



VIEJAS Y NUEVAS REFLEXIONES SOBRE LA LEY DE GARANTÍA MOBILIARIA

Gunther Gonzales Barrón (*)

Fecha de publicación: 01/04/2013

1. ANTECEDENTES DE LA LEY DE GARANTÍA MOBILIARIA (LGM)

Los orígenes de la LGM se encuentran en un documento de trabajo denominado “Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema de garantías reales”, aprobado por el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante Resolución Ministerial N° 235-2001-EF-10, del 13 de julio de 2001. En ese texto, se da cuenta de la dificultad de un amplio sector de los peruanos para acceder al mercado de crédito, y que los bienes muebles no estaban siendo aceptados por las entidades financieras por la falta de un régimen homogéneo, simplificado y que permita la rápida ejecución de la garantía.

Posteriormente, con fecha 14 de mayo de 2003, se publicó el anteproyecto de la ley de garantía mobiliaria, que pretendía crear un registro de archivo de avisos, en la cual los acreedores podían inscribir *on line* las garantías. El profesor Fernando Cantuarias tuvo un papel importante en la preparación y redacción de este ante-proyecto. Lamentablemente, y como se verá a lo

(*) Profesor de Derecho Civil y Registral en pregrado y postgrado de la PUCP, USMP, UIGV, U de Piura y UNMSM. Doctor en Derecho, Magíster en Derecho Civil y Abogado por la PUCP. Estudios concluidos en la Maestría con mención en Política Jurisdiccional por la PUCP. Diplomado en Jurisdicción, Derechos Humanos y Democracia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y PUCP. Pasantía en la Corte Suprema de Costa Rica por invitación de su presidente. Postgrado de Especialización en Responsabilidad Civil Contractual y Extra-contractual por la Universidad de Castilla La Mancha. Diplomado en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla La Mancha. Juez Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima. Ha sido Presidente y Vocal Titular del Tribunal Administrativo de la Propiedad de COFOPRI y Vocal Presidente de una de las Salas del Tribunal Registral.
ggonzales@pucp.pe

largo de este apartado, si bien algunos de los problemas detectados son reales, sin embargo, se equivoca en las causas y en las soluciones.

En nuestro país, no se tuvo claro que los antecedentes de nuestra ley se encuentran en el artículo 9 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos (UCC), que no es una norma jurídica, sino una propuesta del gremio de abogados especialistas con el fin que los distintos Estados unifiquen su legislación sobre la base de ese texto. La filosofía de esta propuesta del Derecho norteamericano ha tenido fortuna, pues empieza a influir, por lo menos en la doctrina, de diversos países europeos; y en un proyecto de ley uniforme preparado por la OEA¹, y que ha tenido acogido en países centroamericanos sin tradición jurídica (Guatemala), pero también en México, aunque en este caso, sin duda, influenciado por la cercanía con el gran país del Norte y por las exigencias del tratado de libre comercio.

Nuestro país, casi como un escolar que debe seguir la tarea, acogió rápidamente la extraña ley. Es un démerito que la doctrina civilista que no se haya planteado una lucha dialéctica para corregir o, por lo menos, mediatizar la esencia de una reforma anómala para nuestra tradición jurídica romano-germánica, pero, fundamentalmente, para evitar el tránsito de un extremo a otro. En efecto, se ha pasado de un régimen de abuso de los deudores a otro de abuso de los acreedores financieros. La ley no puede privilegiar a un sector, pues debe establecer una regulación jurídica equilibrada, que tutele el crédito, pero también los derechos fundamentales.

Según los autores de la LGM, los problemas detectados con el sistema prendario del Código Civil, pueden ser resumidos en los siguientes aspectos²:

- Sobre-regulación de prendas en leyes especiales (agraria, industrial, minera, etc.).

¹ “Esta dirección también ha sido continuada por la llamada Ley Modelo Interamericana sobre Transacciones Garantizadas, de 8 de febrero de 2002, aprobada en la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado”: GÓMEZ MATOS, Mateo. “Las garantías reales dentro y fuera del Código Civil”. En Id. (Coordinador). *Veinticinco años del Código Civil Peruano*, Palestra Editores, Lima 2012, p. 114.

² La exposición de motivos de la ley dice: “Históricamente nuestro sistema legal en materia de garantías mobiliarias ha funcionado sobre la base de la institución de la prenda, sin embargo, su vigencia ha demostrado poca efectividad para respaldar el otorgamiento de créditos. Ello se debe a: (i) las limitaciones inherentes de la figura de la prenda; (ii) la ineficiente y desarticulada regulación de su constitución, publicidad, prelación y ejecución; (iii) la falta de un registro único de garantías; y, finalmente, (iv) un sistema de ejecución judicial de garantías lento e impredecible que beneficia al mal pagador. Por ello, es necesario reunir bajo una única garantía mobiliaria a todas las prendas y otorgarle un nuevo dinamismo que impacte positivamente en el mercado de créditos”.

- Sobre-regulación de prendas especiales en el Código Civil (de créditos, de títulos valores, de dinero, etc.).
- Resquicios “tradicionales”, como el caso de la exigencia de entrega que operaba en la prenda posesoria.
- Demora en la ejecución de la garantía, y en la consiguiente recuperación del crédito.

2. LEY DE GARANTÍA MOBILIARIA

El gobierno nacional del periodo 2001-2006 estuvo muy interesado en aprobar una ley sobre las garantías reales en bienes muebles; y cerca del final del ciclo presidencial logró su objetivo bajo el premierato del señor Pedro Pablo Kuczynsky, muy cercano de los grupos de poder. La Ley N° 28677, publicada en el diario oficial el 01 de marzo de 2006, entró en vigor en el plazo de noventa días contado desde la publicación, esto es, el 01 de junio de 2006.

Otras normas que regulan la garantía mobiliaria son:

- (i) Decreto Supremo N° 012-2006-JUS, que estableció normas para el ejercicio de la función notarial en la formalización de actos previstos en la Ley de la Garantía Mobiliaria y en el saneamiento de tracto sucesivo interrumpido de bienes muebles.
- (ii) Decreto Supremo N° 013-2006-JUS, que aprueba tasas aplicables al Registro Mobiliario de Contratos y al Sistema Integrado de Garantías y Contratos.
- (iii) Resolución de la Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 142-2006-SUNARP/SN, que aprueba el Reglamento de Inscripciones del Registro Mobiliario de Contratos y su vinculación con los registros jurídicos de bienes muebles.

Según sus propulsores, la LGM establece las siguientes innovaciones³, muchas de ellas, sin embargo, discutibles:

- La garantía mobiliaria puede recaer, ahora, sobre todo tipo de bienes.
- Se elimina la posesión como requisito constitutivo, ya que la oponibilidad de la garantía se sustenta exclusivamente en el registro.

³ Según los impulsores de la ley, “*esta elimina un sistema anticuado, propio del Derecho romano y de la Edad media*”. Nótese que la cuestión ideológica ha llegado hasta el extremo de eliminar el término “prenda” y reemplazarlo por el de “garantía mobiliaria”; sin embargo, la cuestión de etiquetas no es lo más importante.

- La garantía mobiliaria establece un régimen único para TODO TIPO DE BIENES.
- Se crea un Registro Mobiliario de Contratos, en el que se inscribirán las garantías sobre cualquier tipo de bien mueble, e incluso otros actos jurídicos.
- Se introducen figuras novedosas, como la garantía sobre todos los bienes del deudor, presentes o futuros.
- Se abaratan los costos de constitución.
- Se simplifica la ejecución, e incluso se permite el pacto comisorio.

En los acápite siguientes se analizará cada una de las reformas.

3. DEFINICIÓN DE GARANTÍA MOBILIARIA

La garantía mobiliaria es la afectación por negocio jurídico que realiza el deudor sobre un bien mueble, conjunto de bienes, género de bienes o todos sus bienes presentes y futuros, a favor de un acreedor, con el fin de asegurar el cumplimiento de una, varias o indeterminadas obligaciones (arts. 3 y 4 LGM). Confiere las facultades de preferencia en el cobro del crédito, persecución limitada o amplia, según el tipo de bien, y venta extrajudicial. No se requiere el desplazamiento posesorio.

Las garantías reales tienen la característica de vincular un bien determinado con un crédito, con el fin de asegurar su cumplimiento; pero en este caso, cabe una garantía que abarque el íntegro patrimonio del deudor (“todos sus bienes presentes y futuros”), por lo que esta figura se aleja de la garantía real (no hay *res*), y se acerca al privilegio, pues, en realidad, el crédito es preferente frente a los otros acreedores, pero no por bienes concretos, sino por todos los bienes que tuviese el deudor, por su íntegro patrimonio.

4. TÍTULO CONSTITUTIVO

Otra de las banderas de la reforma estuvo centrada en la siguiente frase: “*deben eliminarse las costosas escrituras públicas que se requieren para constituir prendas*”. El hecho concreto es que esta era otra postura demagógica, pues la inscripción de las prendas (o su cancelación) requería apenas de una legalización notarial de firmas en documento privado⁴, cuyo costo es bajísimo.

Sin embargo, la LGM creó un “*formulario de inscripción*” (art. 34), el cual siempre es inconveniente por cuanto encorseta la autonomía privada a través del llenado de recuadros pre-establecidos por un burócrata. En tal

⁴ La única excepción se daba en la prenda minera, en la que sí se requería de escritura pública, por mandato expreso de la Ley General de Minería.

sentido, la solución anterior era mucho mejor, pues las partes podían estipular el negocio como mejor lo conviniesen, en documento privado (y no en formulario), con un simple agregado de legalización de firma que lo habilitaba como título inscribible. No obstante, el problema mayor no es la creación del “formulario”, sino la pésima redacción del art. 34, en el cual se habla de un formato que se extiende por duplicado, y del cual el notario archiva un ejemplar para expedir traslados cuando se le solicite. Es decir, de una “*legalización de firmas*” se pasa a un documento híbrido que necesariamente implica un mayor costo por cuanto la actuación notarial es más intensa (archivo documental). Empero, como la citada norma no era muy clara, entonces, a través de una dudosa interpretación se expidió el DS N° 012-2006-JUS, por el cual se “*reglamenta*” el art. 34, y en el que se indica que el formulario, en realidad, no es formulario (sic), sino un **acta protocolar** (*rectius*: escritura pública sin minuta).

El Decreto Legislativo N° 1049 le otorga cobertura legal al citado Decreto, pues menciona el registro (notarial) de actos de garantía mobiliaria y otras afectaciones.

