

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ |

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

Las garantías abiertas y las empresas del Sistema Financiero: ¿Ejecuciones válidas?

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

AUTOR

Gonzalo Efraín Arias Cárdenas

ASESOR:

Luis Genaro Alfaro Valverde

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20111138

2018

RESUMEN.

Luego de la entrada en vigencia de la Ley N° 28677 “Ley de la Garantía Mobiliaria” y con ella la derogatoria establecida en su Sexta Disposición Final y Transitoria, quedó en el aire una interrogante pendiente de respuesta: ¿Las hipotecas abiertas, constituidas en favor de las empresas del sistema financiero con posterioridad al año 2006, son ejecutables? De acuerdo con la investigación realizada, la derogación de una norma que derogó a otra no implica que la norma derogada recobre automáticamente su vigencia en los términos originales con los que fue publicada. Es decir, estamos ante la “no reviviscencia de la norma derogada”. Dicho criterio se encuentra establecido en el Artículo I del Título Preliminar del Código Civil: Por la derogación de una ley, no recobran vigencia aquellas a las que ésta hubiere derogado. En consecuencia, ¿cómo pudieron los jueces encargados de pronunciarse en el Sexto Pleno Casatorio señalar que “quedó subsistente a la actualidad el texto primigenio del artículo 172° de la Ley de Bancos” (Sic)? Podemos especular varias respuestas; sin embargo, ninguna tiene justificación. Lo que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico es un error conceptual muy grave de un concepto básico denominado aplicación de las normas en el tiempo y que no se ha quedado olvidado en el fundamento de alguna resolución pasada, sino que tiene consecuencias jurídicas perceptibles y, en la actualidad, irreversibles.

A Marianela y Efraín.



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. LA GARANTÍA HIPOTECARIA EN EL SISTEMA JURIDICO PERUANO	6
3. CARÁCTERÍSTICAS DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA	7
4. LA GARANTÍA ABIERTA Y SU REGULACIÓN ESPECIAL EN LA LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO	9
5. LOS CAMBIOS EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 172° DE LA LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y EL ¿PRONUNCIAMIENTO? DE LOS JUECES EN EL SEXTO PLENO CASATORIO.....	11
6. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN EL TIEMPO Y LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 172° DE LA LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO.....	14
7. LA NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES. BREVE REFLEXIÓN A PROPÓSITO DEL EXPEDIENTE 00169-2015-0-1501-JR-CO-04.....	16
8. CONCLUSIONES	18
9. BIBLIOGRAFIA	20



I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad cuestionar la validez de una de las prácticas más comunes presentes en nuestra sociedad y que no ha sido materia de análisis por parte de los juristas contemporáneos en el Perú, ni de los operadores jurídicos que día a día llevan adelante estos procesos, o por aquellos que resuelven esta clase de controversias.

Nos referimos al Proceso de Ejecución de Garantías, el cual se encuentra regulado en el Título V del Código Procesal Civil, como una de las manifestaciones del mal llamado Proceso Único de Ejecución¹. Específicamente, a aquellos casos en donde las entidades del sistema financiero ejecutan garantías hipotecarias abiertas constituidas a su favor luego del incumplimiento de pago por parte de sus deudores, ello en virtud del artículo 172° de la Ley N° 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros².

Resulta alarmante percatarnos que la doctrina y la jurisprudencia han dedicado muchas páginas a problemas relacionados a situaciones en donde el gravamen resulta inferior al valor real de la deuda; qué sucedería si la deuda se encuentra garantizada por un garante hipotecario; cuál es realmente el título ejecutivo que da lugar a esta clase de procesos; o si realmente existe cosa juzgada dado que se trata de un proceso de cognición sumaria.

Sin embargo, la interrogante que ha sido omitida desde el año 2006, fecha en la cual entró en vigencia la Ley N° 28677 “Ley de la Garantía Mobiliaria” y con ella la derogatoria establecida en su Sexta Disposición Final y Transitoria es la siguiente: ¿Las hipotecas abiertas, constituidas en favor de las empresas del sistema financiero con posterioridad al año 2006, son ejecutables?

Para responder la interrogante señalada será necesario desarrollar los conceptos básicos de la garantía hipotecaria, cuáles son sus requisitos y sus características. Luego, establecer qué es una garantía abierta y cuál es la regulación que se le brinda en el sistema financiero.

