

Ley de garantía mobiliaria peruana: a más de dos años de su entrada en vigencia

por

FERNANDO JESÚS TORRES MANRIQUE (1) (2)

SUMARIO

1. VIRTUDES DE LA LEY DE GARANTÍA MOBILIARIA.
2. IMPLICANCIAS DE LA LEY DE GARANTÍA MOBILIARIA.
3. TEMAS POR CORREGIR DE LA LEY DE GARANTÍA MOBILIARIA.
4. GARANTÍA SOBRE BIENES FUTUROS.
5. CAÍDA DE LAS HIPOTECAS.
6. BALANCE DE LA LEY A MÁS DE DOS AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGENCIA.

1. VIRTUDES DE LA LEY DE GARANTÍA MOBILIARIA

Las virtudes de la ley son temas que hacen de la misma una buena ley, por lo cual desarrollaremos este tema, el que es bastante importante en el

(1) Autor de libros y artículos publicados sobre garantía mobiliaria, entre los cuales se encuentra el libro «Las garantías en el Derecho Civil peruano: A propósito de la Ley de garantía mobiliaria, Ley 28677». Ha publicado en más de 40 revistas, diarios y páginas web. Maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios parciales de doctorado en Derecho en la misma Universidad.

(2) Por razones de espacio, hemos abreviado muchos temas, con lo cual el presente es más breve, pero se mantiene su esencia, la cual brindamos en esta sede a todos los investigadores con mucho aprecio y cariño, esperando que les sea de mucha utilidad no sólo a los abogados, sino también a todos los estudiantes de Derecho y público en general, por lo tanto, el lenguaje utilizado en la medida de lo posible es bastante asequible.

Derecho peruano, las cuales debemos destacar de manera muy especial a efecto de permitir una difusión más amplia del tema, materia de estudio como es, por cierto, las virtudes de la ley en mención. Este tema ha sido bastante tratado en el documento de trabajo del Ministerio de Economía y Finanzas titulado «Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales» y en otros que fueron tomados en cuenta como bibliografía para el mismo, dentro de los cuales destaca el Documento de Trabajo de Indecopi titulado: «Promoviendo un marco institucional para la valorización de la propiedad intelectual en el Perú», publicado en separata especial del diario oficial *El Peruano*, el 22 de agosto de 2000, y el Documento de trabajo del Ministerio de Economía y Finanzas: «Acceso a financiamiento a través del Mercado de Valores», publicado en separata especial del diario oficial *El Peruano*, con fecha 25 de mayo de 2001, entre otros. Lo que generó toda una tendencia a favor de que se apruebe la ley materia de estudio. La Ley de Garantía Mobiliaria peruana de 2006, aprobada por Ley 28677, del 10 de febrero del año indicado, fue dada en la casa de gobierno el 24 del mismo mes y año, ya tiene más de dos años de vigencia, pero esto en el Derecho positivo peruano, por que en el Derecho extranjero, lo indicado varía, e incluso en algunos sistemas jurídicos todavía no ha sido aprobada la mencionada ley, o no se ha presentado ningún proyecto de ley, ni anteproyecto de ley. Y en todo caso la ley de garantía mobiliaria peruana indicada o citada, tiene las siguientes virtudes:

1. Que el mercado de valores (3) se hace más grande, por lo tanto, más garantías pueden tener acceso a este mercado, dentro de los

(3) En el mercado de valores es donde se comercializan los documentos bursátiles que contienen acciones (en cuyo caso se denominan a los instrumentos certificados de acciones, los cuales deben ser entregados a los accionistas) y bonos (en cuyo caso se denominan a los instrumentos certificados de bonos, los cuales deben ser entregados a los bonistas), es decir, se trata de un mercado más reducido o específico que el mercado en general, el cual desarrollaremos en el siguiente numeral. En el mercado de valores se debe tener en cuenta la CONASEV, que es un agente regulador (estudiado y regulado por el derecho regulador o derecho regulatorio) y la bolsa de valores, principalmente. La rama del Derecho mencionada como es, por cierto, el Derecho regulador, ha merecido muy escasas publicaciones, lo cual ha determinado su escaso desarrollo, y en este orden de ideas es claro que debe motivar posteriores publicaciones sobre la misma. El derecho regulador no sólo desarrolla la CONASEV, sino también la Superintendencia de Banca y Seguros, Sunas, Osinerg, Ositrán, Indecopi, entre otros, es decir, tiene un campo de estudio y aplicación bastante amplio, lo cual debe estudiarse. En todo caso, se debe distinguir el mercado bursátil del mercado extrabursátil, y los términos jurídico-económicos conocidos como mercado primario y mercado secundario. Por lo cual el mercado primario es la primera compraventa en el mercado bursátil, mientras que el mercado secundario es la segunda y siguientes compraventas en el indicado. En este mercado como es, por cierto, el mercado de valores, existen inversionistas que cuando dominan las inversiones, en poco tiempo pueden obtener grandes ganancias, sin embargo, éstas deben cumplir en el Derecho peruano con pagar los tributos a que haya lugar, a efecto de no incurrir en

cuales podemos citar las garantías mobiliarias sobre bienes futuros (4).

2. Que busca que el mercado (5) sea más grande, por lo cual, la hipoteca al parecer se pretende que deje de ser la reina de las garantías,

responsabilidad penal y civil. Y dentro de la primera debemos tener en cuenta la Ley Penal Tributaria, la cual es una norma demasiado drástica (por ejemplo, castiga o sanciona la elusión tributaria, lo cual implica un desconocimiento de su diferencia con la evasión tributaria) que desincentiva las inversiones por parte de los empresarios, al menos en el Derecho peruano, lo cual debe ser materia de estudio para buscarle una solución. Es decir, el mercado de valores no es un juego, sino que debe ser estudiado y aplicado con mucho cuidado a efecto de no tener pérdidas, por ello, esperamos que esto sea tomado en cuenta, y en todo caso las inversiones en el mismo es claro que deben consultarse previamente con equipos de consultores a efecto de obtener grandes ganancias en lugar de tener grandes pérdidas.

