

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
ESCUELA DE POST GRADO
MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN EN DERECHO EMPRESARIAL



**“LA REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL
DE LA GARANTÍA MOBILIARIA Y LA CONTRAVENCIÓN
AL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DEL PODER JUDICIAL”**

TESIS

PRESENTADA POR:

KATTIA ALVAREZ AVALOS

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:
MAGÍSTER SCIENTIAE EN DERECHO
MENCIÓN EN DERECHO EMPRESARIAL**



PUNO - PERÚ

2011

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO

BIBLIOTECA CENTRAL

Fecha Ingreso: 18 SET. 2012

N° 00037

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO DE PUNO
ESCUELA DE POST GRADO
MAESTRIA EN DERECHO**

**“LA REGULACION DE LA EJECUCION EXTRAJUDICIAL
DE LA GARANTIA MOBILIARIA Y LA CONTRAVENCION
AL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DEL PODER
JUDICIAL”**

TESIS

**Presentada a la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional del
Altiplano – Puno, como requisito para optar el Grado Académico de:**

**MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
EMPRESARIAL**

APROBADO POR:

Presidente : _____

Dr. Boris Gilmar Espezua Salmon

Miembro : _____

Dr. Elard Wilfredo Vilca Monteagudo

Miembro : _____

Dr. Germán Apaza Paricahua

Asesor : _____

MSc. Lily Maribel Trigos Sánchez

*A mis padres por ser los
autores espirituales de esta
obra, a mi fiel compañero
por su valioso apoyo en el
camino al éxito y a mi bella
Lucianita por llenar de
dicha mi corazón.*

AGRADECIMIENTOS

A Dios y la Virgen de la Candelaria, por ser los motores incansables que propician y fortalecen cada uno de mis pasos en este mundo.

A mis queridos padres por ser quienes impulsaron y acompañaron los logros alcanzados.

A mis maestros, docentes con grandes conocimientos, quienes permitieron abordar este y otros temas de investigación.

A la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, por albergarme en sus claustros del saber y darme la oportunidad de acceder al mundo del conocimiento y la investigación.

...A todos ellos gracias.

INDICE

RESUMEN.....	
ABSTRACT.....	
INTRODUCCION.....	
CAPITULO I.....	15
EL PROBLEMA DE INVESTIGACION.....	15
1.1. PROBLEMA.....	15
1.2. FORMULACION DE LA INVESTIGACION:.....	18
1.3. OBJETIVOS.....	19
CAPITULO II.....	20
MARCO TEÓRICO.....	20
2.1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PRENDA.....	20
2.2. CREDITO Y GARANTIA MOBILIARIA.....	39
2.3. CONSTITUCION DE LA GARANTIA MOBILIARIA.....	75
2.4. EJECUCION DE LA GARANTIA MOBILIARIA.....	89
2.5. LA POTESTAD DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA.....	158
2.6. EL DEBIDO PROCESO.....	169
2.7. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION.....	188
CAPITULO III.....	189
METODOLOGIA.....	189
3.1. METODOS Y AMBITO.....	189
3.2. HIPOTESIS, VARIABLES, INDICADORES E INSTRUMENTOS.....	192
CAPITULO IV.....	196
RESULTADOS Y DISCUSION.....	196
4.1. LA EJECUCION EXTRAJUDICIAL DE LA GARANTIA MOBILIARIA EN LA LEY DE LA GARANTIA MOBILIARIA.....	196
4.2. LA CONTRAVENCION AL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DEL PODER JUDICIAL.....	207
CONCLUSIONES.....	
RECOMENDACIONES.....	
BIBLIOGRAFÍA.....	
ANEXOS.....	

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación, se ha abordado el tema de la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria y la contravención al principio de exclusividad del Poder Judicial. Esto por cuanto en el Perú, ante la dación y puesta en vigencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria, si bien se ha pretendido afianzar el tráfico jurídico y el respaldo en el otorgamiento de créditos; al verificar el Título III Capítulo Único (Artículos 47 al 55) de la Ley; nos encontramos ante graves dificultades; ya que se regula un supuesto de venta extrajudicial del bien afectado en garantía; según el programa contenido en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria; incumpléndose las garantías mínimas tales como el debido proceso, en el cual se comprende el derecho de contradicción, tutela jurídica efectiva, la carga de prueba, entre otros. Debe tenerse en cuenta que la propia Ley, precisa que el Poder Judicial interviene sólo en algunas oportunidades, lo que conlleva a determinar que dicho poder no tiene la exclusividad para la administración de justicia, tal como lo prevé nuestra Constitución Política del Perú.

Al proceder a la revisión del trabajo de investigación, usted podrá advertir como objetivos de nuestra investigación: el análisis de la regulación y los

alcances de la ejecución extrajudicial de la Garantía Mobiliaria de acuerdo a la Ley N° 28677, establecer los efectos de la regulación de la nueva estructura normativa de la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria conforme a la Ley N° 28677 y determinar los beneficios y desventajas de las partes contratantes en el contrato de la garantía mobiliaria, en cuanto a la venta extrajudicial.

Las hipótesis de nuestra investigación, se formulan en el sentido de que “La ejecución extrajudicial que regula la Ley de Garantía Mobiliaria contraviene el principio de exclusividad del Poder Judicial y por lo tanto deviene en inconstitucional”; siendo por tanto, nuestra variable independiente: La ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria en la Ley de Garantía Mobiliaria, en tanto que la variable dependiente viene a ser: “La contravención al principio de exclusividad del Poder Judicial”.

Realizada la operacionalización de las variables a través de los métodos, técnicas e instrumentos utilizados, se ha podido concluir que en efecto la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria, regulada en el Título III Capítulo Único de la Ley de la Garantía Mobiliaria (Ley 28677), es inconstitucional, por cuanto contraviene abiertamente el principio de exclusividad del Poder Judicial, reconocido expresamente con el artículo 139. Asimismo, se ha concluido que la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria, conforme a los alcances que prevé la Ley 28677, transgrede las garantías mínimas del debido proceso. De otro lado, a pesar del tiempo de vigencia de la Ley en cuestión, en nuestra ciudad de Puno, no se ha conocido ni tramitado ningún procedimiento de ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria, lo que demuestra que tal figura legal no ha sido efectivizada ni utilizada por las partes en un improbable

supuesto de incumplimiento de la obligación. La ejecución extrajudicial, tal como se encuentra regulada, genera desventajas en las partes celebrantes desde su celebración y sobre todo para los efectos de su ejecución, no solo en cuanto a las formalidades preestablecidas sino también en cuanto al costo económico que ello representa.

Por todo ello, se ha formulado como sugerencia principal, la modificación del Título III Capítulo Único de la Ley 28677 (Ley de la Garantía Mobiliaria), ya sea por iniciativa del Poder Legislativo (Congreso de la República), o por los demás órganos y/o, gremios y demás organizaciones legitimadas por mandato constitucional; para lo cual en el presente trabajo de investigación se hace alcance de una propuesta (demanda de inconstitucionalidad) elaborado por la autora, en base a los resultados de éste estudio, considerando que podría ser la alternativa inmediata para aplicar las correcciones a la deficiencia encontrada en la Ley 28677.

ABSTRACT

This research work has addressed the issue of extrajudicial execution of the security interest and contrary to the principle of exclusivity of the Judiciary. This is because in Peru, before the enactment and entry into force of Security Interest Act, although traffic has sought to strengthen legal and support in the provision of credit, however when checking the Title III Chapter One (Sections 47 to 55) of the Act, we are faced with serious difficulties, since it governs a case of extrajudicial sale of the property concerned in security; according to the schedule contained in the act establishing the security interest; non-compliance with the minimum guarantees such as due process, which includes the right of contradiction, effective legal protection, the burden of proof, among others. It should be noted that the Act itself states that the judiciary intervene only occasionally, which leads to determine that such power is not exclusive to the administration of justice, as envisaged in our Constitution of Peru.

In undertaking the review of the research, you will notice as targets of our investigation: the analysis of regulation and the scope of the extrajudicial execution of a security according to Law No. 28,677, establishing the effects of regulation the new regulatory structure for the extrajudicial execution of the security interest pursuant to Law No. 28,677 and determine the benefits and disadvantages of the contracting parties to the contract of a security interest in

the sale of court. The hypothesis of our research, is formulated in the sense that "The governing extrajudicial execution of Security Interest Act violates the principle of exclusivity of the judiciary and therefore unconstitutional turns into" being therefore, our independent variable: The extrajudicial execution of a security interest in the Security Interest Act, as the dependent variable becomes: "The violation of the principle of exclusivity of the Judiciary." Once the operationalization of the variables through the methods, techniques and instruments have been able to conclude that in effect the extrajudicial sale of the security, regulated under Title III Chapter One of the Security Interest Act (Law 28,677), is unconstitutional, because it openly contravenes the principle of exclusivity of the judiciary, expressly recognized in Article 139. It also concluded that the extrajudicial sale of the security interest, according to the scope that provides 28,677 Law, violates the minimum guarantees of due process. In spite of the lifetime of the Act in question, in our city of Puno, has not been known or dealt with any procedure for sale of the security court, which shows that such a figure has not been made effective legal or used by parties to an improbable event of a breach of the obligation. The extrajudicial sale, such as regulated, leads to disadvantages in parts of its conclusion celebrants and especially for the purposes of enforcement, not only in terms of pre formalities but also in terms of economic cost that this represents. Therefore, suggestions have been made as principal, the amendment to Title III of the Law Chapter Unico 28,677 (Security Interest Act), whether initiated by the legislative branch (Congress), or by other bodies and / o, unions and other organizations entitled by constitutional mandate, for which in the present investigation is the scope of a bill prepared by the author, based on the results of this study.

INTRODUCCION

La presente investigación, surge como resultado de la revisión del contenido de la Ley de la Garantía Mobiliaria (Ley 28677), publicada el 01 de marzo de 2006 y vigente desde el 30 de mayo de 2006, en cuyo Título III Capítulo Único, se ha regulado la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria.

Inicialmente, se puede ver que con la Ley 28677 se ha pretendido unificar las garantías reales mobiliarias, dinamizando el mercado financiero nacional. Es probable que la norma asegure mayores fuentes de financiamiento, al recuperar el valor comercial de nuevos bienes muebles excluidos del mercado financiero y aun no financiero nacional, como son los inventarios, las carteras de créditos o cuentas por cobrar, bienes futuros, pólizas, etc. En suma, la ley puede contribuir no sólo a promover nuevas fuentes de financiamiento, sino también a abaratar el costo de los préstamos.

Sin duda, la ley introduce cambios radicales que podrían favorecer tanto a las entidades acreedoras así como a los usuarios beneficiarios; sin embargo, esos mismos cambios, de no ser bien explicados a los interesados, podrían generar situaciones imprevistas y peligrosas; toda vez que se trata de una ley que no responde a nuestra tradición romanística, sino que se inscribe en la línea del Common Law. Con el agregado de que su contenido abarca todo el proceso

de la garantía mobiliaria en sus cuatro etapas; constitución, prelación, publicidad y ejecución. No existen precedentes legislativos donde una institución o derecho hayan sido tratados de manera global.

La Ley de la Garantía Mobiliaria crea una importantísima unión entre un derecho real de garantía (garantía mobiliaria) y un derecho obligacional o creditorio (préstamo o mutuo); el titular de aquél tiene el campo libre para mediante éste ensanchar y para hacer crecer su negocio o actividad. La fusión entre derecho real y derecho obligacional puede resultar decisiva, pero a la vez se sanciona la autonomía entre ambos derechos.

Claro está que la ley no es perfecta. Contiene algunos errores y vacíos. Uno de esos vacíos es que no ha previsto las causales de extinción de la garantía mobiliaria. La ejecución es sólo una de las formas de perderse la garantía mobiliaria. Faltan otros modos extintivos (destrucción del bien mueble: renuncia, confusión, cancelación de la deuda, como el pago, dación en pago, novación; venta del bien mueble que hace el primer acreedor garantizado, etc.), los cuales también pueden ser materia de posteriores investigaciones.

En el presente trabajo, nos hemos enfrascado en analizar la Ley de la Garantía Mobiliaria, en el rubro concerniente a la ejecución extrajudicial (venta extrajudicial), la misma que consideramos inconstitucional por violar o contravenir el artículo 139 de la Constitución Política Peruana de 1993, que establece que la jurisdicción es exclusiva del Poder Judicial, con dos excepciones que son: el arbitraje y la justicia militar, por lo cual, establecer la jurisdicción privada deviene en inconstitucional. Ésta es una propuesta teniendo en cuenta todas las fuentes del derecho y no sólo la ley, por lo cual podemos afirmar que es una propuesta seria, fruto de mucho análisis y estudio. Además,

es compartida por la doctrina extranjera, la cual establece que en los Estados en los que se incluya el procedimiento de ejecución extrajudicial se debe tener en cuenta la constitucionalidad o no de dicha novedad legislativa.

En el caso peruano, es importante tener en cuenta que la ejecución extrajudicial ya estaba consagrada legislativamente en el Código Civil Peruano de 1984, según el cual al constituirse la prenda, podía pactarse la ejecución extrajudicial, lo cual de ningún modo significaba dejar y/o apartarse de la posibilidad de acudir a instancia del Poder judicial para dilucidar el conflicto de intereses creado. Sin embargo, con las novedades que trae la Ley en cuestión, nos encontramos en un panorama en el cual se tiene un cambio radical, donde en lugar de pactar para no recurrir a la jurisdicción del Poder Judicial, debe existir pacto para acudir al Poder Judicial.

No debemos olvidar que las normas deben encajar en su sistema jurídico, y que en este caso deben encajar en el sistema jurídico peruano, siendo así la regulación de cualquier institución jurídica no solamente debe observar el principio de necesidad en su regulación sino sobre todo el orden y jerarquía de las normas constitucionales vigentes, lo cual se traduce simplemente en el "respeto de la jerarquía de la Constitución Política del Perú".

La norma abordada, en su corto período de existencia, ha sufrido algunas modificaciones; tales los casos, del Decreto Legislativo N° 1050, publicado el 27 de junio de 2008, que modifica en parte el artículo 42.1 de la Ley General del Sistema Concursal, si bien no varía en absoluto el orden de preferencia para el pago de los créditos con garantía real mobiliaria; el Decreto Legislativo N° 1061, publicado el 28 de junio de 2008, que modifica la Ley del Mercado de Valores y esclarece que al garantía mobiliaria sobre valores con anotación en cuenta se

regirá por esta última ley; el Decreto Legislativo N° 1070, publicado el 28 de junio de 2008, que derogó la parte final del artículo 48 de la Ley de la Garantía, eliminando la necesidad de las cláusulas compromisorias y convenios arbitrales.

La Ley de la Garantía Mobiliaria ha cumplido cuatro años de vigencia. No obstante debemos indicar que, pese al tiempo transcurrido, la Ley no es conocida del todo por el gran público, por los agentes económicos, más allá de pequeños círculos de juristas y catedráticos. Se requiere por consiguientes, una mayor difusión. Máxime en momento en que, como ahora, la economía peruana ha alcanzado el grado de inversión, según las compañías calificadoras de riesgos crediticios internacionales, se hace necesario hacer un balance inicial de los aciertos y deficiencias que presente la Ley de la Garantía Mobiliaria.

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACION

1.1. PROBLEMA

Históricamente en el Perú, el sistema legal en materia de garantías mobiliarias ha funcionado sobre la base de la institución de la prenda, sin embargo, su vigencia ha demostrado poca efectividad para respaldar el otorgamiento de créditos. Ello debido a:

- i. Las limitaciones inherentes de la figura de la prenda;
- ii. La ineficiente y desarticulada regulación de su constitución, publicidad, prelación y ejecución;
- iii. La falta de un registro único de garantías; y, finalmente;
- iv. Un sistema de ejecución judicial de garantías lento e impredecible que beneficia y apoya el incumplimiento de obligaciones.

Con la Ley N° 28677; dictada por el Legislativo, se ha reunido bajo una única garantía mobiliaria a todas las prendas otorgándole un nuevo dinamismo que aparentemente impactó positivamente en el mercado de créditos al crear un sistema único de garantía mobiliaria que regula la constitución, la publicidad,

la prelación y la ejecución de toda garantía que afecte uno o varios bienes muebles.

Con la nueva Ley de la Garantía Mobiliaria todos los bienes muebles podrán ser afectados en garantía y ésta última gozará de publicidad registral; pues en efecto, los bienes registrados o no registrados, tangibles o intangibles, específicos o genéricos, fungibles o no fungibles, presentes o futuros, podrán ser materia de una garantía mobiliaria. Ello, ciertamente contribuye a generar mayores fuentes de financiamiento puesto que recupera el valor comercial de un sin número de bienes muebles que anteriormente se encontraban excluidos del mercado financiero. Ello tiene una especial incidencia en los pequeños y medianos empresarios que no contaban con acceso al crédito por no ser propietarios de un inmueble que pudiesen afectar en garantía.

La Ley, asimismo determina que la constitución de la garantía mobiliaria se realice a través de su inscripción en el Registro Único de la Garantía Mobiliaria, poniendo término a la disgregación registral. El criterio de obligatoriedad generará mayor previsibilidad y seguridad dentro del sistema financiero.

Todos estos aspectos mencionados no hacen sino otorgarle muchas bondades a la Ley N° 28677; empero si revisamos el Título III Capítulo Único (Artículos 47 al 55); nos encontramos ante graves dificultades; puesto que la Ley de Garantía Mobiliaria no regula un proceso de ejecución extrajudicial sino un supuesto de venta extrajudicial del bien afectado en garantía; según el programa contenido en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria; pues un proceso de ejecución extrajudicial implica, en clara contraposición a uno judicial, el desarrollo de un proceso ante un privado, quien incluso resolvería la

potencial posición (contradicción) que el deudor (o el propietario del bien sometido a ejecución) pueda plantear; donde no se ha regulado el imperativo cumplimiento de las garantías mínimas tales como el debido proceso, en el cual se comprende el derecho de contradicción, tutela jurídica efectiva, la carga de prueba, entre otros. La propia Ley bajo análisis, precisa que el Poder Judicial interviene sólo en algunas oportunidades, tales como en la incautación, consignación de la diferencia del monto del remate con el monto adeudado, cuando la garantía al ejecutarse no cubra el monto adeudado, supuesto en el cual la ley establece que se debe optar por el proceso de ejecución en el artículo 53.3. La ley no se hace referencia al proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta en procesos extrajudiciales ni tampoco a procesos sobre nulidad de acto jurídico, considerando que la garantía mobiliaria implica la celebración de un negocio jurídico.

Se debe tener en cuenta que un proceso de ejecución extrajudicial implicaría el desarrollo de toda la estructura procedimental propuesta para la ejecución de garantías en sede judicial, pero no ante un juez ni en el Poder Judicial, sino ante un privado y fuera del Poder Judicial. Así es distinto el supuesto de venta extrajudicial que encuentra existencia en el programa convencional del acto constitutivo de la garantía mobiliaria tal y como lo señala claramente el artículo 47 de la Ley que contempla la realización del bien mediante el procedimiento preestablecido en el acto constitutivo de la garantía y ante la ausencia del mismo, de uno supletorio previsto normativamente y contemplado a lo largo de los incisos de la referida norma.

En la justicia privada no existe un Juez que controle las actitudes de las partes, en tal sentido las mismas pueden excederse y dentro de estas sobre

todo el apoderado. Asimismo en la justicia privada o ejecución extrajudicial no existe posibilidad de formular denuncia por abuso de autoridad o prevaricato en contra del apoderado, por lo cual hasta cierto punto de vista los deudores o demandados se encuentran desprotegidos.

De la propia lectura del artículo 47 de la Ley de Garantía Mobiliaria nos encontramos ante las instrucciones para proceder a la realización del bien; y entonces estamos ingresando al delicado problema de la contravención al principio de la exclusividad del Poder Judicial; el cual se encuentra contemplado por nuestra Constitución Política del Perú y asimismo por las consiguientes leyes que en materia procesal regulan el mecanismo procesal para el ejercicio de la acción (Código Civil Y Código Procesal Civil).

En tal sentido, en el presente trabajo de investigación se efectúa el estudio y análisis de las disposiciones contenidas en la Ley de la Garantía Mobiliaria respecto de la ejecución de la garantía mobiliaria, lo cual nos lleva a establecer que la ejecución extrajudicial prevista por el Título III Capítulo Único de la Ley de Garantía Mobiliaria es inconstitucional por contravenir la atribución con carácter de exclusividad que nuestra Constitución realiza respecto de la jurisdicción a favor del Poder Judicial.

1.2. FORMULACION DE LA INVESTIGACION:

¿La ejecución extrajudicial que regula la Ley de Garantía Mobiliaria contraviene el principio de exclusividad del Poder Judicial contemplado por la Constitución Política del Perú?

¿La ejecución extrajudicial prevista por la Ley de Garantía Mobiliaria es inconstitucional?

1.3. OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL DE LA INVESTIGACION

- Determinar si la ejecución extrajudicial que regula la Ley de Garantía Mobiliaria contraviene el principio de exclusividad del Poder Judicial establecido por la Constitución Política del Perú y si las disposiciones acogidas por esta ley en dicho extremo son inconstitucionales.

OBJETIVOS ESPECIFICOS DE LA INVESTIGACIÓN

- Analizar la regulación y los alcances de la ejecución extrajudicial de la Garantía Mobiliaria de acuerdo a la Ley N° 28677.
- Establecer los efectos de la regulación de la nueva estructura normativa de la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria conforme a la Ley N° 28677.
- Determinar los beneficios y desventajas de las partes contratantes en el contrato de la garantía mobiliaria, en cuanto a la venta extrajudicial.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PRENDA

2.1.1. EL “PIGNUS”: SUS ORIGENES

Ya desde época muy antigua, en el Derecho Romano debió estar difundido, respecto a los bienes muebles *nec mancipi*, un tipo más ágil de garantía real, consistente en la transferencia de hecho del bien: el *pignus*. Tal entrega del bien mueble se hacía con el fin de asegurar el cumplimiento de una obligación y, por tratarse de una relación de hecho, consiguientemente no estaba protegida por una acción judicial.

Para la época más antigua, “las fuentes conservan su nombre sólo en el campo del proceso, a propósito de aquella *legis actio* que se denomina precisamente *per pignoris capionem*, y que consiste en la toma de posesión de objetos del deudor para satisfacción de determinados créditos”

En realidad, la prenda era ya conocida en los viejos tiempos republicanos, y es probablemente más antigua que la *fiducia*. Pero esta relación de hecho se convierte en relación jurídica, vale decir, es reconocida como garantía voluntariamente asumida mediante la entrega de un bien mueble, *mancipio o nec mancipi*, recién en el Edicto del Pretor, hacia finales de la República (Iglesias); al acreedor – durante el tiempo en que el bien rendado se hallaba en un poder – se reconoce la posesión *interdictal*. El acreedor pignoraticio tiene más que la simple detentación de la prenda; él posee; o más bien, las ventajas de la posesión están repartidas entre él y el deudor. “El acreedor es tratado como si poseyese por sí mismo en cuanto que tiene la protección de los interdictos. Cualquiera que sea la persona que le arrebatase la cosa, aun el mismo deudor, puede dirigirse al pretor para hacerse poner nuevamente en posesión de ella”. Gracias a la protección el acreedor puede retener el bien prendado hasta el pago. “Pero si el deudor estaba en vías de usucapir la cosa, le queda esta ventaja. Con respecto a esto, el acreedor posee por cuenta del deudor”.

Pero mientras que al acreedor se le reconoce la posesión *interdictal*, al deudor – o a cualquier tercero que en su lugar hubiese entregado el bien en prenda-, se le otorga una acción para pedir su restitución, luego que la deuda ha sido satisfecha. La propiedad (o la posesión ad *usucapionem*) la conserva el *pignorante*, no procurando al acreedor otro beneficio que el de retener el bien mientras no sea saldada la deuda.

2.1.2. CONTENIDO JURIDICO DEL DERECHO DE PRENDA

El acreedor pignoraticio tiene el *ius possidendi*, la *lex commissoria* y el *ius distrahendi*.

a) EL IUS POSSIDENDI

Se realiza en distinto momento, según se trate de *pignus datum* – prenda manual, *pignus* en sentido estricto – o de *pignus obligatum* o *pignus conventum* – hipoteca-. El derecho del acreedor pignoraticio es real y por tanto, puede hacerse valer contra todo tercero que posea o detente el bien. Puesto que la prenda se constituye por la sola razón de garantía, el acreedor pignoraticio no puede usar el bien. “so pena de cometer *furtum*”.

Lo característico entonces en el *pignus* – procedimiento más sencillo y favorable al deudor – es que en éste, el deudor entrega al acreedor a título de prenda, sólo la posesión del bien, de lo cual se concluye que no es necesario que el deudor sea propietario del bien prendado, toda vez que no transfiere la propiedad, como sí ocurría en la *fiducia*. Puesto que el *pignus* o contrato de prenda no sólo confiere la posesión, este presenta mucha analogía con el comodato y el depósito, empero “se distingue por su carácter particular”. En realidad el de prenda es un contrato accesorio; interviene para la garantía de una obligación o crédito. (En cambio, el comodato y el depósito tienen vida autónoma).

Pero si bien la prenda ofrecía al acreedor una seguridad suficiente – el derecho de retener la posesión del bien hasta que se la haya pagado-, ella causaba muchos inconvenientes al deudor, ya que,

al mismo tiempo que conservaba la propiedad del bien, perdía su posesión y uso. Por otra parte, cualquiera que fue el valor del bien prendado, "no podía servir más que para la garantía de un solo acreedor".

Por el lado del acreedor éste queda obligado a devolver el bien una vez que ha sido satisfecho su crédito; de lo contrario, está facultado para retener el bien mientras no sea saldada la deuda, salvo que en virtud de cláusulas especiales, se le confieran facultades más amplias. Estas facultades eran dos y se correspondían con los dos modos o sistemas que la historia del derecho reconoce al acreedor para la realización de su derecho. Sistemas en los cuales al incumplimiento de la obligación sigue la caída de la cosa en propiedad del acreedor insatisfecho, y sistemas en los cuales al acreedor sólo le corresponde el derecho de venderla, quedándose con la parte del precio que cubra el valor del crédito con los respectivos intereses y gastos, y restituyendo al propietario el excedente. El primero era la *lex commissoria* y el segundo, el *ius (pactum de distrayendo)*.

b) LA LEX COMISSORIA (PACTO COMISORIO)

b.1) Historia

Surge a virtud de una cláusula especial del pacto de *pignus*. Esta cláusula era llamada *lex commissoria* (*lex*=contrato, convenio o cláusula de contrato, *committitur pignus*= la prenda es decomisada).

Es una cláusula o convenio por el que, al no ser pagada la deuda tan pronto vencía, se otorgaba al acreedor la facultad de

cobrarse con el bien pignorado, es decir, podía apropiarse o convertirse en dueño absoluto de bien constituido en garantía.

Este tipo de satisfacción del acreedor prevaleció por mucho tiempo en el mundo griego.

Probablemente – admite Arangio – Ruiz, también en Roma prevaleció en los orígenes este sistema. Conduce a esta conclusión la estructura primitiva de la fiducia, en cuyo origen el acreedor, también se hacía propietario si el deudor no rescataba en tiempo el bien. Esto aparece también claramente de los textos de la edad imperial que los estudiosos han depurados de las superposiciones postclásicas, textos que permitían a las partes la posibilidad de elegir entre la *lex commissoria* y el *ius distrahendi*.

b.2) Efectos de la ex commissoria

Cuando un bien *nec mancipi* se entregaba en prenda, podía añadirse tal *lex commissoria*. Si la deuda no era puntualmente satisfecha, el acreedor se hacía dueño del bien y la deuda quedaba extinguida. En tal caso el acuerdo constitutivo del *pignus*, implicaba una *traditio* dominio condicional (el acreedor sería el dueño de la cosa si la deuda no era pagada en el tiempo fijado), y en virtud de esta *traditio* el acreedor adquiriría el dominio, cuando la condición se cumplía". Si era una *res mancipi*, aquella sobre la cual se constituía un *pignus* (prenda) con *lex commissoria*, el acreedor sólo podía adquirir la propiedad bonitaria – no la quiritaria-, puesto que el dominio civil no podía transmitirse por *traditio*. Por supuesto, podía hacerse después propietario civil del bien mediante la usucapio.

b.3) Transmisión del domicilio por venta del acreedor

Cuando un bien *mancipio* se daba al acreedor como *pignus* (prenda o hipoteca), éste haciendo uso de un *ius vendendi* podía transferir al comprador la propiedad bonitaria solamente, puesto que en contraste con lo que sucedió en la *fiducia*, el acreedor no era dueño civil del bien. “Cuando una *res nec Mancipi*, era dada en *pignus*, el acreedor al venderla, podía transmitir mediante *traditio* el dominio civil pleno al comprador, ya que todo no – propietario podría transmitir el dominio por *traditio*, con el consentimiento del dueño”, y este consentimiento había sido otorgado irrevocablemente por quien constituyó la garantía, en el *pactum de vendendo*”.

b.4) El precio

El precio que al acreedor recibía del comprador del *pignus* disminuía o extinguía automáticamente la deuda. “Si el precio obtenido no igualaba el importe de la deuda, el acreedor podía demandar al deudor personal por el resto, con una *actio in personam*. Cuando era vendido el *pignus*, el pignorante podía demandar al acreedor por el exceso del precio sobre la deuda, mediante la *actio pigneraticia in personam*, para reclamar dicho exceso.

b.5) Vigencia y desaparición de la *lex commissoria*

La *lex commissoria* tuvo vigencia y aplicación durante todo el período clásico del derecho romano, “a pesar de lo muy rigurosa que resultaba para el deudor”. En realidad, la *lex commissoria* (o pacto de comiso), que favoreció las prácticas usuarias – el valor del bien solía

ser muy superior al del crédito que se garantizaba, fue más adelante abolida y prohibida por el Emperador Constantino.

No obstante, la *lex commissoria* no desaparece del todo, en el derecho justiniano se encuentran algunos rastros de la antigua concepción. Si no se presenta ningún comprador adecuado, el acreedor puede pedir al Emperador la adjudicación o la atribución de la propiedad del bien por un cierto precio (*impetratio dominio*), la cual sin embargo, no le puede ser concedida sino bajo la condición de la falta de rescate por parte del expropiado dentro de los dos años; y parece que en el mismo acto de constitución de la prenda (o hipoteca), se pudiese pactar que ante el incumplimiento, el acreedor estaría autorizado para adquirir, a su justo precio, el bien pignorado.

Tanto en este último caso como después del ejercicio del *ius distrahendi*, se puede tener un excedente del valor del bien sobre el monto del crédito garantizado; tal excedente, es restituido al *pignorante* (o fiduciante, o propietario del bien gravado con hipoteca).

c) EL PACTUM O DE DISTRAHENDO PIGNORE (O IUS DISTRAHENDI)

Sobre la base de este pacto – llamado también *pactum de pignore vendendo*, que es un pacto especial expresamente incluido, el acreedor puede vender el bien pignorado, cuando su crédito no es pagado, sea que estuviese en posesión del bien. Sea que debiese hacérselo entregar por el poseedor, voluntariamente o por medio de la *actio quasi Serviana*; estaba facultado para pagarse con el precio, entregando el exceso – *superflum*- el deudor.

Por otra parte y en el período clásico, el pacto de *pignore vendendo*, no se consideraba implícito en toda *pignoris datio*, debía ser expreso. Es por ello que, en Derecho Clásico, un *pactum de non vendendo pignori* resultaba innecesario, pero, esto no obstante, podía muy bien figurar en los documentos (*superflua non nocent*).

Solo en tiempos de los Severos, según parece, “el *ius distrahendi* se entiende como querido por las partes, toda vez que éstas no han expresado la voluntad opuesta”.

Cuando el Emperador Constantino prohíbe la *lex commissoria*, ello hace del *ius distrahendi* un elemento esencial y natural de la prenda.

En el Derecho postclásico, el acreedor tenía derecho de vender sin necesidad de una autorización especial. El *pactum vendendo* se consideraba ahora como tácito o implícito en toda *datio pignoris*. En Derecho Justiniano, el acreedor tenía la facultad de vender, aun cuando las partes lo hubieran expresamente incluido mediante un *pactum de non vendendo pignore*, según algunos, Justiniano establece que este pacto produce el solo efecto de obligar al acreedor a que por tres veces invite al deudor a pagar antes de realizar la venta.

d) INTERDICTOS POSESORIOS Y “ACTIO IN REM”

La prenda, en tanto garantía, sólo conferiría al acreedor la mera posesión del bien.

Originariamente, el acreedor no estaba tutelado por una *actio in rem*. Como poseedor dispuso de Interdictos posesorios, pero la *actio*

in rem le fue concedida sólo más tarde, probablemente por el Edicto de Adriano. Por eso sólo desde el siglo II d.n.e., el derecho de prenda puede caracterizarse (usando la terminología moderna), como un *ius rem alienam iure praetorio*. El convenio por cuya virtud se constituía una prenda, implicaba también un contrato, no de los llamados “contratos reales” de los cuales derivaban acciones *in personam*.

En buena cuenta este fue, a grandes rasgos, el desenvolvimiento del *pignus* hasta llegar a constituir un *ius in rem*- En sus orígenes, *pignus*, significó solamente la prenda, y aun en época clásica, el contrato llamado *pignus*, se refería exclusivamente a la prenda también.

e) DE LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO A LA GARANTIA MOBILIARIA

Históricamente, la prenda antecede a la hipoteca. Ello se debió entre otras razones, a que tal garantía respondió mejor a las necesidades de las sociedades primitivas, que se caracterizaron por tener una deficiente organización social y falta de registros. La forma más simple consistía en entregar físicamente un bien.

Pero esa forma de entregar los bienes, que era suficiente en las sociedades primitivas, no lo es en las modernas. En la época capitalista los bienes (objetos) muebles han adquirido un valor “insospechado” por lo que se han organizado Registros por ejemplo el Registro de la Propiedad Vehicular, el Registro de Acciones, etc., donde se inscribe el dominio de los bienes más valiosos. No basta aquí la simple entrega de la posesión.

Al lado de la prenda clásica, se impulsó otra modalidad de prenda: la llamada prenda sin desplazamiento. Sucede que muchos bienes muebles – máquinas, molinos, aperos de labranza, motores, taladros y toda clase de maquinaria-, a pesar de que son prendados con la tierra, el taller o la fábrica, permanecen en poder del deudor, no son entregados al acreedor, y sirven así para pagarle la deuda a éste. Tal era la prenda sin desplazamiento (o prenda sin desposesión), que no es otra cosa que el derecho real que recae sobre determinados bienes que garantizan una deuda, pero que no pasan a poder del acreedor, ni de un tercero sino que son retenidos por el deudor. Este derecho real de prenda jurídica, tiene gran importancia en los ámbitos agrario, industrial y minero.

Es a partir del relieve de la prenda sin desplazamiento que se comenzó a configurar a una figura parecida pero con mayor amplitud y que ha sido puesta en vigor con la ley: *la garantía mobiliaria*.

2.1.3. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA GARANTIA MOBILIARIA

2.1.3.1. EL PRESTAMO COMERCIAL INGLES DE LOS SIGLOS XVIII Y XIX

Si bien la prenda posesoria es de origen ancestral, el préstamo comercial con garantía mobiliaria sin desposesión del deudor (que es el antecedente de la garantía mobiliaria) es una invención inglesa del siglo XVIII.

Había dos tipos de préstamo o créditos:

- El que se basaba en la habilidad del comprador, este implicaba un hombre capaz, que por lo general compraba a corto plazo (un mes), lo que era entendido como un pago al contado. El precio se determinaba de inmediato.
- El que se basaba en la honestidad del comprador (préstamo al hombre honesto)

Podía ser pobre, y compraba a 3 o 6 meses, o más con el fin de pagarle al comerciante con las ganancias de sus propios bienes.

La mayoría de comerciantes minoristas compraban de acuerdo con este segundo tipo de crédito.

Su contraparte inmobiliaria, el préstamo hipotecario, dependía de activos fijos como la tierra y los edificios. Además duraba varios años.

En contraste, el préstamo comercial sin desposesión del deudor duraba únicamente días o meses; sólo ocasionalmente era por más de un año. Su garantía era móvil, cambiante, renovable y por lo general perecía o perdía rápidamente su valor.

2.1.3.2. LOS ACREDITORES Y LOS BENEFICIARIOS

Los comerciantes, banqueros y beneficiarios de todo tipo de los créditos comerciales de los siglos XVIII y XIX en Inglaterra, eran varios. Veamos:

- Los *Orfebres*, con garantía de joyería que permanecía en su poder hasta que fuera pagado el préstamo.

- Los *banqueros no especializados*, tomaban como garantía una prenda no posesoria del inventario de sus prestatarios conocida como "garantía flotante sobre bienes muebles".
- Los *bancos especializados*, que prestaban sobre la garantía de títulos de crédito y valores.
- Los *comisionistas o factores (factors)*, quienes tomaban como garantía cuentas por cobrar comerciales o personales, fueran en forma de recibos o letras de cambio o pagarés.

El crédito dado por estos banqueros y comisionistas contrastaba con el de los "prestamistas" (*moneylenders*). Los prestamistas prestaban sobre todo a consumidores; sus préstamos era por lo general sin garantía, pero sus altas tasas de interés reflejaban el riesgo que ellos asumían.

2.1.3.3. LA PIRAMIDE CREDITICIA

Estas prácticas inglesas del siglo XIX formaron una pirámide crediticia.

Los minoristas, prestamistas y sus prestatarios consumidores estaban en la base de esta pirámide.

Los mayoristas y sus banqueros y los comisionistas se encontraban más arriba (intermedios).

En la cúspide de la pirámide se encontraba el *Bank of England*, como prestamista y descontador de los títulos de crédito y

documentos representativos creados en los niveles inferiores de la pirámide.

Trasvolando estos datos, podría decirse que algo similar ocurre en el Perú, sólo que recién a comienzos del siglo XXI, los bancos, los proveedores y los prestatarios representan la cadena de acreedores financieros, acreedores no financieros y comerciantes minoristas, respectivamente.

2.1.3.4. EL PRESTAMO COMERCIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS EN EL SIGLO XX

Los préstamos comerciales del siglo XX de los Estados Unidos agregaron más niveles e intermediarios a la pirámide crediticia inglesa. Los bancos eran más numerosos y menos especializados que los de Inglaterra; en Londres, los bancos "comerciales" no excedían en total los 100, mientras que en los Estados Unidos, durante su apogeo del siglo XX, el número de bancos superó los 15,000.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los préstamos de consumo crecieron formidablemente en los Estados Unidos, sobre todo luego de que los bancos introdujeron las tarjetas de crédito y las líneas de crédito personal.

El crédito en Norteamérica ha logrado incorporar al mercado los más diversos bienes muebles que son objeto de garantía para obtener crédito, como son las cuentas por cobrar, la propiedad intelectual, los nombres comerciales, los inventarios, etc.¹

¹ Es apropiado transcribir a *Kozolchyk*: "El suministro y demanda de crédito personal y comercial en los Estados Unidos es tal que cualquier bien o servicio con valor comprobable y obtenible en el mercado es objeto de una garantía aceptable, incluyendo inventario futuro, cuentas por cobrar, ganancias, objetos intangibles, como el bien nombre (goodwill) del

2.1.3.5. LA LEY DE LA GARANTIA MOBILIARIA PERUANA: SUS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS A NIVEL COMPARADO

La Ley de la Garantía Mobiliaria aprobada y vigente en nuestro país no es ninguna creación nuestra; por el contrario, se ha inspirado en numerosas normas procedentes del derecho comparado. En efecto, hay varios instrumentos normativos que la anteceden.

En principio, el proyecto de esta ley se ha inspirado en el Modelo de Garantía Única (MGU), creado en la década de 1950 y después implementado en Canadá. Hoy se le conoce como el régimen de garantías más eficiente y ha sido reconocido por diversos organismos como la OEA, la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil (UNCITRAL), el Bando de Desarrollo y Reconstrucción Europea (EBRD), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado Internacional (UNIDROIT) y el Banco de Desarrollo de Asia.

Este modelo (MGU), parte de la premisa de que el mecanismo de garantía más eficiente el términos económicos es el que tiene la estructura de una hipoteca; una garantía que no implica la pérdida de la posesión ni de la propiedad del bien por parte del constituyente. Ello permite que el bien siga siendo explotado económicamente por el deudor. Además, el modelo abarca no sólo los aspectos civiles,

comerciante, los derechos al cumplimiento de contratos, los títulos valores tangibles o desmaterializados y la propiedad intelectual de todo tipo, incluyendo las marcas de comercio y de fábrica, patentes y regalías derivadas de los anteriores”.

también los registrales, notariales, bancarios, procesales y concursales como en efecto hace la ley peruana.²

Por otro lado, en el año 2001, las Naciones Unidas aprobaron una Convención sobre la Cesión de Cuentas por Cobrar en el Comercio Internacional.

En el mismo año, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado Internacional (UNIDROIT) aprobó un protocolo sobre Convención de Garantías Reales sobre Equipo Móvil, bajo auspicio conjunto con la Organización Internacional de Aviación Civil, en Cape Twn ("Convención de Cape Town), celebrada del 29 de octubre al 16 de noviembre de 2001.

Igualmente, desde abril de 2002, la Conferencia de Hague sobre Derecho Privado Internacional viene trabajando en una Convención sobre la Ley aplicable a Garantías Reales sobre Títulos Valores en manos de Intermediarios.

Igualmente, hay dos instrumentos legislativos capitales: el Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code*) de los Estados Unidos y las leyes Canadienses sobre la Garantía de Propiedad Personal (*Canadian Personal Property Security Acts*).

