

## DE LA PRENDA A LA GARANTÍA MOBILIARIA: UNA VISIÓN CRÍTICA

MESA REDONDA:<sup>(1)</sup>

**ROLANDO CASTELLARES AGUILAR**

Profesor de Derecho Bancario en la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima y en la Maestría en Finanzas de la Universidad del Pacífico.

**MARTÍN MEJORADA CHAUCA**

Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

**MARCO ANTONIO ORTEGA PIANA**

Profesor de Derecho Civil Patrimonial en la Universidad de Lima.  
Miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS**.

### **I. ¿Cuál era la situación anterior a la dación de la Ley de Garantía Mobiliaria, Ley 28677 (en adelante LGM)?**

**CASTELLARES:** La situación era caótica; pues el Código Civil mantenía la rígida separación de bienes en muebles e inmuebles, cuyo fin esencial era establecer el derecho real de garantías bajo la modalidad de prenda para muebles e hipoteca para inmuebles, gravamen este último que no requiere de desplazamiento; lo que llevó a calificar a ciertos muebles como inmuebles; resistiéndose además a reconocer la hipoteca mobiliaria y prefiriendo en su lugar inventar la "entrega jurídica" de muebles inscribibles. Además, al no ser ya más conveniente incrementar la relación de inmuebles (artículo 885 del Código Civil) con más muebles, proliferaron las prendas sin desplazamiento o prendas especiales, generándose un caos total al existir tantos regímenes de constitución y ejecución de prendas como modalidades de prendas especiales creadas.

**MEJORADA:** El sistema de garantías sobre bienes muebles estaba integrado por un conjunto de fórmulas viejas y dispersas (una de ellas, la prenda agraria, regía desde 1916). Por

un lado el Código Civil de 1984, que se ocupaba de la llamada "prenda civil" o "prenda ordinaria" (constituida con entrega física del bien o mediante inscripción en un Registro de Bienes), y del otro un conglomerado de prendas especiales a las que se conocía de manera conjunta como "prendas con registro" (constituidas sin entrega del bien y mediante la inscripción de la garantía en un Registro de Contratos). Las prendas con registro estaban referidas a ciertos bienes y créditos y, a disposición de algunos usuarios. Es decir, no cualquier persona podía otorgar estas garantías ni respecto de cualquier bien.

Por lo demás, los procesos de constitución y ejecución de las prendas eran costosos. Pese a que se admitía la ejecución extrajudicial de la prenda, una serie de problemas operativos, como la recuperación física del bien y la formalización de la venta a terceros, complicaban la ejecución.

La antigüedad de las normas, su dispersión, la disonancia con el régimen económico imperante, conformaban un sistema inaccesible, costoso, e incompleto; todo lo contrario a lo que requiere una economía ágil basada en el intercambio.

<sup>(1)</sup> La presente sección estuvo a cargo de Paola Schür Caresa y Alejandro Marrique Lewis, alumnos del Décimo y Décimo Primer Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima respectivamente y miembros de la Comisión de Edición de **ADVOCATUS**. Agradecemos al Dr. Guillermo Cabezas Crovetto, miembro de la asociación ADV, Editores y a Mauricio Balbi Bustamante, ex-Director de Edición de la revista **ADVOCATUS**, por su valiosa colaboración en la elaboración y realización de la presente sección.

**ORTEGA:** En primer lugar, debo destacar que el régimen prendario general recogido en el Código Civil correspondía a normas ya consolidadas en el tiempo, con las limitaciones que ello suponía al no existir una necesaria correspondencia con los requerimientos comerciales modernos, con la promoción del crédito para fines del intercambio: la prenda estaba limitada a determinados bienes y bajo ciertas condiciones que, en lo esencial, me atrevería a sostener que no diferían de las previsiones de los códigos civiles de 1852 y 1936, pese a las reformas introducidas en 1984. En segundo lugar, los múltiples regímenes prendarios especiales, cada uno con su propia regulación, generaban definitivamente un sobrecosto de información para los operadores comerciales y jurídicos, siendo que las diferencias entre ellos no estaban justificadas en lo esencial, aunque ofrecían determinadas ventajas respecto de la prenda civil, clásica, como era la modalidad de prenda de valor recogida en la legislación sobre prenda global y flotante, que sólo podía constituirse en favor de las empresas financieras. Frente a ello, rescato definitivamente la finalidad de rediseñar sustancialmente el régimen de la garantía sobre bienes muebles.

