

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**ALGUNOS PROBLEMAS EN LA EJECUCIÓN JUDICIAL DE LA HIPOTECA Y  
LAS EVENTUALES ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN FRENTE A LA  
FINALIDAD QUE SE PERSIGUE**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN  
DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO DE LA EMPRESA**

**AUTOR**

JORGE ARMANDO CAILLAUX MORÓN

**ASESOR**

ROQUE AUGUSTO BRAVO BASALDÚA

**Lima, Perú**

Marzo, 2019

## RESUMEN EJECUTIVO

La hipoteca es considerada la garantía por excelencia tanto a nivel local como internacionalmente. Así, la ejecución de la hipoteca goza de un carácter fundamental para el desarrollo del sistema de garantías peruano. Actualmente, el único proceso de ejecución se realiza a través de la vía judicial; sin embargo, este proceso cuenta con una normativa que, pese a sus intentos de ser de celeridad, genera que la ejecución dure en exceso de dos a tres años. Mediante el presente trabajo confrontaremos la evolución en los últimos años de la normativa y la jurisprudencia y a partir de ello identificaremos los problemas gravitantes para plantear la solución para lograr una ejecución más expeditiva. En ese sentido, nuestro objetivo es determinar las soluciones prácticas factibles que no representen una mayor controversia y que disminuyan sustancialmente el lapso del proceso de ejecución de una hipoteca. El presente trabajo concluye con la propuesta de modificaciones normativas al esquema actual de la ejecución judicial de la hipoteca, y, paralelamente, plantea la ejecución de la hipoteca por la vía extrajudicial para que estos procesos sean expeditivos y resulte en un sistema de garantías que funcione como una herramienta de fomento del crédito en el cual la demora del mismo proceso no constituya en una externalidad.

## INDICE

RESUMEN EJECUTIVO.....	1
INTRODUCCIÓN .....	4
<b>CAPÍTULO 1: LA IMPORTANCIA DE LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA Y SU PROBLEMÁTICA DENTRO DEL ACTUAL ESQUEMA NORMATIVO .....</b>	<b>6</b>
1.1. El problema del crédito, su acceso y tasa de interés frente a la hipoteca como instrumento de financiamiento .....	6
1.1.1. ¿Por qué es importante la ejecución de la hipoteca? .....	6
1.1.2. La triple perspectiva desde el punto de vista del deudor, acreedor y el Estado....	6
1.2. La problemática sobre la ejecución de la hipoteca en el esquema normativo actual	10
1.2.1. Código Civil .....	10
1.2.2. Código Procesal Civil.....	15
1.2.3. La Ley de Garantía Mobiliaria .....	18
1.2.4. Otras normas de carácter especial .....	21
1.2.5. Proyecto de Ley de Ejecución de Garantía Hipotecaria propuesto por el Consejo Nacional de Competitividad .....	24
<b>CAPÍTULO 2: PROBLEMAS TRASCENDENTALES QUE SE ADVIERTEN EN NUESTRO CÓDIGO PROCESAL CIVIL SOBRE LA EJECUCIÓN JUDICIAL DE LA HIPOTECA .....</b>	<b>26</b>
2.1. Sobre los principios que sustentan la ejecución frente a nuestro marco procesal....	26
2.2. Sobre la notificación a terceros en el proceso de ejecución .....	30
2.3. Los litisconsortes necesarios pasivos en un proceso de ejecución de garantías .....	35
2.4. Sobre el pago preferente.....	38
2.5. Sobre la etapa de ejecución dentro de un proceso de ejecución de garantía .....	41
<b>CAPÍTULO 3: PROPUESTAS AL MARCO GENERAL NORMATIVO DE LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA .....</b>	<b>45</b>
31. Se debe plantear una Ley de Ejecución de Garantía Hipotecaria o solo modificar el Código Civil .....	45
32. ¿Cómo resolver los problemas derivados del Código Civil en lo que respecta a la ejecución de la hipoteca? .....	46

33. Los cambios normativos urgentes que deben darse en nuestro Código Procesal Civil respecto a la ejecución de la hipoteca .....	48
34. ¿Es posible plantear la ejecución extrajudicial de la hipoteca como una alternativa a la vía judicial? .....	54
CONCLUSIONES.....	59
LISTA DE REFERENCIAS... ..	62
BIBLIOGRAFÍA.....	65
ANEXOS.....	68



## INTRODUCCIÓN

El derecho como disciplina cumple una función social, puesto que regula la conducta humana en constante relación, sea cuando el hombre este frente a otro ser humano, varios seres humanos o la sociedad en su conjunto. Permite vivir en paz social donde la regulación tenga como fin establecer parámetros para cada uno de sus miembros, y así poder existir en sociedad, preservando nuestra libertad y reconociendo la libertad de los demás.

La función social del derecho alcanza las relaciones económicas<sup>1</sup> entre las personas, una de las más comunes es la de acreedor y deudor, la cual nace cuando un sujeto tiene la obligación de cumplir determinada prestación frente a otro, que por cualquier título tiene el derecho de exigirla.

Es así como llegamos a nuestro sistema de garantías, sean personales o reales, que tiene por función asegurar en forma general o específica el cumplimiento de la obligación. La garantía personal importa todo el patrimonio del deudor o fiador, mientras que la garantía real compromete un determinado bien del deudor, fiador o garante respecto a la obligación que garantiza.

La garantía por excelencia —no solo en nuestro país, sino universalmente— es la hipoteca. La hipoteca afecta a un inmueble en garantía de la satisfacción de una obligación, y frente al incumplimiento por parte del deudor se procederá a su ejecución.

Así llegamos a lo que denominamos ejecución de la hipoteca. Nuestra legislación ha pretendido diseñar una normativa ágil para este tipo de proceso, donde incluso estén, relativamente, limitados los medios de defensa. Sin embargo, la norma se ha enfrentado a una realidad que la ha superado largamente; y es que el proceso judicial en sí, aún es largo, dada la carga procesal de los magistrados; pese a existir cada vez más juzgados especializados en la materia no deja de ser un proceso que en promedio demora entre dos a tres años.

---

<sup>1</sup> Entendemos por economía, la disciplina que estudia la satisfacción de las necesidades humanas a partir de escasos recursos con los que contamos.

Frente a esta realidad, nosotros pretendemos evidenciar cuáles son los principales obstáculos para que el proceso de ejecución de hipoteca no cumpla su función de manera eficaz; y, por otro lado, cuáles son los derechos elementales que deben preservarse cuando proponemos fórmulas para superar aquellos obstáculos.

Para tal efecto, revisaremos la función económica que cumple la hipoteca en nuestra sociedad —con relación a nuestro sistema financiero— y la necesidad de su funcionamiento en una economía social de mercado. A partir de estas premisas plantearemos algunos problemas y propuestas de soluciones, que sin pensar que sean las únicas, estimamos primordiales. Esperamos que nuestras alternativas de solución sean un punto de partida para la discusión sobre la necesidad de un cambio dramático en nuestras normas —tanto sustantivas como procesales— para lograr un eficaz proceso de ejecución de hipoteca.



## CAPÍTULO 1

### LA IMPORTANCIA DE LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA Y SU PROBLEMÁTICA DENTRO DEL ACTUAL ESQUEMA NORMATIVO

En este primer capítulo desarrollamos la importancia de la hipoteca como garantía tradicional, así como un instrumento necesario para el desarrollo económico; igualmente planteamos los cuerpos normativos más relevantes a tener en cuenta para advertir su problemática.

#### **1.1. El problema del crédito, su acceso y tasa de interés frente a la hipoteca como instrumento de financiamiento**

##### **1.1.1. ¿Por qué es importante la ejecución de la hipoteca?**

Mucho se ha comentado alrededor del problema del crédito y el sistema de garantías en nuestro país, como por ejemplo el Ministerio de Economía y Finanzas (2001) y Arrieta y Luy (2002). La hipoteca frente a todas las demás garantías reales y personales es considerada la **garantía por excelencia** —sea que nos encontremos en tiempo de crisis o de bonanza-, y esto se denota en la realidad según el Ministerio de Economía y Finanzas (2001) sin mucho esfuerzo. En las próximas líneas esbozaremos una aproximación sobre su importancia, para luego plantear lo que se viene discutiendo en los últimos cinco años: si la hipoteca dentro del sistema de garantías está cumpliendo eficazmente su finalidad. Sobre este tema profundizaremos acerca de la ejecución judicial de la hipoteca y los proyectos que persiguen la ejecución extrajudicial de esta garantía inmobiliaria.

##### **1.1.2. La triple perspectiva desde el punto de vista del deudor, acreedor y el Estado**

Cuando hablamos del acreedor, inmediatamente, lo relacionamos con el mercado crediticio dentro del sistema financiero. Pero si bien es cierto, el banco es el acreedor por excelencia dentro de dicho sistema, también tenemos a la persona natural que se constituye en acreedor, frente a otra (deudor), a través del contrato de mutuo regulado en el artículo 1648º de nuestro Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984) el cual señala que “Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de

dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad.”.

Según esta perspectiva, lo que pretende el acreedor, al exigir una garantía, es asegurarse que su deudor cumpla con su obligación en el tiempo y modo pactado.

En este sentido —solo frente al incumplimiento por parte del deudor—, el acreedor tendrá la garantía a su favor para que a través de su realización pueda forzosamente satisfacer su acreencia. Es importante indicar que la propia ejecución de una garantía no le puede parecer, al acreedor, un mecanismo más práctico que el propio cumplimiento del deudor en el tiempo y modo oportuno, pues esto tergiversaría la calidad "accesoria", que es inherente a toda garantía frente a las obligaciones surgidas en virtud de un contrato.

Es también fundamental advertir que, desde la perspectiva del sistema financiero —conformado por entidades autorizadas a otorgar créditos al público en general—, los fondos con los cuales se facilitan los créditos provienen también del ahorro público y, por tanto, su conservación en eficiencia es elemental en una economía social de mercado.

Estudios, a nivel mundial, han establecido que en los países donde se guardaba un mayor respeto por los derechos del prestamista mostraban un mejor nivel de intermediación financiera.

Para Arrieta y Luy (2002) se ha establecido que “el nivel mayor de respeto al derecho del prestamista estaría asociado, significativamente, con una menor tasa de interés, puntualizando que la asignación de derechos entre las partes se genera, principalmente, a través del sistema de garantía”.

En el caso peruano, tal cual lo han reconocido el Ministerio de Economía y Finanzas (2001) y Arrieta y Luy (2002), estos últimos autores en un estudio impulsado por la Superintendencia de Banca y Seguros, el tiempo que demora la ejecución de la hipoteca resulta un problema relevante para el sistema de garantías en general.

Las distintas empresas que conforman el sistema financiero entienden que para un funcionamiento eficaz de un sistema de garantías hipotecarias es indispensable superar el problema actual que radica en su ejecución judicial obligada y el tiempo que de ello deriva.

Fuera de otros temas —como el prejuicio respecto a la figura jurídica del "pacto comisorio" y su nulidad prevista en el artículo 1111° de nuestro Código Civil vigente (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984)<sup>2</sup>—, que merecen un estudio aparte, el tema de la ejecución judicial de la hipoteca resulta de trascendencia para el acreedor común y vital para el acreedor integrante del sistema financiero, pues no solo puede reestructurar una mayor cobertura en su esquema de acceso al crédito, sino que también puede llevar a una reducción de la tasa de interés que cobra por un mutuo hipotecario, conforme lo entienden Arrieta y Luy (2002).

Desde la perspectiva del deudor, respecto al problema, es palmario que algunos de estos tienen mucho en común con los del propio acreedor, pues al deudor también le conviene una tasa de interés menor. En la medida que tengamos problemas generales de acceso al crédito, este solo alcanzará a un sector privilegiado de la población.

En la mayoría de los casos, se considera al deudor como la parte que se somete a las cláusulas que le impone la parte acreedora para acceder a un crédito. Al ser esto así, se estima que debe regularse normas de orden público que preserven los derechos elementales que les corresponde a estas personas, aun en su calidad de deudor moroso. Además, en el caso que un acreedor suponga el incumplimiento de su deudor, debería permitirse que, sobre el mismo punto, el deudor deduzca que dicho incumplimiento no es tal, y el aparato judicial opere eficazmente a efectos de dilucidar esta controversia.

No olvidemos que los procesos de ejecución se basan en una presunción de veracidad respecto a la deuda que se reclama para efectos de que se pague en un plazo determinado bajo apercibimiento de proceder al remate del bien dado en garantía.

El problema, desde la perspectiva del Estado, es el común denominador que existe entre la perspectiva del acreedor y del deudor. Al Estado le interesa que opere un sistema eficaz donde se dé un equilibrio entre las partes, que puede ser su principal problema. Debe resolver lo que se denomina "ventaja estratégica" del deudor frente al acreedor, quien parte, supuestamente, de la descompensación en el poder de los contratantes a partir del cumplimiento que se dan de las prestaciones de manera no simultánea. Primero se da el

---

<sup>2</sup> Decreto Legislativo 295 - Código Civil. Diario oficial El Peruano. Lima, Perú, 25 de julio de 1984.

Artículo 1111°. - Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario.

crédito, entonces el acreedor estaría en una situación de desventaja hasta que el deudor no cumpla con la prestación a su cargo; para cubrir el riesgo está la garantía, en tanto el deudor se sienta obligado por esta a cumplir oportuna y preferentemente frente al riesgo de que se ejecute la garantía que otorgó. En tanto se consiga esta aversión al riesgo se neutralizará la supuesta ventaja estratégica del deudor conforme se señala en la sentencia recaída en el Exp. N.º 208-7-97 (Pioner de la Jurisprudencia, 2003) y lo aseveran Arellano, Castellanos, de la Jara, Gaviño, Martens y Valladares (2002).

Este esquema de ventaja estratégica en rigor no convence, pero sí es útil para establecer la perspectiva del Estado en tanto se busque un equilibrio entre las partes. La ventaja estratégica dependerá de las condiciones que se otorguen en el contrato de mutuo hipotecario, puesto que, como dijimos anteriormente, puede haber un sistema en el cual le sea económicamente más rentable ejecutar la hipoteca al acreedor que esperar por el cumplimiento puntual del crédito.

En conclusión, al Estado le conviene que funcione el sistema y que se utilice generalizadamente, pues ello incentiva a la economía, y por otro lado puede ser un instrumento eficaz para la promoción de vivienda propia en los sectores populares. Sobre esta base es que han ido promulgándose normas especiales que justamente tienen este propósito; y nuevamente tenemos que abordar el punto de la ejecución judicial de la hipoteca, sensible dentro del estudio del sistema de garantías general en el Perú, pues se ha reconocido —desde todas las perspectivas como la de Arrieta y Luy (2002)— que el problema de la ejecución judicial de la hipoteca —como está estructurado y viene funcionando a la fecha— no es eficaz. Tenemos un problema principal que es el tiempo que demora, y ante ello se formulan y analizan diversas propuestas, frente a las cuales es deber del Estado preservar los derechos constitucionales elementales, como "el derecho a la defensa", para que la balanza no se incline hacia ningún lado, y guarde un equilibrio en beneficio de ambas partes y la sociedad.

Delimitar el tema conceptual de la hipoteca no es parte de este trabajo, pues entendemos que las definiciones base ya las conocemos y lo que en líneas posteriores haremos es adentrarnos al tema específico de su ejecución para luego analizar algunos de sus problemas y expresar eventuales propuestas de solución.

## **1.2. La problemática sobre la ejecución de la hipoteca en el esquema normativo actual**

El problema de la ejecución judicial de la hipoteca debemos plantearlo a partir de las normas que la regulan actualmente; a partir de ello podemos vislumbrar diferentes controversias que los jueces no han podido solucionar del todo, y que generan obstáculos para su buen funcionamiento. Si bien nos encontramos frente a un problema de carácter procesal no significa que la regulación la encontremos necesariamente en el Código Procesal Civil, sino dispersas en diferentes normas, por lo que procederemos a analizar las principales. Esto servirá, asimismo, para examinar las fórmulas del proyecto de ejecución extrajudicial de hipoteca que se vienen planteando.

Asimismo, si bien existen normas que no regulan específicamente la ejecución judicial de la hipoteca, guardan relevante conexión con este tema, puesto que regulan la ejecución de garantías reales en general siendo relevante tomarlas en cuenta a efectos de analizar el problema dentro de una óptica global.

### **1.2.1. Código Civil**

El Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984) tiene incidencia directa respecto a la ejecución de la hipoteca, conforme lo expresa el segundo párrafo del artículo 1097: “La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado”.

Tenemos, pues, que nuestro Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984) prevé la ejecución judicial del bien inmueble como el camino normativo taxativo para su venta y ulterior pago al acreedor. Aunque existen otras normas que han venido reconociendo la ejecución extrajudicial de la hipoteca, como la hipoteca popular por la cual se autoriza la venta extrajudicial a través de un mandatario (Avendaño, 1994) retomada durante el gobierno del ex presidente peruano Alejandro Toledo en la Ley N° 28698, estas vienen a ser la excepción a la regla general. En atención a ello, lo que se discute es el reconocimiento de un mecanismo alternativo y paralelo al de la vía judicial, y —en este sentido— que ambos tengan reconocimiento normativo.

Ahora bien, ello implicaría la modificación del segundo párrafo del artículo 1097° del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984), reconociéndose tanto la vía judicial como la extrajudicial en dicho cuerpo legal. Por otro lado, podemos afirmar que al establecer dos vías paralelas implicaría que en la práctica desaparezca la vía judicial como mecanismo alternativo, pues las más importantes relaciones se dan entre entidades del sistema financiero y personas naturales o jurídicas en su condición del acreedor y deudor, respectivamente; y las entidades acreedoras optarían por imponer al cliente, que pretende obtener un crédito, la vía extrajudicial por ser la más expeditiva en caso de incumplimiento del pago de la deuda.

En este escenario podría darse un fenómeno, en el que al final desaparezca la utilidad práctica del reconocimiento de la vía judicial para la venta del bien inmueble hipotecado, lo que exigiría establecer un cuerpo normativo independiente, como lo sería una ley de garantía inmobiliaria, desapareciendo en la práctica las normas respecto a la hipoteca prevista en nuestro Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984). Así, las cosas ya no se estudiarían a través de la vía extrajudicial como mecanismo alternativo y paralelo, sino como un mecanismo que sustituya, de plano, lo que es la ejecución judicial del bien inmueble.

No es pues novedad que se exprese que el artículo 1097° del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984) deba ser reformulado, permitiendo tanto la ejecución judicial y extrajudicial de la hipoteca, puesto que a la fecha ya existe la Ley que facilita la constitución y ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias para programas de vivienda especial (Ley N° 28698, 2006) que reconoce la venta extrajudicial del bien.

También es relevante mencionar el artículo 1101° de nuestro Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984) que regula la extensión de la hipoteca, pues a nivel jurisdiccional existieron criterios contradictorios respecto a la vigencia de la hipoteca sobre las edificaciones posteriores al inmueble hipotecado cuando aún era terreno.

Una primera posición aduce que la hipoteca sobre el terreno no se puede extender a las edificaciones que luego de constituir la hipoteca se constituyan, en tanto las mismas correspondan a la categoría de bienes futuros. Una segunda posición plantea que sí se mantiene la vigencia de la hipoteca sobre la edificación hecha posteriormente al acto de constitución de hipoteca, aplicando para ello las nociones establecidas en los artículos 888° y 889° del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984), en tanto lo

accesorio (la edificación) sigue la suerte de lo principal (el terreno). Es importante acotar que, cuando se alude a los “bienes futuros”, la norma se refiere a aquellos bienes que el deudor puede adquirir en el futuro.

Lo anterior, se desprende de la sentencia casatoria expedida en el expediente Cas. N.º 984-2003-Lima-Sala Civil Transitoria por la Corte Suprema de Justicia (2004) cuando señala lo siguiente:

De acuerdo a los artículos ochocientos ochenticinco y novecientos cincuenticuatro del Código material (C.C) son bienes inmuebles de modo independiente tanto [...] el suelo, como el subsuelo y el sobresuelo; y el artículo novecientos cincuenticinco del Código Civil establece que el subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo, lo que significa que el suelo o terreno no comprende el sobresuelo o edificación, dado que son bienes distintos y no es jurídicamente posible considerarlo como parte integrante del suelo; en tal virtud la hipotecada del suelo no comportará el gravamen del sobresuelo si es que no se ha indicado ello expresamente y señalado la información que identifique y determine el sobresuelo conforme al artículo mil cien del Código Sustantivo (C.C).

Asimismo, es importante anotar resolución de índole registral Resolución N.º 448-2000-ORLC/TR expedida por el Tribunal de la Oficina Registral de Lima y Callao (2000), la cual señala que:

La hipoteca se extiende a la fábrica o construcciones realizadas con posterioridad a su inscripción, deviniendo en este sentido improcedente el pedido de rectificación de asientos registrales que persigue dejar sin efecto los gravámenes de predios independizados de un lote matriz hipotecado, sólo porque a la fecha de inscripción del gravamen no constan en el registro ni la fábrica ni las independizaciones.

409.

Si bien hace unos diez años, esta controversia fue bastante fuerte, los órganos jurisdiccionales han venido inclinándose por la segunda posición respecto a que lo accesorio sigue el curso del principal y que las edificaciones no constituyen bienes futuros per se. Consideramos que esta tendencia es la correcta, pues en los negocios jurídicos más comunes, justamente, uno hipoteca su terreno para garantizar la construcción, y cuando esta

culmina debe extenderse a ella la hipoteca, pues de otra manera habría un serio problema para rematar el terreno y no la edificación, salvo cualquier precisión al respecto en el mismo acto constitutivo.

Incluso el Tribunal Constitucional (2007 y 2009) se ha pronunciado a través de fallos inhibitorios reiterados sobre este mismo tema, consolidando la segunda posición al no pronunciarse en contra de la nueva tendencia, por lo que resulta necesaria una modificación normativa para su consolidación y esclarecimiento total.

Ello contribuirá con los proyectos de ejecución extrajudicial que se planteen respecto a la hipoteca, toda vez que estos parten de que un funcionario o notario público asuma la ejecución de la nueva norma, la cual debe estar terminantemente clara, sin que ello suponga plantear soluciones diferentes a casos similares. No olvidemos que el proyecto de reforma del Código Civil —que puso en alguna oportunidad a debate el Ministerio de Justicia (2006) — permitía expresamente la hipoteca de bienes futuros.

Quiero plantear por último lo establecido en el artículo 1117 del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984):

El acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando de la acción real. El ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor, impide se ejecute el bien que esté en poder de un tercero, salvo disposición diferente de la ley.

La norma citada cuenta con una interpretación que ha provocado que nuestros órganos jurisdiccionales expidan resoluciones contradictorias en su más alta instancia. De esta manera, se ha emitido resoluciones que han considerado que este artículo autoriza al acreedor hipotecario que, de manera paralela y simultánea, ejercite la acción real de ejecución de la hipoteca por una obligación determinada y una acción personal contra el tercer adquirente del bien hipotecado por la misma obligación que ha dado lugar a la ejecución de la hipoteca.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia (2003) en una sentencia casatoria señala que:

En caso de la hipoteca, [...] el artículo mil ciento diecisiete del Código sustantivo (C.C.) [...] establece que el acreedor puede exigir el pago del deudor por la acción personal; o,

al tercer adquirente del bien hipotecado usando la acción real; y que el ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor impide se ejecute el bien que éste en poder de un tercero, salvo disposición diferente de la Ley; dispositivo que corrobora la conclusión de que la acción personal está contemplada específicamente para que el acreedor se haga cobro de su acreencia accionando contra el deudor y la acción real para lograr lo mismo dirigiéndola contra el garante, si éste es distinto del deudor o contra el tercero que ejerza dominio sobre el inmueble; pudiendo ejercerse ambas simultáneamente; [...] sin embargo, lo anterior tampoco puede ser pretexto para avalar directa o indirectamente un doble pago de la acreencia; toda vez que la simultaneidad en el ejercicio de ambas pretensiones solo está autorizado para la satisfacción de la acreencia, máxime si está previsto como principio constitucional, contemplado en el artículo ciento tres de la constitución, que ésta no ampara el abuso del derecho, de modo tal que, satisfecha la acreencia íntegramente en uno de los procesos, ello traerá como consecuencia, la conclusión del otro, y si fuera satisfecha parcialmente el otro proseguirá hasta que la misma sea honrada en su totalidad conforme a los artículo mil doscientos veintes, mil doscientos cincuentisiete mil ciento siete de Código Civil...

Otra tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia (2003) ha pretendido interpretar de manera más literal dicho artículo, entendiendo que solo pretende plantearse la posibilidad de emplazar al tercer adquirente del inmueble hipotecado; es decir, que cuando el predio gravado con hipoteca es vendido a una tercera persona, esta última asume la hipoteca también.

Una tercera tendencia plantea que si uno opta por cualesquiera de las acciones —sea la real o la personal— no puede ejercitar la otra, pues estaríamos frente a un caso donde se pretendería un doble cobro sobre la misma deuda, y que en estos casos se podría deducir la excepción de litispendencia, con ello anular la segunda acción. Los que defienden esta tendencia plantean que el hecho de ejercitar ambas acciones de manera paralela implicaría un requisito de improcedencia de la segunda acción planteada, pues existiría el mismo petitorio en ambas acciones, y lo más grave es que admitir la posibilidad de ejercitar ambas acciones paralelas constituiría un abuso de derecho del acreedor.

No compartimos este último criterio, pues como sostienen los propulsores de la primera alternativa, esto no obsta para que el deudor o garante hipotecario pueda hacer valer su derecho en ambos procesos, en la medida que se quisiera pretender un doble pago por

parte del acreedor. En todo caso, más allá de toda discusión y posición al respecto, estimamos que esta discusión debe concluir mediante una solución normativa que implique la modificación de dicho artículo. Esto también podría definirse a través de un pleno casatorio que establezca, claramente, la única posición que deberían asumir los magistrados al interpretar esta norma.

Si este problema es relevante, imaginémosnos dentro de un proceso de ejecución extrajudicial donde se parte de la confianza con el acreedor de lo que reclama es cierto; pues quien ejecuta extrajudicialmente la hipoteca debe tener por cierto la deuda, que es materia de ejecución. En todo caso deben establecerse mecanismos judiciales para resguardar el derecho del deudor frente a una ejecución que no corresponde.

Hemos dado un recorrido a nuestro Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984) como fuente normativa fundamental a tener en cuenta en el momento de plantear modificatorias a la ejecución de la hipoteca. Quizá hemos llegado al atrevimiento de sugerir determinados cambios con un sucinto análisis, pero lo más importante es tener en cuenta las normas revisadas del referido Código Civil, en todo lo que refiere a la hipoteca, para las modificatorias que analizaremos y plantearemos respecto a su ejecución en el tercer capítulo.

### **1.2.2. Código Procesal Civil**

En el esquema de nuestro Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993) se encuentran previstas las normas de ejecución judicial de la hipoteca —en el capítulo referente a la “Ejecución de Garantías”—. Ahora bien, partiendo de un análisis meramente esquemático, tenemos dos partes en la ejecución judicial. La primera que denominaremos “cognitiva”, en la cual, el órgano jurisdiccional revisa si la demanda cumple los requisitos exigidos por ley, y dicta el mandato de ejecución; de haber contradicción contra este mandato se inicia un proceso expeditivo que concluye en primera instancia mediante un auto definitivo que ordena el remate del bien hipotecado o lo deniega sea por improcedente o infundado. Este auto definitivo puede ser impugnado en segunda instancia, así como ser materia de recurso de casación hasta que “el auto de remate”, que se asemeja a una sentencia, quede consentido o ejecutoriado.

Luego de ello, se inicia el proceso de ejecución del auto definitivo, que ordena el remate del inmueble que pudiéramos denominar etapa de ejecución forzada —nombre que tomamos

del título del Capítulo V del Título Quinto de la Sección Quinta del Código acotado—; y la misma se asemeja a la ejecución judicial de un inmueble embargado que ha sido previamente materia de un proceso de obligación de dar suma de dinero, partición o cualquier otro proceso que tiene como objetivo la ejecución judicial de un bien.

Nuestro trabajo incidirá directamente sobre algunos problemas y sus propuestas de solución en la ejecución de la hipoteca que se dan, tanto en la etapa cognitiva de la ejecución judicial de la hipoteca como en la etapa de su ejecución forzada.

Como mencionáramos anteriormente, todo cuerpo normativo siempre estará sujeto a cambios potenciales que el legislador le pueda hacer, y, en efecto, lo que debemos identificar son las normas que necesitan una modificación urgente dentro de nuestro objetivo de obtener un proceso de ejecución de hipoteca ágil, pero que preserve principios fundamentales como el derecho a la defensa y de celeridad procesal. Dentro de este contexto, debe indicarse que la aplicación de nuestra norma adjetiva en este tipo de procesos tiene un tiempo importante de demora; por ejemplo, cuando se nombra peritos para la tasación del inmueble, pese a existir una tasación convencional, decisión que parte del criterio del magistrado en los casos que se haya superado los dos años de efectuada la tasación convencional dispuesta en el artículo 729° del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984):

No es necesaria la tasación si las partes han convenido el valor del bien o su valor especial para el caso de ejecución forzada. Sin embargo, el Juez puede, de oficio o a petición de parte, ordenar la tasación si considera que el valor convenido está desactualizado. Su decisión es inimpugnable.

Estas son dilaciones del proceso de ejecución tal cual está estructurado que pueden ir superándose mediante modificaciones normativas que trataremos, más extensamente, en el próximo capítulo por ser el punto central de este trabajo.

El Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993) a través de los años de su vigencia ha sufrido determinados cambios sustanciales, dentro de los cuales podemos rescatar las modificatorias incorporadas mediante Decreto Legislativo N.º 1069 (2008), en las cuales se resalta las modificaciones al artículo 690, estableciéndose la legitimidad pasiva dentro de un proceso de ejecución del

deudor obligado y del constituyente de la garantía del bien afectado, incluyendo dentro del segundo párrafo, la necesidad de notificar a cualquier tercero que pudiera ser afectado con el mandato de ejecución. Esta modificatoria es relevante, pues se supera en muchos aspectos respecto a quienes correspondería emplazar dentro de un proceso de ejecución de garantías —situación que no tenía uniformidad en la jurisprudencia hasta la expedición de esta norma—. Sin embargo, el tema del emplazamiento y de la notificación a quienes tengan interés, dentro del proceso, se mantiene como un problema relevante dentro de nuestra norma adjetiva y de importancia vital dentro de un esquema eventual de ejecución judicial de la hipoteca, conforme veremos en el siguiente capítulo.

Por otro lado, es relevante destacar la expedición del Sexto Pleno Casatorio N.º 2402-2012-Lambayeque por la Corte Suprema de Justicia (2014); en tanto regula principalmente lo que se refiere a la liquidación del saldo deudor, estableciendo pautas específicas de lo que debe contener este documento. De esta manera se superó la incertidumbre de si el magistrado previo a la expedición del mando de ejecución debía verificar en rigor dicha liquidación detallada de saldo deudor y ser materia de su fallo o, como lo hacían determinados órganos jurisdiccionales, resolver que respecto a los intereses y demás conceptos fuera del capital serían liquidados en ejecución de sentencia.

Este pleno casatorio también ha servido para superar el problema que se introdujo al modificar el artículo 720, inciso 1 del código adjetivo mediante el Decreto Legislativo N.º 1069 (2008), ya mencionado. Efectivamente, esta norma planteaba que solo procedía la ejecución cuando la obligación garantizada se encuentre contenida en el documento constitutivo de la garantía o en cualquier documento ejecutivo.

De hecho, esta norma vigente implicaba una modificatoria de lo establecido por el artículo 1099, inciso 2 del Código Civil (Decreto Legislativo N.º 295 – Código Civil, 1984), si nos ceñimos a su lectura literal. Incluso así lo entendieron varios magistrados cuando recién se difundió esta modificatoria, y fueron necesarios pronunciamientos posteriores para que no se entienda así.

En principio, el problema planteaba que la hipoteca no cubría obligaciones determinables (créditos por determinar que solo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extra registrales)<sup>3</sup>. En efecto, si uno lee la norma solo

---

<sup>3</sup> La Corte Suprema de Justicia. Cas. N.º 1558-2001-Lambayeque, *Diario oficial El Peruano*, p. 8286.

podría cubrir deudas que ya habían sido determinadas —en la misma escritura pública de constitución o representada en un título ejecutivo—. En otras palabras, las deudas que se encuentren en documentos de préstamos simples o con firmas legalizadas (que son varios los que utiliza el sistema financiero, sobre todo para préstamos a corto plazo), deudas que incluso estén en documentos o formatos que se ha venido descontando al deudor religiosamente; por esa falta de formalidad —de no estar especificado en la constitución de garantía— devenían en una obligación futura o sujeta a determinación.

El pleno casatorio, tratando de superar este problema que nació de la promulgación de una norma, ha expedido un precedente vinculante respecto a que no solo pueden ser obligaciones determinadas en una escritura pública de constitución de hipoteca o títulos valores, sino que las mismas pueden estar contenidas en otros documentos, reconociendo además que pueden garantizar obligaciones futuras o eventuales; en este sentido, ha superado la deficiencia de una norma jurídica, aunque lo ha hecho a través de un precedente vinculante cuando lo que se debió hacer es una modificación legislativa. En todo caso, se ha superado en la práctica un problema que se venía arrastrando y que generaba confusión a los órganos jurisdiccionales en los procesos de ejecución de hipoteca; sin embargo, a nuestro criterio, el camino no fue el más adecuado.

### **1.2.3. La Ley de Garantía Mobiliaria**

Con fecha 1 de marzo del 2006 se publicó la Ley N.º 28677, Ley de Garantía Mobiliaria, por la cual marcó la derogación de todas las normas que se referían a la prenda, estableciendo pautas para gravar todos los bienes considerados muebles por esa misma ley, su registro y su eventual ejecución. En este caso, de manera similar al proyecto de reforma del Código Civil —en lo que se refiere a la hipoteca propuesto a debate por el Ministerio de Justicia (2006)— se autoriza la venta del bien a través de un tercero que, desde el acto constitutivo de la garantía mobiliaria, goza de poder específico e irrevocable para realizar y formalizar la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria:

Artículo 47.- Si es exigible la obligación garantizada, el acreedor garantizado puede proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria en la forma

---

Por la forma que se garantizan las obligaciones, las hipotecas pueden calificarse en ordinarias y de seguridad; las hipotecas ordinarias son aquellas en las que la obligación asegura tiene existencia cierta y es conocida en su cuantía; en cambio las llamadas hipotecas de seguridad se constituyen por una cantidad máxima, en garantía de créditos determinados o por determinar, que sólo se indican en sus líneas fundamentales y cuya determinación se efectúa por medios extra registrales.

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 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.

La citada ley ha sido derogada a partir del Decreto Legislativo No.1400 (2018) que establece una nueva Ley de Garantía Mobiliaria pero que en esencia no cambia respecto al otro cuerpo normativo salvo en un aspecto esencial referente al procedimiento de inscripción de la misma y la creación de un Sistema Informático de Garantías Mobiliarias que resulta relevante pero ajeno al propósito de este trabajo.