Finalmente, está la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias de la Organización de Estados Americanos (OEA). Su texto definitivo fue aprobado en la VI Conferencia celebrada por la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho

² Sobre el extremo de las fuentes del Modelo de Garantía Unica (MGU) ésta fue materia de exposición en el artículo elaborado por Franco Regio, Eric, respecto del *proyecto de Ley de la Garantía Mobiliaria, sus fuentes y la necesidad de una visión integral*, el cual sirvió de antecedente documentario antes de la dación de la ley 28677.

Privado Internacional (*Inter-American Specialized Conference on Private International Law*) (CIDIP, en castellano), organizado por la OEA, realizada del 4 al 8 de febrero de 2002, en Washington D.C.

Consideran algunos que esta Ley Modelo de la OEA, no es una mera traducción de los dos últimos instrumentos citados (de los Estados Unidos y Canadá) sino, más bien, es un puente cuidadosamente construido entre instituciones de efectividad probada tanto en los sistemas jurídicos romanistas como en el Common Law. Su concepto central de garantía mobiliaria como un derecho posesorio (no dominial) preferente está inspirado en el análisis de los elementos de la posesión como un derecho real autónomo, pero a la vez constituía la exteriorización o manifestación exterior de la propiedad.

El otro aspecto trascendente es el referido a la publicidad funcional, "Su apertura y amplitud respecto a los bienes dados en garantía al igual que a sus garantías reales están inspirados en las prácticas financieras y jurídicas del mercado norteamericano. Sus procedimientos de ejecución reflejan tanto la jurisprudencia y doctrina alemana como el pensamiento agudo vivaz de los distinguidos juristas latinoamericanos que las redactaron"³

Estos son pues los antecedentes legislativos foráneos de nuestra ley de la Garantía Mobiliaria. Bueno es advertir que las normas de aquéllos obedecen a su propia realidad, de suerte que será la práctica y la jurisprudencia de nuestros tribunales la que se encargará de integrar y complementar su texto.

³ "Al aprobar esta Ley, la OEA, ha tomado el liderazgo de la reforma del sistema jurídico del hemisferio y ha sentado bases para un mercado de crédito comercial hemisférico anclado en la red de registros electrónicos dotados de publicidad funcional".

Pero su aprobación tiene plena justificación. Como bien dice Kozolchyk: "La escasez y el alto costo del crédito comercial se cuentan entre los problemas económicos más significativos que enfrentan América Latina y el Caribe".

En efecto, la escasez del crédito en nuestro país se ha debido a que, antes de la reforma, su garantía por medio de bienes muebles era prácticamente inexistente. En cambio ahora, con el ensanchamiento de este tipo de bienes, es de suponer que los créditos con tasas razonables de interés favorecerán sobre todo a los pequeños y medianos propietarios y comerciantes.

2.1.3.6. EL CAMINO DE LA LEY DE LA GARANTIA MOBILIARIA A NIVEL INTERNO

A fines del siglo XX aparecieron en nuestro país algunos documentos importantes en la dirección de reformar el sistema de garantías reales mobiliarias, así, el 22 de agosto de 2000 en separata especial del Diario Oficial El Peruano apareció publicado el documento intitulado *Promoviendo un marco institucional para la valorización de la propiedad intelectual en el Perú* y el 25 de mayo de 2001 fue publicado, igualmente en separata especial del Diario El peruano, el documento titulado *Acceso a Financiamiento a través del Mercado de Valores*.

Por esa misma época, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), a través de la Resolución Ministerial N° 182-2001-EF/10 del 06 de junio de 2001, nombró una Comisión encargada de hacer un diagnóstico de lo problemas de las Garantías reales. Esta Comisión

recomendó un nuevo marco legislativo sobre garantías reales. Sobre la base de estas recomendaciones, elaboró el Documento de Trabajo titulado *Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales*, publicado en el Diario El Peruano el 13 de julio de 2001.

El MEF creó, mediante Resolución Ministerio N° 410-2002-EF/10, de 04 de octubre de 2002, una Comisión encargada de formular un proyecto de ley de garantías reales que solucionara los obstáculos para “constituir, registrar, publicar y ejecutar garantías reales”. Tal Anteproyecto de ley de la Garantía Mobiliaria apareció en El Peruano el 14 de mayo de 2003.⁴

Posteriormente, en el Congreso fueron presentados dos proyectos de leyes más: (i) el proyecto N° 6911, del 27 de mayo de 2003, que planteaba crear el Registro Mobiliario de Garantía, presentado por la congresista Emma Vargas de Benavides, y (ii) el proyecto N° 9388⁵, presentado ante la Comisión de Justicia el 19 de noviembre de 2003, por el Poder Ejecutivo, con su correspondiente

⁴ Este proyecto partió del hecho que uno de los grandes obstáculos que enfrenta el Perú para lograr un desarrollo económico sostenido es la escasez de fuentes de financiamiento del mercado. Por ello, las MIPES no tenían acceso al crédito en condiciones competitivas. A lo cual debían sumarse factores externos como riesgo país, inflación, devaluación, niveles de competencia, etc. En suma, Este marco no incentivaba el crecimiento de la empresa. Se consideró que el anteproyecto buscaba diseñar un marco legal determinado: a) s promover la transferencia y el acceso a la información; b) brindar seguridad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y la ejecución oportuna de las garantías; c) ofrecer un mecanismo efectivo de recuperación de deudas”. Véase al respecto. Berastain Quevedo, Claudio. *No se olviden de la reforma al sistema de la garantía mobiliaria*. En diario El peruano, 13 de octubre de 2004. p.18.

⁵ Este proyecto planteó como posibles cambios al anteproyecto los siguientes: a) Crear un registro mobiliario de contratos para los bienes muebles no registrados; b) la inscripción de las garantías y los contratos respecto de los bienes muebles registrados se efectuará en su propio registro jurídico, c) la inscripción de la garantía mobiliaria se realizará mediante un formulario certificado notarialmente; d) la calificación registral del legalidad, validez del acto y capacidad de los otorgantes se limitará al contenido y la certificación de formulario registral”. Cf. Berastain. C.

Exposición de Motivos, donde proponía una “solución normativa alternativa” de las garantías mobiliarias, partiendo del ya citado documento de trabajo (2001) y sobre la base del Anteproyecto también mencionado (2003).

El Congreso de la República dictaminó a favor de estos dos proyectos. El 17 de mayo de 2005, fue aprobado el proyecto en la Comisión de Economía e Inteligencia Financiera del Congreso.

Fue así como, con el impulso del Poder Ejecutivo, resultó aprobada la Ley de la Garantía Mobiliaria N° 28677, publicada el 01 de marzo de 2006 y vigente desde el 30 de mayo de ese año.

2.2. CREDITO Y GARANTIA MOBILIARIA

2.3.1. VENTA Y CREDITO: CLASES DE CREDITOS

De manera general las ventas de bienes y servicios suelen ser de dos formas: (i) *al cash*, esto es, cuando el pago se hace en efectivo y de inmediato; y (ii) *al crédito*, cuando la venta se hace efectiva en cuotas o partes periódicas.

Obviamente en la primera hipótesis no existe ningún problema. En la segunda, en cambio, es decir, cuando la venta se hace al crédito o a plazos, intervienen tres elementos: la confianza, el riesgo y el plazo. En este contexto, la finalidad de la garantía mobiliaria es "disminuir el riesgo del crédito, asegurar el cumplimiento de la obligación y darle confianza al acreedor".

Como es sabido, en la actividad comercial los créditos son de dos clases: (i) crédito quirografario, el cual se otorga sin garantía y que es prácticamente inexistente; y (ii) crédito con garantía, Este es el que nos interesa. Aquí el crédito, a su vez, puede ser: a) con garantía personal (fianza, aval); y b) con garantía real (garantía mobiliaria, hipoteca, anticresis).

Se desprende de ahí que la garantía real puede ser, asimismo, sin desposesión y con desposesión.

2.3.2. LA GARANTIA REAL MOBILIARIA: CLASES

La garantía mobiliaria ha venido a sustituir a la antigua prenda.

La garantía mobiliaria asume dos modalidades:

- Con desposesión. En ésta puede pactarse la entrega del bien mueble, al acreedor garantizado o a un tercero depositario.
- Sin desposesión.

Ambas formas son admitidas por la Ley de la Garantía Mobiliaria, pero es sin duda la última (garantía mobiliaria con desposesión) la que es priorizada ya que se corresponde con el registro recién creado.

2.3.3. GARANTIA MOBILIARIA CON POSESION EFECTIVA

La ley (artículo 3.1.) deja carta libre para que se siga utilizando las operaciones en las que el acreedor toma la posesión de los bienes, como sucede por ejemplo con las casas de empeño, en las que sí se exige la posesión efectiva. Esto es lo que sucede en las cajas municipales de crédito que pignoran bienes muebles como alhajas, sobre todo, donde si hay posesión física, efectiva por parte del acreedor. Sería absurdo que se exigiera la inscripción en el registro de un aviso de garantía mobiliaria de este tipo.

Si bien la ley no fija montos mínimos, es obvio que se trata de operaciones por sumas pequeñas. En este caso, el rango de prioridad entre acreedores se determina por la posesión efectiva y manifiesta sobre los bienes muebles.

2.3.4. GARANTIA MOBILIARIA SIN DESPOSESION

Equivale a la anterior "prenda sin desplazamiento". Sin que la ley elimine a la garantía mobiliaria con posesión efectiva, ella busca

incentivar y fortalecer a ésta, esto es, a la garantía con inscripción en el registro.

2.3.5. DE LA PRENDA A LA GARANTIA MOBILIARIA

Eran requisitos o condiciones de la anterior legislación (Código Civil art. 1058) para la validez de la prenda, dos: (i) su constitución por el propietario (o quien estuviera autorizado legalmente por éste), lo cual tenía su correlato con el artículo 156 del Código Civil, donde se exige que el representado necesita escritura pública para disponer de ellos; y (ii) la entrega del bien. Aunque el Código Civil contenía ambas formas (física y jurídica), era la primera la que se usaba mayoritariamente.

No era sólo el tema de la entrega física del bien mueble lo que diferenciaba la prenda de la garantía mobiliaria. Otra exigencia estaba contenida en el artículo 1062 del Código Civil, que exigía que el documento debía mencionar la obligación principal (esto es, el mutuo) y contener una designación detallada del bien mueble gravado. Y esto era así porque la prenda (ahora, garantía mobiliaria) era accesoria de la obligación principal. Sin ésta no podía existir y seguía su suerte.⁶

Sin embargo, la antigua condición que obligaba a la pérdida de la posesión del bien mueble por el deudor, fue cuestionada y en cierto modo superada a fines del siglo XX, cuando quedaron en evidencia diversos inconvenientes que generaba, pues privaba al

⁶ El diagnóstico del documento del Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, señala que esta claro: "Sin ella no pueden existir, y sólo están vinculadas a ella. No cabe pues una transmisión aislada de la garantía a favor de otro crédito distinto. De ahí que la transmisión o extinción de la obligación implicará la transmisión o extinción de la prenda". *Facilitando el acceso al crédito*. p. 17.

deudor de instrumentos útiles de producción con los cuales podía obtener crédito (dinero) para pagar sus deudas.

No es que surgiera recién en ese momento la prenda sin desposesión o sin desplazamiento, pero sí se comienza a dar mayor realce. En efecto, la prenda sin desplazamiento (llamada por igual, prenda con entrega jurídica, prenda sin desposesión, o simplemente prenda jurídica) ya existía y estaba regulada expresamente en el código civil, artículo 1059) y en otros casos como en el artículo 1058, 2º y desde el mismo artículo 1055 del Código Civil que definía a la prenda, entre otros. Lo que sí hace la Ley de la Garantía Mobiliaria es privilegiar a la garantía mobiliaria sin desposesión.

El derogado artículo 1059 del Código Civil, regulaba la entrega jurídica de la prenda, que sólo procedía en los bienes muebles inscritos.

Pero aparte del tratamiento general de la prenda en el Código de fondo, existían leyes especiales que regulaban diversos tipos de prenda, de suerte que había no menos de once prendas especiales.

Estas clases de prendas eran las siguientes:

- Prenda de acciones
- Prenda de acciones inmateriales
- Prenda comercial
- Prenda agrícola
- Prenda industrial
- Prenda minera
- Prenda sobre derechos por cobrar.

- Prenda global y flotante
- Prenda de motores
- Prenda de derechos inmateriales
- Prenda de créditos

2.3.6. EL NUEVO CONCEPTO DEL DERECHO DE GARANTIA NO POSESORIO

El principal objetivo de la ley de la Garantía Mobiliaria es crear un derecho de garantía mobiliaria real pero no posesorio donde el deudor retiene la posesión de los bienes muebles ofrecidos en garantía, y en caso de incumplimiento, faculta al acreedor garantizado a ejecutar su derecho de garantía extrajudicialmente y hasta a adjudicarse los bienes. A nivel continental, esto conduciría a la creación de un mercado crediticio latinoamericano, que se verá favorecido por la existencia de registros electrónicos centralizados en cada país.⁷

El artículo 2 de la Ley describe los términos empleados en la institución:

Artículo 2.- Términos *empleados en esta Ley*

Para los efectos de esta Ley se entiende por:

1. *Acreedor garantizado: la persona en cuyo favor se constituye la garantía mobiliaria o quien hubiese adquirido, bajo cualquier título, la obligación garantizada.*

⁷ Haciendo un análisis de la Ley Modelo, Kozolchyk, sostiene que su principal objetivo es crear un derecho de garantía mobiliario real y no posesorio que le permita a los deudores retener la posesión del bien o bienes dados en garantía y le permita a los acreedores garantizados ejecutar su derecho de garantía extrajudicialmente en caso de incumplimiento. También facilita la creación de un mercado crediticio regional al asentar los fundamentos legales para una red de registros electrónicos en las Américas y el Caribe. Asimismo, estimula la creación de una sola base de datos del registro por país recibiendo su información bien en forma directa de los acreedores y deudores o por medio de registros regionales o locales... Cf. Kozolchyk, B.

2. *Actos inscribibles: los señalados en el artículo 32 de la presente Ley.*
3. *Adquirente: el tercero que por cualquier título adquiere un bien mueble afecto a la garantía mobiliaria.*
4. *Bien mueble: cualquier bien mueble o conjunto de bienes muebles, de acuerdo a la enumeración que contiene el Código Civil y la presente Ley.*

Para efectos de esta Ley, también se consideran bienes muebles las naves y aeronaves, los pontones, plataformas y edificios flotantes, las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles.
5. *Constituyente: la persona, sea el deudor o un tercero, que constituye la garantía mobiliaria conforme a esta Ley.*
6. *Depositario: la persona natural o jurídica que custodia el bien mueble, materia de la garantía mobiliaria.*
7. *Deudor: la persona obligada al cumplimiento de la obligación garantizada.*
8. *Días: comprende días calendario y el criterio de cómputo de plazos será según el artículo 183 del Código Civil.*
9. *Documento oficial de identidad: El Documento Nacional de Identidad (DNI) o aquél que por disposición legal esté destinado para la identificación de las personas naturales; mientras que en el caso de las personas jurídicas, se entenderá que es el Registro Único del Contribuyente (RUC) o aquél que por disposición legal lo*

sustituya. En el caso de las personas extranjeras, el documento que les corresponda según la ley de su domicilio o su pasaporte.

10. Formulario de Inscripción: aquel en el que consta, para efectos de su inscripción, la garantía mobiliaria y los otros actos inscribibles. Mediante este formulario se inscriben dichos actos en el Registro correspondiente. El texto de los formularios es aprobado por resolución de la SUNARP.

11. Formulario de Cancelación: aquel en el que consta la cancelación de la garantía mobiliaria y de los otros actos inscribibles y mediante el cual se inscribe dicha cancelación en el Registro Correspondiente. El texto de los formularios de cancelación es también aprobado por resolución de la SUNARP.

12. Frutos: son los provechos que produce un bien, sin alterar ni disminuir su sustancia.

13. Garantía mobiliaria: el gravamen constituido sobre bienes muebles en virtud de un acto jurídico dentro del ámbito de aplicación de la presente Ley.

14. Inventario: conjunto de bienes muebles en posesión de una persona para su consumo, transformación, venta, permuta, arrendamiento o cualquier otra operación comercial en el curso ordinario de su actividad económica.

15. Ley: la Ley de la Garantía Mobiliaria.

16. Obligación garantizada: obligación cuyo cumplimiento se encuentra asegurado por la garantía mobiliaria o en virtud de cualquier acto jurídico dentro del ámbito de aplicación de la Ley.

17. *Precio de la enajenación: 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. También se considera precio la indemnización abonada en virtud de una póliza de seguro.*
18. *Registro correspondiente: es uno de los Registros Jurídicos de Bienes o el Registro Mobiliario de Contratos, según se trate de bienes muebles registrados o no registrados.*
19. *Registros Jurídicos de Bienes: el conjunto de Registros de bienes muebles ya existentes que surten plenos efectos jurídicos.*
20. *Registro Mobiliario de Contratos: el registro de contratos en el que se inscriben las garantías mobiliarias y demás actos inscribibles sobre bienes muebles no registrados en algún Registro Jurídico de Bienes.*
21. *Sistema Integrado de Garantías y Contratos: es el sistema que unificará la información existente sobre estas materias en el Registro Mobiliario de Contratos así como en todos los Registros Jurídicos de Bienes.*
22. *SUNARP: Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.*
23. *Título valor: según lo entiende la ley de la materia, excepto el cheque. La definición incluye cualquier título expedido en el extranjero que sea considerado un título valor bajo el derecho aplicable al lugar de su emisión.*

2.3.7. ACIERTOS DE LA LEY: PANORAMA PRELIMINAR

La sustitución de la prenda por la garantía mobiliaria no es sólo un cambio de nomenclatura o nombre. Por el contrario, la ley de la garantía mobiliaria introduce una regulación específica que difiere en diversos aspectos de la derogada y dispersa regulación de la prenda (civil, minera, industrial, agrícola, etc).

La Ley N° 28677, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01 de marzo de 2006, y que rige desde el 30 de mayo de 2006, modifica y deroga tres incisos (4º, 6º y 9º) del artículo 885 del Código Civil, mediante los cuales algunos bienes que hasta hoy eran bienes inmuebles por ficción legal, como por ejemplo las naves y aeronaves, ahora se les hace bienes muebles, desde el punto de vista del Derecho Civil. El numeral 4º del artículo 2º de la ley, considera como bienes muebles a las “naves y aeronaves, los pontones, plataformas y edificios flotantes, las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles. Sin embargo, sólo deroga tales incisos del artículo 885. Pero no dice que deben ser incluidos en el artículo 886 que enumera la lista de bienes muebles. Se trata de una política errada, que afecta el carácter superior de la codificación civil.

La Ley de la Garantía Mobiliaria tiene varios aciertos y también algunas equivocaciones, pero sí introduce cambios radicales. Algunos autores sostienen que ha eliminado muchos prejuicios y mitos.⁸

⁸ Beaumont anota: “Prejuicios morales y dogmas ‘legales’, enquistados en nuestra sociedad y en nuestros códigos, no permitían reactivar determinados contratos, como el de préstamo mercantil dinerario y el de prenda. Hacia falta un aliciente: asegurar la pronta recuperación del crédito concedido”.

Otro de los aciertos de la ley es que reforma radicalmente las cuatro etapas más importantes del préstamo con garantía mobiliaria, a saber: a) constitución, b) prelación, c) publicidad y d) ejecución.

2.3.8. DEFINICION LEGAL DE "GARANTIA MOBILIARIA"

Cuando empleamos la expresión *garantía mobiliaria*,⁹ es obvio que nos estamos refiriendo a un derecho real. Dado que la Ley de la garantía mobiliaria habla de la afectación de un mueble, sin duda nos estamos refiriendo a una garantía real mobiliaria. La afectación (ya no es necesariamente entrega) de un bien mueble se da en seguridad del cumplimiento de una obligación.

El artículo 3º la define en los siguientes términos:

Artículo 3.- Garantía mobiliaria

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.

Es apropiado el empleo del término cumplimiento de una obligación y no el de pago, que es más restringido, aplicable sólo a obligaciones dinerarias, en cambio, cumplimiento alude a todo tipo de obligaciones.

⁹ Más allá de las bondades de la ley, esta garantía en los derechos reales recibe un nombre muy concreto y claro: *prenda*. Ignoramos por qué el legislador ha decidido suprimirle tal nombre, que ostenta en todo el derecho comparado. Puesto que el nombre "garantía mobiliaria", es genérico, ha podido llamarla prenda con registro y prenda sin registro.

Si, tradicionalmente, tanto la hipoteca como la prenda han sido derechos constituidos por el deudor a favor del acreedor en seguridad del cumplimiento de una obligación, en cambio la diferencia venía por el lado de la entrega o desplazamiento del bien: en la primera (hipoteca) el bien permanecía en poder del deudor, mientras que en la prenda la posesión del bien se entregaba o transfería al acreedor.

Esta última es la entrega física o real. En este extremo sí se produce un cambio en la nueva ley de la garantía mobiliaria. Es cierto que la garantía mobiliaria puede darse con o sin desposesión del bien mueble, pero todo el articulado se orienta a impulsar la garantía mobiliaria sin desposesión, sin desplazamiento. Ello porque, en vez de la entrega física, se privilegia la inscripción registral. Así, se explica la creación del Registro Mobiliario de Contratos.

Representa un gran beneficio para el deudor, ya que éste puede seguir contando con los bienes muebles ofrecidos en garantía, y así podrá cumplir con la obligación. Hoy, muchos bienes muebles (especialmente las máquinas) son productores de bienes, de modo que el deudor tiene interés en retenerlos en su poder, sobre todo como medio de pagar la deuda contraída con el acreedor garantizado.

En el nuevo sistema de la ley de la garantía mobiliaria, la entrega física del bien no registrable al acreedor o a un tercero dependerá exclusivamente de lo acordado por las partes.

Esto difiere de lo estatuido por el Código Civil que establecía como requisitos de validez de la prenda sobre bienes muebles no registrales su entrega física al acreedor o a un tercero.

Por otra parte, el derecho real de garantía mobiliaria puede cubrir uno o varios bienes muebles, sean ellos corporales o incorporables, registrados o no registrados, descritos en forma específica o por categorías genéricas de bienes muebles (sobre la totalidad de los bienes muebles del constituyente de la garantía mobiliaria), presentes o incluso futuros, obviamente todo ellos susceptibles de valoración económica (artículo 4º). Además puede comprender bienes muebles ya gravados, es decir, podrá constituir garantía mobiliaria de segundo y posteriores rangos.

2.3.9. NUESTRA DEFINICION

Podemos por consiguiente definir a la garantía mobiliaria como el derecho real formal (deriva de un acto jurídico), autónomo (es independiente del mutuo), constituido sobre un bien mueble por el deudor, a favor del acreedor, en garantía o seguridad del cumplimiento de una obligación (derecho personal), y que puede darse con entrega física del bien (al acreedor o tercero depositario) o con su inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos o en los Registros Jurídicos de Bienes y que además confiere al acreedor el derecho de pedir, en caso de incumplimiento del deudor, la ejecución extrajudicial (venta directa) o hasta la judicial, a fin de que con el producto de la venta se le pague o que inclusive se le adjudique el bien en pago de su crédito.

2.3.10. CARACTERES

Fluye de lo expuesto que la garantía mobiliaria presente las siguientes características:

- **Mobiliaria.** Sólo puede recaer sobre un bien mueble, del tipo que sea, bien mueble presente o futuro, material o inmaterial, genérico o específico.
- **Autónoma,** la garantía mobiliaria es un derecho real autónomo. Difiere así de la prenda, que era accesoria del derecho principal (mutuo). Por ejemplo, la línea de crédito es autónoma del mutuo, al punto que el acreedor podrá inscribirla en el Registro Mobiliario de Contratos, antes del primer desembolso.
- **Genérica.** La garantía mobiliaria puede referirse a bienes muebles genéricos, aunque también específicos (cuando sea la posesoria). Por lo tanto caben entre los primeros los inventarios rotatorios, las cuentas por cobrar, etc.
- **Jurídica,** la garantía mobiliaria no exige la entrega física del bien mueble que se da en garantía. Basta con su anotación en el registro (LGM, art. 32). Sólo si lo convienen las partes, habrá entrega física.
- **Foral.** Surge de un acto jurídico. La garantía mobiliaria, sólo debe constar en un formulario estándar aprobado por la SUNARP, debidamente certificado por notario, no se exige documento solemne como la escritura pública ya que es más oneroso.
- **El constituyente puede no ser el propietario.** La garantía mobiliaria puede ser constituida además por un tercero.

2.3.11. CONTENIDO DE LA GARANTIA

Podemos enumerar los siguientes derechos y obligaciones, diferenciando según se trate de la garantía mobiliaria con posesión efectiva (con entrega física) o de garantía mobiliaria con inscripción registral (sin desplazamiento).

2.2.11.1. DERECHOS DEL ACREEDOR GARANTIZADO

a) GARANTIA MOBILIARIA CON ENTREGA FISICA

Cuando en la garantía mobiliaria hay entrega física, como en la pasada prenda clásica, el acreedor tiene los siguientes derechos: a) derecho a la posesión del bien; b) derecho de retención; c) derecho de vender el bien; d) secuestro del bien; e) sustitución del bien mueble, todo ellos enumerado en el artículo 10 de la ley.

Artículo 10.- Derechos de posesión, retención y venta

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.

a.1) Derecho a la posesión del bien

Debe entregarse el bien al acreedor garantizado, que en tal caso asuma la condición de depositario, o al tercero encargado de guardarlo, que también se convierte en depositario (C.C. 1064). La justificación es doble: (i) la entrega del bien mueble constituye una forma de dar publicidad al gravamen (hace saber a los terceros que el bien está afectado al pago de una obligación); y es, además (ii) una

garantía para el acreedor, que si el bien queda en poder del deudor, estaría expuesto a que éste lo enajenara, sin posibilidad por parte del acreedor de ejercer acción real alguna contra los adquirentes de buena fe.

Hecha la entrega del bien al acreedor, éste se convierte en poseedor inmediato lo aceptaba el artículo 1068 del C.C.)

El que constituye la garantía ha de ser propietario del bien gravado. Generalmente es el mismo deudor. Pero puede ser también un tercero que no es un fiador, ya que no compromete su patrimonio.

a.2) Derecho de retención

En caso de incumplimiento de la obligación, existe para el acreedor un derecho a retener el bien mueble dado en garantía. Obviamente no puede ser confundido con el derecho real de retención que legisla el C.C. en sus artículos 1123 al 1131, ya que son de naturaleza diferente.

Consiste en la facultad que tiene el acreedor de conservar el bien hasta que se produzca el pago. Este derecho de retención tiene una naturaleza peculiar, distinta de la que es propia del derecho de retención típico.

Cuando se ejercita el derecho de retención común del Código Civil, mientras al retenedor no le ha sido pagado su crédito, no puede ser obligado a entregar el bien; en el caso del acreedor garantizado (igual que en la prenda), su derecho se limita a ejecutar su privilegio sobre el precio del bien, pero no puede impedir que éste le sea embargado y entregado al comprador.

¿Cuál es entonces la naturaleza de este derecho del acreedor a retener el bien ofrecido en garantía? Si el acreedor no tiene derecho a retener y oponerse al comprador, la facultad que tiene es de tipo personal y no real, oponible por consiguiente sólo al deudor. Pero esto no supone que el derecho de garantía mobiliaria sea personal.

Este derecho de retención estaba legislado en el artículo 1067 del Código Civil¹⁰, que establecía que el tercer adquirente no podía exigir la entrega del bien mueble si antes no hubiera pagado el capital e intereses y reembolsado los gastos relativos a la deuda y a la conservación del bien. Parece ser que el Código había seguido a las legislaciones que confieren al acreedor la facultad de conservar el bien en su poder mientras la obligación no haya sido cumplida. El Código de 1936 omitía un artículo así, en cambio exigía en el artículo 993 la obligación del acreedor o del tercero que tuviera en su poder, de devolverla al producirse el cumplimiento de la obligación.

Si el acreedor garantizado devuelve voluntariamente el bien mueble al deudor, ello implica la terminación de la garantía mobiliaria por renuncia, así lo establecía el artículo 1090, 3. del Código Civil¹¹.

Pero ¿qué ocurre cuando hay pérdida involuntaria de la posesión, ya sea porque fue despojado, o porque le fue sustraído el bien o porque la perdió? De acuerdo con el derogado artículo 1070 del

¹⁰ Código Civil, art. 1067 (derogado): "La prenda confiere al acreedor el derecho a retener el bien. El tercer adquirente no puede exigir su restitución ni su entrega si antes no han sido íntegramente pagos el capital e intereses y reembolsados los gastos relativos a la deuda y a la conservación del bien".

¹¹ Código Civil, art. 1090 (derogado): "La prenda se acaba por: 3º Renuncia del acreedor".

Código Civil,¹² el acreedor podría ejercer, además las acciones de defensa posesoria, la acción reivindicatoria.

Hay que tener presente que la doctrina dominante en nuestro país es la de Jhering. Por ello se admite que la interrupción involuntaria de la posesión, ya sea por despojo o por pérdida, no produce necesariamente la extinción de la posesión, es decir, se puede ser poseedor sin contar con la tenencia física provisional del bien. Abonan la tesis los artículos 904 y 953 del Código civil. Conforme al primero, se conserva la posesión aunque su ejercicio esté impedido por hechos de naturaleza pasajera; y de acuerdo con el último, la interrupción de la posesión no se produce en caso de que el poseedor recupere el bien dentro de un año o si por sentencia le es restituido.

Significa esto que en caso de pérdida o sustracción, el acreedor garantizado puede interponer la acción judicial persecutoria, lo que implica que la garantía mobiliaria subsiste. Creemos que habría que interponer un interdicto de recobrar.

a.3) Derecho de venta

Frente al incumplimiento de la obligación garantizada por el deudor, aparece en toda su dimensión el carácter esencia de este derecho de vender el bien. También, aparece incluida esta facultad en el artículo 1069 del C.C.¹³

¹² Código Civil, art. 1070 (derogado): "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".

¹³ Código Civil, art. 1069 (derogado): "Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de pacto, se tramita como proceso de ejecución de garantías. La posición del deudor sólo puede sustentarse en prueba documental que acredite indubitablemente el pago".

Es de la esencia de la garantía mobiliaria este derecho del acreedor cuya obligación (crédito) no es satisfecha en su debido tiempo, el derecho de hacer vender el bien para pagarse con su precio. Esta es precisamente la garantía del acreedor de ser pagado oportunamente. Y para hacerla efectiva, se promueve la venta.

Lógicamente, y a diferencia del derogado artículo 1069 del Código Civil, la Ley de la Garantía Mobiliaria ha simplificado los trámites, y permite la venta directa (artículo 47), e incluso la adjudicación del bien por el acreedor, ya que se admite el "pacto comisorio". Sólo por excepción, podrá recurrirse a la ejecución judicial. La ley prácticamente ha dejado de lado esta última vía, ya que la venta judicial supone una previa tasación por peritos, a fin de acordar conforme a ella la base de la subasta, con los gastos que ello implica. Pero el deudor también tiene derecho, "y uno de ellos es que el bien se venda en el proceso más justo posible, a fin de reservar para sí el remanente, si es que lo hubiera y una vez hecho efectivo el crédito a su cargo, más intereses y costas".

a.4) Secuestro del bien

Si el constituyente, o el eventual adquirente, hiciera un uso abusivo y perjudicial del bien mueble, al punto de dañarlo o ponerlo en peligro, el acreedor tiene derecho a exigir su entrega en depósito a un tercero (artículo 11,3º)

a.5) Sustitución del bien mueble

Tiene también el derecho a solicitar la entrega de un bien mueble de igual o mayor valor al que reemplaza (artículo 11,3º). Una norma similar se encontraba en el derogado artículo 1073 del Código.¹⁴

b) GARANTIA MOBILIARIA SIN ENTREGA FISICA

El acreedor garantizado tiene los derechos y obligaciones que indican los artículos 12, 13 y 25, entre otros, de la Ley de Garantía Mobiliaria.

Podemos enumerar los siguientes derechos:

- Derecho de ejecutar la garantía mobiliaria
- Derecho a percibir los frutos o intereses del bien dado en garantía mobiliaria.
- Derecho de recuperar la posesión del bien mueble
- Derecho a la persecución (persecutoriedad) del bien dado en garantía mobiliaria.
- Derecho de preferencia

b.1) Derecho de ejecución del bien dado en garantía mobiliaria

En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a menos que se haya pactado la venta directa o la adjudicación, el acreedor tiene el derecho de ejecutar la garantía mobiliaria (artículo 12, ap. 1º), incluida la venta directa o la adjudicación.

¹⁴ Código Civil, art. 1073 (derogado): "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."

Excepcionalmente, el acreedor podrá ejecutar la garantía mobiliaria antes del vencimiento de la obligación, cuando el bien no se encuentre debidamente conservado o se descubriera otras circunstancias que pudieran dificultar o hacer imposible la ejecución (artículo 12. ap.2º). Su antecedente lo encontramos en el abrogado artículo 1074 del Código Civil.

b.2) Derecho a percibir los frutos o intereses del bien mueble:

Si se trata de un bien fructífero o que produce intereses, el acreedor en posesión del bien, los hará suyos 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 (artículo 12, p. 4º). La norma se refiere básicamente a la garantía mobiliaria con posesión efectiva. Su antecedente legislativo inmediato es el derogado artículo 1077 del Código Civil.

Bien fructífero por ejemplo es un predio rústico (chacra) que cosecha café, algodón, etc., pero también lo es un bien que produce intereses es el dinero o la garantía mobiliaria de un título valor.

b.3) Derecho de persecutoriedad del bien (ius perseguendi).

Una de las características esenciales de los derechos reales, a diferencia de los derechos personales, es el derecho de persecución (ius perseguendi) o persecutoriedad del bien. El acreedor puede recuperarlo de quien lo tenga en su poder.

Esta facultad la regula el artículo 13 de la Ley.

Artículo 13.- Persecutoriedad de la garantía mobiliaria

La enajenación que hiciere el constituyente o el eventual adquirente del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, no perjudicará la plena vigencia de ésta.

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.

Por consiguiente, la enajenación que haga el deudor (lo cual será más factible con la nueva legislación que sólo prioriza la entrega jurídica), y en general el constituyente (también el tercero), o el adquirente del bien mueble que de mala fe (y acaso en connivencia con el deudor) transfiera a su vez el bien a otro, no surtirá efecto, es decir, no perjudicará la plena vigencia de la garantía mobiliaria.

La virtualidad de esta norma radica en que la garantía mobiliaria está inscrita en el registro (básicamente en el Registro Mobiliario de Contratos), que es su publicidad, toda vez que, tratándose de bienes muebles no registrados, la posesión es la publicidad y el título.

Es por ello que el artículo 13 indica que la norma no rige cuando el bien mueble afectado en garantía mobiliaria es adquirido en tienda o local abierto al público, siempre que esté amparado en factura, recibo o en un comprobante de pago.

Este precepto ya está contemplado en el artículo 1542 del Código Civil. Por consiguiente, estos bienes son irreivindicables. Lógicamente, los bienes muebles que están inscritos en el registro Jurídico de Bienes, no están allí comprendidos.

2.3.12. EXTENSION DE LA GARANTIA MOBILIARIA SOBRE EL PRECIO DE LA ENAJENACION

La característica de la garantía mobiliaria es que el deudor o constituyente de manera semejante a la hipoteca, continúa en la posesión del bien o bienes muebles, lo cual es altamente beneficioso para él, ya que de esta manera obtendrá los recursos necesarios para cancelar la deuda.

Inversamente, es más riesgoso para el acreedor, ya que al tener el deudor la posesión del bien, podrá enajenar onerosamente el bien. Es ahí cuando entra a tallar el artículo 14 de la ley.

Artículo 14.- Extensión de la garantía mobiliaria sobre el precio de la enajenación

Si el deudor enajena a título oneroso el bien dado en garantía mobiliaria, ésta 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.

De producirse tal enajenación onerosa del bien garante, la garantía mobiliaria se extenderá al precio de la enajenación, sin perjuicio de la persecutoriedad a favor del acreedor.

2.3.13. DERECHO DE RECUPERAR LA POSESION DEL BIEN MUEBLE

Si el acreedor pierde la posesión del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, puede recuperarla en poder de quien se encuentre, inclusive del deudor. (art. 12 ap. 6º). Se refiere esta hipótesis, claro está, a la garantía mobiliaria con entrega física del bien mueble, en cuyo caso podrá recuperarla.

2.3.14. DERECHO DE PREFERENCIA

El crédito del acreedor con garantía mobiliaria tiene un privilegio especial o preferencia (*ius preferendi*) sobre los restantes acreedores. Ello por ser titular de un derecho real. El tema estaba ya regulado por el derogado artículo 1068 del Código.¹⁵

La colisión de derechos (créditos) puede ser de dos clases: (i) entre derechos con garantía mobiliaria; y (ii) entre derechos con garantía mobiliaria y otros que no la tienen.

(I) Si la colisión es entre acreedores todos ellos con garantía mobiliaria, entonces es de aplicación el artículo 25, por lo que tendrá preferencia el acreedor garantizado que primero haya sido inscrito su

¹⁵ Código Civil, art. 1068 (derogado): "El derecho del acreedor prendario, en relación al bien, es preferente al de los demás acreedores.

La preferencia subsiste sólo 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 aparece inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la prenda".

derecho en el registro. Es decir, obtiene preferencia sobre la base de la fecha de la inscripción. Es la solución del referido artículo.

Artículo 25.- Prelación con respecto de otros acreedores

La garantía mobiliaria regulada por esta Ley confiere al acreedor garantizado preferencia sobre la base de la fecha de su inscripción en el Registro correspondiente.

En los procedimientos de disolución y liquidación de empresas, el orden de preferencia en el pago a los acreedores se rige según el artículo 42, Orden de preferencia, numeral 42.1 de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal

(ii) Si la colisión se produce entre derechos con garantía mobiliaria y otros que no tienen tal garantía mobiliaria, es preciso establecer cuál es la naturaleza de estos últimos. Si fueron créditos o derechos simples (quirografarios), no hay duda que la preferencia corresponde al derecho con garantía mobiliaria, aun cuando su fecha de constitución fuera posterior. Pero si se trata de créditos privilegiados (aquellos que se denominan genéricamente privilegios), éstos tendrían preferencia siguiente las reglas del Código Procesal Civil.

En otras palabras, la inscripción de la garantía mobiliaria en el registro es decisiva para determinar *el ius preferendi*.

Lo mismo es aplicable en el caso de la garantía mobiliaria sucesiva, es decir, cuando sobre el mismo bien mueble se han constituido varias garantías mobiliarias, caso también en que la preferencia resulta de la fecha de inscripción en el registro (artículo 26).

2.3.15. OBLIGACIONES DEL ACREEDOR GARANTIZADO

Podemos enumerar tres:

- Conservación (cuidar y mantener en buen estado) el bien mueble.
- Devolución del bien cuando se cumpla con la obligación principal garantizada.
- Responsabilidad por pérdida o deterioro (destrucción) del bien.

a.1) Conservación del bien

Es una obligación típica del acreedor que tiene la posesión del bien mueble que garantiza la obligación. En tal caso, tiene la calidad de depositario. Como todo retenedor, el acreedor garantizado tiene la obligación de cuidar y mantener en buen estado el bien.

1. El apartado 3º del artículo 12 establece la obligación de cuidar y mantener en buen estado el bien. El hecho de que el acreedor sea depositario o tenga la guarda del bien no lo autoriza a usarlo, a no ser que cuente con el consentimiento del deudor. Si bien este numeral no es tan contundente como era el derogado artículo 1076 del Código Civil.

Ahora bien: si el acreedor dañara o pusiera en peligro el bien mueble ofrecido en garantía mobiliaria, el deudor o el constituyente tendrán derecho a exigir su entrega en depósito a una tercera persona, esto último en consonancia con la parte final del artículo 1076 del Código Civil, sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar. Para determinar la magnitud del deterioro o daños se ha de confrontar o

comparar el estado de conservación encontrado con el que se describió (de forma específica o genérica) en el acto jurídico al constituirse la garantía mobiliaria; o en todo caso, se calculará mediante peritaje acordado entre las partes.

Consideramos que ello es consecuencia del uso indebido que del bien mueble hace el acreedor. Dado que es depositario, su posesión si bien es en nombre propio, ella es a título distinto de dueño, lo cual significa que no lo conducirá de ninguna manera a la usucapión o propiedad adquisitiva de dominio.

Pero así, como el acreedor está obligado a la conservación del bien mueble, él no está obligado a mejorar el bien, ni a evitar los deterioros que sean una consecuencia de la naturaleza misma del bien.

En cuanto a los actos conservativos del deudor, el acreedor debe considerarse facultado, pero no obligado a hacerlos.

La obligación de custodia existe aun en el caso de que el bien se haya entregado en cumplimiento de un contrato nulo, pues surge no de la garantía mobiliaria sino de la entrega y aceptación en custodia (depósito) de un bien ajeno.

2. Garantía mobiliaria de un bien fructífero

Puede tratarse de un bien fructífero el que se entrega en garantía mobiliaria. Si el acreedor tiene la posesión efectiva del bien fructífero o si éste produce intereses, el acreedor los hace suyos, los percibe por cuenta del deudor, y por un acto de justicia, los imputará, primero a los intereses de la deuda garantizada y después, el exceso que hubiera al capital, a no ser que se haya pactado lo contrario, según

prescribe el apartado 4º del artículo 12, de similar redacción al derogado artículo 1078 del Código Civil.

Este aspecto es de una elemental justicia, ya que el bien mueble sólo es entregado en garantía de la obligación, no para ser explotado.