(4) Se debe tener en cuenta que en este tema como es, por cierto, el mercado de valores, estamos hace algunos años ante un proceso de internacionalización del mencionado, el cual es un tema complejo y poco tratado, sin embargo, existe una rama del Derecho, la cual es conocida como el Derecho bursátil internacional, en la cual se busca financiamiento bursátil internacional, el cual compete con el financiamiento bancario internacional, siendo el primero más atractivo, por que se pacta una tasa de interés más baja, mientras que en el segundo es más sencillo de obtenerlo, pero se pacta una tasa de interés más alta (incluso se han realizado publicaciones en importantes revistas jurídicas de la ciudad de Lima, con lo cual se espera que el tema se difunda en el Derecho peruano). El hecho de hacer uso del financiamiento bursátil se conoce como desbancarización del crédito e incluso los bancos titulizan o, dicho de otra forma, los bancos en algunos supuestos recurren al mercado bursátil y en otras oportunidades venden carteras. Es un supuesto de Derecho bursátil internacional cuando los bonos y las acciones corren inscritos en varios países, el comprador radica en otro país, el vendedor radica en otro país, e incluso la empresa que tituliza tiene su domicilio en otro país, con cien sucursales en diferentes países, con acreencias en veinte países, las cuales se titulizan y pueden ser estas acreencias garantizadas con garantías mobiliarias. En tal sentido, al no tener regulación legal la garantía mobiliaria en muchos países, es claro que se entorpece el mercado, ya que los costos de transacción son excesivos o demasiado altos. El artículo 2.088 y siguientes del Código Civil peruano de 1984 establece soluciones legislativas que debemos estudiar, a efecto de determinar el marco legal materia de aplicación. En todo caso, cuando se recurre al financiamiento bursátil, se puede ahorrar el *spread bancario* (SALINAS RIVAS, Sergio, «El financiamiento empresarial a través de la emisión de valores: ventajas, desventajas y perspectivas», en *Revista de Derecho Themis*, núm. 37, pag. 66, y SERRA, Gerardo, «La globalización y la internacionalización de los mercados de valores», en *Revista Ius et Veritas*, núm. 19, pág. 124), con lo cual los gastos disminuirán y las ganancias, las cuales son propiamente utilidades en el caso de empresas, aumentarán, lo cual es muy anhelado en el Derecho peruano.

(5) El mercado es el lugar donde se unen o se encuentran la oferta con la demanda o, en términos más específicos, es el lugar donde se negocia o se celebran los contratos o se constituyen las garantías. Estando dentro de los primeros la compraventa, suministro, depósito, fianza, permuta, entre otros (pero claro está que los contratos no sólo son contratos civiles, sino también empresariales y comerciales, dentro de los cuales podemos citar la compraventa de empresas, arrendamiento de empresas, *joint venture*, consorcio, asociación en participación, edición, *know how*, franquicia, *management*, entre otros. También contratos laborales, dentro de los cuales podemos citar los contratos modales de trabajo que se celebran a diario en el Derecho peruano, y más específicamente en la realidad social y costumbre, ambas peruanas. También contratos bursátiles, dentro de

por lo cual deja en libertad a los agentes económicos para que libremente elijan la que más les favorezca o les resulte más conveniente, lo que debe ser materia de informes legales por parte de los abogados consultores de empresas, los cuales se especializan en determinadas ramas del Derecho.

3. Se puede constituir garantía mobiliaria sobre bienes futuros, lo cual hace que el mercado sea más amplio, y en este sentido este tema debe ser debatido y explicado a efecto de poder tener un conocimiento más detallado del tema, materia de estudio en el presente numeral, como es, por cierto, la garantía mobiliaria sobre bienes futuros, dejando constancia que en el Derecho peruano no procede la hipoteca sobre bienes futuros, por lo cual en caso que se presente a las zonas registrales un título en el cual se trate sobre esta última es claro que los

los cuales podemos citar la compraventa de acciones y de bonos inscritos en el mercado de valores o mercado bursátil. Es decir, queremos dejar claramente establecido o señalado que los contratos no sólo son civiles, sino que los mismos existen también en algunas otras ramas del Derecho). Y dentro de los segundos están los derechos reales de garantía, entre otros, que son la hipoteca y la garantía mobiliaria. Sin embargo, parte de la doctrina no está de acuerdo con esta clasificación y considera a estas dos últimas como contratos o les otorga ambos caracteres, el de contratos o derechos personales y también el de derechos reales, lo cual es poco estudiado en el Derecho peruano actual. Para Alfredo BULLARD GONZALES los modelos explicativos de la distinción entre las relaciones jurídico-reales y las jurídico-obligatorias, son las siguientes: 1) Teoría clásica o dualista. 2) Las teorías pluralistas. 3) Las teorías monistas (que pueden ser realistas u obligacionistas). 4) Teoría ecléctica, y 5) Teorías modernas de distinción [dentro de las cuales podemos citar a: a) GIORGIANI y la teoría de la inherencia; b) GINOSSAR y la teoría de la propiedad; c) Teoría de la situación jurídica; d) La teoría de BETTI: atribución *versus* cooperación; e) PÉREZ LASALA y la teoría de la protección; f) Teoría del tipo de ejecución, y g) Teoría de la institución] (BULLARD GONZALES, Alfredo, *La relación jurídico-patrimonial*, págs. 9 y 10). Cada una de estas teorías merecen o ameritan un estudio más amplio, por lo cual este último autor citado, que es la fuente, ha desarrollado de manera bastante adecuada, lo cual puede consultarse, y no repetimos más información porque la fuente es suficientemente explicativa y queremos ser respetuosos de los derechos de autor, o somos respetuosos de los indicados derechos, los cuales constituyen bienes incorpóreos o intangibles. Sin embargo, debemos precisar que existe en estos temas el derecho de cita, por el cual se puede citar frases, oraciones o párrafos de otras obras o artículos, pero indicando de dónde ha sido tomada, es decir, se pueden tomar las indicadas pero indicando el autor y el libro además de la página de la fuente. En todo caso a efecto de evitar cualquier problema antes de la publicación se puede inscribir en Indecopi, el cual tiene a su cargo diversos registros de este tipo, es decir, nos referimos a algunos bienes incorpóreos, sobre los cuales según la ley de garantía mobiliaria puede constituirse garantía mobiliaria, por ello, resulta inadecuado registrar estas garantías en las oficinas registrales, lo cual se comprende si se estudia el anteproyecto de la ley marco del empresariado, y en todo caso este anteproyecto no ha dado sus frutos. Es decir, estos temas se deben dejar a los especialistas por que son funciones de mucha responsabilidad, ya que la ley es fuente del derecho y en todo caso el reglamento de inscripciones pertinente sólo es de aplicación a los registros de las oficinas registrales, los que se encuentran a cargo o dependen de las zonas registrales.