¹ El autor considera un error terminológico denominar “Proceso Único de Ejecución” al Título V del Código Procesal Civil debido a que el apartado señalado no regula el cumplimiento de una sola clase de obligación, pues el artículo 694° determina que existen tres clases de obligaciones ejecutables (dar, hacer y no hacer), las cuales hacen particulares sus procesos ejecutivos.

² En adelante, Ley General del Sistema Financiero.

En este punto, resultará necesario hacer un breve recuento de los cambios que ha experimentado el artículo 172° de la Ley General del Sistema Financiero, a propósito de lo desarrollado en el Sexto Pleno Casatorio.

Finalmente, enfocaremos el problema desde la teoría de la aplicación de las normas en el tiempo para determinar si en la actualidad existe dicha garantía hipotecaria y los procesos judiciales de ejecución llevados a cabo luego de la derogación del año 2006 son válidos al igual que sus efectos, es decir, si existe la posibilidad de anular los procesos judiciales de ejecución de garantías hipotecarias llevadas a cabo por las entidades del sistema financiero.

II. LA GARANTÍA HIPOTECARIA EN EL SISTEMA JURIDICO PERUANO

Tal como señala Luis Felipe del Risco, la hipoteca es un derecho real de garantía que recae exclusivamente sobre bienes inmuebles y que se constituye con el propósito de asegurar el cumplimiento de una o más obligaciones, propias o de terceros (DEL RISCO 2014: 197). Sin embargo, es un derecho real “de naturaleza peculiar debido a que no brinda ni la posesión ni el goce de la cosa, (...) en donde el señorío sobre la cosa se ejerce (...) a través del juego de instituciones jurídicas que equivalen a que el acreedor la tenga en su poder para cobrarse de ella” (PUCP 2016: 16)

De acuerdo con lo señalado, esta figura jurídica se encuentra regulada en el artículo 1097° del Código Civil Peruano, el cual establece que dicho derecho real no determina la desposesión del bien, siendo necesaria la publicidad registral porque es la que otorga al acreedor los derechos de preferencia, persecución y venta judicial del bien dado en garantía³.

Respecto de los derechos señalados, la preferencia nos refiere el principio registral de prioridad recogido en el artículo 2016° del Código Civil⁴. Este principio señala que la

³ CÓDIGO CIVIL PERUANO

Artículo 1097.- Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.

La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.

⁴ CÓDIGO CIVIL PERUANO

Artículo 2016.- La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro.

prioridad en el tiempo de la inscripción determina, precisamente, la preferencia en la protección de los derechos que otorga el registro⁵. En tal sentido, quien primero inscribe su derecho en el registro, será el primero en el cobro del crédito pendiente a su favor.

La persecutoriedad es una condición jurídica particular que asegura la continuidad del derecho frente a sucesivas adquisiciones, logrando cautelar de esta manera la exclusividad y eficacia del derecho real de garantía. (DEL RISCO 2014: 198) En consecuencia, poco importa que el día de la ejecución el titular del inmueble no sea quien constituyó la garantía porque dicho gravamen subsistirá hasta el momento en que la acreencia sea satisfecha.

Finalmente, la venta judicial supone que el acreedor tiene derecho a solicitar y obtener la realización judicial del bien afectado, siempre que la obligación sea exigible y no se haya cumplido con el pago de la deuda. (DEL RISCO 2014: 198) Para obtener el valor del bien de manera líquida, en principio, el acreedor debe accionar los mecanismos del proceso de ejecución de garantías determinados en el Código Procesal Civil.

III. CARÁCTERÍSTICAS DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA

De acuerdo con la doctrina y con los dispositivos normativos establecidos en el Código Civil, las características de la garantía hipotecaria son los siguientes: i) Derecho accesorio; ii) Especialidad; iii) Constitución por el deudor o por un tercero; iv) Sin desplazamiento y sin desposesión del bien; v) Indivisibilidad del bien; y, vi) Publicidad.

3.1. DERECHO ACCESORIO

La hipoteca es un derecho accesorio al crédito debido a que la garantía se constituye con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación determinada o determinable. “La hipoteca depende así de la obligación que asegura, ya que una garantía se justifica en la necesidad de ver satisfecho un crédito” (DEL RISCO 2014: 198). De ahí que el artículo 1097° del Código Civil nos señale que por la hipoteca se afecta un bien inmueble en garantía del cumplimiento de una obligación.