3. De estos dos preceptos del artículo 12 (similares a los artículos 1076 y 1078 del Código Civil) surge claramente que el acreedor, a la manera del Derecho Romano, debe guardar el bien "como propio" lo cual no quiere decir, empero que goce de las facultades del propietario, sino que debe poner toda la diligencia y atención en el cuidado del bien. Como lo haría el dueño.

a.2) Devolución del bien

Cumplida la obligación o más precisamente, pagada la deuda, el acreedor está obligado a devolver el bien al deudor o constituyente (artículo 11 ap. 5º). Su antecedente es el artículo 1080 del Código Civil, debe restituirlo con todos los accesorios y aumentos. Entre los aumentos están naturalmente los frutos del bien que hubiera conservado en especie, y si el acreedor hubiera recibido sumas en concepto de intereses o venta de frutos, está obligado a rendir cuentas, teniendo en cuenta que el apartado 4º del artículo 12, como queda dicho, los imputará a los intereses y el exceso al capital, o sea, a su crédito.

a.3) Responsabilidad por pérdida o deterioro del bien

Se trata de la teoría del riesgo aplicada al bien mueble entregado en garantía mobiliaria.

1. El acreedor, aun cuando no haya usado ni abusado del bien recibido en garantía mobiliaria, responde por la pérdida o deterioro (aunque la ley enumera a la pérdida y la destrucción del bien, la teoría del riesgo considera la hipótesis de destrucción o pérdida y deterioro del bien) dado en garantía mobiliaria, cuando ello se daba a su culpa, es decir, si hubo negligencia o cualesquiera otras omisiones propias de la culpa, que demuestren que no cuidó el acreedor al bien como propio. La regla básica es clara y establece una presunción iuris tantum de culpa: en principio, el acreedor responde siempre por la pérdida o deterioro. Para eximirse la responsabilidad, deberá destruir la presunción y acreditar que no hubo culpa (sólo podrá eximirse de esta obligación, probando que no se perdió o destruyó por su culpa), El derogado artículo 1081 del Código Civil en parte era similar, pero confería al depositario, en caso de pérdida, la facultad de sustituir el bien por otro de la misma especie y calidad.
2. Si la pérdida o deterioro fue por caso fortuito o fuerza mayor, ocurrida después de extinguida (cumplida) la obligación principal garantizada, el acreedor responde, es decir, pagará los bienes (afectados en garantía mobiliaria) si no tuvo justa causa para demorar su devolución.

El derogado artículo 1079 del Código, su antecedente, contenía un agregado que está en la ley de garantía mobiliaria: quedaba eximido de esta responsabilidad solamente si probaba que la pérdida o deterioro se habría producido también de haber estado el bien en poder de su dueño.

3. También responde el acreedor que, sin haber tenido causa legal, rehúsa el pago de la obligación garantizada ofrecido por el deudor. La norma es de por sí clara, ya que no se puede castigar al deudor, cuando la pérdida es responsabilidad del acreedor.

2.3.16. DERECHOS DEL DEUDOR O CONSTITUYENTE Y DEL EVENTUAL ADQUIRIENTE O DEPOSITARIO

El constituyente (deudor o cualquier tercero que intervenga en la relación obligacional con interés o sin él, o, en su caso, el eventual adquirente del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, tendrá los siguientes derechos

- El derecho de usar, disfrutar y disponer del bien mueble, incluidos sus frutos o productos.
- Secuestro del bien
- Restitución del bien

a.1) El derecho de usar, disfrutar y disponer del bien, incluidos sus frutos y productos

El constituyente (generalmente el deudor) que entrega el bien mueble en garantía mobiliaria conserva todos los atributos inherentes al derecho de propiedad (ius utendi, ius fruendi y ius abutendi), incluido sus frutos y productos, con la sola limitación que surge de la entrega de

la posesión al acreedor, cuando se trata de garantía mobiliaria con entrega física. De esta manera, puede vender el bien, aunque no transferido tácticamente al comprador (nuevo dueño), mientras el bien esté en manos del acreedor garantizado. Con mayor razón esto se da en la garantía mobiliaria sin desposesión, ya que el constituyente con la posesión física del bien o bienes puede también constituir una nueva garantía mobiliaria sobre el mismo bien mueble entregado antes de afianzar un primer crédito.

Ahora bien: dado que la nueva ley privilegia la garantía mobiliaria con entrega jurídica, o lo que es lo mismo, sin desplazamiento, esta regla cobra mayor intensidad en la medida que el constituyente, si el bien el gravamen está inscrito en el Registro Mobiliario de Contratos, continúa en la posesión del bien, por lo que tiene amplia libertad para usar, explotar y aun disponer del bien.

a.2) Secuestro del bien

El acreedor garantizado debe abstenerse de todo acto que importe abuso del bien mueble, esto es, un uso abusivo y perjudicial, ya que en ese caso, el deudor o constituyente podrían pedir el secuestro del bien y que sea puesto en poder de un tercero. La ley de la Garantía Mobiliaria no lo dice palmariamente como sí lo hacía el Código Civil.

a.3) Restitución del bien

Extinguida la obligación por el cumplimiento (pago) de la deuda, el constituyente (deudor, tercero) tiene derecho a exigir al

acreedor la restitución o devolución del bien mueble garantizado con todos sus accesorios.

2.3.17. OBLIGACIONES DEL CONSTITUYENTE Y DEL EVENTUAL ADQUIRENTE O DEPOSITARIO

- Entregar el bien mueble al representante designado para su venta o, en su defecto al acreedor.
- Conservación del bien mueble y, por ende, evitar su pérdida o deterioro.
- Permitir que el acreedor inspeccione en cualquier momento el bien mueble para verificar su estado de conservación.
- Informar, por conducto notarial, al acreedor sobre la ubicación, traslado, venta, transformación o transferencia del bien mueble.

Artículo 11.- Derechos y deberes del constituyente y del eventual adquirente o depositario

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 éste 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.

Otras obligaciones no legisladas son las siguientes:

- Sustitución del bien mueble
- Pago de los gastos de conservación

Esta última obligación únicamente se presenta en la garantía mobiliaria con desposesión, en la que debe rembolsar al acreedor garantizado los gastos de conservación.

Al hablar de las obligaciones del constituyente (deudor) no nos referimos a las que surgen de la obligación principal, sino a las que derivan de la constitución del derecho (real) de garantía mobiliaria.

Bajo las reglas anteriores del derecho real de prenda, su antecesor, una vez entregado el bien prendado, esto es, constituido el derecho real, el deudor no tenía obligaciones en lo que a la prenda se refería. Eventualmente, no obstante, podrían surgir dos obligaciones conforme al Código Civil: pago de los gastos de conservación del bien prendado y la obligación de sustituirlo cuando él era insuficiente, conforme a los artículos 1080 y 1072 del Código Civil.

a.1) Entrega del bien mueble para su venta

La nueva ley establece que, al momento de establecer la garantía mobiliaria, el deudor o constituyente debe designar representante para su venta.

De ahí, la obligación, a partir del incumplimiento de la obligación por el deudor, de entregar la posesión del bien mueble dado en garantía mobiliaria al representante previamente designado para su

venta, o en su defecto al acreedor garantizado cuando éste notifique al constituyente su decisión del proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria.

a.2) Conservación del bien mueble

Dado que la ley de la garantía mobiliaria propende a una garantía mobiliaria sin desposesión del bien mueble, el constituyente o deudor tiene sin duda una obligación más contundente, como es la de conservar el bien mueble y, por ende, evitar su pérdida o deterioro. El deterioro o daño del bien mueble se verificará comparando el estado de conservación encontrado con el declarado al constituir el acto jurídico, o mediante peritaje acordado entre las partes.

Ahora bien: ¿Qué ocurrirá cuando el bien mueble ha estado en manos del acreedor? La ley de garantía mobiliaria no regula expresamente la hipótesis, como sí lo hacía el derogado artículo 1080 del Código Civil, disponiendo que si el acreedor incurriese en gastos, deben serle reintegrados por el deudor.

A nivel comparado, Borda considera que está obligado a responder por los perjuicios que los vicios del bien, sin culpa, del acreedor le hubieran ocasionado a éste.

a.3) Permitir que el acreedor inspeccione en cualquier momento el bien mueble para verificar su estado de conservación

Es también una consecuencia de la nueva ley que privilegia la garantía mobiliaria sin desposesión; el bien mueble, si bien garantiza la obligación del deudor o constituyente, ésta se publicita por medio de la

inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos. Por ello mismo, el constituyente (deudor, depositario) debe permitir que, en cualquier momento, el acreedor inspeccione el bien mueble para verificar su cantidad, calidad y estado de conservación. Lógicamente ello no debe perturbar la posesión pacífica y regular del constituyente o en su caso, del eventual adquirente.

Esto último porque, como ya dijimos, puede el deudor haber enajenado el bien mueble, pero, por estar inscrita la garantía mobiliaria, el acreedor garantizado tiene derecho de preferencia ante el comprador o adquirente.

a.4) Informar, por conducto notarial, al acreedor sobre la ubicación, traslado, venta, transformación o transferencia del bien mueble

Por tener todos los atributos inherentes a su derecho de propiedad, el constituyente o deudor, puede haber enajenado o vendido el bien mueble. En tal caso, debe informar notarialmente al acreedor sobre la ubicación, traslado, venta, transformación o transferencia del bien mueble afectado en garantía mobiliaria "que no está incorporado en un Registro Jurídico".

Pero si el gravamen que pesa sobre el bien mueble se encuentra inscrito en el registro, la garantía mobiliaria está a buen recaudo. Y además el acreedor goza del *ius persecuendi*

a.5) Sustitución del bien mueble

Si bien se considera que es un derecho del acreedor (se presenta cuando hay garantía mobiliaria con entrega de la posesión al acreedor garantizado), también es cierto que el acreedor o constituyente está obligado a sustituir el bien mueble por otro equivalente o de mayor valor ¿En qué casos procedería esto? En varios supuestos, por ejemplo: si el bien entregado en garantía mobiliaria no es de su propiedad (del constituyente o deudor) o si el acreedor considera que ha sido engañado sobre el bien mueble, o si éste resulta insuficiente por culpa del deudor o por vicio del bien, tal como lo establecía el derogado artículo 1072 del Código Civil. Pero también si el bien mueble padeciera de vicio oculto. Es obvio que en tales circunstancias la garantía no resulta suficiente y el deudor estaría obligado a sustituirla. Bajo el régimen del Código Civil si no lo hacía era de aplicación el artículo 1071: el acreedor podía exigir el cumplimiento de la obligación principal, aunque el plazo no estuviera vencido.

2.3. CONSTITUCION DE LA GARANTIA MOBILIARIA

2.3.1. PANORAMA ANTERIOR A LA REFORMA

Uno de los problemas clásicos que enfrentaba el tema de los préstamos con garantía de bienes muebles era el de la constitución de la garantía, que era costosa y complicada, para incluir todas las operaciones de crédito y clases de bienes y acreedores.

Un nuevo panorama se abre con la Ley de la Garantía Mobiliaria, En el pasado, el campo de acción era sumamente restringido. La garantía real estaba reducida prácticamente a la hipoteca. La nueva legislación contempla una gran diversidad de bienes muebles como posibles objetos de garantía real mobiliaria. Aunque ya se les ha estudiado al tratar el artículo 4º, no está demás reiterar las innovaciones. Por ejemplo, está permitido gravar en garantía mobiliaria los inventarios rotativos (artículo 4,5º) de bienes, "no fungibles" en posesión del deudor (como máquina usada, tractores y equipos agrícolas, máquinas secadoras, hornos industriales, etc) que, al vender a plazos esos bienes, cambian a cuentas de crédito (artículo 4 y 10º), y nuevamente, a bienes. Igualmente, admite la constitución de una garantía mobiliaria sobre bienes muebles futuros (artículo 4, 12º), como por ejemplo bienes de importación, cuando el deudor aún no es dueño del bien en garantía o aquellos que también se transforman en un proceso de fabricación (por ejemplo, vestimenta en manufactura).

Puesto que la ley admite gravar los bienes muebles futuros, podríamos deducir que acepta la posibilidad de garantizar obligaciones futuras indeterminadas, como sería por ejemplo una línea de crédito.

La ley ha ampliado así las posibilidades de conseguir crédito. En el pasado, determinados bienes muebles adheridos a la tierra o a un edificio inmueble como hornos industriales, bombas de agua o equipos de refrigeración no podían otorgarse en garantía mobiliaria en forma autónoma, sino que había que gravar con hipoteca el predio de la fábrica para recién así dar en garantía el horno industrial; es decir, el gravamen mobiliaria perdía prioridad frente a la hipoteca. Hoy en día ya no es necesario eso, puede directamente gravar en garantía mobiliaria esos bienes muebles.

Es verdad que la ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, Ley 26702 del 06 de diciembre de 1996, introdujo algunas operaciones y servicios novedosos, pasibles de ser llevados por empresas, tales como operaciones de factoring (artículo 221,10), tomar o brindar cobertura de commodities, futuros y productos financieros derivados (artículo 221, 16º), instrumentos hipotecarios (artículo 235), letras hipotecarias (artículo 236), títulos de crédito hipotecario negociables (artículo 239), fideicomisos (artículo 295), entre otros. Pero el problema o limitación de estos servicios financieros es que ellos han tenido por lo menos dos deficiencias: (i) ninguno de ellos permitía que un prestamista otorgara garantía real sobre un bien mueble de un deudor (prestatario); (ii) su campo de acción se limitaba a las instituciones financieras.

Aunque la Ley General del Sistema Financiero creó la garantía real de prenda global y flotante (artículo 231), este gravamen sólo podían aplicarlo las entidades del sistema financiero. Además,

estas entidades financieras no permitían la constitución amplia de garantías reales y flotantes sobre todo tipo de bienes y toda operación de préstamo; puesto que ellas sólo aceptaban prenda de activos o bienes fungibles (sustituibles por otros de la misma especie y cantidad), tampoco admitían garantía real sobre bienes no fungibles rotativos, presentes y futuros, que garantizaran obligaciones presentes y futuras, de suerte que la garantía real flotara de inventario a cuentas por cobrar y, nuevamente, a inventario.

El artículo 17 legisla todo lo relativo a la constitución de la garantía mobiliaria.

Artículo 17.- Constitución

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.

En cuanto a la constitución, existe también una diferencia aquí. Según el Código Civil, la inscripción registral sólo se da en los bienes muebles registrables.

En cambio, la Ley de la Garantía Mobiliaria dispone que tanto los bienes muebles registrados como los bienes muebles no registrados, deben inscribirse en el Registro Jurídico de Bienes o en el Registro Mobiliario de Contratos, respectivamente.

La Ley establece que la garantía mobiliaria se constituye mediante acto jurídico unilateral o plurilateral. Sin embargo, para que sea oponible a terceros, debe estar inscrita en el registro correspondiente (artículo 17).

Si la garantía se constituye por un tercero, no se requerirá del consentimiento del deudor.

2.3.2. RIESGOS DE LA CONSTITUCION DE LA GARANTIA MOBILIARIA

Ahora, bien: la constitución de la garantía mobiliaria se simplifica notablemente, pero ello conlleva algunos riesgos. La facilidad de su constitución y la posibilidad de verificar la titularidad de bienes muebles no registrados (en este tipo de bienes rige la regla "la posesión equivale al título", del artículo 948 del Código Civil), genera

que la garantía mobiliaria con registro por folio personal puede prestarse a fraudes.

Para solucionar ese problema, en opinión de Franco Regjio, la ley de la Garantía Mobiliaria requiere, que como parte del acto constitutivo, en el caso de bienes no registrados, se incluya una declaración jurada del constituyente indicando su condición de propietario del bien mueble afecto en garantía mobiliaria.

2.3.3. RESPONSABILIDAD POR INFORMACION INEXACTA

En casos anteriores, el constituyente asume las responsabilidades civiles y penales que pudieran derivarse de la inexactitud de dicha declaración jurada tal como lo dispone el artículo 39.

Artículo 39°.- Responsabilidad por información inexacta

“El que intencionalmente solicite la inscripción de un formulario de inscripción consignando información diferente a la del título constitutivo del acto inscribible o que no corresponda a la realidad, será responsable por los daños que ocasiona, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pudiera ocurrir”.

Hay lugar a responsabilidad civil y, eventualmente, penal cuando se consigne información falsa e inexacta en el formulario.

2.3.4. EL ACUERDO O CONTRATO DE GARANTIA

Las partes deben ejecutar o celebrar un acto jurídico unilateral o plurilateral (contrato) por medio de un escrito, que a su vez satisfaga los requisitos de formalidad (“debidamente otorgado”) establecidos por el artículo 17 de la Ley peruana, a fin de asegurar el cumplimiento de la

obligación, Pero si bien su creación es por contrato, su efecto sobre terceros o perfeccionamiento depende de su publicidad. El perfeccionamiento de la garantía real mobiliaria crea derechos in rem y ad rem. La prelación entre garantías mobiliarias perfeccionadas, por su parte, deriva de su fecha registral o posesoria, según corresponda.

El documento o escrito puede instrumentarse o llevarse a cabo por cualquier medio (método) fehaciente que deje constancia, que preserve una versión permanente del consentimiento (voluntad) de las partes para la constitución del derecho de garantía real, incluyendo el télex, telefax, intercambio electrónico de información o datos, correo electrónico y cualquier otro medio óptico o similar, de acuerdo con lo que estipula la Ley de Firmas y Certificación Digitales, así como su Reglamento (Decreto Supremo N° 019-2002-JUS), a tenor de lo estipulado por el artículo 17 de la Ley de la Garantía Mobiliaria.

Al optar por la utilización de un formulario registral, la Ley de la garantía Mobiliaria establece requisitos estandarizados para la constitución de una garantía mobiliaria,

Además, esta garantía mobiliaria constituida, para tener prioridad frente a otras, no requiere la entrega física del bien mueble, por cuanto éste es “un sistema que promueve operaciones simuladas y el fraude”.

2.3.5. CONSTITUCION DE GARANTIA MOBILIARIA SOBRE ACCIONES

Sin embargo, algunos autores consideran que. “por seguridad jurídica, no se deberían admitir como medios a través de los cuales se

constituyan las garantías mobiliarias sobre acciones, el telefax, el télex, el correo electrónico y los medios ópticos o similares conforme lo permite el artículo 17 de la Ley de la Garantía Mobiliaria.

Quienes argumentas esto, lo hacen en la línea de defender firmemente la reserva, confidencialidad y anonimato de los negocios y gravámenes societarios, así como de los accionistas. Nosotros creemos que este no es motivo suficiente, y que la transparencia debe reinar también en los gravámenes sobre las acciones societarias.

2.3.6. LA ABSOLUTA DICOTOMIA ENTRE EL PRESTAMO (MUTUO) Y LA GARANTIA MOBILIARIA

He aquí otro de los cambios radicales introducidos a partir de la vigencia de la Ley de la garantía Mobiliaria.

En nuestro derecho de base romanística ha regido el principio de lo que lo accesorio sigue la suerte de lo principal (*accessorium sequitur principale*), consagrado en el artículo 889 del Código Civil. De acuerdo con esta clasificación que viene no sólo de la escolástica medieval sino del mismo derecho romano, el préstamo o mutuo era siempre la transacción (contrato) principal y la garantía prendaria era la accesorio, de modo que de no existir el préstamo previamente efectuado, la garantía mobiliaria o dependiente era inexistente.

Como consecuencia de esa dicotomía, obviamente no podía haber publicidad registral si no se hubiera desembolsado previamente la suma pactada por el prestamista.

Pues bien, la Ley de garantía Mobiliaria – siguiente el artículo 9 del UCC y la Ley Modelo de la OESA – modifica esta tradición ya que

si bien la garantía mobiliaria no puede existir sin un contrato de préstamo, éste en si no necesita haber sido desembolsado para que el acreedor perfeccione su derecho, En efecto, un prestamista y un prestatario pueden haber convenido en una futura línea de crédito (hasta determinada cantidad sobre una base renovable o acumulativa) y, aunque el dinero no haya sido todavía desembolsado al prestatario al momento de la inscripción del formulario registral "la futura extensión de crédito puede ser registrada en forma previa a la entrega de la cantidad prestada. Este registro surtirá efectos prioritarios respecto a terceros acreedores o adquirentes vendedor o compradores en el "mercado abierto". En el fondo esta práctica de inscripción para líneas de crédito no difiere mucho de las anotaciones preventivas o notas al margen usadas en los registros para los bienes inmuebles para darle publicidad a la posible existencia de derechos de crédito o preferencia acordados pero no ejecutados, o a gravámenes de tipo judicial (ius pendencia)

La norma innovadora de la Ley de la Garantía Mobiliaria que establece la dicotomía entre el contrato principal y la garantía mobiliaria, implica pues una superación del sistema anterior, y la experiencia histórica comparada demuestra que, por ejemplo, si hubiera sido así, tanto los bonos como las cédulas hipotecarias que financiaron la construcción de la vivienda popular a principios del siglo XX en Alemania y otros países, no hubieran podido ser creados, puesto que el contrato principal del préstamo no hubiera existido sino hasta el momento en que cada comprador de un bono o cédula desembolsara

su préstamo (en forma de pago del precio de compra del bono o de la cédula), sin embargo, estos compradores no hubiesen comprado sus bonos o cédulas a menos que se les entregasen estos títulos a cambio de sus pagos del precio de compra o de sus préstamos.

Como queda dicho, de acuerdo con los principios reguladores del nuevo derecho de garantías mobiliarias modernas, la garantía mobiliaria es autónoma ya no es accesoria del contrato de préstamo preexistente, ya que si fuera así, impediría el pre registro necesario para garantizar futuros adelantos. Por ejemplo, el Banco A (prestamista) se muestra dispuesto a otorgar una línea de crédito de 10.000 dólares al distribuidor B (prestatario) pero sólo si puede registrar su derecho de garantía real mobiliaria en el momento mismo en que ambos acordaron los términos del préstamo. Como la garantía mobiliaria tiene naturaleza principal y autónoma (abstracta), el pre registro de esta línea de crédito se hace posible porque depende de dos documentos básicos: 1) el que contiene el acuerdo de crear una obligación con garantía mobiliaria y 2) el otro que registra este derecho, es decir, el formulario. “Esta separación entre el préstamo subyacente y el contrato de garantía autónomo hace posible que un acreedor pre registre y alcance la deseada prioridad sobre los bienes del deudor una vez que acuerde la extensión del crédito, pero antes de hacer el primer desembolso.

2.3.7. EL ENFOQUE FUNCIONAL DE LA LEY PERUANA

El enfoque funcional adoptado por la ley peruana no significa otra cosa que la Ley de la Garantía Mobiliaria se aplica a todo acto jurídico, no importa su forma o denominación, que afecte bienes – en

este caso, muebles- para garantizar un crédito, lo cual implica que ella se aplicará a un derecho real de garantía en sentido escrito, como es la garantía mobiliaria, así como también comprenderá las garantías híbridas, llamadas también funcionales, como el fideicomiso, el arrendamiento, el arrendamiento financiero, la cesión de derechos, por citar algunos casos enumerados en el artículo 32 de la Ley de la Garantía Mobiliaria. También podría agregarse a este grupo, la venta a plazos con reserva de propiedad de un bien mueble.

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LGM

<p>1. Garantía Mobiliaria (Art. 4°)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Bienes tangibles - Bienes intangibles y derechos - Créditos - Títulos valores.
<p>2. Garantías Híbridas (o Funcionales) (Art. 32)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Cesión de derechos - Fideicomisos - Arrendamiento - Arrendamiento financiero - Contratos de consignación - Medidas cautelares - Contratos preparatorios - Contratos de opción

2.3.8. EL DEUDOR GARANTE

Deudor garante – o garantizante- es cualquier persona capaz de constituir o crea un derecho real de garantía mobiliaria sobre bienes muebles, en respaldo del cumplimiento de una obligación.

Esta definición es lo suficientemente amplia como para que le permita a terceros que contribuyan u ofrezcan su garantía mobiliaria, actuar como deudores.

La definición del artículo 2, literal 7º es muy escueta: deudor es “la persona obligada al cumplimiento de la obligación garantizada”.

Con el término constituyente, la ley comprende al deudor o al tercero, “que constituye la garantía mobiliaria” (artículo 2,5).

No se hace distinción entre el deudor comercial y civil, ya que ella ha ido desapareciendo en el derecho moderno.

Comprende, por consiguiente, al préstamo comercial, préstamo civil y préstamo de consumo (excepto los regulados por el derecho de protección al consumidor)

2.3.9. EL ACREEDOR GARANTIZADO

Es la persona en cuyo favor se constituye o crea el derecho real de garantía mobiliaria o simplemente la garantía mobiliaria, posesoria o no posesoria, pero la Ley contempla también a quien hubiera adquirido, bajo cualquier título, la obligación garantizada. (Artículo 2º, 1), esto es, al cesionario.

2.3.10. CONTENIDO DEL ACTO JURIDICO (CONTRATO) CONSTITUTIVO DE LA GARANTIA MOBILIARIA

Según el artículo 19 de la Ley de la Garantía Mobiliaria, el acto jurídico (contrato) constitutivo de la garantía mobiliaria debe, como mínimo, contener los siguientes elementos, que deben constar en el formulario de inscripción:

- a) Información (datos) para identificar (incluido el domicilio) al acreedor garantizado, el deudor garante y el constituyente (generalmente éste es el propio deudor)
- b) Declaración jurada del constituyente sobre su condición de propietario del bien mueble ofrecido en garantía mobiliaria, cuando se trate de bienes registrado.

Este dato es importante porque a partir de ahí, el constituyente responderá civil o penalmente cuando haya brindado información falsa o inexacta.

- c) Valor del bien mueble, que puede ser acordado por las partes o también por un tercero de común acuerdo. Servirá para fijar la base en caso de incumplimiento por el deudor.
- d) Monto determinado o determinable del gravamen.

Si la cantidad no es determinada, sino determinable, entonces cobra relevancia la cantidad máxima de la garantía mobiliaria.

- e) Identificación y descripción expresa del bien mueble (o bienes muebles) sobre el que se crea la garantía mobiliaria.

La norma derogada del Código Civil referida a la prenda exigía que la descripción debería ser detallada, esto es, específica e

indubitable (Código Civil artículo 1062), lo cual también se puede dar ahora y funciona bien cuando hay que describir la marca, modelo y número de un automóvil, un artefacto y otros elementos, pero no funciona con bienes fungibles, intangibles e inventarios. Por eso la Ley de la Garantía Mobiliaria ha ampliado este extremo y permite también las descripciones genéricas, cuando la garantía mobiliaria consiste en un inventario, bienes fungibles, bienes futuros, así como fungibles. Aunque es verdad que estas últimas descripciones pueden crear problemas con una garantía mobiliaria adicional adquirida después.

La ley peruana cambia aquí el criterio tradicional, al incorporar bienes como los inventarios, que son los bienes rotativos por excelencia, esto es, bienes genéricos.

f) Descripción específica o genérica de la obligación garantizada.

Así como hay bienes muebles específicos y genéricos, también hay obligaciones específicas y genéricas.

El requerimiento de que el acto jurídico o contrato de garantía mobiliaria incluya la mención expresa de la obligación garantizada es ampliamente incompatible con muchas prácticas de préstamo con garantía, como líneas de crédito y adelantos futuros, pero es requerido por el derecho civil y aduanas.

g) Cuando corresponda, y siempre y cuando haya depositario en la garantía mobiliaria con entrega física, deben indicarse el nombre o razón social, documento oficial de identidad y domicilio.

h) Fecha cierta del acto jurídico constitutivo.

Es decir, la fecha del contrato que crea la garantía mobiliaria.

No debe confundirse con el contrato de préstamo de dinero.

- i) Plazo de vigencia de la garantía mobiliaria. Podrá incluso pactarse uno indefinido.

Si no se fija plazo, se presume que es indefinido.

- j) Forma y condiciones de la ejecución del bien mueble, en caso de incumplimiento. Al respecto, son aleccionadores los artículos 47 y 53 entre otros, de la Ley de la Garantía Mobiliaria.
- k) Indicación de los datos de inscripción del bien mueble en un Registro Jurídico de Bienes, cuando corresponda, es decir, para el caso de los bienes ya registrados. Por ejemplo, un vehículo que necesariamente debe estar inscrito en el Registro de la Propiedad Vehicular.
- l) Identificación de los representantes que deben realizar y formalizar la venta del bien garante y suscribir toda la documentación necesaria para la transferencia, en caso de incumplimiento. Esto último lo regula con claridad el artículo 47 de la Ley

2.4. EJECUCION DE LA GARANTIA MOBILIARIA

2.4.1. EJECUCION DE BIENES DADOS EN GARANTIA MOBILIARIA

El préstamo de dinero aun con garantías, no está exento de riesgos, De suerte que, en caso de incumplimiento, el acreedor debe calcular si está en condiciones de hacer valer su derecho. El primer paso es que debe verificar si, por ejemplo, la escritura pública de la hipoteca fue debidamente inscrita, o si la garantía mobiliaria ha sido correctamente registrada o si el warrant no está vencido.

El segundo paso consiste en que debe sopesar la posibilidad de ejecutarla con beneficio para él. Así por ejemplo, "una segunda hipoteca sobre un inmueble, sólo garantiza que el acreedor podrá recuperar su dinero siempre que de la venta del bien quede un remanente a su disposición, luego que se ha cumplido con pagar a quien tiene la primera y preferencial hipoteca". En el caso de la garantía mobiliaria-antes, prenda-, existe el riesgo de que los bienes muebles desaparezcan, llevándolos a otro país o a un lugar secreto.

Las empresas que reciben garantías, por eso, deben efectuar un análisis de costo-beneficio. "Por ejemplo las inspecciones físicas periódicas son más importantes en el caso de bienes muebles que de inmuebles, debido al mayor riesgo de desaparición o destrucción de los primeros. En otros casos, las tasaciones no se justifican, como ocurre en las casas de venta de vehículos que mantienen en prenda los bienes hasta la cancelación total del crédito; basta estimar el valor de mercado sobre la base de su antigüedad, "o cuando la garantía es un

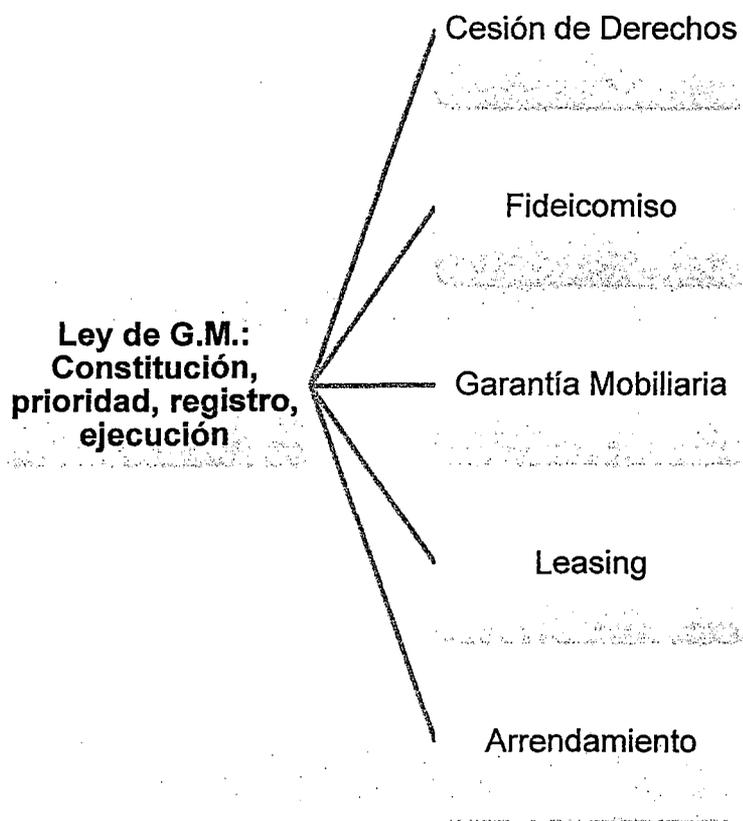
warrant de un producto cuyo valor de mercado actual puede ser fácilmente conocido (café, harina de pescado, etc.)”

Una vez que se han evaluado todos estos elementos, el acreedor debe evaluar por cuál de las formas de ejecución opta.

GRAFICO N° 01

Préstamos con garantía mobiliaria:

Constitución, prelación, registro y ejecución uniforme



La Ley de Garantía Mobiliaria ha establecido un sistema de registro único, donde las garantías y las llamadas garantías híbridas están en un plano de igualdad, tal como se puede observar en el gráfico N° 01.

2.4.2. PANORAMA GENERAL PREVIA A LA REFORMA

Uno de los problemas más álgidos en el Perú es que, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado debe plantear un proceso a fin de secuestrar y vender los bienes ofrecidos por aquél en garantía. Pero estos procesos en el Perú – y aun en las naciones desarrolladas-son lentos, antieconómicos y costosos. Los tribunales demoran mucho tiempo en resolver los litigios. Además, gran parte de los bienes muebles, como maquinaria o inventario, pierden su valor económico durante el presente proceso de ejecución. “Asimismo, el procedimiento judicial es costoso, lo que significa que bienes muebles relativamente baratos no puede cubrir los costos de ejecución judicial”. Recobrar o adquirir la posesión y vender los bienes en el Perú siempre ha tomado alrededor de dos años, para prestamistas privados y mucho más para prestamistas públicos.

Por ejemplo, el equipo agropecuario e industrial se deprecia rápidamente en un período de dos años, el ganado puede morir, Los deudores pueden vender los bienes otorgados en garantía o pueden huir con ellos.

Desde este punto de vista, los bienes inmuebles están menos sujetos a estos riesgos de los bienes muebles; no se deprecian sustancialmente. Además, por su propia naturaleza, los bienes inmuebles siempre están localizados en el mismo lugar. Los prestamistas saben que permanecerán allí.

1. Es por ello que antes de la dación de la Ley de Garantía Mobiliaria se desechó una reforma parcial y fragmentada de las normas de

ejecución en el Código procesal Civil, es decir, las aplicables a todas las materias y no sólo a las de ejecución de garantías – por cuanto iría en contra del objetivo, que es lograr la rápida toma o reposición (recuperación) y la posterior venta de los bienes dados en garantía.

En esa misma línea, no era dable reformar las normas de la Ley General del Sistema Financiero sobre el fideicomiso, a fin de que permitieran ofrecer en garantía un descripción general de bienes muebles, si es que continuaban vigentes las normas no reformadas del Código Civil que exigían la descripción específica de los bienes para su posterior registro y ejecución. Había que reformar todo el sistema de garantías mobiliarias.

Quienes propusieron la ley ahora vigente en nuestro país, desecharon así experiencias de este tipo aplicadas por ejemplo en Uruguay y Bolivia, donde se reformaron sus códigos procesales civiles, de 1988 y 1995, respectivamente, que no dieron buenos resultados.

2. De haberse adoptado una reforma fragmentaria y parcial, ésta habría sido lenta e incompleta. En realidad, hubiera generado el caos. Es por eso que se abandonó el enfoque histórico no sistemático y se siguió el enfoque integral de los Estados Unidos, con sus variantes de Código Civil de Québec, Louisiana, Puerto Rico y Rumania.

En efecto, con anterioridad se ensayaron algunas salidas. Entre ellas, el que se pudieran pactar procedimientos extrajudiciales para disminuir el tiempo y el costo requeridos para el cobro dentro de

un rango que permitiera que los bienes muebles fueran útiles para ser ofrecidos en garantía de créditos. De hecho, a nivel bancario, al incluir la Ley General del Sistema Financiero la prenda global y flotante (artículo 231), se permitía pactar procedimientos extrajudiciales de ejecución de garantías de este tipo, pero como un radio de acción muy reducido, sólo cubrían el ámbito bancario.

El mismo Código Civil, al surgir la modificatoria de su artículo 1069 a manos del Código Procesal Civil, admitió como válido que se pudiera pactar la venta directa del bien, y sólo en defecto de ella, se debía ir al proceso de ejecución de garantías. Ante esa realidad, se planteó que la nueva ley permitiera recuperar o tomar la posesión de los bienes muebles por el acreedor, por medios extrajudiciales, pero sin hacer uso de la fuerza o alteración del orden público. Asimismo, que debiera permitirse la venta del bien mueble en garantía por el acreedor.

De esta manera se aseguran “bajos costos y rapidez en la ejecución de garantías, permitiendo la toma de posesión y venta de bienes administrados por el acreedor garantizado y con mínima intervención judicial”.

Un derecho así reformado “puede otorgar muchos derechos al deudor, pero no el derecho de evitar la ejecución del bien en garantía. Ante la acusación de incumplimiento en el pago, la única defensa debe consistir en la presentación del comprobante de pago. El panorama legislativo ahora está claro. Empero, queda por verificarse si, después de éstas normas contenidas en la Ley de la garantía Mobiliaria, los bancos peruanos, antes renuentes a otorgar préstamos con garantía

mobiliaria, ahora conferirán préstamos a sus titulares, sin tomar en consideración las propiedades inmobiliarias de éstos. La flexibilización del marco normativo sobre la ejecución de la garantía mobiliaria en caso de incumplimiento del deudor, constituyen una señal favorable en esa dirección.

Con el nuevo marco legislativo, la gran ventaja comparativa de la garantía mobiliaria sobre la hipoteca, radica en la etapa de la ejecución: no solo porque podrá pactarse la ejecución extrajudicial-algo que todavía no se aplica a toda la hipoteca-, sino inclusive el mismo pacto comisorio.

Los agentes económicos toman un rol protagónico, en detrimento del Estado, que en algunos casos prácticamente no tiene intervención.

2.4.3. ASPECTOS NO LEGISLADOS POR LA LEY

Aunque la ley no lo dice, es un hecho que deben respetarse las reglas o normas comerciales apropiadas cuando haya que realizar la venta. Por ejemplo, toda demora en la venta de bienes perecederos, o que probablemente disminuyera el valor del bien en garantía, puede constituir incumplimiento de las normas comerciales apropiadas para el caso.

Otro aspecto no legislado por la Ley de la garantía Mobiliaria, es el referido al tema concursal. Si el acreedor garantizado tiene prioridad frente a otros acreedores, ello también debería haberse establecido en la norma.

En esa línea, los procedimientos de disolución y liquidación de empresas no deberían perjudicar el ejercicio de los derechos reales de garantía, lo cual significa que la Ley General del Sistema Concursal no se debería aplicar al acreedor garantizado y no debería tampoco suspender ningún proceso donde se exige el cumplimiento de una obligación con garantía real mobiliaria. No obstante, si aplicamos lo dispuesto en el 2º párrafo del artículo 25 de la Ley de la Garantía Mobiliaria, ello no es así, pues ésta se remite a la ley concursal, y ésta no respeta la prioridad del acreedor garantizado.

2.4.4. CLASES DE EJECUCION SEGÚN LA LEY

Tradicionalmente, en el Perú, los prestamistas privados siempre han tenido un problema en común con sus pares de otros países: cómo prever que el deudor pagará el préstamo. Los deudores privados se enfrentan con otro problema: cómo convencer a los prestamistas privados de que pagarán el préstamo. La Ley de la Garantía Mobiliaria viene a resolver esta problemática, estableciendo reglas claras y flexibles para que el acreedor pueda cobrar su crédito.

Antes de la reforma, existían sólo dos formas para la ejecución forzada en el derecho privado: (i) ejecución judicial y, (ii) ejecución extrajudicial (podría ser pactada contractualmente, pero sólo en la prenda, a raíz de la modificación del Código Civil. Ahora se han agregado otras formas o clases, todas ellas fuera del proceso: (iii) ejecución extrajudicial con arbitraje; y (iv) adjudicación del bien mueble por el acreedor (pacto comisorio).

Se puede decir que, en cuanto a ejecución de las garantías mobiliarias, el sistema reformado adoptado por la Ley de Garantía Mobiliaria recoge con exceso las preocupaciones de la doctrina. Las modalidades de ejecución son las siguientes:

- a) Ejecución extrajudicial o venta directa (artículo 47)
- b) Ejecución extrajudicial con arbitraje (artículo 48)
- c) Ejecución extrajudicial mediante adjudicación del bien por el acreedor o pacto comisorio (artículo 53)
- d) Ejecución judicial (artículo 47, 6º)

2.4.5. EJECUCION EXTRAJUDICIAL O VENTA DIRECTA

El Fenómeno de la Decodificación:

Según Natalito Irti, “el período histórico, que se abre con la segunda post-guerra, será tal vez recordado como la edad de la decodificación: de una cotidiana y penetrante conquista de territorios por parte de las leyes y clases de relaciones, vacían de contenido la disciplina codificada, y expresan principios de un alcance decididamente general”.

Este fenómeno de Irti ve en relación al sistema del Código Civil y que se concreta en la fuga del Código civil hacia las leyes especiales, trastocando el viejo sistema decimonónico en el cual el Código Civil constituye el derecho residual, era perfectamente apreciable en nuestro país en relación a nuestro Código de Procedimientos Civiles de 1912 y sobre todo, en materia de ejecución. Y creemos que es también apreciable en la Ley de Garantía Mobiliaria, ya que ésta no deja cabo suelto: frente al incumplimiento del deudor, la

ley regula todo lo referido al proceso de ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria, sustrayéndolo del Código Procesal; sólo de manera residual, este último se aplicará al proceso de ejecución judicial.

La fuga del Código de Procedimientos Civiles también quedó consagrado en el vigente Código Civil, que en su artículo 1069 (ahora derogado) establecía que si había oposición con prueba instrumental, el proceso se seguiría conforme a las reglas del juicio ejecutivo.

La Venta Extrajudicial en la Legislación Nacional:

Como es por todos conocido, la posibilidad de que un bien dado en garantía sea vendido de manera privada y sin acudir al Poder Judicial, se encontraba prevista en la última versión del Código Civil.

Sin embargo, el texto original del referido artículo era bastante distinto: "Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta de la prenda en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de este pacto, se procede a la venta por el acreedor previa notificación judicial con anticipación de ocho días calendario. El juez no puede admitir recurso de oposición del deudor, salvo cuando se sustente en prueba instrumental, en cuyo caso se sigue por las reglas del juicio de menor cuantía.

Así, en un principio el "acreedor" puede proceder por sí y ante sí, a la venta del bien, aunque no exista pacto al respecto, bastando solo que éste notifique judicialmente (se supone que al deudor, aunque la norma no lo dice) con una anticipación de ocho días calendario.