**2. Considerando los objetivos centrales planteados en el Documento de Trabajo elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas, denominado "Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales", el cual sirvió como antecedente conceptual de la LGM, ¿podría afirmarse que a través de la LGM se reducirán en el mediano plazo los costos de transacción de las operaciones de crédito, generando mayor acceso a la población de menores recursos?**

**CASTELLARES:** La finalidad de esta Ley es justamente esa. Dar mayor seguridad al acreedor y con ello lograr créditos menos riesgosos, posibilitando una mayor oferta de créditos y un acceso más fácil al mismo. Me temo que ese fin no se ha logrado plenamente, debido a que existen aspectos operativos de esta Ley que faltan pulirse. En cuanto a costos, toda vez

que esta modalidad se sustenta en la inscripción registral, en la mayoría de los casos la Garantía Mobiliaria resulta más onerosa que la Prenda que sólo requería de documento de fecha cierta para su validez plena, salvo en el caso de los bienes muebles inscribibles. Sin embargo, esta mayor seguridad tiene un costo que no es tan significativo, al haberse establecido tasas registrales de inscripción y cancelación al alcance de cualquier deudor.

**MEJORADA:** Sin duda. Los costos de transacción de las operaciones de crédito, en relación con las garantías, se generan básicamente por la constitución y la ejecución. Precisamente esos son los aspectos más importantes de la LGM: constitución sencilla, comprensiva de todos los bienes imaginables, ampliando incluso el concepto tradicional del "bien", y al alcance de cualquier persona, así como ejecución rápida. Con estos componentes como parte de la estructura de costos se reducirá la tasa de interés. Además, la incorporación de nuevos acreedores, que anteriormente no podían recibir directamente estas garantías implica una mayor oferta de crédito, lo que también contribuye a reducir costos.

La LGM no está hecha para un sector de la economía en particular, pero es evidente que al reducirse los costos del crédito más personas podrán acceder a financiamiento.

**ORTEGA:** De acuerdo a la legislación vigente, hoy se puede afectar en garantía mobiliaria prácticamente todo; pero yo no sé si en la práctica eso "todo" es y será de interés de los acreedores. Debemos considerar además que los créditos no se conceden necesaria y fundamentalmente por la garantía, sino en razón de la capacidad de pago y del propio historial crediticio: el comportamiento del deudor. En ese orden de ideas, yo no creo que el actual estado de cosas, conforme al cual la gran mayoría de la población no tiene acceso al crédito formal, se modifique sustancialmente. Resulta necesario e impostergable la adopción de otras medidas; el tema de las garantías es simplemente, en mi opinión, una pieza más dentro de una mayor estructura.

**3. Tomando en cuenta que el Código Civil siempre ha regulado las garantías reales, ¿es asistemático que las garantías mobiliarias se encuentren reguladas en una ley distinta? ¿Era necesario introducir reformas tan radicales para superar los defectos de nuestro sistema legal de garantías reales, o, como proponía un sector de la doctrina, bastaba introducir mejoras progresivas, sin necesidad de revolucionar las instituciones ya existentes de una manera tan drástica?**

**CASTELLARES:** Estimo que pudo haberse reestructurado la Prenda, manteniéndose esta institución jurídica dentro del Código Civil. Al haberse excluido en una Ley especial, existe el riesgo que lo propio se haga con la hipoteca y otras instituciones, afectando la integridad del más importante Código que tenemos. Ya tenemos la mala experiencia del Código de Comercio, de cuyo texto se han venido escindiendo en leyes especiales diversas instituciones jurídicas que contenía, en lugar de actualizar su texto.

Otra consecuencia negativa es que se han establecido normas especiales para la Garantía Mobiliaria, que difieren de las normas comunes que contiene el Código Civil, las que seguirán aplicándose por ejemplo para la hipoteca. Es el caso de la imputación de los pagos con el producto de su ejecución; o la eliminación de la prenda legal, presunto por descuido del legislador, que obliga a constituir garantía mobiliaria expresa en todos los casos que no era necesario antes en los casos previstos para la prenda legal.