En resumen, se quiso simplificar y abaratar el sistema, pero, en lugar de ello, se pasó de una legalización de firmas (antes) a una escritura pública (ahora). **¿Puede haber mayor contradicción entre las intenciones y el resultado?**

5. OBJETO

Una de las reformas que inspira la LGM es la posibilidad que el deudor pueda otorgar garantía sobre cualquier bien, ya sea que se trate de inventarios, activos fijos, marcas, créditos, facturas, etc⁵. Incluso se dijo

⁵ La exposición de motivos de la ley apunta en este sentido: “Con la nueva ley de garantía mobiliaria todos los bienes muebles podrán ser afectados en garantía y esta última gozar de publicidad registral. En efecto, los bienes registrados o no registrados, tangibles o intangibles, específicos o genéricos, fungibles o no fungibles, presentes o futuros, podrán ser materia de una garantía mobiliaria. Ello, ciertamente, contribuye a generar mayores fuentes de financiamiento puesto que se recupera el valor comercial de un sinnúmero de bienes muebles que anteriormente se encontraban excluidos del mercado financiero. Ello tiene una especial incidencia en los pequeños y medianos empresarios que no contaban con acceso al crédito por no ser propietarios de un inmueble que pudiesen afectar en garantía”.

No se puede justificar que una ley sea aprobada con falsedades que intentan justificarla. El Código Civil nunca fue restrictivo ni prohibía que ciertos bienes muebles sean objeto de garantía. Lo que ocurre es que el mercado (léase, los acreedores) decide qué tipo de bien se acepta para los fines de otorgar el crédito. Esa misma situación se presenta en la actualidad, con la LGM vigente, pues resulta obvio que los acreedores finalmente tendrán la última palabra para aceptar, o no, los bienes materia de garantía. En otras palabras, la ley abre un abanico, que siempre estuvo abierto, pero no puede obligar que los acreedores otorguen préstamos con bienes que ellos no desean. ¡La ley propone, pero el mercado dispone! Es raro que los economicistas se hayan olvidado de esa premisa.

que, por fin, una ley se ponía del lado del pequeño empresario, y no del lobbyista, pues se autorizaba que se preste dinero sobre la base de cualquier bien, por lo que se tendría un mayor acceso al crédito: **¡A más bienes (pignorables), más crédito!**

Esta afirmación, sin embargo, nunca pasó de ser un típico maniqueo que facilitó el ataque (infundado) del sistema anterior. Lo único cierto es que el instituto tradicional de la prenda siempre permitió la afectación de cualquier bien mueble con fines de garantía (art. 1055 CC: “*La prenda se constituye sobre un **bien mueble**, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación*”).

Alguien podría salir en defensa de la ley, señalando que la lista enunciativa del art. 4 LGM es preferible frente a una simple descripción genérica (“bien mueble”), por efectos de pedagogía legislativa y claridad. No obstante, esta afirmación es discutible y, en nuestra opinión, errónea, tal como lo demuestran algunos de los “bienes muebles” susceptibles de garantía que han sido incluidos por la ley.

Primer caso: el art. 4-18 LGM habla de las concesiones “*que sean muebles*”, a pesar de que no existe norma alguna que otorgue a las concesiones la naturaleza de un mueble; por tanto, se trata de una norma innecesaria que carece de ámbito de aplicación. Por otro lado, el Registro de Concesiones se mantiene en el Registro de Propiedad Inmueble (quinta disposición final de la LGM, que modifica el art. 2 Ley 26366).

Segundo caso: los muebles dados en arrendamiento financiero pueden ser objeto de garantía (art. 4-17 LGM). En tal caso, la garantía no podría otorgarla el arrendatario, por no ser propietario, pero tampoco podría otorgarla el arrendador, pues ello en la práctica interferiría con el derecho del arrendatario; tal vez, lo que se quiso decir es que se puede dar en garantía “*el derecho de crédito del arrendatario*”; empero, en tal caso, basta constituir la garantía con respecto de un crédito.

En suma, problemas innecesarios en virtud del sistema de listado.

5.bis: Sigue OBJETO: LA GARANTÍA GENERAL

Otra de las “novedades” más cuestionables de la ley, lo constituye la garantía general que recae sobre todos los bienes del deudor, presentes o futuros (art. 4). Esta figura no representa una inocente reiteración de la responsabilidad patrimonial del deudor, por cuanto, en esta hipótesis, se constituye un derecho real que afectará a los terceros. Así pues, si un bien ingresa al patrimonio del deudor, y por efecto de la garantía, este queda automáticamente afectado con el gravamen, entonces los sucesivos adquirentes sufrirán esa consecuencia. Dos ejemplos bastarán para demostrar el propósito de esta figura:

Primero, si “A” constituye GM sobre todos sus bienes, presentes o futuros, entonces el saldo resultante de sus cuentas bancarias también quedará afectado con la garantía y, por tanto, el Banco debería retener los fondos para evitarse la eventual responsabilidad consiguiente; lo mismo ocurrirá con cualquier crédito, indemnización de póliza de seguro, etc., que pueda circular en el mercado.

Segundo, una empresa constituye una garantía genérica a favor de determinado acreedor. Esta situación implicará que todas las mercaderías que ingresan a su patrimonio quedan inmediatamente gravadas. De esta manera, casi todos los bienes que circulan en la economía podrán estar afectados de una u otra manera, con lo cual se impondrá, en la práctica, un deber de verificación sobre toda adquisición mobiliaria, lo que resulta irracional.

La cuestión se agrava si tenemos en cuenta que, ante la permisividad de la ley, la mayoría de los acreedores podría exigir este tipo de garantía para contar con una protección reforzada, sin embargo, la protección de uno amenaza el tráfico en general. Por lo demás, un deudor sujeto con esta garantía, renuncia en la práctica a obtener crédito de un segundo acreedor, pues este sabe que lo poco o mucho que adquiriera el deudor ya está afectado a favor del primer acreedor. De esta forma, el deudor queda sin ninguna capacidad de crédito, y se sujeta a un contrato de atadura que puede ser fuente de múltiples abusos, en tanto el primer acreedor se convierte en un monopolista del crédito, que no necesita competir en el mercado por mejores condiciones o tasas respecto de ese deudor, ya que en la práctica este no puede obtener financiamiento de otro acreedor.

La doctrina que patrocina este tipo de garantías globales la justifica con la necesidad de asegurar la posición jurídica de los acreedores, especialmente en los casos de financiación de proyectos de inversión, en los que prácticamente todo el negocio está a disposición de la entidad financiera, así como en el ahorro de costos que implica que un solo título jurídico sirva para englobar todos los bienes del deudor, y probablemente para asegurar todas las obligaciones que se contraigan en el futuro con el acreedor.

Esta racionalidad económica no puede negarse, sin embargo, queda pendiente el tema, nunca explicado por esa doctrina, respecto de la alta posibilidad de abusos por lo financiadores en un mercado del crédito, escasamente competitivo y en el que las cláusulas generales no se negocian, sino que se imponen. Si la libertad falla o está mediatizada, entonces la intervención del legislador se hace necesaria, empero, en la LGM se ha optado porque el asunto se resuelva, casi mágicamente, por efecto de las fuerzas del mercado.

6. EXTENSIÓN DEL OBJETO

Las partes tienen amplia libertad para determinar el objeto sobre el cual recae la garantía real, pero, una vez llegado a ese punto, es necesario avanzar sobre los alcances de ese mismo objeto, es decir, hasta dónde se extiende. Nótese que se trata de dos operaciones distintas, pero obviamente vinculadas: **primero, se concreta el bien mueble; segundo, y solo luego de lo anterior, recién puede avanzarse sobre los “adicionales” de ese mismo bien**⁶.

El art. 6, 1º párrafo, LGM, distingue los dos planos, pero con una redacción errónea. Así, en primer lugar, dice que “la garantía mobiliaria tendrá la extensión en cuanto al bien mueble afectado, que las partes convengan”. Es cierto que los particulares cuentan con libertad contractual y de disposición para otorgar en garantía el bien mueble que resulte más conveniente. Sin embargo, es errado que la determinación del objeto se confunda con la extensión, pues ambos son planos o niveles distintos.

Solo una vez que el objeto de la garantía se encuentra determinado, entonces recién puede avanzarse al segundo plano, consistente en la extensión de ese objeto. En buena cuenta, la pregunta que sigue es: ¿Hasta qué punto se extiende la garantía? La respuesta proviene, en realidad, del art. 6, 2º párrafo, LGM, que hace comprender, a falta de pacto, las partes integrantes y accesorios existentes al momento de la ejecución, así como el bien mueble que resulte de la transformación, la indemnización del seguro o de la expropiación y, eventualmente, el precio de la enajenación a favor de tercero.

Esta norma permite diversas críticas:

En cuanto a las partes integrantes y accesorios, no es correcto restringir la extensión a los que se encuentran “al tiempo de la ejecución”, pues una parte del bien no puede desligarse del gravamen por el solo hecho de separarse de este. En tal caso, ¿dónde queda el natural efecto de la inherencia de los derechos reales? Si el todo sufre un gravamen, entonces ocurre lo propio con cada una de sus partes, las mismas que seguirán soportando las afectaciones, aun cuando el objeto sufra distintas vicisitudes durante su vida material.

La solución anterior es incoherente con lo que acontece en la transformación del bien, pues, en este caso, la garantía se extiende al nuevo bien resultante. Si por efecto de la inherencia⁷, el gravamen se mantiene a

⁶ La distinción de ambos planos ha sido advertida por nuestra doctrina: MEJORADA, Martín. “Extensión de la garantía mobiliaria”. En VVAA. *Estudios sobre la nueva ley de garantía mobiliaria*, Arco Legal Editores, Lima 2006, p. 73.

⁷ La mejor doctrina opina que el fundamento de la extensión objetiva de la hipoteca es la inherencia, y no la accesión. La razón es muy simple: La accesión es modo de adquisición de la

pesar de las vicisitudes del objeto, entonces esa misma razón justifica que las partes separadas también sufran la afectación. En buena cuenta, la separación es una forma específica de transformación. Por tanto, se trata de un evidente error técnico de la ley con relación a sí misma.

Sin embargo, la norma reguladora de la transformación establece complejas exigencias de comunicación a favor del acreedor y la necesidad de una nueva inscripción respecto del nuevo bien mueble resultante (art. 15 LGM). ¿Qué ocurre si no se cumplen estos deberes? ¿Se extingue la garantía? Si fuera así, entonces, el derecho real perdería una de sus notas distintivas: la inherencia; o, por el contrario, debe suponerse que se trata de obligaciones en la relación contractual entre deudor y acreedor, pero que no mediatizan los efectos reales de la garantía.

En cuanto a la indemnización por expropiación, si bien nuestra postura en clave constitucional es que todos los bienes son susceptibles de expropiación, incluyendo los muebles, sin embargo, la solución de la LGM no calza con la Ley 27117, en tanto esta limita la expropiación a los predios.