Como se puede apreciar, existe un rasgo común entre el texto original del hoy derogado artículo 1069 del Código Civil y el artículo 47

de la Ley de Garantía Mobiliaria, el que la ejecución extrajudicial sea la regla, operando incluso ante la ausencia de un acuerdo en tal sentido. Es más, el acuerdo únicamente podría ser a efectos de permitir la ejecución judicial.

Al respecto, debe estarse plenamente consciente de que una cosa es que las partes decidan no acudir al Poder Judicial (tal y como lo hacen en el arbitraje mediante el convenio arbitral) y otra es que sea la propia ley la que les cierre en un primer momento (y seguramente para siempre) las puertas del proceso, disponiendo ingenuamente que si las partes lo desean y así lo expresan podrán acudir al proceso judicial.

Sin embargo existen dudas respecto de la racionalidad, validez y constitucionalidad de normas destinadas a evitar que se pueda acceder al proceso judicial, porque hasta donde sabemos a todos nos asiste un derecho a la jurisdicción, es decir, de reclamarle al Estado tutela y a este la obligación de brindárnosla, predisponiendo la existencia del mismo por lo que el hecho de que el propio Estado (de manera consciente o no) establezca disposiciones normativas que impliquen cerrar las puertas.

Los antecedentes, tenemos que del último texto del hoy derogado artículo 1069 del Código Civil (que lo debemos a la modificación operada por efectos de Código Procesal Civil) se tenía claramente que si existía pacto de venta extrajudicial el acreedor podía hacer uso del mismo, de lo contrario debía recurrir al proceso judicial.

Ahora, que el derogado artículo 1069 del Código Civil haya contenido la posibilidad de que las partes pacten respecto del procedimiento de venta del bien prendado, no constituía novedad alguna en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, si bien el artículo 2007 del Código Civil peruano de 1852 establecía que “vencido el plazo convencional sin haberse pagado la deuda, podrá el acreedor pedir judicialmente la venta de la prenda, para ser pagado la deuda, podrá el acreedor pedir judicialmente la venta de la prenda, para ser pagado con el precio de ella. El juez oirá al deudor y con su contestación o en su rebeldía, resolverá lo conveniente”, cabe recordar que en 1888 y en pleno gobierno de Andrés Avelino Cáceres, se expidió la “Ley de Prenda Mercantil”, cuyo artículo 4 establecía que “vencido el plazo de préstamo, sin haberse pagado, el acreedor podrá proceder a la venta de la prenda en la forma estipulada en el contrato respectivo que celebrará por escrito”, agregando el artículo 5 que “a falta de estipulación, podrá solicitar al Juez si la prenda consiste en objetos cotizables, que le autorice para venderla. El juez sin admitir oposición ni excepción de ningún género, se limitará a autorizar al acreedor, para que con autorización de un corredor venda la prenda al vencimiento de ocho días, contados desde la citación del deudor, si dentro de éste término no hubiese satisfecho la deuda o cumplido la obligación. En caso de que la prenda no sea de efectos cotizables, la venta se hará por el Juez en remate a solicitud del acreedor, sin admitir oposición ni

excepción alguna; siendo indispensable únicamente la tasación de la prenda si no se hubiese hecho en el contrato”.

En suma, en el Perú y desde 1888, el acreedor garantizado con prenda mercantil contaba con la posibilidad de vender extrajudicialmente el bien prendado con o sin estipulación, pero con autorización judicial ante la ausencia de esta.

La situación antes descrita, se repetía en el Código Civil de 1936 por cuanto si bien su artículo 996 establecía que “vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede pedir la venta judicial de la prenda” respecto de la denominada prenda comercial se estaba a lo dispuesto por el Código de Comercio en específico sus artículos 317 (“vencido el plazo del préstamo sin haberse pagado, el acreedor podrá proceder a la venta de la prenda en la forma estipulada en el contrato respectivo, que se celebrará por escrito”) y 318 (“a falta de esta estipulación, y si la prenda consiste en efectos cotizables, el acreedor, sin necesidad de requerir al deudor, podrá pedir al juez de primera instancia que lo autorice para venderla. El Juez sin admitir oposición ni excepción de ningún género, se limitará a autorizar al acreedor para que venda la prenda con intervención de agente o corredor, sin admitir oposición ni excepción alguna, siendo necesaria únicamente la tasación de la prenda si no se hubiere hecho en el contrato).

La Ejecución Extrajudicial:

Llamada también venta directa, en la ejecución extrajudicial las partes – acreedor y deudor- se ponen de acuerdo al suscribir el

contrato que, en caso de incumplimiento del pago por el deudor, se prescindirá del proceso judicial y revenderá directa y extrajudicialmente el bien.

Inicialmente no estuvo permitida. Readmitió pactarla contractualmente sólo a partir de la reforma del artículo 1069 del Código Civil, por el Código Procesal Civil (Ejecución de bien prendado), con lo cual quedó consagrada, en los términos antes expuestos, una fuga del Código de Procedimientos Civiles hacia el Código sustantivo. De esta forma "se consagró una ejecución extrajudicial, sin título ejecutivo y sin las garantías que da un proceso con intervención judicial y en perjuicio de los demás acreedores".

Las normas para este tipo de ejecución extrajudicial, en la línea de la decodificación procesal, en cierto modo han sido tomadas del Decreto Legislativo N° 495, publicado el 15 de noviembre de 1988, que creó la denominada hipoteca popular. En efecto, en cuanto a la ejecución extrajudicial, la norma establecía en sus artículos 33 al 37, que las partes podían convenir la venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado; para ello, al momento del convenio, el deudor debía otorgar un poder especial e irrevocable a un tercero, quien era el encargado de vender directamente el inmueble en caso de incumplimiento del deudor. Si el bien tenía otros gravámenes, el tercero consignaba el producto de la venta a la orden del juez. La venta no podía hacerse por un precio menor a las dos terceras partes del valor comercial del bien inmueble establecido en el contrato. Pues bien, esto es, *mutatis mutante*, lo que la Ley de la Garantía Mobiliaria estipula

para la ejecución extrajudicial de los bienes muebles dados en garantía.

Pero incluso aquella regla no era homogénea, ya que este artículo 1069 admitía el pacto de ejecución extrajudicial de la prenda civil, por decirlo así; tratándose de “prendas especiales”, ello no era posible, por efecto de las diversas leyes que regulaban sendas prendas especiales; en ambos casos, las leyes especiales prohibían dicho pacto, como ocurría por ejemplo con la prenda minera y la prenda industrial, de modo que la mayoría de prendas terminaban ejecutándose por la vía judicial.

La Ley de la Garantía Mobiliaria es coherente con el derecho que asiste a las partes de celebrar contratos (“acto constitutivo”) con absoluta libertad, y permite que acreedor y deudor se ponga de acuerdo en establecer la venta extrajudicial, cuando el deudor no cumpla con sus obligaciones de pago.

El tema está regulado en el artículo 47 de la ley.

Artículo 47º.- 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:

- 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.

La Ley de la Garantía Mobiliaria establece un procedimiento extrajudicial novedoso que combina la necesidad de celeridad procesal con la observancia de estándares mínimos de protección constitucional. Para ello, el acreedor procederá en la forma establecida en varios párrafos del artículo 47 o en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria. Se confiere al acreedor el derecho a tomar o a recuperar por vías extrajudiciales la posesión de los bienes.

Esto último nos obliga a hacer una distinción, según se trate de ejecución extrajudicial sin desposesión o ejecución extrajudicial con desposesión de los bienes. En la primera hay que tomarlos; en la segunda, hay que reposeerlos.

La Indefensión en el Procedimiento de Venta Extrajudicial:

La Ley de Garantía Mobiliaria permite a las partes (o incluso al constituyente, en caso de constitución unilateral) establecer un programa de venta extrajudicial, siendo que ante la no regulación del programa será de aplicación de manera supletoria el previsto en los diversos incisos del artículo 47 de la referida ley.

Ahora, la posibilidad de que las partes o incluso la ley establezcan programas contractuales, es en principio válida, lo que en todo caso se debe cuidar es que dentro del referido programa (tanto legal convencional como el establecido de manera unilateral) se debe necesaria e inexorablemente establecer claros supuestos que permitan

ejercer un "derecho de defensa" y por lo tanto destinados a evitar la existencia de una venta (o realización injusta e ilegítima).

Así, cabe recordar que en procedimientos que se desarrollan con ocasión de contratación con instituciones financieras, la ley de la materia establece claros supuestos de defensa, incluso de contradicción en defensa de la contraparte contractual.

La existencia de un procedimiento establecido por las partes, por una de ellas en caso de que el acto constitutivo sea unilateral o incluso por la ley, no puede implicar la negación a establecer supuestos que consistan en manifestaciones del derecho de defensa, por cuanto si se va a agredir un patrimonio, lo mínimo que se debe procurar es que la referida agresión sea legítima y no abusiva.

2.4.6. EJECUCION DE GARANTIA MOBILIARIA DE BIENES MUEBLES NO POSEIDOS

La Toma de Posesión de los Bienes:

La ley de la Garantía Mobiliaria prioriza la concertación de créditos con garantía mobiliaria sin desposesión de los bienes muebles; en sustitución de la entrega física, instituye la inscripción del gravamen en el registro respectivo. Los caracteres especiales de este tipo de ejecución se estudian a continuación:

- a) Requerimiento al deudor
- b) Derecho de rescate
- c) Designación de apoderado para realizar la venta
- d) Libertad para acordar los términos de la venta
- e) Nulidad de la venta que no se condice con las normas comerciales

- f) Reintegro del saldo de la venta al deudor
- g) Posibilidad de pactar un plazo distinto para la venta
- h) Responsabilidad civil y penal del acreedor garantizado.

Requerimiento al deudor: El procedimiento comienza- obviamente ante el incumplimiento del deudor- con el requerimiento formal de pago que le hace el acreedor garantizado antes de que pueda ocurrir cualquier proceso de ejecución. Tal requerimiento debe ocurrir ante un notario mediante carta dirigida al deudor y al representante y, en su caso, al constituyente, a fin de que pague en el término de tres (03) días hábiles, transcurridos los cuales el acreedor podrá proceder a la venta.

El acreedor garantizado debe notificar notarialmente al deudor y al representante, y en su caso al constituyente, si quien ofrece la garantía mobiliaria no es el deudor (artículo 47, 3º). Sin embargo, la ley debería exigir al acreedor garantizado que notifique dicha venta a otro acreedor (0 acreedores) cuyo privilegio está subordinado al de otro acreedor; esto se deduce de lo normado en el ítem 4º del artículo 47.

El deudor tiene pues tres días después de acusar recibo notarial para objetar el proceso de ejecución. A nivel comparado como nacional, dicha objeción tiene una base única: "la prueba fehaciente (ante juez o notario) de que el deudor ha hecho el pago total de la cantidad adeudada. No se admite ninguna otra excepción o defensa en este punto del proceso de ejecución.

Derecho de rescate: ¿Para qué se notifica notarialmente al deudor? Pues para garantizar su derecho de rescate. Se otorga al

deudor un plazo – que estimamos muy corto- durante el cual puede reclamar el bien mueble gravado mediante el pago de la deuda. Aunque la ley no lo dice explícitamente, creemos que es irrenunciable su derecho de rescate del bien antes de la venta o ejecución.

Efectivamente, existe un derecho de rescate del deudor. La norma nacional es muy clara: en ningún caso podrá suspenderse la venta del bien mueble, salvo que el deudor cancele el íntegro de la deuda.

Esto podrá hacerlo en cualquier momento antes de la venta. Inclusive, cualquier controversia respecto del monto o de la extensión de alguno de los gravámenes (cuando éstos existan), será resuelta por el juez en la vía sumarísima, sin suspenderse la venta, bajo responsabilidad (artículo 47, 5°).

Sin embargo, cabe preguntarse: ¿Qué sucederá cuando la controversia sea entre varios acreedores? ¿Cómo se protegerá la prioridad si la venta se lleva a cabo de todas maneras?. La norma debe perfeccionarse

Designación de apoderado para realizar la venta: En el mismo momento de realizar el acto constitutivo, se otorga poder específico e irrevocable a un tercero-de ninguna manera el acreedor podrá ser el apoderado o representante-para realizar y formalizar la transferencia (venta) del bien dado en garantía (artículo 47, 1°).

Libertad para acordar los términos de la venta: Además, y en forma alternativa, el artículo 47 de la Ley de Garantía Mobiliaria-que se inspira en el artículo 62 de la Ley Modelo de la OEA, inspirada a su

vez en el Derecho Alemán, le permite a las partes acordar (“pactar”) sobre los términos de la venta o ejecución fijados ya en el acto constitutivo, incluyendo la toma o reposición extrajudicial de los bienes dados en garantía (artículo 51, párrafo 1º), pero observando necesariamente las disposiciones establecidas en los incisos 2º y 4º de dicho numeral (artículo 47, párrafo penúltimo).

Un aspecto que no ha sido revisado ni resuelto es la sanción penal para quien, siendo deudor o depositario (en la garantía mobiliaria sin desposesión) del bien afectado en garantía mobiliaria, se resista a la entrega de dicho bien al acreedor, para efectos de su ejecución. Una medida acertada habría sido, según algunos autores, incrementar de 4 a 5 años la pena privativa de la libertad por apropiación ilícita, para que el sistema sea efectivo. En otras palabras, que haya prisión efectiva, no prisión condicional.

Nulidad de la venta que no se condice con las normas comerciales: Hay controversia doctrinaria respecto a la reposición extrajudicial y la disposición comercialmente razonable de los bienes muebles dados en garantía; se alega que dichas medidas son inconstitucionales. La doctrina y la jurisprudencia de Latinoamérica las califican como violatorias del debido proceso y de la prohibición de hacerse la “justicia por mano propia”.

Es por ello que la norma nacional, dentro de ese espíritu comercialmente razonable dispone, bajo pena de nulidad, que la venta no podrá ser inferior o menor a las dos terceras partes del valor del bien mueble pactado por las partes o, en su defecto, del valor

comercial del bien al tiempo de la venta (artículo 47, 2º). No obstante, fija un plazo de caducidad: la nulidad debe ser planteada dentro de los 15 días siguientes a la venta.

También puede haber disposición de bienes muebles integrantes del inventario a precios de mercado. En los términos de la Ley Modelo de la OEA, también los bienes pueden ser vendidos a precios de mercado cuando la garantía consiste en bienes muebles susceptibles de ser vendidos a precios de mercado en el estado, provincia o distrito en el cual ocurre la ejecución. Se encuentran aquí los productos de primera necesidad que sean parte del inventario de un almacén de víveres o los muebles parte del inventario de una mueblería.

Reintegro del saldo de la venta al deudor: Ahora bien, si el bien mueble estuviese afecto a gravámenes anteriores a la garantía mobiliaria, el apoderado o representante que lleva a cabo la venta deberá consignar a la orden del juez especializado en lo civil, el importe total de la venta del bien mueble dentro de los 3 días hábiles siguientes al cobro del precio. Lógicamente aquí se establecerá la prioridad de los acreedores para cobrar sus créditos.

En cambio, si los demás gravámenes son posteriores a su derecho real de garantía mobiliaria, el acreedor prioritario se hará cobro de su derecho, debiendo el representante consignar a la orden del Juez, el saldo del precio de venta que hubiese (artículo 47, 4º). Tal excedente o saldo del precio de venta del bien se reintegra al deudor, a

menos que hubiera otros acreedores en espera para cobrarse sus créditos.

Posibilidad de pactar un plazo distinto para la venta: Si

hubieran transcurrido 60 días desde el requerimiento notarial al deudor y el bien mueble no ha sido vendido, el acreedor garantizado podrá solicitar su ejecución judicial, conforme al Código Procesal Civil. Pero, puesto que las partes pueden fijar la forma de la ejecución, así también pueden modificar este plazo de 60 días y convenir uno diferente para proceder a la venta (artículo 47, 6º). Tal acuerdo puede haberse concluido antes (en el acto constitutivo) o durante el proceso de ejecución. Empero, cualquier acuerdo de este tipo no puede afectar los derechos de terceros, incluyendo los acreedores con garantías reales mobiliarias de rango inferior.

Responsabilidad civil y penal del acreedor garantizado:

Efectivamente, deben protegerse los derechos del deudor. En esa virtud el acreedor garantizado que procede a la venta del bien mueble gravado, es responsable de que la obligación garantizada con el bien mueble sea existente, exigible y que su cuantía sea exacta. Por ejemplo, responderá si la obligación ha prescrito o incluso caducado; o si ya no es exigible, o si la cuantía es menor y él exige un monto mayor. El acreedor garantizado es civil y penalmente responsable, según sea el caso.

Las condiciones para la venta pactadas al constituirse el acto jurídico, corren por cuenta del presentante, y por tanto es civilmente

responsable (co-responsable con el acreedor). A ese efecto, debe actuar con diligencia y buena fe (artículo 47,7).

Naturalmente, como derivación de lo anterior, el deudor garante podrá demandar el pago por los daños y perjuicios causados por el acreedor garantizado que haya abusado en el ejercicio de su derecho de cobro.

2.4.7. EJECUCION DE GARANTIA MOBILIARIA DE BIENES POSEIDOS

Ejecución extrajudicial de garantía mobiliaria con desposesión de bienes muebles:

En esta materia también la Ley de la Garantía Mobiliaria introduce cambios radicales.

Tradicionalmente, los procesos sobre ejecución de garantías vigentes en América Latina y el Caribe se han inspirado en el derecho real de garantía inmobiliaria (hipoteca), "cuyo valor de mercado por lo general se mantiene estable o sube con el transcurso del tiempo y por ello no es afectado por la larga duración de los procedimientos de ejecución". En cambio, con los bienes muebles es diferente, ya que "se deprecian rápidamente y pueden ser sustraídos fácilmente de la jurisdicción de ejecución. Consecuentemente, una vez que "los deudores incumplen su obligación de reintegro, los acreedores garantizados con bienes muebles deben tener el derecho de re-poseer, embargar y vender los bienes en la forma más pronta y rentable posible."

Aquí la Ley de la Garantía Mobiliaria ha introducido varios cambios. En esencia, establece preceptos que permiten al acreedor una efectiva posesión (o reposición) y venta de los bienes muebles ofrecidos en garantía mobiliaria antes de que se deprecien. "Los bienes muebles dados en garantía poseen valor de mercado para el acreedor solamente si pueden ser repositados, embargados y vendidos rápida y fácilmente y a buen precio.

Reposición y remate de los bienes dados en garantía:

Una de las características más importantes del nuevo derecho real de garantía mobiliaria en el Perú, a semejanza del derecho de garantía mobiliaria de Estados Unidos-es que le permite al acreedor garantizado retener o re-poseer extrajudicialmente el bien dado en garantía mobiliaria y revenderlo para cobrarse la deuda. Si hay un excedente, se retorna (devuelve) al deudor; en cambio, si hay deficiencia en el saldo de la venta (remate), el acreedor puede recobrar esta deficiencia adquiriendo la posesión o rematando otros bienes del deudor, gravado o no.

En principio, la Ley de la Garantía Mobiliaria respeta el principio de autonomía de la voluntad: las partes pueden pactar libremente la manera de tomar o recuperar la posesión del bien afecto en garantía mobiliaria. Se entiende que esta figura opera intensamente en aquellos casos en que el bien mueble se encuentra en manos del deudor o del tercero. (Depositario).

A efectos de una más rápida ejecución posible, la Ley de Garantía Mobiliaria le permite al acreedor garantizado-a falta de pacto

sobre la forma de tomar posesión del bien-, que tome posesión que embargue los bienes aportados en garantía por el deudor en caso de incumplimiento de éste.

Al finalizar los 3 días que le confiere el acreedor al deudor para que pague (artículo 47, 3º) el acreedor garantizado o el adquirente de la propiedad del bien mueble, pueden optar por una de las dos siguientes alternativas: (i) tomar directamente la posesión (autotutela posesoria extrajudicial), o alternativamente (ii) solicitar al juez un requerimiento judicial de incautación del bien, en la vía sumarísima (artículo 51).

Artículo 51.- Forma de tomar posesión del bien mueble afecto en garantía mobiliaria.

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.

Autotutela posesoria extrajudicial:

El acreedor garantizado o el adquirente de la propiedad del bien mueble dado en garantía mobiliaria pueden tomar o asumir directamente o emplear la fuerza para recuperar posesión del bien en poder del deudor, "absteniéndose de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias" (artículo 51, apartado 2º), esto es, sin excederse de lo necesario ni perturbar el orden público. Para ello, se requiere y 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) dentro de los dos días hábiles siguientes.

Se trata de una medida de autotutela, que podrá utilizar, siempre y cuando se abstenga de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias (es una facultad equivalente a la legítima defensa del derecho penal).

Esta norma en sí no es nueva, aunque podría resultar peligrosa. Por excepción, el Código Civil, permite en su artículo 920, que el poseedor despojado de la posesión del bien, recurra "sin intervalo de tiempo", vale decir, de inmediato, a las vías de hecho, esto es, a la fuerza, para tomar o recuperar el bien. En el caso de la ley de la Garantía Mobiliaria, no se trata sólo de defender la posesión, sino de entrar en ella, a resultas de haberla adquirido por adjudicación o venta.

Se trata de la autotutela o defensa posesoria extrajudicial, pero absteniéndose de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias, lo cual implica que el acreedor no debe perturbar el orden público.

A pesar de ello, tal sistema no desprotege los derechos del deudor, y, en su caso, del constituyente y el depositario, que tendrán el derecho de resarcimiento civil por toda pérdida ocasionada por el acreedor garantizado que incumpla la notificación notarial a ellos, pues las normas exigen asimismo, para la toma de posesión, "la certificación notarial del acto en la que se deje expresa constancia del estado y características principales del bien mueble afecto en garantía mobiliaria", bajo advertencia de responder civil y penalmente.

Todo ello debe hacerse dentro de los dos días hábiles siguientes.

Aparte de este camino, el acreedor garantizado o el propietario adquirente tiene otro camino alternativo: podrá pedir, ante el Juez civil, mediante un proceso sumarísimo, un requerimiento judicial de incautación del bien mueble. En este proceso el juez no correrá traslado al deudor y expedirá el requerimiento por el solo mérito de la petición del acreedor (artículo 51, 4º)

El requerimiento judicial de incautación:

Alternativamente al camino anterior, el acreedor garantizado o el propietario adquirente, pueden solicitar al *Juez* civil, que dicte una orden o requerimiento judicial de incautación (desposesión o desapoderamiento) de los bienes conferidos en garantía. Esta solicitud se tramita en la vía sumarísima y se dicta sin necesidad de audiencia. Esta solicitud se tramita en la vía sumarísima y se dicta sin necesidad de audiencia (*inaudita pars*), esto es, no se correrá traslado al deudor; pero, además, el Juez está prohibido de admitir recurso alguno que entorpezca la expedición o ejecución de su mandato. El Juez expedirá la orden de incautación por el solo mérito de la solicitud del acreedor garantizado y de la documentación presentada (artículo 51, 4º). De esto se notificará mediante oficio a la autoridad policial del lugar para que autorice el empleo de la fuerza pública, a fin de suministrar la inmediata entrega o reposición de los bienes al acreedor o adquirente (artículo 51, ap. 5º)

Lógicamente, la Ley de la Garantía Mobiliaria permite que si el deudor (o cualquier tercero interesado) paga o cancela el íntegro de los adeudos-junto con los costos de ejecución, cuando corresponda, termina el proceso de ejecución y se suspende la venta (artículo 47, 5°).

Nuestra ley no permite-como si la Ley Modelo de la OEA-la terminación de la ejecución por medio de la novación del contrato de garantía pagando los adeudos atrasados junto con los costos de ejecución. Pero este "derecho de novación sólo está disponible para obligaciones con garantías pagaderas a plazos y siempre y cuando el deudor repase cualquier otra causa de incumplimiento".

Procedimiento de incautación:

Una vez que el Juez expide el requerimiento de incautación notificará mediante oficio a la autoridad policial, que deberá llevarla a cabo dentro de las 48 horas de recibido. Una vez que el bien mueble es incautado, deber ser entregado de inmediato al representante encargado de la venta del bien mueble, o en su defecto, al acreedor garantizado.

Artículo 52.- Incautación

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.

Responsabilidad civil y penal del poseedor.

Hemos indicado que la Ley de la garantía Mobiliaria, se orienta decididamente por la garantía mobiliaria con entrega jurídica, vale decir, sin *desplazamiento*. La ley instituye la inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos o en los registros jurídicos de bienes muebles respectivos, cuando se trate de bienes muebles ya inscritos. El poseedor, en este caso el deudor (que continúa poseyendo el bien, que pasa a estar registrado) o el tercero depositario, responderán civil y penalmente de la custodia y entrega inmediata del bien mueble, para que se proceda a la venta o ejecución.

Sin embargo, ello no significa que desaparezca la garantía mobiliaria con entrega física, esto es, con entrega real del bien mueble al acreedor o a un tercero (depositario), cualquiera de estos dos, en tanto poseedores, responderán civil y penalmente.

Artículo 50.- Responsabilidad del poseedor del bien mueble

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.

El derecho real de garantía mobiliaria incluye el derecho a la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por los bienes dados en garantía durante la vida de la garantía mobiliaria. Además, "los

acreedores garantizados tienen el derecho a percibir el pago de las pólizas de seguros que cubran el valor de los bienes dados en garantía". Estos derechos resarcitorios por daños y perjuicios, de acuerdo a la Ley Modelo de la OEA; operan sin la necesidad de mención expresa en el contrato de garantía o en el formulario registral.

Gastos derivados de la ejecución:

El producto de la ejecución (disposición) de los bienes se aplicará a diversos costos cuyo orden ha fijado la ley (artículo 3, 3º) que incluyen: en primer lugar, al capital; luego los intereses devengados; primas de seguros, costas y costos procesales; penalidades; gastos y comisiones.

Obviamente, entre los gastos hay que incluir el almacenamiento, conservación, reparación, venta y cualquier otro costo razonable en el que incurrió el acreedor.

Artículo 3,3º:

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.

Una omisión de este numeral es que no establece con precisión que el remanente será retornado al deudor garante, si bien esto es algo obvio.

Venta o ejecución de garantías mobiliarias sucesivas:

Quando se trate de garantías mobiliarias sucesivas sobre el mismo bien, la venta a instancias del segundo o ulteriores acreedores deberá ser efectuada por el representante de la garantía mobiliaria de primer rango, de acuerdo con lo pactado en esta garantía mobiliaria de primer rango. El plazo para la venta es de 90 días, y "si no se realiza pasará sucesivamente y por el mismo plazo a instancia del segundo o ulteriores acreedores" (artículo 49).

Aunque la ley nacional no lo dice, a diferencia de la Ley Modelo de la OEA, nada impide a los acreedores subsiguientes el acordar con los anteriores la subordinación de los derechos de estos últimos.

Artículo 49.- Venta en el caso de garantías mobiliarias sucesivas:

Quando 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.

Aquí se impone la lógica. Resalta la importancia de la inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos, pues le da publicidad y seguridad a los derechos. Cuando el mismo bien mueble es objeto de

varias y sucesivas garantías mobiliarias, va a primar la fecha de inscripción, según el principio *prior tempore, potior iure* establecido por el artículo 25. Aunque la venta sea efectuada por el representante de la garantía mobiliaria del primer rango.

El plazo para la venta es de 90 días; si no se realiza, pasará sucesivamente y por el mismo plazo a instancias del segundo o ulteriores acreedores

2.4.8. EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL CON ARBITRAJE

El arbitraje en el Perú:

La función pública de administrar justicia no se daba abasto para resolver todos los conflictos que se presentan ante el incumplimiento de compromisos y contratos. Aun más, la justicia pública, como medio idóneo de solución de estas controversias está en crisis. En ese contexto ha aparecido una nueva herramienta, un medio práctico, rápido, eficiente y económico para resolver estos conflictos: el arbitraje.

El arbitraje fue regulado en el Perú en 1992 cuando, a raíz del golpe de Estado, se expidió el Decreto Ley N° 25935, publicado el 10 de diciembre de 1992. Sin embargo, fue con la dación de la Ley General de Arbitraje N° 26572, publicada el 05 de enero de 1996, que los procesos arbitrales comenzaron a crecer. Esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, que se publicó el 28 de junio de 2008 y que es la Ley en vigor.

Actualmente, Perú, México y Colombia están a la vanguardia en el continente latinoamericano en la utilización del arbitraje; nuestra

legislación sirve de modelo a la región, por ser una de las más modernas.

Según cifras del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), quizá el principal centro de arbitraje en el país, en la última década – y sólo ante esta entidad-se sometieron a proceso de arbitraje más de 1200 casos, por cuantías que algunas veces superaron la barrera de los mil millones de dólares.

Esta forma alternativa de resolver los conflictos cobra mayor importancia en una economía globalizada, donde los agentes económicos (empresas, usuarios, contratistas), buscan resolver sus controversias de manera rápida y eficaz. Y la tendrá todavía más a partir de la vigencia del llamado Tratado de Libre Comercio (TLC) suscrito entre Perú y Estados Unidos, donde se regula la solución rápida y eficaz de los conflictos, sin que por ello se afecte el debido proceso.

El arbitraje ha ido creciendo en diversas actividades. En la actualidad se suele incorporar cláusulas arbitrales en los contratos de seguros, cuando se adquiere un bien mueble o inmueble, al optar por un servicio bancario, o al iniciar una relación comercial con una tienda.

Se usa también el arbitraje para resolver controversias derivadas de las compras estatales, mediante la activación de la cláusula de convenio arbitral que contienen estos contratos, toda vez que el arbitraje es el mecanismo obligatorio, según lo dispone la nueva Ley de Contrataciones del Estado, decreto legislativo N° 1017, publicado el 04 de junio de 2008 (artículo 40 , literal b). El Estado no

sólo hace compras a las grandes empresas, también a las pequeñas y medianas empresas (pymes).

Ahora bien, ¿Cuándo se recurre al arbitraje? Por ejemplo, si una empresa ganó una licitación para la venta de material quirúrgico desechable, convocada por Essalud, y esta entidad hace observaciones del producto y señala que no cumple con las Bases, la empresa contratista que ganó la licitación, tiene la opción de rechazar estas observaciones y recurrir al arbitraje.

El arbitraje podrá aplicarse también para resolver casos de garantías mobiliarias cuando, en la ejecución de la garantía extrajudicial o directa, haya discrepancia sobre algún extremo de la garantía.

Si bien no existe por ahora un sistema arbitral de consumo en el Perú como lo hay en estados Unidos, España, entre otros países, se prevé que el derecho arbitral se desarrolle en los próximos años, en beneficio de los usuarios o consumidores, cuando se produzcan conflictos menos relevantes entre éstos y las empresas proveedoras.

En esta dirección, algunos especialistas han planteados un arbitraje popular, una suerte de arbitraje de menor cuantía, en otras palabras, el arbitraje de consumo, donde se resolverían cuestiones relativas, por ejemplo a incumplimientos de préstamos de poco monto en cajas rurales e instituciones bancarias; también créditos otorgados por las grandes tiendas por departamentos (department store), como serían Saga o Ripley; igualmente, controversias derivadas de la propiedad de las tierras; los contratos de alquiler, de naturaleza vecinal

y también operaciones de menor cuantía dentro del sistema de contrataciones y adquisiciones del Estado. En otras palabras, se trata de operaciones patrimoniales y compras que realizamos a diario, y a las cuales el Derecho de Obligaciones clásico no daba importancia.

El proceso arbitral:

Es importante referirnos a las cifras que arroja una consultoría elaborada por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), por encargo del Ministerio de Justicia (MINJUS). De una muestra compuesta por 295 participantes entre centros, entidades y árbitros que ejercen esta labor en el Perú, la gran mayoría de procesos de arbitraje culmina con un laudo arbitral. Sólo el 0.8 por ciento de laudos arbitrales son impugnados en el Poder Judicial.

En cuanto al tiempo de duración, en Lima los procesos arbitrales se resuelven en promedio entre 6 y 9 meses y en provincias, entre 3 y 6 meses.

¿Cuáles son las materias que más se someten a arbitraje? El 55 % de los casos son de carácter comercial, como por ejemplo deudas o resolución de contratos; el 35% de los casos corresponde a temas de contrataciones con el Estado; y el 10% restante a otras materias.

De acuerdo con la referida consultoría, hay que resolver tres temas o retos referidos al arbitraje.

Crear una cultura popular del arbitraje: Ella se logrará mediante su difusión a escala nacional. Se busca incorporar a nuevos

usuarios del servicio, evitando así que el arbitraje sea percibido como un mecanismo propio de una élite de empresas grandes y de difícil acceso a sectores populares.

Lógicamente se necesita ampliar su práctica en el ámbito de gremios distintos a los simplemente jurídicos (que existan árbitros de otras especialidades, no sólo abogados); de ahí que se hable de un arbitraje de consumo, de un arbitraje ambiental, ya señalado en la ley General de Arbitraje.

Superar y mejorar la calidad del servicio: Se deben establecer indicadores de gestión para los actuales centros de arbitraje y de los propios árbitros. Por ejemplo, ver la competencia del árbitro, el control de su idoneidad, verificar el tiempo que dura el proceso y su ejecución; adoptar medidas de autorregulación del sistema arbitral, así como adoptar sistemas de certificación de calidad en centros y en árbitros particulares.

La masificación del arbitraje: El tercer reto consiste en impulsar la masificación del arbitraje. A este efecto, hay que impulsar centros de arbitraje a nivel de organizaciones de base. “Diseñar un procedimiento expeditivo, sencillo y confiable, respetando los principios del debido proceso, con tarifas reducidas sin atentar la calidad del servicio ni de su sostenimiento”. Hay que difundir el procedimiento a grupos como las pymes o cualquier pequeña o mediana empresa vinculada a centros comerciales como Gamarra, el parque Industrial de Villa El Salvador y también algunos gremios artesanales.

Todas estas acciones son vitales no sólo para la reforma del arbitraje, sino del sistema de justicia en el Perú. En esa línea creemos se inscribe la Ley de la Garantía Mobiliaria, cuando permite recurrir a esta vía rápida y eficaz de resolver las controversias.

Controversias sujetas a arbitraje:

La Ley de la garantía Mobiliaria, en la línea de la Ley Modelo de la OEA, estipula que cualquier controversia que surja durante la ejecución o de la interpretación y cumplimiento de la garantía mobiliaria puede ser sometida a arbitraje.

Esta norma, que no estaba prevista en el anteproyecto del año 2003, figura en el artículo 48.

Artículo 48.- Arbitraje

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. (Texto según la cuarta Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1071, publicado el 28 de junio de 2008).

En nuestra opinión, si en una ejecución extrajudicial (ya que no es usual que dentro de una ejecución judicial se recurra al arbitraje), una controversia es sometida a arbitraje, ello implicaría aceptar la decisión (laudo del árbitro, con lo cual concluiría la ejecución). Cabe pues hablar de una forma también de ejecución extrajudicial mediante arbitraje, pues no es una instancia más dentro de una ejecución extrajudicial.

No obstante, el tema del arbitraje merece una aclaración ya que, incluso el procedimiento arbitral puede llevar un tiempo largo y, en consecuencia, ahorrar poco tiempo. En nuestro sistema reformado de garantías mobiliarias las controversias que surjan durante la ejecución extrajudicial del bien, podrán ser sometidas a arbitraje.

El Decreto legislativo N° 1071 (Ley del Arbitraje), publicado el 28 de junio de 2008 eliminó la parte final de este artículo 48, que exigía que las partes debían previamente haber suscrito un convenio arbitral o una cláusula compromisoria. La medida ha sido de lo más atinada, pues resultaba poco adecuada la referencia a la cláusula compromisoria, que no está regulada en la Ley de Arbitraje, por ineficiente, y que fue derogada por eso del código Civil por la pasada Ley General de Arbitraje, Decreto Ley N° 25935 (1992).

Pero este extremo debe ser complementado, ya que en ningún momento la Ley de la garantía Mobiliaria dice que el laudo arbitral pondrá fin a la ejecución de la garantía Mobiliaria dice que el laudo arbitral pondrá fin a la ejecución de la garantía mobiliaria. Sería lamentable que, luego de la dación del laudo, se tuviera que ir a un proceso judicial para ejecutar el laudo arbitral, y recién ahí recuperar la posesión del bien y proceder a su venta judicial.

2.4.9. ADJUDICACION DEL BIEN POR EL ACREEDOR. EL PACTO COMISORIO

Antecedentes históricos del pacto comisorio:

Surge a virtud de una cláusula especial del *pactum de pignus* (prenda). Esta cláusula era llamada *lex commissoria*.

Era una cláusula por la que, al no ser pagada la deuda tan pronto vencía, se otorgaba al acreedor la facultad de cobrarse con el bien pignorado, es decir, podía apropiarse o convertirse en dueño absoluto del bien constituido en garantía.

Este tipo de satisfacción del acreedor prevaleció por mucho tiempo en el mundo griego. También en Roma probablemente prevaleció en sus orígenes este sistema. Ello surge claramente “de los textos de la edad imperial que los estudiosos han desuado de las superposiciones posclásicas”.

La *Lex Commissoria* tuvo vigencia y aplicación durante todo el período clásico del Derecho Romano, “a pesar de lo muy rigurosa que resultaba para el deudor”. La norma, que favorecería las prácticas usuarias, fue más adelante prohibida por el Emperador Constantino.

En efecto, el *Pactum Commissorium* fue proscrito durante el reinado de Constantino en el año 326 a.n.e. de la siguiente forma: “Puesto que entre otras prácticas capciosas la discordancia de la disposición para decomiso (*lex commissoria*) está creciendo especialmente, es nuestro deseo que esta disposición sea invalidada. El pactum fue usado de nuevo durante la Edad Media como un método de asegurar el pago de intereses para préstamos, al transferir al acreedor un objeto de mayor valor que la cantidad prestada.

Este *pactum*, como ya se dijo, le permitía al acreedor apropiarse y revender los bienes dados en garantía si el deudor incumplía. “Significativamente, al razón más importante dada por Constantino para su prohibición del *pactum* fue que éste le permitía a

los prestamistas de evadir las severas prohibiciones impuestas contra la usura por el Derecho Romano Cristianizado". Durante el reinado de Constantino, la usura era definida como cualquier interés, por íntimo que fuese cobrado por el préstamo de la cantidad principal.

El pacto comisorio en el derecho latinoamericano:

La prohibición del *pactum* continúa inalterada hasta la fecha en la vasta mayoría de los códigos latinoamericanos; de ahí han concluido algunos juristas que ello ha retardado no sólo la modernización de las leyes de préstamos con garantías, sino también del derecho comercial (sustantivo y procesal).

Todo esto en contraste con la ley alemana, "donde un acreedor y deudor con garantía pueden acordar que, en el evento de incumplimiento, el deudor transfiera sus derechos sobre el bien dado en garantía al acreedor, quien actúa en capacidad fiduciaria (*sicherungsbereignung*) y puede reposeser y vender la garantía extrajudicialmente", lo que sería visto como pacto comisorio ilegal. En algunos países europeos la jurisprudencia ha respaldado determinados acuerdos de este tipo.¹⁶

En América Latina, de acuerdo con la mayoría de legislaciones, las partes no son libres de acordar una rescisión unilateral del contrato por la parte cumplidora; la rescisión es índole

¹⁶ Kozolchyk, cita la decisión de la Corte Suprema Federal de Alemania (BGB, VIII ZR.322/99 del 15 de noviembre del año 2000) donde el Bundesgerichtsschoffen apoya la apropiación del acreedor de un derecho de garantía real sin la intervención de la corte. El caso es el siguiente: un cervecero hizo un préstamo a los propietarios de un restaurant/bar, quienes se comprometieron a comprar sólo la cerveza de dicha cervecería. A una parte del equipo del bar se le aplicó hipoteca inmobiliaria. Después, la cervecería rescindió el contrato y los demandó por 77,000 marcos alemanes y ejecutó extrajudicialmente la hipoteca mobiliaria en 11,500 marcos y redujo la demanda a 65,500 marcos alemanes. La Corte sostuvo que el acreedor estaba justificado en actuar como lo hizo. Cf. Kozolchyk, B.

exclusivamente judicial. "Tal prohibición implica mucho desperdicio económico para las partes contratantes, especialmente cuando los bienes involucrados son perecederos o altamente depreciables"; y es que la sentencia en un proceso toma años.

Nuestra tradición jurídica contra el pacto comisorio:

Históricamente, el pacto comisorio ha sido considerado por el Derecho Romano posterior a Constantino, al igual que por nuestro Derecho Civil histórico (Código Civil, artículo 1066, derogado).

La norma nacional-que admite ahora el pacto comisorio-ha sido tomando del derecho de los Estados Unidos que, en este extremo, no es distinto del derecho romano anterior a la prohibición del pacto comisorio por el Emperador Constantino.

Las consideraciones para concluirlo estaban en el documento elaborado por el Poder Ejecutivo-previo a la ley- donde se estimaba que la norma del Código Civil perjudicaba al acreedor impago.¹⁷

Es por eso que el documento *Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de Garantías Reales*, previo a la dación de la Ley de la garantía Mobiliaria, planeaba ya otorgar al acreedor el derecho de adjudicarse extrajudicialmente el bien del deudor.¹⁸

Es a partir de la Ley de la Garantía Mobiliaria que se produce un cambio radical en la materia y se introduce el pacto comisorio.

Mediante éste el acreedor garantizado se apropia del bien mueble dado

¹⁷ El documento del Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, consideraba, en cuanto al artículo 1066 del Código Civil que: "Esta regla contenida en nuestro Código Civil beneficia al deudor incumplido y perjudica al acreedor impago". Cf. *Facilitando el acceso...p. 34*.