**MEJORADA:** Asistemático era lo que existía antes: dispersión total de garantías. El tema de si todas las garantías deben estar en el Código Civil es parte de un debate mayor que tiene que ver con el rol de la codificación en nuestros tiempos. Si se ve con cuidado, desde las reformas económicas de los noventas, es más la legislación especializada ajena al Código Civil que aquella que está en el Código. Desde mi punto de vista, el Código Civil debería limitarse a presentar grandes principios en materia

económica sin entrar en detalles, lo mismo podría ocurrir en garantías.

Es cierto que la LGM introduce cambios fundamentales, pero tampoco es un mundo desconocido. Básicamente la ley concentra la prenda civil y las prendas con registro (ya conocidas) y abre por completo los supuestos para la utilización de estas últimas. Los cambios en materia de ejecución extrajudicial tampoco son extraños, pues estaban ya en el Código Civil (artículo 1069) y en legislación especial como la hipoteca del título de crédito hipotecario negociable (artículo 243 de la Ley de Títulos Valores), la hipoteca de concesiones de infraestructuras (Ley 26885) y la hipoteca popular (Decreto Legislativo No. 495).

Las mejoras progresivas no se hicieron en cien años, era necesario imprimir velocidad a estos cambios y hacerlo de manera orgánica y general.

**ORTEGA:** Definitivamente no es lo más adecuado desde la perspectiva formal. Creo que, dentro del esquema normativo de nuestra tradición jurídica, el tema de las garantías debería estar siempre incorporado en el Código Civil, el cual debería en cualquier caso contener las reglas generales o básicas aplicables a todas las garantías reales, de manera que los aspectos particulares o específicos pueden ser desarrollados en leyes complementarias: una ley sobre las garantías hipotecarias, una ley sobre las garantías prendarias. Y sobre esto merece destacarse el trabajo realizado a nivel del proceso de reforma del Código Civil en cuanto a la clasificación de los bienes, lo cual pareciera que ha sido absolutamente obviado. Una regulación como la propuesta podría articular muy bien la permanencia de ciertos principios y criterios básicos, con las necesidades comerciales y las particularidades de cada garantía.

**4. Antes de la aprobación de la LGM nuestro sistema jurídico privilegiaba la seguridad del tráfico comercial. No obstante ello, en la actualidad al adquirirse bienes muebles no registrables un acreedor diligente debe recurrir al Registro Mobiliario de Contratos para informarse**

sobre el estado del bien, lo cual acarrea que los costos de transacción se eleven considerablemente. En tal contexto, ¿se justifica la inscripción de gravámenes sobre bienes muebles no registrables?

**CASTELLARES:** Este nuevo sistema se basa en la inscripción registral que otorga preferencia *erga omnes*, respecto al anterior sistema de la prenda que se basaba en la posesión física o jurídica. Bajo este sistema registral, si bien se genera un costo en todos los casos (antes sólo en las prendas con entrega jurídica), se logra seguridad plena y un control muy transparente por parte de los acreedores, que adoptarán sus decisiones de conceder créditos con garantías reales, plenamente informados y seguros de los gravámenes constituidos por sus deudores.

**MEJORADA:** Es cierto que la inscripción es un costo, pero no debería ser muy elevado, ya que se trata de un formulario con certificación notarial, lo más costoso es como siempre la intervención del Notario. Aquí hay un tema pendiente para lo que se requiere decisión política. El costo notarial es de 5 a 10 veces el valor del arancel registral. Actualmente los derechos registrales ascienden aproximadamente a S/. 35.00 (por un crédito de S/. 10,000) y debería reducirse. El costo de acceder a la información registrada es de S/. 18.00 aproximadamente. La información tiene pequeños costos que el mercado debe asumir, o que el Estado debe subvencionar.

**ORTEGA:** Habrá siempre un mayor costo, pero también debemos comparar el actual régimen con el anterior: cuando el bien no estaba registrado, ¿se tenía certeza que se estaba adquiriendo, por su tradición, la propiedad del bien o un gravamen sobre el mismo? Yo no coincido con una calificación de seguridad para el régimen anterior. Sabemos que no era así, por cuanto la buena fe del adquirente o del acreedor era insuficiente para asegurarse el derecho adquirido respecto al bien no registrado.