En cuanto al precio de la enajenación, esto significa que si el constituyente de la garantía vende el bien a un tercero, entonces la afectación no solo persigue al bien mismo, sino también al precio recibido. Esta solución es, simplemente, absurda. En efecto, si estamos en presencia de un derecho real de garantía, entonces el gravamen recae sobre el bien, por lo que extenderlo al precio de la enajenación significa duplicar la garantía, ya sea sobre el bien y sobre el precio recibido. Eso no es posible⁸. Téngase en cuenta que en los casos de extensión de la garantía a indemnizaciones, ello sucede porque el bien ya no existe, sea por destrucción o expropiación, por lo que es lógico que el gravamen se subroge al valor que representa la cosa perdida. En cambio, en el precio de enajenación, la cosa no está perdida, y la garantía la persigue; por lo que se tiene, en realidad, dos objetos de garantía: el bien de propiedad del tercero, y el precio que cobró el constituyente.

Por supuesto que la extensión de la garantía sobre el precio de la enajenación (que abarca cualquier acto a título oneroso, y no solo la compraventa) solo permanece vigente mientras dicho precio se encuentre

propiedad, por lo que una vez producido el incremento del bien, entonces los gravámenes, en virtud de su natural inseparabilidad, se extienden a todas las partes del bien, incluyendo los aumentos. El gravamen se identifica con el bien hasta el punto de plegarse a sus modificaciones y adiciones: CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. *Extensión objetiva de la hipoteca inmobiliaria*, Monografía de Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor 2012, pp. 53-54.

⁸ En el mismo sentido: MEJORADA, Martín. “Extensión de la garantía mobiliaria”. En *VVAA. Estudios sobre la nueva ley de garantía mobiliaria*, Arco Legal Editores, Lima 2006, p. 75.

en poder o control del deudor (art. 14 LGM). Sin embargo, esta norma no representa aseguramiento alguno, pues el dinero es un valor ultra-fungible. ¿Cómo saber si el dinero está en manos o no del deudor?

La única opción de dar viabilidad a la norma, es referirla al caso que el tercero solo ha pagado una parte del precio, por lo que la garantía se extenderá sobre el saldo del precio pendiente por el comprador. Este, además, se convierte en una especie de garante legal del acreedor, pues sin que cuente su voluntad, resulta obligado a pagarle, ya no a su vendedor, sino al acreedor de su vendedor. **La ley ha creado una especie de garantía legal, sin publicidad respecto del contrato de enajenación, a cargo de los compradores de bienes muebles que no han pagado totalmente el precio. No solo sufren la afectación del bien, sino también del precio pendiente que deben retener a favor del acreedor de su acreedor.**

7. OBLIGACIONES ASEGURADAS

Los derechos reales de garantía se caracterizan por la vinculación entre un crédito, que se asegura, y un bien, que constituye el instrumento para el logro de tal fin. Por tanto, la constitución de la garantía siempre debe referirse a una obligación, ya sea “cerrada”, respecto de un crédito específico (art. 3.2 LGM), o “abierta”⁹, para asegurar obligaciones presentes o futuras, o, incluso, todas ellas al mismo tiempo (art. 3.4 LGM).

Nótese la amplia libertad con la que cuentan las partes para determinar las obligaciones aseguradas, que pueden ir desde un crédito específico hasta todos los créditos, así de general y amplio, que vinculen al acreedor y deudor.

En la práctica, la garantía abierta o sábana permite que las obligaciones se extingan, renueven, circulen o se modifiquen con el tiempo, sin embargo, todas ellas, mientras subsistan, se mantendrán cubiertas o aseguradas. Es decir, un solo título es suficiente para que en ella se viertan todo tipo de obligaciones, presentes (al momento de constituir la garantía) o futuras.

8. EXTENSIÓN DE LAS OBLIGACIONES ASEGURADAS

Las partes tienen amplia libertad para determinar las obligaciones amparadas por la garantía real, pero, una vez llegado a ese punto, es necesario avanzar sobre los alcances de ese mismo objeto, es decir, hasta dónde se extiende cada una de esas obligaciones. Nótese que se trata de dos operaciones distintas, pero obviamente vinculadas: primero, se concreta el

⁹ En el mundo bancario, este tipo de garantía se denomina, también, “sábana”.

crédito; segundo, y solo luego de lo anterior, recién puede avanzarse sobre los “adicionales” del crédito¹⁰.

El art. 3.2 LGM señala, en cuanto a la extensión del crédito, que, además de la deuda principal, comprende los intereses (se supone, moratorios y compensatorios), las comisiones, los gastos, las primas de seguro pagadas por el acreedor garantizado, las costas y los costos, los gastos de custodia y conservación, las penalidades, la indemnización por daños y perjuicios y cualquier otro concepto acordado por las partes hasta el monto del gravamen contenido en el acto jurídico constitutivo.

El monto del gravamen es una suma tope de responsabilidad del bien con relación al crédito garantizado, lo cual implica que la acción real se extiende hasta esa suma máxima, pues con ello se agota la garantía. Fuera de esa cobertura, el acreedor tendrá que recurrir a la acción personal con el fin de hacer valer la responsabilidad patrimonial general del deudor.

Por otro lado, se discute si el monto del gravamen es una norma renunciabile, por lo que podría pactarse una cobertura superior al monto del gravamen. Existe una posición permisiva, por la cual: “Considero que es un acuerdo válido ya que no estamos ante una norma de orden público. El límite del gravamen es un derecho patrimonial renunciabile”¹¹. **Nuestra opinión es contraria**, pues una cobertura sin límites pone en entredicho la libertad individual en el ámbito patrimonial, pues el deudor renunciaría, no a un derecho cualquiera, sino a la capacidad de obtener crédito, lo que se agrava con la posibilidad de pactar una garantía sobre todos los bienes presentes y futuros.

9. GARANTÍA MOBILIARIA Y POSESIÓN

Uno de los aspectos que recibió mayores críticas en la legislación anterior, fue la exigencia de entrega para la constitución de la prenda. Se dijo que era un arcaísmo del Derecho romano que debía ser superado en estos tiempos de globalización y desarrollo tecnológico, a través del mecanismo de la inscripción en un registro. Sobre el tema, vale la pena realizar algunas consideraciones previas.

En primer lugar, la entrega, quiérase o no, constituye un mecanismo de sujeción del bien al poder del acreedor, pues, en caso contrario, la garantía podría devenir en una mera ilusión. Desde una perspectiva exclusivamente teórica, no hay mejor garantía que contar con la posesión del bien, en vista

¹⁰ La doctrina nacional ya se había pronunciado, también, sobre este punto: MEJORADA, Martín. “Extensión de la garantía mobiliaria”. En VVAA. *Estudios sobre la nueva ley de garantía mobiliaria*, Arco Legal Editores, Lima 2006, p. 72.

¹¹ *Ibidem*.

que de esa forma se tiene el bien a la mano para ejecutarlo en caso de impago del crédito.

En segundo lugar, a veces la teoría debe ceder ante las necesidades prácticas, pues en muchos casos el proceso de producción del deudor exige que este retenga los bienes dados en garantía, para lo cual se crearon las prendas sin desplazamiento (con registro). Por tanto, desde una perspectiva teórica, ¿quién tiene una mejor garantía, el acreedor que posee la máquina industrial o el que sólo tiene la inscripción? Es evidente que un bien mueble puede ser de difícil individualización u ocultable. Ante ello, ¿qué ejecutará el acreedor? ¿le bastará su certificado registral para ver satisfecha su acreencia, a pesar de que el bien no se ubica? ¿algún postor le entregará dinero al acreedor a cambio de un papel (certificado registral), sin que se conozca el paradero del bien? La respuesta es obvia: La mejor garantía, en estos casos, es la posesión, y el **registro cumple una función en cierta medida sustitutiva, pero imperfecta.**

Por tal motivo, no existe razón valedera para que la ley prohíba la constitución de la prenda posesoria. El art. 17 LGM establece que la oponibilidad de la GM se logra solo con la inscripción, y que la posesión es meramente facultativa (art. 3.1). Siendo así, la garantía con sola posesión NO OTORGA NADA, pues un acreedor que inscribe será siempre preferido. En la práctica, todo acreedor deberá inscribir, aun cuando tenga la posesión. En tal sentido, si el titular del crédito quiere recibir la posesión de un bien en garantía, no parece haber razones para considerar que ese requisito sea superfluo.

Pondremos algunos ejemplos respecto de los notorios inconvenientes que ha creado la LGM con la eliminación de la prenda posesoria:

Primer Caso: Las personas en necesidades económicas recurren con frecuencia al crédito mediante la garantía de joyas y alhajas (en las llamadas antiguamente “Casas de empeño”), y en esos casos, el mejor aseguramiento del acreedor es contar con la posesión del bien afectado para el caso de incumplimiento. Muchos de nuestros compatriotas no pueden soñar con un crédito bancario, pero sí han recurrido al “empeño”. Pues bien, y aunque parezca increíble, la LGM establece que no basta la posesión de las joyas, sino que resulta necesario e imprescindible el registro de la garantía. Por tanto, la angustia del deudor que se solucionaba en pocos minutos con la obtención de dinero inmediato, ahora debería seguir el siguiente trámite: una escritura pública sin minuta (ya veremos luego este tema), trámite de inscripción, tasas, etc. ¿Quién pagará estos costos? ¿Vale la pena exigir inscripción en estos casos? No se diga que las entidades de préstamo podrán contar con la sola posesión (art. 3.1 LGM), pues en ese caso se expondrían a una dosis de inseguridad, en tanto el

deudor podría aprovechar las fallas del sistema para frustrar al acreedor, mediante el fácil expediente de inscribir una garantía sobre el mismo bien y obtener de esa forma una preferencia que venza a la posesión (art. 17 LGM). En tal caso, la entidad deberá entregar el bien al acreedor inscrito, bajo responsabilidad civil, e incluso penal, por su calidad de depositario. En la práctica, todos los acreedores, hasta en los bienes más insignificantes, se verían obligados a inscribir la garantía a efectos de evitar la posible aparición de un “acreedor preferente” que no cuenta con posesión, pero sí con el registro.

Segundo Caso: Los Bancos, dentro de sus operaciones habituales, otorgan créditos o anticipos a sus clientes, y en garantía del cumplimiento de estas obligaciones, exigen constituir prenda sobre el saldo en las cuentas corrientes o sobre otros valores del deudor que el Banco llegase a tener. Esta sencilla operación ahora deberá ser objeto de inscripción. Es decir, miles y miles de garantías bancarias que pueden articularse perfectamente con la posesión de los fondos de los que ya goza el Banco, ahora necesitarán de una escritura e inscripción, aun cuando el cliente podría no tener un centavo en la cuenta, pues la garantía se otorga en forma preventiva. ¿Tiene alguna racionalidad este sistema?