¹⁸ En efecto, decía: "deberá respetarse el derecho de las partes de celebrar libremente convenios respecto a mecanismos alternativos de ejecución, como es el pacto comisorio, velando únicamente en contra del abuso de tal institución". MEF. *Facilitando el acceso...p.6*.

por el deudor en garantía del cumplimiento de la obligación, sin necesidad de que el bien sea vendido a terceros. La Ley de Garantía Mobiliaria lo regula en el artículo 53, cuyo remoto antecedente se encuentra en la estipulación romana entre el acreedor pignoraticio y su deudor.

Régimen legal:

Artículo 53.- Adjudicación del bien por el acreedor

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 éste 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.*

1. Quienes han incluido esta norma a semejanza del derecho norteamericano, lo han hecho convencidos de que estas medidas extrajudiciales fueron otorgadas también por el derecho romano previo al emperador Constantino y su prohibición del pacto comisorio. Esta política legislativa de Constantino fue emulada después por los Códigos Civiles y de Comercio del Siglo XX de procedencia francesa e hispánica, pero también por otras medidas de recuperación y disposición de los bienes dados en garantía que se están usando en México (caución bursátil), Brasil y Colombia.
2. En rigor, la regla contenida en el ahora derogado artículo del Código Civil, no beneficiaba al deudor impago, su objetivo era garantizar una equidad mínima: que la parte más fuerte de la relación obligacional no se aproveche de la necesidad de la parte más débil. Por ello es que debía irse a la ejecución. Sin embargo, puesto que es cierto que el proceso era lento, costoso y largo,

estábamos de acuerdo con la venta (ejecución) directa o extrajudicial.¹⁹

3. La norma incluida en la Ley de la garantía Mobiliaria transgrede el ordenamiento peruano y comparado. El Derecho Romano proscribió el pacto comisorio (*lex commissoria*). En esa misma línea, el derogado artículo 1066 del Código civil, lo proscribía. En cambio, el precepto regulado ahora por el artículo 53 de la Ley de Garantía Mobiliaria lo acepta. Esta última no es una norma de origen romano, sino del antiguo derecho griego, como deja constancia Vincenzo Arangio-Ruiz.

El pacto comisorio, en palabras sencillas, no es otra cosa que incluir una cláusula en el contrato donde se indique, que de no pagar el deudor garante el monto de dinero al acreedor, éste se quedará con el bien dado en garantía.

Con arreglo al artículo 53,1º ahora es válido que las partes acuerden que el acreedor puede adjudicarse la propiedad del bien mueble, es decir, apropiarse del bien afecto en garantía. La norma, en nuestra opinión viola no solo el ordenamiento jurídico anterior del Código Civil, sino sobre todo la tradición del derecho romano que prohibía el pacto comisorio y que siempre ha sido respetado por nuestros códigos civiles anteriores 1852 y 1936.

¹⁹ La regla de la prohibición del pacto comisorio, en opinión del MEF, impide la explotación de ciertos bienes como garantía. Es el caso de "aquellos bienes que por su sofisticación tienen un mercado secundario poco líquido pero que son atractivos para el acreedor garantizado. Por ejemplo, el producto musical impago no puede apropiarse de los derechos de autor de una famosa canción que recibió en garantía puede debe necesariamente venderlos a un tercero. ¿A quién podría venderlos?, se preguntaban los miembros de la comisión y se respondías: "Podrán serlo únicamente los (bienes) que cuentan con un mercado secundario masificado". Cf. *Facilitando el acceso*....p.34.

Si la norma busca incentivar el tráfico comercial y la economía de mercado, no por ello se debe olvidar que quienes más solicitan el crédito bancario son los miles de micro y pequeñas empresas (mipes) que existen en el país, así como las personas de menores recursos, de ahí que, de no pagar las deudas, terminarán perdiendo sus bienes, a manos de su acreedor. Es decir se termina beneficiando a la parte fuerte de la relación obligacional: el acreedor.

Como si fuera suficiente, y para asegurar "imparcialidad", el artículo 53, 6º sólo exige que "en ningún caso el representante podrá ser el propio acreedor garantizado". En otras palabras, esta labor la debe hacer un testaferro y no el propio acreedor, pues sería demasiado evidente.

4. La figura del pacto comisorio es muy peligrosa, tanto más en un país como el Perú, donde son recurrentes los abusos. Los bancos – o más precisamente, los banqueros-probablemente exigirían más seguridades al deudor garante, de repente todo su patrimonio, o tal vez exigirían una garantía sábana, con lo cual automáticamente habrá fracasado el nuevo sistema a la norteamericana de la Ley de a Garantía Mobiliaria.
5. En síntesis, la norma ha sido criticada por dos hechos: (i) la situación económica desequilibrada entre el deudor y el acreedor en el momento de pactar, a causa de la situación de necesidad urgente y apremiante del deudor en ese instante, y (ii) el poder otorgado a un tercero, que la ley no prevé soluciones para el caso de indisponibilidad de este derecho, ni prohíbe que el

representante sea una persona íntima del acreedor, y que como tal se será imparcial en el momento de vender el bien.

Obviamente, "estos hechos se parecen contradecir con el propósito para el que se introdujo la ley de la Garantía Mobiliaria, es decir, la ampliación del acceso al crédito para los titulares de escasos patrimonios". Pero también terminan por desdibujar el motivo esgrimido por el legislador para introducir la norma, como es el del ahorro de costos y tiempo que se suele emplear en los procesos de ejecución judicial.

Respecto al primer hecho, la ley parece favorecer sin disimulo al acreedor; ya que debido a suposición en el momento de contratar, tiene todas las condiciones a su favor para redactar un contrato que el permita adjudicarse el bien mueble a un precio menor del valor comercial, perjudicando de esa manera al deudor.

Tocante al segundo elemento, también se critica una posible imparcialidad del representante, "en el contrato de garantía mobiliaria se debe faculta al tercero a delegar sus facultades a una cuarta persona si está imposibilitado de enajenar el bien por determinadas circunstancias, para evitar la imposibilidad de ejecución de la garantía en el caso de incumplimiento de la obligación principal.

Se critica la falta de soluciones ofrecidas por la Ley para el caso de una indisponibilidad del representante, son aplicables las normas de los artículos 145 y siguientes del Código Civil, supletoriamente, si es que no hay regulación más específica en la ley de garantía Mobiliaria. Por tanto, no habrá problema alguno en que las

partes en el momento de elegir persona que será sustituida de acuerdo con el artículo 158 del Código Civil (en caso de indisponibilidad del representante).

“En cuanto a la misma adjudicación del bien por parte del acreedor, no es posible que éste se degenera en un tipo de pena contractual por incumplimiento; ya que el acreedor, según la Ley de la Garantía Mobiliaria, sólo podrá obtener el valor que corresponda al adeudado”. Sin embargo, como bien ha criticado Mario Castillo Freyre, “no hay nadie que realice control alguno sobre la realidad del monto pactado como valor del bien por las partes”.

En cuanto al remate, “el precio mínimo fijado para la primera fecha de remate es el de dos terceras partes del valor real. Supuesto el caso que en esta primera fecha de remate se efectúe la venta del bien, antes de que se pueda atribuir al deudor la parte que le corresponde como valor mayor a la deuda, se han de cubrir con prioridad los siguientes montos: (i) liquidar los intereses, costas y costos del proceso de acuerdo al artículo 746 del Código Procesal Civil, y (ii) desembolsos del monto adeudado al acreedor, más intereses y reintegro de gastos a causa del procedimiento. Recién después de cubrir estos montos, el exceso será depositado a favor del deudor”.

Sin embargo, en la práctica, ya desde la vigencia del BGB en Alemania, “en la mayoría de los casos el deudor no suele recuperar nada, ya que los costes del proceso judicial superan el valor del reembolso. Estos costos del juicio de remate son particularmente de peso en los casos en los que el mismo bien afectado no tiene un gran

valor y los gastos mismos ya consumen una buena parte de los que es el precio conseguido en esta venta judicial.

6. En síntesis, la norma prácticamente no contiene ningún tipo de restricciones ya que, aun en países como Alemania, donde el legislador y la doctrina que han favorecido la aplicación del pacto comisorio, imponen como límite a éste el respeto a las normas de orden público y las buenas costumbres a favor del deudor; la "jurisprudencia alemana no declara nulo el contrato de prenda en sí, sino se restringe a declarar la nulidad parcial del pacto comisorio en cuanto éste no cumpla con las buenas costumbres".

La adjudicación en el sistema clásico: su carácter subsidiario:

La adjudicación en pago de los bienes objeto de la ejecución tradicionalmente ha sido otra de las formas de satisfacer los derechos de crédito de los acreedores. Pero ella no era vista como una forma autónoma de ejecución forzada sino subsidiaria, ya que sólo se podía llegar a ella "cuando el remate judicial se haya frustrado por falta de postores".

Vista así la adjudicación sigue la suerte del remate judicial. Así, "quienes ven en el remate judicial un contrato, verán igualmente en la adjudicación una simple dación en pago", expresaba Carnelutti (Ariano).

Para el notable procesalista italiano Ugo Rocco, la asignación forzada es un acto de derecho público (acto procesal del órgano jurisdiccional), con el cual el Estado, en el ejercicio de su poder de autonomía, y a solicitud del acreedor ejecutante confiere al acreedor

mismo, para la satisfacción de su crédito, hasta el límite del valor de cambio, un bien del deudor que forma parte de la masa activa embargada, que tiene por efecto una adquisición derivativa, mediante la constitución del derecho de propiedad del asignatario, el cual, cuando el valor sea superior al importe del crédito, debe pagar la diferencia a la masa, y cuando el valor sea inferior, tendrá derecho a concurrir, con los otros acreedores a la repartición de otras actividades con el efecto de extinguir en todo o en parte, su crédito, sin o contra la voluntad del obligado”.

La adjudicación participa de la misma naturaleza publicista del remate judicial, y no es sino un subrogado de él, en virtud de la cual el órgano jurisdiccional atribuye la propiedad de los bienes de la ejecución, a fin de satisfacer el derecho de crédito del acreedor.

Según Eugenia Ariano, la regulación de la adjudicación – que ella llama satisfactiva- en el Código Procesal, repite los errores de la legislación procesal derogada, pues, en principio, ella procede cuando se frustra el remate por falta de postores (CPC, artículo 744), pero como puede convocarse a diversos remates con la deducción del 15% de la base de la postura anterior, conforme al artículo 742,2º párrafo, es probable que la adjudicación sea solicitada “cuando la base del remate se haya reducido tanto, que el ejecutante termine adjudicándose un bien sin que se extinga toda la deuda, por lo que el deudor ejecutado seguirá siendo deudor, y la adjudicación al menos formalmente, no sea satisfactiva.

A nivel del derecho comparado, la posibilidad de que la adjudicación cause un excesivo perjuicio al deudor, "ha sido atemperada estableciéndose una suerte de adjudicación manu militari, o adjudicación forzada al acreedor, cuando en el segundo remate no se hayan presentado postores".

Por ello, para Eugenia Ariano, al legislarse en el Código Procesal, "no se debió reincidir en el sistema anterior de permitir un número ilimitado de subastas, que conduce a una espiral al infinito en perjuicio del ejecutado", y a la vez no se debió establecer que la adjudicación se hiciera por "la base de la postura que sirvió para la última convocatoria" (CPC, artículo 744), pues si la adjudicación tiene por finalidad satisfacer al acreedor al que se le adjudican los bienes y éstos desde el inicio vienen reducidos a las dos terceras partes, y con cada nueva convocatoria ese valor sigue disminuyendo, a qué sirve la tasación; toda vez que disminuir el valor asignado por los peritos "carece de sentido de justicia y puede conducir a un enriquecimiento indebido del acreedor, pues no sólo adquirirá la propiedad de bienes que tendrán un valor real mucho mayor de aquel por el cual le son adjudicados, sino que, inclusive, podrá el deudor seguir siendo deudor, desnaturalizando la función satisfactiva que debería tener la adjudicación.²⁰

²⁰ Esto se observa en algunos códigos. Así (i) el artículo 391, 2º párr. del Código Uruguayo, establece que "si en el segundo remate no hubieran interesados, el bien será adjudicado al ejecutante en pago de su crédito"; (ii) el Código Italiano prevé, en cuanto a ejecución inmobiliaria, que en el supuesto en que la subasta haya sido negativa, dentro de los diez días siguientes a la audiencia de subasta, y resulte inútil, el acreedor puede solicitar la adjudicación del bien. En Italia, el Juez tiene un amplio margen de discrecionalidad y establece una medida cuando son previamente escuchadas las partes interesadas (deudor ejecutado, acreedor ejecutante e intervinientes). Cf. Ariano Deho. E.

Estos comentarios alusivos a la adjudicación dentro de un proceso judicial de ejecución, son también válidos para la adjudicación del bien mueble por parte del acreedor garantizado, cuando así se haya pactado en el convenio.

2.4.10. EJECUCION JUDICIAL

Los procesos de ejecución especiales, el fenómeno de la decodificación procesal:

Ya hemos mencionado, siguiente a Irti, que vivimos la época de la decodificación, que se caracteriza por una constante fuga de normas codificadas hacia leyes especiales. Este fenómeno no sólo se observa a nivel de derecho sustantivo sino también procesal. No obstante, la decodificación procesal se fundamenta en razones distintas de la decodificación civil. "No es la crisis del sistema codicístico, sino la crisis del Código", código anacrónico, que era ineficaz para otorgar al justiciable aquello a lo que tenía derecho. Sólo así se explica el surgimiento de un proceso laboral y un proceso agrario, opuestos al proceso ordinario, y también que se hayan dado leyes especiales que establecen procesos especiales de ejecución, "que realmente dejaban al proceso ejecutivo del Código de normas que regulan esos procesos que finalmente van a desembocar en leyes consolidadoras. Esto ha ocurrido con relación a la ejecución de garantías, ideada primero para entidades estatales, luego extendida a los acreedores hipotecarios, y finalmente plasmada en el nuevo Código Procesal Civil.

En el Perú, este proceso de decodificación civil y procesal civil ha ido en aumento. Desde su puesta en vigor en 1984, el Código Civil ha venido siendo modificado y derogado en muchas de sus normas; la última, precisamente, ha sido derogatoria de todo el articulado de la prenda, para pasar a ser regulada por la nueva Ley de la Garantía Mobiliaria; a nivel procesal civil, también se ha dado esta decodificación, en la medida que la referida ley no deja cabo suelto; frente al incumplimiento del deudor, la ley regula todo lo relativo al proceso de ejecución extrajudicial sustrayéndolo del Código Procesal, sólo de manera residual, éste se aplicará al proceso de ejecución judicial.

Panorama legislativo general:

Prima facie, pareciera que la venta judicial ha desaparecido de la Ley de la Garantía Mobiliaria, pero no es así. Frente a la opción de la venta directa o extrajudicial, existe la otra alternativa: la ejecución o venta judicial. Inclusive, la ejecución judicial procederá excepcionalmente en dos casos:

- a) Siempre y cuando medie pacto, o
- b) Si se presenta la situación del inciso 6º del artículo 47, vale decir, en determinados casos en que fracase la venta directa.

En ambos casos residualmente aparecerá la ejecución judicial como una opción y se venderá el bien mueble conforme al Código Procesal Civil, es decir, mediante un proceso único de ejecución de garantía mobiliaria, conforme a las reglas sentadas por el Decreto

Legislativo N° 1069, publicado el 28 de junio de 2008, que mejora la administración de justicia en materia comercial.

Está prevista en la parte final del primer párrafo del artículo 47 y en el inciso 6° del mismo artículo:

Artículo 47, primer párrafo, in fine:

“Excepcionalmente, si mediare pacto o la situación prevista en el inciso 6, se venderá el bien mueble con arreglo al Código procesal Civil”.

Artículo 47, inciso 6.1.6

“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”.

Es decir, si hubieran transcurrido sesenta 60 días (aunque las partes pueden convenir un plazo distinto) desde la notificación notarial al deudor (y, en su caso, al constituyente o al representante), sin que el bien mueble hubiese sido vendido, el acreedor garantizado podrá solicitar su ejecución judicial, con arreglo al Código Adjetivo, es decir, podrá interponer una demanda de proceso único de ejecución de garantía mobiliaria, conforme a las normas más recientes, a las cuales luego nos referiremos.

Clasificación de los procesos de ejecución:

No hay un solo proceso. Según Allorio, existe un proceso ordinario de cognición, mientras que no se puede hablar de un proceso

de ejecución, sino, a lo más, de una pluralidad de procesos ordinarios de ejecución. Puesto que no hay un solo proceso de ejecución, se impone hacer una clasificación de los procesos de ejecución.

Según Moacyr Amaral Santos, hay varios:

- a) Conforme a la eficacia del título judicial o en título ejecutivo extrajudicial,
- b) Conforme a la eficacia del título, la ejecución es definitiva o provisional
- c) En lo concerniente al proceso, la ejecución puede ser simultánea o sucesiva;
- d) En lo relativo al objeto, la ejecución será directa o indirecta
- e) Conforme a la naturaleza de la prestación debida, hay tres especies: ejecución para la entrega de bien cierto o incierto, ejecución de obligaciones de hacer o de no hacer; ejecución por cuantía cierta.

El legislador procesal nacional de 1993 renunció a consagrar un único proceso de ejecución en base a una noción unitaria del título ejecutivo.

Según Eugenia Ariano, esto no significa que debiera existir un único proceso de ejecución: "lo que queremos decir, es que sí era posible que existiera un único proceso de ejecución cuando la obligación contenida en el título fuera pecuniaria, o bien una obligación de dar un bien cierto, o un determinado hacer o no hacer, sin que el origen del título sea el elemento determinante del "tipo" de proceso. Una obligación pecuniaria puede estar contenida en un título-valor en

una sentencia y si se quiere satisfacer el interés del acreedor, en ambos casos se deberán tomar idénticas medidas ejecutivas”. Es decir, un único proceso para cada tipo de prestación debida e insatisfecha.

Es por ello que el Código Procesal Civil, hasta hace poco regulaba tres procesos de ejecución: el proceso ejecutivo, el proceso de ejecución de resoluciones judiciales y el proceso de ejecución de garantías. Primó aquí el peso de la tradición, lo cual llevó al legislador, como expresa Eugenia Ariano, a introducir esta triada que no se justifica “no doctrinaria y prácticamente”.

El proceso único de ejecución de garantía mobiliaria:

Obviamente los procesos judiciales son largos y tediosos. Y esto ya lo tenía presente el documento del Poder Ejecutivo que sirvió de base a la ley de la Garantía Mobiliaria; según la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) los procesos judiciales de ejecución de garantías duran entre 18 y 36 meses en promedio.

Si excepcionalmente el procedimiento elegido (pactado) es el judicial, una vez que el acreedor garantizado ha incoado el proceso único de ejecución de garantía mobiliaria y ha obtenido la posesión del bien, el acreedor demandará la venta conforme a las reglas que prescribe el Código Procesal Civil (artículo 47 apartado 1º, in fine)

1. El demandante (ejecutante) planteará el proceso de ejecución de garantía mobiliaria, anexando a la demanda el documento que contiene la garantía y el documento de tasación comercial, la que debe ser efectuada por dos peritos, con sus firmas legalizadas. Si se trata un bien registrado “se anexará el respectivo certificado de

gravamen" (Código Procesal Civil, artículo 720). Esto último es aplicable a la garantía mobiliaria, ya que ésta aparece en el Registro Mobiliaria de Contratos (antes sólo se aplicaba a la hipoteca) o en los registros de bienes muebles correspondientes, si el gravamen recayó en un bien mueble que ya estaba inscrito (por ejemplo, un vehículo, un motor, un barco, etc). Admitida la demanda, se dicta el mandato de ejecución, dando al ejecutado (deudor) un plazo de 03 días, de lo contrario se saca a remate el bien mueble (Cod. Proc. Civ., artículo 721). La ejecución forzada comprende dos etapas: remate y adjudicación (Cod. Proc. Civ., artículo 725).

El remate judicial: Cuando ha quedado firme la resolución judicial que ordena llevar adelante la ejecución, el juez dispone la tasación de los bienes que van a ser rematados (Cod. Proc. Civ., artículo 728).

En algunos casos puede prescindirse de la tasación, por ejemplo: (i) cuando las partes han convenido el valor del bien o su valor especial para el caso de ejecución forzada (ii) cuando la garantía mobiliaria es dinero, (iii) cuando el bien tiene cotización en el mercado de valores o equivalente. En este último caso, el juez nombra a un agente de bolsa o corredor de valores para que los venda.

No obstante, a pesar de ello, el juez puede ordenar la tasación si el valor convenido está desactualizado (CPC artículo 729)

La adjudicación: Terminado el acto del remate, debe transferirse el bien mueble, debiendo entregarse el bien al adjudicatario

(CPC, artículo 740). Pero, tratándose de bienes muebles registrador, como es el caso de la garantía mobiliaria, deben expedirse partes judiciales para su inscripción en el Registro Mobiliaria de Contratos, o en los registros correspondientes, lo que contienen la transcripción "del acta de remate y del acto de adjudicación" (CPC., artículo 739, 4º, texto conforme al Decreto Legislativo 1069).

Es ocioso recalcar que este tipo de proceso tradicional-el judicial-demandaba mucho tiempo y diversos gastos, ya que había que pagar los honorarios de los peritos – generalmente elevados- , los gastos por la publicación de los avisos de remate en los diarios, que siempre eran diversos pues repetidamente se truncaba la venta, etc. Es por eso que, consideramos, en la época actual esta vía casi seguro que no va a ser escogida voluntariamente por los agentes económicos.

2. También se tiene que recurrir a la ejecución judicial, si habiéndose optado inicialmente por la ejecución extrajudicial, han transcurrido 60 días de la remisión de la carta notarial al deudor y la venta se ha frustrado, esto es, el bien o bienes no han sido vendidos (artículo 47, 6º1). En este caso se aplicará también el Código adjetivo.

Es el único caso donde la Ley de la Garantía Mobiliaria remite a un norma extraña, en este caso al Código Adjetivo, vale decir a la vía tradicional, engorrosa, lenta costosa.

2.4.11. EJECUCION EXTRAJUDICIAL DE CREDITOS Y TITULOS VALORES

Ejecución de garantía mobiliaria sobre créditos:

El cesionario está facultado para cobrar al deudor y hacer suyos los recursos que rinda el crédito, para así satisfacer la obligación garantizada. No obstante, al parecer el artículo 55 dice algo diferente.

Sin embargo, si se interpreta conjuntamente esta norma con la de cesión de derechos del Código Civil, hay algunos espacios muy puntuales para el supuesto del artículo 55 de la ley de la Garantía Mobiliaria, sin impedir que en ciertos casos el acreedor garantizado cobre los créditos afectados a su favor. La hipótesis del artículo 55 se da, por ejemplo, cuando la obligación garantizada está vencida (es exigible) y el crédito afectado en garantía no lo está, en cuyo caso sólo procede que se venda el crédito o que el acreedor garantizado lo haga suyo. Hay variedad de situaciones.

Para que la obligación garantizada con créditos esté efectivamente protegida, la prestación del crédito afectado debe coincidir con el medio de pago previsto en el título de la obligación. Si el pago deber ser en dinero y el crédito afectado permite cobrar dinero, el acreedor cobra la obligación garantizada con el monto de la obligación dada en garantía. Sin embargo, nada obsta para que la obligación garantizada se pague de diversa forma, con prestaciones alternativas o facultativas (artículo 1161).

En tal caso, el acreedor cobra con bienes que no son dinero. Puede cobrar con maquinaria, con servicios, etc.

Aun si el crédito que se da en garantía es un servicio o la entrega de un bien cierto, y la obligación garantizada no encuentra equivalencia en ellos, el crédito puede ser vendido o cedido a quien sí le interesa adquirir las prestaciones que son objeto de dichos créditos, en dicho caso, opera el artículo 55 de la Ley de la Garantía Mobiliaria.

El campo de acción del crédito es amplio. "En definitiva, cualquier crédito se puede dar en garantía mobiliaria, siempre que la obligación garantizada se pueda pagar con él, se aprobe la equivalencia de las prestaciones lo permite o porque el pacto ha previsto el pago de las obligaciones alternativas o facultativas, donde el cobro del crédito o el resultado de su venta satisfacen al acreedor".

Disposición de créditos y cuentas por cobrar, dado en garantía mobiliaria:

Si la garantía mobiliaria consiste en créditos presentes o futuros (por ejemplo cuentas por cobrar), la ley de la Garantía Mobiliaria permite al acreedor garantizado a adquirir los créditos cobrar los fondos adeudados, obviamente) o transferidos a un tercero. El adquirente (cesionario) tiene los mismos derechos que el acreedor garantizado (artículo 55).

El tema está legislado en el artículo 55 de la Ley.

Artículo 55.- Garantía mobiliaria sobre créditos

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.

Obviamente, por tratarse de una ejecución extrajudicial, el acreedor puede cobrar los fondos adeudados o hacer la cesión, sin que para ello necesite la intervención del órgano jurisdiccional, bastando simplemente notificarle a cualquier otro acreedor garantizado y por cierto al obligado, el requerimiento de pago.²¹

El acreedor, en tanto cesionario y a partir de ello, tal como se lo permite el artículo 1206 del Código Civil, es el facultado a exigir el cumplimiento de la prestación al deudor. Hay que tener en cuenta la exigibilidad del crédito.

Hay que tener en cuenta algunas reglas: "Si la obligación garantizada se incumple y el crédito dado en garantía es exigible, el acreedor cesionario cobra y se cobra. Si la obligación garantizada aún no es exigible pero ya lo es el crédito afecto, el acreedor puede cobrar pero deberá conservar los bienes percibidos como nuevo objeto de garantía hasta que venza la obligación, salvo que el crédito consista en servicios, en cuyo caso no puede cobrarlos porque hacerlo implicaría su goce anticipado. Finalmente, si la obligación garantizada está vencida pero el crédito gravado no lo está, el acreedor podrá vender el

²¹ En igual sentido, la ley Modelo, art. 59, II, permite al acreedor cobrar los fondos adeudados, sin la intervención de la corte, al simplemente notificarle al obligado el requerimiento de pago.

crédito o hacerlo suyo. Este es un caso del artículo 55 de la Ley de la Garantía Mobiliaria.²²

2.4.12. EJECUCION EXTRAJUDICIAL DE LA GARANTIA MOBILIARIA SOBRE TITULOS VALORES

Panorama general: diversas clases de títulos valores:

Ya anteriormente la Ley de Títulos valores concibió que en los títulos valores afectados en garantía – como es la garantía mobiliaria – puede pactarse que, en caso de incumplimiento, podría prescindirse de la ejecución judicial y, por consiguiente, recurrirse a la ejecución extrajudicial (venta directa), según los acuerdos adoptados y de acuerdo con las reglas de la ejecución extrajudicial de la garantía prendaria del derogado Código Civil y que ahora están previstas en la Ley de la Garantía Mobiliaria.

Artículo 54.- Garantía mobiliaria sobre títulos valores

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 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.

Cuando los bienes entregados en garantía mobiliaria consisten en títulos valores, el acreedor se subroga en los derechos del deudor; por consiguiente, puede practicar todos los actos necesarios

²² MEJORADA, Martín. *Garantías mobiliarias sobre créditos*. En Revista peruana de Derecho de la Empresa. 2007. N° 63, p. 53.

para conservar la eficacia del título y ejercitar los derechos del deudor, así como para su cobro o la enajenación en caso de incumplimiento (artículo 54), incluyendo los derechos de tanteo o adquisición preferente, reducción, retiro, voto y cobro de dividendos u otros signos derivados de la tenencia de esos títulos.

En realidad, si bien la modalidad que incentiva la ley es la ejecución extrajudicial (sea por medio de representante, sea la convenida que no sea menor de las dos terceras partes del valor comercial), nada impide que puedan instituir igualmente el pacto comisorio, o incluso la ejecución judicial.

En cuanto a la ejecución de títulos valores, podemos distinguir las siguientes clases:

- a) Ejecución de títulos valores al portador
- b) Ejecución de títulos valores a la orden
- c) Ejecución de títulos valores nominativos
- d) Ejecución de valores con anotación en cuenta.

Ejecución de títulos valores al portador: En principio, título valor al portador es el que tiene la cláusula “al portador” y otorga la calidad de titular de los derechos que representa a su legítimo poseedor. “Para su transmisión no se requiere de más formalidad que su simple tradición o entrega” (Ley de Títulos Valores, artículo 22, 1º9

En la ejecución de este tipo de títulos valores resulta aplicable el artículo 54 de la ley de la Garantía Mobiliaria.

Ejecución de títulos valores a la orden: La transmisión de los títulos valores a la orden se da por medio del endoso y debe

constar en el reverso del título respectivo o en hoja adherida a él (Ley de Títulos Valores, artículo 34, 1º).

Hay varias clases de endosos: en propiedad, en fideicomiso, en procuración (o cobranza) y en garantía (artículo 37). En el endoso en garantía, 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 hiciere éste sólo vale como endoso en procuración, aun cuando no se señalara tal condición" (artículo 42,1).

Cuando proceda la realización o ejecución del título valor a la orden afectado en garantía, el titular del mismo (vale decir, el acreedor) o, en su defecto, el juez o el agente mediador, pueden endosarlo en propiedad a favor del adquirente. "Si el acuerdo para su realización extrajudicial consta en el mismo documento, dicho endoso podrá ser realizado por el acreedor garantizado" (artículo 42, 3º). Y es que el artículo 54 de la Ley de Títulos Valores considera que cuando éstos están afectados en garantía, puede pactarse su venta directa o extrajudicial.

El principio establecido por la Ley de la Garantía Mobiliaria es que estos títulos valorados deben inscribirse en el registro, como requisito para su validez erga omnes. No creemos que esto signifique una trasgresión del artículo 18 de la Ley de la Garantía Mobiliaria, por cuanto ésta sienta un principio que no admite excepción.²³

²³ En sentido contrario, Castellares sostiene que, igualmente en estos títulos valores, no debería requerirse de su registro para hacer valer el gravamen frente a terceros; sin embargo, la SUNARP ha dispuesto que esta constitución que se haga según la ley de la LGM en su artículo 18". Cf. Castellares, R. p. 98.

Ejecución de títulos valores nominativos: Es título valor nominativo aquel emitido a favor o a nombre de persona determinada, quien es su titular. Se transmite por cesión de derechos (Ley de Títulos Valores, artículo 29, 1º) Para que su transferencia surta efectos frente a terceros y frente al emisor, la cesión debe ser comunicada a éste para su anotación en la matrícula (artículo 29.2º).

También en estos títulos valores nominativos, la cesión puede constar en el mismo documento o en documento aparte (artículo 30, 1º)

Cuando se procede a la ejecución de los títulos valores de este tipo deben, aplicarse las reglas ya indicadas para los demás títulos valorados.

Ejecución de valores con anotación en cuenta: Para que la transferencia de un valor con anotación en cuenta surta efecto frente a terceros y frente al emisor, la cesión debe ser inscrita en la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, ICLV (Ley de Títulos Valores, artículo 29, 2º).

La ejecución de estos títulos valores se realizará a través de cualquiera de las cuatro alternativas señaladas anteriormente para los títulos valores, ya que, aparte del soporte desmaterializado y las diferencias que se generan como consecuencia, no existen mayores distingos que hacer ente un valor en título y otro con anotación en cuenta.

2.4.13. EJECUCION DE ACCIONES

El problema de la ejecución de acciones:

Ya desde la dación de la Ley General de Sociedades, lo novedoso, según resaltaba Enrique Elías Laroza, era que en caso de ejecución de la garantía mobiliaria, la sociedad mercantil tendrá preferencia sobre el producto para hacerse cobro del dividendo pasivo. Esta potestad es "una verdadera preferencia legal que se puede hacer valer contra los dividendos devengados o contra el valor de realización de las acciones".

Se estima que el último párrafo del artículo 109 de la Ley General de Sociedades, donde se admite el pacto en contrario, es inconveniente y genera confusión, por su redacción. En efecto, "el pacto en contrario procede, sin duda, en lo relativo al ejercicio de los derechos de accionista, a pactar de otra forma el pago de los dividendos, a la forma de realización de la prenda (ahora, garantía mobiliaria) e inclusive a los gastos para facilitar el ejercicio de los derechos del accionista". Pero en cambio, "no procede con respecto a la obligación del acreedor prendario de colaborar con el accionista para que éste pueda ejercer sus derechos, ni mucho menos en lo tocante a la propiedad legal de la sociedad para el cobro del dividendo pasivo en caso de realización de la prenda.

Los derechos de accionista corresponden al propietario de la acción dada en garantía mobiliaria. Estos derechos de los accionistas son de dos clases: patrimoniales y de consecución (políticos).

En caso de incumplimiento por parte del deudor garante, es obvio que debe pedirse la realización o ejecución de la garantía mobiliaria. Alberto Rosas sostiene que los derechos inherentes a las acciones dadas en garantía mobiliaria que el acreedor garantizado debe ejercitar, "son los derechos patrimoniales y no los derechos de consecución o políticos, entre los que se incluye el voto".

Beaumont cita a Martorell, quien considera que para el caso de incumplimiento del propietario, el acreedor prendario tendría únicamente el derecho a rematar la acción dada en prenda (garantía mobiliaria), si la prenda fuera comercial, pudiendo cobrarse - en caso de liquidación o venta forzada - sólo hasta la concurrencia de su crédito y accesorios (actualización, intereses, gastos, etc9, ya que como dice la propia ley argentina y se ha sostenido en tribunales, "las acciones caucionadas y embargadas gozan plenamente del ejercicio de los derechos políticos".

Cuando se produce la enajenación forzosa (ejecución) de las acciones de una sociedad anónima cerrada, ésta tiene preferencia y puede "subrogarse al adjudicatario de las acciones, por el mismo proceso que se haya pagado por ellas", dentro de los diez días útiles de efectuadas la venta forzosa (Ley General de Sociedades, artículo 239).

2.5. LA POTESTAD DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA

El principio de exclusividad jurisdiccional.

Generalidades: Se ha considerado que el término jurisdicción debe quedar circunscrito a la potestad reservada por la Constitución a uno de los poderes del Estado – el judicial – para resolver conflictos de derecho entre dos o más personas físicas o jurídicas públicas o privadas.

En la Constitución española (CE) en su artículo 117.3, establece que la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales; CHOCRÓN GIRALDEZ al respecto considera que “dicha disposición deja entrever que la jurisdicción se ejerce en régimen de monopolio por el Estado, al tiempo que consagra expresamente lo que se ha venido a denominar aspecto positivo de la exclusividad, es decir, la atribución exclusiva de la jurisdicción a los únicos órganos estatales investidos de potestad para esto”.

Una de las características fundamentales de la jurisdicción en el derecho español ha sido la exclusividad; ello nos llevaría a interpretar que la jurisdicción es una facultad exclusiva de los juzgados y de los tribunales solamente, lo cual configuraría el denominado “monopolio estatal de la jurisdicción”, el Estado tendría pleno conocimiento de los conflictos y de los dictámenes que emiten los jueces. Así MORENO CATENA afirma que “el monopolio estatal de la jurisdicción sería la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se ha de encomendar solamente a los órganos estatales con exclusión de cualesquiera órganos o personas privadas”.

En concordancia con los artículos 66 y 97 de la Constitución española, las Cortes Generales poseen la potestad legislativa estatal mientras que el gobierno ejercería la función ejecutiva y reglamentaria, de modo que la jurisdicción no sería atribuible a los poderes Legislativo y Ejecutivo. Esto nos llevaría a pensar, pues, que tanto la jurisdicción y el Poder Judicial son inseparables en el ordenamiento jurídico.

Así MONTERO AROCA considera que "la potestad jurisdiccional es la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y tribunales, integrados por jueces y magistrados independientes de realizar el derecho en el caso concreto para juzgar de manera irrevocable y ejecutar lo juzgado".

En tanto para GIMENO SENDRA "la potestad jurisdiccional es la forma de ejercicio y la manifestación de la soberanía popular o la capacidad del Estado en la actividad de juzgar y ejecutar lo juzgado".

Sin embargo, algunos autores demuestran que tal unión no es absoluta entre ambas; al respecto, ALCALÁ ZAMORA considera que "al advertir que esta identificación jurisdicción-Poder Judicial no resulta tal absoluta como para que la primera aparezca como una actividad desenvuelta exclusivamente por el segundo. Basta una somera observación para comprobar enseguida que la plena coincidencia falla se ilustra en un doble sentido: existencia de actos no jurisdiccionales emanados del Judicial y el ejercicio de cometidos jurisdiccionales por el Legislativo y por el Ejecutivo).

De acuerdo a lo expuesto por el jurista español, aquí se configura una excepción a la regla de considerar a la jurisdicción como

un monopolio propio del Estado, ya que no sería una potestad exclusiva del Poder judicial sino que la misma puede ser ejercida también por el Legislativo como por el Ejecutivo.

La potestad jurisdiccional ejercida por otros poderes y el alcance del principio de exclusividad en el ordenamiento jurídico

español: Según DIEZ PICASSO “la potestad jurisdiccional esta constitucionalmente reservada al Poder Judicial comprendiéndose los juzgados y tribunales los cuales sólo pueden ejercer dicha potestad”.

Ello implica, pues, ingresar en la temática de la reserva de jurisdicción que se identifica plenamente con el principio de exclusividad entendido como algo que se encuentra arraigado en la esencia del estado moderno que las constituciones no podrían negarlo pero prácticamente las negaciones han sido constantes

Existe una visión negativa del principio de exclusividad en materia jurisdiccional en el derecho español; al respecto dijimos que toda jurisdicción implica una facultad o potestad que solamente es ejercida por los tribunales y juzgados. Ello constituye uno de los límites estrictos dentro del ejercicio de la jurisdicción.

Así el artículo 117.4 de la Constitución española establece que “los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuibles por ley en garantía de cualquier derecho”. DIEZ – PICASSO considera que “dicho precepto tiende a evitar extralimitaciones judiciales y la participación de jueces en cometidos no jurisdiccionales”.

La jurisdicción y el principio de unidad en el derecho

español: El principio de unidad jurisdiccional tiene sus comienzos en el derecho español a partir del siglo XIX más precisamente con la Constitución de Cádiz en 1812 que contenía las primeras expresiones en materia de unidad jurisdiccional reconociéndose tres pilares básicos que son la separación e independencia de poderes, la consagración de la justicia técnica y la limitación del número de instancias.

Dicho principio de unidad jurisdiccional queda plasmado finalmente en el decreto de unificación de fueros del 6 de diciembre de 1868 constituyendo dicho principio de unidad como sistema organizativo.

La Constitución española hace referencia al principio de unidad jurisdiccional en el artículo 117.5 diciendo lo siguiente: "El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales...". Según LATOUR BROTONS expresa que "la unidad jurisdiccional se configura, pues, como la base de la organización judicial".

Por último, la Constitución española indica ciertas excepciones al principio de unidad jurisdiccional, como son los denominados tribunales especiales creados por la Constitución española como son los siguientes.

- 1) Tribunal de Cuentas. (Art.136)
- 2) Tribunales Constitucionales (Art. 159 al 165)
- 3) Tribunales Militares. (Art. 117.5)
- 4) Tribunales consuetudinarios (Art. 125)

Jurisdicción ordinaria y jurisdicción arbitral: La aún vigente Constitución Política en el inc. 1 de su art. 139, en clara y directa referencia a la Jurisdicción Ordinaria a cargo del Poder Judicial, proclama la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional como uno de sus principios y derechos, declarando que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral, agregando que no hay proceso judicial por comisión o delegación.

Comentar este principio fundante de la función jurisdiccional es un tema de actualidad, pues estando reconocida constitucionalmente la jurisdicción arbitral se vienen produciendo interferencias por parte de algunos órganos de la jurisdicción ordinaria que han generado un justificado rechazo, incluido el de la misma Corte Suprema de Justicia de la República.

Como se sabe, lo jurisdiccional deriva de jurisdicción, que aún cuando tiene varias acepciones, la raíz etimológica que debe determinar su verdadera acepción es la locución latina iurisdictio que, a su vez, deriva de ius, derecho, y dicere, decir, declarar. Es así, entonces, que el origen etimológico del vocablo precisa el sentido de la función jurisdiccional, que es el de decir o declarar el derecho al resolverse una controversia o, en general, al administrarse justicia.

La necesidad de la administración de justicia se origina en la más remota antigüedad, cuando los seres humanos comienzan a organizar su vida de relación. Los grupos sociales para el logro de una convivencia pacífica a su interior, comienzan a recurrir al detentador del

poder, al sacerdote del culto o al anciano venerado, para que diriman los conflictos y controversias. De este modo, la administración de justicia aparece con anterioridad a la formación del Estado, pues comienza a funcionar de manera privada muchos siglos antes de concebirse y organizarse la función jurisdiccional.

La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, insistimos, debe entenderse referida a la jurisdicción ordinaria, esto es, a la estructura orgánica y jerarquizada del Poder Judicial, en cuyo vértice se ubica la Corte Suprema de Justicia con competencia sobre todo el territorio de la República. Pero puede referirse también y en general a la jurisdicción que ejerce el Estado, pero en razón de competencia por la materia, en el Fuero Militar, en el Jurado Nacional de Elecciones y en el Tribunal Constitucional.

La jurisdicción militar tiene antecedentes que se remontan a épocas anteriores al advenimiento de la República, habiéndola el constitucionalismo peruano reconocido pero en ningún texto tan explícito como en el del art. 233 de la Constitución Política de 1979, que la Carta Política vigente ha reeptado. Se trata de una función jurisdiccional que ejerce el Estado pero con competencia exclusiva sobre los miembros de las Fuerzas Armadas para juzgar y reprimir las infracciones a las normas que establecen sus deberes de función

La función jurisdiccional a cargo del Jurado Nacional de Elecciones está claramente determinada en la Constitución Política, pues le atribuye la administración de justicia en materia electoral.

La función jurisdiccional a cargo del Tribunal Constitucional está también claramente determinada por la Carta Política, que le atribuye como competencia exclusiva el conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad en instancia única, y conocer, en última y definitiva instancia, las acciones denegatorias de las acciones de garantía constitucional, así como conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.