3.2. ESPECIALIDAD

La especialidad de la hipoteca se materializa respecto de los bienes y respecto del crédito. Con relación a los primeros, se exige que el gravamen recaiga sobre inmuebles

⁵ Resolución del Tribunal Registral N° 757-2008-SUNARP-TR-L.

específicamente determinados, de acuerdo a lo indicado en el artículo 1100° del Código Civil⁶, excluyendo la posibilidad de constituir garantía sobre bienes futuros⁷.

Sobre este punto, resulta importante conocer por qué razón las hipotecas se constituyen sobre bienes inmuebles. “En Roma la hipoteca se podía constituir sobre bienes muebles e inmuebles (...) pero la aplicación de la hipoteca a las cosas muebles ofrecía graves inconvenientes (...) era extremadamente peligroso. No ocurre lo mismo con los inmuebles, cuya indestructibilidad y permanente situación física permiten dejar la cosa gravada en poder del deudor sin demasiados riesgos para el acreedor” (PUCP 2016: 17)

“Respecto del crédito, el principio de especialidad requiere que la hipoteca asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable (numeral 2 del artículo 1099 del Código Civil). En este orden de ideas, de acuerdo con el Código Civil, puede constituirse hipotecas en seguridad de obligaciones actuales o futuras, siempre que estas obligaciones sean determinadas o determinables. No se admite la indeterminación del crédito en la legislación civil” (DEL RISCO 2014: 200).

3.3. CONSTITUCIÓN POR EL DEUDOR O POR UN TERCERO

Para la constitución de la hipoteca no es necesario que el sujeto vinculado por la obligación principal sea el titular del inmueble dejado en garantía, también es posible que un tercero constituya una hipoteca sobre sus bienes inmuebles en respaldo de las obligaciones de un tercero, siempre que cuente con los poderes necesarios para colocar los bienes en garantía hipotecaria. Debido a esta característica, el tráfico de bienes en el mercado es mucho más dinámico y los préstamos dinerarios son desembolsados por encontrar rápidamente un respaldo económico ante un eventual incumplimiento.

3.4. SIN DESPLAZAMIENTO Y SIN DESPOSESIÓN

La hipoteca no necesita que el constituyente entregue o desocupe el inmueble durante la existencia de la obligación principal debido a que la inscripción del gravamen en el Registro de Propiedad Inmueble resulta garantía suficiente para que el acreedor pueda ver respaldado su derecho. Contrario sensu, considerar que el traslado del inmueble y la

⁶ **CÓDIGO CIVIL PERUANO**

Artículo 1100.- La hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados.

⁷ **CÓDIGO CIVIL PERUANO**

Artículo 1106.- No se puede constituir la hipoteca sobre bienes futuros.

desposesión del mismo son requisitos necesarios para constituir una hipoteca, implicaría aumentar los costos de transacción debido a que estaríamos frente a actividades de saneamiento realmente onerosas.

3.5. INDIVISIBLE

De acuerdo con el artículo 1102 del Código Civil peruano⁸, la hipoteca tiene un carácter indivisible mientras subsista la obligación. Es indivisible de tal manera que recae sobre todas y cada una de las partes del bien dejado como garantía y, en aquel supuesto en el cual dicho bien sea dividido, todas y cada una de las partes que lo conformaban continúan gravadas en garantía del cumplimiento de la obligación⁹.

3.6. PUBLICIDAD

La publicidad de la hipoteca conlleva que sea un derecho de constitución registral¹⁰, porque al no existir desplazamiento de la posesión a favor del acreedor hipotecario, es menester que los terceros cuenten con un mecanismo que les permita conocer la existencia del gravamen. Caso contrario, “existirían hipotecas ocultas que afectarían el derecho no sólo de potenciales adquirentes sino, además, de posibles acreedores que confieran créditos confiando en la situación “limpia” de gravámenes de los inmuebles del deudor” (DEL RISCO 2014: 200).

Luego de repasar las principales características de la garantía hipotecaria, corresponde conocer qué es una garantía abierta y cuál es – o era – su regulación especial para el caso del sistema financiero.