Tercer Caso: En casi todo contrato de arrendamiento, el propietario exige al arrendatario la entrega de una suma de dinero “en calidad de garantía”, con el fin de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. Esa figura tiene la naturaleza jurídica de una prenda dineraria, la cual siempre ha funcionado con el solo acto de la entrega. ¿Qué mejor garantía que la retención del dinero y la inmediata imputación al crédito en caso de incumplimiento? Ahora bien, con la LGM será necesaria la inscripción, pues, en caso contrario, puede surgir un “acreedor preferente” sin la posesión, pero con el registro.

En suma, **la prenda posesoria debió ser conservada**¹², pues la posesión constituye un elemento efectivo de sujeción del bien a favor del acreedor (“auto-tutela” del acreedor e “indisponibilidad” del deudor, dice la

¹² En la misma línea se dice: “la unidad del sistema registral mobiliario no interesa cuando se hace a cualquier costo y el modelo elegido no resuelve todos los problemas que se plantea resolver. Prefiero los sistemas que también dan protección a los deudores y a los acreedores no garantizados; en lo registral me inclino, para los muebles, por los modelos duales y flexibles de seguridad jurídica que tengan en cuenta lo peculiar de la circulación mobiliaria. Creo que sí importa la calificación registral para ciertos bienes valiosos y perfectamente identificables. Los muebles son tan heterógenos que no puede ser igual la publicidad que se dispersa a un bien perfectamente identificable, como los automóviles y los buques, que la que se presta a los activos intangibles de una empresa o a los certificados de acciones y créditos que obren en una factura por ejemplo”: GÓMEZ MATOS, Mateo. “Las garantías reales dentro y fuera del Código Civil”. En Id. (Coordinador). *Veinticinco años del Código Civil Peruano*, Palestra Editores, Lima 2012, pp. 115-116.

doctrina), y si este desea otorgar un crédito con este mecanismo, entonces no existe razón alguna que justifique el impedimento. Por lo demás, en una serie de bienes (como los descritos, pero pueden ser muchos otros), la posesión constituye una garantía superior a la del registro, no solo en términos de aseguramiento real, sino, incluso, en indicadores de simplicidad y eliminación de costos.

10. REGISTRO MOBILIARIO DE CONTRATOS (RMC)

La creación del Registro Mobiliario de Contratos unifica todos los registros prendarios del pasado (agrícola, comercial, industrial, minero, pesquero), lo que, sin duda, constituía una dispersión inconveniente. Por tanto, uno de los puntales de la reforma es otorgar “publicidad” de todo tipo de garantías mobiliarias; aun cuando esa pretensión olvida tener en cuenta un problema ya denunciado en el ámbito de los bienes muebles, pues en ellos el registro, muchas veces, constituye más una rémora, que una ventaja. Por tanto, hubiera sido conveniente mantener un doble régimen de garantías, posesorias y registrales, con la debida coordinación entre ambos.

En todo caso, el actual RMC inscribe las garantías mobiliarias sobre bienes que no tienen un registro jurídico particular, esto es, respecto de **muebles fungibles, géneros de bienes o todo el patrimonio de la persona en general, sobre bienes que son difícilmente individualizables (art. 42), lo cual obliga que el registro sea de carácter personal**, esto es, que la información se lleve por la persona del deudor, y no por cada bien prendado. Es obvio, pues, que resulta imposible, técnica y económicamente, establecer un registro por cada lapicero, computadora o par de zapatos que circulan en el mercado, lo cual exige un registro personal, esto es, que por cada contrato que celebra un deudor, se proceda a la apertura de una partida registral. El art. 2-20 LGM indica que el RMC es el registro de contratos en el que se inscriben las garantías mobiliarias y demás actos inscribibles sobre bienes muebles no registrados en algún Registro Jurídico de Bienes.

Por tanto, la novedad de la ley no se encuentra en crear un registro que permita una relativa sujeción de los bienes muebles no identificables a través de una inscripción con carácter personal, pues tal solución ya existía desde hace mucho tiempo en los distintos registros prendarios que conocía nuestra legislación (agrícola, industrial, minera, etc.), en los cuales era posible inscribir los contratos de prenda que otorgaba cada deudor. La mayor novedad de la ley es de corte estrictamente formal, esto es, la **unificación de los registros**. Sin embargo, esa situación tampoco debe magnificarse, pues el propio Código Civil ya contenía las bases de la unificación a través de la llamada prenda con entrega jurídica (art. 1059 CC), de carácter genérico, y sin distinciones entre los distintos sectores

económicos. Por tal razón, hubiera sido mucho más simple derogar las prendas sectoriales, con la inmediata puesta en vigor del registro (único) de prenda con entrega jurídica, que ya estaba previsto en el Código Civil, darle racionalidad y concordarlo con la prenda posesoria.

11. TÉCNICA REGISTRAL DEL RMC

La partida del registro se abre por cada negocio de garantía mobiliaria (art. 42 LGM; art. 11 RIRMC), y en el cual, sucesivamente, se inscriben las distintas vicisitudes que sufra dicho acto, entre ellas, las modificaciones, ampliaciones y extinciones de la garantía (art. 11 RIRMC).

Cabe preguntarse, el RMC ¿es de folio personal?

Un sector doctrinal, y la propia jurisprudencia registral, habla del llamado “folio causal o contractual”¹³. La razón de ello estaría en que la hoja del registro no se abre por persona, lo que debería agrupar todas las garantías otorgadas por el sujeto, sino por “acto causal”, de donde proviene el concepto y el nombre.

En nuestra opinión, el nuevo término no aporta nada, pues si bien la partida se abre por efecto del negocio jurídico, sin embargo, el criterio decisivo sigue siendo el **sujeto constituyente**, por lo que se trata, en realidad, de un registro personal, y no causal, solo que de carácter relativo, pues en el folio no se agrupan todos los actos del sujeto, sino un grupo de esos actos relacionados con un negocio particular.

Por lo demás, la razón de ser del RMC se basa en el carácter personal de la información del registro, pues de esa forma el mercado puede conocer de manera sencilla la situación patrimonial del potencial sujeto de crédito, en el entendido de comprobar los bienes muebles sobre los que ya constituyó garantía. Siendo así, se trata claramente de un registro personal.

En consecuencia, **el RMC es uno de folio personal-relativo**, en el que la hoja inscribe un contrato de garantía otorgado por determinado sujeto, y si este constituye otra garantía, entoces se abre una nueva hoja, y así sucesivamente. No se trata, por tanto, de folio personal-general, pues, en este último caso, cada hoja agruparía todas las garantías constituidas por un sujeto durante su existencia.

12. REGISTROS JURÍDICOS DE BIENES MUEBLES (RJB)

Distinto es el caso de los **Registros Jurídicos de determinados bienes muebles, en los cuales la perfecta individualización y no-fungibilidad, permite establecer un sistema registral sobre el bien mismo, que**

¹³ GÓMEZ ANAYA, Carlos. “El procedimiento registral en el Registro Mobiliario de Contratos y su vinculación con los Registros Jurídicos de Bienes”. En VVAA. *Estudios sobre la nueva ley de garantía mobiliaria*, Arco Legal Editores, Lima 2006, p. 82.

contiene todo su historial jurídico, con efectos de persecución y preferencia. El art. 2.19 LGM señala que los RJB son el conjunto de registro de bienes muebles ya existentes que surten plenos efectos jurídicos.

En estos registros, la información se concentra y organiza por cada bien específico (folio real). Por ello, toda la historia se contiene en la hoja del registro, que se abre por cada bien, y en el que se incorporan las transferencias de propiedad, los gravámenes, las afectaciones, los embargos, etc. Cómo es lógico suponer, solamente algunos bienes muebles cumplen estas características, por ende, son pocos los registros jurídicos de bienes que se organizan en base del folio real. Entre ellos, tenemos el registro vehicular, de buques, de embarcaciones pesqueras, de aeronaves, y los de propiedad industrial e intelectual.

De las definiciones contenidas en el artículo 2, incisos 19) y 20) LGM, se deduce claramente que el RMC y el RJB son independientes entre sí, esto es, lo que se inscribe en uno, no se inscribe en el otro, salvo excepciones concretas.

13. TÉCNICA REGISTRAL DEL RJB

Los RJB se caracterizan por la apertura de una partida registral por cada bien mueble específico, por lo que se trata de registros alineados con el principio de folio real, pues en ellos se concentra todo el historial jurídico del objeto, es decir, no solo los gravámenes y afectaciones, sino, también, la propiedad y los distintos cambios que sufre este derecho (art. 2-20 LGM; art. 13 RIRMC).

Sin embargo, las normas específicas sobre la técnica registral de cada uno de los RJB se encuentran en las leyes que lo regulan, sea el caso del Registro de Buques, de Embarcaciones Pesqueras, de Aeronaves; o las de propiedad industrial o intelectual. La LGM no contiene reglas específicas sobre los alcances, organización y funcionamiento de los RJB.

14. VINCULACIÓN ENTRE EL RMC Y RJB

En teoría, el Registro Jurídico de Bienes (RJB) contiene todos los actos que recaen sobre aquellos bienes que cuentan con un registro específico. En el caso de la SUNARP, se refiere a los buques, embarcaciones pesqueras, aeronaves y vehículos. Nada más. En el caso de INDECOPI, se refiere a los derechos de propiedad intelectual o los de propiedad industrial.

Por ejemplo, tratándose de un vehículo, la consulta de los derechos se hará de manera simple con la revisión de la hoja registral correspondiente a dicho bien. Ningún acto de ese vehículo, que tiene su propio RJB, puede inscribirse en el RMC, en tanto de esta manera se respeta el principio de especialidad y la unidad inscriptiva. El art. 2-20 LGM señala con toda

claridad que el RMC recibe las garantías mobiliarias y demás actos inscribibles **referentes a bienes muebles no registrados en cualquier RJB**. En sentido contrario, si el bien mueble cuenta con su propio y particular RJB, entonces los actos de tal bien se inscriben exclusivamente en ese registro.

¿Cuál es la única excepción de este rígido principio de especialidad y demarcación entre ambos registros? El art. 32 in fine trae la respuesta: “Los actos inscribibles referidos a bienes muebles futuros serán inscritos en el RMC y permanecerán allí luego de que dejen de serlo, a excepción de los bienes muebles ciertos que deban ser registrados en un RJB, cuyos actos ya inscritos serán trasladados al registro correspondiente”.