El ejercicio de la función jurisdiccional por el Estado no abarca a la jurisdicción arbitral, que tiene características muy distintas, pues no es consecuencia de una comisión ni de una delegación, sino de la autonomía de la voluntad privada de las partes, que sustraen el conocimiento de su controversia de la jurisdicción ordinaria, invistiendo a los árbitros de autoridad para resolverla, esto es, para ejercer jurisdicción en el sentido de declarar el derecho que asiste a una de las partes en conflicto.

La jurisdicción arbitral tiene también antecedentes de antigua data y en nuestro país acusa un reconocimiento que viene desde la Constitución de 1839 y que de manera indubitable explicitó la de 1979 y ha receptado la aún vigente. Sin embargo, se ha pretendido negarle al arbitraje carácter jurisdiccional, pese a su explícito reconocimiento constitucional. No se trata de una función jurisdiccional ejercida por particulares por comisión o delegación del Estado sino de una jurisdicción independiente al que las partes en conflicto se someten y deciden sustraerlo del conocimiento del Poder Judicial. Para ello, la solución de su conflicto de intereses que los conduce a la controversia

la confían a los árbitros. Los Tribunales Arbitrales, sea que estén constituidos por un árbitro único o por árbitros colegiados, se constituyen como un órgano jurisdiccional privado, al que, incluso, pueden someterse el Estado y las entidades públicas cuando la materia de la controversia puede ser arbitrada al no existir prohibición legal.

El arbitraje no afecta el principio constitucional de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y, por el contrario, la jurisdicción ordinaria debe coadyuvar a la preservación de la voluntad de las partes que optaron por la solución arbitral a su conflicto. Pero aún, siendo esto así, la jurisdicción ordinaria está llamada a prestar tutela jurisdiccional pero sólo cuando la misma voluntad de las partes conviene en la revisión del laudo en vía de apelación o cuando se incurre en las causales taxativamente establecidas en la Ley General de Arbitraje para dar lugar al recurso de anulación del laudo. En esta hipótesis, la del recurso de anulación, que no puede ser impedido por la voluntad de las partes pues la misma Ley lo sustenta en consideraciones de orden público, la participación de la jurisdicción ordinaria está limitada por las causales que permiten su interposición y su resultado no afecta el ejercicio de la jurisdicción arbitral, salvo el caso que la materia que le fue sometida no haya sido arbitrable, caso único en el que el Poder Judicial reasume competencia.

La demostración de que la jurisdicción ordinaria debe ceder ante la jurisdicción arbitral lo determina la existencia de la excepción de convenio arbitral que el Código Procesal Civil tiene prevista.

La independencia del poder judicial. Independencia

externa e interna: El principio de separación de poderes supone una colaboración funcional entre todos los órganos del Estado respetando un mínimo de autonomía para el ejercicio de las funciones que se les reconocen por mandato constitucional. Sin embargo el principio de separación es un presupuesto necesario pero insuficiente para garantizar la independencia de los poderes. La independencia requiere que el Poder Judicial ejerza el gobierno sobre sí mismo.

La independencia externa del Poder Judicial, principio fundamental del Estado de Derecho, se garantiza, al menos, a través de los mecanismos de designación y remoción de los jueces, el ejercicio de la potestad disciplinaria, y la administración de sus propios recursos.

Otra de las garantías tradicionales de la independencia de los jueces con respecto al poder político es el de la inamovilidad que surgió expresamente en el siglo XVIII.

La Constitución debe garantizar no sólo la independencia externa del Poder Judicial con respecto a los otros poderes del estado. En especial el poder ejecutivo, sino también la independencia interna de los jueces en relación a los jueces de instancias superiores.

El artículo 139 de la Constitución Política del Perú, en su numeral 1, señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional: "La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecer jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación”.

Este precepto tiene su antecedente en el inciso 1 del artículo 233 de la Constitución Política de 1979, que ha sido receptado literalmente. Sin embargo, la norma que le da cabida modificó el tenor de la que le sirve de antecedente pues esta se refería a las garantías y derechos de la función jurisdiccional, siendo el primer texto constitucional que hizo referencia explícita a la función jurisdiccional.

El vocablo jurisdiccional deriva de jurisdicción, que tiene como raíz etimológica la locución latina *iurisdictio* que, a su vez deriva de *ius*, derecho y *dicere*, decir, declarar. Con este antecedente etimológico, el sentido de la función jurisdiccional en el texto de la Constitución no puede ser otro que el de decir o declarar el derecho al administrarse justicia.

La necesidad de administrarse justicia se origina cuando los seres humanos desde la más remota antigüedad, comienzan a organizar su vida de relación. Los grupos sociales que buscaban una convivencia pacífica a su interior, recurren al poderoso, al sacerdote del culto o al anciano para que dirima los conflictos y controversias, por lo que la administración de justicia es anterior a la formación del Estado, pues comienza a funcionar de manera privada muchos siglos antes de concebirse y organizarse la función jurisdiccional como inherente al Estado.

No se trata de detenernos en la evolución de la evolución de la civilización, pero sí es conveniente en relación al Derecho Romano, en el que la *iurisdictio* fue la facultad que otorgaba el Estado para

administrar justicia mediante los pretores y los cónsules en Roma y de los procónsules en las provincias. Pero también la otorgaba a los *arbiter*, que asumían la iurisdictio por delegación, que eran escogidos por las partes en conflicto para que lo resolvieran.

A la caída del Imperio Romano la administración de justicia como función del Estado distó mucho de la organización que había tenido en Roma y, al producirse la penetración del Derecho Romano en los ordenamientos jurídicos entre particulares, pues en lo relativo a la organización del Estado no tuvo similar acogimiento.

La formación de los Estados a partir del siglo XVI fue determinando la organización de la administración de justicia como una función jurisdiccional a cargo del Estado absolutista o monárquico hasta que la Revolución Francesa, desde fines del siglo XVIII, fue determinando la tricotomía de la organización del Estado, preconizada también por la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que ha llegado hasta nuestro días.

Las ideas libertarias de la Revolución Francesa influyeron grandemente en la gesta emancipadora de las naciones hispano americanas y la Constitución de los Estados Unidos en su organización política, Avenido el régimen republicano, el Perú como las demás naciones hispanoamericanas nacidas a la vida independiente, comenzaron a organizarse en base a sus respectivas Cartas Políticas y a reformar el sistema colonial de la administración de justicia a su organización política, erigiendo al Poder Judicial como uno de sus pilares y confiriéndole el ejercicio de la función jurisdiccional.

A la jurisdicción se le atribuyen varios significados, pero nosotros estamos tomando en el sentido que puede deducirse de los antecedentes expuestos. De esto diversos significados, el más compatible con el concepto que venimos desarrollando es el que conduce a entenderlo como competencia, pero competencia de los órganos jurisdiccionales por la territorialidad, por su especialidad, por las materias y en razón de su grado y jerarquía.

2.6. EL DEBIDO PROCESO

Introducción:

La garantía y derecho fundamental amparado por la Constitución Política del Estado, muy difundido, pero no desarrollado en su real dimensión. Una parte de la doctrina lo desarrolla como una garantía específica semejante al derecho a la defensa, otros lo consideran dentro del derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva y también lo desarrollan como una Institución Instrumental. La Corte Suprema no ha dado interés a su desarrollo conceptual, solo se enmarca en el principio de fundamentación de las Resoluciones Judiciales, en el tema de notificaciones y en lo referente al tratamiento de los medios probatorios.

Además podemos señalar que el debido proceso no está sistematizado dentro de la teoría general del proceso. "Sin embargo esta garantía pertenece básicamente al ámbito del derecho procesal, al derecho judicial, más concretamente al rubro de la ciencia procesal que con el desarrollo histórico y científico de la teoría general del proceso han visto positivizado en el texto normativo de la constitución, diversos

principios y postulados esencialmente procesales sin los cuales no se puede entender un proceso judicial justo y eficaz”.

Origen y antecedentes del debido proceso

En la actualidad el debido proceso es considerado como una de las conquistas más importantes que ha logrado la lucha por el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Los antecedentes de la garantía del debido proceso se remontan a la carta magna de 1215²⁴, en la que el rey Juan Sin Tierra, otorga a los nobles ingleses entre otras garantías la del *due process of law*, consignada en la cláusula 48 de ese documento que disponía que “ningún hombre libre podrá ser apresado, puesto en prisión, ni desposeído de sus bienes, costumbres y libertades, sino en virtud del juicio de sus partes, según la ley del país”.

De la lectura de la Carta Magna del rey Juan Sin Tierra, se aprecia que el debido proceso se consagra incluso para proteger la libertad de la persona humana antes de iniciado el proceso judicial propiamente dicho, presentándose la detención y la prisión como excepciones a la libertad, las mismas que se concretizan previo juicio.

Desde el reconocimiento del debido proceso legal “*due process of law*” el Estado monárquico inglés asumió el deber y el compromiso que al momento de restringir las libertades personales, el derecho de propiedad, la posesión, o de cualquier otro bien perteneciente “solo a los nobles” deberían respetar las garantías previstas en la carta magna, que en ese entonces solo se expresaban

²⁴ Ticona Postigo, Víctor. El debido proceso y la demanda civil. Ed Rodhas. 2º edición. Lima-peru 1999, pág 63

en el derecho a un juicio previo legal y a ser tratado con igualdad, es decir, sin discriminaciones.

Del derecho inglés la garantía del debido proceso que entonces amparaba solo a los nobles, pasó a la constitución de los estados Unidos de Norteamérica, que no lo contenía en su texto originario sancionado en Filadelfia en 1787. A diferencia del derecho inglés, en el que era una garantía procesal de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias del estado y contra las penas pecuniarias y confiscaciones, el derecho constitucional de los Estados Unidos, adquiere un gran desarrollo debido a los aportes del jusnaturalismo, donde el valor justicia se encontraba presente en las instituciones inglesas transportadas a América.

El concepto de debido proceso se incorporó en la constitución de los Estados Unidos en las enmiendas V y XIV. En la primera de ellas efectuada en 1791, se estableció que "ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal". En la segunda realizada en 1866, se dispuso que "ningún estado privará a persona alguna de la vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal, ni negará, dentro de su jurisdicción persona alguna la igual protección de las leyes". Mientras la V enmienda impone la limitación a los poderes del gobierno federal, la XIV enmienda, establece la misma restricción pero a los poderes de los estado locales.

Con la evolución de la jurisprudencia americana, a fines del siglo XIX, el debido proceso pasó de ser una garantía procesal de la libertad a una garantía sustantiva, por medio de la cual se limita

también al órgano legislativo. Es un medio de controlar la razonabilidad de las leyes, que permite a los jueces verificar la validez constitucional de o los actos legislativos, es decir, que para ser validos requieren al legislador, al reglamentar los derechos reconocidos por la constitución haya actuado en la forma arbitraria sino dentro de un marco de razonabilidad.

También se consideran como antecedentes del debido proceso algunas normas garantistas del procedimiento plasmadas en los siguientes instrumentos legales:

- El código de Magnus Erikson de 1350 de Suecia.
- Constitución Neminem Captivabimus de 1430 de Polonia.
- Las leyes Nuevas Indias del 20 de noviembre de 1542.
- La Hill of Rights inglesa, consecuencia de la revolución de 1688.
- Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789.
- Constitución española de 1812.

Todas estas normas tienen en común establecer las garantías procesales del justiciable, respetando su dignidad como persona.

La garantía del debido proceso a sido incorporada, en forma más o menos explícita, a la mayor parte de constituciones del siglo XX, no solo del resto del continente americano sino de todo el mundo, además fue incluida en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de

diciembre de 1948, en cuya cláusula 8 se establece que “toda persona tiene un recurso para ante los tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocidos por la constitución o por la ley “ este principio se complementa con la cláusula 10, en la que se preceptúa que” toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones y para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Noción de debido proceso:

En el estudio del debido proceso encontramos una gran variedad de conceptos desarrollados por la doctrina nacional y extranjera que a nuestro entender resultan deficientes, para ello comenzaremos con el jurista español Gonzalo: “...llamamos debido proceso aquel proceso que reúna las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por las garantías del juez natural.

En caso de la jurisprudencia española hay dos tendencias: La primera que considera al debido proceso como aquella garantía integrada por los elementos del Art. 24.2 C.E., que es uno de los elementos de la tutela judicial efectiva, y segunda que el concepto de debido proceso como sinónimo de tutela judicial sin indefensión, una forma más de referirse al derecho a la jurisdicción...”

Aníbal Quiroga, señala “el Debido Proceso Legal en el Derecho Procesal Contemporáneo es el relativo a lograr y preservar la

igualdad...". Las definiciones mencionadas sólo hacen alusión a un elemento del debido proceso, la cual es insuficiente.

"El debido proceso legal es, pues, un concepto moderno íntimamente referido a la validez y legitimidad de un proceso judicial", más adelante agrega "a través del debido proceso legal podemos hallar ciertos mínimos procesales que nos permiten asegurar que el proceso como instrumento sirve adecuadamente para su objetivo y finalidad...".

Ticona, cita a De Bernardis, que sostiene que el debido proceso es una garantía y un derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, una vez ejercitado el derecho de acción pueden, efectivamente, acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial. Es decir, aquellos elementos mínimos que resultan exigibles por los justiciables para que el proceso que se desarrolle -cualquiera que este sea- pueda permitirle acceder a la cuota mínima de justicia a la que este debe llevarle. De esta manera, el proceso se constituirá en el vehículo que proporciona y asegura a los justiciables el acceso a la justicia, entendida esta como valor fundamental de la vida en sociedad.

Para el citado autor el debido proceso legal, proceso justo o simplemente debido proceso (así como el derecho de acción, de contradicción), es un derecho humano o fundamental que tiene toda persona y que le faculta a exigir el estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez competente e independiente, pues, el estado no solo está obligado a prever la prestación jurisdiccional (cuando se ejercita

los derechos de acción y contradicción), sino a proveerla bajo determinadas garantías mínimas que se aseguran tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanentemente a un sistema judicial imparcial. El eximio jurista confunde su concepto de acceso a la justicia, con el debido proceso y la tutela jurisdiccional, extendiendo mucho el concepto de debido proceso.

Y solo se circunscribe al principio de imparcialidad y que es loable la importancia que le da al sustento axiológico de justicia al debido proceso.

Carlos Parodi, asevera que el concepto del proceso, alcanza determinada connotación si le antepone al término debido, pues su sola lectura permitirá presuponer que existe o que puede un proceso "no debido" lo que equivaldría a un proceso indebido, pero si al proceso debido lo relacionamos con la Constitución... posibilitando el debido cumplimiento de los principios de oralidad...".

El debido proceso no solo se circunscribe en las garantías del proceso, pues tiene una fundamentación Axialógica, "Veamos pues como nos encontramos ante un concepto cuyos alcances no solamente se limitan a un escenario jurisdiccional, sino que son alegables tanto en un ámbito administrativo como incluso en relaciones corporativas entre particulares y, además, que no se limita al mero cumplimiento de ciertas pausas sino que está internamente ligado a la consecuencia del valor justicia..."

Ortecho, fundamenta desde un punto de vista axiológico el debido proceso. Desarrolla dos principios fundamentales: la dignidad humana y la justicia. También señala "Si consideramos a la dignidad como el valor, consiste en la estimativa y respeto a nosotros mismos por consiguiente también a los demás, y por considerarnos entes valientes, por nuestra propia naturaleza y aunque este valor también es el fundamento de los demás derechos fundamentales, la justicia, si representa en un fundamento axiológico exclusivo o casi exclusivo del debido proceso. El debido proceso es una condición o conjunto de condiciones cuando menos de la justicia..."

La doctrina argentina señala la dimensión axiológica del derecho en el proceso, como lo señala el maestro Monroy Gálvez.

Bertoli, menciona sobre el valor de justicia: "entre los principales valores comprometidos, se destaca el valor justicia y el cual nos conduce, derechamente, a la noción rectora del proceso justo", asimismo señala: "el valor de seguridad, en tensión dinámica con el valor justicia se realiza el valor de seguridad que, al igual que aquel, exige la existencia de un derecho positivo.

El proceso judicial en cuanto constitutivo de un fenómeno social, está sometido, en nuestro círculo de cultura jurídica con ordenamiento particular de índole técnico legislativo, los códigos de la materia, es decir existe reglamentación previa para arribar a la obtención de lo justo concreto... ello implica seguridad, vía previsibilidad; además, más adelante agrega el valor de utilidad, "A su turno, justicia y seguridad se conecta con el valor utilidad, en cuyo

alcance opera la deuda "medio-fin" central en la problemática del proceso judicial.

Aplicado ello al proceso judicial, concebido como objeto instrumental del derecho de fondo a nuestro entender cabe diferenciar, por un lado el valor instrumental, cuya consideración debe efectuarse desde el producto obtenido mediante ese instrumento, esto es, desde la sentencia final de merito.

Es una visión bilateral del derecho, por un lado como una realidad normativa, donde prima el valor de seguridad jurídica, que tiene como fundamento el principio de legalidad, y por otro la dimensión axiológica.

Bosquejo para una conceptualización del debido proceso:

Nuestra visión del derecho: Para enfocar vuestro punto de vista sobre el debido proceso es necesario tener un fundamento en la filosofía que es el animus del derecho. La *jus* filosofía se hace indispensable al jurista, el científico del derecho contribuye método y puede decir una razón primaria de su existencia y su sentido.

Asimismo, se debe tener claro el concepto de derecho. El derecho no es ciencia abstracta, neutra de la actividad humana social. Por eso evoluciona y cambia. La experiencia jurídica es dinámica, fluida, como la vida, como la historia, fuera de la historia es imposible aprenderlo.

Definir el derecho es una tarea de nunca acabar, como una discusión sempiterna empero es necesario tener una postura en base a

una posición jusfilosófica; y es arduo resumir en pocas líneas, el fundamento de esa concepción, comprimir toda una visión del derecho.

El derecho debe conceptualizarse a partir de la realidad, allí podemos encontrar, la unidad ineludible de la presencia de tres elementos y que están en constante interacción dinámica; una dimensión sociológica-existencial, realidad normativa y los valores, que a la vez no pierde su perfil propio. Si analizamos la dimensión sociológica-existencial, la realidad normativa y los valores estáticamente y yuxtapuestas una al lado del otro no llega a configurar el derecho, la tridimensionalidad nace de la dinámica, que es indispensable la presencia de todos los elementos sino estaríamos en una visión unidimensional del derecho porque la vida humana social solo no es derecho, pero es elemento básico, porque el ser humano es protagonista del derecho, no hay derecho sin vida humana en la dinámica social; al igual que la norma solo no es derecho, de igual modo los valores.

Sessarego señala: "En la experiencia jurídica observamos que lo primero es la vida humana coexistencial. Vida humana coexistencial que exige de una adecuada obligatoria regulación para hacer posible, precisamente, esa convivencia, por ello mientras existe la sociedad estará presente la regulación de las relaciones interhumanas que en ella se manifiesta.

La vida humana es la dimensión primaria del derecho en tanto que sin su presencia no hay nada que valorar, ni menos nada que normar. La conducta interferida, compartida en el seno de la

comunidad humana resulta ser lo que los juristas verifican como “el contenido” de las normas jurídicas y el objeto de una determinada valoración jurídica. De lo expresado se desprende en consecuencia que la integración dinámica de estas tres dimensiones –la coexistencial, lo formal y la axiológica- nos permite aprender el derecho como una totalidad (como una unidad conceptual).

Nuestra definición entorno del debido Proceso: La necesidad de enfocar el derecho desde un punto de vista tridimensional se extiende a todo fenómeno jurídico, en caso al tema sub examine, la dimensión normativa, es el conjunto de garantías señalada en la constitución Art. 139 y Código Procesal Civil, ellos como parámetros para un proceso válido y eficaz, pero ello siempre aspira hacia una visión valorativa que es la justicia; ¿hoy habremos alcanzado la justicia y la dignidad humana o acaso es aspiración constante del proceso y del derecho?

Esta visión será incompleta sino tenemos en cuenta al ser humano y su desarrollo coexistencial. Sessarego señala: “...para una cabal comprensión de lo que es el derecho es necesario, previamente, aproximarnos a la naturaleza de quien es su sujeto o dicho en otros términos, de aquel ente que lo justifica y le otorga por consiguiente, su razón de ser. Para nuestro tema sub examine nos interesa que el ser humano es el centro del ordenamiento jurídico, sin embargo, el vivir implica convivir, como señala el jusfilósofo Carlos Fernández Sessarego en su exemplum de cátedra, el pez es al agua como el hombre es a la sociedad, el pez fuera del agua es pescado; el

problema está como convivir en nuestro país, con males estructurales, dictaduras de civiles y militares que han reinado en nuestro país, y una democracia formal incipiente, con ello casi imposible que se aplique el debido proceso sino invitamos a hacer memoria que paso en la década del 90, en nuestro país.

Y en conclusión: El debido proceso es un derecho fundamental, subjetivo y público que contiene un conjunto de garantías: principios procesales y derechos procesales, que tienen las partes en el proceso. El cumplimiento del debido proceso garantiza la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Estas garantías, principios procesales y derechos son *númerus apertus*, teniendo como parámetro a la valoración jurídica de la justicia y la dignidad humana, es decir, el ser humano como centro de la sociedad y su convivencia dentro de un Estado de Derecho basado de una democracia sustancial como presupuesto para el desarrollo y eficacia del debido proceso. Hace un tiempo este derecho humano perteneció a la Teoría General del Proceso con otra denominación y a partir de la constitución de 1979 ya pertenece al ámbito constitucional ,y ello se plasma en la constitución vigente, en el artículo 139.3.

Debemos señalar que el debido proceso aparece en Inglaterra en 1215, como una garantía, para ser sancionado debe existir un juicio previo, y en 1580, América Latina sufrió la "conquista" de parte de los españoles y con ello se produce una ola de violación a los derechos fundamentales, procesos sin garantía, allí se plasma la tesis que la jurisdicción es la expresión del poder; hoy en plena época moderna

donde existe muchos instrumentos internacionales sobre derechos humanos y convenios por doquier, en Irak y otros países no democráticos, se violan los derechos fundamentales sin ningún reparo, por ello señalamos que es importante la democracia de un país para que se cumpla eficazmente el debido proceso y además es su base fáctica para su conceptualización, ello con respecto de la democracia y como aspiración de sociedad.

El jurista alemán ROBERT ALEXY señala que los principios son un tipo de normas más complejas "a menudo, no sé contra pone regla y principio o norma y máxima. Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo los conceptos de normas. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser, ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para el juicio concreto de deber ser, aún cuando sean razones de un tipo muy diferente, la distinción entre regla y principio es pues una distinción entre dos tipos de normas." Por las razones señaladas los principios forman parte estructural de la definición del debido proceso.

Asimismo este derecho es aplicable a todo tipo de proceso público o privado (arbitral administrativo) por consiguiente que forma parte de la teoría general del proceso.

Además, existe un error en el novísimo Código Procesal Constitucional, en el artículo 4, donde hay una total confusión con el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, ello como un derecho

fundamental y derecho genero del primero, y el tiene fases como acceso a la justicia, el debido proceso como camino a la sentencia , y una sentencia justa. Y no solo ello es la confusión sino la de confundir la tutela jurídica, la tutela jurisdiccional efectiva y la tutela procesal efectiva, que es una institución jurídica más estrecha, como lo señala Ticona Postigo.

Análisis histórico de los elementos del debido proceso

Hay mucha discrepancia de opiniones en la doctrina, ello sucede cuando vemos desde la doctrina española que construye este derecho en base de jurisprudencia y de tratar de acercar el tema sub examine al derecho constitucional.

Como bien sabemos la historia del proceso en el sistema germano romano producto de los acontecimientos sociales que vivieron los pueblos que adoptan este sistema y fruto de la ideología imperante de marco en su tiempo.

La primera etapa, los orígenes, fue la práctica forense en los siglos XVI a siglos XVIII, el objeto de atención era el derecho romano, en su objeto de escribir libros, no aspiraban a hacer ciencia sino de enseñar el modo de proceder, los que escribían eran aquellos que no eran juristas sino prácticos.

El segundo es el procedimentalismo en el siglo XIX empieza con la codificación producto de la ideología de la Revolución Francesa, en base de la sobre valoración de la ley, la concepción se verá en los Códigos, la fuente de todo el derecho, fue la plenitud del ordenamiento

jurídico, ello fue el conjunto de normas que regulaban la forma de obtener justicia.

La tercera etapa es el procesalismo, a mediados del siglo XIX, en Alemania a través del método casuístico intento hallar reglas comunes del proceso y el concepto del derecho de acción en la polémica de Windscheid y Muther (1856 y 1857) asimismo contribuyeron otros procesalistas, ellos elaboraron una teoría general del proceso, dentro de ella conceptualizaron los principios del proceso como señala Peyrano en su parte introductoria de su libro.

Paralelamente el sistema *common law* tiene su propia peculiaridad histórica y normativa basado en la costumbre es decir el precedente jurisprudencial. Este sistema no predomina las normas escritas, ello no quiere decir que no las existen, lo que pasa la primera fuente de derecho es la jurisprudencia. En Inglaterra nace el debido proceso como ya señalamos, luego pasa a Estados Unidos después se materializa en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En el caso español fue prescrito en la Constitución Española de 1978, los tribunales españoles comienzan a desarrollar a través de la jurisprudencia el debido proceso, vale decir entra en un proceso de adaptar el debido proceso a nuestro sistema germano-romano.

Nuestra preocupación es adecuar, no copiar a nuestro sistema y a la teoría general del proceso el debido proceso, por consiguiente llegamos a la conclusión que los principios procesales ya fueron conceptualizados al inicio del procesalismo y por tanto son

contenidos del debido proceso y ellos garantizan un proceso justo y válido.

En caso de los elementos del debido proceso tiene importancia, porque permite alcanzar la finalidad de satisfacer los intereses de los justiciables, pues de nada serviría acceder al órgano jurisdiccional, si el proceso conforme al cual se va a dilucidar una pretensión, no reúne los supuestos que garantiza para alcanzar la tutela jurisdiccional efectiva.

Claro está las diferencias entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional que tienen alcances y características distintas, además el contenido del debido proceso tiene propios atributos con perfiles y alcances distintos, como ya señalamos integrada por principios, garantías, etc. ellos casi siempre se efectiviza en los actos procesales determinados, en cambio el debido proceso es parámetro mínimo del proceso que busca materializar el tutela jurisdiccional Efectiva.

Al terminar estas líneas de abstracción y tema sub examine, tenemos que resaltar su importancia práctica, porque solo teniendo claro las definiciones podremos aplicarlo a un caso concreto, y como manifestó un magistrado los principios procesales son como el padre nuestro para el cristiano y no ser positivistas a ultranza esclavos de la ley, además son elementos de la norma adjetiva.

En cuanto al debido proceso, dentro de nuestras tentaciones académicas irrefutables, solo se pretende resaltar el aspecto axiológico y sociológico para una comprensión integral del tema y que todo no está dicho.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y/o debido proceso:

El derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva, es uno de los derechos fundamentales y/o constitucionales que tiene todo *sujeto de derecho* (persona natural, persona jurídica, concebido, patrimonio autónomo, entes no personales, etc., teniendo estos la situación jurídica de demandante o demandado según el caso) al momento de recurrir al órgano jurisdiccional (juez en representación del Estado) a fin de que se le imparta justicia, existiendo garantías mínimas para todos los sujetos de derecho que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; *utilizando para ello el proceso como instrumento de tutela del derecho sustancial de los mismos.*

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no comprende necesariamente obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas por el sujeto de derecho que lo solicita o petitiona, sino más bien la *atribución que tiene el juez a dictar una resolución conforme a derecho y siempre que se cumplan los requisitos procesales mínimos para ello*; es decir, este derecho supone obtener una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas por el actor ante el órgano jurisdiccional respectivo, siempre que se utilicen las vías procesales adecuadas, pero no necesariamente tal decisión es la solicitada por el actor; ya que la misma puede ser favorable o desfavorable a las pretensiones ejercidas.

Actualmente, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, específicamente la tenemos regulada en nuestra legislación nacional vigente, en primer lugar en nuestra CPE en el Art. 139° inc. 3° prescribe: *Son principios y derechos de la función jurisdiccional. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*; en el Art. I del T.P del CPC prescribe: *Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso*; Art. 7° de la LOPJ, prescribe: *En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso.*

En la legislación internacional, está regulado en: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 14° inciso 1° y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el inc. 1° del Art. 8°, respectivamente.

Este derecho al proceso empezó a manifestarse hace más de siete siglos, configurado a la fecha una exitosa evolución histórica, algo así como un *mega derecho que actualmente ha recibido el nombre de debido proceso legal*, basta que un sujeto de derecho lo solicite o exija, para que el Estado se encuentre obligado a otorgarle tutela jurídica; se considera que este derecho lo tienen todos sólo por el hecho de serlo y que lo titula para exigir al Estado haga efectiva su función jurisdiccional; pues, así lo regula nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Se señala que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en tanto derecho público y subjetivo, *tiene dos planos de existencia*: esto

es de *potencia y acto*; es decir, *se puede ubicar el derecho a la tutela jurisdiccional antes y durante el proceso*, respectivamente.

*El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva **antes del proceso*** consiste en aquel derecho que tiene toda persona como sujeto de derecho, de exigir al Estado provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos indispensables para *solventar* un proceso judicial en condiciones satisfactorias; asimismo, *el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva **durante el proceso***, en cambio, contiene el haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial.

Finalmente, debemos indicar que *últimamente* no sólo existe o se puede hablar únicamente de la tutela jurisdiccional efectiva individual; sino que también se están reconociendo nuevos derechos, como son los Derechos Humanos de la tercera generación, entre los cuales tenemos: el Derecho al Desarrollo, a la Tranquilidad, a la Paz, del Medio Ambiente Equilibrado y Adecuado, al Patrimonio Cultural, etc. Siendo estos derechos de protección para toda la humanidad (difusos y colectivos) y como tales no pueden carecer de instrumentos jurídicos que aseguren su satisfacción, siendo que dichos derechos también merecen tutela jurídica efectiva, dada la importancia de los mismos para toda la humanidad.

2.7. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION

La presente investigación, no cuenta con antecedentes específicos del tema de investigación; habiéndose efectuado la verificación y revisión de las bibliotecas de las Universidades de nuestra Región, esto es en la Universidad Nacional del Altiplano de Puno y la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez de San Román – Juliaca.

A nivel nacional, tampoco se han encontrado investigaciones sobre el tema de la venta extrajudicial de la garantía mobiliaria; sin embargo se han advertido algunos artículos, ensayos y/o comentarios sobre la Ley de Garantía Mobiliaria, tales como:

- Novedades de la Nueva Ley de Garantías Mobiliarias. Publicado en la Gaceta Jurídica. Lima. Mayo de 2005.
- Novedades de la Ley de Garantía Mobiliaria Peruana, publicado por Fernando Jesús Torres Manrique en www.monografias.com.
- Ley de la Garantía Mobiliaria. Publicado en www.sni.org.pe.
- Legislación Sobre Garantía Mobiliaria - Ley 28677. Publicado por Rodríguez Avalos Abogados. 01 de Marzo de 2006.
- Ponencia sobre la Garantía Mobiliaria. Publicado por Fernando Jesús Torres Manrique. Publicado en <http://www.elangelo.com.ar>.
- La Ley de la Garantía Mobiliaria peruana y sus aspectos registrales. Publicado en <http://vlex.com/vid/garantia-mobiliaria-peruana-aspectos>.

CAPITULO III

METODOLOGIA

3.1. METODOS Y AMBITO

3.1.1. METODOS DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación se encuadra dentro del tipo de investigación teórica o pura, que tiene por finalidad comprender y explicar los fenómenos de la naturaleza y la sociedad y así incrementar los conocimientos teóricos del área objeto de investigación; como tal, carece de objetivos prácticos y aplicativos inmediatos. El método que se empleó en la presente investigación es el **METODO DOGMATICO** en el entendido de que se trata de una actividad ordenada dentro de la investigación jurídica encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación...), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización; consistiendo en la investigación de los principios generales y de los denominados dogmas jurídicos, es decir los principios técnicos explicativos de los singulares institutos jurídicos cuya finalidad es ayudar al intérprete a entender los

institutos jurídicos, y el fin práctico hacer posible la explicación de las normas del modo más adecuado para el caso concreto. (CHAVEZ ROSERO, Fernando Augusto. *Algunos Alcances Sobre el Método Dogmático en la Investigación Jurídica*. Artículo publicado en *Miselania Jurídica*. Lima – 2006)

Es así que una investigación de carácter jurídico dogmática concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa. Su cometido básico será el de interpretar el derecho objetivo, formal.

En tal sentido la investigación se inscribe dentro del paradigma de Investigación Cualitativa, por cuanto se sustenta en cortes metodológicos basados en principios teóricos tales como la fenomenología, hermenéutica, la interacción social empleando métodos de recolección de datos, con el propósito de explorar la realidad tal como se experimenta. Se estudia la calidad de las actividades, relaciones, asuntos, medios, materiales o instrumentos en una determinada situación o problema. La misma procura por lograr una descripción holística, esto es, que intenta analizar exhaustivamente, con sumo detalle, un asunto o actividad en particular, en este caso, la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria y la contravención del principio de exclusividad del Poder Judicial.

3.1.2. METODO DE INTERPRETACION

Para la interpretación de la información se utilizó el método literal lógico, considerando que la unidad de análisis de la investigación

lo constituye la Ley de la Garantía Mobiliaria, donde a partir del texto normativo se buscará conocer su contenido constitucional sobre la venta extrajudicial del bien da la garantía relacionando la misma con el principio de exclusividad del Poder Judicial.

3.1.3. METODO DE OPERACIONALIZACION

Considerando que el método propiamente dicho que se utilizará es el dogmático o jurídico formal, la operacionalización de las variables se realizó mediante la lógica, la inducción, la deducción, el análisis, la síntesis y la analogía.

3.1.4. UBICACION ESPACIAL DEL ESTUDIO

Al tratarse de una investigación de orden dogmático-jurídico o formal, la investigación no tiene propiamente un ámbito espacial, sin embargo al tratarse de categorías jurídicas (Garantía Mobiliaria y el Principio de Exclusividad del Poder Judicial) tiene una connotación nacional.

3.1.5. UBICACION TEMPORAL DEL ESTUDIO

La recopilación de la información se realizó desde la entrega en vigencia de la Ley de Garantía Mobiliaria 30 de mayo de 2006 en adelante.

3.1.6. POBLACION Y MUESTRA

Método censal, implica trabajar con toda la población objeto de estudio, y, este método fue empleado en la presente investigación, por cuanto se ha trabajado con la totalidad de las Notarías existentes en la ciudad de Puno, asimismo se ha aplicado cuestionarios a todos

los Magistrados del Distrito Judicial de Puno, considerando para la elección, su especialidad y jerarquía; de modo tal que alcanza a los señores Vocales de la Sala Civil así como a los Jueces Especializados o Mixtos de Puno.

3.2. HIPOTESIS, VARIABLES, INDICADORES E INSTRUMENTOS

3.2.1. HIPOTESIS GENERAL

La ejecución extrajudicial que regula la Ley de Garantía Mobiliaria contraviene el principio de exclusividad del Poder Judicial y por lo tanto deviene en inconstitucional.

3.2.2. HIPOTESIS ESPECÍFICAS

- La ejecución extrajudicial de la Garantía Mobiliaria prevista en la Ley N° 28677; prevé un procedimiento que vulnera el debido proceso.
- La estructura normativa recogida por la Ley de Garantía Mobiliaria, recorta derechos de las partes intervinientes en el contrato; quienes deberán afrontar un probable procedimiento extrajudicial ante un órgano ilegítimo.
- La Ley de Garantía Mobiliaria, favorece el desarrollo económico en el Perú así como tráfico jurídico en materia crediticia; pero a la vez adolece de deficiencias en el procedimiento de venta extrajudicial.

3.2.3. VARIABLES DE ESTUDIO:

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:** La ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria en la Ley de Garantía Mobiliaria.

- **VARIABLE DEPENDIENTE:** La contravención al principio de exclusividad del Poder Judicial.

3.2.4. INDICADORES

- Ejecución extrajudicial en la LGM
- Ley de la Garantía Mobiliaria.
- Procedimiento extrajudicial ante un privado (Notarios).
- Debido Proceso.
- Regulación constitucional sobre la Administración de Justicia.

3.2.5. TECNICAS DE INVESTIGACIÓN

Dentro de las técnicas que emplearemos en la investigación tenemos:

1. **Técnica documental o bibliográfica.**- ésta técnica, nos ha permitido revisar la documentación de carácter teórico doctrinario y jurisprudencial respecto del tema de investigación, los mismos que son elementos de sustento en la ejecución de la tesis.
2. **Técnica de la Observación.**- dicha técnica permitió a través del uso de guías de observación, cuaderno de notas, etc., la interrelación directa con los elementos que son materia del trabajo de investigación.
3. **La entrevista.**- permitió conocer las apreciaciones que tienen los señores Magistrados de nuestra ciudad respecto al tema de investigación

3.2.6. INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS:

- **Fichas de recolección de datos:** Los Instrumentos preparados expresamente, han facilitado la recopilación y registro de información que complementa la observación efectuada durante la ejecución de la tesis.
- **Guías de observación:** Éstas fueron formuladas para registrar los aspectos con los cuales se tuvo contacto para el logro de los objetivos de la investigación. Es así que dicho instrumento fue aplicado al recoger la información de las diferentes Notarías de la ciudad de Puno.
- **Cuestionario:** Fue elaborado mediante preguntas apropiadas y previamente analizadas por parte de la investigadora, para luego ser aplicados a los señores Magistrados, quienes fueron entrevistados.

RESUMEN:

Variable/definición operacional	Indicador	Escala de medición
<p>La ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria; entendida como un procedimiento independiente y distinto del judicial, se encuentra regulado en la Ley de la garantía Mobiliaria.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Contratos de garantía mobiliaria. ✓ Ejecución extrajudicial ante un privado. ✓ Ley de Garantía Mobiliaria. 	<p>Mediante la técnica de la Observación, se procedió a la medición de ésta variable, utilizando como instrumento la <u>guía de observación</u> para el registro de datos obtenidos en las diferentes notarías públicas de nuestra ciudad..</p>
<p>La contravención al principio de exclusividad del Poder Judicial, regulado y reconocido por nuestra Constitución Política del Perú.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Administración de Justicia ✓ Debido proceso ✓ Regulación constitucional sobre el principio de exclusividad del Poder Judicial. 	<p>Mediante la <u>entrevista</u> se procedió a la medición de ésta variable; utilizando como instrumento el <u>cuestionario</u> elaborado mediante preguntas apropiadas y previamente analizadas por la investigadora para ser aplicados a los señores magistrados.</p>

CAPITULO IV
RESULTADOS Y DISCUSION

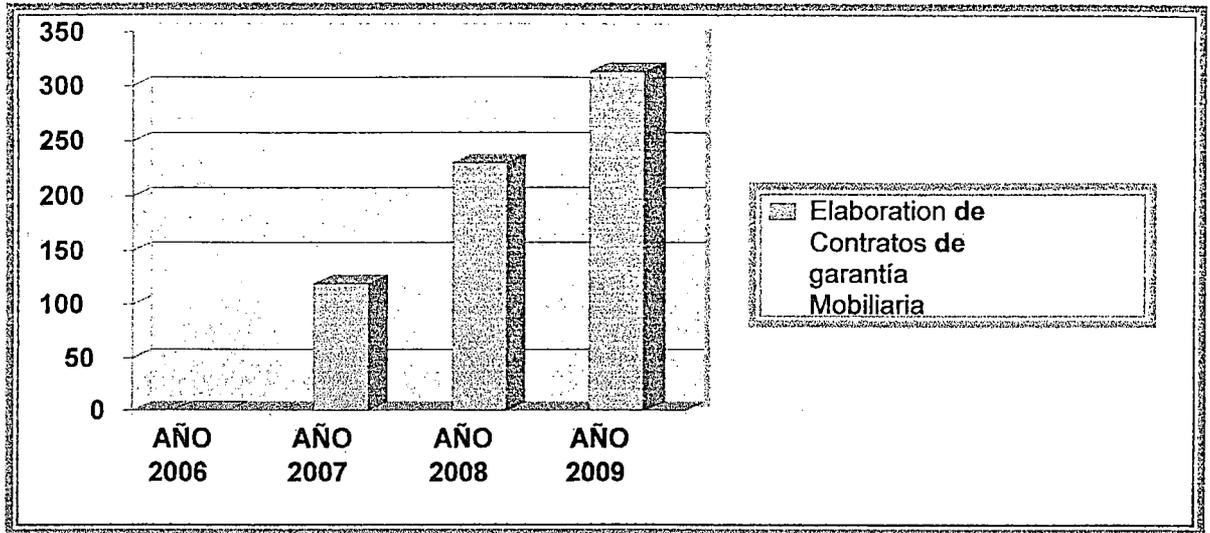
**4.1. LA EJECUCION EXTRAJUDICIAL DE LA GARANTIA MOBILIARIA
EN LA LEY DE LA GARANTIA MOBILIARIA**

**4.1.1. CONTRATOS DE GARANTÍA MOBILIARIA CELEBRADOS EN
LA CIUDAD DE PUNO DESDE LA VIGENCIA DE LA LEY DE
LA GARANTIA MOBILIARIA (LEY 28677) 2006-2009.**

TABLA N° 01

INDICADOR	AÑO 2006	AÑO 2007	AÑO 2008	AÑO 2009
Elaboración de Contratos de Garantía Mobiliaria	00	120	230	314

GRAFICO N° 01



Fuente : Elaboración propia.

Nota : Verificación de los archivos existentes en las 06 Notarías de la ciudad de Puno.

En el presente gráfico, se puede apreciar que desde la entrada en vigencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria (29 de mayo de 2006), la elaboración de los contratos de garantía mobiliaria se han ido incrementando sucesivamente; sin embargo como se puede verificar, en el año 2006, estando vigente la LGM, no se advierte la celebración de contrato alguno sobre garantía mobiliaria. Luego en el año 2007, únicamente aparecen haberse celebrado 120 contratos, en el año 2008 230 contratos, en tanto que en el año 2009 se celebraron 314 contratos.