IV. LA GARANTÍA ABIERTA Y SU REGULACIÓN ESPECIAL EN LA LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO

La garantía abierta, también denominada sábana, “es un sistema de cobertura regulado como fórmula típica, casi siempre vinculada a operaciones del sistema financiero. A través de esta garantía quedan comprendidas en la prenda o hipoteca constituidas, a favor de una empresa del sistema financiero, todas las obligaciones que se tuvieran con ella, sin

⁸ **CODIGO CIVIL PERUANO**

Artículo 1102°.- La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados

⁹ CAS. N° 306-97-Arequipa, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema.

¹⁰ **CÓDIGO CIVIL PERUANO**

Artículo 1098.- La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.

tener que identificar el detalle de cada obligación garantizada. El adjetivo “sábana” revela su cobertura singular, por encima de la que exhiben las garantías de operaciones ordinarias” (Mejorada 2005: 110).

La finalidad de esta clase de garantía consiste en agilizar el tráfico económico en el mercado, es decir, evitar que por cada producto financiero adquirido se constituya una nueva garantía.

Si uno analiza el tiempo y el costo que implicaría realizar todo el trámite registral cada vez que sea necesario un préstamo o una línea de crédito, a la fecha del desembolso probablemente el dinero resulte inútil.

Por tal motivo, reiteramos, esta figura busca agilizar el tráfico económico en el sistema financiero y lo hace a través de la extensión de la garantía que permite el artículo 1104° del Código Civil¹¹, dado que el bien no solamente cubrirá la obligación principal, sino que puede también garantizar obligaciones futuras o eventuales.

Dicha naturaleza abierta o sábana de la garantía es utilizada hasta el día de hoy por el sector financiero y se ampara en la aplicación del primer párrafo del artículo 172° de la Ley General del Sistema Financiero, el cual establece lo siguiente:

Artículo 172.- GARANTIAS RESPALDAN TODAS LAS OBLIGACIONES FRENTE A LA EMPRESA

“Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía, siempre que así se estipule expresamente en el contrato.

Cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta al deudor, éstas sólo respaldan las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía.”

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

¹¹ **CÓDIGO CIVIL PERUANO**

Artículo 1104.- La hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual.

no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa.
(Énfasis nuestro)

Tal como se puede apreciar del dispositivo normativo citado, se permite la posibilidad de constituir una hipoteca abierta en favor de la entidad financiera que pueda cubrir las deudas presentes y también las deudas futuras.

Aparentemente, esta regulación no tiene nada de malo y el lector podrá señalar que es cotidiano encontrarse ante esta situación cada vez que va a firmar uno de los tantos contratos de adhesión que poseen y proponen las entidades financieras; sin embargo, ¿realmente se pueden constituir esta clase de garantías y pueden ser ejecutadas?

Podemos catalogar como negligentes a todos aquellos agentes económicos que se han sometido a esta figura jurídica sin analizar su vigencia y su aplicación inmediata en nuestro ordenamiento jurídico. Incluso, podemos adelantar nuestra opinión y señalar que el primer párrafo resaltado no existe y que luego del año 2006, todas aquellas garantías hipotecarias que fueron constituidas y hoy se encuentran ejecutadas o en vía de ejecución, no poseen un sustento legal que las dote de validez.

Para aclarar nuestra postura será necesario volver en el tiempo y realizar – como alguna vez nos señaló la doctora Eugenia Ariano Deho – una labor detectivesca que analice paso a paso los eventos ocurridos en tiempo para poder llegar a una conclusión contundente y con fundamentos.

En consecuencia, corresponde repasar qué sucedió con el artículo 172° de la Ley General del Sistema Financiero y qué dijeron al respecto los jueces, a propósito del Sexto Pleno Casatorio realizado por la Corte Suprema de Justicia de la República.

V. LOS CAMBIOS EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 172° DE LA LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y EL ¿PRONUNCIAMIENTO? DE LOS JUECES EN EL SEXTO PLENO CASATORIO.

La Ley General del Sistema Financiero fue publicada el 09 de diciembre de 1996 y en su artículo 172° señaló lo siguiente respecto de las garantías hipotecarias:

Artículo 172.- Garantías 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.
(...)

Tal como se puede apreciar de la redacción de dicho párrafo, estaba permitido que los bienes dados en garantía hipotecaria en favor de una empresa del sistema financiero respalden una amplia gama de supuestos, se trataba de una garantía abierta o sábana por excelencia.