La sola expedición de esta ley marca una pauta en el cambio que se deberá dar, en lo que respecta al tratamiento de la hipoteca y su ejecución, y tal evolución debiera asumirse como natural, pues de otra forma parecería un cuadro inconcluso y sin orden, tal cual refieren los expertos más reconocidos (Castellares, 2016 y Ministerio de Economía y Finanzas, 2001)<sup>4</sup>. En este sentido, será necesario tener en cuenta este marco normativo en cualquier modificación que se pretenda hacer a nuestra regulación procesal, en tanto tengan relación con las garantías reales en general y su ejecución, toda vez que ambos cuerpos abordan temas y supuestos de hecho similares; sería contraproducente que en determinados casos se den soluciones distintas.

Más aún, podría darse el caso que la Ley de Garantía Mobiliaria haya ignorado alguno de los problemas y contenga las mismas deficiencias de las que adolece la regulación sobre la ejecución de la hipoteca, o que esta ley ya contemple alguna solución y solo deba ser extendida al proceso de ejecución de garantía hipotecaria, prevista en nuestro Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código

---

<sup>4</sup> Entre los que comentan esta necesaria modificación integral tenemos al Dr. Rolando CASTELLARES AGUILAR quien afirma que *“el uso de un bien en respaldo de deudas y obligaciones, debería tener un sistema uniforme y similar, pues de hecho que el bien afectado en garantía sea mueble o inmueble, no tiene mayor importancia para este propósito o fin último de su utilización [...]”. Sólo (sic) de este modo se pondrá fin a este sistema dual carente de sustento que hasta la fecha se mantiene entre la garantía prendaria e hipotecaria [...]”*. De igual manera, expresa el Ministerio de Economía y Finanzas (2001) que sostiene *“La reforma legal que puede encarar de la mejor manera los problemas generados por un sistema fragmentado de garantías (esto es un sistema con diversas leyes de garantías cuya aplicación es limitada), debe partir por introducir una única ley de garantías reales de amplia aplicación, con la cual se brinde una aproximación funcional al problema”*. (p.37)

Procesal Civil, 1993), pero eso solo se verá a la luz de una confrontación de las propuestas que analicemos frente a lo que contiene, sobre esas mismas, la Ley de Garantía Mobiliaria. Haremos este necesario trabajo para que estas propuestas que formulemos encuentren un esquema normativo vigente como marco, al momento de nuestro análisis.

La característica principal de este cuerpo legal es la ejecución extrajudicial del bien, que culmina con la venta del bien mueble o su adjudicación por el acreedor, y esta no puede ser perturbada con cualquier acción judicial que controvierta la deuda o la garantía otorgada. Si bien, la norma prevé en el inciso 5 del artículo 47, el derecho del deudor de cuestionar aspectos relativos a la deuda y la ejecución; esto de modo alguno podrá entorpecer la ejecución extrajudicial del bien, incluso cuando se discuta en el proceso judicial respectivo el monto o extensión del gravamen, situación que no implicará la suspensión del proceso bajo responsabilidad del magistrado.

Este tema es sumamente delicado, pues implicaría que frente a una ejecución judicial arbitraria —por parte del acreedor, en los casos precisados, respecto al monto o la extensión del gravamen— solo procedería la interposición de una acción de amparo para que el daño no se vuelva irreparable con la venta del bien mueble, teniendo en cuenta que el amparo es de carácter residual y excepcional.

También verificamos, de este cuerpo de leyes, que la legitimación pasiva en la ejecución extrajudicial de un bien mueble esté señalada en el artículo 47, inciso 3 de la ley en comentario, donde aparecen el deudor, el representante y el constituyente de la garantía de ser el caso. No podemos dejar de lado que en esta norma no se menciona como un legitimado pasivo al nuevo adquirente del bien, tampoco a alguna persona a la cual se deba comunicar, respecto a la ejecución, si su propiedad se encuentra debidamente inscrita. Si bien es cierto en la práctica, teniendo como referencia el proceso de ejecución de garantías, se debería proceder a informar de todo acto al tercer adquirente, incluso en la solicitud de incautación del bien mueble, como un incidente entre el acreedor y el magistrado hasta que éste ordena y se ejecuta la incautación del bien mueble, el cual es entregado al representante referido en el artículo 52 de la Ley de Garantía Mobiliaria, que una vez cumplido el proceso concluye sin pronunciamiento sobre el fondo.

Curiosamente, pese a que este procedimiento de incautación se viene aplicando de una manera tal que el deudor ve sus derechos restringidos —los cuales deberá ejercitar en un

proceso paralelo, sin perturbar la ejecución extrajudicial del bien mueble—; lo cierto es que no encontramos casos en los cuales se haya ejercido una mínima defensa, respecto a ello, que sea motivo de análisis. Ello parece indicar que este procedimiento si está funcionando bien para ambas partes (deudor y acreedor) conforme precisaremos con más detalle en el siguiente capítulo.

Ahora, ¿hasta qué punto esto se puede aplicar en la ejecución extrajudicial de la hipoteca? Es una pregunta que aún no tiene respuesta, pues los bienes que están de por medio en la ejecución hipotecaria son de mayor valor; como hemos mencionado, el proceso de incautación propio de la ejecución de un bien mueble es un proceso que lo lleva el acreedor en solitario. Aquí podría haber una reacción distinta por parte de los deudores propietarios de un bien inmueble; la reacción del órgano jurisdiccional no la conocemos, pues, como mencionamos, la Ley de Garantía Mobiliaria se viene ejecutando sin mayor problema, entonces vuelve la pregunta: ¿Podría aplicarse una norma similar para la ejecución de una garantía hipotecaria?

#### **1.2.4. Otras normas de carácter especial**

Dentro de las normas de carácter especial tenemos la Ley N.º26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, que establece algunos criterios y principios a partir de la situación que ostentan las empresas del sistema financiero por su trabajo en la administración del ahorro público en sus operaciones. En todo caso, la referencia a esta ley no puede soslayarse al tener normas específicas referidas a la ejecución judicial de la hipoteca, como los artículos 171, 172 y 176:

Artículo 171. Carácter preferente de las garantías reales: El carácter preferente propio de las garantías reales inscribibles o no, no se afecta por la eventual existencia de deudas tributarias a cargo del contribuyente.

Artículo 172. Garantías respaldan todas las obligaciones frente a la empresa: La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La extinción dispuesta por el artículo 3 de la Ley N.º 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa.

Artículo 176. Bloqueo registral: Los contratos que estas empresas celebren con sus clientes, podrán extenderse en documento privado con firma legalizada notarialmente, o ser protocolizado notarialmente, los mismos que serán inscritos sin necesidad de escritura pública en el Registro Público correspondiente, salvo los contratos cuyo valor exceda de cuarenta (40) UITs, en cuyo caso si es necesaria la escritura pública.

Advertimos que las normas que contiene la ley, en comentario, no involucran un cambio sustancial respecto a la ejecución judicial de la hipoteca. Ello evidencia que, pese a la categoría de empresas financieras que trabajan con el ahorro del público, no se ha establecido para ellas, en lo que se refiere a la ejecución, un proceso distinto a las demás personas. Hasta este punto correspondería preguntarse si es dable establecer una norma especial a fin de que las entidades financieras, a través de ella, estén facultadas para hacerlo en la vía extrajudicial, si tenemos en cuenta que en la ejecución judicial tampoco se ven diferencias.

No vemos una respuesta, de manera sencilla, a esta pregunta; pero es importante considerar que desde el primer capítulo hemos mencionado que las relaciones más relevantes entre acreedor y deudor hipotecario se dan justamente a través de las empresas del sistema financiero. Es más, las mediciones se hacen normalmente a partir del manejo que hacen las empresas de este rubro, con mayor razón si las propuestas de modificación legislativa parten del estudio de dichas relaciones, teniendo como base principal la función garantista que tiene el Estado con respecto al ahorro del público, conforme se contempla en el artículo 131 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702, 1996).

Abundan respuestas afirmativas a esta interrogante, pues las empresas del sistema financiero, justamente por esta función, son permanentemente fiscalizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, y tienen una regulación particular con respecto al patrimonio que manejan y su régimen de provisiones a fin de garantizar su solvencia. Pese a ello, hasta la fecha, esto no ha sucedido; y las empresas del sistema financiero están sujetas a la demora natural, que constituye el proceso de ejecución regularmente previsto, sin que ello no implique que existan normas específicas para estas empresas, que tienen que ver con un marco de protección especial<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> En el Capítulo Sexto, Título Primero, Sección Segunda de la Ley N.º 26702, sobre las garantías, establecen las

Estimamos que a partir de estos parámetros —si bien puede plantearse una norma especial que regule la ejecución de la hipoteca de las empresas del sistema financiero— merece cuestionarse si es que a partir de una variación de un régimen general, o en su defecto, deba crearse una normativa especial para este caso. Esta es una pregunta que absolveremos dentro del marco normativo que estamos estudiando.

Por otro lado, tenemos la Ley N.º 28698 (2006) a través de la cual el Estado ha establecido un régimen especial de ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias para los casos de programas de vivienda de interés social, cuyo valor máximo de la edificación no exceda los doce mil dólares americanos o su equivalente en soles. Esta norma resulta interesante, ya que mediante una norma de carácter especial se autoriza la ejecución extrajudicial de un inmueble, la cual realiza el mismo acreedor al mejor postor; es decir, sin precio base. Asimismo, establece la posibilidad de que el acreedor hipotecario solicite la adjudicación del bien en pago del crédito pendiente, con el único requisito de una tasación del inmueble. Más allá de los defectos que pudiera contener esta norma, nos da ciertas pautas, respecto a la permisión de la ejecución extrajudicial de una garantía hipotecaria de manera expeditiva, y la posibilidad de que el acreedor se adjudique el bien por el crédito moroso, superando el perjuicio de la nulidad del pacto comisorio establecido en el artículo 1111 del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984), con lo cual se encuentra en concordancia con el Proyecto de Reforma del Código Civil que propuso para su debate el Ministerio de Justicia (2006).

Esta norma es bastante sencilla, y tenemos que, en muchos aspectos, ha sido luego recogido por la Ley de Garantía Mobiliaria; no conocemos los efectos de la referida ley en el sistema general hipotecario, pero tampoco hemos visto que haya sido de trascendencia para el sistema financiero; pues no conocemos casos respecto a ellos. Entendemos que el problema principal radica, justamente, en que no se ha establecido taxativamente a quién debería emplazarse en este proceso extrajudicial fuera del deudor, ignorando el interés legítimo de quién aparezca como propietario al momento del retraso en el pago de la obligación; esto también es extensivo a toda otra persona que incluso pudiera tener un rango preferente a la hipoteca inscrita, como el caso de una hipoteca de primer rango.

---

potestades que tienen las entidades del sistema financiero respecto a los créditos que manejan, así como normas especiales a fin de cautelar a este tipo de empresas.

Estas normas ignoran el procedimiento de ejecución siendo que el mismo sí ha sido planteado en la Ley de Garantía Mobiliaria<sup>6</sup>; aunque también existen similares deficiencias respecto al emplazamiento o conocimiento respecto al proceso de ejecución extrajudicial por parte de quienes tienen legítimo interés.

De hecho, al no prever un conducto especial para acudir al órgano jurisdiccional en caso se produjera una ejecución arbitraria se tendrá que ir a la vía común dentro de los cánones establecidos de acuerdo con la cuantía de lo que se reclama, siendo que únicamente el inciso c) del artículo 5 de la referida ley prevé una penalidad del doble del valor del bien en la acción personal propuesta por el deudor contra el acreedor. Es decir, que la norma nos refiere una acción personal para, eventualmente, recuperar el valor de lo perdido en esta ejecución extrajudicial. A partir de lo expuesto, solo procedería una acción de amparo para una persona que se suponga que está violentando el debido proceso con una ejecución irregular, que deriva en la pérdida de la propiedad por parte del deudor para solicitar, eventualmente, una medida cautelar que suspenda dicho proceso extrajudicial de venta del inmueble o su adjudicación.

#### **1.2.5. Proyecto de Ley de Ejecución de Garantía Hipotecaria propuesto por el Consejo Nacional de Competitividad**

En los últimos años se ha venido trabajando un proyecto de ley —respecto al marco de la ejecución de la garantía hipotecaria— promovido por el Consejo Nacional de Competitividad del Ministerio de Economía y Finanzas, con la intervención de ASBANC y el Poder Judicial a partir de los jueces y vocales que corresponden a la especialidad comercial en la ciudad de Lima. Esto ha dado lugar a un proyecto de ley que se pretendía presentar ante el Congreso, en el cual se introducen modificaciones interesantes al proceso de ejecución, cuyo resultado es sumamente relevante para el presente trabajo<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> En referencia a ello, en el Capítulo Único del Título III de la Ley de Garantía Mobiliaria (Ley N.º 28677), se establecieron las pautas de la ejecución de las garantías mobiliarias.

<sup>7</sup> Este proyecto es la culminación de los estudios que datan del documento emitido: *Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales*, Ob. cit., y *Propuestas de reformas urgentes al Código Civil*. Ahora con la concurrencia de los especialistas en el rubro, tanto del Poder Judicial como de las entidades financieras, y con la colaboración de los Estudios de Abogados encargados de este tipo de procesos, se plasma un proyecto que conforma un cuerpo que pretende regular la ejecución de la hipoteca en un solo cuerpo aparte de lo establecido en el Código Procesal Civil. Documento elaborado por el Consejo Nacional de Competitividad, y remitido por el Banco de Crédito del Perú a Consultoría JCYE S.A.C. (Estudio Caillaux S.A.C.).

Entre las reformas relevantes, se aborda de manera especial el tema del emplazamiento, precisando que el propietario del bien al momento de la presentación de la demanda debe ser parte ejecutada necesaria. Asimismo, precisa la publicidad de la ejecución, indicando que el juez encargado de la ejecución procesal ordenará la inscripción del mandato de ejecución sin mayor trámite, aunque no precisa los detalles del mismo, así como la verificación del estado de otros embargos inscritos o ejecuciones a fin de determinar la situación de dichos procesos, y conocer si el bien materia de ejecución ha sido rematado.

Otro punto relevante es el referido a la tasación del inmueble, donde se establece un procedimiento abreviado, en cuya etapa de ejecución se define el monto a partir de la tasación presentada por el ejecutante con la demanda y las observaciones que presentara la contraria, a la que adherirá, necesariamente, el informe de perito colegiado que la sustenta. Esto abreviaría considerablemente este procedimiento pues entre la elección, nombramiento del perito y la evacuación del informe pericial tal cual están las normas en la actualidad puede transcurrir hasta más de seis meses.

Estimamos que el punto más discutible, pero que es el aporte más relevante del proyecto es que la etapa cognitiva de estos procesos concluirá con un auto apelable con efecto suspensivo, solo si ha sido declarada fundada la oposición o lo que ahora llamamos contradicción. Entendemos del proyecto que cuando se declara infundada la oposición, la apelación es sin efecto suspensivo y no suspende el remate, salvo que se consigne el equivalente al monto dispuesto en el mandato de ejecución. Este punto nos parece bastante discutible, pues, si bien abrevia el proceso de manera importante, no es menos cierto que establece una diferencia respecto a la posición del deudor y acreedor dentro del proceso que puede ser discutido constitucionalmente. Por otro lado, la implementación de un sistema así exige que los magistrados de primera instancia tengan una confiabilidad no solo objetiva sino subjetiva para el común de las gentes, a fin de que no se genere la idea de que se está propiciando un proyecto en beneficio exclusivo para los acreedores.

## CAPÍTULO 2

### PROBLEMAS TRASCENDENTALES QUE SE ADVIERTEN EN NUESTRO CÓDIGO PROCESAL CIVIL SOBRE LA EJECUCIÓN JUDICIAL DE LA HIPOTECA

Hemos visto que las reglas sobre ejecución judicial de la hipoteca las encontramos dispersas en diferentes normas; sin embargo, la norma madre, por la cual procedemos a la ejecución judicial de una hipoteca, es nuestro actual Código Procesal Civil. En base a esta norma plantearemos el bosquejo general de los principios generales que debe sustentar la ejecución judicial, así como verificar los problemas generales y específicos que podemos ubicar.

#### 2.1. Sobre los principios que sustentan la ejecución frente a nuestro marco procesal

La estructura general de la ejecución judicial de la hipoteca, en el Código Procesal Civil, responde a un texto de no mucha antigüedad. Todos los esquemas normativos ya reseñados regulan una serie de problemas que no se agotan en la normativa, que los contiene de manera autónoma, sino que cada uno de aquellos esquemas deben estar integrados de manera armónica, a efectos de preservar ciertos principios elementales que son pilares del debido proceso en la ejecución de garantía hipotecaria, y que son la materia directa de estudio en este trabajo. En este sentido, trataremos algunos problemas y sus eventuales soluciones, a la luz de dos tipos de principios fundamentales del debido proceso: el derecho a la defensa a partir de su reconocimiento constitucional<sup>8</sup> y los principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales<sup>9</sup>, recogidos en el Título Preliminar del Código Procesal Civil.

<sup>8</sup> Constitución Política del Perú. Artículo 193. Principios y derechos de la función jurisdiccional: Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.”.

<sup>9</sup> Código Procesal Civil. Artículo V.- Principios de Inmediación, Concentración, Economía y Celeridad Procesales. Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

Sobre el derecho a la defensa, hay que puntualizar que no es el que refiere el artículo 2, inciso 23 de la Constitución Política del Perú; toda vez que esta norma se refiere al “derecho a la legítima defensa”, que se manifiesta cuando estamos frente a la respuesta o actuación que puede realizar cualquier ciudadano en caso de ser agredido de manera sorpresiva o irregular, y que además va a influir en el análisis que vaya a realizar el juez penal. En el caso del derecho a la defensa, estamos frente a un derecho fundamental que tiene todo ciudadano en los procesos donde sea parte o en los que se vea incurso, tal como lo ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional (2005). El derecho a la defensa, siguiendo con el máximo intérprete de nuestra Constitución (Tribunal Constitucional, 2002):

Garantiza que los justiciables, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. Por ello, el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos...

Por otro lado, cuando nos referimos a los principios de inmediación, concentración, economía y celeridad procesal debemos tomar en cuenta que, para el tema de la ejecución judicial de la hipoteca, tienen especial relevancia los tres últimos. Dentro de este esquema, a decir de COUTURE (Hinostroza, 2010), se denomina principio de concentración a “aquel que pugna por aproximar los actos procesales unos a otros, concentrando en breve espacio de tiempo la realización de ellos”; respecto al principio de economía procesal, Quintero y Prieto (1995) lo define como “la aplicación de un criterio utilitario en la relación empírica del proceso con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional”; además, el principio de economía procesal tiene, según Gozani (1992) como objetivo el lograr “un proceso ágil, rápido y efectivo, en el menor tiempo; finalidades que se consiguen poniendo el acento en la conducta a observar por las partes y en la simplificación que estructure el procedimiento”. Por último, el principio de celeridad procesal, siguiendo a MONROY (1979):

...es la manifestación concreta del principio de economía procesal por razón de tiempo (...). Este principio se presenta en forma diseminada a lo largo del proceso, por medio de normas impeditivas y sancionadoras a la dilación innecesaria, así como a través de mecanismos que permiten el avance del proceso con prescindencia de la actividad de las

partes...

En atención a la naturaleza del proceso de ejecución de garantías, se estima que su diseño ha tenido en cuenta estos principios, pues se entiende que debe prever un proceso rápido y expeditivo; sin embargo, como hemos visto en la parte introductoria —justamente lo que advertimos— son las deficiencias que existen para que cumpla su finalidad.

Así vemos que la Corte Suprema de Justicia (1997 y 1999) en las sentencias casatorias siguientes que corresponden a los casos Cas. N.º 208-97 y Cas. N.º 3115-99, señalan respectivamente lo siguiente:

El proceso de ejecución, dado su carácter especial no está destinado a obtener declaración alguna de derecho sino que tiene por objeto hacer efectiva una obligación que aparece consignada en determinado título al que la ley presume legitimidad, de modo que la acción ejecutiva origina un proceso autónomo, compulsivo para el cumplimiento de una obligación sin proceso declarativo previo del poder jurisdiccional, y en el que las partes de la relación procesal son el ejecutante y el ejecutado, acreedor y deudor respectivamente, en la relación material (...). Los procesos de ejecución de garantías son de naturaleza sumarísima y contienen un presupuesto de certeza del derecho alegado, debido a que lo que judicialmente se requiere está contenido en un título de ejecución que lo hace exigible, conforme al artículo 688 en concordancia con el artículo 720 del Código Procesal Civil.

Se trata de procedimientos muy simplificados en atención a la constancia documental y fehaciente de un crédito, y la sujeción de un bien determinado como garantía de su cumplimiento, estando previstas en el título las condiciones y circunstancias de la propia ejecución, por lo que la oposición posible se encuentra muy limitada, lo cual no elimina la posibilidad de contradicción ...

Más allá de la referencia a estos derechos y principios —en este tipo de proceso en particular—, nuestro análisis —si bien reportará comentarios de determinados tratadistas respecto de los temas específicos abordados— posee, sobre todo, una visión técnica y práctica en tanto se refieren a la aplicación de la normativa en su conjunto, en confrontación con la realidad. Debemos recordar lo que manifestó MONROY (1994) en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil celebrado en la Universidad de Lima:

El punto de partida ideológico de la gestación del nuevo Código Procesal Civil es que el Derecho es un instrumento de cambio. Asimismo, se parte de concebir al proceso judicial como el lugar ideal en donde el derecho y la realidad se interceptan. El nuevo ordenamiento procesal parte de la premisa de que el juez no debe optar entre normas, sino regularmente entre los valores discutidos en el conflicto.

Sin embargo, pese al esfuerzo normativo, en este sentido, y a los grandes avances que se han dado, se advierte todavía defectos congénitos, y otros originados por una mala práctica de algunos profesionales que han venido distorsionando nuestras normas procesales aprovechando algunas aparentes contradicciones y vacíos para propiciar el fraude, generando con ello procesos interminables que ingresan en un círculo vicioso, sin que pueda concluirse definitivamente el proceso. Esto ha degenerado a tal extremo que se han propiciado mafias que se encargan exclusivamente no solo dilatar los procesos de ejecución de garantías hipotecarias, sino que tienen como objetivo final levantar de manera fraudulenta las garantías sin haber sido plenamente honradas. En muchos casos, las soluciones jurisprudenciales han sido la fuente y referencia para poder resolver estos problemas; sin embargo, los casos no se han generalizado como para suponer que la jurisprudencia ha tendido a solucionar el problema normativo. Esto lo advertimos a partir de la práctica profesional por más de veinticinco años especializados en este tipo de procesos. Entendemos que aquí urge una solución normativa inmediata.

La forma como verificaremos los problemas será a partir de evidenciar las normas en las cuales se hallan, determinando —en cada caso— que es lo que pretendían regular tales normas, y cómo se han venido interpretando y aplicando realmente, verificando las distorsiones en el sistema y recomendar su urgente modificación, planteando algunas alternativas.

Asimismo, explicaremos cómo nuestras alternativas encuadrarían dentro de un esquema de ejecución extrajudicial de la hipoteca, tomando como patrón el Proyecto de Reforma del Código Civil elaborado por el Ministerio de Justicia (2006). Este aspecto merece dos reflexiones: en primer lugar, afirmar que no asumimos que tal proyecto sea —al final de cuentas— el que se apruebe, sino que constituye un punto de partida en el análisis, pues entendemos que tarde o temprano la ejecución extrajudicial de la hipoteca se admitirá en forma generalizada a través de la expedición de una ley, y por ello cuando planteamos una sugerencia de modificación del Código Procesal Civil, sobre este tema, no podemos ignorar

que esta sugerencia debe guardar congruencia con un nuevo texto que admita la ejecución extrajudicial de la hipoteca; asimismo —a partir del entorno que hemos analizado en el primer capítulo—, la sugerencia o planteamiento de admitir la ejecución extrajudicial de la hipoteca la consideramos una alternativa válida y viable, pero ello significa también que deba estar integrada y armonizada con las normas de ejecución judicial de la hipoteca en sus principios fundamentales que resguarden el derecho a la defensa y la celeridad procesal, aspectos que no podemos ignorar cuando fijemos planteamientos de reforma de ciertas normas del Código Procesal Civil. Esto significa que nuestra posición postula la ejecución extrajudicial de la hipoteca como alternativa de solución al problema de la carencia expeditiva de la ejecución, en tanto esté pactado por las partes.

No podemos ignorar el esquema normativo vigente, al que hicieramos referencia en nuestro capítulo anterior, pero tampoco lo que vendrá en el futuro, más aún cuando nuestra postura asume la ejecución extrajudicial de la hipoteca como alternativa de solución expeditiva, pero en determinados casos tal y cual verificaremos en el siguiente capítulo. Bajo este marco analizaremos algunos problemas surgidos dentro de la vigencia de nuestro Código Procesal Civil, y trazaremos potenciales soluciones.

## **2.2. Sobre la notificación a terceros en el proceso de ejecución**

En el esquema actual de nuestro Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993), el artículo 690, segundo párrafo, contempla que: “Cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a este con el mandato ejecutivo o de ejecución. La intervención del tercero se sujetará a lo dispuesto en el artículo 101”. Al respecto vale referir a la cita de ESCOBAR (Hinostraza, 1990) quien distingue entre citación, notificación y emplazamiento; pues nos encontramos frente a lo que es una notificación cuando, a criterio del magistrado, se le debe hacer de conocimiento a los terceros de lo que determine en su mandato ejecutivo o de ejecución que está dictando, ya que potencialmente podría afectarlos. Serán los propios terceros a quienes corresponderá verificar si, efectivamente, dicho mandato los perjudica y optar por incorporarse al proceso, acreditando, en este caso, los extremos de la afectación que pudiese producirse con respecto a su derecho.

Ya, en el capítulo anterior, comentábamos respecto a las modificatorias que habían surgido a partir de la expedición del Decreto Legislativo N.º 1069, en las que se precisaba a las personas que debían emplazarse dentro de un proceso de ejecución de garantías. Ahora, en

lo que se refiere a la notificación dentro del proceso de ejecución de garantía hipotecaria, el magistrado tiene el deber de notificar a quién —según un criterio objetivo asumido por él— pudiera verse afectado por el mandato de ejecución. Obviamente, aquí partimos de la limitación que tiene el magistrado respecto a lo que pudiera conocer a partir de la demanda presentada por el ejecutante y sus anexos, y de estos verificamos que uno de los documentos necesarios para presentar una demanda de ejecución de garantía es el certificado de gravamen del inmueble conforme lo dispone el artículo 720 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993). Entonces a partir de aquel anexo, el magistrado puede tomar conocimiento que otras personas cuentan con algún gravamen sobre el mismo inmueble, u otros tipos de derechos de los cuales pueden ser titulares terceros, que no necesariamente son el deudor o el garante hipotecario.

Entendamos que dentro del término “gravámenes” nos referimos a todo tipo de carga y gravámenes indistintamente, conforme lo ha establecido el propio Tribunal Registral. La discusión doctrinal al respecto no ha sido agotada hasta el momento, se carece de un criterio uniforme asumido<sup>10</sup>, por lo que corresponde a nuestro juicio entender —que dentro del término gravamen está incluido el de carga— como ocurre en la práctica cuando se nos expide un certificado de gravamen; previamente, el registrador público ha verificado cualquier tipo de acto que de alguna manera restringe o limita la propiedad, incluso dicho documento da cuenta de la existencia de una superficie a nombre de un tercero, aunque, como sabemos, tal derecho no es carga ni gravamen, sino una forma particular de un derecho real.

En estos casos, corresponde al magistrado notificar a todos los terceros que aparecen con algún tipo de derecho respecto al inmueble que es materia de ejecución. Sin embargo, tenemos que esta norma está ubicada dentro lo que se denomina “Disposiciones Generales” dentro del Título V titulado “Procesos de Ejecución”. Muchos jueces ignoran dicha norma y no la aplican en los procesos de ejecución de garantía, aunque es bueno precisar que esta contingencia se ha visto reducida a partir de la creación de los juzgados comerciales en Lima. Por otro lado, a nivel jurisdiccional, existen distintos criterios para su aplicación; algunos suponen que debe notificarse a los que tengan gravamen o derecho vigente previo a la

---

<sup>10</sup> Al respecto, la Segunda Sala del Tribunal Registral precisa en una de sus resoluciones que “la doctrina no se pone de acuerdo en cuanto a las diferencias entre cargas y gravámenes”. Así, la Enciclopedia Jurídica Omega cuando define gravamen indica que “el Derecho, como todas las ciencias culturales, está sembrado de términos de difícil entendimiento, entre los cuales puede mencionarse la voz gravamen”.

inscripción de la hipoteca materia de ejecución, mientras que otros entienden que debe notificarse a todos los que tengan derecho inscrito, incluso si fuera inscrito con fecha posterior a la hipoteca; esto es algo que hemos visto mucho en la práctica profesional desde la expedición de la norma en comentario.

Pero ¿Cómo es que se dan estos casos? Muchos suponen que la notificación o defecto de la notificación —en el proceso de ejecución de garantía a los terceros que pudieran ser afectados— se cumple, o se subsana, con la publicación de la convocatoria de remate judicial del inmueble en el diario de circulación nacional que para dicho efecto señala la ley como lo dispone el artículo 733 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93- JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993); situación que no corresponde a la realidad, pero que es aceptada por muchos magistrados y/o ejecutores coactivos. No entendemos cómo se puede suponer que una notificación obligatoria por mandato de la ley sea sustituida por una publicación del remate judicial de un inmueble que tiene por objeto únicamente publicitar el acto de remate para los eventuales postores, y que se lleva a cabo dentro de un proceso judicial ya concluido.

Incluso en varios casos se utilizan referencias muy generales —respecto al inmueble y gravámenes que contiene— para, justamente, evitar que quien tenga gravamen preferente pueda apersonarse al proceso con antelación al remate. Como se puede ver en este caso específico, incluso, hemos retrocedido, pues el artículo 612 del Código de Procedimientos Civiles (1975) derogado establecía que cuando se daba inicio a la ejecución procedía el embargo del inmueble —que era un acto inscribible—, pero que se otorgaba el rango de preferencia a partir de la inscripción de la hipoteca. Es decir, que nuestro Código de Procedimientos Civiles derogado otorgaba publicidad respecto al proceso judicial en trámite con la anotación del embargo, y ante ello, por lo menos había una presunción del conocimiento de este proceso a favor de los que, luego de la referida inscripción, adquirían derechos o renunciaban a ellos.

En este sentido, dentro de la legislación española, podemos ver que se admite la procedencia de la inscripción del inicio de la ejecución judicial de una hipoteca, limitándose con la publicidad cualquier supuesto por el cual se pretenda ignorar el carácter preferente que pudiera tener una hipoteca que ya se encuentra en ejecución judicial<sup>11</sup>. Esta observación

---

<sup>11</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil Español. Artículo 688.- Certificación de dominio y cargas. Sobreseimiento de la ejecución en caso de inexistencia o cancelación de la hipoteca:

confirma el problema latente de la notificación del tercero, el cual no está resuelto normativamente.

Frente a ello, se ha ensayado a nivel judicial durante los últimos diez años lo que se denomina la “medida cautelar de anotación de demanda de ejecución de hipoteca”. El camino que ha tenido esta salida jurisprudencial ha sido arduo, pues no fue aceptada por las salas comerciales de Lima en una primera oportunidad, más luego fue aceptada en determinados casos, incluso para ser aceptada, ahora, por consenso en un pleno distrital comercial (Corte Superior de Justicia de Lima, 2016).

La anotación de la demanda no es una medida cautelar específica prevista por nuestra normativa procesal; es más, se cuestiona que tenga las características de una medida cautelar propiamente dicha, pues esta está sujeta al razonamiento del magistrado de acuerdo con el caso concreto. En el caso de un proceso de ejecución de garantías, se hace necesario que en la práctica toda demanda necesite de la inscripción de este tipo de medida y la razón fundamental de ello es otorgar publicidad al proceso de ejecución de garantías frente a otros eventuales gravámenes posteriores y/o anteriores que pretendan la ejecución del bien, y que generen un desplazamiento en la prioridad del gravamen judicializado. Este tipo de medida ha ido mucho más allá al impedir que otro magistrado pueda levantar en un eventual remate la hipoteca que se encuentra en ejecución, pues conforme al artículo 739 inciso 2 del Código Procesal Civil, para la adjudicación del bien rematado procede dejar sin efecto todo gravamen que pesa sobre el inmueble materia de ejecución, con excepción de la medida cautelar de anotación de la demanda; por lo que al estar anotada la demanda de ejecución de hipoteca, esta no podrá ser levantada por otra autoridad judicial o coactiva.

Ahora, más allá de la tendencia judicial, respecto del uso de la anotación de demanda, no tenemos la certeza de que un magistrado nos concederá necesariamente esta medida, pues existe incluso un pronunciamiento de la Primera Sala Comercial de Lima (2006) que establece que solo procede dicha anotación de demanda en los casos que exista real peligro —que la

---

1. Cuando la ejecución se siga sobre bienes hipotecados, se reclamará del registrador certificación en la que consten los extremos a que se refiere el apartado 1 del artículo 656 y en la que se exprese, asimismo, que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro.

2. El registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de la hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere. En tanto no se cancele por mandamiento judicial dicha nota marginal, el registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución.

ejecución corra riesgo—, por lo tanto, si se advierte que no hay otros gravámenes inscritos sobre dicho inmueble fuera del que es materia de ejecución, no corresponderá otorgar dicha medida. La sala comercial, en este caso, no ha advertido que, con posterioridad, al inicio de la ejecución puede inscribirse otro gravamen y, luego producirse un eventual remate fraudulento a través de un proceso paralelo en otra sede judicial.

Es una lástima, pero en los últimos años quien más se ha aprovechado de esta laguna normativa no son las históricas mafias dedicadas a levantar los gravámenes de las entidades financieras, sino la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, a través de sus órganos coactivos.

En los últimos años, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria ha venido llevando a cabo procesos coactivos con embargos, que tienen una preferencia menor que una hipoteca inscrita anteriormente. Sin embargo, esta entidad ha venido desconociendo la preferencia de estas hipotecas, procediendo al remate del bien inmueble sin conocimiento del acreedor preferente. Esta entidad pública aduce que el Código Tributario no ha establecido que deba notificar directamente al acreedor preferente y que no le es aplicable las normas del Código Procesal Civil, añadiendo que en todo caso se ha dado publicidad al remate cuando se ha convocado el mismo en el Diario oficial *El Peruano*

Si bien la anotación de la demanda de ejecución de garantía hipotecaria viene a ser una solución transitoria a estos problemas, aquella es resultado de los abogados en su acuciosa tarea de buscar soluciones donde la normativa no nos ha dado salida, y está lejos de ser la solución ideal, pues dependemos del juicio del juez respecto a su otorgamiento. A la fecha esta medida es comúnmente aceptada; sin embargo, no nos otorga la seguridad jurídica de que la medida no pueda ser levantada por otra autoridad judicial, coactiva o liquidador concursal.