Por tanto, solo en el caso de bienes muebles futuros, es posible que un acto jurídico referido a un bien con registro particular pueda inscribirse en el RMC. Sin embargo, recuérdese que la LGM permite la constitución de garantías sobre todo el patrimonio del deudor, presente y futuro (art. 4), en el que se hace una mención extensiva del término “futuro”, pero que fundamentalmente comprende los bienes que todavía no han ingresado al patrimonio del deudor (futuros subjetivos), a lo que más propiamente podrían llamarse “ajenos”; que es una categoría distinta de los objetos que carecen de existencia física o individualidad jurídica (futuros objetivos). Pues bien, **una interpretación extensiva, pero razonable a tenor de la sistemática de la ley, permite deducir que tanto los bienes futuros en sentido técnico, como los ajenos, pueden ser inscritos en el RMC, a pesar que el bien cuente con un RJB**.

Sin embargo, los registradores han efectuado una interpretación que excede el principio de especialidad, pues consideran que un vehículo con póliza de importación es “bien futuro”, cuando claramente se trata de un bien mueble presente, pues tiene realidad física, e incluso soportó un viaje por buque, se le importó, pasó por aduanas y, finalmente, se nacionalizó, solo que no está inscrito en el registro. Es lo mismo que pasa con un predio que no ha sido inmatriculado. Ninguna ficción legal permite suponer que un bien existente, ya útil y funcional, pueda considerarse “futuro” por el solo hecho de no encontrarse inscrito. **En consecuencia, los vehículos importados con póliza, pero con inscripción pendiente, son bienes muebles presentes, no futuros, pero sin registro**. Por tanto, un vehículo de tales características no es inscribible en el RMC, bajo ninguna circunstancia, pues infringe el principio de especialidad, sino que debe ser inmatriculado directamente en el RJB.

La misma situación se presenta en el caso de los buques, pues el Reglamento de Inscripciones de Buques, Embarcaciones Pesqueras y Naves, señala que los contratos de arrendamiento de buque extranjero,

cuando permitan la primera inscripción, se derivan al RMC, y no al RJB. La pregunta es: ¿acaso un buque que lleva bandera peruana por virtud del contrato de arrendamiento que ha celebrado el naviero nacional con un arrendador extranjero, es bien futuro o ajeno? ¿Por qué arte de magia las naves que surcan el mar, que atracan en puerto, que transportan mercaderías o personas, podrían considerarse como bienes futuros? La solución es clara: son bienes presentes, pero no inscritos en el registro peruano, por lo que deben inmatricularse en el RJB.

15. GARANTÍA PRECONSTITUIDA

La LGM crea la figura de “garantía preconstituida” para los casos de bienes muebles futuros o ajenos, o cuando se aseguran obligaciones futuras o eventuales (art. 20 LGM).

La eficacia que produce la garantía preconstituida se retrotrae a la fecha de la inscripción primigenia, pero *“los efectos retroactivos no perjudican los derechos que, eventualmente, hubiese otorgado su anterior propietario sobre el bien mueble afectado en garantía mobiliaria”*. **Esta última frase se refiere a los bienes ajenos, pues solo en ellos existe necesariamente un “anterior propietario”, distinto del constituyente.** Una norma de este tipo es de toda evidencia, pues los contratos sobre bienes ajenos no producen efecto jurídico alguno en la esfera del verdadero propietario.

En consecuencia, en el caso de los bienes futuros o de las obligaciones aseguradas de carácter futuro o eventual, no aplica la limitación de eficacia retroactiva, por las siguientes razones, que van más allá de la estricta literalidad de la norma citada. En efecto, si se trata de bienes futuros, entonces el objeto no existe, por lo que los actos de disposición del constituyente, otorgados en el periodo intermedio, serán tan ineficaces como la propia garantía mobiliaria. En el caso de las obligaciones futuras, si existiese limitación a la retroactividad, entonces se produciría la siguiente hipótesis: si A constituye garantía sobre obligación futura o eventual a favor de B, cuya eficacia está supeditada a que se **contraiga** la obligación, esto es, que se celebre el contrato de crédito (art. 21-3 LGM); y, luego, A transfiere la propiedad del bien a C, entonces la supuesta falta de eficacia de la garantía preconstituida hace que la adquisición del bien se produzca sin gravámenes, aun cuando luego la obligación se termine constituyendo. Es fácil advertir que esta solución generaría una gravísima inseguridad.

Por tanto, la limitación de la retroactividad no opera en los bienes futuros ni en las obligaciones futuras o eventuales; por lo que solo se aplica para las cosas ajenas, pues, en tal caso, la garantía es absolutamente inoponible al propietario, así como a los actos dispositivos que este haya otorgado en el periodo intermedio.

Por otro lado, cuando se trata de bienes muebles futuros (o ajenos) que tienen RJB, entonces se requiere el traslado de la inscripción (art. 32 *in fine* LGM), para efectos formales de concordancia entre la realidad jurídica y el registro, pero no con efectos sustanciales. Sin embargo, el reglamento registral parece tener otra opinión, conforme se analizará posteriormente.

Vamos a poner varios ejemplos:

Primer caso: A constituye garantía sobre bien futuro a favor de B, y se inscribe en el RMC; luego, el bien nace, y A lo vende a C. En tal caso, el propietario C adquiere la propiedad conjuntamente con el gravamen.

Segundo caso: A constituye garantía sobre buque futuro a favor de B, y se inscribe en el RMC; luego, el bien nace, y A lo vende a C. Cuando se produce la inmatriculación de C en el RJB, entonces se traslada simultáneamente la garantía a favor de B, pero en perjuicio de C.

Tercer caso: A constituye garantía sobre buque futuro a favor de B, y se inscribe en el RMC; luego, el bien nace, y A lo vende a C. Cuando se produce la inmatriculación de C en el RJB, entonces debió trasladarse simultáneamente la garantía de B, pero, por un error registral se omite el traslado. En estas circunstancias, el propietario inscrito C vende a D, quien también inscribe en el RJB. ¿Qué pasa con D, adquiere con el gravamen sin publicidad en el RJB, pero sí en el RMC, o no? La solución lógica es reconocer que el tercero adquiere con el gravamen, pues, finalmente, este se encuentra inscrito. El traslado de un registro a otro es un tema formal (“obligación del registrador”), pero no sustancial. En buena cuenta, la falta u omisión de traslado no extingue la garantía inscrita en el RMC. Sin embargo, el reglamento registral parece que opina por la solución contraria, aunque obviamente carece de fuerza normativa para regular la hipótesis: “Entre tanto (antes del traslado), en el RMC la garantía conservará su naturaleza de preconstituida” (art. 18 *in fine* RIRMC).

Cuarto caso: A constituye garantía sobre bien ajeno a favor de B, y se inscribe en el RMC; luego, el bien, que era de propiedad de C, lo adquiere A. En tal caso, el actual propietario A lo adquiere con el gravamen que él mismo había constituido (art. 21-1 LGM), y cuya disposición ha quedado convalidada. En esta hipótesis, “el anterior propietario” C, no ha constituido derecho alguno que sea incompatible con la garantía (art. 22 LGM), por lo que esta surte efecto desde la garantía preconstituida, subsanada por la adquisición.

Quinto caso: A constituye garantía sobre buque ajeno a favor de B, y se inscribe en RMC; luego, el bien lo adquiere A. Cuando se produce la inscripción de dominio de A en el RJB, entonces se traslada

simultáneamente la garantía a favor de B. Los posteriores adquirentes de A en el RJB quedan afectados.

Sexto caso: A constituye garantía sobre buque ajeno a favor de B, y se inscribe en el RMC; luego, el bien lo adquiere A, por lo que debió trasladarse simultáneamente la garantía de B, pero puede ocurrir que por error registral se omita el traslado. En estas circunstancias, el propietario inscrito A vende a C, quien también inscribe en el RJB. ¿Qué pasa con C, adquiere con el gravamen sin publicidad en el RJB, pero sí en el RMC, o no? La solución lógica es reconocer que el tercero adquiere con el gravamen, pues, finalmente, este se encuentra inscrito¹⁴.

Séptimo caso: A constituye garantía sobre bien ajeno a favor de B, y se inscribe en el RMC; sin embargo, A nunca adquiere el dominio. En tal caso, el propietario no es afectado en lo absoluto por la garantía ineficaz (art. 21-1 LGM). **Mientras no se produzca la adquisición, se trata de una reserva de rango condicionada.**

Octavo caso: A constituye garantía sobre buque ajeno a favor de B, y se inscribe en el RMC; sin embargo, el buque tiene un propietario inscrito en el RJB. La solución de la ley es clara, pues tratándose de un bien mueble ajeno, la eficacia está supeditada a que el constituyente adquiriera la propiedad (art. 21-1 LGM). **Mientras no se produzca la adquisición, se trata de una reserva de rango condicionada.** Sin embargo, en forma contradictoria, el art. 16 RIRMC, sin hacer distinción, dice: “Cuando se inscriba la inmatriculación de un bien mueble en un Registro Jurídico de Bienes, se trasladarán todos los asientos inscritos en el RMC que se vinculen con el bien materia de inscripción, procediéndose a cerrar las partidas existentes en el RMC, previa correlación”. Imagínense la extrañeza del propietario que observa una partida registral en la que un tercero ha constituido un derecho sobre un bien del que no es propietario, pero que sí enturbia la partida registral. En otras palabras, ¿para qué se inscribe la garantía de A sobre un bien que es ajeno? Se trata de un auténtico salto al vacío.

Noveno caso: A constituye garantía sobre vehículo ajeno a favor de B, y se inscribe en el RMC; sin embargo, el bien tiene como propietario inscrito en el RJB a C, que lo grava a D. Posteriormente, C lo vende al señor A, quien termina como propietario. En tal supuesto, la garantía se convalida con la

¹⁴ El traslado de un registro a otro es un tema formal (“obligación del registrador”), pero no sustancial. En buena cuenta, la falta u omisión de traslado no extingue la garantía inscrita en el RMC. Sin embargo, el reglamento registral parece que opina por la solución contraria, aunque obviamente carece de fuerza normativa para regular la hipótesis: “Entre tanto (antes del traslado), en el RMC la garantía conservará su naturaleza de preconstituida” (art. 18 *in fine* RIRMC).

adquisición del constituyente A, empero, existe un derecho de tercero (D) otorgado en el periodo intermedio, anterior a la adquisición, por lo que este resulta preferente (art. 22 *in fine* LGM).

Décimo caso: A constituye garantía sobre bien mueble ajeno a favor de B, y se inscribe en el RMC; sin embargo, el bien tiene como propietario a C, que lo vende a D, quien termina vendiéndolo a A. La garantía de B se convalida, y por virtud de las sucesivas adquisiciones que terminan en A, entonces no existe tercero perjudicado que pueda invocar el art. 22 *in fine* LGM.