registradores públicos deben tachar el indicado, por que existe una falta o defecto insubsanable, el cual no puede ser subsanado, y por ello, no puede formularse observación, sino que debe formularse tacha sustantiva o sustancial, es decir, en este caso deben rechazar la registración, o más propiamente la inscripción. En tal sentido, podemos afirmar que este tema tiene en el Derecho peruano una regulación inadecuada por que si procede la garantía mobiliaria sobre bienes futuros, pero no procede la hipoteca sobre bienes futuros, lo cual debe resaltarse, en tal sentido, que debe estudiarse la modificación legislativa a que haya lugar, a efecto de corregir un tema bastante importante en el tema de las garantías, lo cual hará que se perfeccione el Derecho peruano y todo Derecho que tenga este problema, por lo cual, el mercado será más ágil y de esta manera es claro que podrá gozarse de un marco legislativo más estudiado, lo cual provocará o incentivará (6) estudios y publicaciones en el Derecho peruano y extranjero. Debemos dejar constancia que aparentemente la hipoteca nada tendría que ver con el tema materia de estudio, sin embargo, esto no es correcto porque la mencionada como la garantía mobiliaria, entre otras, son garantías, e incluso parte de la doctrina les conoce como garantías comerciales o contractuales. Por lo cual, hasta cierto punto conviene estudiar que estos temas deban ser materia de estudio por parte de los profesores y autores de libros, a efecto de divulgar este problema o defecto legislativo, a efecto de aportar a la doctrina, la cual es una fuente del derecho, al igual que lo son otras veinticinco de las indicadas, lo cual hemos estudiado en otra sede como es, por cierto, Internet, en la cual aparece colgado un artículo del cual soy autor, titulado «La enseñanza del Derecho Comparado». Es decir, brindando un ejemplo sería como estudiar el embargo y/o la anotación de demanda, por lo cual, en tal supuesto se debe brindar pinceladas sobre las medidas en general, o al desarrollar la compraventa y la permuta se debe desarrollar los contratos o derechos personales en general, a efecto de tener conocimientos más amplios del tema materia de estudio, o al desarrollar los derechos reales se puede brindar enfoques breves de derechos personales, todo lo cual puede merecer mayores estudios, que rebasan el presente trabajo de investigación.

(6) Los incentivos son materia de estudio por el análisis económico del Derecho, los cuales consisten en utilizar medidas jurídicas que pueden ser legales o extralegales a efecto de premiar una conducta, logrando que se incremente o aumente la frecuencia de la misma. Y en todo caso el análisis económico es un método de interpretación o método de investigación que consiste en utilizar postulados económicos al derecho y de esta manera se buscan instituciones jurídico económicas más eficientes en un marco de recursos escasos.

4. Regula un procedimiento de ejecución más rápido como es, por cierto, el extrajudicial, lo cual ya existía como posible de ser pactado en el caso de la prenda, según lo establecía el entonces vigente artículo 1.069 del Código Civil peruano de 1984. Por lo cual para algunos ésta no es sólo una virtud de la ley en mención, sino que lo fue también del Código Civil peruano de 1984, lo cual ha generado pocos comentarios, sin embargo, se trata de un tema bastante importante en el Derecho peruano.
5. Que se pone fin a una cantidad enorme de registros jurídicos, los cuales son reemplazados o sustituidos por el registro de garantía mobiliaria, el cual existe no sólo en las sedes registrales, sino también en todas las oficinas registrales, las cuales tienen ubicaciones más asequibles a los usuarios en general.
6. Se crea un solo registro de garantía mobiliaria, el cual reemplaza o sustituye a más de diez registros anteriormente existentes, lo que hace que la organización del registro sea más adecuada. Por ejemplo, existía el registro de prenda agrícola, registro de prenda industrial, registro fiscal de ventas a plazos, entre otros, es decir, antes de la aprobación de la ley de garantía mobiliaria se entorpecía el mercado, ya que los costos de información eran muy altos, los cuales forman o conforman con otros los costos de transacción, que son los costos por utilizar el mercado, por tanto, debemos dejar constancia que estos últimos tienen muchas divisiones, dentro de los cuales sólo hemos citado uno de ellos, y otros son los costos de negociación, costos de ejecución, entre otros.
7. La técnica legislativa (7) utilizada en la ley materia de estudio, es bastante adecuada o ejemplar, por lo tanto, debe destacarse esta virtud. Antes de esta ley, la regulación era muy dispersa, pero con la regulación actual se ha unificado la misma, de tal forma que los costos de transacción se reducen, lo cual es un acierto, en un ámbito en el cual siempre existirán críticas al Derecho positivo.

(7) La técnica legislativa es el arte de legislar y puede ser interna y externa. Sobre este tema se ha publicado escasa cantidad de investigaciones, sobre todo en el Derecho peruano, lo cual demuestra que es un tema que es poco conocido en el indicado, por lo tanto transcurrirá mucho tiempo para que un autor peruano publique un libro sobre este tema. Es decir, con esta manera de legislar se simplifica la aplicación de la ley (la cual es una fuente del Derecho), lo cual se debe promover en todos los sistemas jurídicos.