El artículo 83, inciso g de la Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809, 2002) prevé que el liquidador —dentro del procedimiento concursal regido por la ley anotada— puede solicitar el levantamiento de las cargas y gravámenes que pesen sobre los bienes del deudor, siendo título suficiente para esto la presentación del contrato de transferencia y el Convenio de Liquidación, debidamente inscrito en los Registros Públicos. Esto ha traído como consecuencia que deudores se valgan de esta norma para transferir el inmueble a una empresa en liquidación, que no es deudor del acreedor preferente, y esta empresa liquidadora

proceda a la venta del inmueble, sin conocimiento del acreedor preferente, siendo que se ve perjudicado porque frente a esta empresa en liquidación existe pagos preferentes, mayormente laborales, que prácticamente dejan sin saldo o saldo diminuto a favor del acreedor preferente.

Por último, el deber que tienen los magistrados de notificar a todos los que pudieran ser afectados con la ejecución de la hipoteca, tal cual manifestamos anteriormente, no tiene un pronunciamiento uniforme dentro de la jurisprudencia, por lo que es necesario ajustar la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 690 del Código Procesal Civil, pero dentro de la lógica de un proceso expeditivo, cuya solución sea global y elimine la posibilidad de fraudes que propicien los deudores con la inscripción de diversas cargas y gravámenes posteriores a la hipoteca, materia de ejecución, a fin de perturbar el proceso.

### **2.3. Los litisconsortes necesarios pasivos en un proceso de ejecución de garantías**

Al respecto y para ubicarnos en el tema, tomando a colación lo dicho por Álvarez, Neuss y Wagner (1990): “la legitimación procesal de las partes debe resultar de la coincidencia entre quien deduce la acción (*legitimatio ad causam activa*) y quien figura en el título como acreedor y, también de la coincidencia de la persona frente a quien se deduce la acción y quien figura, también en el título, como deudor (*legitimatio ad causam pasiva*)”.

Los artículos 92 y 93 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993); se ocupan de la figura del litisconsorte, y, conforme expresáramos líneas antes, el artículo 690 de la misma norma procesal ha establecido que la legitimación pasiva necesaria en el proceso único de ejecución la encontramos en el obligado o deudor y en el constituyente de la garantía del bien afectado. Nótese que no incorpora como litisconsorte necesario al eventual propietario del inmueble.

Por otro lado, tenemos como una característica esencial de la hipoteca, su carácter persecutorio fijado por la Corte Suprema de Justicia (1996): “Por el derecho de persecución si el constituyente de la hipoteca procede a enajenar el inmueble hipotecado, el acreedor tiene el derecho de perseguir el bien, cualquiera sea su adquirente, con la finalidad de hacerse pago con el precio que se obtenga en el remate”. Por lo expuesto líneas antes, podríamos colegir que uno de los litisconsortes necesarios pasivos es el actual propietario del inmueble; sin embargo, a tenor del artículo 690 —primer párrafo del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993)— no se

advierte que se le reconozca como tal, por el contrario, la norma antes mencionada —en su segundo párrafo— tomaría como un tercero a quien pudiera afectar la ejecución, y a quien se está obligado a notificar mas no emplazar.

Sin embargo, en el artículo 1117 del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984), ya comentado en el capítulo anterior, se plantea la posibilidad de ejercitar la acción real contra el tercer adquirente del bien hipotecado; es decir, que, en estricto, dentro de un proceso de ejecución de garantía podría tenerse como emplazado al titular o propietario del bien inmueble hipotecado cuando es distinto al deudor principal y al garante hipotecario.

Sin embargo, el artículo 690 —primer y segundo párrafo del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993)— no se ha puesto en dicho supuesto al reconocer la calidad de titulares pasivos dentro de un proceso de ejecución de garantía, solo al deudor y al garante hipotecario; esta situación tiene consecuencias relevantes en la praxis procesal, pues se exige el emplazamiento de los titulares pasivos, sin advertir los casos en que se esté ejercitando la acción real contra el tercer adquirente, cuando en realidad es el propietario del bien inmueble el principal emplazado. Este vacío o defecto de la norma procesal debe ser corregida a efectos de resguardar el derecho a la defensa elemental de quien es propietario del bien inmueble, pero no es ni garante hipotecario, ni deudor.

Pero el problema no acaba ahí; al ser necesario emplazar, en algunos casos, al propietario del bien inmueble cuando se ejercite la acción real contra el tercer adquirente, o notificarlo con la demanda cuando se ejecute regularmente contra el deudor y garante hipotecario; el impase que surge es que, de acuerdo con nuestra norma procesal actual, se debe notificar en el domicilio real precisado o fehacientemente establecido por el propietario en mención. Lo que ocurre es que en la práctica se ha hecho muy común utilizar esta obligación del debido emplazamiento o notificación a los litisconsortes pasivos para propiciar el fraude.

Veamos, en el caso del propietario —quien puede ser una persona natural o jurídica, nacional o extranjera—. En el caso que sea una empresa extranjera que no tiene domicilio en el Perú, y de la propia partida que corresponde al inmueble se puede verificar que tiene domicilio en el extranjero, se debe proceder a notificarle vía consular conforme al artículo 162 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993). Esto se concluye a partir de una interpretación literal de nuestra norma

procesal, pero en el campo de los hechos genera serias distorsiones, pues la notificación por vía consular al extranjero demora más de un año o dos porque no es un mecanismo comúnmente usado, por ende, en tal escenario se generan distorsiones, que comúnmente debe durar un proceso de ejecución de garantías.

En la práctica procesal se ha podido salvar, en algunos casos, este problema, aplicando lo establecido por el artículo 21 de la Ley General de Sociedades, y, de esta forma, deducir que el hecho de que una persona tenga una o varias propiedades en el país implica que ejerce actividades económicas de carácter permanente en el Perú, por lo que en aplicación de la norma acotada debe presumirse domiciliada en Lima; de esta manera, procede su notificación por edictos en el Diario Oficial *El Peruano*, de no tener domicilio conocido en el Perú. Sin embargo, esta solución no ha sido unánimemente aceptada por nuestros magistrados al existir casos —a nivel de pronunciamientos de Corte Superior— que contrarían esta aplicación, aunque cada vez es más aceptada la aplicación de la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887, 1997) en razón de que los tribunales advierten que la fórmula de notificar o emplazar a la empresa extranjera en su domicilio fuera del país está siendo utilizada dolosamente para generar procesos interminables.

Respecto al emplazamiento o notificación de la persona natural residente en el extranjero —propietario de un inmueble— sí tenemos un vacío legal que no ha podido ser llenado, encontrándose una forma de dilatar el proceso de ejecución de garantías al transferirse la propiedad del bien a un tercero que reconozca en el documento de transferencia que su domicilio se encuentra en el extranjero. En algunos casos se ha planteado la aplicación del artículo 21 de la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887, 1997) vía analogía, cuando indica que: “La sociedad constituida y con domicilio en el extranjero que desarrolle habitualmente actividades en el Perú puede establecer sucursal u oficinas en el país y fijar domicilio en territorio peruano para los actos que practique en el país. De no hacerlo, se le presume domiciliada en Lima”, pero nos encontramos dentro del ámbito procesal, cuyas normas no son aplicables por analogía; y, por otro lado, atendiendo al fin tutelar y el principio integrador de la norma procesal se terminaría por aplicar el mismo criterio que para las personas jurídicas. Sin embargo, estas posiciones no están cimentadas, solo son alternativas a un problema latente aún no superado.

En estos casos, encontramos una grave distorsión de una norma que busca garantizar el derecho a la defensa del propietario del inmueble cuando domicilia en el extranjero, pero se

utiliza dolosamente para afectar el derecho del acreedor a un proceso rápido y expeditivo, situación que debe ser asumida por el legislador mediante una modificación normativa.

#### **2.4. Sobre el pago preferente**

Respecto al pago preferente, debemos referirnos —en primer lugar— a lo que se entiende por esta figura. Cuando se afecta un bien por un crédito específico, sea contractualmente a través de la constitución de una hipoteca, judicialmente a través de una medida cautelar de embargo en forma de inscripción, o mediante el reconocimiento que le otorga la ley a un título determinado. Cada uno de estos afecta a un mismo bien, entonces se da lugar a una concurrencia de acreedores. Frente a ello, y a fin de establecer a quién corresponde el pago es que existe una “preferencia” por la cual, judicialmente, se determina qué créditos se deben pagar primero frente a otros que concurren mediante ciertos actos procesales que determina la ley.

La figura más clásica para reconocer este derecho —como nos LEDESMA (2015)— es la tercería preferente de pago. Por ella, el tercerista busca cobrar con preferencia su crédito, sin tener interés en el derecho que se defina en el proceso originario.

Ahora, ¿por qué es relevante abordar la preferencia en el pago, dentro de la problemática de la ejecución judicial de la hipoteca? Entendemos que mediante el proceso de ejecución de garantía hipotecaria se busca satisfacer el crédito de uno o más acreedores. En tanto no se produzca el pago al acreedor que corresponde a la ejecución, el proceso no habrá logrado su objetivo final, y los problemas que se susciten, con respecto a la prelación de los pagos, dentro de la etapa de ejecución son determinantes, pues la ejecución recién concluirá con el pago al acreedor o los acreedores.

El artículo 100 —segundo párrafo del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993)— plantea de manera taxativa que puede intervenir en un proceso quien pretenda se le reconozca derecho preferente respecto a lo obtenido en la ejecución forzada. El tercer párrafo del mismo artículo precisa que dicha intervención se tramitará de acuerdo con lo dispuesto en el Subcapítulo 5, Capítulo II, Título II, Sección Quinta del referido código. Tomando en cuenta ello, verificamos que este subcapítulo se refiere al proceso abreviado de tercería preferente de pago; en conclusión, a partir de todo lo expuesto deberíamos decir que la preferencia en el pago se establece a partir del ejercicio de acción de una tercería que invoca quién se suponga tenga un derecho

preferencial, frente a quién está ejecutando el bien inmueble.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el artículo 747 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993) plantea que la preferencia en el pago se establece por el juez que lleva a cabo la ejecución del inmueble mediante un auto que podría ser observado dentro del tercer día. La resolución final puede ser apelada.

Entonces, queda claro que lo establecido por el artículo 747 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993) se opone a lo regulado por el artículo 100 del mismo código, generando dos caminos paralelos para solicitar el pago preferente en un proceso de ejecución. El primero, mediante un proceso denominado tercería preferente de pago; y el segundo, a través de un incidente dentro del mismo proceso de ejecución.

El artículo 747 se ve reforzado por lo establecido en el artículo 726 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993), el cual faculta a un acreedor —distinto al ejecutante que tiene afectado el mismo bien— intervenir en el proceso antes de su ejecución forzada, dependiendo de la naturaleza y estado del crédito, sus derechos.

De lo expuesto, podemos concluir que a la fecha no existe una sola ruta establecida para exigir el derecho preferente de pago; pues en la práctica existen dos caminos para reclamarlo; sin embargo, los jueces no, necesariamente, reconocen estos dos caminos. Así, aparece el camino de la tercería preferente de pago como la vía idónea para ejercitar dicho derecho; pero ello significa iniciar un proceso judicial autónomo con todas sus instancias e incluso recurrir en casación. Por otro lado, tenemos una vía más expeditiva, pero que, formalmente, no tiene el sustento de una tercería preferente de pago, aunque entendemos igualmente idónea para establecer la preferencia a través de un incidente dentro del mismo proceso de ejecución de garantías. Sin embargo, en esta segunda opción tenemos que el artículo 726 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993) admite que la preferencia, incluso pueda ser evaluada antes del remate, mientras que el artículo 747 del mismo código reconoce también ese derecho, pero precisa que debe ser resuelto luego del remate judicial; y cuando esté consignado el precio pagado por el adjudicatario.

Lo que sucede es que muchos magistrados reconocen únicamente la tercería preferente de pago como mecanismo para establecer fehacientemente la preferencia e interpretan los artículos 726 y 747 del Código Procesal Civil como un camino a seguir, en tanto no haya — por parte de los apersonados al proceso— observación alguna respecto a la preferencia en el pago. Entonces, cuando dentro de un proceso de ejecución de garantías se presenta una persona alegando algún crédito preferente, los jueces emiten un auto reconociendo su calidad de tercero no ejecutante y manifiestan que su preferencia se determinará oportunamente. Frente a ello, el tercero no tiene otra alternativa que plantear paralelamente su tercería preferente de pago; pues es incierto que el juez determine la preferencia mediante un auto definitivo, pues ello solo lo realizaría si la intervención fuera una vez producido el remate, y que se haya consignado el precio del bien rematado ante el juzgado. La pregunta es qué sucedería si efectuado el remate, el ejecutante pide la adjudicación en pago y no se ha presentado tercería preferente de pago alguna; en ese caso, entonces, quién tendría la preferencia en el pago podría haber perdido la oportunidad para hacerla valer, en tanto no se reconoció dicha preferencia judicialmente antes de producirse el pago.

Como vemos, la dualidad de estas normas genera problemas insospechados y los jueces — de manera no intencional— se prestan para ello al no estar claramente determinada la manera de cómo establecer la preferencia en el pago. Incluso muchos magistrados establecen la preferencia en un incidente previo al remate, reconociendo de manera expresa el derecho preferente de uno frente a otro mediante un auto, para ello invocan el artículo 726 del Código Procesal Civil que señala que “Un acreedor no ejecutante que tiene afectado el mismo bien, puede intervenir en el proceso antes de su ejecución forzada. Sus derechos dependen de la naturaleza y el estado de su crédito.” y el artículo 747 de la misma norma que establece que:

Si son varios los ejecutantes con derecho distintos, el producto del remate se distribuirá en atención a su respectivo derecho. Este será establecido por el Juez en un auto que podrá ser observado dentro del tercer día. Si luego de la distribución hay un remanente, le será entregado al ejecutado.

En fin, frente a tres alternativas distintas queda claro que los jueces admiten la posibilidad de que se les plantee una tercería preferente de pago; pero frente al caso de resolverlo mediante un incidente —dentro del mismo proceso de ejecución de garantía— no existe uniformidad de criterios, pero los acreedores optan por este camino porque es más célere que un proceso

de tercería preferente; sin embargo, estos deben actuar con suma cautela para no perder la preferencia en el pago; esto incluso fue materia de debate en un pleno comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima (2015) donde la posición mayoritaria optó por el camino de la tercería preferente de pago.

Estas circunstancias exigen un cambio normativo urgente que concilie estas posiciones, teniendo en cuenta que la preferencia en el pago no es una tarea difícil de establecer, y que se necesite de un proceso autónomo para determinarla para el caso en que deba ser una acreencia reconocida judicial y registralmente, salvo en los casos de deuda laboral, la cual no necesita de la inscripción registral, o de tipo tributaria por mandato de la ley<sup>12</sup>. Urge, pues, una modificación normativa a efectos de clarificar este problema que dificulta la ejecución de la hipoteca. Esta solución deberá tener en cuenta la no afectación del derecho de terceros acreedores, para ello su notificación debe estar garantizada.

## **2.5. Sobre la etapa de ejecución dentro de un proceso de ejecución de garantía**

Según precisa el artículo 689 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993), solo procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título sea cierta, expresa y exigible. En este sentido, Hinostroza (2010) trae a colación a Walter ANTILLÓN para sostener que el derecho, cierto, es aquel “[...] cuya existencia no aparece controvertida [...]”, agregando que el objeto de la obligación —en cuanto a su número, cantidad, calidad, etc.—, como las personas que intervienen, están determinados en forma exacta y precisa, no pudiendo ser confusos o equívocos.

En lo que se refiere a la obligación expresa, este mismo autor cita a Nelson MORA para decirnos que el término proviene del Latín *expressio*, *expressus* que significa declarar precisamente lo que se quiere dar a entender; debe expresarse en él, el contenido y el alcance de la obligación, las partes vinculadas y los términos en que la obligación se ha estipulado. No valen pues, las expresiones meramente indicativas o representativas de la existencia de la obligación, ni tampoco las expresiones presuntas.

---

<sup>12</sup> El artículo 6 del Código Tributario establece que las deudas por tributos gozan de privilegio general sobre todos los bienes del deudor tributario y tienen prelación sobre las demás obligaciones salvo que concurran con el pago de remuneraciones, alimentos y obligaciones garantizadas por hipoteca. La administración tributaria cuando se presenta estos casos no necesariamente procede a embargar el bien sino que por el mérito de la deuda se apersona al proceso y plantea su preferencia en el pago.

En lo relativo a obligación o derecho exigible —de acuerdo con Walter ANTILLÓN, citado por Hinostroza (2010)— refiere que el derecho exigible es aquel “cuyo cumplimiento no está sujeto a plazo o condición”.

Conforme lo establece el artículo 720 inciso 2 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993), el demandante —dentro de un proceso de ejecución de garantía— anexará a su demanda el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta de saldo deudor. Sobre este último documento se afirmaba que debía cumplir con contener una obligación cierta, expresa y exigible, además líquida o liquidable. Al respecto, durante muchos años se cuestionaba el valor de una liquidación de saldo deudor, pues si bien era una obligación ineludible presentarla, algunos magistrados la tomaban de manera referencial a la obligación, y por lo tanto, lo que verificaban es si la obligación principal era cierta, expresa y exigible, pero respecto a la liquidación de la deuda —cálculo de intereses y otros conceptos—, dejaban esa tarea para luego de la etapa cognoscitiva del proceso, en fase de ejecución forzada. Esta posición no era uniforme, muchos jueces se pronunciaban respecto a la liquidación total presentada por el ejecutante, determinando la suma al momento de presentar la demanda, sin perjuicio de liquidarse la deuda en ejecución de sentencia, con respecto a lo que pudiera ser liquidable, respecto al tiempo que duró el proceso.

Todo lo mencionado cambió con la expedición de los precedentes fijados a propósito del Sexto Pleno Casatorio, Casación N.º 2402-2012-Lambayeque, a partir del cual la Corte Suprema de Justicia (2012) establece la obligatoriedad de presentar la liquidación de la deuda, con referencia al capital adeudado, así como la tasa, tipo o clase de interés aplicado, precisando los periodos correspondientes, mientras que los intereses adeudados y otras obligaciones pactadas deben ser calculadas o liquidadas en la etapa de ejecución de sentencia.

En este sentido, si la contradicción plantea que no se ha aplicado la tasa que corresponde o se ha hecho en periodos que no procede, entonces el magistrado podría pronunciarse sobre estos extremos de la impugnación, pues cuestiona elementos formales que debe contener la liquidación; pero si la misma pretende cuestionar en la etapa cognoscitiva lo referente a la operación aritmética, que es propio de la liquidación, entonces el juez debería denegar dicha contradicción; pues el cálculo, propiamente dicho, se hace en ejecución de sentencia.

Cuando el proceso se encuentra ya en ejecución —en la medida que el monto capital no

supera al del gravamen a efectos de disponer el producto del remate—, el magistrado, previamente, ordenará que se nombre peritos para proceder a la liquidación de la deuda; ello en atención a lo establecido por el artículo 746 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993), así como también lo refiere el Pleno Casatorio señalado. Este procedimiento al igual que el de la pericia valorativa del bien inmueble ordenada se pondrá en marcha, también en ejecución de sentencia cuando la tasación del bien inmueble hipotecado presentada con la demanda, exceda de dos años de antigüedad al momento del remate. Estos procedimientos son los que plantean un mayor tiempo para proceder al remate del bien. Ello genera una distorsión del tiempo, bastante fuerte, que puede llegar al año; o, más, en la etapa de ejecución, con el perjuicio que supone para la ejecución.

Frente a ello se debe buscar mecanismos normativos que, por un lado, garanticen que el ejecutante no pretenda ir más allá de lo que realmente le deben; pero, por otro lado, aseguren la existencia de un mecanismo expeditivo para que dicho proceso cumpla su finalidad, en el más breve tiempo. Para expresarlo en cifras, el nombramiento de peritos y su aceptación tiene un plazo promedio de cuatro a seis meses, el cual consiste en que el magistrado los propone mediante un sistema aleatorio y, luego aquellos deben apersonarse y juramentar, realizando una propuesta de honorarios; y solo una vez aceptado por el juez es que procederán a hacer el trabajo para el que fueron designados.

Esto sucede, de igual forma, con la tasación que se ordena respecto al inmueble, cuando la presentada juntamente con la demanda ha excedido de dos años al momento de pedirse el remate. A mayor abundamiento verificamos que también el artículo 720 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993), en su inciso 3, prevé que se debe acompañar el documento que contenga tasación comercial actualizada y realizada por dos ingenieros y/o arquitectos colegiados, no siendo necesaria la tasación si las partes han convenido el valor actualizado del bien conforme expresa el inciso 4 de la norma acotada.

Ya es costumbre establecer el valor comercial del bien al momento de constituirse la hipoteca; pero también es un hecho que cuando llega el momento de rematarse el bien, y ha transcurrido más de dos años, los magistrados solicitan una nueva pericia valorativa del bien inmueble para preservar su valor constante, y que no sea rematado a un precio diminuto. El plazo de dos años se ha venido construyendo jurisprudencialmente, a partir de la expedición

del actual Código Procesal Civil; es un plazo relativo, pero ya cimentado por la jurisprudencia, pues se trata de preservar el valor del bien, y ese era el espíritu de la norma contenida en el artículo 720, inciso 3 y 4 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993).

Lo que sucede es que al igual que la liquidación de la deuda en ejecución de sentencia, también la pericia valorativa que debe ordenarse —pues ya se excedió los dos años de la antigua tasación— genera dilación en el proceso que puede durar un año o más, distorsionando claramente la naturaleza del proceso de ejecución de garantías. Urge, pues ciertas modificaciones que permitan cumplir la finalidad del proceso de ejecución de garantías en la etapa de ejecución, dentro de un plazo razonable, pues de otra manera se podría duplicar el tiempo invertido respecto de la etapa cognitiva.



### CAPÍTULO 3

## PROPUESTAS AL MARCO GENERAL NORMATIVO DE LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA

Luego de la revisión de la problemática e incluso planteando algunas propuestas generales estimamos importante proceder a proponer modificaciones a nuestro sistema normativo pretendiendo dar respuesta a las interrogantes que nos hemos venido haciendo durante este trabajo como un ensayo que esperamos pueda ser materia de debate para su inserción.

### **31. Se debe plantear una Ley de Ejecución de Garantía Hipotecaria o solo modificar el Código Civil**

Nuestro Código Civil tenía previsto en la Sección Cuarta del Libro V, la regulación de las garantías reales —en general donde destacaban tanto la hipoteca como la prenda—. Y pese a los proyectos de cambio respecto a esta materia, lo que se suscitó, en la realidad, fue la expedición de la Ley de Garantía Mobiliaria —que sustituyó prácticamente la parte que correspondía a la prenda—; no solo ello, sino que en la misma norma se establecieron las pautas procedimentales a seguir en caso de ejecución de la garantía mobiliaria.

La derogada Ley de Garantía Mobiliaria planteaba, como regla general, la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria y solo como una vía subsidiaria su ejecución judicial. La vigente ley de la materia ha puesto ambas vías como alternativas sin plantear preferencia entre una y otra, aunque esta ley se explique en explicarnos respecto a la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria<sup>13</sup>. Estimamos que una de las razones fundamentales para la expedición de una norma especial ha sido diferenciarse sustancialmente de su antecedente, recogido en el Código Civil (prenda); y otorgar uniformidad al tratamiento de la garantía mobiliaria. En este sentido, entendemos que más allá de la *ratio legis* de la Ley de Garantía Mobiliaria (Ley N.º 28677, 2006), nos encontramos frente a un cuerpo legal de naturaleza sustantiva y procesal que regula la garantía mobiliaria y su ejecución.

Frente a ello, consideramos relevante tener en cuenta este antecedente que se ha puesto en

---

<sup>13</sup> El artículo 47 de la Ley de Garantía Mobiliaria derogada (Ley N.º 28677) establece que solo excepcionalmente si mediare pacto o no pudiera producirse la venta extrajudicial del bien afectado en garantía procede su ejecución bajo las normas del Código Procesal Civil. El artículo 48 de la vigente Ley (Dec. Leg. 1400) pone en un mismo plano la ejecución como la extrajudicial.

práctica con interesantes resultados, y verificar si se puede proceder con la misma lógica para tentar cambios normativos importantes —como la incorporación de la ejecución extrajudicial de la hipoteca—, sea a través de un cuerpo legal autónomo distinto al Código Civil, o si más bien correspondiere realizar cambios en las normas procesales y adecuar la norma sustantiva a aquellas, sin intentar la expedición de una ley especial. Este razonamiento resultará central para los próximos puntos que abordaremos.

En conclusión, la respuesta dependerá de qué tipo de cambio queremos hacer pues si sólo procedemos a la modificación del texto procesal entonces sólo procede que la misma alcance al Código Procesal Civil y al Código Civil para su adecuación, pero si lo que se propone es un cuerpo sustantivo y procesal autónomo con cambios trascendentales en ambos, entonces lo más lógico es generar una ley que incluya ambos aspectos como fue la Ley de Garantía Mobiliaria (Ley N.º 28677, 2006). No vemos la necesidad de una ley de ejecución de garantía hipotecaria salvo que se incorpore desde ya la ejecución extrajudicial aunque sabemos que existen opiniones distintas a la nuestra pues a la fecha tenemos un proyecto de reforma que plantea dicha figura que comentaremos más adelante.

### **32 ¿Cómo resolver los problemas derivados del Código Civil en lo que respecta a la ejecución de la hipoteca?**

En el capítulo anterior, reseñamos algunos problemas en la ejecución de la hipoteca que encontramos en el Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984). La actual tendencia en el Derecho Civil, en general, es que fuera del mecanismo regular para la modificatoria de una norma; existen otros que plantean, de manera tácita, la modificación de la norma a partir de un precedente que debe ser cumplido por todos los operadores de justicia. Nos referimos a los precedentes judiciales expedidos por los vocales supremos civiles reunidos en pleno casatorio —en virtud del artículo 400 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993)—, que son obligatorios para todo magistrado en lo que corresponde a la aplicación de normas adjetivas y sustantivas de derecho civil, a fin de que se dilucide, de la forma prevista en ellos, la interpretación de una norma que resulta oscura o poco clara, aunque —como dijimos— muchas veces se llega a modificar alguna norma para ello<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Para citar un ejemplo, en el Sexto Pleno Casatorio, Cas. N.º 2402-2012-Lambayeque respecto a la materia de ejecución de garantía se ha establecido requisitos adicionales para la presentación de una demanda de ejecución de garantías que no estaba prevista en la norma procesal.

Otra alternativa se da a través de la jurisprudencia vinculante y el precedente vinculante — previstos en los artículos VI y VII del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237, 2004) respectivamente—. En cuanto a la jurisprudencia vinculante, todo magistrado está en la obligación de aplicar e interpretar las leyes según la Constitución, y conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional; y respecto al precedente vinculante, las resoluciones del Tribunal Constitucional —cuando sus propios miembros lo decidan— establecen reglas con carácter de precedente, las cuales deben ser cumplidas y respetadas por todo magistrado en su contenido normativo, de tal manera que se entiende que ante un vacío de la norma, la resolución deberá cubrirlo.

Estas dos soluciones no son las más saludables para establecer modificatorias a la ley; sin embargo, se han venido usando constantemente. Urge por ello rescatar el camino natural, que es la modificatoria de una norma a través de otra.

Dicho esto, estimamos necesaria la precisión que contiene el artículo 1101 del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984) respecto a la extensión de la hipoteca, a partir de una modificación de la norma que comentábamos en el capítulo anterior. Si bien la norma resulta, en principio, precisa respecto a que se extiende la hipoteca al bien inmueble, entendemos que deberá establecerse de forma taxativa —que dentro de lo que denominamos accesorios importa toda edificación que se construya en ella con posterioridad a la constitución de la hipoteca.

Si bien a la fecha ya existe una tendencia jurisprudencial clara que respeta esta interpretación, ella no resulta suficiente; por lo que, si se aprobara un nuevo cuerpo normativo que admita, eventualmente, la ejecución extrajudicial de la hipoteca deberá estar claramente establecida la posición frente a los alcances del artículo 1101 del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984).

Respecto al artículo 1117 del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984) —que comentáramos en el anterior capítulo—, también merece especial atención; pues importa que el ejercicio de la acción personal no obstaculice al acreedor para que pueda ejercitar la acción real para la satisfacción de su crédito. Más allá de las posiciones frente a la interpretación de esta norma, la dificultad que se deriva de ella es si resulta razonable que un

acreedor, teniendo a su favor una garantía real, pueda utilizar otra vía paralela para el cobro de su acreencia. No olvidemos que el artículo 692 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993) establece que el acreedor está impedido de solicitar medidas cautelares cuando su deuda se encuentra suficientemente garantizada con hipoteca, prenda (garantía mobiliaria) o anticresis.

Estimamos que esta norma procesal nos da la solución a este problema, pues nada obsta para que se ejerza la acción real paralelamente a la acción personal, para el cobro de una deuda. La limitación existe para el proceso de obligación de dar suma de dinero, en el cual — a la luz del artículo 692 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993)— deberá establecerse al momento de solicitar la medida cautelar si es que esta deviene en un exceso porque el crédito se encuentra suficientemente garantizado con la hipoteca, en cuyo caso será denegada la medida.

Por estos motivos, consideramos que el artículo 1117 del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil, 1984) debe modificarse, en el sentido que la acción personal y la acción real ejercida por el acreedor no son excluyentes entre sí, y que importa también la acción contra el tercero adquirente del bien hipotecado. Esta modificatoria ya no plantearía la supuesta restricción respecto a que la acción paralela personal se permite solo cuando uno dirige su acción contra el tercero adquirente del bien inmueble.

No encontramos ninguna lógica para la interpretación restrictiva de la norma —que se plantea desde una lectura literal— respecto al ejercicio de las dos acciones, únicamente si es que existe un tercero adquirente contra quién dirigir la demanda.

### **3.3. Los cambios normativos urgentes que deben darse en nuestro Código Procesal Civil respecto a la ejecución de la hipoteca**

Entre los problemas normativos que tenemos dentro del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993), el artículo 690 merece una modificatoria a fin de clarificar a quienes se les debe emplazar y notificar, así como la oportunidad para hacerlo. En este sentido, consideramos que —dentro del alcance de terceros que refiere la norma procesal en dicho artículo— no solo se considera terceros a quienes tengan un interés directo respecto a la suerte del inmueble por ser titulares de algún tipo de derecho, sino que consideramos que se encuentran también los acreedores que han

inscrita algún tipo de gravamen sobre el inmueble, sea de naturaleza real o personal. En este punto disintimos de lo que nos LEDESMA (2015) al establecer dos tipos de terceros en cuya calificación no se incluye a todos los supuestos del artículo comentado<sup>15</sup>.

En este marco, consideramos que dentro de un proceso de ejecución de garantías deberá emplazarse conforme lo establece el primer párrafo del artículo 690 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993), notificando tanto al deudor y, en su caso, al constituyente de la garantía. Deberá notificarse además y necesariamente a todos los que tienen gravamen a favor —de forma previa o posterior— de la hipoteca, así como al propietario vigente hasta la fecha de la presentación de la demanda con el fin de que se apersonen al proceso de considerarlo pertinente, y resguardar sus derechos. Actualmente, para la notificación de estos últimos se invoca el artículo 690, Segundo Párrafo del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993); sin embargo, estimamos que la notificación al propietario y a los que tienen gravamen o derechos sobre el bien sea previa o posterior a la hipoteca al momento de la presentación de la demanda; debe estar contemplado expresamente en el primer párrafo de la norma, precisando que cuando la ejecución tiene por objeto un bien inmueble deberá notificarse al propietario y a cualquier persona que tenga gravamen o derecho sobre ese bien previo a la garantía que es materia de ejecución; añadiendo a toda persona que tenga gravamen o derecho previo al inicio de la ejecución, aunque pueda ser posterior a la hipoteca materia del proceso.

La razón de ello es que, al momento de constituirse la garantía, el acreedor verificó el título de propiedad y sabía quiénes eran los que tenían gravámenes preferentes respecto al suyo, siendo natural que se proceda a la notificación de sus titulares. Esto también se verifica al momento de iniciar la ejecución de la hipoteca, pues en dicho momento será necesario notificar a quienes tengan gravámenes o derechos sobre el mismo inmueble.

Ahora, con respecto a los que tengan gravamen —con posterioridad a la garantía y al inicio de la ejecución de la hipoteca— se entiende que conocen ya de dicha carga, y deberán ser diligentes para preservar su derecho. De hecho, para ello, la herramienta natural que preserve cualquier situación respecto a la ejecución preferencial de una hipoteca es que se proceda a

---

<sup>15</sup> LEDESMA nos refiere que se considera tercero a quien no es parte de la relación procesal, pero tiene un interés jurídico relevante en el objeto de discusión. Situación distinta al tercero como acreedor no ejecutante —que refiere el artículo 726 del Código Procesal Civil, a quien según refiere la citada—, existe un imperativo tácito implícito en la norma procesal de ser citados con el inicio de la ejecución forzada.

publicitar el inicio de la ejecución judicial a través del registro público donde se encuentra inscrito el inmueble. Para ello —y siguiendo una corriente no solo nacional, sino del derecho comparado—, estimamos que dicha anotación debe hacerse a través de un mecanismo automático por parte del magistrado una vez que expida el mandato de ejecución, ordenando al registrador que proceda a anotar que dicho inmueble es materia de ejecución ante su despacho. Esta inscripción no podrá ser levantada, salvo orden expresa del juez que la ordenó. La propuesta planteada debe prever la situación de hipotecas que —no teniendo el rango preferente— procedan a anotar el inicio de la ejecución en la misma partida. No se trata solo ahora de la inscripción del inicio de la ejecución, sino de su levantamiento cuando culmine la ejecución, con la adjudicación del inmueble a un postor; en estos casos, el magistrado tendrá la facultad de ordenar el levantamiento de todos los gravámenes, incluyendo los que corresponden a la inscripción del inicio de la ejecución ordenada por otro juzgado, pero que no tenga rango preferente al que es materia de ejecución; en todo caso, de tener rango preferente no operará contra él dicha facultad.

En este sentido, es necesario ubicar esta propuesta —que nos parece podría insertarse como un párrafo adicional— en el artículo 721 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993), la cual establezca que cuando se conozca de un proceso de ejecución, el juez ordenará que se remitan partes judiciales al registro de propiedad inmueble correspondiente a la oficina registral de la región a fin de inscribir dicha ocurrencia, precisando que dicha anotación no podrá ser levantada por ninguna otra autoridad o persona que no sea el mismo magistrado, con la salvedad del magistrado que tenga la ejecución de una hipoteca con rango preferente a la que es materia de ejecución.

De igual forma, se deberá modificar el artículo 739 inciso 2 (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993), precisando que con el mandato de adjudicación se ordene el levantamiento de todos los gravámenes, con excepción de la anotación de la demanda y la que ordena el inicio de la ejecución de la hipoteca, circunscribiéndose su levantamiento a lo establecido en el artículo que regularía la inscripción del inicio de la ejecución de la hipoteca.