5. ¿Podría afirmarse que la LGM contiene un Sistema Registral constitutivo

o declarativo? ¿Qué pasará con aquel acreedor que tenga en su poder un bien fungible –como por ejemplo el dinero–; deberá inscribir necesariamente el contrato para ejecutar la citada garantía?

**CASTELLARES:** La inscripción registral confiere al acreedor preferencia frente a terceros acreedores, por lo que no es constitutivo, es decir, para la existencia jurídica del gravamen no se requiere de la inscripción en el Registro. En tanto no existan terceros acreedores que aleguen preferencia, una garantía mobiliaria no inscrita en el Registro Mobiliario de Contratos, podrá hacerse valer frente al constituyente. El riesgo de no inscribir, es que sobre ese mismo dinero del ejemplo, el constituyente haya constituido gravamen a favor de tercer acreedor y tal garantía si está inscrita en el Registro. Sería el caso de dinero depositado ante un banco acreedor, que sirve de garantía de alguna obligación que el depositante haya asumido frente a ese banco, sin inscribirse el gravamen en el Registro Mobiliario de Contratos, que no surtirá efecto frente a otro acreedor que si cuidó en realizar tal inscripción. El banco acreedor, aun cuando tenga el dinero en su poder, no podrá hacer valer la garantía en su favor, ante otro acreedor que tenga afectado ese mismo dinero bajo inscripción registral.

**MEJORADA:** Es declarativo, el artículo 17 claramente establece que la inscripción es sólo para la oponibilidad a terceros, de modo que la garantía ya existe desde que se celebra el título aunque no se registre. Sin embargo, si existen terceros el acreedor de la garantía perderá preferencia, pero eso es otra cosa. Si no existen terceros la garantía nacerá y se ejecutará conforme a lo acordado por las partes. Incluso si hay terceros, el acreedor que no inscribió pierde preferencia pero no necesariamente la garantía, pues si el valor el bien le permite aun podría cobrar.

**ORTEGA:** El sistema es hoy tan constitutivo como lo fue anteriormente bajo el régimen de la prenda con entrega jurídica, o en el caso de las prendas especiales sin desplazamiento. Lo que ocurre es que al ser

actualmente el registro el único modo constitutivo de la garantía, descartándose la tradición, podemos llegar a identificar casos en los cuales la exigencia constitutiva de la inscripción resulte excesiva, por decir lo menos. Uno de esos casos es precisamente el de la garantía sobre sumas de dinero, cuya dinámica operativa sumarisima ha quedado definitivamente afectada: hoy día habrá que celebrar el respectivo contrato, suscribir el formulario de inscripción correspondiente, y obtener la inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos. Si uno revisa con detenimiento el Formulario de Garantías Mobiliarias (Resolución No. 142-2006-SUNARP/SN), puede concluirse que la afectación del dinero no estaría contemplada ya que la información requerida no parece relacionarse con ella. Me temo que por lo estricto del actual régimen sobre el registro de la garantía mobiliaria, vamos a terminar generando una suerte de garantías mobiliarias informales. El Derecho no puede estar detrás, no puede desconocer la realidad ni las necesidades de los agentes.

**6. Con la entrada en vigencia de la LGM la buena fe registral se limita al asiento y no abarca los títulos ni la información obrante en el registro, como ha sido la línea establecida en el Registro Inmobiliario. ¿Ella resulta conveniente ahora que el registro tiene un rol más importante? ¿Cómo opera en la actualidad el tema de la concurrencia de acreedores sobre bien mueble?**

**CASTELLARES:** Los actos registrables son solamente los que la Ley ha previsto, siendo uno de ellos el gravamen sobre el bien mueble. Si hay concurrencia de acreedores con garantía sobre el mismo bien, se preferirá al que, en primer lugar, haya logrado inscribir su derecho, que no es sino la aplicación de un principio registral que reconoce el derecho al primero en el tiempo.