Posteriormente, dicho artículo 172° fue modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27682, publicada el 09 de marzo de 2002 en los siguientes términos:

Artículo 172.- Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant en favor de una empresa del sistema financiero sólo respaldan las deudas y obligaciones expresamente asumidas para con ella por quien los afecta en garantía. Es nulo todo pacto en contrario. (Énfasis nuestro)

Esta modificación eliminó por completo la garantía sábana indeterminada del texto primigenio y estableció la literalidad como el elemento más importante al momento de constituir la garantía. Es decir, para cada obligación no señalada en el contrato con garantía hipotecaria, era necesario constituir una nueva en favor de la entidad financiera.

Siete meses después, el 22 de octubre de 2002, fue publicado en el Diario Oficial “El Peruano” la Ley N° 27851, a través de la cual nuevamente fue modificado el artículo 172° en lo que se refiere a las garantías bancarias. Así, el nuevo texto resultó de la siguiente manera.

Artículo 172.- Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía, siempre que así se estipule expresamente en el contrato. Cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta al deudor, estas solo respaldaran las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía. (Énfasis nuestro)

El cambio realizado por la Ley N° 27851 implica dos situaciones: i) volver a la posibilidad de constituir garantías abiertas por parte del titular del bien que va a ser afectado, siempre y cuando dicha posibilidad se plasme de manera expresa en el contrato; y, ii) para el caso

del fiador solidario, continúa la tendencia de la norma modificada, es decir, la garantía solamente cubría las obligaciones expresamente pactadas en el contrato.

Finalmente, luego de las diversas modificaciones realizadas al artículo 172° de la Ley General del Sistema Financiero, hubo una estabilidad hasta el 01 de marzo de 2006, fecha en la cual fue publicada la Ley N° 28677 – Ley de la Garantía Mobiliaria, cuya Sexta Disposición Final estableció que las modificaciones realizadas por la Ley N° 27682 y N° 27851 quedaban derogadas.

SEXTA. - Otras derogatorias y modificaciones

*Quedan derogados los artículos 1055 al 1090 inclusive del Código Civil; los incisos 4, 6 y 9 del artículo 885 del Código Civil; el artículo 1217 del Código Civil; los artículos 315, 316 y 319 del Código de Comercio; los artículos 178 al 183 inclusive del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM; los artículos 82 al 87 inclusive de la Ley N° 23407, Ley General de Industrias; la Ley N° 2402, Ley de Prenda Agrícola; el inciso 12 del artículo 132, el inciso 1 del cuarto párrafo del artículo 158 y el artículo 231 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros; Ley N° 6565, Ley del Registro Fiscal de Ventas a Plazos para Lima, Callao y Balnearios; Ley N° 6847, Ley Ampliatoria de la Ley N° 6565; Ley N° 2411, Ley de la Hipoteca Naval; el artículo 44 inciso c y los artículos 49 al 53 de la Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú; **Ley N° 27682, que modifica el artículo 172 de la Ley N° 26702; Ley N° 27851, Ley que modifica la Ley N° 27682; las disposiciones legales y reglamentarias referentes a la prenda de acciones, así como todas las leyes y demás disposiciones que se opongan a la presente Ley.** (Énfasis nuestro)*

Ahora bien, es importante detenernos en este momento exacto de la historia del artículo 172°. Este dispositivo normativo nació, luego fue modificado, hubo una nueva modificación y luego aparece una norma derogatoria de las dos modificatorias anteriores. La pregunta que surge aquí es la siguiente: ¿Qué pasó con el texto del primer párrafo del artículo 172° luego de la derogatoria?

Pues bien, los jueces reunidos para dar lugar al Sexto Pleno Casatorio dieron una interesante respuesta a esta interrogante. En el fundamento 48° señalaron que luego de la derogación señalada por la Sexta Disposición Final de la Ley de la Garantía Mobiliaria “*quedó subsistente a la actualidad el texto primigenio del artículo 172° de la Ley de*

Bancos” (Sic). Es decir, para los jueces supremos, en la actualidad, continúa vigente la posibilidad de constituir garantías abiertas en favor de las entidades del sistema financiero, tal como señalaba el texto original en los siguientes términos:

Artículo 172.- Garantías 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.
(...)