2. IMPLICANCIAS DE LA LEY DE GARANTÍA MOBILIARIA

Las implicancias, según la mayor parte de la doctrina, se refiere a llevar en sí, por ello, hemos visto por conveniente desarrollar este tema, ya que la Ley de garantía mobiliaria peruana de 2006 tiene o contiene implicancias que resulta importante desarrollar a efecto de conocer mejor el tema materia de estudio. La Ley de garantía mobiliaria peruana de 2006 tiene las siguientes implicancias:

1. Para casi toda la doctrina la prenda en el Derecho peruano desaparece para ser reemplazada por la garantía mobiliaria. Sin embargo, nosotros somos del criterio que esto es incorrecto porque la ley no puede cambiar el nombre jurídico de otras fuentes del Derecho, en tal sentido, para nosotros se puede seguir denominando prenda a la garantía sobre bienes muebles, lo cual debe ser materia de estudio y análisis. Es decir, sería tan absurdo como modificar el Código Civil peruano de 1984 en lo referido a compra venta, y por ello pensar y sostener públicamente que ha variado su nombre jurídico en todas las fuentes del derecho del sistema jurídico peruano. En todo caso, en algunos sistemas jurídicos del extranjero coexisten al mismo tiempo y se puede constituir cualquiera de las dos garantías, o la prenda o la garantía mobiliaria, y la elección la realizan el acreedor con el deudor y el propietario del bien, según sea el caso. Por lo cual, haciendo Derecho Comparado, que sería propiamente una microcomparación internacional y, es claro que esta opción legislativa adoptada en el extranjero resulta ser más adecuada o feliz, y en este orden de ideas la opción legislativa adoptada en el Derecho Positivo peruano resulta ser poco feliz, o inadecuada.
2. La Ley de garantía mobiliaria peruana es inconstitucional, ya que los procedimientos de ejecución de garantías siempre deben ser judiciales y esta ley hace exactamente lo contrario, sin embargo, existen algunos procesos que siempre serán extrajudiciales (8), como es el caso de la exclusión de socios (9), o cualquier otra sanción en contra de los mismos, por ejemplo, la multa en contra de los indicados, lo cual no ha sido tratado por parte de la doctrina y

(8) Los procesos tienen diversas clasificaciones, dentro de las cuales podemos citar la que clasifica a los mismos en judiciales y extrajudiciales, sin embargo, esta clasificación ha merecido poca atención o no ha merecido el favor de la doctrina.

(9) Al referir a socios nos estamos refiriendo a accionistas, participacionistas, ronderos, comuneros, asociados y también por supuesto a los que integran concentraciones empresariales. En tal sentido se debe tener en cuenta no sólo en el caso de empresas, sino también en el caso de personas jurídicas, entes autónomos y concentraciones empresariales.

en este orden de ideas en caso que alguien se considere que es un experto en todo el Derecho Procesal Comparado, debe dominar estos procesos, por lo cual en los indicados se debe cumplir con el debido proceso, el cual es una garantía consagrada en el artículo 139 de la Constitución política peruana de 1993, la que se aplica a los procesos judiciales en forma supletoria, lo que debe originar los estudios por parte de los tratadistas del Derecho Procesal a efecto de gozar o tener acceso a fuentes de información más amplias.

3. Coloca al Estado peruano a la vanguardia en materia de garantía mobiliaria, el cual fue un tema introducido en el Derecho hace cincuenta años, sin embargo, la OEA (10) lo trajo a colación hace algunos años, lo que genera un cambio considerable sobre este tema, y en este orden de ideas es claro que merece la atención de todos los países que integran la mencionada organización o sujeto de derecho internacional.
4. Se han realizado algunas publicaciones sobre la garantía mobiliaria al menos en el Derecho peruano, lo cual ha traído como consecuencia que el tema se haya difundido. Por ejemplo, han publicado sobre este tema Mario CASTILLO FREYRE (autor de un libro sobre garantía mobiliaria), Marco CORCUERA (autor de un libro sobre garantía mobiliaria), Gunther Hernán GONZALES BARRÓN (autor de un artículo sobre garantía mobiliaria), Jorge AVENDAÑO VALDEZ (autor de un artículo sobre garantía mobiliaria), entre otros. Dentro de los cuales destaca el primero. Por nuestra parte hemos contribuido a la doctrina con libros y otras publicaciones sobre el tema en mención. En tal sentido, venimos preparando la segunda edición de uno de nuestros libros que desarrolla este tema, con lo cual esperamos que se pueda tener conocimiento sobre este tema. Y en todo caso la primera edición tuvo el prólogo del ilustre profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP, doctor Jorge AVENDAÑO VALDEZ, el cual le dio realce al libro del cual soy autor. Es decir, este tema ha merecido el favor

(10) La OEA es la Organización de Estados Americanos, que es un sujeto de Derecho Internacional Público, tiene muchos Estados miembros, y en todo caso es claro que en Internet se puede encontrar abundantes fuentes de información, dentro de las cuales debemos seleccionar para este artículo las CIDIPS a que haya lugar, siendo una del 2002, en la cual se trató la garantía mobiliaria e incluso se redactó una ley uniforme, la cual debemos estudiar a efecto de tener un conocimiento más amplio de esta garantía. Si un autor no estudia la CIDIP del 2002, que es la CIDIP VI, es claro que tiene sólo un escaso conocimiento sobre las garantías mobiliarias. En tal sentido, el tema estudiado abarca no sólo al Derecho Civil, Registral y Notarial, sino también al Derecho Internacional, entre otras disciplinas jurídicas, lo cual hemos precisado en otra sede, lo que debe provocar el estudio por parte de los tratadistas.

de la doctrina, la que debe ser estudiada a efecto de conocer y comprender mejor este tema.

5. Se debe capacitar a todos los que trabajan con este tema, a efecto de permitir por parte de ellos un conocimiento y dominio más amplio del mencionado tema, para que sea estudiado, difundido y aplicado en un medio en el cual los estudiosos del Derecho son muy pocos y casi todos los que conocen el tema se encuentran concentrados en aplicar una ley que requiere su interpretación en forma adecuada, por que de lo contrario tarde o temprano el sistema puede colapsar.
6. Se han modificado varias normas del Derecho Positivo peruano, dentro de las cuales podemos citar el Código Civil peruano de 1984, siendo esta última una de las normas más importantes del Derecho peruano después de la constitución política peruana de 1993. Lo cual es aceptado por la doctrina en forma pacífica. Es decir, la Ley de garantía mobiliaria peruana es bastante importante no sólo en el Derecho peruano.
7. Debe aprobarse el Reglamento de la Ley de garantía mobiliaria, el cual no es igual o no será igual que el vigente reglamento de inscripciones del Registro de Garantía Mobiliaria.
8. Que se dispone el traslado electrónico de las prendas especiales ya existentes al Registro Mobiliario de Contratos.
9. Se ha unificado el registro de embarcaciones pesqueras con el registro de buques, con lo cual el sistema registral será más ágil, ya que la diferencia entre ambos no era muy trascendente, por lo cual, felicitamos esta modificación legislativa. Es decir, en el registro público no deben crearse excesiva cantidad de registros que no se justifiquen, sino sólo los necesarios, para no entorpecer ni recargar la función registral.