Estimamos que, de producirse estas modificaciones, daremos un paso avanzado respecto a la forma como se han venido llevando los procesos de ejecución de garantía y cómo resguardar los derechos de los terceros a partir de la anotación de la demanda —que ha sido

una creación jurisprudencial útil, pero imperfecta, pues está supeditada al pedido de parte cuando es de interés no solo del ejecutante plantear el inicio de la ejecución, sino de terceros con interés respecto al bien—.

Por otro lado, se debe regular la problemática de la notificación al propietario del inmueble hipotecado que tenga domicilio fuera de la jurisdicción nacional donde se encuentra el inmueble. Para ello, entendemos que se debe añadir al segundo párrafo del artículo 690 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993) que si el propietario del inmueble hipotecado tiene su domicilio fuera del territorio nacional, se le notificará en el último domicilio fijado por él en el país o, en su defecto, mediante una publicación única en el diario encargado de los avisos judiciales de la región; procedimiento que se haría extensivo para los titulares de otros derechos que se encuentren en la misma condición antes del inicio de la ejecución de la hipoteca.

Esta modificación es relevante, a efectos que los magistrados no tengan que recurrir a lo establecido en el artículo 21 de la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887, 1997) —que se refiere a las personas jurídicas— para subsanar este vacío legal, más aún si existiendo este artículo muchos magistrados se resisten a su aplicación. Más grave es la situación cuando una persona natural es la propietaria del bien y reside en el extranjero, pues ya no contamos con norma alguna adonde remitirnos; y los magistrados justos, pero más audaces recurren a soluciones casuísticas muy imaginativas a fin de superar esta valla, pero su actuación no está libre de eventuales nulidades que el propietario deduzca, entorpeciendo la ejecución.

El problema central radica en la notificación que se deba realizar a los terceros, incluyendo al propietario, que debe ser superado con una modificación normativa.

Otro problema que tocamos en el capítulo anterior fue la regulación del pago preferente. Dábamnos cuenta de que existían normas que planteaban —dentro de un proceso de ejecución— caminos paralelos para hacerlo efectivo. Para nosotros, el pago preferente —dentro de la ejecución— debe darse de manera ágil, por lo que la norma general debería propender a que se tramite mediante un incidente que sea promovido ante el mismo magistrado que lleva a cabo la ejecución. En este sentido, nuestra propuesta plantea que la preferencia en el pago se establezca incidentalmente conforme lo establecen los artículos 726 y 747 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993) y que el auto que lo defina sea apelable ante la Sala Superior

como última instancia.

En este caso, el magistrado verificará el orden de prelación —de acuerdo con la temporalidad de la inscripción en los registros públicos— de las afectaciones o derechos sean de donde emane entre quienes se apersonen al proceso previo al pago. Cuando se trate de oponer derechos de otra naturaleza que no consten en los registros, o que se pretenda prevalecer un derecho o gravamen inscrito posteriormente del que tiene preferencia natural por la inscripción, solo procederá la interposición de una tercería preferente de pago ciñéndose a las formalidades y requisitos establecidos en la norma de la materia.

Estas precisiones son importantes porque la discusión puede revestir de mayor complejidad, pues se trata de derechos de crédito, en el que su preferencia no es definido solo por criterios temporales, sino por el tipo de derecho que representa. Así tenemos que las deudas estrictamente laborales tienen prevalencia respecto a las demás deudas corrientes, aunque no tengan inscrita una medida cautelar sobre el bien que pueda ser materia de ejecución; igualmente, las deudas tributarias tienen esta prevalencia respecto a deudas corrientes, y se discute justamente si para ello necesitan una medida cautelar que haga respetar esta prevalencia. Las reglas de prevalencia citadas se encuentran en diversas normas, y exigen un estudio más concienzudo respecto a la naturaleza de la obligación, la exigibilidad y prevalencia, que deberán ser determinadas en un proceso lato.

En conclusión, se debería modificar el artículo 100 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993) —que regula la intervención excluyente de propiedad y de derecho preferente—, donde se precisa que el derecho preferente se reclama en vía de acción, dentro de un proceso de tercería preferente de pago. En este extremo se podría añadir una salvedad respecto de los casos que tengan como objeto establecer únicamente la preferencia a partir de la temporalidad de la inscripción del gravamen, en las que serán aplicables los artículos 726 y 747 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993). De igual manera se debería modificar el artículo 533 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993) en su primer párrafo, indicando la misma precisión.

Estas modificaciones aligerarán sustancialmente el proceso, estableciendo una vía general para resolver las discusiones sobre la preferencia en el crédito a través de un incidente y

permitiendo que los procesos de ejecución sean más expeditivos.

Por último, consideramos que el proceso de ejecución deba ser aún más abreviado, preservando los principios elementales del derecho a un debido proceso y el derecho a la defensa. Ya hemos visto en el primer capítulo lo importante que es tener un proceso expeditivo y, por ello, la urgencia de lograrlo —independientemente de la viabilidad de los procesos de ejecución de hipoteca extrajudicial—. Para ello consideramos fundamental que el auto final — que ordene el remate del bien o lo rechace— pueda ser apelable en ambos efectos, y se faculte a la parte de poder formar un cuaderno especial de ejecución que tenga por objeto ir liquidando la deuda, si a juicio del ejecutante resulta necesario; así como la tasación del inmueble, materia de ejecución. Ahora, conforme comentábamos en el anterior capítulo, el proceso de ejecución de lo ya resuelto puede demorar hasta un año y medio — aquejado por los mecanismos dilatorios del ejecutado—, por lo que sería viable ir liquidando la deuda y valorizando el inmueble paralelamente, con lo que se alcanzaría un ahorro sustancial en el tiempo de la ejecución.

En este sentido, al concederle al ejecutante la facultad y no la obligación de pedir la formación de este cuaderno especial, se deberá determinar —de acuerdo con el caso concreto— si se puede ir avanzando con la ejecución independientemente de los recursos impugnatorios que se presenten; asimismo, el ejecutante determinará el momento en que se procederá con ello. Para tal fin podría reformularse el artículo 691 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993) añadiéndose un párrafo en donde se precise que —independientemente de la apelación— a solicitud del ejecutante podrá formarse un cuaderno especial de ejecución donde a su costo y riesgo se proceda a liquidar la deuda y se tase el bien materia de ejecución de resultados del proceso principal. Nótese que esta norma no solo beneficiaría a los procesos de ejecución de garantía, sino a todos los procesos de obligación de dar suma de dinero en donde haya un bien cautelado. Estimamos que esta solución sería una alternativa muy seria que favorecería la finalidad del proceso de ejecución. El proyecto del Consejo Nacional de la Competitividad — al cual hemos hecho referencia en el primer capítulo— propone un camino que beneficia a la ejecución, pero a nuestro juicio coloca al deudor en una posición discriminatoria al exigirle que otorgue una garantía si su contradicción es rechazada, lo que implica un alto costo para quién pretenda apelar con el fin de evitar el remate el bien.

### **34 ¿Es posible plantear la ejecución extrajudicial de la hipoteca como una alternativa a la vía judicial?**

Conforme comentáramos en el anterior capítulo, no solo han surgido propuestas que importaban la posibilidad de variar nuestro actual sistema incorporando la ejecución extrajudicial de la hipoteca<sup>16</sup>, sino que existen normas específicas por las cuales se ha planteado esta alternativa, pero restringiéndola para sectores específicos. En este sentido, en tanto avanza el tiempo esta alternativa cobra mayor fuerza —teniendo en cuenta, además, el marco regional en donde nos encontramos— en países que la admiten —como Argentina—, permitiéndonos la asimilación de este y otros modelos que inspiran nuestro ordenamiento a plantear esta alternativa extrajudicial e ir estudiando su eventual aplicación.

Para ello, no podemos dejar de mencionar que la expedición de la Ley de Garantía Mobiliaria (Ley N.º 28677, 2006) ha dado un nuevo impulso a este planteamiento —de la ejecución extrajudicial de la hipoteca—, en tanto la expedición y aplicación de esta nueva ley ha sido, en el aspecto general, positiva y los deudores, en su generalidad, no han planteado mayores objeciones cuando se han enfrentado a los procesos de incautación —propios de este tipo de procesos—. Tan expeditivo resulta ser que la mayor demora suele centrarse, básicamente, en la captura del vehículo que siempre es incierto<sup>17</sup>.

Por otro lado, desde que se hizo público el documento “Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales” expedido por el Ministerio de Economía y Finanzas (2001), el tema ha sido materia de diversas reflexiones, como lo reconocen Freyre y Chipana (2015). Las experiencias internacionales respecto a la ejecución de garantías hipotecarias nos reflejan una preocupación constante referente al tiempo que demora la ejecución y las distintas alternativas que se vienen dando para contrarrestar ello (Lladó y Chávez, 2011). En este sentido, estimamos que próximamente se procederá a expedir una norma que admita la posibilidad de ejecución extrajudicial de la hipoteca dentro de un marco

---

<sup>16</sup> La ejecución extrajudicial de la hipoteca se describe como un procedimiento que lo lleva usualmente el notario público, o similares, dentro del derecho comparado; este procedimiento involucra la venta extrajudicial del inmueble a partir de determinados requisitos que se le exige al acreedor respecto a la precisión de la obligación, la tasa de interés aplicable y demás requisitos que son comunes a la ejecución judicial de la hipoteca. De hecho, el notario convoca a la subasta a partir de la tasación actualizada que se presenta acompañada a la solicitud, haciendo las publicaciones que corresponda anunciando la misma.

<sup>17</sup> Dentro de un promedio de 300 casos de procesos de ejecución de garantía mobiliaria que lleva el Estudio a mi cargo por instrucción del BCP (Banco de Crédito del Perú), se tiene que no existe una sola apelación del auto que concluye dicho proceso y solo tenemos un caso en el que el deudor solicita al juez que levante la captura porque ya pagó su deuda. CONSULTORÍA JCYE S.A.C., Procesos de incautación de los dos últimos años, BCP, reporte al 20 de julio del 2016.

más general al que se le ha dado hasta ahora.

Pero la pregunta es si es conveniente o no plantear esta vía, o solo bastará con modificaciones normativas puntuales que agilicen el procedimiento de ejecución de garantías. El mayor problema que se vislumbra, a partir de los antecedentes que conocemos, es la relativización del derecho a la defensa que podrá sufrir el ejecutado en este tipo de procesos. Se entiende que, en principio, este tipo de mecanismo si bien reconoce la posibilidad de que el ejecutado plantee un mecanismo de defensa solo lo podría hacer a través de una vía paralela para no entorpecer la ejecución; por otro lado, el mecanismo extrajudicial exige de sus operadores una absoluta certeza de las personas a las que se deba emplazar para el requerimiento de pago previo a la ejecución, así como las personas a quienes deban notificar el requerimiento de pago, y, en general, la publicidad que deba tener este tipo de proceso.

En este sentido y dada la proliferación de fraudes en contra de los acreedores hipotecarios en nuestro país en los últimos años, se estimaría que una reforma que admitiera este tipo de mecanismo sería positiva. Sin embargo, esto también podría estimular a otros acreedores que, valiéndose de este mecanismo, pretendan abusar de sus deudores a partir de las limitadas posibilidades de defensa que estos poseerían, y se llegue al extremo de ejecutar un bien inmueble cuando realmente la deuda es inexistente, o lo que se pretende cobrar constituye un abuso del acreedor, incluso frente a las condiciones en que se pactaron las cláusulas por las cuales se constituyó la hipoteca. A propósito de ello, no olvidemos que, a partir de una resolución de la Comunidad Europea, España ha tenido que repensar este sistema, lo que le ha valido una modificación al sistema, que para ellos estaba funcionando.

La expedición de la resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Caso Aziz planteó que se pudiera oponer a una ejecución por motivos distintos a los establecidos en el Código de Enjuiciamiento Civil español al no estar previsto los supuestos de cláusulas abusivas en el contrato de constitución de hipoteca que afectaban al consumidor, siendo contraria a la Directiva N.º93/13 CEE del Consejo (1993). A partir de ello, los tribunales han venido acogiendo esta resolución, introduciendo esta causal nueva; y en el caso de las ejecuciones extrajudiciales, procediendo a suspender los procesos hasta que se resuelva en el proceso declarativo correspondiente (Vidal, 2013).

Frente a ello, consideramos que sí es posible plantear un esquema de ejecución extrajudicial de la hipoteca donde —dentro de un proceso expeditivo— se proceda a la ejecución del

inmueble y donde el acreedor pueda —a través de la venta— lograr el pronto recupero de su crédito. Sin embargo, opinamos que tal regulación deba darse en las relaciones que tienen los distintos tipos de personas con las entidades del sistema financiero, restringiendo sus alcances a este tipo de empresas y cuando esté expresamente pactado con el deudor y/o garante hipotecario. Se podría decir que esto originaría discriminación con respecto a otras personas, pues el sistema debe funcionar para todos igual; sin embargo, no consideramos ello como una valla real, pues el sistema financiero se rige bajo principios generales que pretenden fomentar el ahorro del público y establecer garantías para ello, y, en esa perspectiva, la ejecución extrajudicial de la hipoteca va por ese camino. Creemos que como primer paso debe permitirse la ejecución extrajudicial de la hipoteca únicamente cuando el deudor no haya contradicho la ejecución en la vía judicial ni haya impugnado el auto final que se expida<sup>18</sup>; en estos casos se entregarían copias certificadas al ejecutante para que continúe con la ejecución ante el notario público de la jurisdicción que corresponda. Podría también ensayarse una fórmula por la cual el notario tiene desde sus inicios la ejecución, salvo que se deduzca una contradicción en la vía judicial en el plazo establecido, con lo cual el notario suspende el procedimiento.

La ejecución extrajudicial de la hipoteca —por la cual la contradicción del deudor no pueda obstaculizar la ejecución— resultaría tal vez, actualmente, una audacia que no estamos preparados para asumir, si tomamos en cuenta las experiencias paralelas, principalmente la de España —donde se ha retrocedido frente al procedimiento original, pero estimamos que esa vía si es posible con la introducción de un sistema mixto que hemos sugerido en los párrafos anteriores—.

En España existe un sistema que permitía tanto la ejecución judicial como la ejecución extrajudicial; pero como es natural en países donde se permite ambos tipos de ejecuciones el acreedor plantea la condición que sea admitida convencionalmente la ejecución extrajudicial. En el procedimiento de ejecución extrajudicial se inicia ante un notario que verifica el cumplimiento de condiciones formales para admitir el procedimiento; de hecho, conforme a la norma anotada no había forma de suspender el proceso salvo proceso criminal que cuestione

---

<sup>18</sup> Dentro de un promedio de 200 casos de procesos de ejecución de garantía hipotecaria respecto a banca minorista contra personas naturales —que lleva el Estudio CONSULTORÍA JCYE S.A.C. a mi cargo por instrucción del BCP—, se tiene que existe un 40% que no contradice la apelación ni apela el auto final, siendo que la demora en el proceso se refiere únicamente a los tiempos que tarda la autoridad judicial en admitir la demanda y emitir el auto final, así como dar los pasos para la ejecución del inmueble dado en garantía. Esto es diferente tratándose de los procesos de ejecución de hipoteca en Banca Empresarial donde son contadas excepciones que no contradicen el mandato por el cual se admite la demanda.

la falsedad del título hipotecario o cuando la autoridad registral comunique al notario que lleva a cabo dicha ejecución sobre la cancelación de la hipoteca. Esto lo encontramos en diversas normas, pero especialmente en el Reglamento Hipotecario Español (2016).

No olvidemos que este proceso de ejecución extrajudicial se ha puesto en tela de juicio a raíz de una resolución emitida en el Caso Azziz por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo que ha hecho que este procedimiento de ejecución extrajudicial no esté funcionando con la celeridad que lo estuvo haciendo hasta la emisión de dicha resolución pues ahora puede ser suspendido fácilmente invocando la causal esgrimida por este tribunal.

En la República Argentina también existe un sistema mixto, pero donde prevalece la ejecución extrajudicial de la hipoteca. Este sistema importa que el magistrado lleve a cabo la primera parte de la ejecución verificando el cumplimiento de los requisitos formales para que proceda la ejecución y requiriendo el pago; en el caso que no se cumpla con el mismo entonces deriva en una ejecución extrajudicial a través de martillero público y fuera de la esfera jurisdiccional. En este procedimiento mixto existen causales de oposición más amplias que en el sistema español admitiéndose que el deudor alegue que no se encuentra en mora que implica incluso plantear la inexigibilidad de la deuda; asimismo que no ha sido intimado al pago; que no se ha pactado la vía extrajudicial o que existieran graves vicios de publicidad. Superado este incidente es que se recurre ya a la subasta por intermedio de martillero (Ley 24.441- Financiamiento de la Vivienda y la Construcción, 2016).

El sistema mixto que proponemos tendría, como contraparte, la posibilidad de que el deudor —en el caso se vea perjudicado por una entidad financiera que lleva a cabo la ejecución, en un claro abuso de su posición cuando no corresponde— pueda plantear en la vía paralela mecanismos de sanción objetiva pecuniaria a fin de restituir el daño causado. En este sentido, podría plantearse objetivamente que corresponderá, en estos casos, pagar el equivalente al valor del inmueble al momento del pago fijado en la ejecución de sentencia más un pago equivalente al 50 % del valor del mismo, dejando expedito el derecho del ejecutado —a quién se produjo el daño— para que haga valer la indemnización en la vía ordinaria por un mayor monto si lo considera pertinente. Esto debería tramitarse como proceso sumarísimo ante el juez comercial o el que haga sus veces en la jurisdicción que corresponda.

Respecto a su procedencia —a favor de acreedores que se encuentran fuera del sistema financiero—, estimamos que será posible, una vez afianzado, el sistema de ejecución

extrajudicial de la hipoteca restringido al sistema financiero. También proponemos en estos casos un sistema mixto, en tanto el deudor no oponga contradicción a la solicitud de ejecución extrajudicial de la hipoteca que lleve la controversia a sede judicial corresponderá al notario llevar adelante la ejecución extrajudicialmente. Pueden darse diversos planteamientos, pero opinamos que es importante dar el primer paso con nuestro sistema financiero, por la necesidad que esta ejecución extrajudicial sirva como instrumento que favorezca el crédito con la garantía natural más eficiente, como es la hipoteca, y que no se generen distorsiones que tenga que ver con el tiempo que demora su ejecución.



## CONCLUSIONES

Sabedores de que el derecho debe estar cambiando permanentemente, pero en pos de una dinámica que otorgue seguridad jurídica a los justiciables, asumimos que existe la necesidad de un cambio estructural en nuestras normas procesales a fin de agilizar el proceso de ejecución de garantías, y así cumpla la finalidad que persigue.

Este cambio debe reducir el tiempo que dure la ejecución de garantías —que incluso puede implicar la aprobación de actos procesales de ejecución— pese a mediar la impugnación del auto final, lo que importaría un camino relevante, a nuestro juicio, que se puede tomar en cuenta en procura de la celeridad.

Igualmente, debe otorgarse las garantías necesarias a los que intervengan en el proceso, comenzando por el emplazamiento y notificación a quienes correspondan, pero de tal forma que no se pierda la celeridad en el proceso por ello es relevante la modificación normativa respecto al domicilio obligado que deban tener dentro del territorio nacional las personas que ostentan algún derecho respecto al inmueble objeto de ejecución. Dentro de esa misma perspectiva la modificación respecto a que el magistrado admitida la demanda de oficio ordene la inscripción del inicio de un proceso de ejecución de hipoteca resulta relevante para estos casos; siendo que esto implicaría la modificación del artículo 739 inciso 2 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993) para que esta medida no pueda ser levantada si tiene realengo la hipoteca. Los cambios referidos van dentro de la finalidad de tener un proceso con la menor cantidad de actos procesales; y, de igual manera, procurar evitar los fraudes procesales más comunes.

En lo que se refiere a establecer el pago preferente en los casos que se quiera hacer valer la preferencia a partir de un derecho inscrito frente a otro que también se encuentre inscrito en el registro correspondiente al inmueble, debe resolverse mediante un incidente dentro del mismo proceso de ejecución conforme lo establece los artículos 726 y 747 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993); al tratarse de una verificación temporal ante los registros públicos. Sólo cuando se confronten dos derechos que uno o ambos no consten en los registros públicos es que procederá la tercería preferente de pago conforme a las normas de la materia.

Igualmente, es relevante que, independientemente que frente al auto final se conceda apelación con efecto suspensivo, pueda formarse un cuaderno especial de ejecución a partir del cual el ejecutante pueda ir avanzando en la liquidación de la deuda y, eventualmente de ser necesario, en la valorización del inmueble para que cuando culmine el proceso en la parte cognitiva se proceda expeditivamente al remate del inmueble.

Las normas procesales, como toda obra humana, son imperfectas; sin embargo, los cambios propuestos responden a necesidades técnicas en procura de la finalidad del proceso, y si bien pueden tener limitaciones; en la actualidad son necesarias a un corto plazo. Ello ocurre igualmente con los cambios que sugerimos en el código sustantivo, pues responden a la misma necesidad.

En este camino de cambios nos hemos encontrado con la expedición de la Ley de Garantía Mobiliaria (Ley N.º 28677, 2006), la cual plantea todo un esquema novedoso para la ejecución de los bienes muebles, utilizando la vía extrajudicial como regla y dejando la intervención judicial solo para las diligencias de incautación o captura del bien.

Frente a ello, la discusión respecto a permitir igualmente la ejecución extrajudicial de la hipoteca ha cobrado relevancia; por ello, estimamos que debemos ir asimilándola paulatinamente, permitiéndoles esa posibilidad a las empresas del sistema financiero, lo que sería un paso importante, puesto a las limitaciones que nos impone el derecho a la defensa.

En este sentido, cobra relevancia una propuesta que plantee la ejecución extrajudicial cuando esté pactado entre las partes y el acreedor sea miembro del sistema financiero nacional; esta ejecución estaría circunscrito a los casos en los cuales el deudor y/o garante hipotecario u otro emplazado no plantee contradicción y se emita auto final a favor del acreedor hipotecario financiero. A partir de ello, el acreedor hipotecario financiero podría ir a cualquier notario de la jurisdicción del inmueble para solicitar su remate no siendo oponible ningún recurso frente a dicho órgano.

Para este fin será necesario algunas modificaciones en nuestro Código Civil permitiendo expresamente la vía extrajudicial como la referente a la extensión de la hipoteca incorporando que la edificación posterior es parte de lo hipotecado partiendo del punto que lo accesorio sigue la suerte de lo principal conforme lo establece el Código Civil. Estas modificaciones permitirán que en un eventual remate extrajudicial no existan inconvenientes permitiendo al

notario u otro funcionario proceder al remate sin plantearse cuestiones controvertidas.

Las modificaciones que se proponen, más allá del acervo doctrinario, tienen una perspectiva eminentemente técnica frente a un problema con efectos prácticos, teniendo especial cuenta la jurisprudencia de los últimos años y los problemas advertidos en la praxis judicial. Esperemos, pues que este trabajo sirva para reflexionar acerca de la importancia de los urgentes cambios que necesita nuestra normativa respecto a la ejecución de la hipoteca.



## LISTA DE REFERENCIAS

- Álvarez Julia, L., Neuss, G., y Wagner, H., (1990). *Manual de derecho procesal*, Buenos Aires, Argentina: 2.<sup>a</sup> Ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Arellano García, Roxana, Castellanos Sánchez, Luis Fernando, de la Jara Salazar, Viviana, Gaviño Masías, Karla, Martens Godinez, Inés y Valladares López, Margarita, (noviembre, 2002). Mucho Ruido, Pocas Nueces. Sobre cómo nuestro sistema legal desincentiva el crédito. *Ius et Veritas*, (año XIII, 25), p. 418.
- Arrieta, Alejandro y Manuel Luy. (Febrero 2002). Tiempo de ejecución de garantías y su impacto en el mercado crediticio, Lima, Perú: *Superintendencia de Banca y Seguros*. Recuperado de: [http://www.sbs.gob.pe/Portals/0/je/DT\\_DOCUMENTOSDTRABAJO/SBS-DT-01-2002.pdf](http://www.sbs.gob.pe/Portals/0/je/DT_DOCUMENTOSDTRABAJO/SBS-DT-01-2002.pdf)
- Avendaño Arana, F. (noviembre,1994). La ejecución de la hipoteca. *Themis*, (30), p. 123.
- Castillo Frreyre, M. y Chipana Catalán, J., (2015). *Las garantías sobre bienes muebles*, Lima, Perú: Ed. Gaceta Jurídica. pp. 59-61.
- Celi Arévalo, Marco. (26 de mayo de 2016). Garantía Mobiliaria: Análisis y Perspectivas. Lima, Perú.: *Universidad Señor de Sipán*. Recuperado de [http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias3/pdf/GARANTIA MOBILIARIA ANALISIS Y PERSPECTIVAS.pdf](http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias3/pdf/GARANTIA_MOBILIARIA_ANALISIS_Y_PERSPECTIVAS.pdf)
- Corte Superior de Justicia de Lima. (31 de mayo de 2016). Memoria 2016: *Pleno Distrital Comercial de la Corte Superior de Lima, Lima, 2011*. Recuperado en: [http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s\\_corte\\_suprema\\_utilitarios/as\\_home/as\\_cij/as\\_plenos\\_jurisdiccionales/as\\_plenos\\_jurisdiccionales\\_2011/as\\_plenos\\_jurisdiccionales\\_distritales/cij\\_d\\_pleno\\_distrital\\_comercial\\_lima](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/as_plenos_jurisdiccionales_2011/as_plenos_jurisdiccionales_distritales/cij_d_pleno_distrital_comercial_lima)
- Corte Superior de Lima (2016). Pleno Distrital Comercial de la Corte Superior de Lima 2015. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (212), pp. 327-329.
- Corte Suprema de Justicia. (28 de febrero del 2003) Cas. N.º 2244-2002-Lima, Sala Civil Transitoria. *Diario oficial El Peruano*, pp. 10209 y 10210.
- Corte Suprema de Justicia. (3 de febrero del 2003) Cas. N.º 3793-2001-Lima, Sala Civil Permanente, *Diario oficial El Peruano*, p. 10125.
- Corte Suprema de Justicia. (30 de abril de 2004) Cas. N.º 984-2003-Lima-Sala Civil Transitoria. *Diario oficial El Peruano*. pp. 11813 y 11814.
- Corte Suprema de Justicia. (30 de octubre de 2014), Sexto Pleno Casatorio N.º2402-2012-Lambayeque, *Diario oficial El Peruano*. Recuperado en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ad0c80804614ecc4b1c2fdca390e0080/Sentencia+del+Sexto+Pleno+Casatorio+Civil.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ad0c80804614ecc4b1c2fdca390e0080>

Corte Suprema de Justicia. (7 de agosto de 1996), Cas. N.º 242-95, Diario oficial El Peruano.

Decreto Legislativo 295 - Código Civil. Diario oficial El Peruano. Lima, Perú, 25 de julio de 1984.

Decreto Legislativo N.º 1069 – Decreto Legislativo que mejora la administración de justicia en materia comercial, modificando normas procesales. Diario oficial El Peruano. Lima, Perú, 28 de junio de 2008.

Decreto Legislativo No.1400 – Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria. Diario oficial El Peruano. Lima, Perú, 10 de setiembre de 2018.

Directiva N.º93/13 CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Diario Oficial de la Unión Europea Número 95, 21 de abril de 1993.

Gozaini, O., (1992). *Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Comercial Industrial y Financiera.

Hinostroza Mínguez, A., (2010). *Comentarios al Código Procesal Civil*, Lima, Perú: Ed. Moreno.

Ledesma Narvaez, M., (2015). *Comentarios al Código Procesal Civil*, t. I, Lima, Perú: 5.ª Ed. actualizada y ampliada, Ed. Gaceta Jurídica. p. 292. pp. 343, 495.

Ley 24.441 - Financiamiento de la Vivienda y la Construcción. Boletín Oficial. Buenos Aires, Argentina, 6 de enero de 1995. Recuperado en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/812/texact.htm>

Ley N° 28698 - Ley que facilita la constitución y ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias para programas de vivienda. Diario oficial El Peruano. Lima, Perú, 22 de marzo de 2006.

Ley N.º 28677 - Ley de Garantía Mobiliaria. Diario oficial El Peruano. Lima, Perú, 1 de marzo de 2006.

Ley N° 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Diario oficial El Peruano. Lima, Perú, 9 de diciembre de 1996.

Ley N° 26887 – Ley General de Sociedades. Diario oficial El Peruano. Lima, Perú, 9 de diciembre de 1997.

Ley N° 27809 - Ley General del Sistema Concursal. Diario oficial El Peruano. Lima, Perú, 8 de agosto de 2002.

Ley N° 28237 - Código Procesal Constitucional. Diario oficial El Peruano. Lima, Perú, 31 de mayo de 2004.

Lladó, J. y Chávez, G., (2011). Experiencias internacionales en la ejecución de garantías hipotecarias. *Revista Moneda*, (48), pp. 25-29.

- Ministerio de Economía y Finanzas. (13 de julio de 2001). Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales. Lima, Perú.: *Doc Player*. Recuperado de <https://docplayer.es/34493454-Facilitando-el-acceso-al-credito-mediante-un-sistema-eficaz-de-garantias-reales.html>
- Ministerio de Justicia. (2006). Propuestas de reformas urgentes al Código Civil. Propuestas de reformas al Libro V: Derechos Reales. Lima, Perú.: *Ministerio de Justicia*. Ver Anexos.
- Pioner de Jurisprudencia, (diciembre, 2003) Exp. N.º 208-7-97, 30.4.97. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (6), pp. 3 y 4.
- Quintero, B. y Prieto, E., (1995). *Teoría general del proceso*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ed. Themis.
- Reglamento Hipotecario Español. Boletín Oficial Español número 106. 16 de abril de 1947. Recuperado en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1947-3843&p=20170304&tn=1>
- Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil. Diario oficial El Peruano. Lima, Perú, 23 de abril de 1993.
- Tribunal Constitucional (2002) Exp. N.º 1231-2002-HC/TC, Lima.
- Tribunal Constitucional (2005) Exp. N.º 3802-2004-AA/TC, Lima.
- Tribunal Constitucional (2007) Exp. N.º 010345-2006-AA/TC, Lima.
- Tribunal Constitucional (2009) Exp. N.º 02864-2008-PA/TC, Lima.
- Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao, (diciembre, 2000), Res. N.º 448-2000-ORLC/TR. *Jurisprudencia Registral*, (XI, t. I), p. 409.
- Vidal Alonso, J. (20 de junio de 2016). La Ejecución Hipotecaria en España a raíz de la STJUE del 14 de marzo del 2013. Recuperado en: [https://www.researchgate.net/publication/317529380\\_LA\\_EJECUCION\\_HIPOTECARIA\\_EN\\_ESPANA\\_RAIZ\\_DE\\_LA\\_STJUE\\_14\\_DE\\_MARZO\\_DE\\_2013](https://www.researchgate.net/publication/317529380_LA_EJECUCION_HIPOTECARIA_EN_ESPANA_RAIZ_DE_LA_STJUE_14_DE_MARZO_DE_2013)

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ JULIA, Luis; NEUSS, Germán y WAGNER, Horacio, *Manual de derecho procesal*, 2.ª Ed. actualizada y ampliada, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1990.

ARRIETA, Alejandro y LUY, Manuel, “Tiempo de ejecución de garantías y su impacto en el mercado crediticio”, *Superintendencia de Banca y Seguros*, Lima, 2002. Disponible en: [www.sbs.gob.pe](http://www.sbs.gob.pe) (18.05.06).

AVENDAÑO ARANA, Francisco, “La ejecución de la hipoteca”, *Themis*, N.º 30, Lima, noviembre, 1994.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, “Garantías”. En: *Materiales de enseñanza*, 2.ª Ed., Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge, “Derechos reales”. En: *Selección de textos*, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

BARCO, Daniel; IBÉRICO, Jorge y MEDINA, Andrés, “Situación del crédito hipotecario en el Perú”, *Revista Moneda*, N.º 140, Lima, 2009.

BOZA DIBÓZ, Beatriz, *Invirtiendo en el Perú. Guía legal de negocios*, 1.ª Ed., Ed. Apoyo, Lima, 1994.

CAMPS, Carlos (Dir.), *Tratado de las medidas cautelares*, t. I, 1.ª Ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012.

CASTILLO FREYRE, Mario y CHIPANA CATALÁN, Jhoel, *Las garantías sobre bienes muebles*, 1.ª Ed., Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2015.

CELI AREVALO, Marco, “*Garantía Mobiliaria: Análisis y Perspectivas*”, p. 4. Disponible en: [http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias3/pdf/GARANTIA\\_MOBILIARIA\\_ANALISIS\\_Y\\_PERSPECTIVAS.pdf](http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias3/pdf/GARANTIA_MOBILIARIA_ANALISIS_Y_PERSPECTIVAS.pdf) (26.05.16)

DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, Pioner de Jurisprudencia, N.º 6, Lima, diciembre, 2003.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad, la posesión*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

ESCOBAR FORNOS, Ivan, *Introducción al proceso*, Ed. Themis, Bogotá, 1990.

GOZAINI, Oswaldo, *Derecho procesal civil*, t. I, Ed. Comercial Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1992.

GUZMÁN FERRER, Fernando, *Código de procedimientos civiles*, t. II, Ed. Científica, Lima, 1982.

HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto, *Comentarios al Código Procesal Civil*, Ed. Moreno, Lima, 2010.

HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto, *Comentarios al Código Procesal Civil*, t. I, 3.ª Ed., Ed. Moreno, 2010.

LEDESMA NARVAEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil*, t. I y III, 5.ª Ed. actualizada y ampliada, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2015.

LLADÓ, Jorge y CHÁVEZ, Gonzalo, “Experiencias internacionales en la ejecución de garantías hipotecarias”, *Revista Moneda*, N.º 48, Lima, 2011.

Memoria 2016: *Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales*, Ministerio de Economía y Finanzas, Lima, 2001. Disponible en: [www.mefgob.pe](http://www.mefgob.pe) (18.05.06).

Memoria 2016: *Tiempo de ejecución de garantías y su impacto en el mercado crediticio*, Superintendencia de Banca y Seguros, Lima, 2004. Disponible en: [www.sbs.gob.pe](http://www.sbs.gob.pe) (18.05.06).

Memoria 2016: *Pleno Distrital Comercial de la Corte Superior de Lima*, Lima, 2011.

Disponible

en:

[http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s\\_corte\\_suprema\\_utilitarios/as\\_home/as\\_cij/as\\_plenos\\_jurisdiccionales/as\\_plenos\\_jurisdiccionales\\_2011/as\\_plenos\\_jurisdiccionales\\_distritales/cij\\_d\\_pleno\\_distrital\\_comercial\\_lima](http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/as_plenos_jurisdiccionales_2011/as_plenos_jurisdiccionales_distritales/cij_d_pleno_distrital_comercial_lima) (31.05.16).

MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al derecho procesal*, t. I, Ed. Themis, Santa Fe de Bogotá, 1979.

MONTERO AROCA, Juan, "La naturaleza jurídica del juicio ejecutivo". En: *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

MONTERO AROCA, Juan, "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española y la Oralidad", *Revista de la Facultad de Derecho*, PUCP, N.º 53, Lima, 2000.