Este criterio difundido por los jueces y aplicado hasta la actualidad nos parece una interpretación errada de lo que se denomina aplicación de las normas en el tiempo; y, en consecuencia, somos de la posición que es imposible tal subsistencia del texto primigenio, toda vez que una modificatoria implica la derogación de la norma anterior. De tal forma que la derogación sucesiva del texto de dicho artículo tuvo un único efecto: dejar abierta la posibilidad que el legislador incorpore nuevamente – de considerarlo pertinente – la figura de la garantía abierta financiera dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Para explicar lo señalado, resulta necesario repasar brevemente qué es la aplicación de la norma en el tiempo y cuáles son sus efectos en la realidad jurídica. Luego de ello, contrastaremos la posición de los jueces para determinar si hubo acierto o no.

VI. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN EL TIEMPO Y LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 172° DE LA LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO.

Para poder comprender la aplicación de las normas en el tiempo debemos remitirnos al artículo 103° de nuestra Carta Política, la cual establece que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando resulta beneficioso para el reo. En otras palabras, de acuerdo con la Constitución, la regla general que rige nuestro ordenamiento jurídico es la aplicación inmediata de la norma que entra en vigencia¹².

¹² Respecto de la aplicación de las normas en el tiempo, Marcial Rubio señala que “las normas rigen a partir del momento en que empieza su vigencia y carecen de efectos tanto retroactivos (es decir, antes de dicho momento), como ultractivo (es decir, con posterioridad a su derogación)” (2009:301)

Adicionalmente, señala que la ley solo puede ser derogada por otra ley, es decir, una norma con rango legal solamente puede salir del ordenamiento jurídico cuando otra norma de igual valor jerárquico la sustituye y cesan los efectos que venían efectuándose en la realidad jurídica para introducir una nueva consecuencia jurídica a las situaciones reguladas.

Complementariamente, el Artículo I del Título Preliminar del Código Civil nos reitera que una norma con rango legal solamente puede ser derogada por otra ley y señala que existen tres supuestos para determinar que estamos frente a una derogación: i) declaración expresa en la norma; ii) por incompatibilidad de la nueva ley y la anterior; y, iii) cuando la materia de la norma anterior se encuentra íntegramente regulada por la norma posterior.

Sin embargo, hace una importante referencia al efecto de la derogación de una norma: *“Por la derogación de una ley, no recobran vigencia aquellas a las que ésta hubiere derogado”*.

Hasta aquí podemos señalar que están claros los supuestos de derogación y cuáles son los efectos de derogar una norma; sin embargo, aún debemos esclarecer si los efectos de una modificación normativa pueden ser analogados a los de una derogación.

Sobre este punto, Carlos Cárdenas Quiroz señala que la modificación de una norma es una de las causas extrínsecas de cesación de la vigencia del dispositivo normativo, en la medida en que ésta supone la sustitución de una norma por otra, lo que necesariamente implica la supresión previa de la norma original (1999: 32).

En consecuencia, podemos concluir que toda modificación supone dos momentos determinados: i) implica una supresión de la norma anterior; e, ii) implica la sustitución del vacío dejado por la norma suprimida con un nuevo supuesto de hecho y una nueva consecuencia jurídica.

¿Y qué sucede cuando se deroga¹³ una norma derogatoria? La derogación de una norma que derogó a otra no implica que la norma derogada recobre automáticamente su vigencia en los términos originales con los que fue publicada. A esto, Carlos Cárdenas Quiroz lo denomina “no reviviscencia de la norma derogada” (1999: 107).

¹³ De acuerdo con Josep Aguiló Regla, existen dos concepciones de la derogación: Primero, “derogar es eliminar la validez de una norma por medio de otra norma, y (...) que © la derogación es un procedimiento para eliminar la existencia de normas. La segunda idea es que la eliminación deliberada de normas, esto es, la eliminación de normas mediante normas de creación deliberada” (1991: 225)

Complementario a este criterio se encuentra lo señalado en el Artículo I del Título Preliminar del Código Civil, *por la derogación de una ley no recobran vigencia aquellas a las que ésta hubiere derogado.*

Aclarado nuestro punto, ¿cómo pudieron los jueces encargados de pronunciarse en el Sexto Pleno Casatorio señalar que “quedó subsistente a la actualidad el texto primigenio del artículo 172° de la Ley de Bancos” (Sic)?