Al respecto, hay un tema preocupante respecto al conflicto que pueda generarse entre dos acreedores, uno con garantía mobiliaria inscrita y otro con warrant emitido sobre los mismos bienes. La Ley señala que será preferido

el endosatario del warrant, lo que es muy preocupante; pues contraviene reglas y principio que dan solidez y credibilidad a las inscripciones registrales, reputándose conocidas por todos sin admitirse prueba en contrario de las inscripciones registrales. Esto contraviene también a la Ley de Títulos Valores, que señala que la Almacenera no puede emitir warrant sobre mercaderías sobre las que recaiga gravamen conocido por la Almacenera. Esto puede generar conflictos judiciales, afectando la credibilidad del warrant; pues al ser conocida por todos el contenido de las inscripciones, sin admitirse prueba en contrario, la Almacenera habría emitido el warrant a sabiendas de la existencia de la garantía mobiliaria.

**MEJORADA:** La publicidad registral limitada a los asientos del registro es un acierto de la LGM. Acaba con la torpeza de exigir una verificación de títulos archivados para configurar la buena fe registral. Si los usuarios tuviesen que investigar en los títulos archivados, el Registro pierde gran parte de su utilidad, pues el acceso a la información resultaría más complicado y requeriría una pericia costosa, todo lo cual es contrario a los objetivos de la LGM.

De otro lado, debemos distinguir entre el Registro Mobiliario de Contratos y el Registro de Bienes. En el primero, el acceso a la información es más complicado que en el otro (no se llega por la descripción del bien, sino por las personas involucradas), esta es una razón adicional para que la investigación registral se limite a los asientos.

Con el nuevo Sistema Integrado de Garantías y Contratos, no es que el Registro cumpla un rol más importante que el que tenía antes, sino que son más los bienes y negocios que se registrarán. Sin embargo, el tema del acceso y de la facilidad para investigar no tiene por qué ser distinto.

Finalmente, la LGM ha introducido un cambio fundamental en la regla de concurrencia de acreedores sobre muebles prevista en el artículo 1136 del Código Civil. Al aceptarse que se inscriban en el Sistema Integrado de Garantías y Contratos una serie de actos jurídicos señalados

en el artículo 32, inciso 3 de la LGM, indicando que la inscripción de dichos actos genera su oponibilidad, se debe entender modificado el artículo 1136, el mismo que establecía como factor de preferencia la entrega del bien al acreedor preferido. A partir de la vigencia de la LGM, es preferido el acreedor de buena fe cuyo contrato haya sido primeramente inscrito.

**ORTEGA:** Sobre esta materia yo quisiera destacar dos aspectos: primero, si un registro es verdaderamente público, entonces las inscripciones deben permitir que cualquier agente económico tome decisiones sobre la base de lo que ha sido objeto de inscripción, de lo leído; en ese orden de ideas, no debería revisar ni contrastar (como lo es actualmente, conforme al Código Civil) lo que dio origen a la inscripción debido a que ello ya demanda, por decirlo de alguna manera, de una especialización. Segundo, creo que los funcionarios, los registradores como responsables de extender los asientos, deberían asumir efectivamente su responsabilidad: por lo que si hay una discrepancia entre el título y el asiento, ello no debería perjudicar al tercero (se limita al asiento), siendo que el afectado tendrá que iniciar las acciones de responsabilidad contra la institución registral. Queda entendido que lo anterior regirá siempre y cuando no se pruebe la mala fe del tercero.

**7. Nuestra legislación civil siempre ha regulado la prenda como un sinónimo de garantía con desposesión, sin embargo con la LGM no se ha establecido la desposesión como elemento necesario para su constitución, a pesar de ser un requisito indispensable para su ejecución, ¿esto es eficiente?**

**CASTELLARES:** El sistema registral posibilita prescindir de la desposesión, lo que beneficia al deudor que puede seguir usando y disfrutando del bien de su propiedad. Por ello, en la hipoteca o en la prenda con entrega jurídica no es necesario el desplazamiento del bien. Basándose este nuevo sistema de la garantía mobiliaria en un sistema registral, se señala que el bien puede gravarse con o sin desplazamiento.