"Mucho Ruido, Pocas Nueces. Sobre cómo nuestro sistema legal desincentiva el crédito", *Ius et Veritas*, N.º 25, año XIII, Lima, noviembre, 2002.

Pleno Distrital Comercial de la Corte Superior de Lima, *Diálogo con la jurisprudencia*, t 212, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2016.

QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio, *Teoría general del proceso*, t. I, Ed. Themis, Santa Fe de Bogotá, 1995.

Res. N.º 448-2000-ORLC/TR, *Jurisprudencia Registral*, vol. XI, t. I, Lima, diciembre, 2000

SPOTA, A., *Código de Procedimiento Civil italiano*, Traducción de Francisco de Cillis y Julio Dassen, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944.

VIDAL ALONSO, Javier, *La Ejecución Hipotecaria en España a raíz de la STJUE del 14 de marzo del 2013*, Santa Cruz, Bolivia, 2013. Disponible en:

[http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S207081572013\\_000200007](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S207081572013_000200007) (20.06.16)

ANEXOS





**Ministerio de Economía y Finanzas**

---

**Documento de Trabajo**

---

**Facilitando el Acceso al Crédito mediante un  
Sistema Eficaz de Garantías Reales**

Lima, 13 de julio del 2001

Esta información ha sido actualizada al 13 de julio del 2001 y estará disponible en el en la página web del Ministerio de Economía y Finanzas ([www.mef.gob.pe](http://www.mef.gob.pe)), en el ícono "Consulta Ciudadana - Documentos de Trabajo"

Para cualquier sugerencia, pregunta o ampliación pueden dirigirse al correo [hagui@mef.gob.pe](mailto:hagui@mef.gob.pe)

**Queda autorizada la reproducción total o parcial de este documento, a condición que se cite la fuente.**

**La información contenida en este documento es de carácter referencial y no debe interpretarse como una recomendación para decisiones de inversión específica.**

## INDICE

### Resumen ejecutivo

### Introducción

<b>I. Marco Conceptual</b> .....	<b>10</b>
1. FUENTES DE FINANCIAMIENTO EMPRESARIAL.....	10
1.1 El financiamiento bancario.....	10
1.2 Financiamiento directo a través de proveedores.....	12
1.3 Financiamiento a través del Mercado de Valores.....	12
2. CONDICIONES PARA ACCEDER A FINANCIAMIENTO.....	13
3. LAS GARANTÍAS.....	14
<b>II. Marco legal vigente de las garantías reales</b> .....	<b>15</b>
1. CLASES DE BIENES.....	15
2. CLASES DE GARANTÍAS.....	16
2.1 La prenda.....	16
2.2 La hipoteca.....	18
3. REGISTRO DE LA GARANTÍA.....	19
4. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA.....	20
4.1 Ejecución judicial de la garantía real.....	21
4.2 La ejecución extra judicial.....	23
4.3 El pacto comisorio.....	23
<b>III. Diagnóstico del sistema de garantías reales peruano</b> .....	<b>24</b>
1. ¿CUÁNTO CRÉDITO HAY EN EL PERÚ?.....	24
2. ¿QUIÉN PRESTA EN EL PERÚ?.....	25
2.1 Los bancos.....	25
2.2 Los proveedores.....	26
3. ¿QUÉ BIENES SE PUEDEN OTORGAR EN GARANTÍA?.....	28
3.1. Prenda e hipoteca.....	29
3.2. Múltiples registros de bienes y clases de garantías.....	30
3.3. Altos costos para registrar la garantía.....	32
4. LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS.....	33
4.1. El acreedor no puede quedarse con el bien prendado o hipotecado.....	33
4.2. No puede pactarse la ejecución extra judicial.....	34
5. ¿QUIÉN QUEDAN FUERA DEL SISTEMA DE GARANTÍAS? EL IMPACTO ECONÓMICO.....	36
<b>IV. Propuesta: hacia una reforma integral que facilite el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales</b> .....	<b>37</b>
1. BIENES Y OPERACIONES GARANTIZADAS.....	38
2. ACREEDORES Y DEUDORES.....	38
3. CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS.....	39
4. RANGO DE PRIORIDAD DE LAS GARANTÍAS.....	39
5. EL ARCHIVO ELECTRÓNICO DE AVISOS DE GARANTÍAS.....	39
6. EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS.....	40

### Bibliografía

## Resumen ejecutivo

La falta de acceso al crédito en el Perú se manifiesta de dos maneras: primero, pocas son las empresas que acceden al crédito y, segundo, de ellas la mayoría lo hace en condiciones muy onerosas. Esto limita el crecimiento de las empresas y detiene la generación de riqueza en el país. Peor aun, impide que las empresas peruanas compitan en igualdad de condiciones con empresas extranjeras que acceden a fuentes de financiamiento más baratas.

Una de las maneras como se puede facilitar el acceso a financiamiento es a través de un eficaz sistema de garantías reales, que permita al acreedor reducir el riesgo de no pago. Un sistema como tal debe permitir que todos los bienes de valor que integran el patrimonio de una empresa, como son los inventarios, los insumos, los bienes intangibles, las cuentas por cobrar, puedan explotarse como garantía. Al mismo tiempo un sistema eficaz de garantías reales debe ofrecer al acreedor la seguridad de que, ante el incumplimiento por parte de su deudor, contará con un bien de respaldo que le permita recuperar la cantidad prestada. Así, contribuyendo a reducir el riesgo de no pago en las operaciones de financiamiento, se logrará que fluyan más recursos hacia las empresas.

Uno de los principales obstáculos que limitan el acceso al crédito en el Perú es el marco legal aplicable a la constitución, registro y ejecución de garantías reales. En efecto, el sistema de crédito y garantías reales vigente en el Perú no contribuye eficazmente a reducir el riesgo de no pago en las operaciones de financiamiento y en consecuencia en carece el crédito.

- **El financiamiento bancario puede crecer.** Si bien los bancos peruanos otorgan el 90% del financiamiento empresarial, los S/. 41 676 millones de colocaciones del sistema financiero sólo representan el 26% del PBI. Este porcentaje de intermediación financiera es muy bajo en comparación con el 70% en Chile o el 150% en Estados Unidos y Canadá. Esto quiere decir que hay oportunidad de crecer y aportar a los procesos y actividades generadores de riqueza.
- **El crédito directo de proveedores es inexistente.** El interés de los proveedores por vender sus productos, así como el conocimiento que tienen del mercado, son incentivo suficiente para que el proveedor asuma un nivel de riesgo mayor al que puede asumir un banco para otorgar financiamiento. A pesar de que en países como Estados Unidos o Canadá más del 60% de financiamiento empresarial proviene de proveedores, esta fuente de financiamiento es casi inexistente en el Perú.
- **El marco legal resta valor a las garantías mobiliarias.** Son pocos los tipos de bienes que se otorgan en garantía en el Perú. Tal es el caso de los predios, los depósitos bancarios, los vehículos y, en menor medida, la maquinaria. Aquellas empresas cuyos activos más importantes están

constituidos por otros tipos de bienes, como puede ser el caso de las cuentas por cobrar, inventarios, insumos, intangibles o cosechas, quedan fuera del sistema de garantías y, en consecuencia, tienen un acceso más limitado a financiamiento.

- **Multiplicidad de registros hace ineficaz el sistema.** En el Perú existen 17 registros públicos de bienes, los mismos que al no encontrarse conectados entre sí provocan que el mismo bien pueda ser otorgado varias veces en garantía sin que el acreedor lo sepa. Además, cada uno de estos registros tiene sus propias reglas y requisitos, lo cual fomenta mayor confusión. Esta multiplicidad de registros también genera que en nuestra legislación estén dispersas 23 clases de garantías, cada una de las cuales tiene sus propias reglas sobre constitución, registro y ejecución.
- **No hay ejecución contractual o extra judicial.** Nuestro marco legal prohíbe el pacto comisorio y limita seriamente el pacto de ejecución extra judicial. Esto impide que las partes decidan cuál es el mecanismo más económico que permita al acreedor recuperar su dinero ante la falta de pago.
- **La ejecución judicial encarece el crédito.** La ejecución judicial en el Perú toma un promedio de entre 18 y 24 meses. Esta demora genera un impacto en la tasas de interés. Si el acreedor pudiera recuperar su dinero en un plazo prudencia del tres meses desde que se produce el incumplimiento, la tasa de interés aplicable al financiamiento podría reducirse hasta en tres puntos porcentuales.

En tal sentido, el Ministerio de Economía y Finanzas presenta a través de este Documento de Trabajo una propuesta para que en el Perú podamos contar con un sistema de garantías reales eficaz, que contribuya de manera real a reducir el riesgo del acreedor en las operaciones de financiamiento y, por ende, a facilitar el acceso al crédito.

Así se propone un sistema de garantías reales que cuente con las siguientes características:

1. **Todos los bienes deben estar en aptitud de servir como garantía.** La Ley deberá permitir que se puedan constituir garantías reales sobre cualquier tipo de bien o derecho que acreedor y deudor consideren con relevancia económica, como pueden ser las cuentas por cobrar, los inventarios, los activos intangibles, las cosechas, entre otros.
2. **Incentivar el crédito directo a través de los proveedores.** Deben eliminarse todos los privilegios existentes en el acceso a las garantías más beneficiosas y efectivas, y reemplazarse por normas que permitan que cualquier agente económico pueda utilizar el mecanismo de las garantías para otorgar financiamiento.

3. **Uniformizar los distintos tipos de garantía real.** La Ley deberá establecer requisitos estandarizados para la constitución de cualquier clase de garantía, teniendo como meta la reducción dramática de los costos de transacción que actualmente genera un sistema que cuenta con 23 clases diferentes de garantías.
4. **Uniformizar las reglas sobre rangos y preferencias.** La Ley deberá regular los privilegios y las preferencias que muchas veces se otorgan en razón de las personas o de cierto tipo de actos jurídicos, estableciendo reglas uniformes entre acreedores, adquirentes de derechos, embargantes, derechos del Estado y otros que pudieran tener algún tipo de interés o derecho sobre los bienes otorgados en garantía
5. **Creación del Archivo Unico de Avisos de Garantía.** Este archivo tendrá las siguientes particularidades:
  - No se tratará de un registro de bienes, sino de un sistema de publicidad de garantías sobre cualquier tipo de bien o derecho en razón de la persona del constituyente.
  - Este sistema de publicidad no requerirá inscribir el contrato de garantía completo, sino únicamente la información mínima necesaria para informar al público acerca de la existencia de derechos preferentes.
  - El control de la legalidad se reducirá a la simple constatación de que se hayan llenado todos los campos del formulario que servirá para informar acerca de la garantía.
  - La información será ingresada a un archivo de base de datos electrónica de jurisdicción nacional, que permita ingresar información desde diferentes localidades, así como su libre e inmediato acceso público.
  - Las características técnicas de este Archivo posibilitará su concesión al sector privado en competencia, reservándose el Estado la importante función de establecer los estándares de competencia, las condiciones técnicas del Archivo y su supervisión.
6. **Incentivar mecanismos alternativos a la ejecución judicial.** Deberá otorgarse al acreedor garantizado el derecho a recuperar por vías extrajudiciales la posesión del bien en garantía sin perturbar el orden público y sin afectar los derechos del deudor. Así, 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.

Igualmente, deberá permitirse la venta extrajudicial de los bienes afectados en garantía, dentro de un marco legal que establezca los requisitos de venta y las sanciones en caso de abuso, cubriendo de esa manera el interés de ambas partes de que se obtenga el máximo beneficio en la venta del bien en garantía.

El presente Documento de Trabajo contiene un primer capítulo de marco conceptual, que explica el rol que cumplen las garantías reales para facilitar el acceso al crédito; un segundo capítulo de marco legal que explica las reglas básicas contenidas en la legislación peruana; un tercer capítulo de diagnóstico, que analiza las trabas que impiden el funcionamiento adecuado de las garantías reales, y; un cuarto capítulo de propuesta, que describe los lineamientos generales de lo que debe ser un nuevo sistema de garantías reales en el Perú;

## Introducción

Uno de los mayores obstáculos para desarrollar actividad empresarial en nuestro país es el escaso acceso a fuentes de financiamiento. En efecto, el crédito en el Perú es costoso y difícil de obtener, especialmente para las Pymes. La gran mayoría de las empresas peruanas que acceden a financiamiento deben pagar altas tasas de interés, por lo que su rentabilidad se ve seriamente afectada. Esta limitación es más grave aún si reparamos que en un mundo globalizado nuestras empresas deben competir con empresas extranjeras que cuentan con financiamiento en condiciones más favorables. En ese sentido, el acceso al crédito tiene dos componentes: (i) quién accede al crédito, y (ii) en qué condiciones se accede a él.

Hay diversos factores que afectan el acceso a financiamiento como, por ejemplo, el riesgo-país, la inflación, la devaluación, los niveles de competencia, entre otros. Algunos de estos factores dependen del manejo macroeconómico o de coyunturas de orden político o financiero nacional e internacional.

Sin embargo, existen otros factores que también inciden en el costo del financiamiento pero que dependen del marco legal nacional (por ejemplo, la eficacia de las garantías que respaldan los créditos, el tiempo de duración de los procedimientos judiciales de cobranza, etc.). En otras palabras, el marco legal podría contribuir a que el mercado ofrezca tasas más bajas. Identificar cuáles son estos factores contribuye a facilitar el financiamiento en nuestro país a tasas competitivas.

En efecto, el riesgo de incumplimiento es un factor que incide en el nivel de las tasas de interés y que depende en gran medida del marco legal aplicable. Si quienes otorgan los préstamos pueden recuperar a tiempo su dinero, el costo de prestar será menor y la tasa de interés también. El marco legal tiene mucho que ver en este tema. Así, un marco legal que promueva la transparencia y el flujo de información, que brinde seguridad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y la ejecución oportuna de las garantías, que ofrezca un mecanismo efectivo de recuperación de deudas y de salida del mercado para empresas en problemas, contribuirá de manera importante a reducir el costo del financiamiento y a que más personas puedan ser sujetos de crédito. Así, la eficacia del sistema de garantías reales es un factor importante dentro del marco legal aplicable a las operaciones de financiamiento. Lo es también, sin la menor duda, el funcionamiento eficaz, oportuno y transparente del sistema judicial.

En ese sentido, el Gobierno de Transición es consciente de la necesidad de diseñar e implementar las reformas que sean necesarias para que nuestro marco legal sea una herramienta eficiente para facilitar el acceso al financiamiento empresarial. Este objetivo abarca tres grandes áreas:

- (i) impulsar el mercado de capitales como fuente alternativa de

- financiamiento<sup>1</sup>;
- (ii) rediseñar un sistema de garantías reales<sup>2</sup> eficiente, que reduzca los costos de transacción y que permita una rápida y efectiva recuperación de los créditos, y;
  - (iii) contar con un sistema de reestructuración patrimonial que proteja al acreedor impago, permitiendo la reestructuración de empresas viables y la rápida salida del mercado de aquellas empresas no viables.

Este documento se ocupa del segundo componente, es decir, presenta un diagnóstico del sistema de garantías reales peruano y contiene una propuesta para superar sus defectos y convertirlo en una herramienta que favorezca el crédito.

En otras palabras, la propuesta contenida en este documento busca contribuir a democratizar el crédito, mediante la simplificación y desregulación del marco legal aplicable a la constitución<sup>3</sup>, perfeccionamiento<sup>4</sup> y ejecución<sup>5</sup> de garantías. Así, se propone un sistema único de garantías, que agrupe bajo las mismas reglas a toda clase de bienes y derechos así como a todo tipo de acreedores y deudores, que otorgue publicidad a los contratos de garantía y brinde información útil al público en general, que traslade a las partes la libertad y responsabilidad en el diseño y efectos de cualquier modalidad de garantía, y que facilite al acreedor impago una rápida y efectiva recuperación de su dinero.

La presente propuesta tiene como base las recomendaciones formuladas por los miembros de la Comisión nombrada por el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial N° 182-2001-EF-10 de fecha 6 de junio del 2001, la cual que estuvo presidida por el Dr. Jorge Avendaño Valdez, e integrada también por el Dr. Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, el Dr. Alfredo Bullard Gonzales, la Dra. Lillian del Carmen Rocca Carbajal, quien actuó en representación de la Superintendencia de Banca y Seguros, y la Sra. Luccia Claudia Reynoso Paz, quien actuó en representación del Ministerio de Economía y Finanzas. Colaboraron con esta Comisión, el Dr. Juan García Montúfar Sarmiento, el Dr. Fernando Cantuarias Salaverry y, en representación del Ministerio de Justicia, la Vice-Ministra de Justicia Dra. Amalia Ortiz de Zevallos. En base a sus recomendaciones, el Gabinete de Asesores del Ministerio de Economía y Finanzas ha elaborado este Documento de Trabajo.

---

<sup>1</sup> Ver también el documento de trabajo "Acceso a Financiamiento a través del Mercado de Valores", preparado por el Ministerio de Economía y Finanzas y publicado en separata especial del diario oficial El Peruano con fecha 25 de abril del 2001.

<sup>2</sup> Se entiende por "garantía real" aquella en que se afecta un bien, en oposición a la "garantía personal" – como el aval o la fianza – en la que el garante es una persona. Las garantías reales más importantes son la prenda y la hipoteca.

<sup>3</sup> Proceso mediante el cual se grava un bien al pago de un préstamo.

<sup>4</sup> Proceso mediante el cual las partes establecen un rango de prioridad y de registro contra el bien en garantía.

<sup>5</sup> Proceso mediante el cual los deudores se cobran la acreencia con la venta del bien.

## **I. Marco Conceptual**

Un sistema de garantías eficaz se constituye en un medio para facilitar el financiamiento empresarial porque además de contribuir a disminuir el riesgo del acreedor también contribuye a generar un mayor número de fuentes de financiamiento.

### **1. Fuentes de financiamiento empresarial**

En términos generales, una empresa tiene dos clases de necesidades financieras básicas. Por un lado, está el financiamiento para las inversiones a mediano o largo plazo, como ocurre con la adquisición de activos fijos por ejemplo, y por otro lado está el el capital de trabajo que una empresa requiere para financiar su actividad diaria y así generar ingresos.

Las empresas pueden obtener este financiamiento de varias formas. Así tenemos que el capital social que proviene de los socios de la empresa debería establecerse en función a las necesidades de financiamiento de largo plazo. Este capital permitirá el inicio de actividades de la empresa dotándola de cierta infraestructura básica. Cuando se trata de negocios de gran escala que requieren un capital social significativo, el mercado de valores ofrece la posibilidad de que los inversionistas atiendan dicho requerimiento patrimonial a través de las ofertas públicas.

Sin embargo, el patrimonio no puede satisfacer todas las necesidades de financiamiento de la empresa. Es por ello que las empresas requieren financiamiento externo, es decir, se endeudan. Esta clase de financiamiento puede ser obtenido de varias fuentes, dependiendo de quién lo solicita y para qué finalidad. La fuente tradicional de financiamiento en el Perú es el sistema bancario, al cual se acude para obtener préstamos de corto, mediano y largo plazo. Existen fuentes de financiamiento distintas pero que en la realidad peruana no constituyen una verdadera alternativa al financiamiento bancario, como es el caso del financiamiento directo de los proveedores y el endeudamiento a través del mercado de valores (bonos corporativos y papeles de corto plazo).

#### **1.1 El financiamiento bancario**

En los países desarrollados el financiamiento bancario contribuye de manera decisiva a la generación de riqueza. Así tenemos, por ejemplo, que el total de colocaciones del sistema bancario en los Estados Unidos equivale al 150% de su Producto Bruto Interno (PBI). Igualmente, el total de colocaciones del sistema bancario chileno equivale casi al 70% del PBI de ese país.

El banco es un intermediario entre los agentes superavitarios (depositantes) y los agentes deficitarios (personas y empresas que requieren financiamiento). En ese sentido, los bancos prestan a sus clientes el dinero que reciben del público depositante. Es por esa razón principalmente que la actividad bancaria cuenta con regulaciones especiales que buscan proteger el ahorro del público que se deposita en los bancos. Es también esa la razón por la que el sistema financiero es supervisado por un ente regulador que vigila constantemente su correcto funcionamiento.

La protección de los depósitos determina que el marco legal aplicable a las actividades bancarias limite y controle los riesgos que asume cada banco al momento de prestar dinero. En ese sentido, por ejemplo, la regulación exige que los bancos efectúen mayores provisiones en la medida en que asumen mayores riesgos, todo lo cual determina que las operaciones riesgosas sean más costosas para el banco. Tal sería el caso de una garantía que recae sobre derechos de autor que, al no ser considerada por la regulación como *garantía preferida*, obliga al banco a provisionar un porcentaje mayor al que provisionaría si la garantía recayera sobre un inmueble. Ello en función de que el banco reduce más el riesgo con el respaldo de un inmueble que con el respaldo de unos derechos de autor. Esta lógica corresponde no a que intrínsecamente los derechos de autor sean menos valiosos que un inmueble sino a que el marco legal dificulta aun más la constitución, registro y ejecución de una garantía que recae sobre derechos de autor.

De la misma manera, la regulación obliga a los bancos a diversificar su cartera de préstamos a diversos sectores productivos o empresariales, así como a controlar la magnitud de los préstamos que se hacen a una empresa o grupo empresarial en particular.

En tal sentido, la regulación obliga a los bancos a reducir sus riesgos en aras de la proteger los ahorros del público. Esto determina que no todas las personas, empresas o proyectos califiquen como cliente para financiamiento bancario. Tal es el caso, por ejemplo, de aquellas empresas cuyos activos más importantes no califican por la regulación bancaria como *garantía preferida*, como sería el caso de los negocios vinculados a los derechos de autor<sup>6</sup>, las patentes, las cosechas agrícolas, las carteras de créditos, entre otros rubros. Otra consecuencia es que el financiamiento bancario sea excesivamente oneroso en determinadas circunstancias en la medida en que el banco deba incurrir en costos de supervisión demasiado altos. Así, podríamos afirmar que el financiamiento bancario no es

---

<sup>6</sup> Ver Documento de Trabajo "Promoviendo un marco institucional para la valorización de la propiedad intelectual en el Perú", Indecopi. Publicado en separata especial del diario oficial El Peruano el 22 de agosto del 2000.

necesariamente apropiado para todas las actividades empresariales sino sólo para aquellas que permiten al banco cumplir con los requerimientos de control y supervisión de la regulación bancaria. Es por ello que en algunos casos las empresas requieren fuentes de financiamiento alternativas al sistema bancario, que permitan llenar esos vacíos que un banco no puede satisfacer. Nos estamos refiriendo básicamente al financiamiento directo a través de proveedores y al financiamiento a través del mercado de valores, los mismos que desarrollamos a continuación.

## **1.2 Financiamiento directo a través de proveedores**

Así como hemos sostenido que el financiamiento bancario contribuye de manera importante a la generación de riqueza en los países desarrollados, tratándose del financiamiento directo a través de los proveedores de bienes y servicios la contribución a la generación de riqueza puede ser aun mayor. Tal es el caso de países como Estados Unidos y Canadá, en donde el crédito directo de los proveedores constituye la mayor fuente de financiamiento, llegando a representar hasta el 60% del total proveniente de todas las fuentes de financiamiento.

Si bien un proveedor de productos no está en el negocio de prestar dinero, como es el caso de los bancos, sí es común que esté dispuesto a financiar a sus clientes con el objetivo de incrementar sus ventas. En ese sentido, los proveedores también otorgan financiamiento no como finalidad de su negocio sino como un medio para vender sus productos.

Ese interés por vender así como un mejor conocimiento del mercado y de sus compradores, son incentivo para que los proveedores asuman el riesgo de financiar a sus compradores. Los bancos no tienen generalmente estos incentivos para prestar y, además, no pueden asumir el mismo nivel de riesgo que los proveedores especializados por cuanto se deben cuidar los ahorros del público. A ello debemos agregar que si la garantía que respalda el financiamiento recae sobre los bienes que el mismo proveedor vende, entonces éste estará en mejor posición que un banco para valorizarlos y eventualmente venderlos nuevamente. En tal sentido, el financiamiento directo a través de proveedores permite que el crédito llegue a donde no pueden llegar los bancos.

## **1.3 Financiamiento a través del Mercado de Valores**

Una fuente de financiamiento alternativa a las dos anteriores es el mercado de valores. Una empresa puede captar recursos a través del mercado de valores en lugar de tomar un préstamo bancario. En efecto, en el mercado de valores concurren quienes necesitan recursos (empresas, gobierno, entre otros) y quienes cuentan con recursos disponibles (inversionistas). El dinero captado por los emisores es destinado al financiamiento de

proyectos de inversión, entregando a cambio valores mobiliarios (acciones, bonos, instrumentos de corto plazo, etc.), que según sea el caso, otorgan derechos en la participación en las ganancias de la empresa (dividendos), en la adopción de acuerdos sociales (derecho al voto en las Juntas Generales de Accionistas), y/o a recibir pagos periódicos de intereses. Al igual que un banco o un proveedor, el mercado de valores ofrece diversas alternativas de financiamiento e inversión de acuerdo a las distintas necesidades que puedan tener los emisores o los inversionistas, en términos de rendimiento, liquidez y riesgo.<sup>7</sup>

En países como los Estados Unidos, Inglaterra y Chile, el mercado de valores constituye una fuente de financiamiento empresarial importante que actúa de manera complementaria a las demás fuentes de financiamiento empresarial.

Sin embargo, el financiamiento a través del mercado de valores no es apropiado para todas las empresas ni para todas las actividades y necesidades. Sus altos costos de transacción determinan que este tipo de financiamiento sea apropiado sólo para necesidades significativas que permitan diluir dichos costos.<sup>8</sup>

## 2. Condiciones para acceder a financiamiento

Sí bien, como se desarrolló en el punto anterior, hay distintas fuentes de

---

<sup>7</sup> Una de las principales diferencias entre el sistema bancario y el mercado de valores es que los precios de los activos negociados en éste último son resultado del encuentro directo entre la oferta y la demanda de financiamiento. Una eficiente formación de precios permitirá que tanto los inversionistas como las empresas puedan maximizar sus objetivos, siendo por ello necesario que exista la mayor transparencia sobre los emisores y los valores emitidos por ellos, sobre las transacciones que con ellos se realicen, y sobre los intermediarios. Por esta razón, es fundamental para un mercado de valores garantizar la apertura de información, exigir altos estándares contables y penalizar el uso de información privilegiada. Una segunda diferencia se refiere a que aquella empresa que solicita un préstamo al banco recibe el dinero sin saber de dónde viene, es decir, sin tener ningún contacto con aquel depositante cuyo dinero le es entregado en préstamo. De la misma manera, el ahorrista que realiza un depósito en una cuenta no sabe qué hará el banco con su dinero ni a quién se lo entregará en préstamo. Como hemos dicho, el banco asume el riesgo en ambos casos. Esto es lo que se conoce como "intermediación indirecta". En el caso del mercado de valores, por el contrario, sí interactúan de manera directa la empresa que capta recursos y el inversionista que se los proporciona. Esto se denomina "intermediación directa", y tiene algunas consecuencias. En principio, y bajo ciertas condiciones, el mercado de valores busca ser una fuente de financiamiento más barata que el sistema bancario en razón de que no tiene el componente de intermediación indirecta. El banco, al intermediar entre depositantes y prestatarios, es responsable por los fondos prestados y de una adecuada medición de los riesgos asociados, lo que se traduce en la reducción de la retribución de los depósitos y el incremento de la tasa en las operaciones de crédito. A ello hay que agregar el margen de utilidad para el banco. En ese sentido, un mercado de valores eficiente, permitirá que los emisores puedan financiarse a un menor costo y que los inversionistas reciban una mejor retribución por su dinero. Al respecto ver 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 del 2001.

<sup>8</sup> Ibidem, pp. 13. Estos costos están referidos a los servicios de estructuración, colocación, contratación del representante de obligacionistas, clasificación de riesgo, servicios legales y contables, entre otros..

financiamiento empresarial, en cada caso concreto el acceso al crédito está íntimamente ligado al riesgo de incumplimiento que asume el acreedor. En efecto, nadie presta dinero para que no le paguen (peor aun si, como en el caso de los bancos, el dinero que se presta corresponde a terceras personas - los ahorristas).

Por otro lado, el acceso al crédito no sólo está relacionado con el número de personas y empresas que califican como sujetos de crédito, sino también con las condiciones del préstamo, es decir, a qué tasa de interés se presta el dinero. En ese sentido, el nivel de riesgo que ofrecen los deudores será determinante al momento en que el deudor fije la tasa de interés. A mayor riesgo, mayor costo para el deudor y, por ende, mayor tasa de interés.

Así, el acceso al crédito queda en realidad limitado a aquellas personas o empresas que ofrecen un riesgo "aceptable" para quien presta el dinero. Esto se logra generalmente demostrando solvencia y/o con el respaldo de una garantía que asegure al deudor la recuperación efectiva de su dinero ante una eventual falta de pago.

Son dos, pues, las condiciones básicas que debe reunir un deudor para acceder a financiamiento: (i) solvencia, es decir, demostrar capacidad de pago; y (ii) una garantía que asegure la recuperación del monto adeudado.

### **3. Las garantías**

Las garantías permiten al acreedor reducir el riesgo de incumplimiento por parte del deudor ya que al ejecutarla se puede hacer cobro de su acreencia. Mediante la constitución de una garantía, el acreedor se asegura la recuperación del monto prestado al deudor.

La garantía puede ser personal o real. La primera supone la participación de una tercera persona distinta al deudor que se obliga frente al acreedor a responder con su patrimonio en caso de incumplimiento. A esta tercera persona se le denomina fiador o garante, y si consta en un título valor se le llama aval.

La garantía real, por su parte, es aquella que recae sobre un bien para otorgar preferencia en el cobro, permitiendo al acreedor cobrarse la deuda en caso de no pago. Ese es el caso de la prenda y la hipoteca.

Generalmente, el otorgamiento de una garantía real es determinante para el otorgamiento de un crédito. Por esta razón es importante que el deudor pueda disponer de sus activos para otorgarlos en garantía. Así, tenemos que cualquier activo de la empresa puede cumplir con los objetivos de una garantía real, en la medida en que su valor cubra el monto del financiamiento. Lo importante es que la empresa pueda explotar todos sus activos y sacar provecho de estos usándolos como garantía.

Los créditos respaldados con garantía real tienen generalmente mejores condiciones (tasa más baja) que los créditos sin garantía. Asimismo, generalmente aquellos créditos respaldados con garantías que aseguren al acreedor una recuperación efectiva y rápida (por ejemplo, la prenda sobre cuenta bancaria en favor del mismo banco) tendrán una tasa de interés más baja que aquellos créditos respaldados con garantías que no permitan una recuperación efectiva (como sería el caso de todas aquellas garantías que requieren ejecutarse judicialmente). En esa misma línea, mientras mayor sea el tiempo que demore la ejecución de las garantías, mayor será el costo de prestar dinero en el Perú y por ende mayor será la tasa de interés.

En conclusión, las garantías facilitan el acceso al crédito, permitiendo que más personas accedan a él y contribuyendo a reducir la tasa de interés. Del marco legal aplicable dependerá en qué medida se alcanza dicho propósito.

## **II. Marco legal vigente de las garantías reales**

Los derechos reales de garantía se encuentran regulados en el Código Civil dentro del Libro V correspondiente a los Derechos Reales<sup>9</sup>. En ese sentido, el tratamiento de esta clase de garantías tiene una estrecha vinculación con lo normado por el Código Civil en materia de derechos de propiedad y bienes en general.

### **1. Clases de bienes**

Hemos sostenido que las empresas requieren utilizar sus activos como garantía para acceder a financiamiento. Los activos más comunes en una empresa son las máquinas, los inventarios, las acciones, los vehículos, el local, etc. El Código Civil contiene una clasificación de estos bienes para efectos de su utilización como garantía.

De acuerdo a los artículos 885<sup>10</sup> y 886<sup>11</sup> del Código Civil existen dos clases de

<sup>9</sup> Decreto Legislativo N° 295, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de julio de 1984.

<sup>10</sup> Código Civil, Artículo 885.- "Son inmuebles: 1.- El suelo, el subsuelo y el sobresuelo. 2.- El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales. 3.- Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos. 4.- Las naves y aeronaves. 5.- Los diques y muelles. 6.- Los pontones, plataformas y edificios flotantes. 7.- Las concesiones para explotar servicios públicos. 8.- Las concesiones mineras obtenidas por particulares. 9.- Las estaciones y vías de ferrocarriles y el material rodante afectado al servicio. 10.- Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro. 11.- Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad."

<sup>11</sup> Código Civil, Artículo 886.- "Son muebles: 1.- Los vehículos terrestres de cualquier clase. 2.- Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación. 3.- Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal. 4.- Los materiales de construcción o procedente de una demolición si no están unidos al suelo. 5.- Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales. 6.- Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares. 7.- Las rentas o pensiones de cualquier clase. 8.- Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles. 9.- Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro. 10.- Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885."

bienes, los muebles y los inmuebles. En principio esta clasificación separa los bienes muebles, como un automóvil por ejemplo, de aquellos que no pueden moverse, como una casa o una mina. Sin embargo, la clasificación ha dejado de lado el criterio de la movilidad para, de manera confusa, clasificarlos en función al tipo de garantía que recae sobre cada tipo de bien. Es por ello que, por ejemplo, un avión es clasificado por el Código Civil como bien inmueble a pesar de que es un bien que sí se mueve. Lo que ocurre es que, al igual que un edificio, la garantía que recae sobre un avión es una hipoteca, y en el razonamiento del Código Civil aquellos bienes que pueden ser objeto de una hipoteca sólo pueden ser inmuebles.

## **2. Clases de garantías**

Dependiendo de la clase de bienes sobre la cual se constituye una garantía, ésta puede ser una prenda o una hipoteca. Así tenemos que la prenda se constituye sobre bienes muebles mientras que la hipoteca se constituye sobre bienes inmuebles.

### **2.1 La prenda**

La prenda es un derecho real de garantía que se constituye sobre bienes muebles. Por ello, el concepto de "garantías reales" comprende a la prenda sobre aquellos bienes muebles mencionados en el artículo 886 del Código Civil antes citado.

Antiguamente se concibió la prenda como una figura que obligaba a la pérdida de posesión del bien por el deudor. Esta visión fue superada desde finales del siglo pasado, cuando las necesidades de fomentar el desarrollo del crédito dejó en claro los inconvenientes de una garantía como la prenda basada en la desposesión del bien por parte del deudor, privándole de instrumentos útiles de producción con los cuales obtener dinero para pagar sus deudas. Surge así la prenda sin desplazamiento, o prenda con entrega jurídica, para la cual la publicidad registral es un complemento indispensable<sup>12</sup>.

Dentro de la regulación de los derechos reales de garantía, nuestro Código Civil incluye una serie de preceptos que regulan la constitución, los elementos, los requisitos, las características, su extinción, los requisitos de validez del contrato de prenda, así como los derechos de las partes involucradas en la relación jurídica.

Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1055 del Código Civil, la

---

<sup>12</sup> Esto llevó a que en la doctrina jurídica peruana se proponga una clasificación de bienes alternativa, la de bienes registrables y no registrables.

prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación.<sup>13</sup>.

Es importante destacar que el artículo 1058 del Código Civil establece dos requisitos para la validez de la prenda: constitución por el propietario y entrega del bien<sup>14</sup>.

- a. **Constitución por el propietario.** Debe gravar el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado legalmente. A través de esta disposición, se pretende asegurar que las personas que constituyan prenda tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizados al efecto. En este último caso, se exige la capacidad de disposición, pues se está ante un gravamen que lleva consigo la posibilidad de una enajenación del objeto en caso de impago de la obligación garantizada. Lo expuesto tiene su correlato en lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil, el cual establece que para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.
- b. **Entrega del bien.** El bien debe entregarse física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste o a la persona que señalen las partes. De esta manera, el Código Civil ha dado cabida a las dos formas desarrolladas por la doctrina para la constitución de la garantía real de prenda: la prenda con entrega física o con desplazamiento y la prenda jurídica o sin desplazamiento.

Por su parte, el artículo 1062 del Código Civil exige que el documento en el que conste la prenda mencione la obligación principal y contenga una designación detallada del bien gravado<sup>15</sup>. Cuando se alude a obligación principal, el Código Civil corrobora lo ya dicho anteriormente, en el sentido que las garantías reales son accesorias de una obligación principal. 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. Asimismo, cabe señalar que el requisito de mencionar la obligación principal y designar en forma detallada el bien gravado tiene su sustento en el hecho de asegurar, por un lado, que el

---

<sup>13</sup> Código Civil, "Artículo 1055.- La prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación."

<sup>14</sup> Código Civil, "Artículo 1058.- Son requisitos para la validez de la prenda: 1.- Que grave el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado legalmente. 2.- Que el bien se entregue física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste o a la que señalen las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la última parte del artículo 1059."

<sup>15</sup> Código Civil, "Artículo 1062.- El documento en que consta la prenda debe mencionar la obligación principal y contener una designación detallada del bien gravado."

deudor esté consciente de a qué se está obligando y a cuánto asciende el gravamen que pesa sobre el bien dado en prenda y ,por el otro, en la certeza del acreedor de saber a cuánto asciende su acreencia y las medidas de seguridad acordadas para un eventual incumplimiento.

Por su parte, el artículo 1059 del Código Civil regula la entrega jurídica de la prenda. Esta norma dispone que la entrega jurídica sólo procede en el caso de bienes muebles registrados, operando los efectos jurídicos de la prenda desde que dicho acto sea inscrito en el registro respectivo. Al respecto, merece la pena señalar que a través de este artículo, el legislador ha salvado el inconveniente que siempre se ha puesto a la prenda tradicional (con desplazamiento): el que el deudor se vea despojado de la posesión del bien, disminuyendo así las posibilidades de que la garantía prendaria sea un procedimiento de fácil utilización para conseguir un crédito<sup>16</sup>.

Sin embargo, si bien el tratamiento general de la prenda está contenido en el Código Civil, existen leyes especiales que regulan diversos tipos de prenda, cada una de las cuales establece reglas distintas sobre su constitución, registro y ejecución. Así tenemos que en el Perú existen por lo menos 11 prendas especiales:

1. Prenda de acciones
2. Prenda de acciones inmateriales
3. Prenda comercial
4. Prenda agrícola
5. Prenda industrial
6. Prenda minera
7. Prenda sobre derechos por cobrar
8. Prenda global y flotante
9. Prenda de motores
10. Prenda de derechos Inmateriales
11. Prenda de Créditos

Es por ello que todas aquellas reglas que se encuentran en el Código Civil y que hemos explicado en esta sección quedan de lado cuando se trata de las prendas especiales.

## **2.2 La hipoteca**

La hipoteca es una garantía que únicamente se constituye sobre bienes inmuebles, de acuerdo a la clasificación contenida en el artículo 885 del

---

<sup>16</sup> Código Civil, "Artículo 1059.- Se entiende entregado jurídicamente el bien al acreedor cuando queda en poder del deudor. La entrega jurídica sólo procede respecto de bienes muebles inscritos. En este caso, la prenda sólo surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo."

cual tenemos registros de automóviles, naves, aeronaves, predios, acciones societarias, concesiones mineras, marcas, nombres comerciales, etc, cada uno con sus propias leyes, reglas y requisitos.

En el Perú las garantías se inscriben en los registros de propiedad. Sin embargo ha sido necesario ir creando nuevos registros que permitan que determinados tipos de bienes, que no contaban con un registro de propiedad, puedan ser entregados en garantía. Así, estos nuevos registros especiales se han ido creando con el único propósito de incorporar más bienes al sistema de prenda con entrega jurídica.

Es por esta razón que en el Perú tenemos 17 registros sobre los que puede inscribirse una garantía, algunos de los cuales son registros de propiedad y otros propiamente de garantía:

1. Registro de Valores representados por anotaciones en cuenta<sup>20</sup>
2. Registro de Prenda Agrícola
3. Registro de Prenda de Motores
4. Registro de Prenda Industrial
5. Registro de Derechos Mineros
6. Registro Fiscal de Ventas a Plazos
7. Registro Predial Urbano
8. Registro Especial de Predios Rurales
9. Registro de Naves
10. Registro de Aeronaves
11. Registro Vehicular
12. Registro de la Propiedad Inmueble
13. Registro de Prenda Global y Flotante
14. Registro de Marcas
15. Registro de Patentes
16. Registro de Derechos de Autor
17. Registro de Embarcaciones Pesqueras

Cada uno de estos registros tiene sus propias reglas y requisitos particulares. Además, es posible registrar una garantía sobre un mismo bien en más de un registro a la vez, como podría ocurrir con un vehículo automotor que puede ser objeto de prenda vehicular y al mismo tiempo de una prenda global y flotante. Cabe señalar que estos registros no se encuentran interconectados.

#### **4. Ejecución de la garantía**

---

<sup>20</sup> Cavali ICLV S.A. es la entidad responsable de llevar el registro de valores representados por anotaciones en cuenta así como de anotar gravámenes sobre ellos. El registro de acciones que no se encuentran representadas por anotación en cuenta sino por certificados físicos es llevado por cada una sociedad emisora.

Existen dos formas de llevar a cabo la ejecución forzada de los bienes para satisfacer obligaciones de derecho privado: la ejecución judicial y la ejecución extrajudicial pactada contractualmente. Sin embargo, cabe precisar que esta última sólo procede tratándose de prenda y no de hipoteca.

En efecto, el artículo 1069 del Código Civil faculta al acreedor de la obligación garantizada por el derecho real de prenda a proceder a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación, en caso de incumplimiento del deudor. Agrega que tal exigencia se tramita, a falta de pacto, como proceso judicial de ejecución de garantías.<sup>21</sup> Sin embargo, esta regla no es homogénea tratándose de las prendas especiales que, como hemos señalado, tienen sus propias reglas. En efecto, si bien el Código Civil admite el pacto de ejecución extra judicial para el caso de la prenda, por efecto de las leyes que regulan las 11 prendas especiales en la realidad ese pacto no se da y la mayoría de prendas terminan ejecutándose por la vía judicial.

Adicionalmente, existe una tercera forma de ejecución, mediante la cual el acreedor se apropia del bien materia de la garantía sin necesidad de éste sea vendido a terceros. Se trata del pacto comisorio, figura que a pesar de su utilidad se encuentra prohibida en nuestra legislación.

#### 4.1 Ejecución judicial de la garantía real

El proceso de ejecución de garantías reales se encuentra normado en el Código Procesal Civil (en adelante, CPC)<sup>22</sup>. El artículo 720 del CPC dispone que el ejecutante anexará a su demanda el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta del saldo deudor. Añade que si el bien a ejecutar fuera mueble, debe presentarse un documento que contenga una tasación comercial actualizada realizada por dos peritos especializados con sus firmas legalizadas, no siendo necesaria la presentación de nueva tasación si las partes han convenido el valor actualizado de la misma. Tratándose de un bien registrado, se anexará el respectivo certificado de gravamen<sup>23</sup>. El artículo 721 dispone que una vez

---

<sup>21</sup> Código Civil, "Artículo 1069.- 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 oposición del deudor sólo puede sustentarse en prueba documental que acredite indubitadamente el pago."

<sup>22</sup> Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 10-93-JUS, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de abril de 1993.

<sup>23</sup> CPC, "Artículo 720.- Procedencia y Competencia.-Las normas del presente Capítulo se aplican a la ejecución de garantías reales, siempre que su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe. El ejecutante anexará a su demanda el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta del saldo deudor. Si el bien fuere inmueble, debe presentarse documento que contenga tasación comercial actualizada realizada por dos ingenieros y/o arquitectos colegiados, según corresponda, con sus firmas legalizadas. Si el bien fuere mueble, debe presentarse similar documento de tasación, la que, atendiendo a la naturaleza del bien, debe ser

admitida la demanda se notificará el mandato de ejecución al ejecutado, ordenando que pague la deuda dentro de tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía. Transcurrido el plazo sin haberse pagado la obligación o declarada infundada la contradicción del ejecutado, el juez ordenará el remate del bien dado en garantía<sup>24</sup>.

#### 4.1.1 El remate judicial

El artículo 728 del Código Procesal Civil (a partir del cual se regula el remate) establece que una vez firme la resolución judicial que ordena llevar adelante la ejecución, el juez dispondrá la tasación de los bienes a ser rematados. El juez al ordenar la tasación dispone lo siguiente:

- a. El nombramiento de dos peritos; y
- b. El plazo dentro del cual, luego de su aceptación, deben presentar su dictamen, bajo apercibimiento de subrogación y multa.

Por su parte, el artículo 729 del CPC regula la tasación convencional, al mencionar que no es necesaria la tasación si las partes han convenido el valor del bien o su valor especial. Sin embargo, el juez puede, de oficio o a petición de parte, ordenar la tasación si considera que el valor convenido está desactualizado. Tampoco es necesaria la tasación cuando el bien afectado es dinero o tiene cotización en el mercado de valores o su equivalente.

Aprobada la tasación o siendo innecesaria ésta, el juez convoca a remate, fijando día y hora y nombrando el funcionario que lo efectuará. La convocatoria a remate se anuncia en el diario encargado de la publicación de los avisos judiciales del lugar del remate por tres días en el caso de bienes muebles.

Tratándose de bienes muebles registrados, el juez dispondrá, luego de depositado el precio dentro del tercer día en el Banco de la Nación a la orden del juzgado por el adjudicatario, la transferencia de propiedad del bien prendado a éste, mediante resolución que contendrá:

---

efectuada por dos peritos especializados, con sus firmas legalizadas. No será necesaria la presentación de nueva tasación si las partes han convenido el valor actualizado de la misma. Tratándose de bien registrado se anexará el respectivo certificado de gravamen. La resolución que declara inadmisibile o improcedente la demanda es apelable con efecto suspensivo y sólo se notificará al ejecutado cuando quede consentida o ejecutoriada. Es competente el Juez Civil."

<sup>24</sup> CPC, "Artículo 721.- Mandato de ejecución.- Admitida la demanda, se notificará el mandato de ejecución al ejecutado, ordenando que pague la deuda dentro de tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía."

- a. La descripción del bien;
- b. La orden que deja sin efecto todo gravamen que pese sobre éste, salvo la medida cautelar de anotación de demanda;
- c. La indicación de que se expidan los partes judiciales para su inscripción en el registro respectivo, los que contendrán la transcripción del acta de remate y del auto de adjudicación.

Sólo entonces, después de finalizado el proceso de ejecución y una vez rematado el bien, el acreedor podrá recuperar lo adeudado. Si el monto resultante del remate no fuera suficiente, el acreedor deberá dirigirse contra los demás bienes que conforman el patrimonio del deudor.

#### **4.2 La ejecución extra judicial**

El artículo 1069 del Código Civil prevé la posibilidad que las partes que celebran un contrato y que acuerdan preñar un bien para garantizar las obligaciones asumidas, determinen la forma cómo se va a ejecutar el mismo en caso se incumpla con las obligaciones pactadas. En este caso, la forma de ejecución queda a la libertad de las partes. En caso que no haya un pacto al respecto, deberá recurrirse a la ejecución judicial.

Sin embargo, la ejecución extrajudicial sólo está permitida para el caso de prendas y no para la ejecución de hipotecas. En este último caso, la única vía legal para ejecutar la garantía es la judicial.

#### **4.3 El pacto comisorio**

El pacto comisorio constituye una cláusula del contrato de garantía sobre cosas muebles que faculta al acreedor, en caso de vencer la deuda y no pagarla el deudor, para quedarse con el objeto que constituye la garantía de la obligación<sup>25</sup>.

Ocurre que en el Perú esta práctica se encuentra prohibida. Así, el artículo 1066 del Código Civil Peruano prohíbe que ante la falta de pago, el acreedor se apropie del bien recibido en prenda<sup>26</sup>. Igualmente, el artículo 1111 del Código Civil prohíbe el pacto comisorio en la hipoteca<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> El remoto antecedente de este pacto se encuentra en la estipulación romana entre el acreedor pignoraticio y su deudor, que permitía al primero, cuando no cumplía el segundo, apropiarse de lo dado en prenda.

<sup>26</sup> Código Civil, "Artículo 1066.- Aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien preñado por la cantidad prestada. Es nulo el pacto en contrario."

<sup>27</sup> Código Civil, "Artículo 1111.- Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario."

### III. Diagnóstico del sistema de garantías reales peruano

Si el marco legal de las garantías reales es adecuado entonces cabe preguntarse por qué existen problemas en la constitución y ejecución de las garantías, por qué el sistema es costoso y por qué sólo acceden al crédito los propietarios de bienes inmuebles.

Lo que ocurre es que existen trabas en el marco legal e institucional peruano que dificultan el otorgamiento de créditos con garantía<sup>28</sup>. Las causas son de diversa naturaleza: restricciones legales para que cada empresario diseñe un esquema de garantías que se adecúe a su actividad particular, el impedimento para que cualquier bien pueda ser otorgado en garantía, la falta de un registro único de garantías y, finalmente, un sistema de ejecución judicial de garantías lento e impredecible que beneficia al mal pagador.

#### 1. ¿Cuánto crédito hay en el Perú?

El financiamiento en el Perú llega a 46 000 millones de soles<sup>29</sup>. Esta cantidad representa el 28% del PBI. Si comparamos estas cifras con lo que ocurre en otros países, queda claro que el financiamiento de las actividades económicas en el país es bastante pobre y que son pocos quienes acceden a financiamiento. En efecto, el crédito en países como los Estados Unidos y Canadá representa hasta 3 veces su PBI.

	Total de crédito colocado en el país (como porcentaje de su PBI)
Estados Unidos / Canadá	300%
Perú	28%

Fuente: Center for the Economic Analysis of Law - CEAL

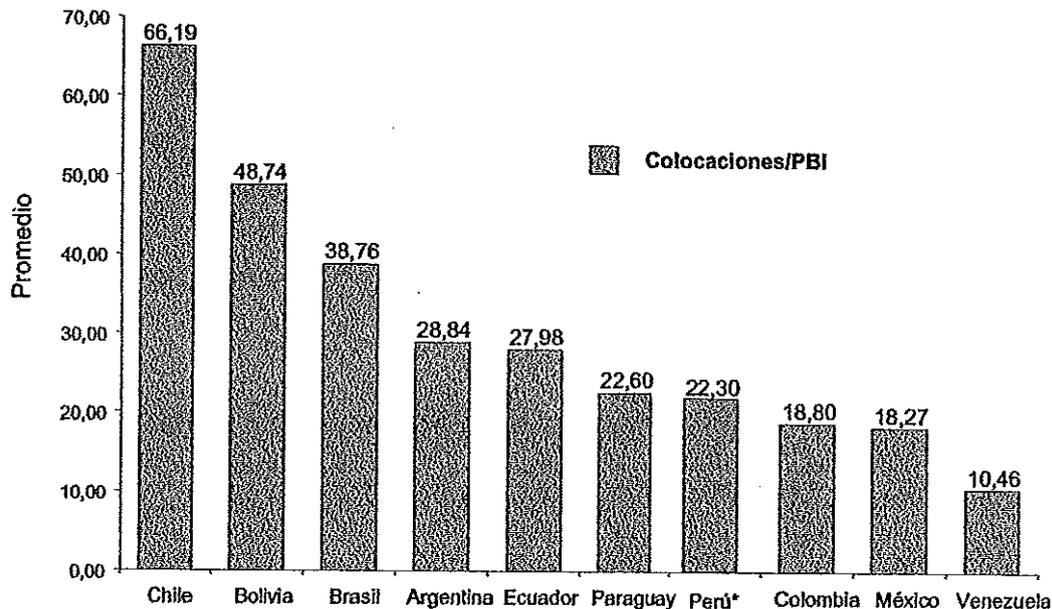
En otros países de la región, el crédito a través del sistema bancario también es significativamente mayor al peruano. Como puede apreciarse en el siguiente cuadro, en el Perú los bancos sólo colocan el equivalente al 26% del PBI nacional mientras que en Chile ese indicador llega a casi 70%.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Fleisig W. Heywood, De la Peña Nuria y Fernando Cantuarias. - "Trabas Legales al Crédito en el Perú: Garantías Mobiliarias", Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Perú 2000.

<sup>29</sup> Fuente Superintendencia de Banca y Seguros y Conasev, Marzo 2001.

<sup>30</sup> Fondo Monetario Internacional: Perú: Statistical. Annex. IMF Staff Country. Report N° 99/75, agosto 1999, Cuadro 3, p. 7; Cuadro 36, p. 44.

## Intermediación Bancaria en América Latina



(\*) a marzo del 2001

Fuente: LatinFinance

Estas cifras muestran que el crédito en el Perú llega a pocas personas y que es bastante reducido. Así, el financiamiento no tiene un peso relativo importante en la generación de riqueza en el país. Facilitar el acceso a mayores y mejores fuentes de financiamiento podría generar un mayor PBI y así contribuir al desarrollo del país.

### 2. ¿Quién presta en el Perú?

Como se desprende la sección anterior, casi el 90% del financiamiento en el Perú proviene directamente de los bancos. El 10% restante proviene del mercado de valores (bonos corporativos)<sup>31</sup> y otras fuentes menores.

#### 2.1 Los bancos

Esta prevalencia del sistema financiero sobre otras fuentes de financiamiento en el Perú no se da en otros países.

<sup>31</sup> Documento de Trabajo "Acceso a Financiamiento a través del Mercado de Valores", pp. 09

	<b>Crédito otorgado por instituciones financieras</b>	<b>Otras fuentes de financiamiento</b>
<b>Estados Unidos / Canadá</b>	40%	60%
<b>Perú</b>	90%	10%

Fuente: Center for the Economic Analysis of Law - CEAL

Al no existir otras fuentes significativas de financiamiento, el total de la demanda por crédito en el Perú recae sobre los bancos. Esto puede generar, por un lado, una fuerte presión hacia los bancos para satisfacer esta demanda y, por otro lado, un descontento generalizado en relación con el sistema bancario al ser visto como el único responsable de la falta de crédito.

## 2.2 Los proveedores

El 60% del total de financiamiento de las empresas en Canadá, por ejemplo, no proviene de los bancos sino del mercado de valores y, sobre todo, directamente de los proveedores de productos y servicios. Esto último tiene grandes ventajas que en el Perú no se presentan.

(i) **El crédito de proveedores llega adonde no llegan los bancos.** El interés de los proveedores por vender, su mejor posición para valorizar los bienes que comercian y el mejor conocimiento del mercado y de sus compradores, son incentivo suficiente para que asuman el riesgo de financiar a sus compradores. Esto permite que el crédito llegue a donde no pueden llegar los bancos. Los bancos no tienen generalmente estos incentivos para prestar y, además, no pueden asumir el mismo nivel de riesgo que los proveedores especializados por cuanto se deben cuidar los ahorros del público.

(ii) **Los bancos desarrollan un negocio mayorista con menor riesgo.** El proveedor se financia con los bancos otorgando en garantía su cartera de préstamos o vendiéndola. Esto último permite a los proveedores obtener el financiamiento necesario para a su vez financiar a sus clientes. La posibilidad de desarrollar negocios mayoristas de este tipo en el Perú permitiría un incremento significativo del porcentaje de intermediación bancaria, a la vez que contribuiría a reducir el riesgo crediticio.

En el Perú no tenemos estas dos ventajas porque el sistema de garantías desalienta a los proveedores a financiar las compras de sus clientes y desalienta a los bancos a adquirir las carteras de préstamos otorgadas a los proveedores.

El problema de nuestro sistema de garantías es que regula más de lo que debe, impidiendo que sean las partes quienes decidan si determinada garantía les satisface o no. El otorgamiento de una garantía no sólo depende de la voluntad y satisfacción del acreedor sino también de que la ley permita o autorice que determinados bienes puedan otorgarse como garantía de determinada deuda y a favor de un acreedor específico.

Nuestro marco legal, por ejemplo, permite la constitución de ciertas clases de garantías solamente en favor de los bancos, impidiendo que se otorguen a favor de los proveedores. Tal es el caso de la prenda global y flotante<sup>32</sup>, que otorga al banco preferencia absoluta sobre el valor de la garantía excluyendo a todos los demás acreedores del constituyente, aunque éste se encuentre en proceso de reestructuración patrimonial o concurso.

También es el caso de la "garantía sábana"<sup>33</sup>, que permite al banco cubrirse ante cualquier contingencia directa o indirecta, presente o futura.

Igualmente, las llamadas "prendas especiales" sólo pueden otorgarse por agricultores, industriales y mineros, y para asegurar créditos vinculados a sus actividades.

Nuestro marco legal justifica la existencia de condiciones preferentes en favor de los bancos como una manera de proteger el ahorro del público. Se entiende que en la medida que los bancos prestan dinero del público ahorrista<sup>34</sup>, es razonable

<sup>32</sup> Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, "Ley de Bancos"), publicada en el diario oficial El Peruano el 9 de diciembre de 1996. "Artículo 231.- Artículo 231.- CONTRATO DE PRENDA GLOBAL Y FLOTANTE. Por el contrato de prenda global y flotante se establece un gravamen sobre el bien mueble fungible afecto a la garantía, que permite al constituyente disponer del bien para sustituirlo por otro u otros de valor equivalente. El constituyente de esta prenda o el representante de la persona jurídica queda constituido en depositario del bien o bienes, y obligado a devolver otro u otros de la misma especie y cantidad, o, en su defecto, su valor en dinero. El depositario que incumpliere con esta obligación se encuentra incurso en el delito tipificado en el artículo 190 del Código Penal. Podrá constituirse prenda global y flotante sobre cualquier tipo de activo fungible, para garantizar operaciones objeto de seguro de crédito, de las facturas conformadas o de otras operaciones de crédito. La prenda global y flotante deberá ser inscrita en el registro especial que se abra en la Central de Riesgos que, al efecto, organice la Superintendencia. El acreedor tiene preferencia absoluta sobre el valor de la prenda global y flotante, y excluye a todos los demás acreedores del constituyente, ya se encuentre este último, o no, afecto a un proceso de reestructuración o concursal."

<sup>33</sup> Ley de Bancos, "Artículo 172.- GARANTIAS RESPALDAN TODAS LAS OBLIGACIONES FRENTE A LA EMPRESA. Con excepción de las hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios, los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant en favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien los afecte en garantía o por el deudor, salvo estipulación en contrario. La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La extinción dispuesta por el artículo 3 de la Ley N 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa.

<sup>34</sup> Por aplicación de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, de cada 11 nuevos soles que presta el banco sólo 1 nuevo sol proviene de su propio patrimonio. Ver Título II de la Sección Segunda de la Ley.

que éstos cuenten con mecanismos especiales que permitan atenuar el riesgo de los ahorristas y proteger sus fondos de manera especial. Sin embargo, estas condiciones favorables se han convertido en las únicas que respaldan los créditos de manera eficiente.

En tal sentido, las empresas que se encuentran fuera del sistema financiero, como es el caso, por ejemplo, de una empresa dedicada a la venta de maquinaria o de una empresa exportadora de materias primas, no cuentan con las mismas condiciones de los bancos para beneficiarse de garantías que respalden de manera efectiva los créditos que pudieran otorgar directamente a sus clientes o proveedores. Por esta razón, empresas que bien podrían financiar a sus clientes para la compra de sus productos, y que estarán dispuestas a asumir el riesgo del financiamiento porque conocen el negocio y necesitan vender, terminan por no otorgar financiamiento. El culpable es el marco legal que les pone trabas para la constitución, registro y ejecución de las garantías.

Es preciso anotar, sin embargo, que aun con las ventajas que el marco legal otorga a los bancos en esta materia, las garantías que respaldan los créditos bancarios también se encuentran lejos de ser realmente efectivas. Poco o nada se protege el ahorro del público, por ejemplo, cuando a los bancos les toma un promedio de 24 meses para ejecutar judicialmente una hipoteca, o cuando los bancos enfrentan el riesgo de que la información que otorga un determinado registro difiera de la información que otorga otro totalmente desconectado del primero.

Por otro lado, la legislación aplicable no facilita que las carteras de créditos puedan servir de garantía de otros créditos. En efecto, los derechos de garantía sólo pueden desplazarse mediante cesión o endoso. En el primero de los casos, la ley exige que la deuda que se afecte conste en un documento y que éste sea entregado al nuevo acreedor, lo que hace imposible preñar créditos que no consten en papel. En cuanto a la segunda alternativa, para endosar es necesario que la deuda total esté representada en un título valor. Esto impide que la cartera se divida en partes y por lo tanto que los créditos roten. Además, rompe la relación financiera entre cliente y empresa pues el cliente debe pagar al tenedor del título valor.

En resumen, el marco legal no permite que el mercado de financiamiento se organice de manera natural, con los proveedores encargándose del financiamiento minorista y los bancos financiando a los proveedores.

### **3. ¿Qué bienes se pueden otorgar en garantía?**

Pocos bienes se otorgan en garantía en el Perú. Los inmuebles y los depósitos bancarios son los preferidos.

En principio, el valor de un bien como garantía debería estar determinado por

sus características particulares. Igualmente, debería ser el acreedor quien determine cuan valioso es un determinado bien para garantizar su acreencia.

Sin embargo, el sistema legal peruano influye de manera importante en privilegiar unos bienes por encima de otros, ocasionando así que los bienes muebles tengan un valor limitado para respaldar créditos como garantía.

En el Perú, al regular la ley todos los aspectos de las garantías, se invade la esfera privada en la que acreedor y deudor deberían tener plena libertad para pactar las garantías de acuerdo a su propia conveniencia. Además, el sistema registral peruano no permite otorgar a las garantías la publicidad necesaria y tampoco contiene reglas claras sobre órdenes de prelación entre los distintos acreedores.

### **3.1. Prenda e hipoteca.-**

Como hemos señalado en el Capítulo II, de acuerdo al Código Civil todos los bienes presentes pueden ser otorgados en garantía. Si son bienes muebles, entonces la garantía se denomina prenda; y si son inmuebles la garantía se llama hipoteca.

En principio, la prenda implica que el deudor entrega un bien al acreedor para que éste lo mantenga en su poder hasta que se le pague. Sin embargo, la entrega que hace el deudor no necesariamente es física, puede también ser "jurídica" o, mejor dicho, ficticia. Lo que ocurre es que no tiene mayor sentido que el automóvil que una persona adquiere para realizar negocio de taxi deba entregarse físicamente al banco en cuyo favor se constituye la prenda por el financiamiento de la compra. Si esto fuera así, el deudor no podría explotar el bien para pagar su deuda. Por esa razón existe la prenda con entrega jurídica, que no es otra cosa que la prenda con registro. Como es fácil suponer, la prenda con entrega física es poco funcional para financiar procesos productivos y de generación de riqueza en razón de que no permite explotar el bien o activo de propiedad del deudor. Salvo el caso de la prenda de un depósito bancario, los bancos generalmente no aceptan prendas con entrega física.

La hipoteca, por su parte, involucra sólo bienes inmuebles, que no se entregan físicamente al acreedor. En este caso, la garantía se inscribe en un registro.

No existe mayor diferencia entre la prenda con entrega jurídica y la hipoteca. En ambos casos, el bien se mantiene en poder del deudor y la garantía se anota en un registro. Como es fácil suponer, sólo la prenda con entrega jurídica y la hipoteca son funcionales para respaldar el financiamiento de procesos productivos por cuanto no se requiere su

entrega física al acreedor.

Todo esto trae como consecuencia que en general para acceder a un crédito sea requisito ser propietario de un inmueble. En efecto, tal como puede apreciarse en el siguiente cuadro, la mayoría de los créditos otorgados por el sistema financiero nacional se encuentran respaldados por garantía hipotecaria.

<b>Monto de la deuda en S/.</b>	<b>Garantizado con depósito bancario</b>	<b>Garantizado con hipoteca</b>	<b>Prenda de maquinaria y equipo</b>
<b>13,558 - 20,000</b>	39,7%	29,0%	19,8%
<b>20,001 - 50,000</b>	12,0%	63,8%	15,4%
<b>50,001 - 100,000</b>	3,7%	89,8%	1,7%
<b>100,001 - 500,000</b>	2,1%	90,8%	1,0%

Nota: En este cuadro se refleja sólo el rango de deudas con un ratio de garantía preferida mayor a 100% y menor a 200%  
Fuente: SBS

Esta prevalencia de la hipoteca por sobre otros tipos de garantía refleja el poco valor que tienen los bienes muebles para ser usados como garantía, incluso para financiamientos menores a S/. 20,000. Lo particular de esta situación es que aun en la venta financiada de bienes muebles estos bienes no son garantía suficiente para el acreedor.

Tal es el caso, por ejemplo, de la venta financiada de mototaxis. En efecto, la empresa Motor Móvil S.A. inició en 1995 un proyecto de venta al crédito de mototaxis para sectores populares. De acuerdo a información proporcionada por un representante de la compañía<sup>35</sup>, el único requisito para el otorgamiento del crédito es hipotecar un inmueble. Esto quiere decir que las mototaxis no tienen valor alguno como garantía para respaldar un crédito.

### **3.2. Múltiples registros de bienes y clases de garantías**

Hemos señalado que en el Perú se crearon registros de propiedad por cada clase de bien. Dichos registros han respondido a la necesidad de identificar al bien y a su titular. Pero estos registros cumplieron una función adicional: la de permitir que aquellos bienes inscritos pudieran ser objeto de una hipoteca o una prenda con entrega jurídica. Este segundo beneficio es sin embargo ajeno a determinados bienes para los cuales no existe la posibilidad de ser inscritos en un registro (es el caso de las cuentas por cobrar, los inventarios, las cosechas, etc.).

<sup>35</sup> Entrevista del Dr. Jorge Avendaño con el Dr. Aldo García Calderón, representante de la compañía Motor Móvil S.A..

Por esta última razón es que surgen nuevos registros cuya finalidad principal ya no es la de identificar el bien y la propiedad sino más bien permitir su "entrega jurídica", es decir, facilitar su afectación en garantía. Estos registros ya no son de bienes (y por tanto de propiedad) sino específicamente de garantías, aunque conservan el carácter especializado que los circunscribe a bienes con determinadas características intrínsecas (por ejemplo, registro de prenda de motores) o que se vinculan a determinada actividad productiva o comercial (registro de prenda industrial o registro de prenda agrícola)

Detrás de este proceso de creación de nuevos registros subyace la idea de que los registros son especiales y de que, dada la naturaleza particular de cada clase de bienes o de las distintas actividades productivas, se justifica tener múltiples registros. Así tenemos dos situaciones paradójicas que generan caos y desorden:

En el Perú hemos confundido la necesidad de tener registros de bienes con la necesidad de tener un registro de garantías, sin tomar en cuenta que se trata de registros que cumplen finalidades diferentes. El registro de garantías sólo debe limitarse a informar que una determinada persona ha otorgado una garantía sobre determinado bien en favor de determinada persona. Por su parte, el registro de bienes busca otros objetivos, como identificar sus características o identificar a sus propietarios o simplemente dar cuenta de su existencia.

Por esta razón no tenemos un registro único de garantías, porque las garantías se constituyen y se registran de acuerdo a las reglas particulares de cada uno de los 17 registros públicos de bienes. Como consecuencia tenemos que nuestra legislación contempla al menos 23 tipos de garantías reguladas por leyes, reglas y requisitos diferentes:

1. Prenda General (Código Civil)
2. Prenda Comercial (Código de Comercio)
3. Prenda de Acciones (Ley General de Sociedades y Ley del Mercado de Valores)
4. Prenda sobre créditos por cobrar (Código Civil y Ley de Títulos Valores)
5. Prenda Agrícola (Ley No 2420 de 1916)
6. Prenda Industrial (Ley General de Industrias de 1982)
7. Prenda e Hipoteca Minera (Ley General de Minería)
8. Warrants (Ley General de Almacenes de Depósitos)
9. Hipoteca sobre predios (Código Civil)
10. Hipoteca sobre naves (Ley de Hipoteca Naval)
11. Hipoteca sobre aviones (Ley de Aeronáutica Civil)
12. Hipoteca de Embarcaciones pesqueras
13. Hipoteca de predios rurales

14. Anticresis (Código Civil)
15. Fideicomiso en garantía (Ley General del Sistema Financiero)
16. Arrendamiento Financiero<sup>36</sup>
17. Venta con reserva de dominio (Código Civil)
18. Derecho de retención (Código Civil)
19. Prenda Global y Flotante (Ley General del Sistema Financiero)
20. Prenda de Motores
21. Prenda de Acciones
22. Prenda de Derechos Inmateriales (Indecopi)
23. Prenda de Créditos (Títulos Valores)

Las consecuencias de tener 17 registros diferentes y desconectados entre sí y 23 tipos de garantía, cada una con sus propias leyes, reglas y requisitos aplicables, son caóticas.

Así tenemos que quien otorga un crédito debe dirigirse a numerosos registros para conocer si existen gravámenes sobre los diferentes tipos de bienes de la empresa o persona que quiere tomar el préstamo. Pero, a su vez, cada uno de estos registros se encuentra ubicado en oficinas registrales que funcionan independientemente, en una jurisdicción determinada (salvo los registros mineros y el Registro Predial Urbano, que tienen cobertura nacional), bajo un sistema manual y sin acceso público directo. Por ende, la información sólo puede lograrse con solicitudes escritas dirigidas a cada uno de los registros, lo cual involucra costos excesivos para muchas operaciones de crédito.

### 3.3. Altos costos para registrar la garantía.-

El marco legal peruano establece un sistema de publicidad de garantías mediante la inscripción del contrato de garantía. A diferencia de los sistemas de inscripción de garantías mediante archivo de avisos<sup>37</sup>, el sistema de inscripción del contrato involucra altos costos, porque la ley exige la revisión de la legalidad y de la autenticidad de documentos antes de su inscripción. En ese sentido, la ley exige la inscripción de gran cantidad de información, pues requiere el registro del contrato entero de garantía.