3. TEMAS POR CORREGIR DE LA LEY DE GARANTÍA MOBILIARIA

En esta oportunidad nos ocuparemos de desarrollar los temas por corregir de la ley en mención, el cual es un tema bastante importante, porque ninguna ley es perfecta, sino en el mejor de los casos es perfectible, es decir, se busca la perfección, la cual es sólo un ideal, no sólo en el Derecho peruano, sino también en el Derecho extranjero, e incluso en el lenguaje jurídico dicen los expertos: *hecha la ley, hecha la trampa*, y en todo caso es claro que debemos ocuparnos de temas legales, pero que no siempre encuentran solución con una modificación legislativa, sino con modificaciones en otras fuentes del Derecho. Los temas por corregir de la Ley de garantía mobiliaria peruana del 2006, son los siguientes:

1. Que hasta cierto punto resulta ser un tanto inseguro permitirse la garantía mobiliaria sobre bienes muebles (11) futuros (12), lo cual debe generar el debate a que haya lugar.
2. Se debe derogar el procedimiento extrajudicial de ejecución regulado por la Ley de garantía mobiliaria, porque viola el artículo 139 de la Constitución política peruana de 1993 o, en caso contrario, modificar esta última para permitir la ejecución extrajudicial en este caso y en algunos otros, por ejemplo, podría emplearse una frase genérica conforme a ley, o en los casos que establezca la ley, y en todo caso es claro que nosotros nos inclinamos por la primera opción, por que en la segunda no existe un tercero imparcial que cuide que en el proceso

(11) Los bienes tienen diversas clasificaciones, dentro de las cuales existe una clasificación que clasifica a los mismos en corporales e incorporales, siendo los primeros lo mismo que las cosas, por lo cual los indicados se clasifican en cosas muebles e inmuebles. Los segundos también se conocen con el nombre de intangibles. Dejando constancia que a este tema hemos dedicado una publicación, la cual se titula «Clasificación de los bienes en el Derecho Positivo peruano».

(12) Conforme a los artículos 1.409 y 1.410 del Código Civil peruano de 1984, se puede contratar sobre bienes futuros, pero los contratos no son derechos reales, como la hipoteca, derecho de retención, anticresis y garantía mobiliaria, sino que son derechos personales, como así lo son la compraventa, permuta, entre otros. En el artículo 1.395 del Código Civil peruano de 1936, se establecía que podían venderse las cosas futuras y regulaba los mismos derechos reales que el texto original del Código Civil peruano de 1984, y decimos texto original, por que el texto original en el texto actual ha desaparecido la prenda. Recurrimos al Código Civil peruano de 1936 y al texto original del Código Civil peruano de 1984, para dejar en libertad al investigador o lector, para que pueda utilizar la interpretación histórica, y para hacer Derecho Comparado interno en dos momentos históricos del Derecho peruano. Todo esto en el Derecho Positivo peruano, pero en el Código Civil español de 1889, el cual está o se encuentra vigente, la prenda e hipoteca son considerados como contratos, lo cual ya advertimos al comparar este código con su similar peruano. Es decir, esta diferencia entre los códigos mencionados ya motivó, por parte de nosotros, la publicación de un trabajo de investigación sobre Derecho Comparado internacional, el cual es muy útil para comprender algunas instituciones jurídicas. Sin embargo, otra norma española vigente como es, por cierto, el artículo 2 de la Ley Hipotecaria española, establece que la hipoteca es derecho real, por lo cual es claro que esta norma ha modificado el Código Civil español de 1889, lo cual debe ser materia de estudio en forma más amplia. Para Jorge Eugenio CASTAÑEDA la prenda es contrato unilateral por que sólo impone la obligación de restitución a quien recibe la cosa de manos del dador de la prenda (acreedor o tercero) (VASQUEZ OLIVERA, SALVADOR, *Derecho Civil. Definiciones*, pág. 452). Para Eleodoro ROMERO ROMANA la prenda es el contrato por el cual un deudor o un tercero entrega al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad del cumplimiento de una obligación (*ibíd*). Por lo cual, podemos afirmar que la doctrina peruana no es pacífica en este tema, y en todo caso recomendamos un estudio más amplio a efecto de tener mayores elementos de juicio para tener mayor cantidad de información y luego hacer uso de nuestra capacidad crítica. En todo caso se dice en la doctrina que los derechos personales son los que crean relaciones jurídicas entre personas como es el caso de la compraventa o la permuta, mientras que los derechos reales son los que recaen sobre los bienes, dentro de los cuales podemos citar la hipoteca, anticresis, derecho de propiedad, posesión, entre otros.

exista un debido proceso, ni tampoco órganos de control que coadyuven a permitir o facilitar su independencia. Es decir, este tema debe ser estudiado en forma bastante amplia a efecto de determinar en forma científica sus ventajas y desventajas.