Al respecto, me temo que acreedores que pretendan mayor eficacia, exigirán el desplazamiento, aun cuando se inscriba el gravamen; pues a diferencia de los bienes raíces, los muebles son fáciles de desplazar u ocultar; especialmente llegado el caso de tener que ejecutarse o venderse. Al no haberse modificado el Código Penal incrementando la pena para quien incurre en el delito de apropiación ilícita al resistirse en entregar el bien al representante designado para su venta, seguirá la situación que teníamos con las prendas sin desplazamiento, esto es, garantías mobiliarias poco eficaces o lleven a la judicialización; lo que aconsejará optar por el desplazamiento.

**MEJORADA:** En realidad la prenda se constituía de tres formas: con desposesión, con inscripción en un registro de bienes (hipoteca mobiliaria) y con inscripción en un registro de contratos (prendas con registro). La LGM no es una novedad en esta materia. Todas las prendas especiales tenían esa misma característica.

Ahora bien, es verdad que cuando la garantía se constituye sin entrega del bien, y la inscripción es en un Registro de Contratos, la persecutoriedad no es eficaz ya que la información no llega de manera certera al mercado y es posible que el bien circule sin que se sepa la existencia del gravamen. Por ello, las garantías sin desplazamiento y con inscripción en Registros de Contratos, están acompañadas de una serie de elementos convencionales y legales que le dan seguridad al acreedor. El más importante de ellos es la responsabilidad penal que pesa sobre los poseedores que se niegan a la entrega del bien. Ahí radica la eficacia de esta garantía.

**ORTEGA:** Es indudable que el registro ofrece mayores ventajas comparativas que la posesión y que la posibilidad de desposesión necesaria por parte del constituyente puede significar, en la práctica, que el negocio no llegue a concretizarse finalmente. En ese sentido, el tema posesorio debemos redefinirlo como asociado a la ejecución de la garantía antes que asociado a su constitución. En cuanto a la eficiencia del actual régimen legal, creo que

recién estaremos en capacidad de determinarlo cuando se analice cómo funcionan en la realidad, en nuestra múltiple realidad social, las reglas sobre toma de posesión e incautación, aunque yo creo que, en los hechos, los acreedores seguirán exigiendo la desposesión del bien desde un inicio, conforme además lo permite la ley. No podemos soslayar la realidad, tratándose de bienes muebles la posesión ha sido siempre esencial para poder finalmente disponer del bien.

**8. Antes de la dación de la LGM, en el caso se hubiese dado un bien ajeno en garantía se respaldaba el derecho real de propiedad frente al derecho real de garantía, siempre y cuando no hubiese mediado la figura del depositario infiel. En cambio, con la LGM sucede lo contrario, por cuanto el acreedor garantizado puede ejecutar el bien o adquirir la propiedad del mismo mediante el pacto comisorio, ¿se justifica que se privilegie un gravamen sobre el derecho de propiedad?**

**CASTELLARES:** La prenda no podía ser constituida sino por quien fuere su propietario, por lo que no cabía que quien no era propietario pudiese afectar un bien ajeno. La nueva Ley sí posibilita afectar bienes ajenos o bienes futuros, pero a condición de que ese bien sea adquirido o exista. Por eso, en estos casos, así como en los casos de garantía mobiliaria para créditos futuros, la garantía mobiliaria sólo se pre-constituye y no surte eficacia sino hasta que se cumpla la condición (que se adquiriera, o exista el bien o el crédito).

El llamado pacto comisorio es otro tema. Es el acuerdo que permite al acreedor adjudicarse el bien en caso de mora del deudor; pero no por el monto de su acreencia, sino por el valor del bien gravado, que puede ser menor o mayor que el crédito garantido; lo que en mi opinión favorece totalmente al deudor, quien en lugar de recibir el 66% del su valor, recibirá en ese caso el 100% del valor del bien.

**MEJORADA:** Antes de la LGM la entrega de un bien ajeno en garantía no permitía la constitución del gravamen. No es aplicable a la garantía la figura del depositario infiel (artículo 948 del Código Civil), pues dicha figura sólo se aplica a los terceros de buena fe que adquieren bienes muebles en propiedad. Sin embargo, tratándose de bienes inscritos en un registro de bienes, alguna jurisprudencia admitió la convalidación de la garantía sobre un bien ajeno, cuando el acreedor se amparaba en la fe pública registral.