Por el contrario, en otros países con leyes modernas de garantías sólo se exige inscribir la información mínima necesaria para 'avisar' al público

---

<sup>36</sup> El arrendamiento financiero no es una garantía pero sí supone un derecho que grava los bienes y que requiere oponibilidad y por ende publicidad. El arrendador del bien se mantiene como propietario del bien hasta que se ejerce la opción de compra.

<sup>37</sup> *Notice filing systems*, bajo las legislaciones más avanzadas de garantías reales mobiliarias en los EEUU, Canadá, Puerto Rico y Rumania. Ver "Trabas Legales al Crédito en el Perú: Garantías Mobiliarias".

acerca de la existencia de un gravamen; es decir, sólo se exige inscribir el nombre del deudor, del acreedor y la descripción del bien en garantía. Estos países no inscriben el contrato entero de garantía.

Adicionalmente, el registro de tanta información invade la privacidad de las partes y ha llevado a que, en la actualidad, el sistema limite el acceso público a esta información<sup>38</sup>. Esto es irónico, porque el objetivo y la razón misma de la existencia de los registros es dar publicidad a la información registrada.

#### **4. La ejecución de garantías**

Hemos dicho hasta el momento que nuestro sistema de garantías limita el acceso al crédito porque impide que cualquier clase de bien pueda ser otorgado en garantía, privilegiando algunos bienes y descartando otros que pudieran ser aun más valiosos. Hemos sostenido también que el sistema de constitución y registro de garantías es desordenado, inseguro e innecesariamente costoso. Ahora vamos a referirnos a un problema que se encuentra al final del proceso, el de la ejecución de las garantías.

El objeto de la garantía es asegurar el pago de una obligación. Si hay un incumplimiento, la garantía permite que el acreedor se cobre con la venta del bien. Esto es lo que se conoce como ejecución de la garantía. La ejecución es vital para la efectividad del sistema de garantías. En este punto también la ley tiene mucho que ver.

El ideal es que el acreedor a quien no se le paga como es debido, pueda cobrarse rápidamente con la ejecución del bien afectado. Un sistema que dificulte o dilate la ejecución de la garantía es riesgoso para el crédito y lo encarece.

Como veremos en esta sección, el sistema de ejecución de garantías peruano es lento y por ende costoso. Este costo no sólo se encuentra asociado a los gastos del proceso judicial de ejecución que necesariamente debe seguirse, sino también al costo de oportunidad que genera el mantener un crédito inmovilizado y a la desvalorización de las garantías por el tiempo transcurrido. Por otro lado, el sistema vigente impide a las partes acordar con libertad mecanismos de ejecución alternativos que se ajusten mejor a sus necesidades.

##### **4.1. El acreedor no puede quedarse con el bien prendado o hipotecado**

En el Perú está prohibido que el acreedor pueda cobrarse apropiándose

---

<sup>38</sup> Por ejemplo, mientras que en el Perú el público accede a la información mediante la solicitud de certificados sobre un bien o deudor específico, en otros países, el público accede directamente a todos los archivos.

del bien objeto de la garantía. Esto es lo que se conoce como pacto comisorio y el Código Civil lo prohíbe sin admitir pacto en contrario<sup>39</sup>. Así tenemos que la ejecución de la garantía supone necesariamente la venta del bien a un tercero.

Esta regla contenida en nuestro Código Civil beneficia al deudor incumplido y perjudica al acreedor impago. En efecto, aquel acreedor impago que prestó S/. 100 habiendo recibido en garantía un reloj por un valor de S/. 100, no puede quedarse con el reloj. Peor aún, el Código Civil prohíbe que las partes acuerden este mecanismo de cobro. Por el contrario, se obliga al acreedor a vender el bien a un tercero, generándose así mayores costos para el acreedor.

Por otro lado, esta regla impide la explotación de ciertos bienes como garantía. Tal 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 productor musical impago no puede apropiarse de los derechos de autor de una famosa canción que recibió en garantía pues debe necesariamente venderlos a un tercero. ¿A quién podrá vender estos derechos de autor? Quizás los pocos interesados resulten siendo sus mismos competidores<sup>40</sup>. Esto es ineficiente y restringe el universo de los bienes que pueden ser materia de garantía. Podrán serlo únicamente los que cuentan con un mercado secundario masificado.

#### **4.2. No puede pactarse la ejecución extra judicial**

En el Perú las garantías sólo se ejecutan mediante un proceso judicial. El pacto de ejecución extrajudicial que el Código Civil admite para la prenda no se encuentra debidamente recogido por la legislación aplicable a las 11 prendas especiales. En muchos casos, la legislación especial prohíbe dicho pacto, como ocurre con la prenda minera y la prenda industrial, y en otros casos el tratamiento es confuso y crea inseguridad. En conclusión, en el Perú casi no se usa el pacto de ejecución extra judicial.

Tratándose de hipoteca y de varias prendas especiales, la ley prohíbe a las partes buscar otras fórmulas que pudieran ser más beneficiosas para ellas mismas, como por ejemplo la ejecución extrajudicial. Esto quiere decir que no basta con que la garantía que respalda el crédito impago deba necesariamente venderse a un tercero sino que además dicha venta debe forzosamente ser consecuencia de un mandato judicial, para lo cual se requiere seguir un proceso que tarda varios meses, y a veces años.

---

<sup>39</sup> Código Civil, "Artículo 1066.- Aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada. Es nulo el pacto en contrario".

<sup>40</sup> Ver Documento de Trabajo "Promoviendo un Marco Institucional para la Valorización de la Propiedad Intelectual". Indecopi, julio del 2000.

Nuevamente el Código Civil beneficia al deudor incumplido y perjudica al acreedor impago, incrementando así el costo del crédito.

No importa que las partes quieran pactar una venta extrajudicial. La ley lo prohíbe. Esto tiene un impacto directo en el costo del crédito puesto que el acreedor incorporará en el cálculo el costo de ejecutar la garantía.

Por otro lado, en aquellos casos en que la ley permite el pacto extrajudicial, la falta de un adecuado desarrollo legislativo que precise ciertas reglas básicas que protejan al deudor del abuso del acreedor ejecutante, crea inseguridad y confusión en torno al uso de este mecanismo.

De acuerdo a información proporcionada por la SBS, los procesos judiciales de ejecución de garantías duran entre 18 y 36 meses en promedio<sup>41</sup>. Esta demora tiene un impacto en la tasa de interés de 0.55% por cada seis meses de demora, tomando en cuenta sólo el costo de oportunidad por mantener el crédito inmovilizado mientras dura el proceso judicial y la pérdida de valor en el rescate.

#### Impacto de la Duración en Adjudicación sobre Tasas de Interés

TIEMPO EN MESES	PUNTOS % DE TASA DE INTERES			PUNTOS % ENCIMA DE UN OPTIMO DE RECUPERACIÓN DE 3 MESES
	COSTO OPORTUNIDAD	PERDIDA EN VALOR DE RESCATE	% TOTAL	
3	0.18%	0.07%	0.25%	0.00%
6	0.37%	0.14%	0.51%	0.26%
12	0.76%	0.27%	1.03%	0.78%
18	1.18%	0.39%	1.57%	1.32%
24	1.63%	0.51%	2.14%	1.88%
30	2.10%	0.62%	2.72%	2.47%
36	2.61%	0.72%	3.33%	3.07%

Fuente: SBS

Es importante mencionar que el cálculo del cuadro anterior no incluye los gastos en que debe incurrir el acreedor para iniciar y seguir un proceso judicial (abogado, tasas judiciales, honorarios del tasador y del martillero, etc.), los mismos que también pueden impactar en la tasa de interés. En la medida en que se trate de créditos pequeños, el impacto de estos costos judiciales es mayor. Así tenemos que el sistema de remate judicial es particularmente perjudicial para el sistema de garantías porque obliga a las partes a pagar honorarios de peritos y martilleros públicos, porque desincentiva la participación de postores al exigirles el *oblaje*<sup>42</sup> y porque

<sup>41</sup> Ver "Increasing Indebtedness, Institutional Changes and Credit Contracts in Peru", IEP-BID, 1999.

<sup>42</sup> El *oblaje* es una tarifa de entrada que debe pagar cada postor para poder participar en el remate.

genera corruptelas que distorsionan el valor de venta de los bienes<sup>43</sup>.

## 5. ¿Quiénes quedan fuera del sistema de garantías? El Impacto económico

Hemos dicho que en el Perú sólo los bancos otorgan financiamiento y que sólo se reciben en garantía aquellos bienes que cuentan con un sistema de registro único y ordenado (en especial la hipoteca y ciertas prendas con entrega jurídica).

Para los productores, los bienes muebles representan en promedio dos tercios de su inventario de capital y el 60% de la inversión bruta, mientras que en el sector agrícola representan el 75% de la inversión bruta. Para los comerciantes y las pequeñas y medianas empresas no industriales, por cada dólar que se invierte en bienes inmuebles se requieren 10 a 20 dólares en bienes muebles. Para las instituciones del sector financiero, la posibilidad de utilizar sus carteras de créditos como garantía de préstamos, resulta clave para ampliar sus posibilidades de negocios, a la vez que les permite obtener fondos de las empresas e instituciones que no toman depósitos del público.

En los Estados Unidos y Canadá, donde se encuentra ampliamente desarrollada la afectación en garantía real de las carteras de créditos, los intermediarios financieros no bancarios utilizan las garantías reales mobiliarias para gravar sus carteras en garantía de préstamos mayores. Estas operaciones alcanzan el 60% del crédito total del país, muchas veces más que la proporción de crédito que las mismas instituciones no bancarias alcanzan en Perú.

Este acceso restringido a créditos garantizados por bienes muebles tiene su raíz en el marco legal e institucional para las garantías reales mobiliarias – en Perú, principalmente la prenda y su registro. Este marco presenta en el Perú problemas para constituir, registrar, y ejecutar créditos garantizados. Los problemas macroeconómicos, las altas tasas de intermediación bancaria, la falta de ahorro, el bajo desarrollo del financiamiento accionario o mercado de valores, los costos de transacción altos para los préstamos pequeños, o las regulaciones bancarias, no determinan este problema.<sup>44</sup>

Los problemas en el marco de las garantías reales mobiliarias restringen directamente el crédito que las instituciones formales pueden ofrecer a agricultores y comerciantes. En su mayoría, éstos sólo pueden ofrecer sus bienes muebles

---

<sup>43</sup> Ver Informe Instituto Apoyo, Agosto del 2000 "La estructura de incentivos y las ineficiencias en tres procesos civiles: Juicios por títulos ejecutivos vencidos, juicios por alimentos y ejecución forzada de bienes.

<sup>44</sup> Para un análisis detallado sobre este diagnóstico ver: Fleisig y de la Peña, *Perú: How Problems in the Framework for Secured Transactions Limit Access to Credit*, Vol. III No. 2 NAFTA LAW AND BUSINESS REVIEW OF THE AMERICAS 33 (Spring 1997), págs.16-21.

como garantía, tales como la cosecha, el ganado o el inventario de mercaderías, o los bienes mismos que desean adquirir con el crédito. Asimismo, estos problemas restringen el otorgamiento indirecto de crédito porque los intermediarios, tales como vendedores de fertilizantes y comerciantes, no cuentan con un marco legal de garantías reales que sea apropiado para gravar sus carteras de crédito con garantía real y así refinanciar sus carteras de créditos pequeños. Los métodos que prevé el marco legal peruano - la cesión de créditos o el descuento de títulos valores - determinan costos y riesgos más altos.

Estos problemas son costosos para los peruanos, tanto para las personas acaudaladas, como para las pobres. Las pequeñas y medianas empresas, los agricultores y los hogares pobres típicamente no tienen ningún bien inmueble que pueda servir como garantía para un préstamo - ya sea porque no poseen predio alguno, o porque su tierra no tiene título de propiedad o es de bajo valor para solventar el costo de constitución de una hipoteca. Para tales personas, la posibilidad de usar sus bienes muebles para garantizar un préstamo o comprar bienes a plazos podría cambiar enormemente su acceso a crédito. En forma similar, cuando tales personas no cuentan con crédito alguno, su acceso a crédito aumentará cuando encuentren que sus vendedores a crédito fácilmente pueden refinanciar sus carteras de cuentas por cobrar gravándolas como garantía en el sector formal.

#### **IV. Propuesta: hacia una reforma integral que facilite el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales**

La reforma legal que puede encarar de la mejor manera los problemas generados por un sistema fragmentado de garantías (esto es un sistema con diversas leyes de garantías cuya aplicación es limitada), debe partir por introducir una única ley de garantías reales de amplia aplicación, con la cual se brinde una aproximación funcional al problema. En otras palabras, la ley debe permitir que todo acto jurídico, sin importar su forma o denominación, que involucre el otorgamiento de un crédito<sup>45</sup> pueda ser garantizado a través de la afectación de cualquier tipo de bienes.

Para estos efectos, se requiere de una ley que regule las cuatro etapas del derecho real de garantía; es decir, la constitución, prioridad, publicidad y ejecución de garantías sobre todo tipo de bienes, y que se aplique a todo tipo de operación<sup>46</sup>.

Una ley única permitirá, además, garantizar la perfecta congruencia de las normas legales. De esta forma no se dará el caso derechos reales de garantía sobre

<sup>45</sup> Ver Nuria de la Peña "Reforming the Legal Framework for Security Interests in Mobile Property" [Reforma del marco legal para los derechos reales de garantía sobre bienes muebles] NS Vol. IV Unf. L. Rev. 247 (1999-2).

<sup>46</sup> Ver Nuria de la Peña, Heywood Fleisig y Fernando Cantuarias "Trabas legales al crédito en el Perú: garantías mobiliarias", UPC-CEAL, Lima, 2000.

NOTAR  
F

bienes cuya ejecución no está prevista en las normas , o el de derechos reales de garantía que si bien cuentan con un procedimiento de ejecución, éste resulta incongruente con el tipo de bien dado en garantía.

La ley de garantías propuesta (la "Ley"), deberá contener lo siguiente.<sup>47</sup>

### **1. Bienes y operaciones garantizadas**

La Ley deberá permitir que se puedan constituir garantías reales sobre cualquier tipo de bien o derecho que acreedor y deudor consideren con relevancia económica, como pueden ser, sólo a modo de ejemplo:

- Bienes tangibles, presentes y futuros.
- Derechos, como los que surgen de patentes y marcas de fábrica.
- Bienes intangibles, en particular las carteras de créditos (que se pueden ofrecer en garantía de otros créditos), las cuentas por cobrar, las carteras de cuentas pendientes de cobro por mercadería vendida o servicios prestados, talones de tarjetas de crédito o contratos de compraventa de cosechas; así como, las carteras de créditos en las que se cuenta con garantía real.
- Bienes fungibles y no fungibles que sean materia de rotación o transformación.
- La integridad del patrimonio de un deudor o tercero determinado, incluyendo los bienes que adquiera en el futuro.

Asimismo, la Ley deberá permitir que se pueda constituir garantía reales para garantizar toda clase de operaciones de crédito y obligaciones, sean presentes o futuras, directas o indirectas.

Una ley como la propuesta, permitirá a las partes establecer la garantía ad hoc que mejor se acomode a sus intereses, garantizándose así un mayor desarrollo del crédito y el financiamiento.

### **2. Acreedores y deudores**

En la actualidad, el sistema legal establece privilegios en el acceso a las garantías, al regular ciertas garantías especiales, sólo a favor de algunas actividades económicas (prenda agrícola, minera, industrial, global y flotante, etc.).

La propuesta legislativa consiste en la eliminación de todos los privilegios existentes en el acceso a las garantías, y su reemplazo por normas que permitan a cualquier agente económico, utilizar el mecanismo de las garantías como palanca de desarrollo<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Ibidem

<sup>48</sup> Garro, Alejandro M. "Difficulties in obtaining Secured Lending in Latin America: Why Law

### **3. Constitución de las garantías**

En la actualidad, cada una de las leyes que regulan los diferentes tipos de garantías, establecen sus propias reglas acerca de las formalidades que deben observarse al momento de constituir los gravámenes.

La Ley deberá establecer requisitos estandarizados para la constitución de cualquier tipo de garantía, teniendo como meta la reducción dramática de los actuales costos de transacción.

Además, las garantías que se constituyan, para tener prioridad frente a otras, no deberán requerir la entrega física del bien, ya que este sistema tiene la desventaja de no permitir que el deudor haga uso de los bienes durante la vida del crédito, disminuyendo la productividad económica del deudor. Además, es un sistema que promueve operaciones simuladas y el fraude.

En ese sentido, la prioridad se dará sobre la base de su entrega jurídica.

### **4. Rango de prioridad de las garantías**

La Ley deberá regular los privilegios y las preferencias que muchas veces se otorgan en razón de las personas o de cierto tipo de actos jurídicos, estableciendo reglas uniformes entre acreedores, adquirentes de derechos, embargantes, derechos del Estado y otros que pudieran tener algún tipo de interés o derecho sobre los bienes otorgados en garantía.

Para estos efectos, el orden de prioridad deberá estar basado en el principio "*primero en inscribir, primero en derecho*", que afectará, inclusive, a cualquier forma de gravámenes o privilegios, específicos o generales, relacionados con los bienes otorgados en garantía. Deberá establecerse un sistema de publicidad de los privilegios.

### **5. El Archivo Electrónico de Avisos de Garantías**

Una ley de garantías reales como la propuesta, necesariamente deberá reformar la actual estructura de los registros en el país.

El actual marco legal determina la existencia de un régimen registral riesgoso y

---

Reform really matters", Emerging Financial Markets and Secured Transactions, Joseph J. Borton y Mads Andews (Ed.), Londres, 1998, p. 263. "...the law should make possible the 'collateralisation of most of the debtor's assets, tangible as well as intangible... Wider availability of secured credit calls for the elimination of restrictions on the types of creditors, borrowers, and property that may participate in a secured transaction".

costoso, tanto para garantizar la prioridad de derechos, como para hacer pública la existencia de derechos preferentes.

En efecto, la actual estructura institucional del sistema de registros, incluye más de una decena de registros, muchos de éstos repartidos por todo el territorio nacional y sin conexión alguna, a los que un acreedor debe dirigirse para conocer si existen derechos preferentes sobre diferentes tipos de bienes de un mismo deudor.

A su vez, el acceso a la información solo puede lograrse con una solicitud de certificado de información a cada uno de los registros de cada una de las oficinas registrales, lo cual involucra costos prohibitivos para muchas operaciones de crédito.

Además, el actual el marco legal establece un costoso sistema de publicidad de las garantías por registro del contrato de garantía, que exige la revisión de la legalidad y la autenticidad de los documentos antes de su inscripción.

La Ley deberá enfrentar estos problemas y costos, creando para el efecto un sistema de inscripción de garantías mediante *archivo de avisos*<sup>49</sup>, con las siguientes particularidades:

- No se tratará de un registro de bienes, sino de un sistema de publicidad de garantías sobre cualquier tipo de bien o derecho en razón de la persona del constituyente.
- Este sistema de publicidad no requerirá inscribir el contrato de garantía, sino la información mínima necesaria para informar al público acerca de la existencia de derechos preferentes.
- El control de la legalidad se reducirá dramáticamente, a la simple constatación de que se hayan llenado todos los campos del formulario que servirá para informar acerca de la garantía.
- La información será ingresada a un archivo de base de datos electrónica de jurisdicción nacional, que permita muchos puntos para ingresar información, así como su libre e inmediato acceso público.
- Las características técnicas de este Archivo posibilitará su concesión al sector privado en competencia, reservándose el Estado la importante función de establecer los estándares de competencia, las condiciones técnicas del Archivo y su supervisión.

## 6. Ejecución de las garantías

En la actualidad, los procedimientos para la ejecución judicial de las garantías son demasiado lentos y costosos, lo que desincentiva el crédito al hacerlo mucho más

---

<sup>49</sup> *Notice filing systems*, bajo las legislaciones más avanzadas de garantías reales en los EEUU, Canadá, Puerto Rico y Rumania.

oneroso (mayor tasa de interés y menores plazos) o incluso limitarlo al no aceptarse muchos tipos de bienes en garantía.

Una nueva ley de garantías reales debe establecer reglas que permitan reducir los tiempos y costos en la ejecución de las garantías, logrando de esa manera que muchos bienes sean útiles para ser ofrecidos en garantía de créditos. Para ello se requieren normas que permitan una efectiva posesión y venta de los bienes en garantía antes de su depreciación.

En ese sentido, deberá otorgarse al acreedor garantizado el derecho a recuperar por vías extrajudiciales la posesión del bien en garantía sin perturbar el orden público y sin afectar los derechos del deudor.

Además, deberá respetarse el derecho de las partes de celebrar con libertad convenios respecto a mecanismos alternativos en caso el deudor incumpla sus obligaciones de pago, como es el pacto comisorio, velando únicamente en contra del abuso de tal institución.

Por último, deberá permitirse la venta extrajudicial de los bienes afectados en garantía, dentro de un marco legal que establezca los requisitos de venta y las sanciones en caso de abuso, cubriendo de esa manera el interés de ambas partes de que se obtenga el máximo beneficio en la venta del bien en garantía.

Sólo así se posibilitará que más peruanos puedan acceder al sistema de créditos, con tasas de interés y plazos razonables.

## **Bibliografía**

Indecopi, Documento de Trabajo "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 del 2000.

Ministerio de Economía y Finanzas, 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 del 2001.

Fleisig W. Heywood, De la Peña Nuria y Fernando Cantuarias .- "Trabas Legales al Crédito en el Perú: Garantías Mobiliarias", Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Perú 2000.

Fondo Monetario Internacional: Perú: Statistical. Annex. IMF Staff Country. Report N° 99/75, agosto 1999.

Banco Interamericano de Desarrollo, *Increasing Indebtedness, Institutional Changes and Credit Contracts in Peru*, IEP-BID, 1999.

Instituto Apoyo, "La estructura de incentivos y las ineficiencias en tres procesos civiles: Juicios por títulos ejecutivos vencidos, juicios por alimentos y ejecución forzada de bienes." Agosto del 2000.

Fleisig y de la Peña, *Perú: How Problems in the Framework for Secured Transactions Limit Access to Credit*, Vol. III No. 2 *NAFTA LAW AND BUSINESS REVIEW OF THE AMERICAS* 33 (Spring 1997).

De la Peña, Nuria "Reforming the Legal Framework for Security Interests in Mobile Property" [Reforma del marco legal para los derechos reales de garantía sobre bienes muebles] *NS Vol. IV Unf. L. Rev.* 247 (1999-2).

Garro, Alejandro M. "Difficulties in obtaining Secured Lending in Latin America: Why Law Reform really matters", *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, Joseph J. Borton y Mads Andews (Ed.), Londres, 1998, p. . 263. "...the law should make possible the 'collateralisation of most of the debtor's assets, tangible as well as intangible... Wider availability of secured credit calls for the elimination of restrictions on the types of creditors, borrowers, and property that may participate in a secured transaction".

**PROPUESTAS DE REFORMAS URGENTES AL CÓDIGO CIVIL**

**PROPUESTAS DE REFORMAS AL LIBRO V:**

Derechos Reales



Lima, 2006

**LIBRO V**  
**DERECHOS REALES**  
**SECCIÓN PRIMERA**  
**Disposiciones generales**

**Artículo 882.- Prohibición de enajenar o gravar.**

*Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de disponer o gravar, hasta por el plazo máximo de diez años, reduciéndose cualquier exceso al plazo indicado.*

**Exposición de Motivos:**

La práctica ha demostrado que la prohibición absoluta del actual artículo 882, es inconveniente. Por esto el nuevo texto admite la prohibición pero por un plazo máximo de diez años, lo cual concuerda con lo que dispone el artículo 101 de la Ley General de Sociedades.

**SECCIÓN TERCERA**  
**Derechos reales principales**

**Título II**  
**Propiedad**

**Artículo 923.- Noción. Ejercicio.**

*La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.*

**Exposición de Motivos:**

Cuando se dictó el Código Civil de 1984 estaba vigente la Constitución de 1979, la cual aludía al interés social como referente para el ejercicio del derecho de propiedad. La nueva Constitución ha sustituido el concepto de interés social por el de bien común.

**Artículo 950.- Prescripción adquisitiva. Requisitos.**

1. *La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.*

2. *Cuando un bien es objeto de coposesión, la prescripción adquisitiva favorece a todos los coposedores.*
3. *Cuando un bien es objeto de copropiedad y lo posee sólo alguno o algunos de los copropietarios no hay prescripción, salvo que se pruebe que la posesión fue exclusiva.*

**Exposición de Motivos:**

El numeral 1 tiene el mismo texto del actual artículo 950.

El numeral 2 corrige una omisión del Código de 1984. La regla estaba en el artículo 898 del Código de 1936.

El numeral 3 modifica la parte final del actual artículo 985 y autoriza la prescripción entre copropietarios cuando la posesión es exclusiva. Se trata de corregir situaciones injustas que hoy ocurren con frecuencia.

**Artículo 971.- Decisiones de los copropietarios.**

*Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por:*

1. *Unanimidad, para disponer o gravar el bien, así como en los demás casos que establece este Código.*
2. *Mayoría absoluta, para las demás decisiones. Los votos se computan por el valor de las cuotas. En caso de empate, se adopta la decisión por sorteo.*

**Exposición de Motivos:**

Se ha suprimido el requisito de la unanimidad entre los copropietarios para arrendar el bien, darlo en comodato o hacerle modificaciones porque esto con frecuencia impide la explotación de bienes comunes.

**Artículo 985.- Imprescriptibilidad.**

*La acción de partición es imprescriptible.*

**Exposición de Motivos:**

La supresión de la parte final del texto actual obedece a lo dicho a propósito del numeral 3 del artículo 950.

**Artículo 988.- Adjudicación o venta.**

1. *El bien común que no sea susceptible de división material o cuya división menoscabe su valor puede, por unanimidad entre los copropietarios:*

a) *Ser adjudicado a un copropietario o en común a dos o más copropietarios que convengan en ello y que compensarán a los demás copropietarios en la proporción que a cada uno corresponda;*

b) *Ser vendido contractualmente, dividiéndose el precio de venta entre los copropietarios, según la porción de sus alícuotas.*

2. *Si los copropietarios no estuvieran de acuerdo en la adjudicación o en la venta contractual, a solicitud de cualquiera de ellos se procederá a su venta en subasta pública tomando como base el precio de la tasación que el solicitante anexará a su solicitud. La pretensión se tramita como proceso no contencioso, concluido el cual el Juez dispondrá la venta mediante remate por martillero público conforme a las reglas de ejecución forzada con exclusión de los artículos 728, 729 y 730 del Código Procesal Civil. El precio de venta será dividido entre los copropietarios, según la porción de sus alícuotas.*

**Exposición de Motivos:**

El numeral 1 corresponde, en esencia, al primer párrafo del texto actual, agregándose el criterio del posible menoscabo del bien, que ahora no está previsto pero que es importante. El cambio significativo está en el numeral 2, que sustituye el párrafo segundo del texto actual. La modificación responde a razones eminentemente prácticas, que la experiencia judicial ha puesto de manifiesto. En efecto, el texto actual de la norma se refiere lacónicamente a que el bien se venderá en subasta pública y el Código Procesal Civil omitió establecer vía procedimental para la pretensión materia de este artículo.

**SECCIÓ CUARTA**  
**Derechos reales de garantía**

**Título I**  
**Prenda**

**Artículo 1066.- Adjudicación del bien por el acreedor.**

1. *Es válido que las partes acuerden que el acreedor prendario pueda adjudicarse la propiedad del bien afectado en garantía. Para la validez del pacto se requiere, bajo sanción de nulidad, incluir el valor del bien acordado por las partes y además otorgarse el poder a que se refiere el párrafo 6 de este artículo.*

2. *Producido el incumplimiento, el acreedor que desee adjudicarse el bien deberá comunicar notarialmente al deudor y al representante a que se refiere el párrafo 6, así como, de ser el caso, al constituyente y al depositario, el monto detallado de la obligación no pagada y el valor del bien acordado por las partes.*
3. *Si el valor del bien fuera menor que el monto de la deuda, el acreedor podrá exigir el saldo en la vía del proceso de ejecución.*
4. *Si el valor del bien fuera mayor que el monto de la deuda, para poder adjudicárselo el acreedor deberá pagar previamente la diferencia al representante a que se refiere el párrafo 6, dentro de un plazo de diez días naturales de recibida por el deudor la comunicación mencionada en el párrafo 2. Vencido dicho plazo sin pagarse la diferencia, el deudor tendrá derecho a demandar en la vía del proceso sumarísimo el pago de la penalidad estipulada, la cual no podrá ser menor al décuplo de la diferencia, más intereses y gastos. A falta de pacto, rige el límite señalado.*
5. *Cuando el acreedor pretenda adjudicarse el bien afectado en garantía de conformidad con este artículo, deberá pagar previamente el crédito de los acreedores que lo preceden en el rango o consignar su importe.*

*Si hubiese gravámenes posteriores, los acreedores cancelarán su crédito, de ser el caso, con cargo a la diferencia prevista en el párrafo 4. Para este efecto el representante a que se refiere el párrafo 6 cumplirá con consignar el monto mencionado en el párrafo 4.*
6. *Al momento de pactarse la posibilidad de adjudicación del bien afectado en garantía, 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. Es nulo el pacto por el cual el propio acreedor sea el representante. El poder constará en documento con firma legalizada por notario. Para estos efectos no son aplicables el segundo párrafo del artículo 153 ni el artículo 156.*
7. *Es requisito de validez para efectos de transferir la propiedad del bien a favor del acreedor, que éste pague al representante la diferencia de valor o la penalidad previstas en el párrafo 4 o que pague o consigne el importe del crédito de los acreedores que lo preceden en el rango.*

**Exposición de Motivos:**

La terminante prohibición de la norma actual ha sido reemplazada por reglas estrictas que garantizan que el acreedor, al adquirir la propiedad del bien prendado o hipotecado, no ocasionará perjuicio al constituyente de la garantía.

**Artículo 1069.- Ejecución de la prenda.**

1. Si es exigible la obligación garantizada con prenda, el acreedor puede proceder a la venta del bien afectado en garantía en la forma establecida en los párrafos siguientes o en el título constitutivo de la garantía, conforme a lo pactado por las partes. A falta de pacto o en la situación prevista en el párrafo 6, se venderá el bien con arreglo al Código Procesal Civil.
2. En el título se otorgará poder específico e irrevocable a un representante para realizar y formalizar la transferencia del bien afectado en garantía mediante subasta notarial convocada a través de algún medio de comunicación. Es nulo el pacto por el cual el propio acreedor sea el representante. Para estos efectos no son aplicables el segundo párrafo del artículo 153 ni el artículo 156.
3. Producido el incumplimiento, de lo cual dejará constancia el acreedor mediante carta notarial dirigida simultáneamente al deudor y al representante a que se refiere el párrafo 2 y, en su caso, al constituyente de la garantía, el representante procederá a la venta por subasta notarial del bien afectado en garantía, después de transcurridos tres días de remitida la carta notarial.
4. Si el bien estuviese afecto a gravámenes anteriores a la prenda que dio lugar a la venta por subasta notarial, el representante deberá consignar a la orden del Juez competente, el importe total de la enajenación del bien dentro de los tres días siguientes al cobro del precio. Si hubiese gravámenes posteriores a la garantía que ha dado lugar a la enajenación, el representante consignará a la orden del Juez el saldo del precio que hubiese después de haberse hecho cobro el acreedor. El Juez procederá con arreglo al Código Procesal Civil.
5. Una vez iniciada, en ningún caso podrá suspenderse la venta por subasta notarial del bien afectado en garantía. Cualquier controversia respecto del monto o de la extensión de alguno de los gravámenes, será resuelta por el Juez competente conforme al Código Procesal Civil, sin suspenderse la enajenación del bien afectado en garantía, 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, sin que el bien hubiese sido vendido, el acreedor 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 al tiempo de la enajenación del bien gravado. El representante es igualmente responsable por el cumplimiento de las estipulaciones pactadas para la venta por subasta notarial.

**8.** *Tratándose de una garantía constituida sobre dinero o créditos, regirán las reglas de los párrafos que anteceden en cuanto fueren aplicables.*

**Exposición de Motivos:**

El Código actual autoriza la venta del bien prendado en la forma pactada al constituirse la obligación. La norma propuesta regula el procedimiento extrajudicial de venta en caso de que no medie pacto.

**Artículo 1069-A.- Venta en caso de garantías sucesivas.**

*Quando hubiere prendas sucesivas sobre el mismo bien, la venta a instancias del segundo o ulteriores acreedores deberá ser efectuada en la forma y en el valor previstos en el título constitutivo de la prenda de primer rango.*

**Exposición de Motivos:**

Si hay varias prendas constituidas sobre el mismo bien, la venta de éste se hace conforme a lo pactado para la primera prenda, ya que los otros acreedores prendarios tuvieron oportunamente conocimiento de dicho primer gravamen.

**Artículo 1069-B.- Modo de tomar posesión del bien prendado.**

**1.** *Las partes podrán regular mediante pacto el modo de tomar posesión del bien prendado.*

**2.** *A falta de pacto, el representante encargado de la venta del bien o, en su caso, el adquirente de dicho bien, 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 notificación notarial al deudor y, en su caso, al constituyente y al depositario del bien, de que se va a proceder a tomar posesión de éste, hecho lo cual se extenderá la certificación notarial del acto en la que se dejará constancia del estado y características principales del bien prendado.*

**3.** *El representante encargado de la venta del bien o el adquirente podrán solicitar al Juez competente la incautación del bien prendado.*

*El Juez no correrá traslado del pedido de incautación, y, además, queda prohibido, bajo responsabilidad, de admitir recurso alguno que entorpezca la expedición o la ejecución de su mandato. El Juez expedirá el mandato de incautación por el solo mérito de la solicitud y de la documentación presentada.*

**4. El mandato de incautación se cursará mediante oficio a la autoridad policial del lugar.**

*La autoridad policial encargada de ejecutar el mandato judicial a que se refiere el párrafo anterior, deberá ejecutarlo dentro de las 24 horas de haberlo recibido. El bien prendado incautado será entregado de inmediato al representante encargado de la venta del bien o, en su caso, al adquirente. Quien reciba el bien deberá hacer los arreglos necesarios para su transporte y custodia. Es responsable de su conservación.*

**Exposición de Motivos:**

La norma que se propone es el complemento de la ejecución extrajudicial prevista en el artículo 1069, ya que el bien prendado puede estar en poder de un tercero o del propio deudor cuando ha mediado la entrega jurídica (prenda inscrita) prevista en el artículo 1059.

**Artículo 1084.- Créditos no representados en títulos valores.**

*En el caso de la prenda sobre créditos que no se encuentren incorporados en títulos valores, se observará las disposiciones de la cesión de derechos, en lo que sean aplicables.*

**Exposición de Motivos:**

El texto actual es deficiente al restringir la prenda a créditos que consten de documento, el cual además debe ser entregado. Esto descarta la prenda de muchas cuentas por cobrar que no están representadas documentalmente.

Las reglas de la cesión de derecho son aplicables porque la prenda de un crédito importa la cesión de éste a título de garantía.