Undécimo caso: A constituye garantía sobre todos sus bienes presentes y futuros a favor de B, y se inscribe en el RMC; en tal caso, si el constituyente adquiere sucesivamente bienes muebles excluidos del RJB, entonces no hay necesidad de un asiento registral específico, pues sobre estos bienes no cabe inscribir la propiedad en el RMC. **Mientras no se produzca la adquisición, se trata de una reserva de rango condicionada.**

Duodécimo caso: A constituye garantía sobre todos sus bienes presentes y futuros a favor de B, y se inscribe en el RMC; en tal caso, si el constituyente adquiere un vehículo, entonces la garantía genérica del RMC debe trasladarse al RJB. En caso de omisión, parece que la solución es la misma que se apuntó: la garantía igual afecta a los terceros adquirentes posteriores, pues, en realidad se encuentra inscrita. Sin embargo, el reglamento registral parece que opina por la solución contraria, aunque obviamente carece de fuerza normativa para regular la hipótesis: “Entre tanto (antes del traslado), en el RMC la garantía conservará su naturaleza de preconstituida” (art. 18 *in fine* RIRMC).

Décimo tercer caso: A constituye garantía sobre todos sus bienes presentes y futuros a favor de B, y se inscribe en el RMC; sin embargo, el bien tiene como propietario inscrito en el RJB a C, que lo grava a D. Posteriormente, C lo vende al señor A, quien termina como propietario, lo que conlleva el automático traslado de la garantía de B. En tal supuesto, la garantía se convalida con la adquisición del constituyente A, empero, existe un derecho de tercero (D) otorgado en el periodo intermedio, anterior a la adquisición, por lo que resulta preferente (art. 22 *in fine* LGM).

Décimo cuarto caso: A constituye garantía sobre obligación futura o eventual a favor de B, cuya eficacia está supeditada hasta que se **contraiga** la obligación, esto es, que se celebre el contrato de crédito (art. 21-3 LGM). Luego, A constituye garantía a favor de C sobre una obligación presente. ¿Quién tiene preferencia? La respuesta es B, pues la garantía opera en forma retroactiva, con la sola excepción de las cosas ajenas.

Décimo quinto caso: A constituye garantía sobre obligación futura o eventual a favor de B, cuya eficacia está supeditada a que se **contraiga** la obligación, esto es, que se celebre el contrato de crédito (art. 21-3 LGM). Luego, A transfiere la propiedad del bien a C. Aquí se aplica la eficacia retroactiva, que solo está exceptuada de los bienes ajenos; por tanto, la garantía se retrotrae a la fecha de la inscripción primigenia (art. 22, 2º párrafo LGM), por lo que el tercero C lo adquiere gravado, si es que, finalmente, se otorga el crédito.

16. GARANTÍA MOBILIARIA: ¿INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA O DECLARATIVA?

Los artículos 17, 22 y 37 LGM permiten deducir que la garantía mobiliaria está sujeta a una inscripción declarativa, por la cual, los derechos nacen y se transmiten al margen del registro, en este caso, con el simple acto constitutivo que crea la relación jurídica entre las partes (art. 17). **Recuérdese que en el sistema declarativo, el derecho real ya se ha producido en el mundo jurídico, por lo que tenemos un titular que vive al margen del registro.**

Por el contrario, si el registro fuese constitutivo, entonces el acto no surte eficacia de derecho real, ni entre las partes, ni en relación con los terceros.

Si bien las normas citadas tienen una redacción proclive al sistema declarativo, sin embargo, bien vista las cosas, parece difícil suponer que una ley inspirada en el formalismo registral, termine retrocediendo en este aspecto, pues según el Código Civil la inscripción de la prenda con entrega jurídica era de carácter constitutiva. Por tal motivo, una lectura atenta de la LGM, específicamente de los artículos 25, 26 y 27, permite deducir que la inscripción es constitutiva. En efecto, uno de las potestades típicas de los derechos reales de garantía es la preferencia crediticia, que permite al acreedor privilegiado que cobre con anticipación respecto de los otros acreedores. En tal contexto, **el art. 25 LGM señala que la garantía mobiliaria confiere preferencia desde la inscripción, es decir, ese efecto no se produce sin el registro. Por tanto, es necesario concluir que si la inscripción confiere la preferencia, entonces el registro es constitutivo.**

El RIRMC ha realizado su propia “interpretación”, por la que establece que este registro es “declarativo” (art. 6). Además está decir que un reglamento registral es incompetente para establecer los efectos de derecho privado que producen las inscripciones; sin perjuicio, que una norma de esta jerarquía (ínfima) no se puede oponer al art. 25 LGM.

Algunos ejemplos:

Primer caso: A constituye garantía, sin inscripción, a favor de B. No hay terceros con derechos sobre el bien. A no puede ejecutar el derecho real de garantía, pues la inscripción es constitutiva. Es la misma situación que se presenta en el caso de la hipoteca, pues la ausencia de inscripción hace que no se cuente con derecho real, lo que impide la ejecución de una garantía real inexistente.

Segundo caso: A constituye garantía, sin inscripción, a favor de B. Luego, A constituye otra garantía sin inscripción, a favor de C. Ningún crédito tiene preferencia (art. 25 LGM).

Tercer caso: A constituye garantía, sin inscripción, a favor de B. Luego, A constituye otra garantía con inscripción en el RMC o RJB, a favor de C. La preferencia la tiene C por efecto del registro (art. 17, 25 LGM).

Cuarto caso: A constituye garantía, sin inscripción, a favor de B. Luego, A transfiere el bien mueble a C, con tradición. El comprador C adquiere el bien sin gravamen, pues la garantía no está inscrita (art. 25 LGM).

Quinto caso: A constituye garantía, sin inscripción, a favor de B. Luego A transfiere el bien mueble a C, con tradición; quien a su vez lo transfiere a D, con tradición. La propiedad, sin gravámenes, le corresponde a D, pues la garantía sin inscripción no otorga preferencia (art. 25).

Sexto caso: A constituye garantía, sin inscripción, a favor de B. Luego, A transfiere el bien mueble a C, con tradición e inscripción en el RJB. El adquirente C lo hace sin gravámenes, pues la garantía no existe (art. 17, 25 LGM).

Séptimo caso: A constituye garantía, con inscripción en el RMC o RJB, a favor de B. Luego, A constituye garantía, con o sin inscripción, a C. La preferencia la tiene B (arts. 17, 25 LGM).

Octavo caso: A constituye garantía, con inscripción en el RMC, a favor de B. Luego, A transfiere el mueble a C, con tradición. El adquirente C sufre el gravamen, salvo que la adquisición se hubiese efectuado en local abierto al público y amparado en comprobante (art. 13, 2º párrafo, LGM).

Noveno caso: A constituye garantía, con inscripción en el RJB, a favor de B. Luego, A transfiere el mueble a C, con tradición. El adquirente C sufre el gravamen (art. 13, 1º párrafo, LGM).

Décimo caso: A constituye garantía, con inscripción en el RMC, a favor de B. Luego, A transfiere el mueble a C, con tradición; y, seguidamente, se hace lo propio a D. El último adquirente D sufre el gravamen, salvo que la adquisición se hubiese efectuado en local abierto al público y amparado en comprobante (art. 13, 2º párrafo, LGM).

Undécimo caso: A constituye garantía, con inscripción en el RJB, a favor de B. Luego, A transfiere el mueble a C, con tradición; y, seguidamente, se hace lo propio a D. El último adquirente D sufre el gravamen (art. 13, 1º párrafo, LGM).

Duodécimo caso: A constituye hipoteca sobre bien inmueble y accesorios a favor de B, lo que se inscribe. Luego, A constituye garantía mobiliaria sobre uno de los accesorios a favor de C, lo que se inscribe. No existen normas sobre el particular, sin embargo, por lógica debe concluirse que la preferencia la tiene la hipoteca por su inscripción más antigua, la que comprende los accesorios.

Décimo tercer caso: A constituye garantía mobiliaria a favor de B, lo que se inscribe. Luego, A constituye hipoteca con accesorios a favor de C, lo que se inscribe. El mueble es uno de los accesorios hipotecados. No existen normas sobre el particular, sin embargo, con la misma lógica debe concluirse que la preferencia la tiene la garantía mobiliaria por su inscripción más antigua, por lo que la hipoteca sobre tal accesorio pasa a ocupar el segundo rango.

17. ADQUISICIÓN A “NON DOMINO” DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

En la inmensa mayoría de los casos propuestos se entiende que el constituyente de la garantía es el propietario, o logra serlo en forma sobrevenida. Sin embargo, queda en la duda la hipótesis del constituyente que no es propietario.

La regla general, cómo no podía ser de otra forma, es que el propietario no se afecta por la garantía otorgada por tercero. Esta es una aplicación estricta del respeto por la autonomía privada y la propiedad de los particulares, consagrada en el antiguo adagio *Nemo Plus Iuris* (Nadie puede transmitir más derecho del que tiene). Así consta en el art. 24, 1º párrafo LGM.

Sin embargo, existen algunas excepciones que protegen la apariencia de quien cuenta con un título de propiedad inscrito o es poseedor legítimo (art. 24, 2º párrafo LGM).

El primer caso solo es aplicable a los RJB, en los que el constituyente aparece como propietario del bien mueble, por lo que se trata de un supuesto concreto y específico del principio de fe pública registral (art. 2014 CC), por lo que deberán cumplirse los requisitos de esta norma excepcional de tutela: tercero de buena fe, título oneroso, garantía otorgada por quien aparece en el registro con facultades para otorgarla, inscripción de la garantía en el RJB, y que no consten causales de contradicción en el registro. Sin embargo, no hay protección en el caso de falsificaciones o nulidades por falta de voluntad del propietario original, quien por su

condición de víctima que no genera la apariencia, no puede ser perjudicado. Esta es la interpretación constitucional por la que se considera que la propiedad otorga una garantía de indemnidad.

El segundo caso es aplicable en el RMC, y solo opera para el “poseedor legítimo”, esto es, para el constituyente de la garantía que cuenta con un título fehaciente de propiedad sobre el bien (“legítimo”) y con la posesión. El adquirente de la garantía está relacionado con el art. 948 CC, de adquisición a *non domino* de bienes muebles. **Sin embargo, la LGM es notoriamente más restrictiva que el Código Civil, pues exige la “posesión legítima” del constituyente, por lo que la protección se circunscribe a hipótesis concretas, en las que el sujeto que otorga la garantía, tiene a su favor una apariencia muy fuerte de propiedad basada en un título (heredero aparente, propietario supuesto cuyo título fue anulado).** No le basta contar con la posesión aun cuando tenga un título legítimo de arrendamiento o comodato, pues, en tal caso, no es “poseedor legítimo” que esté formalmente autorizado a disponer del derecho.