En la LGM el principio para la validez de la garantía sigue siendo que el constituyente debe ser el propietario. Así lo dice expresamente el artículo 24 de la Ley, dejándose a salvo la situación del tercero registral. Es decir, la posesión no es constitutiva de la garantía ni juega rol alguno en las normas sobre preferencia. Si hoy día el acreedor celebra una garantía mobiliaria con quien no tiene la propiedad, aun cuando se le entregue la posesión no recibirá el derecho de garantía, a menos que se pueda amparar en la fe pública registral.

Situación distinta se presenta cuando una persona ha adquirido la propiedad de un bien recibiendo de quien no era su propietario (depositario infiel). Esta persona siendo dueña puede constituir garantía mobiliaria o cualquier otro derecho sobre el bien, porque se trata de su propiedad.

En definitiva, en la LGM no se privilegia a la garantía más que en las reglas previamente existentes de nuestro ordenamiento. Las cosas no han cambiado mucho en ese aspecto. La admisión del pacto comisorio no es un privilegio de la garantía frente a la propiedad, sino un pacto anticipado por el cual el dueño renuncia voluntariamente al dominio para pagar la deuda.

**ORTEGA:** No debemos olvidar que estamos ante el caso de un bien, de cuya información registral se desprende que es del constituyente, o respecto del cual el constituyente se declara propietario (y asume las responsabilidades que se derivan de su irregular conducta), siendo que en ambos casos el acreedor desconoce de la inexactitud del

registro o la falsedad de la declaración; hay buena fe. Enfocándonos esencialmente en el caso de bienes no registrados, más allá de lo declarado por el constituyente, lo cierto es que ese constituyente está en posesión del bien y, por lo tanto, ese hecho genera una confianza en los terceros que debería ser protegida, la buena fe, inclusive respecto al derecho del verdadero propietario. El problema es que la LGM no regula expresamente el tema del depositario infiel, así como tampoco lo regulaba el Código Civil en materia prendaria, por lo que me temo que, sobre la base del requisito de "legítima posesión" previsto en el artículo 24 de la LGM, siempre podría aplicarse por analogía la regla contenida en el artículo 948 del Código Civil, privilegiándose la propiedad. Habrá que ver como se orienta la interpretación jurisdiccional en la solución de casos concretos, considerando que estamos actualmente en un sistema netamente registral.

**9. La LGM permite que un deudor, para efectos de lograr acceso al crédito, lo dé todo en garantía. Todo lo que tiene y tendrá, sin restricción alguna. Bajo esa perspectiva, ¿es razonable permitir la aparición de acreedores "supergarantizados" que cuenten con el respaldo de todo el patrimonio del deudor?, ¿qué límites y restricciones podrían incorporarse para evitar abusos en esas circunstancias?**

**CASTELLARES:** La mejor garantía para evitar tales eventuales abusos, es la propia voluntad del constituyente. Si tal garantía universal se constituye, es porque el deudor admitió en ello; lo que no significa que no pueda tener más acreedores, pues aun en esos casos, podría afectarse los mismos bienes a terceros acreedores que acepten rangos menores, con posibilidad de ejecutarlos realizando el pago del crédito que pueda haber concedido el acreedor de primer rango.

Esta forma de garantizar en forma total, bien podría darse en los casos de deudores de un solo acreedor, que puede comprometerse a

brindar apoyo financiero permanente, por lo que no sería un abuso.

Por otro lado, esta posibilidad más bien puede generar abusos de parte del deudor deshonesto, que para evitar que sus acreedores afecten su patrimonio, grave universalmente todo su patrimonio a favor de un acreedor simulado, impidiendo que sus acreedores afecten su patrimonio. No son pues las leyes las que generan los abusos, sino el mal uso de ellas.

**MEJORADA:** Es verdad que la LGM permite dar todo en garantía. También es cierto que pueden existir acreedores abusivos que comprometan todo el patrimonio del deudor sin que exista necesidad económica para ello. La idea del desequilibrio económico entre las partes de un negocio es real y es signo de la contratación moderna, sin embargo no es un problema exclusivo de las garantías sino de todos los negocios que se celebran en dicho escenario. La posibilidad de que la parte fuerte de la relación abuse de la otra y le imponga condiciones que el débil no desea, está presente en todos los contratos modernos.