Podemos especular varias respuestas; sin embargo, ninguna tiene justificación. Lo que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico es un error conceptual muy grave de un concepto básico denominado aplicación de las normas en el tiempo, desacierto que no e ha quedado olvidado en el fundamento de alguna resolución pasada, sino que tiene consecuencias jurídicas perceptibles y, en la actualidad, irreversibles.

VII. LA NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES. BREVE REFLEXIÓN A PROPÓSITO DEL EXPEDIENTE 00169-2015-0-1501-JR-CO-04.

Luego de poner en contexto al lector sobre el pronunciamiento de los jueces en el Sexto Pleno Casatorio corresponde analizar lo siguiente: ¿Estos procesos judiciales son anulables?

“La doctrina suele conceptualizar a la nulidad procesal como el estado de anormalidad de un acto procesal debido a la ausencia o a la presencia defectuosa de requisitos que condicionan su existencia regular, determinando la posibilidad de ser declarado judicialmente nulo. En base a ello, se puede afirmar que la nulidad procesal es un medio impugnatorio que sirve para declarar la invalidez de un acto jurídico procesal o de todo el proceso” (Tello 2016: 119).

Respeto de la nulidad procesal, nuestro Código Procesal Civil estableció que este medio impugnatorio solo puede ser accionado cuando nos encontramos ante uno de los supuestos señalados en la ley¹⁴, es decir, impone al juzgador la interpretación literal de la norma y de los supuestos de hecho establecidos en ella.

¹⁴ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

Artículo 171.- La nulidad se sanciona sólo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

Curiosamente, el artículo 122° del Código Procesal Civil¹⁵ señala con bastante precisión cuáles son los elementos que deben conformar una resolución para que ésta sea válida; sin embargo, ninguno de los supuestos hace referencia a la ausencia de norma material que justifique la existencia del proceso de ejecución que venimos trabajando. En efecto, esto sucede debido a que la forma es el elemento central que motiva la nulidad de los procesos judiciales, de acuerdo con el modelo vigente que rige en nuestro Código Procesal Civil.

Trasladando el análisis desarrollado a un caso concreto, tuvimos la oportunidad de conocer el proceso de ejecución de garantía hipotecaria del inmueble ubicado en el Jirón Amazonas N° 494, distrito y provincia de Huancayo, departamento de Junín, inscrito en la Partida Electrónica N° 11127554 del Registro de Predios de la Zona Registral N° VIII – Sede Huancayo – Oficina Registral de Huancayo, proceso llevado a cabo entre una entidad financiera local y una pareja de cónyuges que disputaban el inmueble que habían adquirido con un gravamen inscrito el 26 de agosto de 2010 [cuatro años después de la

Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, éste será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito.

¹⁵ **Artículo 122.-** Las resoluciones contienen:

1. La indicación del lugar y fecha en que se expiden;
2. El número de orden que les corresponde dentro del expediente o del cuaderno en que se expiden;
3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado;
4. La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. Si el Juez denegase una petición por falta de algún requisito o por una cita errónea de la norma aplicable a su criterio, deberá en forma expresa indicar el requisito faltante y la norma correspondiente;
5. El plazo para su cumplimiento, si fuera el caso;
6. La condena en costas y costos y, si procediera, de multas; o la exoneración de su pago; y,
7. La suscripción del Juez y del Auxiliar jurisdiccional respectivo.

La resolución que no cumpliera con los requisitos antes señalados será nula, salvo los decretos que no requerirán de los signados en los incisos 3., 5. y 6., y los autos del expresado en el inciso 6.

La sentencia exigirá en su redacción la separación de sus partes expositiva, considerativa y resolutive. En primera y segunda instancia, así como en la Corte Suprema, los autos llevan media firma y las sentencias firma completa del Juez o Jueces, si es órgano colegiado.

Cuando los órganos jurisdiccionales colegiados expidan autos, sólo será necesaria la conformidad y firma del número de miembros que hagan mayoría relativa.

Los decretos son expedidos por los Auxiliares jurisdiccionales respectivos y serán suscritos con su firma completa, salvo aquellos que se expidan por el Juez dentro de las audiencias.

publicación de la Sexta Disposición Final derogatoria de la Ley de la Garantía Mobiliaria].

En la actualidad este proceso se encuentra en la Corte Suprema de Justicia vía recurso de casación debido a que la sentencia de primera instancia ordenó el remate del inmueble y la sentencia de segunda instancia confirmó lo determinado en la apelada.