18. LÍMITES A LA EFICACIA REGISTRAL EN LOS BIENES MUEBLES

Es común leer opiniones por las que el registro soluciona todos los males del tráfico económico. Esta afirmación, demagógica, no es cierta en los bienes inmuebles; y menos aún lo es en los muebles, por su natural fungibilidad y facilidad de ocultación. Seguidamente pasaremos a explicar algunos de los graves problemas que se presentan cuando se observa un criterio dogmático, sin el necesario contraste con la realidad.

Primer Caso: Un deudor requiere financiamiento y constituye garantía sobre sus propios créditos (por ejemplo: facturas por cobrar). Según el sistema anterior, esa garantía se perfeccionaba con la notificación dirigida al deudor cedido, con el fin de que realice el pago al nuevo acreedor o cesionario. En el nuevo sistema, por el contrario, la garantía sobre créditos requiere del registro para su plena oponibilidad, y **ya no de la notificación al deudor cedido.** El art. 27 LGM establece, incluso, que la preferencia la tiene el registro sobre la notificación; en consecuencia, **puede ocurrir que el deudor cedido no tome conocimiento que su acreedor cedió el crédito en garantía, sin embargo, se vea obligado al doble pago.** Alguien dirá que en el tráfico patrimonial es necesaria la diligencia, pero, ¿a qué costo? ¿será posible exigir que cada deudor verifique el registro con el objetivo de descartar que el acreedor haya constituido una garantía sobre ese crédito?

Por ejemplo, si yo tengo una factura de una Compañía minera por US \$ 100,000 o 200,000, será muy fácil cobrar el crédito, y luego un nuevo acreedor podría aparecer con una “garantía inscrita” sobre el mismo

crédito; en tal caso, la Compañía minera debería realizar un segundo pago, pues “*no respetó la garantía que es oponible por efecto del registro*”. El fraude está incentivado por la ley. ¿A alguien puede ocurrírsele que un crédito se convierta en garantía sin que el deudor conozca en forma indubitable la situación?, ¿es admisible que el registro sea preferido a la notificación?, ¿es posible construir un sistema patrimonial en donde los millones de pagos diarios deban consultarse al registro con el fin de evitar que ese crédito “*se haya otorgado en garantía*”?

La LGM, en su afán dogmático de privilegiar el registro, ha generado un sistema cuestionable cuando se trata de créditos individuales. Aquí, la debilidad de la preferencia registral salta a la vista, pues, en este caso, **el único obligado es el deudor**; por tanto, la única oponibilidad exigible debe dirigirse contra este. Siendo así, la notificación juega un rol relevante para informar directamente al deudor respecto de la nueva situación. El Registro, en cambio, resulta un requisito superfluo, y especialmente peligroso, por cuanto no existen “terceros interesados” en el crédito; pues, el único interesado es el deudor. Si ello es así, ¿para qué inscribir la garantía sobre el crédito en un registro público, cuando al único sujeto afectado es el deudor? Si el crédito es un derecho relativo, que vincula exclusivamente al obligado, entonces se comprenderá que el registro no cumple función alguna de utilidad, y más bien se constituye en el mecanismo perfecto para realizar maquinaciones dolosas.

Distinta hipótesis se produce con los créditos cedidos en masa (“garantía de flujos de caja de una empresa, de todos sus créditos en global”), pues en tal particular situación el acreedor necesita un mecanismo general para obtener prelación frente a los otros acreedores comunes. Esta es una buena prueba que no puede dictarse una ley pensada para todos los créditos mobiliarios y para regular con las mismas normas todos los bienes.

Segundo Caso: El art. 4-6 LGM señala que se puede dar en garantía mobiliaria el saldo de cuentas bancarias, depósitos bancarios, cuentas de ahorro o certificados de depósito a plazo en Bancos u otras entidades financieras. Por tanto, los cientos de miles de cuentas que administran los Bancos de sus clientes son susceptibles de otorgarse en **garantía específica**, o, incluso, a través de una **garantía genérica**, que grava todos los bienes futuros y presentes del deudor (como lo permite el art. 4 LGM).

Pues bien, como la garantía se constituye con el registro, y no con la notificación del deudor cedido, entonces el saldo de la cuenta bancaria se encontrará sujeto a la garantía mobiliaria, y el Banco deberá retener los fondos a favor del acreedor, o realizar el pago directamente a favor de éste. Si no lo hace, el Banco quedaría expuesto al doble pago. ¿Será posible que

los Bancos puedan verificar a cada momento la existencia de garantías mobiliarias de todos sus clientes?

Tercer Caso: También son susceptibles de otorgarse en garantía las pólizas de seguro (art. 4-13 LGM), lo que implica, en realidad, que el aseguramiento recae sobre el crédito (eventual) que deba pagar la Compañía de Seguros en el caso que se produzca el siniestro. Esta garantía sobre créditos tiene el mismo inconveniente ya denunciado, que consiste en la oponibilidad registral exorbitante (arts. 17, 27 LGM), lo que, en la práctica, exigiría que las Compañías, antes de pagar una indemnización, deban verificar la posible inscripción de la garantía. Por lo demás, ya hemos dicho que el registro no se justifica en estos casos, pues dicha institución está pensada para un universo de terceros que pueden estar interesados en las titularidades, sin embargo, en el caso de los créditos, el único interesado es el deudor cedido.

Ahora bien, **un lector prevenido podrá advertir que en el momento de constituirse un crédito, se puede prohibir la cesión**, incluso en garantía (*pactum de non cedendo*), con lo cual se eliminan de raíz los riesgos de inseguridad en el caso de los saldos de cuentas bancarias, pólizas de seguros y demás créditos (art. 27 *in fine* LGM). Sin embargo, esta solución tiene el inconveniente de recurrir al pacto privado para salvar una reforma legal cuestionable. Las normas legales en el ámbito de la contratación tienen como finalidad descartar los negocios y cláusulas injustificadas, y especialmente regular en forma RACIONAL las omisiones o deficiencias de las partes. Pues bien, aquí, por el contrario, serán los particulares quienes deberán salvar los defectos de la ley, a través del pacto privado. Por otro lado, si la intención de la ley es fomentar el acceso al crédito, y que los deudores puedan contar con toda una gama de activos susceptibles de pignoración, entonces el esquema legal resulta contradictorio, pues crea una insegura garantía sobre créditos.

Cuarto Caso: Las acciones de sociedad anónima son objeto de garantía mobiliaria (art. 4-8 LGM), por lo que la afectación puede inscribirse en el registro. La ley, además, ha derogado todas las normas referidas a la prenda sobre acciones (sexta disposición final LGM)¹⁵. Esta situación implica que

¹⁵ Se ha propuesto que la norma derogatoria se refiere a las “disposiciones legales y reglamentarias referentes a la prenda de acciones (...) que se opongan a la presente ley”: CASTELLARES, Rolando. “Garantía mobiliaria sobre títulos valores y sobre valores con anotaciones en cuenta”. En: VVAA. *Estudios sobre la nueva ley de garantía mobiliaria*, Arco Legal Editores, Lima 2006, pp. 29.

Sin embargo, esta opinión olvida que la norma tiene dos disposiciones: la primera, de derogación expresa, entre la que se incluye la referencia a la prenda de acciones, obviamente regulada en la LGS y LTV; y, la segunda, de derogación tácita, por la que se expulsan las normas que sean incompatibles con la LGM. Por

la plena oponibilidad de esta garantía necesita de la inscripción en un registro PÚBLICO, lo que contraviene la naturaleza reservada de las acciones de sociedad anónima. En tal sentido, también habría de suponer que esta inscripción es necesaria, incluso, en el caso de las acciones de sociedades cotizadas en Bolsa, por cuanto “*han quedado derogadas las normas sobre prenda de acciones*”. Esta situación puede prestarse a múltiples fraudes, pues el registro público no controla la titularidad de las acciones, por lo que cualquier persona sin derecho podría inscribir la garantía. En la práctica, el acreedor deberá exigir una certificación de la sociedad emisora, salvo que se trate de acciones representadas por anotaciones en cuenta, con lo cual se regresa al sistema anterior que necesita la intervención de la propia sociedad a través del libro matrícula de acciones. Una vez más se advierte que la inscripción en un registro público no es la mejor opción de oponibilidad en una serie de bienes muebles, incluyendo el supuesto de las acciones, por cuanto en este caso es preferible una certificación de la sociedad emisora.

Quinto Caso: El art. 18 LGM señala que la garantía mobiliaria sobre títulos valores se constituye de acuerdo con la ley de la materia, lo que obviamente implica reconocer la necesidad de una afectación meramente posesoria, y no registral. Sin embargo, el RIRMC ha aprobado formatos de constitución de garantía en los que se incluyen los títulos valores, lo que, sin duda, contraviene la ley. Por tanto, y al margen de lo que diga un reglamento registral, la garantía sobre títulos valores se rige por la ley de la materia y, subsidiariamente, por la LGM.

Sexto Caso: La garantía sobre dinero no está indicada en la lista del art. 4, pero sí se le menciona en el art. 47 *in fine* de la ley. Una vez más, aquí será exigible la inscripción registral, aun cuando el dinero, objeto de la garantía, se encuentre en posesión del acreedor. Los inconvenientes de esta solución son notorios. En primer lugar, no existe mejor aseguramiento de una obligación, que contar con la posesión de un bien ultrafungible, como es el dinero. No obstante ello, ahora la situación será diferente, pues se necesitarán trámites, gastos e inscripción registral.

Séptimo caso: La propia ley reconoce la fortaleza de la posesión en los warrants o títulos valores que representan bienes depositados en almacenes generales, que son dados en garantía. El warrant está excluido de la LGM, pero en caso de conflicto cuando un mismo bien mueble es afectado en garantía y, adicionalmente, es objeto de warrant, entonces la preferencia la

tanto, las reglas sobre prendas de acciones han quedado abrogadas y se rigen por la nueva ley. Se trata de una derogación expresa, por mención del objeto derogado, y no tácita, como pretende el autor citado.

obtiene este último, aun cuando la emisión del título sea posterior a la inscripción (Segunda Disposición Transitoria, LGM). La opinión de algún autor sobre el error de esta solución no puede compartirse. En efecto, se dice que la primacía del warrant podría originar que, incluso, la garantía de un vehículo inscrito en el RJB sea pospuesta por el título valor de la garantía¹⁶. La atingencia no es correcta, pues el art. 228.2 de la ley de títulos valores señala que no se puede emitir warrant sobre bienes sujetos a un registro público. En consecuencia, la preferencia del warrant solo aplica respecto de los bienes cuya garantía consta en el RMC, pero no sobre muebles del RJB, pues con relación a estos ni siquiera cabe la emisión del título valor.