Esta precisión es importante porque la respuesta frente a la violencia, la intimidación o la falsa voluntad, debe ser uniforme en todos los contratos y no solo en las garantías. La palabra clave es información. Los constituyentes de la garantía deben estar informados con precisión de los alcances de su compromiso, y ser conscientes de los efectos del mismo. Allí está el rol de la certificación notarial y la defensa del consumidor. Hay que descartar la prohibición de los pactos que fue la respuesta del pasado.

**ORTEGA:** Sobre esta materia, y antes que fuese promulgada la LGM, fue publicado un interesante artículo por Verónica Ferrero destacando las inconveniencias de adoptar un régimen de garantía abierto y flotante; no obstante ello, se mantuvo el esquema original del anteproyecto. Yo creo que detrás de la norma hay una cierta visión de las cosas, sobre quiénes serán los agentes que estarían dispuestos a afectar sus bienes, todos sus bienes, de manera tan amplia, de manera que habiendo aceptado y asumido concientemente los riesgos crediticios,



no les correspondería invocar abuso. En ese sentido, si es que se generan abusos, y con ello partimos desde el esquema de un contrato que no pudo ser negociado libremente, creo que existen herramientas legales para enervar la rigurosidad del negocio celebrado. No obstante lo anterior, considero que es uno de esos tantos temas en los cuales debemos esperar cómo irá funcionando la LGM en el tiempo.

#### 10. ¿Cuál es el balance final de la LGM?

**CASTELLARES:** En mi opinión es positivo; pero lamentablemente una buena ley como ésta, se ve afectada por vacíos e inconsistencias que el legislador no ha tenido en cuenta, por lo que viene siendo objetada por muchos, inclusive por quienes participaron en la redacción de su original proyecto.

Estimo que es necesario perfeccionarla con algunos cambios en la misma ley y con un adecuado desarrollo reglamentario que la SUNARP ha tratado de hacer, pero resulta aún insuficiente.

Finalmente, este avance parcial en materia de prenda, debería también hacerse con la hipoteca. No hay razón que justifique mantener dos regímenes distintos para las garantías reales, sólo en razón de la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los bienes afectados.

**MEJORADA:** Como era de esperar la LGM ha recibido críticas desde que era un proyecto y es verdad que en ella se pueden encontrar varios vacíos, cuando no defectos de cierta gravedad. Empero, en general, opino que poner en marcha un sistema integrado de garantías mobiliarias, con un enorme espacio para la autonomía de la voluntad, y con esquemas de ejecución eficaces, resulta claramente positivo frente a la situación anterior.

**ORTEGA:** Creo que la LGM contiene notorios avances en muchísimos temas, aunque hay algunos ciertamente conflictivos, como es el caso de los alcances del pacto comisorio, en los cuales hay evidentemente no sólo la ruptura de determinada tradición jurídica malinterpretada, sino además una comprensible preocupación para evitar abusos; tenemos

también la extensión de los bienes que se pueden afectar en garantía; la unificación del régimen legal sobre la garantía, etc. No obstante, no es menos cierto que la LGM contiene varios aspectos que se pueden perfeccionar en el tiempo y que ya han sido señalados en distintos auditorios. Y sobre esto sólo quiero señalar en general dos temas: ¿Cómo queda el tema de la regulación de las garantías en el Código Civil, específicamente considerando su actual proceso de reforma?, y la necesidad de capacitar a los operadores jurídicos sobre los alcances de la ley, de manera que sus deficiencias puedan ser razonablemente interpretadas, considerando nuestra realidad de Tumbes a Tacna y de Lima a Iquitos, en razón de los objetivos concretos que dieron origen a la LGM. Creo que el mayor reto radica por el momento en quebrar el sentir social que la garantía sobre bienes muebles entraña, como regla general, su entrega, y que ahora tendrá que pasarse necesariamente por el registro. Yo creo que allí está finalmente el reto, porque la ley no debe estar divorciada de la realidad.