3. Se deben establecer las garantías que se registran en Registros Públicos y las que se registran en Indecopi, para lo cual se debe tomar en cuenta el proyecto de ley del empresariado, el cual aparece en Internet y de esta manera comprender que los registros públicos a cargo del sistema nacional de registros públicos no son los únicos, sino que son sólo algunos, y en todo caso en el Derecho peruano hasta ahora nadie ha publicado un trabajo sobre todos los registros.
4. Los que redactaron la Ley de garantía mobiliaria no han tenido en cuenta los registros a cargo de Indecopi, los cuales tienen un tratamiento distinto que los registros a cargo de las oficinas registrales, y en todo caso se refieren a bienes incorpóreos, dentro de los cuales podemos citar los derechos de autor, marcas, patentes, nombres comerciales, entre otros, es decir, este es un tema poco conocido y poco estudiado. En tal sentido se trata de un tema poco estudiado, pero que necesita estudio y difusión en el Derecho peruano y extranjero.
5. Deben introducirse normas sobre garantías mobiliarias internacionales, las cuales son muy importantes, por que el derecho de garantías no es igual en el Derecho Comparado. Máxime que en no todos los países existe Ley de garantía mobiliaria, lo cual debe motivar los correspondientes estudios de Derecho Comparado, a efecto de poder determinar similitudes y diferencias entre diferentes sistemas jurídicos o familias jurídicas y de esta manera poder tener acceso a fuentes de información más amplias, con las cuales se superen las asperezas del Derecho peruano, al menos en el caso del tema tratado en el presente numeral, como es, por cierto, las garantías internacionales, por ejemplo, cuando el acreedor se encuentra en España, el propietario en Estados Unidos de Norteamérica y el bien mueble que puede ser, por ejemplo, un vehículo en Lima, pero su registro aparece en Loreto, el cual aparentemente es un supuesto imposible, pero se puede presentar en la práctica, por lo cual el Derecho debe prevenir los hechos para que no existan problemas de aplicación sobre la ley de garantía mobiliaria y de esta manera podamos tener un Derecho positivo más perfeccionado, lo cual hará que tengamos una economía más ágil, lo que será materia de estudio. Es decir, todos pueden solucionar casos o supuestos sencillos, fáciles o elementales, pero pocos pueden solucionar casos complejos, estando dentro de estos últimos las garantías internacionales, como sería, por cierto, entre otras las garantías mobiliarias internacionales, en un tiempo en el cual los

límites entre países poco a poco van desapareciendo (13) y la economía internacional va adquiriendo más importancia.

6. Debe estudiarse hasta qué punto conviene regular al mismo tiempo la prenda y la garantía mobiliaria, pero en el mismo sistema jurídico, lo cual hemos advertido en el Derecho Comparado, en el cual deben determinarse causas y consecuencias. Es decir, una opción legislativa es sustituir la prenda por la garantía mobiliaria, y otra opción legislativa es que sólo exista una de las dos, sin embargo, este tema no ha merecido estudios al menos hasta donde alcanza nuestro conocimiento.

4. GARANTÍA SOBRE BIENES FUTUROS

Ahora estudiaremos la garantía sobre bienes futuros, dentro del cual un tema más específico es la garantía mobiliaria sobre bienes futuros, el cual es un tema que ha sido descuidado por parte de los tratadistas y en todo caso debemos dejar constancia que hace que el mercado de valores crezca, ya que esta garantía puede titularse, es decir, con estas garantías, en todo o en parte puede tramitarse un proceso de titulización de activos, el cual es un mecanismo de financiamiento bursátil, es decir, éste compite con el financiamiento bancario, teniendo el último una tasa de interés más alta, por lo cual en el primero de los casos la tasa de interés es más baja, sin embargo, este tema ha sido descuidado, por ello recomendamos que los abogados de empresa deben dominarlo a efecto de adoptar la mejor opción en materia de financiamiento. Este tema se relaciona con la emisión de obligaciones, por lo cual deben estudiarse de manera conjunta a efecto de tener conocimientos detallados en un medio en el cual las empresas eficientes son las que subsisten y las empresas ineficientes son las que desaparecen, o continúan funcionando, trabajando u operando, pero con pérdidas.

(13) Incluso en la Unión Europea (la Unión Europea tiene como antecedente en el derecho de la integración europeo a la Comunidad Económica Europea, lo cual dejamos constancia para un estudio más amplio y también para la interpretación histórica, y para hacer Derecho Comparado) se cuenta con constitución, lo cual es un notorio avance dentro del derecho de la integración, y debe ser materia de estudio. Esta constitución es bastante fácil de conseguirse en Internet, por lo cual recomendamos su lectura y estudio a efecto de poder advertir lo que ocurrirá quizá en un futuro en el MERCOSUR y/o en el Pacto Andino, es decir, se trata de un tema muy importante e interesante en el Derecho Comparado, ya que se puede comparar éstos con la Unión Europea, a efecto de determinar similitudes y diferencias, para posteriormente estudiar las causas y consecuencias. En todo caso el hecho de contar esta última con constitución es un hecho muy trascendente en el Derecho mundial, por ello, debemos estudiar este tema con mucho cuidado. Dicha constitución tiene sólo unos años de vigencia hasta ahora, la cual debe ser materia de comentario no sólo en el Derecho europeo, sino también en otros escenarios.

Las garantías son de dos tipos, que son las siguientes:

1. Garantías sobre bienes presentes.
2. Garantías sobre bienes futuros.

En tal sentido, en el presente trataremos sólo el segundo tema, por lo cual sí procede la garantía mobiliaria sobre bienes futuros, pero no la hipoteca sobre bienes futuros. Esto sólo en lo referido al Derecho peruano, lo cual debe ser materia de acuciosos estudios en el caso de bienes inmuebles, por que es un tema reciente al menos en la doctrina peruana.

Puede ser el caso que un departamento o un vehículo no existen, lo que no es igual a no inmatriculado (14), por lo cual en el segundo caso en el Derecho peruano sí se puede registrar la garantía mobiliaria, pero si se tratara de hipoteca, es claro que no podría surtir efectos, y en este sentido es claro que el marco legal en materia de garantía mobiliaria es diferente que en el caso de hipoteca y anticresis, lo cual debe estudiarse a efecto de conocer mejor este tema.

Debemos precisar que el hecho de gravarse como propios los bienes ajenos y no cumplir con que sean propios, dentro del plazo pactado, hace que se incurra en responsabilidad civil, por lo tanto, puede tramitarse el proceso civil correspondiente de daños y perjuicios, e incluso por daños punitivos, lo cual debe ser materia de celosos estudios en otra sede, a efecto de tener conocimientos más amplios del tema materia de estudio como es, por cierto, la indemnización a consecuencia de haber cometido el delito de estelionato.

Además en el Derecho peruano debemos dejar constancia que aparentemente se comete delito de estelionato, lo que no es así, por que éste se comete cuando se grava como propios los bienes ajenos, entre otros supuestos y no cuando se grava como propios los bienes futuros, sin embargo, podría cometerse delito de estafa, el cual se encuentra previsto y penado en el Código Penal peruano de 1991.