19. EL RMC NO SE CIRCUNSCRIBE A LA GARANTÍA MOBILIARIA

El art. 32.3 LGM permite la inscripción de una serie de actos sobre bienes muebles, distintos de la garantía mobiliaria, tales como: cesión de derechos, fideicomisos, arrendamiento, arrendamiento financiero, medidas cautelares, contratos preparatorios, etc. Examinemos algunos de ellos.

En el caso de la cesión de créditos individuales se demostró que un sistema de publicidad registral no es justificado, si lo comparamos con el simple requisito de la notificación del deudor cedido. La razón es sencilla: ¡no puede exigirse que cada pago implique “la verificación en el RMC” de una eventual cesión del crédito! Sobre el punto, no vale la pena extenderse.

Por otro lado, ¿qué pasa con el arrendamiento de muebles? Bien podría pensarse que la inscripción permitirá que el arrendatario quede protegido en el caso de producirse una transferencia a tercero (art. 1708 CC); empero, pongámonos a pensar en los **gravísimos inconvenientes** que se generan con esta norma, pues ahora todo adquirente de un bien mueble “*deberá consultar en el RMC para descartar la inscripción de un contrato de arrendamiento*”. Por tanto, el comprador de una computadora, de una máquina o de un libro deberá ir primero al RMC, pues en caso contrario puede darse con la desagradable sorpresa que ese mismo bien ya estaba arrendado ¡y por diez años! ¿De algo le valdrá al “propietario” una computadora sobre la que carece de uso por el plazo del arrendamiento? Lo mismo ocurre con el arrendamiento financiero, con el agravante de que este contrato ya es inscribible en la partida registral de la sociedad arrendataria, y, sin embargo, en la práctica no se han presentado inscripciones de ese tipo, lo cual demuestra que se trata de una inscripción superflua o inútil.

¹⁶ CASTELLARES, Rolando. “Garantía mobiliaria sobre títulos valores y sobre valores con anotaciones en cuenta”. En: VVAA. Estudios sobre la nueva ley de garantía mobiliaria, Arco Legal Editores, Lima 2006, pp. 22-23.

Así lo dice la experiencia de cerca de treinta años de vigencia del Dec. Leg. 299, que regula en nuestro país el contrato de arrendamiento financiero.

Sin embargo, el caso más perjudicial se presenta con las medidas cautelares sobre bienes muebles. Hasta ahora solo bastó la afectación del bien a través de un secuestro (con desposesión) o de un embargo. Lamentablemente, la LGM exigirá un requisito adicional: la inscripción, sin que esta se justifique bajo ningún punto de vista. En efecto, si el acreedor ya cuenta con la posesión del bien, entonces la inscripción es un simple formalismo sin utilidad (pero costoso); en cambio, si el acreedor no cuenta con la posesión, pero sí con la inscripción, su situación jurídica no ha mejorado en lo absoluto, pues a falta del bien, le resulta imposible ejecutarlo o venderlo. La inscripción, en cualquiera de las dos hipótesis, deviene en superflua. Empero, el requisito debería cumplirse, pues, en caso contrario, el acreedor embargante podría ser fácilmente burlado. Por ejemplo: se embarga (o se secuestra) un determinado bien mueble, pero el acreedor omite la inscripción; en tal caso, existe la posibilidad de que se constituya garantía sobre ese mismo bien y se inscriba, con lo que el acreedor inscrito tendrá preferencia (art. 17 LGM) sobre el acreedor embargante con posesión. Los deudores maliciosos tendrán ahora una nueva alternativa para eludir el cumplimiento de su obligación. Para evitar ese riesgo, todos los acreedores embargantes deberán inscribir la afectación judicial en el RMC, aun cuando de lo que se trate no pase de ser un televisor y un par de sillas. El resultado es que, en lugar de tutelar en forma más efectiva el crédito y simplificar los trámites de la ejecución judicial, ahora estos serán más complicados y onerosos.

20. CALIFICACIÓN REGISTRAL

Una de las mayores trabas del tráfico patrimonial es la calificación de minucias que realizan los registradores, o peor aún, cuando estos ingresan en zonas sobre las que está vedado el examen registral. El resultado es la denegatoria (injustificada), o, por lo menos, la demora, de la inscripción. En tal sentido, la LGM parece contar, entre sus ventajas, con la instauración de un sistema de calificación restringido o atenuado (art. 36).

Sin embargo, esta perspectiva es también errónea, pues la calificación registral **siempre es limitada**, por cuanto se trata de un examen estrictamente técnico-jurídico referente al cumplimiento de algunos requisitos impuestos por ley. En puridad, se trata de un juicio negativo (verificación de faltas puntuales que hacen no-inscribible el título), antes que de un juicio positivo (sobre la legalidad o validez absoluta del título)¹⁷.

¹⁷ Por eso, este principio registral debe llamarse de CALIFICACIÓN (art. 2011 CC), y no de “legalidad”, pues esto último ha llevado a la errónea conclusión de que el registrador “*puede calificar toda la legalidad del título*”.

La naturaleza limitada de la calificación viene impuesta por dos motivos: Primero, se basa en documento fehaciente, que en principio es el único fundamento de la inscripción; Segundo, el registrador actúa en un procedimiento en el que solamente verifica un documento, sin actuación libre de pruebas, sin valoración de la prueba, sin citación de otra parte, sin audiencia ni contradictorio, sin declaraciones ni testigos, sin analizar intenciones, buena fe o subjetividades. Por tanto, la calificación, por los propios presupuestos técnicos que la sustentan, es restringida.

Por tanto, el art. 36 no innova nada, y se limita a repetir los estrechos alcances de la calificación que ya están fijados en el art. 2011 CC. Otra cosa es que exista una costumbre muy difundida de excesos en la calificación registral, pero esa “costumbre” se elimina con capacitación e información a los operadores del sistema, y no con modificaciones legislativas. En suma, el examen del registrador es limitado por su propia naturaleza, y no por el art. 36 LGM, que, en buena cuenta, reitera el art. 2011 CC. Por lo demás, el citado art. 36 ha llevado a sostener que existen dos “modalidades” de calificación registral: una “amplia” y otra “atenuada”, lo que constituye un nuevo error por los fundamentos antes citados.

El RIRMC aumenta el caos, pues señala que la “calificación atenuada” se produce cuando la solicitud se basa en el formulario de inscripción; pero es “calificación plena” cuando se refiera a instrumentos distintos al formulario, o se trate de resoluciones judiciales o administrativas (arts. 44 a 46). Sobre el particular, en primer lugar, debemos reiterar que no existe una y otra calificación, pues el examen del registrador siempre está restringido al instrumento que se presenta al registro. En segundo lugar, una sentencia judicial, que genera cosa juzgada y vincula al registro, ¿cómo puede ser objeto de calificación plena? ¿el registrador puede calificar realmente la sentencia? La respuesta es obviamente negativa. En tercer lugar, un formulario, sobre el que se llena los espacios en blanco, ¿tiene más eficacia probatoria que una sentencia en un proceso contencioso? Pareciera que sí, pues uno casi no se califica; mientras el otro debe ser escudriñado y escrutado desde todos los ángulos.

Por otro lado, llama la atención la distinción que se realiza entre el “*acto inscribible*” (formulario de inscripción) y el “*acto constitutivo de la garantía*” (negocio jurídico creador de la garantía), con lo que se pretende crear una disociación entre el documento que llega al registro, un formulario, y el acto jurídico que lo sustenta (art. 36, 2º párrafo, LGM). Sin embargo, como el formulario no ha operado en la práctica, entonces resulta inscribible en forma directa el acto jurídico a través del instrumento notarial.

Otra norma peligrosa es el art. 40 LGM, que ha pretendido, sin éxito, privilegiar la inscripción frente al título archivado. En realidad, el registro es un reflejo de la realidad jurídica, no es una “verdad” distinta. Por tanto, el privilegio solo lo puede tener el acto o negocio, y no la sombra de estos. Por tanto, el art. 40 deberá entenderse de la siguiente manera: “si existiese discrepancia entre el acto jurídico inscribible (pues, una parte de él, no se inscribió) y la información en el asiento electrónico, prevalecerá frente a terceros la información contenida en este último”.

¿Cuál sería un ejemplo de la interpretación propuesta? Una garantía mobiliaria se disocia en dos instrumentos, el de otorgamiento y otro de aclaración. Se inscribe el primero, pero no el segundo; entonces, la discrepancia del acto jurídico inscribible (la ley no dice “acto inscrito”) y la inscripción, obviamente no perjudica a tercero.

21. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA

Un problema real e innegable es la demora de los procesos judiciales, y la consiguiente insatisfacción que este hecho produce en el sistema crediticio. Empero, esa circunstancia no es responsabilidad del Código Civil, y en su momento deberá ser corregida, en forma integral, con la **reforma del proceso civil**.

En tal sentido, la LGM tampoco constituye un remedio de los males del servicio de justicia, pues resulta improbable que sus innovaciones sean eficaces:

Primero, se establece la “*toma de posesión*” por propia autoridad del acreedor (art. 51), lo cual obviamente ocurrirá en los contados casos en los que exista voluntariedad del deudor a favor de esa entrega, pero que normalmente no se producirá cuando exista oposición; en todo caso, si hay voluntad del deudor para entregar el bien, entonces la norma es simplemente innecesaria.

Segundo, se establece un procedimiento de incautación del bien (art. 52), pero ¿y qué pasa con el proceso principal que puede demorarse años? En ese tema, nada se ha avanzado.

Tercero, se introduce la posibilidad de estipular el pacto comisorio, pero se olvida que esta es una atribución de propiedad por ACTO PRIVADO DEL ACREEDOR (art. 53), y que siempre es susceptible de impugnación judicial, en tanto no exista cosa juzgada. Por tal razón, lo más probable es que el ámbito de controversia judicial se traslade de la ejecución de la garantía, a la validez de la atribución de dominio, con lo cual el conflicto se mantiene, y solo se cambia de pretensión. El problema se agrava si tenemos

en cuenta que el deudor renuente ocultará el bien y éste no podrá ser entregado al acreedor o nuevo propietario en virtud del pacto comisorio. En suma, la LGM no propone ninguna medida que realmente implique la aceleración y simplificación del proceso judicial.

Cuarto: se ratifica la posibilidad de la venta extrajudicial del bien mueble con el fin de hacer efectiva la ejecución. El art. 47 establece un procedimiento extrajudicial supletorio, pues finalmente las partes pueden pactar la forma de ejecución, pero respetando las reglas de los incisos 2) y 4) del art. 47. Llama la atención, sin embargo, que la ejecución judicial sea “excepcional y requiera de pacto”. Demás está decir que la norma no puede interpretarse en forma literal, pues el acceso a la justicia es un derecho fundamental que no puede ser “objeto de pacto” como pretende la ley.