**Artículo 1089-A.- Prenda Global y Flotante. Noción.**

**1. Puede constituirse prenda sin desplazamiento sobre activos, mercaderías, materias primas, productos elaborados o semielaborados y repuestos en el ámbito de la actividad comercial, industrial, agrícola, minera o cualquier otra de la producción o servicios.**

**2. Los bienes que sean retirados del conjunto prendado, quedan subrogados por otros de la misma especie, calidad y cantidad, de acuerdo con el inventario valorizado a que se refiere el artículo 1089-B.**

**Artículo 1089-B.- Inventario valorizado.**

1. *El constituyente de la garantía se obliga a mantener permanentemente la cantidad y calidad de los bienes que integran el conjunto prendado. Los bienes serán materia de inventario valorizado, el cual deberá formar parte integrante del documento constitutivo de la garantía, bajo sanción de nulidad.*
2. *El acreedor podrá inspeccionar en cualquier momento la cantidad y calidad de los bienes que integran el conjunto prendado.*

**Artículo 1089-C.- Depositario.**

1. *El constituyente de la prenda global y flotante tiene necesariamente la calidad de depositario de los bienes prendados. Tratándose de personas jurídicas, el depositario será la persona designada por las partes o, en su defecto, el representante legal de dicha persona jurídica.*
2. *El depositario está sujeto a las responsabilidades civil y penal correspondientes.*

**Artículo 1089-D.- Inscripción.**

*Es requisito de validez para la constitución de la prenda global y flotante, que se inscriba la garantía en el Registro de Bienes Muebles.*

**Exposición de Motivos:**

Estas normas autorizan la constitución de la prenda global y flotante, hoy restringida al ámbito bancario según está prevista en el artículo 231 del la Ley N° 26702. Esta prenda, que recae sobre activos renovables, favorecerá el crédito comercial y también el agrícola, el industrial y el minero. Se modifican así las actuales prendas agrícola, industrial y minera, unificándose las garantías.

**Título III  
Hipoteca**

**Artículo 1101.- Extensión de la hipoteca en cuanto al bien.**

*La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes y accesorios del bien hipotecado, tanto actuales como futuros, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto.*

**Exposición de Motivos:**

# PROYECTO DE LEY DE EJECUCIÓN DE GARANTIA HIPOTECARIA

## Capítulo I. Generalidades

### Artículo 1.- Objeto

La presente ley tiene por objeto establecer los modos, requisitos y condiciones para la ejecución la garantía hipotecaria.

### Artículo 2.- Ámbito de aplicación

2.1 La presente ley se aplica a las siguientes modalidades de ejecución de la garantía hipotecaria:

- a) Judicial, y
- b) Arbitral.

### Artículo 3.- Derechos

3.1 Son derechos del acreedor en la ejecución de garantía hipotecaria:

- a) Acceder a sus modos de ejecución sin la exigencia de mayores requisitos que los expresamente establecidos en la presente ley, los cuales se interpretan en el sentido más favorable a la admisión de la demanda o solicitud de ejecución y a la pronta y eficaz satisfacción del crédito.
- b) El cobro del íntegro de su acreencia con la ejecución del bien otorgado en garantía, incluyendo el capital, los intereses moratorios y compensatorios devengados, los gastos, las costas y los costos.
- c) La estricta observancia del derecho de preferencia en caso de concurrencia de acreedores sobre el bien garantizado.

3.2 Son derechos del deudor y del propietario o titular del inmueble otorgado en garantía hipotecaria a:

- a) Oponerse a la ejecución conforme con los medios probatorios previstos por la presente ley siendo improcedente requerir de mayores exigencias formales que las expresamente dispuestas.
- b) Obtener el mayor valor por la venta forzosa del inmueble que los procedimientos de tasación y subasta permitan así como el saldo remanente de la venta en caso lo hubiera.

3.3 Son derechos de los adquirentes del bien ejecutado a:

- a) Que se realice a su favor la transferencia de propiedad libre de cualquier carga o gravamen.
- b) Obtener la desocupación del inmueble de ser el caso.

### Artículo 4.- Obligaciones

Los que intervienen en los mecanismos de ejecución de garantía hipotecaria están obligados a:

- a) Prestar su colaboración a la realización efectiva de los derechos de las partes,
- b) Adecuar su conducta a la buena fe procesal absteniéndose de actuar con fines dilatorios para impedir la ejecución de la garantía.

Su incumplimiento se sanciona en los términos establecidos en el Código Procesal Civil.

**Capítulo II**  
**La ejecución judicial de la hipoteca**  
**Subcapítulo 1:**  
**La relación procesal**

**Artículo 5.- Pretensión de ejecución**

- 5.1 El acreedor hipotecario que considere insatisfecho su derecho de crédito puede demandar judicialmente la ejecución forzosa del inmueble hipotecado en garantía de su crédito.
- 5.2 Si la tasación del bien inmueble a presentar con la demanda es menor al saldo deudor se puede pretender a través de medida cautelar la afectación de otros bienes o derechos del deudor o de sus garantes personales, a fin de poder asegurar la plena satisfacción de su crédito. Dicha pretensión de medida cautelar se puede plantear incluso antes del proceso de ejecución usando la antes referida tasación.

**Artículo 6.- Competencia por razón del territorio**

- 6.1 Es competente para conocer los procesos de ejecución de garantía hipotecaria el juez del lugar donde se encuentra el bien inmueble que se pretende ejecutar, salvo pacto en contrario.
- 6.2 Cuando se pretenda ejecutar varios bienes inmuebles es competente el juez del lugar donde se encuentre cualquiera de ellos a elección del acreedor; salvo que alguno de los inmuebles se ubique en el lugar del domicilio del deudor, en cuyo caso es competente el juez de este último lugar.

**Artículo 7.- Competencia por razón de la materia**

- 7.1 Son competentes para conocer los procesos de ejecución de garantía hipotecaria los jueces de la sub especialidad comercial en los lugares donde existan juzgados de dicha sub especialidad.
- 7.2 En ausencia de jueces de la sub especialidad comercial son competentes los jueces especializados en lo civil y en ausencia de éstos últimos los jueces de los juzgados mixtos.

**Artículo 8.- Legitimación activa**

Puede ser parte ejecutante:

- a) El acreedor hipotecario o a quien éste haya cedido sus derechos.
- b) Aquél que se encuentra legitimado al amparo del inciso 4 del artículo 1219 del Código Civil y por el artículo 60 del Código Procesal Civil.

**Artículo 9.- Legitimación pasiva**

9.1. Ocupa la posición de parte ejecutada:

- a) El deudor hipotecario y su garante de ser el caso.
- b) El que al momento de interponer la demanda figura como propietario con dominio inscrito en el Registro Público de Predios sobre el inmueble hipotecado que se pretende ejecutar.
- c) El que comunicó fehacientemente al acreedor hipotecario la adquisición del inmueble hipotecado antes de la interposición de la demanda de ejecución.
- 9.2 El adquirente del inmueble hipotecado que no inscribe su dominio en la respectiva partida registral o no lo comunica fehacientemente al acreedor hipotecario antes de la presentación de la demanda no puede impugnar la ejecución ni interponer acción o medida alguna que la suspenda por ausencia o falta de notificación de la demanda ni del mandato de ejecución.

9.3 Se presume como domicilio válido para todos los efectos de notificación del proceso la dirección del inmueble hipotecado en el caso que en el acto de constitución e inscripción de derecho de garantía el adquirente de dichos derechos no haya consignado un domicilio en la ciudad donde se encuentra el inmueble.

#### **Artículo 10.- Acumulación originaria**

Procede la acumulación en los siguientes casos:

1. Cuando el acreedor hipotecario pretenda la ejecución del inmueble para satisfacer diversos créditos que tiene frente a un mismo deudor, siempre que dichos créditos estén garantizados por ese bien.
2. Cuando el acreedor hipotecario pretenda la ejecución de varios inmuebles para satisfacer diversos créditos que tiene frente a un mismo deudor, siempre que dichos créditos estén garantizados por esos bienes.

#### **Artículo 11.- Pluralidad de acreedores**

La ejecución y el pago de un crédito cuya titularidad es de varios acreedores se rige por lo siguiente:

1. Cuando los acreedores son mancomunados cualquiera de ellos puede demandar la ejecución pero solo por la parte del crédito que le corresponde; debiendo consignarse a favor de los acreedores no ejecutantes el saldo resultante del remate, conforme con los porcentajes pactados en el título de la obligación y la preferencia en el rango de la hipoteca.
2. En el caso que los acreedores sean solidarios la ejecución puede ser demandada por uno o por todos; procediéndose con pagar a cualquiera de los acreedores ejecutantes.

### **Subcapítulo 2: El proceso de ejecución**

#### **Artículo 12.-Demanda y emplazamiento**

Además de los requisitos contemplados en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, la demanda debe contener:

- a) La determinación clara del bien cuya ejecución se solicita.
- b) La determinación clara de la obligación u obligaciones que se pretenden satisfacer con la ejecución de la garantía, así como sus respectivos montos. La obligación debe estar contenida en un título ejecutivo o en el mismo documento en el que se constituye la garantía.
- c) La identificación del ejecutado según corresponda conforme con el artículo 9.
- d) La identificación y domicilio de los terceros acreedores a los que deba serles comunicado el inicio de la ejecución. Para estos efectos se entenderá como válido el domicilio del acreedor indicado en el título que constituye la garantía.

#### **Artículo 13.-Anexos de la demanda**

A la demanda se debe adjuntar:

- a) Testimonio de escritura pública del acto de constitución de la hipoteca o documento original de constitución de la hipoteca cuando por ley especial la constitución no requiera de escritura pública.

- b) El título ejecutivo que represente la obligación cierta, expresa y exigible; líquida o liquidable por la cual se procede cuando la obligación no se encuentre contenida en el documento indicado en el inciso precedente.
- c) Certificado Registral Inmobiliario del inmueble hipotecado del Registro Público de Predios respectivo.
- d) El documento que contiene el estado de cuenta del saldo deudor.
- e) El documento que contiene la tasación actualizada del bien.

#### **Artículo 14.- El estado de cuenta del saldo deudor**

El estado de cuenta del saldo deudor debe contener:

- a) El monto original de la obligación.
- b) El monto que el deudor ha amortizado indicando, de ser el caso, las cuotas pagadas y las impagas.
- c) El monto del saldo de la obligación.
- d) La fecha desde la cual se encuentra en mora el deudor.
- e) El monto de los intereses pactados, señalando su tasa y el periodo por el que se computan, sin perjuicio de la liquidación posterior de los intereses que se devenguen por el periodo que tome la ejecución.
- f) La liquidación de intereses pactados precisando los intereses moratorios y compensatorios; y en defecto de ello los intereses legales.
- g) La firma del acreedor o de su representante.

#### **Artículo 15.-Inadmisibilidad de la demanda**

15.1 El juez declara inadmisibile la demanda conforme con las reglas del Código Procesal Civil debiendo conceder al demandante un plazo no mayor de cinco días para la subsanación de la omisión o defecto sustancial que motivaría su inadmisibilidad.

15.2 El Juez está impedido de declarar la inadmisibilidad de la demanda en los casos en los que la omisión o el defecto advertidos no sean sustanciales, ni estén en condición de producir indefensión a la parte ejecutada. En esos casos, deberá admitir la demanda, sin perjuicio de disponer que se cumpla con corregir el defecto advertido. En caso de duda, sobre admitir o no la demanda, tiene la obligación de admitirla.

#### **Artículo 16.-Improcedencia de la ejecución**

El Juez declara la improcedencia de la ejecución cuando:

- a) Advierta la manifiesta falta de interés para obrar del demandante.
- b) Advierta la manifiesta ausencia de legitimación del demandante.
- c) Cuando la garantía no cumpla con los requisitos legalmente establecidos.
- d) Cuando la obligación no sea cierta o exigible, o no sea líquida o liquidable.
- e) Cuando el pedido de ejecución se sustenta en un título ejecutivo que no reúne los requisitos formales.

#### **Artículo 17.- Mandato de ejecución**

17.1 Verificadas la admisibilidad y procedencia de la demanda el juez emite el mandato de ejecución otorgando un plazo de cinco días hábiles para que se cumpla con el pago de la obligación más intereses pactados o en su defecto interés legal, costos y costas; bajo apercibimiento de iniciarse el remate del bien o bienes otorgados en garantía.

17.2 El mandato de ejecución se debe notificar a:

- a) Los que tienen legitimación pasiva señalados en el numeral 9.1 del artículo 9;
- b) Los que tienen legitimación activa conforme el artículo 8.

- c) Los terceros cuyos derechos serán cancelados conforme a lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 39.
- d) Al tercero poseedor del bien, y
- e) Aquel con derecho inscrito vigente sobre el inmueble.

17.3 El juez dispone que el mandato de ejecución se anote en la partida registral del inmueble en el registro público de predios.

17.4 Si el Certificado Registral Inmobiliario manifiesta la anotación de embargos u otras ejecuciones de garantía iniciadas respecto del mismo bien o bienes, el Juez en el mandato de ejecución dispone se oficie a la autoridad judicial, administrativa o arbitral, a fin de que le informen sobre el estado de las actuaciones. De haberse decretado ya el remate del bien, el juez prosigue con el proceso hasta antes de la realización forzada.

#### **Artículo 18.- Oposición**

18.1 Dentro del plazo de cinco días de notificado el mandato de ejecución, la parte ejecutada sólo puede plantear su oposición por:

- a) Las excepciones del artículo 446 del Código Procesal Civil.
- b) Nulidad formal o falsedad del título ejecutivo;
- c) Inexigibilidad o iliquidez de la obligación por la cual se procede;
- d) Extinción de la obligación o de la hipoteca.

18.2 Es improcedente la oposición que se funda en otras causales a las del párrafo anterior, sin perjuicio que la parte ejecutada las haga valer en el proceso que corresponda, sin afectar el curso de la ejecución.

18.3 Sólo pueden ofrecerse como medios probatorios de la oposición los documentos, la pericia y la declaración de parte.

#### **Artículo 19.- Trámite de la oposición**

19.1 La oposición se traslada al ejecutante para su absolución en el término de cinco días proponiendo los medios probatorios pertinentes.

19.2 Dentro de los cinco días siguientes de vencido el plazo para la absolución, con o sin ésta, el Juez resuelve la oposición.

#### **Artículo 20.- Medios de impugnación**

20.1 Las resoluciones que se expidan en este proceso sólo son impugnables mediante recurso de reposición, apelación, casación o queja, conforme a lo señalado en el Código Procesal Civil y con las precisiones establecidas en la presente ley.

20.2 Es improcedente la impugnación de resoluciones a través de pedidos de nulidad que no se incorporen en un recurso de apelación o de casación, salvo los defectos del emplazamiento.

#### **Artículo 21.- Resolución de la oposición.**

21.1 La oposición se resuelve por auto y es apelable dentro del plazo de tres días siguientes de notificada con efecto suspensivo sólo si ha sido declarada fundada.

21.2 En caso que el ejecutado quiera suspender la ejecución sólo podrá hacerlo presentando consignación por depósito judicial del monto dispuesto en el mandato de ejecución.

### **Artículo 22.-Recurso de casación**

El recurso de casación se rige por las normas generales del Código Procesal Civil o norma que la sustituya sin efecto suspensivo cuando es fundado.

### **Artículo 23.- Orden de remate**

23.1 El juez decreta la orden de remate del bien dado en garantía cuando:

- a) El ejecutado no se haya opuesto al mandato de ejecución,
- b) Resuelta la oposición ésta es declarada improcedente o infundada para el ejecutado, salvo que éste haya presentado la consignación referida en el numeral 21.2 del artículo 21.

23.2 Contra el decreto que dicta la orden de remate solo procede reposición. La resolución que resuelve la reposición es inimpugnable.

23.3 Expedida la orden de remate, ninguna autoridad, podrá suspender el proceso ni la ejecución salvo disposición por órgano jurisdiccional.

### **Artículo 24.- Pago dentro del plazo conferido en el mandato de ejecución**

24.1 Dentro del plazo conferido por el mandato de ejecución el ejecutado puede consignar:

- a. El monto del estado de cuenta del saldo deudor que comprende capital más intereses; en cuyo caso el juez dicta el decreto que da por cancelado el mandato de ejecución sin lugar a pagar costas ni costas.
- b. Solo el monto del capital; en cuyo caso el juez dicta el decreto que da como pago a cuenta del mandato de ejecución.

24.2 Dentro del plazo de cinco días de expedido el decreto a que se refiere el literal b) del numeral anterior, el ejecutante puede solicitar al juez que se proceda a la liquidación de los costos y costas, conforme a lo establecido en la presente ley. Si estos no son pagados en el plazo de cinco días de consentido o ejecutoriado el auto que los fija, se procederá a la ejecución forzada del bien otorgado en garantía.

24.3 Las cantidades consignadas según los literales a) y b) del numeral 24.1 son de libre disposición del ejecutante a su sola solicitud.

## **Subcapítulo 3: La realización forzada**

### **Título I**

#### **Remate**

### **Artículo 25.- Observación de la tasación del ejecutante**

25.1 La tasación presentada por el ejecutante con su demanda puede ser observada dentro de los cinco días siguientes de notificada la orden de remate a cuyo efecto se debe adjuntar informe de perito colegiado que la sustente, en caso contrario, y sin necesidad de correr traslado, se declarará improcedente.

25.2 La observación se traslada para su absolución por el mismo plazo de cinco días; luego de lo cual, con o sin absolución, el juez la resuelve disponiendo una nueva tasación por perito judicial en caso de ser acogida.

25.3 El autó que resuelve la observación es apelable es sin efecto suspensivo y sin calidad de diferida.

25.4 Si la tasación del ejecutante no es observada el juez procede con la convocatoria a remate.

#### **Artículo 26.- Prestación de facilidades al peritaje**

26.1 Todo poseedor de un Inmueble que por disposición judicial tiene que ser objeto de peritaje para su tasación se encuentra en la obligación de prestar facilidades para el acceso e inspección de su interior por el perito que corresponda.

26.2 El poseedor que no permite al perito su acceso o ingreso al inmueble será sancionado con una multa no mayor de 10 Unidades de Referencia Procesal sin perjuicio que el juez remita copia de los actuados al Ministerio Público para que proceda a la denuncia correspondiente.

26.3 La imposibilidad de ingreso al inmueble no impide su tasación que en todo caso se realiza sobre la base de los elementos con los que cuenta el perito. La tasación así efectuada no puede ser objeto de observación por el ejecutado basado en la falta de inspección de sus interiores.

#### **Artículo 27.- Convocatoria a remate**

27.1 Aprobada la tasación o siendo innecesaria ésta el juez convocará a remate judicial mediante decreto fijando el día, la hora y el lugar de su realización por martillero público hábil o en su defecto por notario público si así lo hubiese solicitado el ejecutante; salvo que sea aplicable el remate judicial por internet conforme con la ley especial de la materia.

27.2 Los honorarios del martillero o del notario son fijados por el juez.

#### **Artículo 28.-Publicidad de la convocatoria**

28.1 La convocatoria a remate se debe publicar en el diario encargado de las publicaciones judiciales o en uno de mayor circulación del lugar del remate por tres días consecutivos.

28.2 La convocatoria también se debe publicar en el portal web del Poder Judicial sobre remates y en parte visible del inmueble hipotecado.

28.3 Entre la fecha de publicación en diario y la fecha de la convocatoria para remate debe mediar por lo menos diez días calendario, bajo sanción de nulidad.

#### **Artículo 29.- Contenido del aviso de la convocatoria a remate.**

El aviso de la convocatoria a remate debe contener:

- a) Los nombres de las partes y terceros legitimados,
- b) El número de convocatoria, día, hora y lugar del remate,
- c) La identificación del inmueble, datos registrales básicos, y sus gravámenes y cargas,
- d) El valor de tasación, el precio base del remate,
- e) Los requisitos y condiciones para participar como postor
- f) El plazo para depositar la suma ofrecida de resultar el postor adjudicatario.

- g) El nombre del depositario o custodio judicial
- h) El nombre del juez y del secretario de juzgado.

### **Artículo 30.- Requisitos y condiciones para participar en el remate**

- 30.1 Puede participar en los remates cualquier sujeto capaz que no se encuentre con impedimento legal para ello; pudiendo hacerlo de manera personal o a través de apoderado facultado mediante escritura pública.
- 30.2 El ejecutado, aunque no sea el propietario del bien, está impedido de participar como postor en el remate.
- 30.3 Sólo se admite como postor a quien en el mismo día del remate presente en sobre cerrado ante el martillero, o notario de ser el caso, su postura escrita. En la postura el postor debe indicar sus nombres completos, documento de identidad, estado civil y señalar un domicilio en la localidad del remate así como declaración jurada de no tener ningún impedimento legal para participar como postor y declaración jurada del origen lícito de los fondos para el pago de remate en caso sea adjudicatario. Para el caso de personas jurídicas copia de inscripción en registros públicos y vigencia de poder del representante legal. En el exterior del sobre sólo se debe indicar el número de expediente, el juzgado y la fecha y hora del remate.
- 30.4 En el acto de remate entregue al martillero o notario en calidad de caución, en cheque de gerencia negociable a su nombre, el monto equivalente al 10% del valor de tasación del inmueble; no se admitirá la entrega de dinero en efectivo así como tampoco se requiere efectuar el depósito el acreedor ejecutante o interviniente o los terceros legitimados.
- 30.5 En el acto de remate presente el recibo de pago del arancel judicial correspondiente.

### **Artículo 31.- Reglas del remate**

El remate se rige por las siguientes reglas:

- a) En primera convocatoria la base del remate es el equivalente al 70% del valor de tasación, no admitiéndose posturas de valor inferior.
- b) Si en la primera convocatoria no se presentan postores, se convoca a una segunda, deduciéndose el 15% del precio base del remate. Si en la segunda convocatoria tampoco se presentan postores, se convoca a una tercera, deduciéndose el 15% adicional al precio base de la convocatoria anterior y luego a una cuarta, deduciéndose el mismo porcentaje.
- c) Si en la cuarta convocatoria no hay postores, se dispone una nueva tasación del bien y proseguirá con un nuevo remate con un precio base de 70% de la nueva tasación, siguiendo con las reglas del remate que establece el párrafo precedente.
- d) Cuando se rematen varios bienes el acto del remate se debe dar por concluido, bajo responsabilidad, cuando el producto de lo ya rematado, es suficiente para pagar las obligaciones demandadas así como las costas y costos de la ejecución. Para estos efectos, al decretar el remate el juez dispone que el ejecutante presente una liquidación provisional de intereses, costas y costos devengados hasta ese momento.

### **Artículo 32.- Acto de remate**

- 32.1 El acto de remate se inicia a la hora señalada en el decreto de convocatoria, con el registro de los postores, la recepción de los cheques en calidad de caución, la presentación de la tasa judicial y, de ser el caso, los poderes, prosiguiéndose con la apertura de los sobres conteniendo las posturas y su posterior lectura.
- 32.2 Las posturas que no se ajusten a lo previsto en el decreto de convocatoria o cuando el postor no esté presente, serán rechazadas.
- 32.3 Finalizada la lectura de las posturas válidas sus respectivos postores pueden realizar mejoras a la postura más alta. Si no hay mejoras de las ofertas presentadas por escrito, se adjudica al postor que haya hecho la postura más alta, debiendo endosar el cheque del depósito por caución a la orden del juzgado; dándose con ello la conclusión del acto de remate.
- 32.4 Al término del remate a los postores no adjudicatarios se les devuelve sus respectivos cheques en calidad de caución.
- 32.5 A más tardar dentro del día siguiente de finalizado el acto de remate, bajo responsabilidad, el martillero o notario deposita la caución prestada por el adjudicatario ganador en el Banco de la Nación, a la orden del juzgado.

### **Artículo 33.- Acta de remate**

- 33.1 Terminado el acto del remate, el martillero o notario extenderá la respectiva acta que debe contener:
- a) Lugar, fecha y hora del acto de remate;
  - b) Nombre de las partes;
  - c) Descripción del bien;
  - d) Nombre del postor adjudicatario
  - e) Importe de la adjudicación y número del cheque endosado en calidad de caución;
  - f) Firma del martillero o notario, del adjudicatario y de las partes, en caso éstas hayan estado presentes.
- 33.2 En ningún caso el martillero o notario podrá negarse a extender y suscribir el acta y presentarla al juzgado, bajo apercibimiento de sanciones administrativas, civiles y penales a que hubiere lugar. Sin perjuicio de ello, el juez puede convalidar el acto de remate si existen elementos suficientes que acrediten su realización.
- 33.3 El acta de remate se agrega al expediente, junto con la relación de postores registrados, y los documentos presentados por los postores.

### **Artículo 34.-Nulidad del remate**

El acto de remate sólo puede ser anulado por infracción a los artículos 30, 31 y 32; no obstante ello, en ningún caso puede anularse si el acto de remate ha cumplido con su finalidad.

### **Artículo 35.- Recursos Innecesarios**

- 35.1 Durante la fase de realización forzada no cabe ningún pedido de nulidad o la interposición de ningún otro medio impugnatorio, salvo los expresamente establecidos en esta norma.

35.2 El juez está obligado, bajo responsabilidad, a rechazar de plano cualquier medio dilatorio sin correr traslado al ejecutante.

## **Título 2**

### **Adjudicación**

#### **Artículo 36.- Decreto de Adjudicación**

- 36.1 Dentro del plazo de tres días de concluido el acto de remate, el adjudicatario debe depositar en el Banco de la Nación, a la orden del juzgado, el saldo del importe ofrecido. Si el adjudicatario es el acreedor ejecutante se procede conforme a lo dispuesto en el artículo 38.
- 36.2 Efectuado el depósito correspondiente el juez, dentro del plazo de tres días de presentado el Certificado de Depósito Judicial, mediante decreto, transfiere la propiedad del inmueble al adjudicatario mediante decreto, el cual contendrá:
- a) La descripción del bien;
  - b) La orden dirigida al Registrador Público de cancelar todos los embargos e hipotecas inscritos o anotados en la partida registral del bien sean anteriores o posteriores a la inscripción de la hipoteca materia de ejecución; salvo la anotación de la demanda procedente de otros procesos. Asimismo, se dispone la cancelación de los derechos de superficie, usufructo, uso, habitación, servidumbres, derechos de opción, arrendamiento y las demás cargas inscritas o anotadas con posterioridad a la inscripción de la hipoteca materia de ejecución, incluso aquellas anotadas o inscritas con posterioridad a la fecha del decreto de adjudicación;
  - c) La orden al ejecutado y ocupantes para que entreguen la posesión del inmueble al adjudicatario en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de lanzamiento.
  - d) Que se expidan partes judiciales para su inscripción en el registro respectivo, los que comprenden la copia del decreto de convocatoria, el acta de remate y el decreto de adjudicación; pudiendo efectuarse la inscripción de manera electrónica de acuerdo con las disposiciones y convenios que al efecto aprueba el Poder Judicial.

#### **Artículo 37.-Incumplimiento del adjudicatario**

- 37.1 Si el adjudicatario incumple con el depósito en el plazo a que se refiere el artículo 36 el juez declara sin efecto el remate y convoca a uno nuevo, bajo las mismas condiciones.
- 37.2 Adicionalmente el adjudicatario pierde el monto de la caución referida en el numeral 30.4 la que servirá para cubrir los gastos del remate frustrado y la diferencia, si la hubiere, será ingreso del Poder Judicial por concepto de multa, así como impedido de participar en los siguientes remates judiciales por el período de un año.
- 37.3 Queda a salvo el derecho del acreedor para reclamarle el pago por los daños y perjuicios que se le hayan causado en el proceso que corresponda.

37.4 En caso que en el remate se haya presentado otro postor con una segunda mejor oferta, el ejecutante podrá solicitar al juzgado que notifique a dicho postor en la dirección indicada en el acta de remate, a fin de que dentro de tercer día de notificado exprese su interés en adjudicarse la propiedad por el precio de su postura ofrecida, depositando en el mismo plazo el importe de la misma. La falta de manifestación de voluntad del segundo mejor postor dentro del plazo indicado no genera sanción económica.

### **Artículo 38.-Adjudicación en pago**

38.1 El acreedor ejecutante puede solicitar adjudicarse el bien en cualquier momento desde que el remate queda desierto por falta de postores hasta antes de que se publique la convocatoria al siguiente remate.

38.2 La adjudicación en pago es por el monto del precio base de la convocatoria del remate que se frustró por falta de postores.

38.3 Antes de emitir el decreto de adjudicación, el juez dispone que el ejecutante presente liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 39, salvo que el monto ordenado en el mandato de ejecución firme sea mayor al importe de la adjudicación, que no existan acreedores preferentes y que dicho importe de adjudicación sea inferior o igual al importe del gravamen.

38.4 Aprobada la liquidación, de haber un saldo entre lo debido y el valor de adjudicación, en el plazo de tres días, el acreedor ejecutante deberá efectuar el Depósito Judicial correspondiente. Presentado el Certificado de Depósito Judicial, el juez expide decreto de adjudicación conforme al artículo 36.

38.5 Si no se produce el depósito, el juez, a solicitud de la parte ejecutada, requerirá al ejecutante para que lo efectúe en el plazo máximo de tres días, bajo apercibimiento de dejar sin efecto la adjudicación, imponer multa equivalente al 10% del precio base y el impedimento de participar en los siguientes remates.

## **Título 3**

### **Pago**

### **Artículo 39.-Liquidación final de la ejecución**

39.1 Previo a disponer el pago total al acreedor ejecutante, el juez mediante decreto lo requiere para que presente liquidación actualizada de intereses y liquidación de costas y costos del proceso, dentro de un plazo no mayor de tres días, bajo apercibimiento de ser realizada por el secretario de juzgado, en base a la documentación existente en el expediente. La liquidación presentada por el ejecutante debe estar documentalmente acreditada.

39.2 El acreedor ejecutante puede solicitar como pago a cuenta de su crédito el monto líquido contenido en el mandato de ejecución firme.

39.3 La liquidación de intereses, costas y costos, se pondrá en conocimiento de la parte ejecutada y acreedores no ejecutantes apersonados al proceso. La liquidación es observable dentro de tercer día. De presentarse observaciones se ponen en conocimiento de la parte ejecutante, para que las absuelva en el plazo de tres días.

- 39.4 De no formularse observaciones, absueltas éstas o vencido el plazo para ello, el juez determina la suma líquida que debe ser pagada al acreedor ejecutante, disponiendo el endoso de los correspondientes Certificados de Depósito Judicial. Esta resolución es apelable sin efecto suspensivo.
- 39.5 Si el deudor ejecutado es el propietario del bien hipotecado y el importe obtenido en el remate sobrepasa el monto del gravamen del acreedor ejecutante, de no haber otros acreedores, el remanente se destina, a pedido de este último, al pago de la totalidad de la suma liquidada mediante resolución firme a su favor. En estos casos, la sola presentación de la solicitud del acreedor en este sentido determinará que quede en suspenso el derecho del ejecutado a solicitar la entrega del saldo remanente.
- 39.6 Salvo lo señalado en el párrafo precedente, de haber un monto remanente a favor del propietario del bien hipotecado el juez ordena que el Banco de la Nación expida el Certificado de Depósito a la orden de éste, previa deducción de las multas que se le hubieran impuesto en el transcurso del proceso.

#### **Título 4**

##### **Concurrencia de acreedores**

##### **Artículo 40.-Derechos de otros acreedores**

Cuando existan otras ejecuciones sobre el mismo bien promovidas por acreedores de rango preferente antes de disponer el pago al ejecutante, el juez oficia a la autoridad judicial, administrativa o arbitral a fin de que se proceda a remitirle la liquidación final de la respectiva ejecución. Para los demás casos de intervención de acreedores será de aplicación el artículo 747 del Código Procesal Civil.

#### **Título 5**

##### **Continuación de la ejecución**

##### **Artículo 41.- Saldo deudor**

- 41.1 Si el importe obtenido en el remate no es suficiente para cubrir el íntegro de las obligaciones demandadas, el ejecutante podrá pedir que en el mismo proceso se embarguen otros bienes del deudor y/o de sus garantes personales siempre y cuando dichos garantes hubieran sido notificados con la demanda, procediéndose, en lo sucesivo, a la realización forzada regulada por el sub capítulo 3 de la presente Ley en caso de bienes inmuebles, o a la ejecución forzada regulada por el Capítulo V del Código Procesal Civil tratándose de bienes de otra naturaleza.
- 41.2 Este mismo derecho le corresponde al acreedor si es que realizadas sucesivas convocatorias a remate, el precio base disminuye a un valor menor al del estado de cuenta del saldo deudor presentado con la demanda.
- 41.3 Para efectos de solicitar el embargo de otros bienes no será necesario acreditar ni verosimilitud del derecho ni peligro en la demora, sino solo la diferencia del saldo.

**Capítulo III:  
La ejecución arbitral de la hipoteca**

**Artículo 42.-Convenio arbitral**

- 42.1 Las partes pueden pactar que la determinación de la obligación y la ejecución de la garantía hipotecaria que respalda un crédito puedan realizarse mediante arbitraje que deberá ser institucional y de derecho.
- 42.2 En cualquier caso en el que se incluya un convenio arbitral en el acto de constitución de la hipoteca, el registrador debe anotar la existencia del convenio arbitral en el mismo asiento de inscripción registral de la hipoteca.
- 42.3 Para todo lo no dispuesto en esta ley sobre ejecución arbitral de la hipoteca y en todo lo no pactado en el convenio arbitral, se aplicará supletoriamente la Ley General de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071.

**Artículo 43.- Anotación en Registros Públicos**

- 43.1 Una vez planteada la solicitud de arbitraje, el acreedor ejecutante puede solicitarle al juez del lugar donde se desarrollará el arbitraje la anotación de la solicitud arbitral en la ficha registral del inmueble por rematar. El juez solo deberá verificar que la garantía se encuentra inscrita y la presentación de la solicitud arbitral.
- 43.2 Una vez instalado el tribunal arbitral dicho pedido deberá ser planteado al propio tribunal arbitral.

**DISPOSICIONES FINALES**

**PRIMERA:** Modifíquese los artículos 720 Inciso 3, 721, 722 y 724 del Código Procesal Civil. 11.11.13: No se derogan, hay que revisar los Arts. 720 a 748 para que se entienda que se refieren a la ejecución de garantías reales distintas a la hipoteca. Revisar y concordar el resto del CPC.

**SEGUNDA:** Modifíquese el artículo 3 de la Ley 27728, en los siguientes términos:

**Artículo 3º.- Ámbito de Aplicación**

*Todo remate público de bienes muebles o inmuebles, derechos, acciones, valores y semovientes de origen lícito en el sector privado, requiere para su validez de la intervención de Martillero Público, salvo lo dispuesto en las leyes de Garantía Mobiliaria y en la de Ejecución de Hipoteca.*

*La subasta de bienes del Estado se rige por las normas del Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal; y el remate judicial dispuesto por la autoridad jurisdiccional, por las disposiciones del Código Procesal Civil y por las de la Ley de Ejecución de Hipoteca.*

**OJO:** 11.11.13: Revisar derogatoria o modificación del Art. 15 de la ley acerca de los honorarios, los cuales deben ser fijados por el juez y no sujetarse a un tarifario.