Curiosamente, quienes resolverán este proceso y pondrán fin a la controversia con la calidad de cosa juzgada que la ley impone, serán los sucesores de aquellos jueces supremos que alguna vez creyeron que la derogación de una norma modificatoria-derogatoria implicaba la subsistencia del texto primigenio.

Por lo tanto, auguramos un destino fatal para esta pareja de cónyuges debido a que en estos doce años nadie se ha percatado del pequeño e importante detalle que hemos desarrollado en estas líneas y, de acuerdo con el Código Procesal Civil, ninguno de los actos procesales desarrollados en el caso citado adolece de alguno de los requisitos establecidos en el artículo 122°.

VIII. CONCLUSIONES

Tal como hemos podido mostrar, el artículo 172° de la Ley General del Sistema Financiero pasó por muchos cambios modificatorios y derogatorios, dejando como consecuencia la oportunidad para que el legislador pueda llenar el vacío legal existente. Lamentablemente, seguimos expectantes.

Debemos ser enfáticos en rechazar categóricamente el criterio de los jueces supremos que se pronunciaron en el Sexto Pleno Casatorio debido a que no hubo subsistencia alguna del texto original. Reproducir dicho criterio es perpetuar un error conceptual muy grave y que no solamente contradice el análisis realizado por la doctrina con relación a la aplicación de las normas en el tiempo, sino que contraviene principios como los señalados en la Constitución y en el Código Civil. Aunado a ello, en la actualidad tenemos hipotecas abiertas en favor del sistema financiero que se constituyen sin el sustento legal de la norma especial que regula a este sector del mercado y tenemos ejecuciones de garantías hipotecarias constituidas ex post el año 2006 y que nos atreveríamos a decir que carecen de validez.

Finalmente, no podemos dejar pasar la oportunidad de manifestar nuestro desconcierto y nuestra frustración al percatarnos que el legislador ha dejado que transcurran doce años

sin llenar el vacío legal existente y en la doctrina nacional no hubo mayor análisis, salvo algún elemento que notó la falta de análisis por parte de los jueces sin tratar de brindar mayor solución al problema.

Cabe resaltar que no estamos en contra del sistema financiero, es más, es una arista del derecho con una riqueza conceptual y práctica que permite ampliar los horizontes de un abogado; sin embargo, no podemos hacer caso omiso a nuestro deber de detectar problemas vinculados a la profesión, analizarlos y tentar una solución como un primer paso para mejorar nuestro ordenamiento jurídico peruano, la cual consiste en regular de una vez por todas esta clase de garantías para las empresas del sistema financiero.

Finalmente, cabe señalar que el pasado 10 de setiembre se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1400. Con la publicación de dicha norma se busca regular el Régimen de Garantía Mobiliaria y el Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias (SIGM), el mismo que sustituirá, a partir de su entrada en vigencia, el régimen al que hace referencia la actual Ley de la Garantía Mobiliaria. Sin embargo, el legislador dejó pasar una buena oportunidad para regular el vacío legal que hemos desarrollado.



IX. BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ, Josep

1991 *La derogación de las normas en la obra de Kelsen*. Primera Edición. Alicante, Universidad de Alicante.

CÁRDENAS, Carlos

1999 *Modificación y Derogación de las normas legales*. Primera Edición. Lima, Ara Editores.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

1997 *Casación N° 306-1997-Arequipa*. Sentencia del 03 de abril de 1998.

2013 *Casación N° 2402-2012-Lambayeque*. Sentencia del VI Pleno Casatorio. 03 de enero de 2013.

DEL RISCO, Luis Felipe

2014 “La cobertura y vigencia extraordinaria de la hipoteca sábana”. *Themis*. Lima, 2014, N° 66, pp. 195-207.

MEJORADA, Martín

2005 “Garantías del Crédito Bancario: ¿Sábana o Pañuelo?” *Themis*. Lima, 2005, N° 50, N° 50, pp. 109-117.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

2016 “Garantías”. Material del curso *Garantías*. Lima, PUCP.

RUBIO, Marcial

2009

El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Décima Edición. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

TELLO, Néstor

2016

Nulidad de los actos procesales en los procesos civiles de conocimiento en el distrito judicial de Lima: 2007-2008. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Procesal. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