Los bienes futuros no son exactamente iguales que los bienes ajenos, ya que los primeros son los que no existen, mientras que los segundos son los que existen, en todo caso esta diferenciación no ha sido advertida en la doctrina peruana, la cual debemos estudiar en este importante tema. En tal sentido, no pueden los mismos bienes ser, al mismo tiempo, futuros y ajenos

(14) Las garantías no se inmatriculan, por lo cual debemos precisar que la inmatriculación es el acto por el cual un bien pasa a ser registrado, pudiendo tratarse de un registro privado o un registro público, sin embargo, este tema ha merecido escasas publicaciones, por ello recomendamos publicar sobre este tema. Por ejemplo, se inmatriculan los terrenos y los vehículos, naves y embarcaciones pesqueras, entre otras. Es decir, el Derecho Registral es muy amplio y en el Derecho peruano sólo ha sido materia de estudios parciales, lo cual ha provocado enfoques parciales y en este sentido en un futuro existirán publicaciones sobre todo el Derecho Registral.

por ser implicante, o contrario, o excluyente, sin embargo, este tema resulta bastante importante no sólo para los procesalistas, sino también para expertos en otras ramas del Derecho o disciplinas jurídicas.

5. CAÍDA DE LAS HIPOTECAS

La caída de las hipotecas es un tema actual, por ello merece ser estudiado, de tal forma que se propongan soluciones y estudiar el problema, el cual es relevante, al menos en tiempos actuales, y de esta manera es claro que debe proponerse soluciones frente a este problema, el cual existe según las fuentes de información en Europa y Estados Unidos de Norteamérica, entre otros, es decir, en dichos lugares, las entidades que otorgan créditos deben tener funcionarios que resguarden en forma adecuada sus acreencias, sin embargo, no hacen esto de tal forma que la entidad financiera, cuando ejecuta la hipoteca advierte que no tiene el valor que se consideró o pensó y de esta manera aún en el caso que se logre rematar el bien es claro que los posibles postores no se animarán a ser adjudicatarios, por ello, pensamos que un problema de este tipo puede ser originado porque los trabajadores del banco no valorizaron en forma adecuada los inmuebles sobre los cuales se hipotecó su derecho de propiedad, u otro derecho, es decir, no siempre se hipoteca el indicado sino que otras oportunidades se hipoteca el uso, usufructo o habitación.

Es necesario dejar constancia que las hipotecas que han caído no son todas, sino sólo las de alto riesgo, lo cual será materia de estudio en la presente sede, a efecto de conocer el problema y buscarle solución.

A estas hipotecas en Estados Unidos de Norteamérica se les conoce por parte de los estudiosos como *hipotecas subprime*, terminología que debe ser utilizada a efecto de poder consultar otros trabajos de investigación y de esta manera tener mayor información sobre el tema materia de estudio.

Es decir, no han caído todas las hipotecas, sino sólo las *hipotecas subprime* (15), por lo cual es necesario un estudio bastante detallado de la hipoteca

(15) En el sistema jurídico estadounidense se conoce o denomina *hipotecas subprime* a las hipotecas de alto riesgo, tema que ha originado escasas publicaciones, al menos en el Derecho peruano, por ello, esperamos que se lleven a cabo publicaciones jurídicas sobre este importante tema jurídico económico. Es decir, si se tituliza las *hipotecas subprime* es claro que en el mercado de valores se calificará a sus bonos como de alto riesgo, de esta forma se solucionaría el problema de los bancos, por lo tanto, aún en el caso que se acepte este tipo de hipotecas, es claro que la titulización de activos digamos que retira el problema o riesgo de los bancos para pasar a ser un riesgo de los bonistas que adquieren los bonos de titulización, contenidos en certificados de titulización, pero debemos precisar que son bonos y no acciones, por ello, se hace necesario precisar que esta denominación es confusa, sobre todo en el Derecho peruano, o Derecho Bursátil peruano, o Derecho Empresarial peruano, o Derecho Corporativo peruano. Dejando constancia que el Derecho Corporativo forma parte del Derecho Empresarial. En este tema se debe consultar entre otras

en el mundo, a efecto de buscarle solución, pero no sólo desde el punto de vista jurídico, sino con un enfoque de diferentes ramas del conocimiento humano o, dicho de otra forma, con un enfoque multidisciplinario, lo cual mejorará el panorama de este importante tema, como es, por cierto, la caída de *hipotecas subprime*, y de esta forma poner fin a este problema, el cual ha causado problemas a muchas instituciones financieras de diferentes partes del mundo, ante lo cual en algunas partes de éste se ha subido el monto hasta el cual el estado responde por los depósitos bancarios en caso de quiebra del banco, por lo cual es claro que ha provocado cierre de muchos bancos.

Según la doctrina más autorizada, la cual aparece en Internet, es claro que en algunos países se ha provocado el cierre de más de cincuenta bancos, lo cual ha traído como consecuencia que exista una alarma generalizada, por lo cual las instituciones bancarias que existen todavía o subsisten deben ser bastante cuidadosas, a efecto de no correr la misma suerte o, dicho de otra forma, no tener el mismo problema, por lo cual, esperamos que el problema planteado tenga una solución adecuada, para lo cual se debe estudiar el tema con un enfoque adecuado a cada realidad, sin embargo, es claro que una salida podría ser rechazar las *hipotecas subprime*, pero claro está que esto al parecer no genera una solución en el mercado, por lo tanto, la solución es otra, en tal sentido en la presente sede no queremos brindar soluciones si no queremos estudiar el problema, a efecto de que los lectores le busquen la solución más acertada, y en todo caso para buscarle solución es claro que se debe tener conocimiento de todas las fuentes del derecho en cada uno de los países o estados en los cuales las hipotecas han caído, además de otros conocimientos de otras ramas del conocimiento humano, por lo tanto, es claro que resulta ser un tema extenso y complejo, por lo cual esperamos haber brindado un enfoque panorámico del tema materia de estudio y en dicho orden de ideas es claro que el problema existe no sólo en la economía sino también en el Derecho, por ello, debe incentivarse que las hi-

normas y otras fuentes del Derecho, el artículo 262 de la ley de títulos valores peruana vigente (Ley 27287, aprobada a los seis días del mes de junio de 2000 y dada en la casa de gobierno, en Lima, a los diecisiete días del mismo mes y año), el cual regula la emisión, negociación y redención de valores emitidos en procesos de titulización. La Ley 16587 era la anterior ley de títulos valores peruana, en la cual no encontramos antecedentes legislativos sobre el artículo citado y en el texto original del Código de Comercio peruano de 1902, tampoco encontramos antecedentes legislativos, por lo tanto, los mismos deben ser estudiados en otra norma. Por lo tanto, consideramos que al estar en vigencia la nueva ley de títulos valores es claro que esperamos que tenga mayor aplicación la titulización de activos en el Derecho peruano, por tratarse de una norma bastante conocida y aplicada e incluso para muchos se trata de una ley tipo código, porque codifica, es decir, modifica la regulación y la unifica, pero no totalmente sino parcialmente, porque existen otros dos títulos valores no regulados en forma especial por la ley de títulos valores peruana vigente, lo cual debe ser difundido a efecto de ser materia de estudio, siendo uno del Derecho agrario y otro del Derecho concursal, ambos peruanos.