Esta realidad nos muestra que si bien el objetivo y/o finalidad de la LGM era permitir el uso adecuado de los bienes muebles como garantía, unificando y simplificando la regulación de las diversas prendas e hipotecas que recaían sobre bienes muebles (incluidas naves, aeronaves y otros bienes antes considerados inmuebles), creando un régimen coherente, ágil y que minimiza la existencia de garantías ocultas; esto no ha se ha visto reflejado en la práctica. Ya

que al instaurar un régimen general de garantías mobiliarias, la Ley N° 28677 derogó íntegramente la prenda del Código Civil, las prendas especiales (minera, industrial y agrícola), la prenda vehicular, la prenda global y flotante, y la garantía sábana de la ley de bancos, el registro fiscal de ventas a plazos, la hipoteca naval, la hipoteca de aviones, la prenda de motores de aviones y la prenda de acciones; se advierte que las personas que en su caso deseaban acceder al otorgamiento de un crédito (mutuo) o bien desconocían las nuevas posibilidades que ofrecía la Ley, o en su caso los acreedores optaban en dar prioridad a las figuras clásicas reguladas por nuestro ordenamiento (hipoteca o prenda) y sobre todo mantener el mecanismo formal (de constitución y ejecución), que habían aplicado hasta antes de la vigencia de la Ley, y de este modo evitar posibles errores que pudieran determinar la inseguridad en la garantía de los créditos que otorgaban; tal extremo que ve reflejado en el presente gráfico que es materia de ésta interpretación.

La constitución, los trámites notariales y el registro de garantías mobiliarias al ser simplificado de manera muy notoria por la Ley, debería haber determinado un incremento significativo en la producción contractual de la garantía mobiliaria, toda vez que la regulación derogada, en muchos casos establecía plazos excesivos en la constitución y registro de la garantía; los cuales conforme a la LGM se verían reducidos de 35 días hábiles a sólo tres; sin embargo, tal hecho no fue un aspecto positivo para los posibles intervinientes en la

celebración de los contratos, pues prefirieron retomar los procedimientos establecidos antes de la vigencia de la Ley.

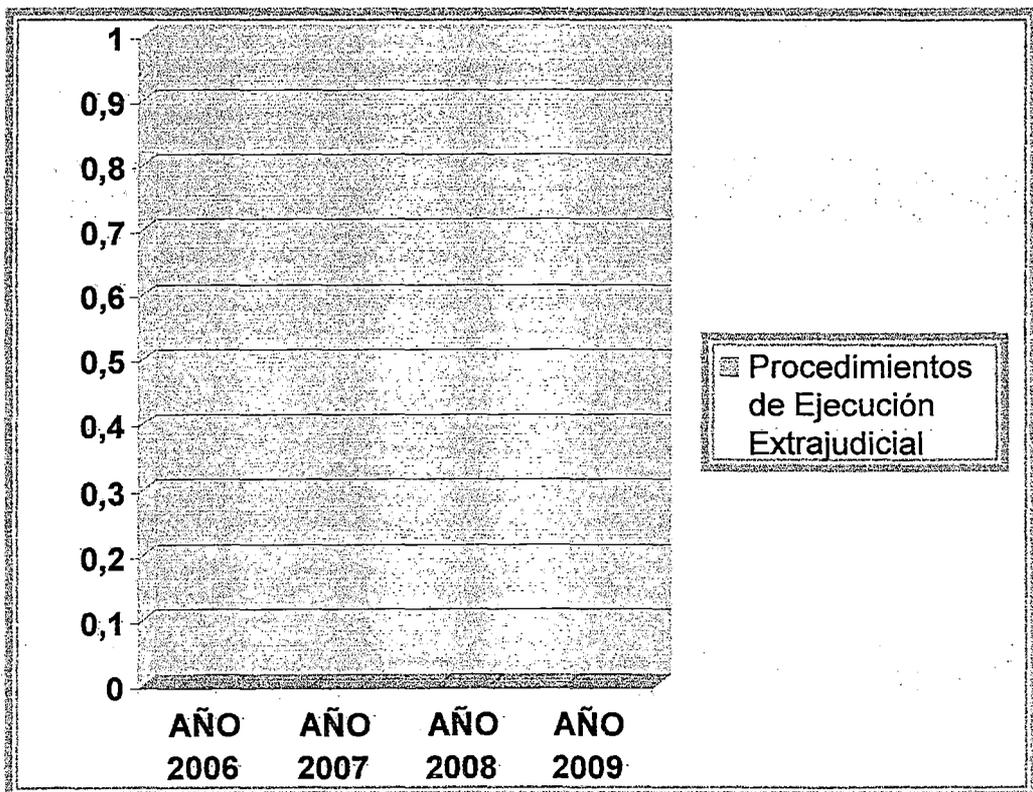
Cabe precisar que, los contratos de garantía mobiliaria, celebrados en las Notarías de la ciudad de Puno, fueron realizados a través del uso del formulario registral, el mismo que no evidencia los parámetros mínimos que debería contener todo contrato, considerando que en él no sólo se constituye una garantía real sino además un acto jurídico principal como es el mutuo, lo cual imposibilita determinar los alcances, cláusulas y consecuencias del contrato en caso de producirse incumplimiento y/o vicio de nulidad o anulabilidad, esto si se tiene en cuenta que la certificación del notario no supone la evaluación de la legalidad ni validez de la garantía, toda vez que el formulario registral permite además el uso de medios electrónicos. En el ámbito registral, la calificación de la legalidad, validez del acto inscribible y capacidad de los otorgantes se limitará a lo que se desprenda del formulario. Así, el registrador no debe solicitar el acto constitutivo ni documentos que pudieran acreditar el cumplimiento por ejemplo de pagos de tributos y demás aspectos propios de la constitución, ya que sólo en caso de bienes con registro, se verificará el tracto sucesivo más no los elementos de un contrato.

**4.1.2. EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA GARANTIA MOBILIARIA
ANTE UN ORGANO PRIVADO (NOTARIAS DE LA CIUDAD DE
PUNO DURANTE LOS AÑOS 2006-2009).**

TABLA N° 02

INDICADOR	AÑO 2006	AÑO 2007	AÑO 2008	AÑO 2009
Procedimientos de Ejecución Extrajudicial	00	00	00	00

GRAFICO N° 02



Fuente : Elaboración propia.

Nota : Verificación de los archivos existentes en las 06 Notarías de la ciudad de Puno.

Del presente gráfico se aprecia que desde la entrada en vigencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria (Ley 28677), hasta el año

2009, no se ha tramitado procedimiento alguno sobre ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria.

Los resultados antes descritos, surgen con motivo de la verificación de los archivos que obran en las 06 Notarías de la ciudad de Puno, donde no aparece el registro de algún documento y/o trámite que permita evidenciar la realización de un proceso de ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria, lo cual llama la atención, por cuanto, si se tiene en cuenta que en lo que respecta a la ejecución de garantías, es por todos conocido que la misma se caracterizaba por ser lenta y onerosa, acrecentando los riesgos del acreedor de no recuperar el monto que le era adeudado.

Según los promotores de la LGM, la ejecución muchas veces absorbe más tiempo que la vida económica de la gran mayoría de bienes muebles, convirtiendo a éstos en objetos de garantías que se deprecian hasta llegar sin ningún valor al momento de la recuperación forzosa de un préstamo. Nuestro ordenamiento jurídico ha previsto tradicionalmente dos formas de realizar la ejecución forzada de los bienes para satisfacer las obligaciones: la ejecución judicial y la ejecución extrajudicial; esta última requería ser pactada contractualmente y sólo procedía tratándose de la prenda y no de la hipoteca. Pero, ese pacto de ejecución extrajudicial, pese a ser admitido en el Código Civil para la prenda, no se encontraba debidamente recogido por la legislación aplicable a las diversas prendas especiales.

Sobre este panorama, la Ley de la Garantía Mobiliaria, reguló la venta extrajudicial de la garantía mobiliaria y también en un segundo término, la venta judicial, permitiendo además el pacto comisorio. Sin embargo, como podemos ver, esta novedosa forma de ejecutar una garantía en un improbable caso de incumplimiento de obligación, tampoco fue aplicado desde la vigencia de la Ley; aspecto que encuentra respuesta en el hecho de que por un lado la LGM, regula la posibilidad de proceder a la ejecución extrajudicial de la garantía y por otro para los efectos de la constitución de la garantía permite el sólo uso del formulario registral; siendo que, al haberse celebrado los contratos de garantía mobiliaria a través del formulario registral, donde no se prevé las mínimas cláusula sobre la ejecución en caso de incumplimiento del pago de la deuda, es evidente que la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria no podría observar eficiencia ni satisfacción para los intervinientes.

La LGM, permite que el acreedor garantizado pueda adjudicarse la propiedad del bien otorgado en garantía debiéndose para ello incluir en el **pacto el valor del bien y otorgar poder específico e irrevocable a un tercero** común para que en caso de incumplimiento proceda a suscribir la documentación necesaria para la transferencia del bien mueble afecto en garantía. Siendo así, es indispensable que para proceder a una ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria, las partes debieron previamente haber pactado el valor del bien y el otorgamiento del poder específico e irrevocable a un tercero, a efectos de que lleve adelante el procedimiento; no obstante,

habiendo sido el formulario registral el medio por el cual se formalizaron los contratos de garantía mobiliaria, deviene en imposible efectuar una ejecución extrajudicial, al no haberse pactado los términos mínimos respecto de los cuales debería versar el procedimiento extrajudicial.

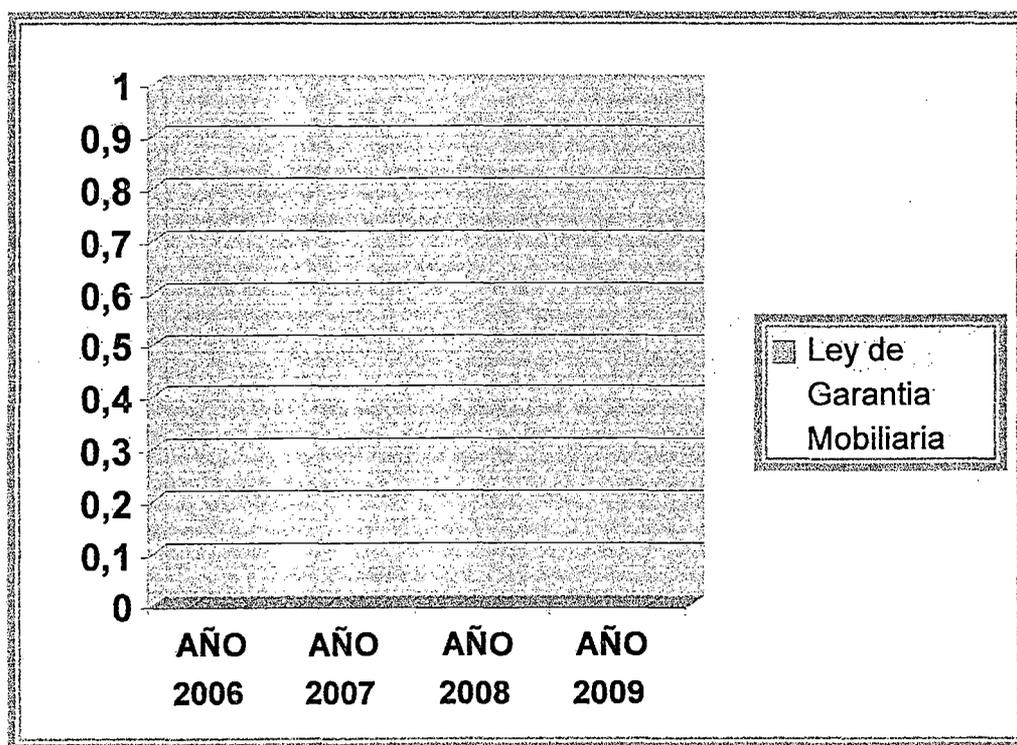
En ese orden de cosas la novedad de la norma bajo análisis de que no sólo permite la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria, sino que, además, precisa reglas básicas para su realización, de forma tal que se procura proteger al deudor del abuso del acreedor ejecutante, no ha resulta tan eficaz, de manera que el marco legal que establecía los requisitos de venta y las sanciones en caso de abuso, pretendiendo cubrir el interés de ambas partes con máximo beneficio en la venta del bien en garantía, hasta ahora no se ha visto reflejado en la práctica contractual.

**4.1.3. LEY DE GARANTÍA MOBILIARIA-EFICACIA Y APLICABILIDAD
EN LA CIUDAD DE PUNO DESDE EL AÑO 2006 AL 2009.**

TABLA N° 03

INDICADOR	AÑO 2006	AÑO 2007	AÑO 2008	AÑO 2009
Ley de Garantía Mobiliaria	000	000	000	000

GRAFICO N° 03.



Fuente : Elaboración propia.

Nota : Verificación de la aplicación y eficiencia de las disposiciones de la Ley de Garantía Mobiliaria.

Del presente gráfico, se puede apreciar que desde la fecha en que la Ley de de la Garantía Mobiliaria entró en vigencia, esto es desde el 29 de mayo de 2006 a la fecha, no se ha advertido que las disposiciones contenidas en la referida ley hayan cubierto las

expectativas, los fines y objetivos para los cuales fue promulgada; esto tomando como punto de partida la eficacia en la celebración de los contratos de garantía mobiliaria, en las Notarías de nuestra ciudad de Puno, así como los procedimientos de ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria, todos los cuales no han sido realizados en un porcentaje esperado y suficiente que pudiera reflejar que la LGM haya sido un acierto.

En un inicio, como aspecto positivo de la Ley es que permite que se puedan constituir garantías reales sobre cualquier tipo de bien o derecho que el acreedor y deudor consideren con relevancia económica, esto con el fin de que el deudor pueda ofrecer cualquier bien mueble de su propiedad para acceder a un crédito; sin necesidad de que el mismo tenga la calidad de bien inscrito; sin embargo, tal extremo no fue determinante para el incremento del tráfico jurídico, tal como lo tenemos señalado en los gráficos precedentes.

La Ley planteó la eliminación todos los privilegios existentes en el acceso a las garantías, de forma tal que las garantías especiales que antes existían sólo a favor de algunas actividades económicas (prenda agrícola, minera, industrial, global y flotante, etc.) quedan subsumidas en el concepto omnicomprendido de la "Garantía Mobiliaria"; empero, nuevamente advertimos que ésta aparente ventaja no demostró eficiencia en su aplicación.

Finalmente el tema de la constitución, registros y ejecución de la garantía mobiliaria, tal como se encuentra regulado en la LGM, en un inicio permitía colocar a la garantía mobiliaria, como una de las figuras

más atractivas para las coberturas de seguridad de un crédito; no sólo por su celeridad, sino también por la facilidad y simplicidad en su constitución y registro; no obstante esto tampoco se encuentra demostrado en la práctica, desde la entrada en vigencia de la Ley.

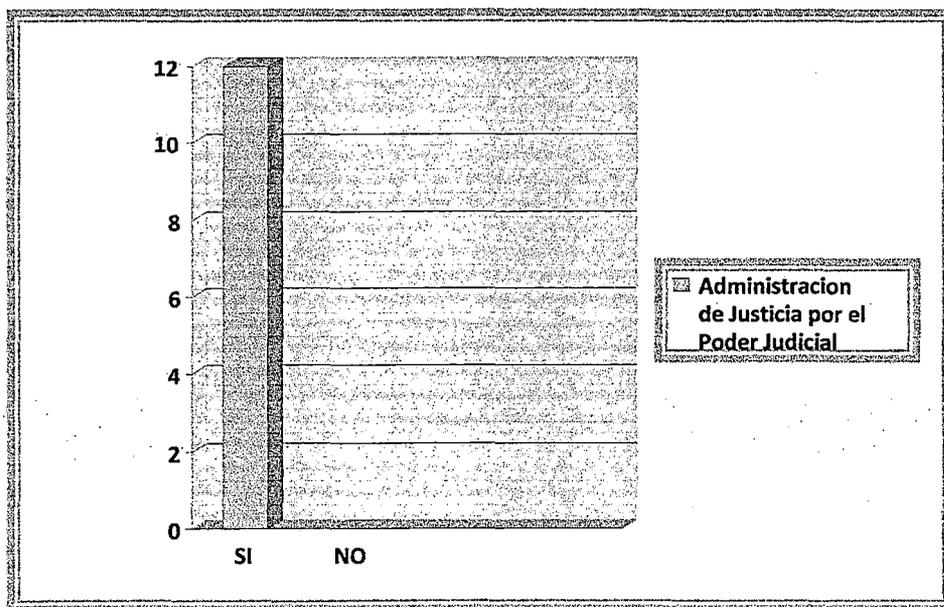
4.2. LA CONTRAVENCION AL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DEL PODER JUDICIAL.

4.2.1. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA A CARGO DEL PODER JUDICIAL DESDE LA PERCEPCION DE LOS MAGISTRADOS DE LA CIUDAD DE PUNO

TABLA N° 01

INDICADOR	SI	NO	VALOR EN %	
			SI	NO
Administración de Justicia por el Poder Judicial	12	00	100%	00%

GRAFICO N° 01



Fuente : Elaboración propia.

Nota : Cuestionario Encuesta aplicada a los señores Magistrados del Poder Judicial-Provincia de Puno.

En la Tabla y Gráfico indicado, correspondiente a nuestra variable dependiente, del indicador de la Administración de Justicia,

donde luego de aplicado el cuestionario a los señores magistrados (Jueces y Vocales) de la ciudad de Puno, al efectuarles la pregunta sobre la Legitimidad de la Administración de Justicia a cargo del Poder Judicial; de un universo de 12 encuestados, todos ellos coincidieron en señalar que es el Poder Judicial quien tiene la legitimidad para la Administración de Justicia, es decir que a criterio de los señores Magistrados intervinientes, sólo los jueces pueden intervenir en los conflictos y consecuentemente arribar a la solución correspondiente.

Estos resultados, nos permiten advertir que los jueces de la ciudad de Puno, consideran que la Administración de Justicia corresponde ejercerla al Poder Judicial, considerando que es una potestad que emana del pueblo y es ejercida por el Poder Judicial, a través de sus diversas instancias. Es así, que conforme a la estructura del Poder Judicial, en el Perú, la administración judicial empieza a nivel de los Juzgados de Paz no Letrados y de los Juzgados de Paz Letrados, que solucionan casos de faltas a la ley. Los primeros investigan y sancionan casos de faltas menores y funcionan en los pueblos, caseríos y distritos pequeños, donde no hay mucho movimiento judicial. Para que desempeñe este cargo, el mismo pueblo elige a una persona de prestigio, probidad y honestidad, que no necesita ser abogado. Los Jueces de Paz no Letrados dependen de cada Corte Superior de Justicia, que ratifica su nombramiento. Los Juzgados de Paz Letrados son creados para administrar justicia en determinadas zonas rurales y urbanas y su ámbito de acción, generalmente, son uno, dos ó más distritos. Ahí se ven casos de menor

cuantía o de rápida solución y dependen igualmente de la Corte Superior, que determina el lugar donde van a funcionar. Esos juzgados resuelven también las apelaciones de los Juzgados de Paz.

Por su parte los Juzgados Especializados o Mixtos, dependen de la Corte Superior y funcionan en una provincia. Como su nombre lo indica, los Juzgados Especializados están dedicados a juzgar sobre determinados asuntos que pueden ser Civiles, Penales, de Trabajo, de Familia, de Delitos Aduaneros y de Delitos Tributarios. Los Juzgados Mixtos despachan sobre dos o tres de estos temas y se establecen en zonas donde no hay Juzgados Especializados. Los Juzgados Mixtos, resuelven las apelaciones sobre las sentencias dictadas por los Juzgados de Paz Letrados.

Las Cortes Superiores realizan el juzgamiento de los casos judiciales ordinarios donde hay delito, es decir, acciones antijurídicas que son penadas por la ley y que se castigan mediante una condena. Por lo general, los delitos están relacionados con daños a la persona y a la propiedad, como estafas, robos, asesinatos, etc. A fin de facilitar la administración de justicia en todo el territorio nacional, existen 29 Distritos Judiciales, sedes de las Cortes Superiores. Estos distritos, en la mayor parte de los casos, abarcan una porción de territorio que coincide con los límites de los departamentos del Perú. Las Cortes Superiores cuentan con Salas Superiores Especializadas o Mixtas, en las que despachan Vocales Superiores. La cantidad de salas varía en cada distrito, dependiendo de la cantidad de población que atienden.

En las Cortes Superiores se resuelven las apelaciones de los Juzgados Especializados o Mixtos.

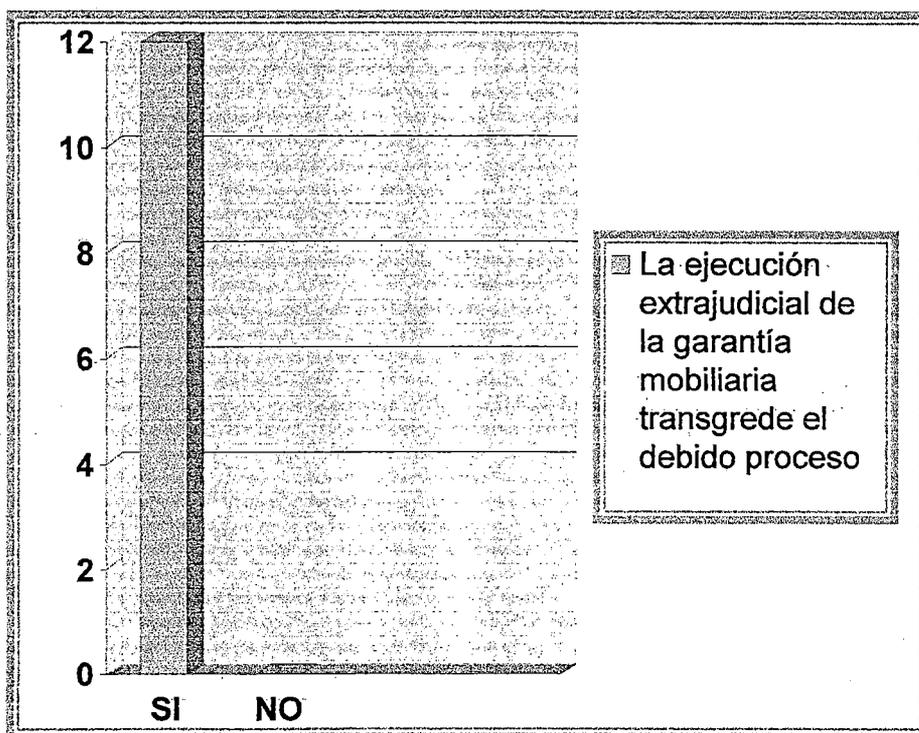
Dados estos parámetros que se encuentran regulados por nuestra Constitución Política del Perú y la Ley Orgánica del Poder Judicial, pareciera pues que en efecto la Administración de Justicia es sólo tarea de los Magistrados adscritos al Poder Judicial; pues la propia Constitución únicamente reconoce como excepciones la Justicia Militar y Arbitral. Empero, los señores jueces encuestados no toman en cuenta que existen disposiciones normativas como lo es ahora la Ley de Garantía Mobiliaria, que reconoce un nueva forma de administración de justicia, tal vez privada, en la que las partes al advertir los supuestos de un conflicto de intereses puede resolverlo sin necesidad de recurrir al Poder Judicial.

**4.2.2. EL DEBIDO PROCESO EN LA EJECUCION
EXTRAJUDICIAL DE LA GARANTIA MOBILIARIA EN LA
CIUDAD DE PUNO A PARTIR DEL AÑO 2006 AL 2009.**

TABLA N° 02

INDICADOR	SI	NO	VALOR EN %	
			SI	NO
La ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria transgrede el debido proceso	12	00	100%	00%

GRAFICO N° 02



Fuente : Elaboración propia.

Nota : Cuestionario Encuesta aplicada a los señores Magistrados del Poder Judicial-Provincia de Puno

De los resultados que se evidencian del presente gráfico, se puede advertir que del universo de 12 Magistrados que laboran en la ciudad de Puno, tanto jueces como vocales, todos ellos consideran que la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria conforme se encuentra prevista en la Ley de la Garantía Mobiliaria, transgrede el debido proceso, entendiendo que éste resulta ser la garantía y derecho fundamental amparado por la Constitución Política del Estado, perteneciendo básicamente al ámbito del derecho procesal, al derecho judicial, más concretamente al rubro de la ciencia procesal que con el desarrollo histórico y científico de la teoría general del proceso han visto positivizado en el texto normativo de la constitución, diversos principios y postulados esencialmente procesales sin los cuales no se puede entender un proceso judicial justo y eficaz.

Y es que al arribar a estos resultados, se tiene que los señores magistrados consideran que al proceder a una ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria, conforme a las normas que contiene la LGM, vulnera lo sustancial del debido proceso, esto considerando que los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales, que permiten accionarlos no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración e incluso entre los particulares y las cámaras parlamentarias. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se garantice el derecho al debido proceso material y formal de los ciudadanos y, segundo, que el Estado asegure la tutela jurisdiccional.

De esa manera, la tutela judicial y el debido proceso se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales, como elementos del núcleo duro de los mismos. Permitiendo de esta manera que, a un derecho corresponda siempre un proceso y que un proceso suponga siempre un derecho; pero, en cualquiera de ambos supuestos su validez y eficacia la defina su respeto a los derechos fundamentales. En consecuencia, «las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los derechos fundamentales como garantías procesales están vinculados con una amplia concepción del proceso.

En efecto, plantearse los derechos fundamentales como garantías procesales materiales o sustantivas; supone actualizar las garantías procesales de cara a proteger los propios derechos fundamentales. Sin embargo, esto no supone crear una estructura organizacional determinada, en tanto que ya existe el Tribunal Constitucional, los tribunales ordinarios, los tribunales administrativos y militares y, hasta los procesos arbitrales, que también cautelan parcelas de los derechos fundamentales; sino traspasar adecuadamente principios, institutos y elementos de la teoría general del proceso al derecho constitucional procesal en formación, adecuándose a los principios y derechos fundamentales que consagra la Constitución. En ese sentido, los derechos fundamentales como garantías procesales; se convierten tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales.

Pero, la teoría de la garantía procesal no se debería ver reducida a los procesos constitucionales, judiciales y administrativos; sino que, también, se extiende al proceso militar, arbitral y parlamentario. Si bien la seguridad procesal de las partes y del proceso son valores fundamentales en la protección de los derechos humanos, éstas adquirirán toda su potencialidad en la elaboración de las propias normas procesales del legislador democrático, quien en el proceso parlamentario también debe respetarla, incorporándola a la práctica parlamentaria, como una garantía procesal y como una garantía democrática de los derechos fundamentales de la participación de las minorías políticas y de la oposición parlamentaria. En el marco de la teoría de la garantía procesal de los derechos fundamentales, puede interpretarse que la Constitución de 1993 ha consagrado por vez primera como principios y derechos de la función jurisdiccional: la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (Art. 139°-3; Capítulo VIII, Título IV del Poder Judicial). Sin embargo, no existe en la doctrina ni en la jurisprudencia un criterio constitucional uniforme acerca del alcance y significado de los mismos, debido al origen diverso de ambas instituciones.

En ese entendido, el debido proceso en tanto derecho fundamental con un doble carácter es oponible a todos los poderes del Estado e incluso a las personas jurídicas. Por ello, el debido proceso de origen estrictamente judicial, se ha ido extendiendo pacíficamente como debido procedimiento administrativo ante las entidades estatales -civiles y militares- y debido proceso parlamentario ante las cámaras

legislativas, así como, debido proceso *inter privatos* aplicable al interior de las instituciones privadas.

En consecuencia, el debido proceso encierra en sí un conjunto de garantía constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar las cuatro etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia, que se traducen en otros tantos derechos que enunciativamente tales como:

- Derecho a un juez natural
- Derecho de información
- Derecho de defensa o contradicción.
- Derecho a un proceso público.
- Derecho a la libertad probatoria.
- Derecho a declarar libremente.
- Derecho a la certeza.
- Derecho a la cosa juzgada.

En nuestro caso, si analizamos el procedimiento extrajudicial de la venta de la garantía mobiliaria, podremos advertir que en principio, las partes entregan su conflicto de intereses a una persona que poco o nada conoce, respecto a la realización del bien, ya que únicamente procederá al trámite formal para la venta, sin verificar en lo absoluto el acto de constitución, donde es probable que se haya incurrido en alguna causal de nulidad o anulabilidad, o tal vez han surgido ciertas deficiencias respecto al precio del bien y su valor en el mercado, o en su caso con relación a la naturaleza del bien o de los celebrantes, quienes pudieron haber perdido legitimidad al transferir su

titularidad, etc., aspectos que no serán materia de de pronunciamiento pues la persona que pudiera intervenir no necesariamente se encuentra en el imperativo de conocer y resolver tales contingencias; lo cual indudablemente incide directamente en el debido proceso, ya que se limita por completo el derecho a un Juez Natural, el derecho a formular contradicción, el derecho a ser informado, entre otros., todo lo que refuerza la hipótesis planteada en ésta investigación y es que el Estado tiene la obligación de asegurar un conjunto de garantías institucionales que permitan el ejercicio del debido proceso de toda persona, sin perjuicio de la existencia del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional el Estado en virtud a su *ius imperium* organiza, ordena y dispone la creación de "jurisdicciones" administrativas en el Poder Ejecutivo, como entes estatales encargados de asegurar la aplicación de las reglas de derecho establecidas, aunque revisables en sede judicial ordinaria o constitucional. Asimismo, las relaciones jurídicas *inter privatos* también deben asegurar en cuanto sea aplicable, según el juez, las instituciones procesales que les permitan a los particulares contar con principios y derechos que tutelen su derecho a la justicia, sin perjuicio de los consagrados en el debido proceso.

Es importante reafirmar que los derechos al debido proceso constituyen la base sobre la que se asienta la tutela judicial y no judicial. En tal entendido se puede señalar que, en nuestro sistema constitucional se encuentran consagradas enunciativamente las garantías de un proceso litigioso, en función de lo cual toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional. Si se parte de concebir

constitucionalmente que no sólo el Poder Judicial ni el Tribunal Constitucional son los organismos encargados de administrar justicia en nombre del pueblo, sino también los organismos jurisdiccionales excepcionales, cabe señalar que les corresponde asegurar el derecho de los ciudadanos a obtener justicia; para lo cual, es necesario delimitar un conjunto de principios y garantías jurisdiccionales implícitos o explícitos:

Juez natural.- Es una garantía de independencia e imparcialidad del juez frente a los demás poderes públicos, de conformidad con el Art. 139º, incisos 1 y 2, de los cuales se desprende:

Unidad judicial.- Supone la incorporación del juez en el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional salvo excepciones como la jurisdicción militar, comunal y el arbitraje; pero sometidos en última instancia a la justicia ordinaria y constitucional. Dada la excepcionalidad de dicha jurisdicción sus competencias y resoluciones deben interpretarse restrictivamente, en función del respeto a los derechos fundamentales.

Carácter judicial ordinario.- No se pueden crear tribunales ni juzgados de excepción ni parajudiciales. En esa medida los tribunales administrativos del Poder Ejecutivo no pueden resolver afectando derechos constitucionales, sino, por el contrario, prefiriéndolos incluso antes que a la ley.

Predeterminación legal del órgano judicial.- La creación previa de cualquier órgano jurisdiccional debe darse en base a la ley del Congreso. No cabe su creación por un acto administrativo del

Poder Ejecutivo. Asimismo, la ley debe establecer la competencia, jurisdicción e investidura *-tenure-* del juez o tribunal.

En consecuencia, el derecho al juez natural se expresa no tanto en el juez competente o del lugar, sino como aquel juez ordinario legalmente predeterminado por la ley. Porque, en última instancia del juez natural se infiere el derecho a un juez imparcial.

Acceso a la jurisdicción.- Es el derecho de poder ocurrir ante los jueces y tribunales, para obtener de ellos una sentencia o mandamiento judicial. Este derecho se descompone en las siguientes garantías: Libre acceso a los órganos propiamente judiciales. Prohibición de la exclusión del conocimiento de las pretensiones por razón de sus fundamentos.

Reconocimiento de un recurso judicial efectivo que concretice el derecho a la acción.

Derecho a la instancia plural.- Aquí radica el derecho a recurrir razonablemente de las resoluciones judiciales, ante instancias superiores de revisión final; para lo cual, se ha consagrado la pluralidad de instancias, en el artículo 139°-6 de la Constitución; así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional es la instancia de fallo final de las resoluciones denegatorias de las garantías constitucionales, según el artículo 202°-2.

Principio de igualdad procesal.- En virtud del cual en todo proceso se debe garantizar la paridad de condiciones y oportunidades; entre las partes, los abogados, el fiscal, el abogado de oficio, en

función del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, del artículo 2º-2 de la Constitución.

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.- Se trata de administrar justicia oportuna dentro de un plazo razonable. Si bien este es un típico concepto jurídico indeterminado: lo razonable será establecido por el juez en base a la ley, considerando el tipo de proceso en curso. En efecto, el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse considerando las circunstancias de la causa, la complejidad del asunto, la conducta de los reclamantes y de las autoridades, así como las consecuencias de la demora.

Porque, es muy diferente que por mora del juzgador en un proceso penal se viole la libertad personal, que en un proceso administrativo no contencioso se afecten derechos del administrado³⁰. También cabe advertir que, la justicia rápida como la que realiza el fuero privativo militar, no siempre es garantía de que respeten los derechos del procesado que toda jurisdicción debe asegurar.

Deber judicial de producción de pruebas.- El juez en base a su libertad razonable puede admitir o negar un medio de prueba propuesto; la denegatoria irrazonable de la aportación de prueba supone una violación a la tutela jurisdiccional. En todo caso, el juez debe extremar sus cuidados para obtener las pruebas pertinentes, diligenciarlas y darles su mérito probatorio en la sentencia.

Entonces, como vemos, todos estos aspectos referidos, no se encuentran reflejados en las disposiciones de la LGM, la cual al formular un procedimiento extrajudicial para la venta de la garantía

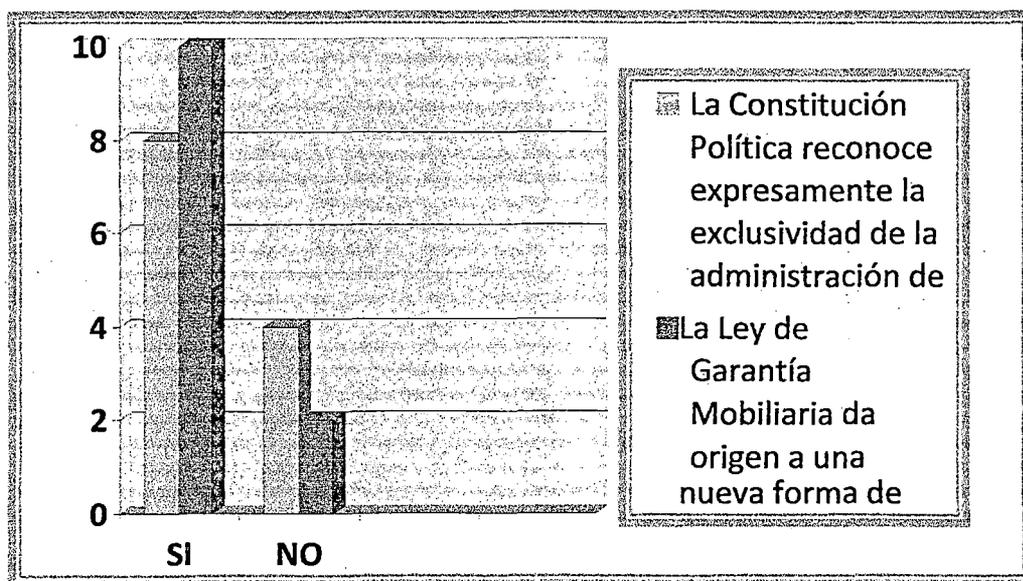
mobiliaria, no tuvo cuidado en establecer que dicho procedimiento, aún siendo uno de carácter administrativo, contenga las mínimas garantías del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, pasando de pactar para no recurrir al Poder Judicial, ahora se debe pactar para acudir al Poder Judicial, como si no se tratara de un derecho con rango constitucional.

4.2.3. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DEL PODER JUDICIAL EN LA PERCEPCION DE LOS JUECES DE LA CIUDAD DE PUNO.

TABLA N° 03

INDICADOR	SI	NO	VALOR EN %	
			SI	NO
La Constitución Política reconoce expresamente la exclusividad de la administración de justicia por el Poder Judicial	08	04	66.66%	33.33%
La Ley de Garantía Mobiliaria da origen a una nueva forma de administración de justicia	10	02	83.33%	16.67%

GRAFICO N° 03



Fuente : Elaboración propia.

Nota : Cuestionario Encuesta aplicada a los señores Magistrados del Poder Judicial- Provincia de Puno

Del gráfico N° 03, se tiene que de los 12 Magistrados encuestados, 08 de ellos considera que la Constitución Política del Perú reconoce expresamente la exclusividad de la Administración de Justicia a cargo del Poder Judicial, en tanto que 04 de ellos son de la opinión de que la Constitución Política no reconoce expresamente el carácter de exclusividad del Poder Judicial en la Administración de Justicia.

Surge aquí el debate, quiere decir que por un lado nuestros magistrados, los cuales tienen a su cargo la solución de los conflictos de intereses, asumen que su facultad tienen su origen en la Constitución Política y que por lo mismo se encuentran legitimados para tal fin. Sin embargo, un porcentaje nada indiferente, asume que si bien cuentan con facultades para administrar justicia, éstas no necesariamente nacen en forma expresa de la Constitución Política; es decir que en su concepto, la norma constitucional, no reconoce únicamente al Poder Judicial como el único ente legítimo para la administración de justicia; hecho que no resulta descabellado, pues si tenemos en cuenta lo previsto por el numeral 1 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, se ha regulado como regla general la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional indicando además como únicas excepciones la jurisdicción militar y arbitral. Empero, si revisamos la Constitución Política del Perú, encontramos el artículo 149° que reconoce la atribución de ejercer funciones jurisdiccionales a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas. Esto significaría que mediante esta

norma se está estableciendo también una nueva jurisdicción “especial”. En consecuencia, como instancia jurisdiccional, sus decisiones constituyen cosa juzgada y no son revisables por alguna de las otras. Ello implica que la función jurisdiccional en nuestro sistema jurídico se ejerce: a) Por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos (art. 138°), b) Por la jurisdicción militar (art. 139°.1), c) Por la jurisdicción arbitral (art. 139°.1), d) Por la Jurisdicción Constitucional (art. 201°), e) Por la Jurisdicción electoral (178°, inciso 4); y d) Por la jurisdicción especial (art. 149°).

Entonces, surge un problema nuevo problema, que se puede advertir en el diseño constitucional de la justicia comunal, tiene que ver con el artículo 149, y está referido a la colisión entre la justicia comunal y el principio de unidad y exclusividad de la jurisdicción. Sobre lo cual ciertos entendidos como, Raquel Yrigoyen, señala que el artículo 149 ha sido introducido de manera asistemática y pareciera estar en contradicción con otros artículos de la Carta, como los artículos 138, 139, 142, que deberían ser revisados en una reforma constitucional. En ese sentido, compartimos lo señalado por esta autora cuando señala que “el art. 138 debería indicar que *“la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce a través de la jurisdicción ordinaria, por el Poder Judicial, y a través de la jurisdicción especial, por las autoridades indígenas y comunales”*, y no reducirlo a la primera afirmación pues de ese modo niega la jurisdicción especial.

Lo mismo entonces ocurre con el caso de la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria, y nuevamente volvemos al tema

de que en la actualidad, la exclusividad del Poder Judicial, reconocida por la Constitución Política del Perú, a pasado a ser tan sólo un principio que en teoría a quedado regulado por la norma antes citada, pero que en la práctica deviene en clásica y desfasada, tomando en cuenta que en nuestro país, a través de leyes y reglamentos, se han establecido nuevas formas de administrar justicia, las cuales como en la LGM han quedado en la liberalidad de las partes en uso de su autonomía de voluntad, extremo que se encuentra refrendado con el resultado del gráfico N° 06, donde 10 de los 12 magistrados considera que la ejecución extrajudicial de la Garantía Mobiliaria prevista en la LGM representa una nueva forma de administrar justicia:

CONCLUSIONES

PRIMERO.- De los resultados de la presente investigación, se ha podido establecer que la regulación de la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria, transgrede el principio de la exclusividad del Poder Judicial, y por lo tanto es inconstitucional.

SEGUNDO.- La ejecución de la garantía mobiliaria, conforme a la Ley de la Garantía Mobiliaria, aparentemente regula un mecanismo de ejecución rápida y menos costosa para hacerse cobro del crédito, sin embargo según el programa contenido en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria; no se trata de un proceso de ejecución extrajudicial, ya que éste implica, en clara contraposición a uno judicial, el desarrollo de un proceso ante un privado, quien incluso resolvería la potencial posición (contradicción) que el deudor (o el propietario del bien sometido a ejecución) pueda plantear, empero tal hecho no ocurre en la venta extrajudicial actualmente vigente.

TERCERO.- Conforme a los resultados de la presente investigación, se ha podido establecer que, desde la vigencia de la Ley

de la Garantía Mobiliaria, no se han formalizado contratos sobre garantía mobiliaria en la ciudad de Puno, esto tomando en cuenta la producción en la celebración de contratos, existente en las notarías de la ciudad de Puno.