potecas no caigan. Los incentivos son materia de estudio por el análisis económico del Derecho y de esta forma es claro que éste resulta ser un método. Cierta doctrina lo califica de método de investigación, mientras que otra lo califica de método de interpretación. El cual en estos tiempos tiene muchos seguidores, sin embargo, no es la panacea, sino que también existe personas que lo cuestionan o critican, lo cual debe ser materia de estudio por parte de los tratadistas, en todo caso le hemos dedicado una publicación a efecto de dar a conocer nuestro punto de vista.

Este tema desarrollado en el presente subtítulo es muy importante o resulta muy importante estudiarlo porque queremos o deseamos que no ocurra lo mismo con la garantía mobiliaria, es decir, queremos que la garantía mobiliaria no caiga, por ello, debemos adelantarnos a los hechos, con experiencias de otras realidades (16) (la cual es fuente del Derecho), en las cuales el Derecho se encuentra más desarrollado y esto debe ser tomado en cuenta a efecto de no recepcionar este problema de las hipotecas a las garantías materia de estudio como son, por cierto, las garantías mobiliarias. Lo cual es materia de estudio por parte del Derecho Comparado, ya que en el mismo se estudian temas que deben recepcionarse al igual que temas que no deben recepcionarse.

6. BALANCE DE LA LEY A MÁS DE DOS AÑOS DE SU ENTRADA EN VIGENCIA

En más de dos años la ley ha sido aplicada, sin embargo, fue escasamente difundida, lo cual se aprecia en que pocas personas y peor aún pocos abogados conocen, han estudiado y aplicado la Ley de garantía mobiliaria, por lo cual, esperamos que se difunda más la misma (es decir, si bien es cierto que la ley en mención se ha difundido, se requiere aún más difusión, entre los distintos agentes económicos, a efecto de mejorar la economía), con lo cual el mercado mejorará y las transacciones comerciales serán más ágiles. Si no se hace esto es claro que el mercado puede colapsar, ya que los juzgados civiles y mixtos, entre otros órganos jurisdiccionales, tendrán una excesiva carga procesal, a consecuencia de procesos judiciales originados por desconocimiento de la ley en mención, por ejemplo, es posible que en forma errónea mucha gente todavía crea que la prenda sigue vigente en el Código Civil peruano de 1984.

El público en general no conoce la ley en mención, por lo cual, es posible que se originen procesos judiciales a consecuencia de ignorar la norma indicada. En todo caso somos del criterio que deben coexistir no sólo en el Derecho peruano, sino en todo el mundo, la prenda y la garantía mobiliaria, para que

(16) La realidad social es fuente del derecho, sin embargo, este tema ha merecido escasos estudios, lo que debe llamar la atención de los tratadistas en distintos escenarios. Las fuentes del Derecho son más de veinte, las cuales hemos citado en otra sede.

en el catálogo jurídico y legal puedan los agentes económicos elegir la mejor opción de acuerdo a cada caso, a efecto de que el mercado mejore, lo cual no se ha tenido en cuenta con esta ley. Si aplicamos la microcomparación jurídica interna de una rama del Derecho a otra podemos afirmar que esto ocurre en el derecho de garantías peruano actual, pero en el derecho societario peruano actual, se sigue regulando en la ley general de sociedades la sociedad colectiva, por lo tanto, en este último caso se mantiene en el catálogo legal este tipo societario, a efecto de que los agentes económicos, en general, elijan la alternativa que consideren ellos como más adecuada a sus necesidades o requerimientos. Aún en el caso que se constituyan pocas sociedades de este tipo. Y lo mismo ocurre en el Derecho Civil, en el cual el anticresis es poco utilizado (el cual ha sido reemplazado hasta cierto punto por la hipoteca, e incluso se pretende que el fideicomiso en garantía sustituya a esta última, pero esto tiene que ser analizado en otra sede), por lo cual en la realidad social peruana se constituye pocos anticresis, sin embargo, no se lo ha eliminado del catálogo legal, lo cual hace que el Código Civil peruano en materia de derechos reales accesorios no sea una camisa de fuerza, sino que se brinda facilidades a los agentes económicos que se desenvuelven en el mercado. Y esto último no ocurre en el Derecho de garantías peruano, lo cual debe ser materia de estudio y análisis a efecto de determinar que la solución propuesta sea la más adecuada. En todo caso, hasta donde tenemos conocimiento, no existe ningún proyecto de ley ni anteproyecto de ley en el Derecho peruano sobre el tema materia de estudio, ni tampoco en el sentido que proponemos, lo cual hace notar que este tema no ha sido estudiado bajo esta perspectiva.

RESUMEN

BIENES MUEBLES PERÚ

El autor hace análisis de la Ley de Garantías peruana de 2006, destacando la posibilidad de garantías mobiliarias sobre bienes futuros. Se crea un Registro de Garantías Mobiliarias que refunde más de diez Registros anteriormente existentes. Critica el autor los procedimientos de ejecución extrajudicial por considerarlos contrarios a la Constitución peruana.

ABSTRACT

PERSONAL PROPERTY PERU

The author conducts an analysis of the 2006 Peruvian law on collateral, stressing the possibility of using chattel mortgages on future assets. A Registry of Chattel Mortgages is created, which merges more than ten previously existing registries. The author criticises out-of-court foreclosure procedures as being contrary to the Peruvian Constitution.

*(Trabajo recibido el 15-6-2009 y aceptado
para su publicación el 16-2-2010)*