CUARTO.- Desde la vigencia de la LGM, no se han realizado procedimientos de ejecución extrajudicial respecto de la garantía mobiliaria, lo que significa que éste extremo de la Ley, probablemente no ha sido observado al momento de la celebración del contrato de garantía o en su caso ha preferido ser omitido por las partes en su mayor parte por el acreedor, a fin de permitir el acceso de la improbable controversia ante el Poder Judicial y de esta forma cautelar su derecho y asegurar la eficacia en el cumplimiento de la obligación.

QUINTO.- Con relación a la aplicación y eficiencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria, desde su vigencia, tomando en cuenta el porcentaje de contratos celebrados, los mismos que resultan ser igual y/o inferior al número de contratos celebrados con anterioridad a la vigencia de la LGM, determina la deficiencia en la aplicación de la referida ley.

SEXTO.- Por mandato constitucional, se ha regulado y reconocido expresamente la exclusividad en la Administración de Justicia a cargo del Poder Judicial, estableciéndose como excepciones a dicha regla, la jurisdicción militar y arbitral. De otro lado, la misma Constitución Política, ha reconocido como una garantía de la administración de justicia, "la observancia de las normas que garantizar un debido proceso".

SEPTIMO.- Al regularse un procedimiento de venta extrajudicial en la ley de la Garantía Mobiliaria y otorgarle la potestad a las partes y/o a un privado, a efectos de proceder a la ejecución de forzada del bien materia de garantía, no solamente se transgrede la regulación constitucional antes referida; sino que también se vulneran las normas que garantizan el debido proceso, esto es la concurrencia de un Juez Natural, el derecho de contradicción, la motivación de resoluciones, etc.

OCTAVO.- La propia Ley de la Garantía Mobiliaria, precisa que el Poder Judicial interviene sólo en algunas oportunidades, tales como en la incautación, consignación de la diferencia del monto del remate con el monto adeudado, cuando la garantía al ejecutarse no cubra el monto adeudado; es decir que solamente en estos casos podremos contar con la participación del Poder Judicial, a pesar de que éste tiene la exclusividad de la Administración de Justicia.

NOVENO.- Considerando los aspectos regulados con relación a la ejecución extrajudicial de la Garantía Mobiliaria, se advierte el vacío respecto de la posibilidad de que cuando el contrato de garantía mobiliaria (acto constitutivo) se encontrara con algún vicio en su formación o adolezca de alguna causal de nulidad o anulabilidad, la ley no establece respuesta para resolver tal eventualidad, pues se restringe el derecho de acudir al Poder Judicial.

DECIMO.- En la justicia privada no existe un Juez que controle las actitudes de las partes; en tal sentido las mismas pueden excederse y dentro de estas sobre todo el apoderado. Asimismo en la

justicia privada o ejecución extrajudicial no existe posibilidad de formular denuncia por abuso de autoridad o prevaricato en contra del apoderado, por lo cual hasta cierto punto de vista los deudores o demandados se encuentran desprotegidos, por cuanto debe tenerse en cuenta también que el apoderado nombrado en el acto constitutivo no siempre conoce ni se encuentra premunido de todas las instrucciones necesarias para su probable participación en la ejecución de la garantía mobiliaria.

DECIMO PRIMERO.- Las ventajas que contiene la LGM. se pueden resumir fundamentalmente en simplificación de los trámites administrativos, concretamente de la calificación registral, que se instaura el formulario de inscripción, en reemplazo de la escritura pública. Se establece una calificación registral atenuada, donde el registrador sólo verifica la certificación notarial y que el formulario registral esté debidamente llenado. Asimismo, la creación de un nuevo y único registro de garantías mobiliaria y garantías híbrido funcionales- el Registro Mobiliaria de Contratos-, donde se usa el folio personal. Esto significa que es un registro de deudores y no un registro de propietarios.

DECIMO SEGUNDO.- Se concluye que la LGM, protege absolutamente al acreedor; lo que podría representar el abuso respecto de los deudores; sin embargo otorga ventajas a los deudores en la medida que pueden ofrecer todo su patrimonio y propiedades, aun los bienes futuros, en calidad de garantía.

RECOMENDACIONES

PRIMERA.- Teniendo en cuenta los resultados alcanzados por la presente investigación y habiéndose determinado la **INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE LA GARANTIA MOBILIARIA EN EL EXTREMO DE LA EJECUCION EXTRAJUDICIAL DE LA GARANTIA MOBILIARIA**, se precisa de la aplicación del artículo 200 de la Constitución Política Peruana de 1993 se regulan seis garantías constitucionales que son: acción de amparo, acción popular, acción de inconstitucionalidad, hábeas corpus, acción de cumplimiento y hábeas data.

SEGUNDA.- Dada la problemática planteado y los resultados obtenidos, consideramos que para el presente caso, es recomendable plantear un proceso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, la misma que debe observar las disposiciones que prevé el Código Procesal Constitucional.

TERCERA.- Con el objeto de legitimar el derecho de acción, creemos que el proceso de inconstitucionalidad, puede encontrarse a cargo del Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Puno, en

aplicación de lo previsto por el artículo 203 numeral 7 de la Constitución Política del Perú.

CUARTA.- En el improbable caso de que se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad formulada, será necesario propugnar la modificación de la Constitución Política Peruana de 1993, respecto al tema de la exclusividad del Poder Judicial y permitir la ejecución extrajudicial en ciertos supuestos como el de la Garantía Mobiliaria.

QUINTA.- Considerando que nuestro alcance es la posibilidad de la declaración de la inconstitucionalidad de las disposiciones de la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria, contenida en la Ley N° 28677, es preciso tener en cuenta el principio constitucional de proporcionalidad, que es materia de observancia por el Tribunal Constitucional y que se aplica en la medida de que dentro de un Estado Democrático de Derecho, los "bienes, valores, principios, derechos y libertades" se encuentran interrelacionados y deberán ser armonizados, entre sí, desde una interpretación constitucional correcta; desde esta perspectiva el principio constitucional de proporcionalidad resulta siendo un instrumento válido entre las relaciones entre el Estado y el ciudadano como interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y Revistas

- ALBERTINI BAFFIO, Giorgio y KALB, Kathrin. (2007). "*Tres Temas en la Nueva Ley de la Garantía Mobiliaria: Registro Mobiliario, Cesión Global y Pacto Comisorio*". En revista Peruana de Derecho de la Empresa N° 63.
- ALCALA ZAMAROA, Niceto. (1972) "*Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*" -Madrid. Editorial Epriego.
- ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto. (2006) "*Aspectos Registrales de la Garantía Mobiliaria en el Perú*". Revista En Derecho Edición N° 05; editada por la Universidad San Martín de Porras de Lima.
- ALSINA, Hugo. (1962) "*El Derecho Procesal*". Tomo V. Buenos Aires. Editorial Argentina de Editores.
- ARIANO DEHO, Eugenia. (1996) "*El Proceso de Ejecución*". Lima. Editorial Rodhas, primera edición.
- ARANGO-RUIZ, Vincenzo.(1973) "*Instituciones de Derecho Romano*". Buenos Aires. Ediciones Desalma.
- AVENDAÑO V. Jorge. (1989) "*Derechos Reales. Materiales de Enseñanza para el Estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho*". Lima: PUC, 2º Edición corregida y aumentada. Editorial Adruss.
- AVENDAÑO V. Jorge. (1989) "*Manual de Derecho Civil. Materiales de Enseñanza*". Lima: 1º Edición. Editorial de la PUC.

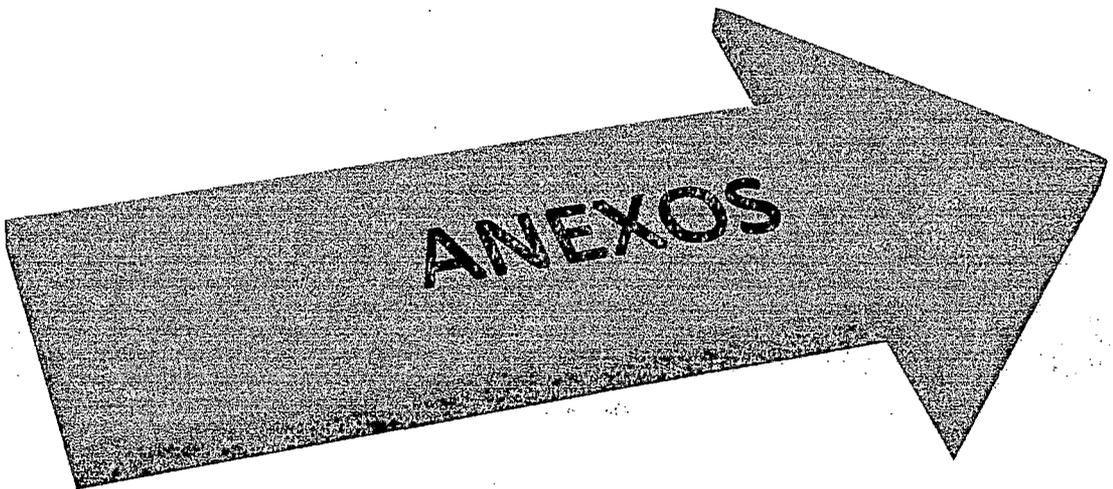
- AZULA CAMACHO, Jaime. (2008) "*Manual de Derecho Procesal*". Lima. Editorial Temis. 2000. *Código Civil Peruano Comentado*. Libro Derechos Reales: Lima. Editorial Grijley. 2008.
- BORDA, Guillermo A. (1989) "*Manual de Derecho Civil*". Parte General. Buenos Aires: Editorial Perrot. 14º Edición Actualizada.
- BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. (2007). "*La Novísima Ley de la Garantía Mobiliaria y sus Huellas en el Derecho Peruana*". En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 63º.
- CASTELLARES AGUILAR, Rolando (2006) "*La Garantía Mobiliaria*" *Comentarios a la Ley 28677*". Lima-Perú. Editada por la Universidad San Martín de Porres.
- CASTELLARES AGUILAR, Rolando (2006) "*Garantía Mobiliaria Sobre Títulos Valores y Sobre Valores Con Anotación En Cuenta*". En Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 63. Comentarios a la Ley 28677 – Perú.. Editada por la Universidad San Martín de Porres.
- CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS Y LEGALES DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA (2006) "*Publicaciones Mensuales- La Ley de la Garantía Mobiliaria, Vigencia y Efectos*". N° 05. Publicada por la Cámara de Comercio de Lima-Perú.
- CORCUERA GARCIA, Marco Antonio, (2006) "*Ley de Garantía Mobiliaria*" Reglamento, Editorial MARSOL. Primera Edición.
- COUTURE, Eduardo. (1989) "*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*". Buenos Aires. Editorial Desalma:

- CHAVEZ ROSERO, Fernando Augusto. (2006) "Algunos Alcances Sobre el Método Dogmático en la Investigación Jurídica". Artículo Publicado en *Miselania Jurídica*. Lima
- CHICHIZOLA, MARIO. (1983). "*El Debido Proceso Como Garantía Constitucional*". En *Revista Jurídica la ley*. Nº 26. Buenos Aires.
- CHOCRON GIRALDEZ, Ana M. (2004) "*La Exclusividad y la Unidad Jurisdiccional Como Principios Constitucionales en el Ordenamiento Jurídico Español*". Vol. 13. Mexico.
- DIEZ PICASSO, Luis. (1994) "La Jurisdicción en España". Ensayo de Valoración Constitucional-Madrid. Editorial Civitas.
- ESPARZA LEIBAR Iñaki. (1995) "*El Principio del Proceso Debido*". José María Bosch Editor S.A. Barcelona-España. p 231.
- FRANCO REGJO, Eric. (2006) "*La Constitución y Registro de Garantías. Comentarios a la Ley de Garantía Mobiliaria*". *Revista de Derecho Comercial* Nº 12. Lima
- GARCIA GARCIA, José T. (1994) "*La Prenda*". Lima. Editorial: Impresiones Grijley .
- GIMENO SENDRA, José V. (.....) "Fundamentos del Derecho Procesal". Madrid. Editorial. Civitas.
- GOMEZ DE LIAÑO GONZALEZ, (1987) Fernando. "Derecho Procesal Civil". Madrid. Editorial Forum. 1987.
- GONZALO PEREZ, Jesús. (.....)"*El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*". Madrid. Civitas p. 123
- GUASP, Jaime. (1989) "*Derecho Procesal Civil*". Madrid. Editorial Civitas.

- MARTEL CHANG, Rolando. (2006) "*Ley de Garantía Mobiliaria. Una Alternativa Para Ejecutar Bienes Muebles*". Lima. Editorial Grijley.
- MEJORADA CHAUCA, Martín (2006) "Extensión de la Garantía Mobiliaria". Lima. Editorial Comummitas.
- MORENO CATENA, Víctor. (1981) "*Introducción al Derecho Procesal*". Madrid. Editorial Tirant Lo Blanch.
- MONTERO AROCA, Juan. (1976) "*Fundamentos del Derecho Procesal*". Madrid. Editorial Tecnos.
- PALLARES, Eduardo. (1989) "*Proceso de Ejecución*". Buenos Aires-Argentina. Editorial Porrúa.
- PIROLO, Miguel A. (1987) "*Manual de Procedimiento y Organización de la Justicia Nacional del Trabajo*". Lima. Editorial Astrea.
- Quiroga León, Aníbal. (1994) "*El Debido Proceso Legal en el Derecho Procesal Contemporáneo*". Lima. Editorial ASTRUS.
- RAMOS MENDEZ, Francisco. (1992) "Derecho Procesal Civil". Barcelona. 5ta. Edición Editorial de la Librería Bosch.
- ROCCO, Ugo, (1994) "*Derecho Procesal Civil*". México 1944. Editorial Porrúa.
- TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. (2007) "*Ponencia Sobre Garantía Mobiliaria*". Lima. Editorial Astrea.
- VIDAL RAMIREZ, Fernando. (2006) "*Fundamentos de la Jurisdicción Arbitral en el Perú*". Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Lima.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. (2002) "*Rondas campesinas y pluralismo legal: Necesidad de reconocimiento constitucional y*

desarrollo legislativo” En: Defensoría del Pueblo: Hacia una ley de Rondas Campesinas, Lima, Defensoría del Pueblo, pág. 111.

- http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/docs/docs_ombudsmen/Peru/31Rondas.pdf.



GUIA DE OBSERVACION

GUÍA DE OBSERVACIÓN

NOTARIA : _____

UBICACIÓN : _____

FECHA : _____

OBSERVADOR : _____

DURACIÓN : _____

- Registro de Contrato de Garantías Mobiliaria:

- Formatos de solicitudes para registro de Garantías Mobiliarias:

- Procesos de venta extrajudicial:

- Comunicaciones notariales para procedimiento extrajudicial.

CUESTIONARIO

Cuestionario

“La Regulación de la Venta Extrajudicial en la Ley de Garantía Mobiliaria y la Contravención al Principio de Exclusividad del Poder Judicial”

Nombres y Apellidos

Fecha

Tenga la amabilidad de leer las siguientes preguntas cuidadosamente, y luego marque la respuesta que usted considere corresponde.

1.- La Ley de Garantía de Mobiliaria es:

- a) Un avance legislativo que permite mejorar el tráfico jurídico.
- b) Una Ley que renueva la regulación de la prenda en el Perú pero a la vez crea una serie de innecesarios procedimientos.
- c) Una ley que recoge disposiciones contrarias al texto constitucional.
- d) Una ley oportuna y adecuada en toda su regulación.
- e) T.A.

2.- Respecto al principio de exclusividad del Poder Judicial previsto por la Constitución Política:

- a) Es fundamental por cuanto no puede haber órgano o persona alguna que administre justicia distinta al Poder Judicial.
- b) Es absoluto, y la única excepción es la justicia arbitral y militar.
- c) En un principio que en nada repercute por cuanto existe la posibilidad de administrar justicia desde cualquier perspectiva pues el efecto siempre es solucionar el conflicto de intereses.
- d) Es un principio que si bien se encuentra reconocido en la constitución no necesariamente legitima únicamente al Poder Judicial.

e) N.A.

3.- La Ley de Garantía Mobiliaria, dentro de sus disposiciones ha regulado la posibilidad de realización del bien materia del contrato, a través de la venta extrajudicial, facultad que se encuentra atribuida al acreedor quien puede vender el bien con tan solo la comunicación al deudor, sobre tal extremo Ud.

a) Está completamente de acuerdo.

b) Le parece adecuada la regulación en ese extremo.

c) Está en desacuerdo

d) Considera que es una regulación inadecuada e inconstitucional

e) N.A.

4.- La regulación que anteriormente recogía la figura de la prenda en nuestro Código Civil, no reconocía el llamado "pacto comisorio", la LGM, actualmente ha establecido la posibilidad de que ante el incumplimiento de la obligación el acreedor pueda hacerse propietario del bien objeto de garantía. Al respecto Ud.

está:

a) De acuerdo

b) Le parece adecuado

c) En desacuerdo

d) No encuentra inconveniente alguno.

e) N.A.

5.- La Ley de la Garantía Mobiliaria, establece un procedimiento extrajudicial para la venta de la garantía mobiliaria. Al respecto, considera usted que dicho procedimiento transgrede el derecho a un debido proceso?:

a) De acuerdo

b) En desacuerdo

c) No encuentra inconveniente alguno.

d) Es adecuado

e) N.A.

**SECRETARIO:
EXPEDIENTE:
INTERPONE DEMANDA DE
PROCESO DE
INCONSTITUCIONALIDAD.**

**SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERU:**

ALCIDES SANCHEZ PARRA, identificado con DNI. N°
....., en mi calidad de Decano y en representación del **ILUSTRE
COLEGIO DE ABOGADOS DE PUNO**, con domicilio real y constituyendo
domicilio a los efectos de estas actuaciones en el Jr. Grau Esquina Jr.
Ayacucho del distrito, provincia y departamento de Puno, me presento y digo:

Conforme lo acredito con la copia del Estatuto y del Acta de
Designación de Autoridades que adjunto a la presente como Anexo II, soy
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de la Región Puno.

El Ilustre Colegio de Abogados de Puno, es una asociación
sin fines de lucro formada exclusivamente por abogados. Entre otros, sus fines
son propender al mejoramiento del Poder Judicial y velar por su independencia
como poder del Estado y defender los derechos de los abogados en el ejercicio
de la profesión. Para dichos fines es que sus integrantes se asocian al Colegio,
otorgándole así el mandato implícito de perseguir los objetivos mencionados.

I) PRETENSION

En el carácter invocado vengo a promover **DEMANDA DE
PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD PARCIAL** en contra el Estado
Nacional (Congreso de la República), a fin de que declare la
inconstitucionalidad parcial de la Ley 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria, esto
es del Título III Capítulo Único (Artículos 47 al 55).

La Ley 28677 (cuyo texto se acompaña a la presente como Anexo II) fue promulgada por el Poder Ejecutivo el día 24 de febrero de 2006 y publicada en el Boletín Oficial con fecha 01 de marzo de 2006.

En cuanto interesa a la presente demanda, la normativa de que se trata, modifica y sustituye las disposiciones establecidas por el Código Civil respecto al derecho real de garantía denominado como "Prenda", asimismo con relación a ésta demanda, la referida Ley también regula un nuevo procedimiento de ejecución extrajudicial en lo que respecta a la realización del bien materia de garantía mobiliaria.

La inconstitucionalidad que se plantea se dirigen a las previsiones establecidas en los artículos 47, 28, 49, 50, 51, 52, 53, 54, y 55 de la Ley 28677, encuentra su fundamento en la violación de lo dispuesto por los artículos 139 inciso 1) de la Constitución Política del Perú.

III) LEGITIMACIÓN

La legitimación activa para el inicio de la presente acción surge del propio estatuto del **ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE PUNO** el cual, en su Artículo 1 incisos a) y b), establece que el Colegio de Abogados de la Ciudad de Puno tiene por objeto *"propender al mejoramiento del Poder Judicial y velar por su independencia como poder del Estado"*; y *"propender al progreso de la administración de justicia y al progreso de la legislación"*.

El artículo 25 pto. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("CADH") -con jerarquía constitucional- establece que *"toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o*

la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones judiciales[...]".

La Constitución Política del Perú, faculta en el numeral 7) del artículo 203, a los Colegios Profesionales para la interposición de las demandas de proceso inconstitucional, disposición que se encuentran concordada con el Código Procesal Constitucional vigente.

IV) ANTECEDENTES NORMATIVOS

a) Constitución Política del Perú de 1993:

La Constitución Política del Perú del año 1993 a través de su Artículo 138 ha establecido que:

"La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes".

Por otro lado, el artículo 139 del mismo cuerpo constitucional señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional: numeral 1. "La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional".

"No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral".

b) La Ley N° 28677

Por su parte, la Ley 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria sancionada por el Congreso de la República y Promulgada por el Poder Ejecutivo, reguló:

TÍTULO III

Capítulo Único

Ejecución de la Garantía Mobiliaria

Artículo 47.- 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 mediante 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.

Artículo 48.- Arbitraje

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.

Artículo 49.- Venta en el caso de garantías mobiliarias sucesivas

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.

Artículo 50.- Responsabilidad del poseedor del bien mueble

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.

Artículo 51.- Forma de tomar posesión del bien mueble afecto en garantía mobiliaria

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.

Artículo 52.- Incautación

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.

Artículo 53.- Adjudicación del bien por el acreedor

- 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 éste 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.

Artículo 54.- Garantía mobiliaria sobre títulos valores

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 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.

Artículo 55.- Garantía mobiliaria sobre créditos

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.

V) FUNDAMENTOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 28677

a) Significado doctrinario de la exclusividad del Poder Judicial:

Se ha considerado que el término jurisdicción debe quedar circunscrito a la potestad reservada por la Constitución a uno de los poderes del Estado – el judicial – para resolver conflictos de derecho entre dos o más personas físicas o jurídicas públicas o privadas.²⁵

En la Constitución española (CE) en su artículo 117.3, establece que la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales; CHOCRÓN GIRALDEZ al respecto considera que “dicha disposición deja entrever que la jurisdicción se ejerce en régimen de monopolio por el Estado, al tiempo que consagra expresamente lo que se ha venido a denominar aspecto positivo de la exclusividad, es decir, la atribución exclusiva de la jurisdicción a los únicos órganos estatales investidos de potestad para esto”.²⁶

Una de las características fundamentales de la jurisdicción en el derecho español ha sido la exclusividad; ello nos llevaría a interpretar que la jurisdicción es una facultad exclusiva de los juzgados y de los tribunales solamente, lo cual configuraría el denominado “monopolio estatal de la jurisdicción”, el Estado tendría pleno conocimiento de los conflictos y de los dictámenes que emiten los jueces. Así MORENO CATENA afirma que “el monopolio estatal de la jurisdicción sería la función de juzgar y hacer ejecutar lo

²⁵ PIROLO, Miguel A: *Manual de Procedimiento y Organización de la Justicia Nacional del Trabajo*. Lima Astrea. 1987. p. 156.

²⁶ CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana M.: *La exclusividad y la unidad jurisdiccional como principios constitucionales en el ordenamiento jurídico español*. Vol. 13. Mexico. 2004. p. 313.

juzgado se ha de encomendar solamente a los órganos estatales con exclusión de cualesquiera órganos o personas privadas".²⁷

En concordancia con los artículos 66 y 97 de la Constitución española, las Cortes Generales poseen la potestad legislativa estatal mientras que el gobierno ejercería la función ejecutiva y reglamentaria, de modo que la jurisdicción no sería atribuible a los poderes Legislativo y Ejecutivo. Esto nos llevaría a pensar, pues, que tanto la jurisdicción y el Poder Judicial son inseparables en el ordenamiento jurídico.

Así MONTERO AROCA considera que "la potestad jurisdiccional es la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y tribunales, integrados por jueces y magistrados independientes de realizar el derecho en el caso concreto para juzgar de manera irrevocable y ejecutar lo juzgado"²⁸.

En tanto para GIMENO SENDRA "la potestad jurisdiccional es la forma de ejercicio y la manifestación de la soberanía popular o la capacidad del Estado en la actividad de juzgar y ejecutar lo juzgado".²⁹

Sin embargo, algunos autores demuestran que tal unión no es absoluta entre ambas; al respecto, ALCALÁ ZAMORA considera que "al advertir que esta identificación jurisdicción-Poder Judicial no resulta tal absoluta como para que la primera aparezca como una actividad desenvuelta exclusivamente por el segundo. Basta una somera observación para comprobar enseguida que la plena coincidencia falla se ilustra en un doble sentido: existencia de actos no jurisdiccionales emanados del Judicial y el

²⁷ MORENO CATENA, Víctor: *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid 1981. Pág. 107

²⁸ MONTERO AROCA, Juan: *Fundamentos del derecho Procesal*. Madrid. 1976 Pág. 38.

²⁹ GIMENO SENDRA, José V.: *Fundamentos del Derecho Procesal* Madrid. 1981 Pág. 107.

ejercicio de cometidos jurisdiccionales por el Legislativo y por el Ejecutivo).³⁰ De acuerdo a lo expuesto por el jurista español, aquí se configura una excepción a la regla de considerar a la jurisdicción como un monopolio propio del Estado, ya que no sería una potestad exclusiva del Poder judicial sino que la misma puede ser ejercida también por el Legislativo como por el Ejecutivo.³¹

Según DIEZ PICASSO “la potestad jurisdiccional esta constitucionalmente reservada al Poder Judicial comprendiéndose los juzgados y tribunales los cuales sólo pueden ejercer dicha potestad”.

Ello implica, pues, ingresar en la temática de la reserva de jurisdicción que se identifica plenamente con el principio de exclusividad entendido como algo que se encuentra arraigado en la esencia del estado moderno que las constituciones no podrían negarlo pero prácticamente las negaciones han sido constantes.

Existe una visión negativa del principio de exclusividad en materia jurisdiccional en el derecho español; al respecto dijimos que toda jurisdicción implica una facultad o potestad que solamente es ejercida por los tribunales y juzgados. Ello constituye uno de los límites estrictos dentro del ejercicio de la jurisdicción.

Así el artículo 117.4 de la Constitución española establece que “los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuibles por ley en garantía de cualquier derecho”. DIEZ – PICASSO considera que “dicho

³⁰ ALCALA ZAMAROA, Niceto: *Notas relativas al concepto de jurisdicción*. Revista de Derecho Procesal Iberoamericano-Madrid 1972.

³¹ ANDREA FABIANA, Mac. Donald. Jefa de Trabajos Prácticos de la Cátedra Análisis Económico y Financiero-Jefa de Trabajos Prácticos de la Cátedra de Elementos del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Buenos Aires-Facultad de Derecho. Master en Derecho y Economía.

precepto tiende a evitar extralimitaciones judiciales y la participación de jueces en cometidos no jurisdiccionales".³²

El principio de unidad jurisdiccional tiene sus comienzos en del derecho español a partir del siglo XIX más precisamente con la Constitución de Cádiz en 1812 que contenía las primeras expresiones en materia de unidad jurisdiccional reconociéndose tres pilares básicos que son la separación e independencia de poderes, la consagración de la justicia técnica y la limitación del número de instancias.

Dicho principio de unidad jurisdiccional queda plasmado finalmente en el decreto de unificación de fueros del 6 de diciembre de 1868 constituyendo dicho principio de unidad como sistema organizativo.

La Constitución española hace referencia al principio de unidad jurisdiccional en el artículo 117.5 diciendo lo siguiente: "El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los tribunales...". Según LATOUR BROTONS expresa que "la unidad jurisdiccional se configura, pues, como la base de la organización judicial".³³

Por último, la Constitución española indica ciertas excepciones al principio de unidad jurisdiccional, como son los denominados tribunales especiales creados por la Constitución española como son los siguientes.

1. Tribunal de Cuentas. (Art.136)
2. Tribunales Constitucionales (Art. 159 al 165)
3. Tribunales Militares. (Art. 117.5)
4. Tribunales consuetudinarios (Art. 125)

³² DIEZ PICASSO, Luis. *La Jurisdicción en España*. Ensayo de Valoración Constitucional-Madrid 1994.

³³ DIEZ PICASSO, Luis: *Ob.Cit.*

b) Jurisdicción Ordinaria y Jurisdicción Arbitral y Militar

Como Excepciones:

La aún vigente Constitución Política en el inc. 1 de su art. 139, en clara y directa referencia a la Jurisdicción Ordinaria a cargo del Poder Judicial, proclama la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional como uno de sus principios y derechos, declarando que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral, agregando que no hay proceso judicial por comisión o delegación.

Comentar este principio fundante de la función jurisdiccional es un tema de actualidad, pues estando reconocida constitucionalmente la jurisdicción arbitral se vienen produciendo interferencias por parte de algunos órganos de la jurisdicción ordinaria que han generado un justificado rechazo, incluido el de la misma Corte Suprema de Justicia de la República.

Como se sabe, lo jurisdiccional deriva de jurisdicción, que aún cuando tiene varias acepciones, la raíz etimológica que debe determinar su verdadera acepción es la locución latina *iurisdictio* que, a su vez, deriva de *ius*, derecho, y *dicere*, decir, declarar. Es así, entonces, que el origen etimológico del vocablo precisa el sentido de la función jurisdiccional, que es el de decir o declarar el derecho al resolverse una controversia o, en general, al administrarse justicia.

La necesidad de la administración de justicia se origina en la más remota antigüedad, cuando los seres humanos comienzan a organizar su vida de relación. Los grupos sociales para el logro de una convivencia pacífica a su interior, comienzan a recurrir al detentador del poder, al sacerdote del culto o al anciano venerado, para que diriman los conflictos y controversias. De

este modo, la administración de justicia aparece con anterioridad a la formación del Estado, pues comienza a funcionar de manera privada muchos siglos antes de concebirse y organizarse la función jurisdiccional.

La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, insistimos, debe entenderse referida a la jurisdicción ordinaria, esto es, a la estructura orgánica y jerarquizada del Poder Judicial, en cuyo vértice se ubica la Corte Suprema de Justicia con competencia sobre todo el territorio de la República. Pero puede referirse también y en general a la jurisdicción que ejerce el Estado, pero en razón de competencia por la materia, en el Fuero Militar, en el Jurado Nacional de Elecciones y en el Tribunal Constitucional.

La jurisdicción militar tiene antecedentes que se remontan a épocas anteriores al advenimiento de la República, habiéndola el constitucionalismo peruano reconocido pero en ningún texto tan explícito como en el del art. 233 de la Constitución Política de 1979, que la Carta Política vigente ha receptado. Se trata de una función jurisdiccional que ejerce el Estado pero con competencia exclusiva sobre los miembros de las Fuerzas Armadas para juzgar y reprimir las infracciones a las normas que establecen sus deberes de función.

La función jurisdiccional a cargo del Jurado Nacional de Elecciones está claramente determinada en la Constitución Política, pues le atribuye la administración de justicia en materia electoral.

La función jurisdiccional a cargo del Tribunal Constitucional está también claramente determinada por la Carta Política, que le atribuye como competencia exclusiva el conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad en instancia única, y conocer, en última y definitiva

instancia, las acciones denegatorias de las acciones de garantía constitucional, así como conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.

El ejercicio de la función jurisdiccional por el Estado no abarca a la jurisdicción arbitral, que tiene características muy distintas, pues no es consecuencia de una comisión ni de una delegación, sino de la autonomía de la voluntad privada de las partes, que sustraen el conocimiento de su controversia de la jurisdicción ordinaria, invistiendo a los árbitros de autoridad para resolverla, esto es, para ejercer jurisdicción en el sentido de declarar el derecho que asiste a una de las partes en conflicto.

La jurisdicción arbitral tiene también antecedentes de antigua data y en nuestro país acusa un reconocimiento que viene desde la Constitución de 1839 y que de manera indubitable explicitó la de 1979 y ha receptado la aún vigente. Sin embargo, se ha pretendido negarle al arbitraje carácter jurisdiccional, pese a su explícito reconocimiento constitucional. No se trata de una función jurisdiccional ejercida por particulares por comisión o delegación del Estado sino de una jurisdicción independiente al que las partes en conflicto se someten y deciden sustraerlo del conocimiento del Poder Judicial. Para ello, la solución de su conflicto de intereses que los conduce a la controversia la confían a los árbitros. Los Tribunales Arbitrales, sea que estén constituidos por un árbitro único o por árbitros colegiados, se constituyen como un órgano jurisdiccional privado, al que, incluso, pueden someterse el Estado y las entidades públicas cuando la materia de la controversia puede ser arbitrada al no existir prohibición legal.

El arbitraje no afecta el principio constitucional de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y, por el contrario, la jurisdicción ordinaria debe coadyuvar a la preservación de la voluntad de las partes que optaron por la solución arbitral a su conflicto. Pero aún, siendo esto así, la jurisdicción ordinaria está llamada a prestar tutela jurisdiccional pero sólo cuando la misma voluntad de las partes conviene en la revisión del laudo en vía de apelación o cuando se incurre en las causales taxativamente establecidas en la Ley General de Arbitraje para dar lugar al recurso de anulación del laudo. En esta hipótesis, la del recurso de anulación, que no puede ser impedido por la voluntad de las partes pues la misma Ley lo sustenta en consideraciones de orden público, la participación de la jurisdicción ordinaria está limitada por las causales que permiten su interposición y su resultado no afecta el ejercicio de la jurisdicción arbitral, salvo el caso que la materia que le fue sometida no haya sido arbitrable, caso único en el que el Poder Judicial reasume competencia.

La demostración de que la jurisdicción ordinaria debe ceder ante la jurisdicción arbitral lo determina la existencia de la excepción de convenio arbitral que el Código Procesal Civil tiene prevista.

VI.- FUNDAMENTOS FACTICOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD:

1. En los párrafos anteriores se ha podido verificar la existencia de una regulación que atribuye y faculta al Poder Judicial el carácter de exclusividad para la Administración de Justicia o el ejercicio de la función jurisdiccional; lo cual configura una regla general, conforme se expresa en el numeral 1) del

artículo 139 de la Constitución Política del Perú; estableciéndose como únicas excepciones la justifica militar y la arbitral.

2. Sin embargo, como se puede apreciar de la lectura del Título III de la Ley de la Garantía Mobiliaria, se da origen a una forma de administrar justifica, la misma que queda librada a la autonomía de la voluntad de las partes celebrantes del contrato de constitución de garantía mobiliaria; extremo que colisiona directamente al principio de exclusividad que reconoce nuestra Constitución Política del Perú.

3. Está más que reconocido que de acuerdo a nuestro Ordenamiento Jurídico, la Constitución Política del Perú, es la norma de máxima jerarquía y por lo tanto las disposiciones de menor jerarquía no solamente se subyacen a la Carta Magna sino que sobre todo deben contener disposiciones que en lo absoluto colisionen con su contenido, sino por el contrario, deben guardar coherencia y correspondencia.

4. En el presente caso, al regular y reconocer la posibilidad de llevar a cabo un procedimiento de ejecución extrajudicial para la venta de la garantía mobiliaria, no solamente no guarda relación con el principio de exclusividad del Poder Judicial, sino que además transgrede abiertamente el debido proceso, por cuanto no se observan las mínimas garantías para la partes intervinientes, tales como:

- Juez Natural.
- Derecho de Contradicción
- Derecho de Información
- Derecho de Probar.
- Derecho de motivación de resoluciones.

- Derecho de la doble instancia. etc.

5. Tales circunstancias, evidencian en forma clara la magnitud de la contravención de la Carta Magna y consecuentemente generan la posibilidad de que las partes celebrantes de un contrato de garantía mobiliaria, que luego vean amenazado el cumplimiento de la obligación, se vean más perjudicadas, con un procedimiento que no contiene los mínimos requisitos para llevar a delante un proceso extrajudicial.

6. Cuando se inicie el procedimiento de venta extrajudicial establecido por la Ley de la Garantía Mobiliaria, pueden ocurrir diversos supuestos que en nada ha previsto la referida norma, tal es el caso de la posible nulidad en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria, la depreciación del bien dado en garantía, la ilicitud de la procedencia del bien, el conflicto en la titularidad del derecho de propiedad del bien, etc. Entonces, nos preguntamos cómo serán resueltas estas probables controversias que surjan en el procedimiento, si como vemos, el procedimiento extrajudicial en nada contempla tales posibilidades, mucho menos señala la posibilidad de recurrir en modo inmediato al Poder Judicial.

7. No es posible contemplar y regular un procedimiento tal importante, con tan poca eficiencia y sobre todo con desmedro de los derechos de las partes intervinientes en el contrato de garantía, quienes al suscribirlo únicamente acuerdan los términos del otorgamiento del mutuo y del bien que lo garantiza sin reparar en lo absoluto en la ejecución del bien, en improbable caso de incumplimiento de la obligación; aspecto que debe ser de todas maneras superado, por cuanto el abuso del poder económico recaería necesaria y

directamente en el deudor; salvo que en algunos casos sean los acreedores quienes omitieran fijar las reglas de ejecución.

VII.- FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD:

La presente demanda la amparamos en lo previsto por:

1. Artículo 138 de la Constitución Política.
2. Artículo 139 numeral 1) de la Constitución Política del Perú.
3. Artículo 200 de la Constitución Política del Perú.
4. Artículo 98 y siguientes del Código Procesal Constitucional.

VIII.- MEDIOS PROBATORIOS:

Teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión debatida donde no hay hechos controvertidos, solicito se declare la cuestión de puro derecho.

IX.- ANEXOS:

ANEXO I: Copia del DNI del recurrente.

ANEXO II.- Copia de la constancia de acreditación como Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Puno.

ANEXO III.- Copia del estatuto del Colegio de Abogados de la Ciudad de Puno y del acta de designación de autoridades.

ANEXO IV: Texto de la Ley 28677.

Por tanto:

A usted ruego admitir la presente demanda y tramitarla con arreglo a ley.

Puno, junio de 2010.

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO: LA REGULACION DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL EN LA LEY DE GARANTIAS MOBILIARIAS Y LA CONTRAVENCION DEL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD DEL PODER JUDICIAL

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGÍA TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p>A la entrada en vigencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria, encontrándose regulada la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria en un improbable caso de la obligación; tal como se encuentra planteado el procedimiento, contraviene el principio de exclusividad del Poder Judicial contemplado por la Constitución Política del Perú</p>	<p>Objetivos Generales:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Determinar si la ejecución extrajudicial que regula la Ley de Garantía Mobiliaria contraviene el principio de exclusividad del Poder Judicial establecido por la Constitución Política del Perú. ✓ Establecer si las disposiciones acogidas por la LGM en el extremo de la ejecución extrajudicial de la Garantía Mobiliaria son inconstitucionales. <p>Objetivos Específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Analizar la regulación y los alcances de la ejecución extrajudicial de la Garantía Mobiliaria de acuerdo a la Ley N° 28677. ✓ Establecer los efectos de la regulación de la nueva estructura normativa de la 	<p>Hipótesis General:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ La ejecución extrajudicial que regula la Ley de Garantía Mobiliaria contraviene el principio de exclusividad del Poder Judicial y por lo tanto deviene en inconstitucional. <p>Hipótesis Específicas:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ La ejecución extrajudicial de la Garantía Mobiliaria prevista en la Ley N° 28677; prevé un procedimiento que vulnera el debido proceso. ✓ La estructura normativa recogida por la Ley de Garantía Mobiliaria, recorta derechos de las partes intervinientes en el contrato; quienes 	<p>Identificación de Variables.</p> <p>Variable Independiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ La ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria en la Ley de Garantía Mobiliaria <p>Variable Dependiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ La contravención al principio de exclusividad del Poder Judicial. 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Ejecución extrajudicial en la LGM ✓ Ley de la Garantía Mobiliaria. ✓ Procedimiento extrajudicial ante un privado (Notarios). ✓ Debido Proceso. ✓ Regulación constitucional sobre la Administración de Justicia. 	<p>Método de la Investigación:</p> <p>METODO DOGMATICO en el entendido de que se trata de una actividad ordenada dentro de la investigación jurídica encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación...)</p> <p>Técnicas de Investigación.</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Técnica documental o bibliográfica.- la cual nos permitirá revisar la documentación de carácter teórico doctrinario y la Ley de Garantía Mobiliaria, los mismos que son elementos de sustento en la ejecución de la tesis.

	<p>ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria conforme a la Ley N° 28677.</p> <p>✓ Determinar los beneficios y desventajas de las partes contratantes en el contrato de la garantía mobiliaria, en cuanto a la venta extrajudicial.</p>	<p>deberán afrontar un probable procedimiento extrajudicial ante un órgano ilegítimo.</p> <p>✓ La Ley de Garantía Mobiliaria, favorece el desarrollo económico en el Perú así como tráfico jurídico en materia crediticia; pero a la vez adolece de deficiencias en el procedimiento de venta extrajudicial.</p>			<p>✓ Técnica de la Observación.- la cual permitirá a su vez el uso de guías de observación, cuaderno de notas, etc., técnica que permite interrelacionarse directamente con los elementos que son materia del trabajo de investigación.</p> <p>✓ La entrevista, en razón de que nos permitirá conocer las apreciaciones que tienen los señores Magistrados y Notarios de nuestra ciudad respecto al tema de investigación</p> <p>Los instrumentos</p> <p>✓ Para la recolección de datos e informaciones se utilizarán las siguientes:</p> <p>Fichas de recolección de datos</p> <p>✓ Instrumentos preparados expresamente por el investigador, para recopilar y anotar la información que complementara la observación de los hechos, como por ejemplo costo de los libros, y demás material que sirva a la recolección de la información..</p> <p>Guías de observación</p> <p>✓ Las cuales también serán</p>
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

					<p>formuladas por el investigador para registrar los aspectos con los cuales se tenga contacto para el logro de los objetivos de la investigación.</p> <p>Cuestionario</p> <ul style="list-style-type: none">✓ El cual a través de la formulación de preguntas por parte del investigador, serán aplicados a los entrevistados <p>Validación</p> <ul style="list-style-type: none">✓ Las cédulas de cuestionarios y entrevistas serán validadas o probadas mediante la prueba piloto que consiste en aplicar el instrumento a personas que tengan las mismas características de las personas que han sido muestreadas.
--	--	--	--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------