

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



REGULACIÓN UNIFORME DEL PACTO COMISORIO EN LAS
GARANTÍAS EN GENERAL

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO

AUTOR

JUAN STEFFANO NESTOR OMAR URTEAGA BARBARAN

ASESOR

DORA MARÍA OJEDA ARRIARAN

<https://orcid.org/0000-0002-7938-0776>

Chiclayo, 2021

REGULACIÓN UNIFORME DEL PACTO COMISORIO EN LAS GARANTÍAS EN GENERAL

PRESENTADA POR:

JUAN STEFFANO NESTOR OMAR URTEAGA BARBARAN

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Víctor Javier Sánchez Seclén
PRESIDENTE

Ana María Margarita Llanos Baltodano
SECRETARIO

Dora María Ojeda Arriaran
VOCAL

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de investigación a Dios y a mi querida madre Tommy Barbaran, por darme su tiempo, su apoyo y su amor incondicional cada día, anteponiéndolo siempre, pese a no coincidir con los objetivos que elijo. Te amo mamá.

AGRADECIMIENTO

De manera especial agradezco a todos mis amigos y asesores, Javier Espinoza, Kathy Alvarado, Manuel Mallqui, Alfredo Santa Cruz, Dorita Ojeda y Betty Anaya por haberme guiado, no solo en la elaboración de este trabajo de titulación, sino a lo largo de mi carrera universitaria. Asimismo, y a mi mejor amiga la Abogada Nadia Bazán, por sus buenos ánimos y ayuda incondicional.

RESUMEN

La presente investigación busca verificar la necesidad de la existencia de una regulación uniforme sobre el Pacto Comisorio en las Garantías, ya que no existen razones suficientes que justifiquen un trato diferenciado entre lo prescrito por el Código Civil y la Ley de Garantía Mobiliaria. A lo largo de la investigación se dilucida la necesidad de una regulación uniforme del Pacto Comisorio en las Garantías en general, mediante la verificación de la posibilidad de admisión de dicho pacto por parte del Código Civil en la Hipoteca. De modo que analizaremos los fundamentos: de la prohibición del Pacto Comisorio en la Hipoteca, así como de su admisión en la Ley de Garantía Mobiliaria; con la finalidad de exponer la falta de uniformidad respecto del Pacto Comisorio en las Garantías. Con lo cual determinaremos si alguno de estos fundamentos debe primar sobre el otro, con la finalidad de dilucidar si existen razones que justifiquen un trato diferenciado entre la Hipoteca y la Ley de Garantía Mobiliaria respecto del Pacto Comisorio.

Palabras clave: Pacto Comisorio, Hipoteca, Garantía Mobiliaria, Pacto Marciano.

ABSTRACT

The present investigation seeks to verify the need for the existence of a uniform regulation on the Commissary Agreement on Guarantees, since there are not enough reasons to justify a differentiated treatment between what is prescribed by the Civil Code and the Law of Secured Transactions. Throughout the investigation, the need for a uniform regulation of the Commissary Pact on Guarantees in general is elucidated, by verifying the possibility of admission of said pact by the Civil Code on Mortgages. So we will analyze the fundamentals: of the prohibition of the Mortgage Commissioner Agreement, as well as its admission in the Securities Law; in order to expose the lack of uniformity with respect to the Commissary Agreement on Guarantees. With which we will determine whether any of these grounds should prevail over the other, in order to determine if there are reasons that justify a differentiated treatment between the Mortgage and the Securities Law with respect to the Commissary Agreement.

Keywords: Commissioner Pact, Mortgage, Security, Marciano Pact.

ÍNDICE

RESUMEN	V
ABSTRACT	VI
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I: REITERACIÓN DE LA TRADICIÓN ROMANA EN EL CÓDIGO CIVIL	11
1.1. Las Garantías Reales en la Cultura Romana.....	11
1.1.1. La fiducia	13
1.1.2. La Prenda o <i>Pignus Datum</i>	14
1.1.3. La Hypotheca o <i>Pignus Conventum</i>	16
1.2. Los Mecanismos de Ejecución de la Garantía Romana	19
1.2.1. El Pacto de <i>Anthichresis</i>	20
1.2.2. El Pacto de Vendendo.....	20
1.2.3. La <i>Lex Commissoria</i>	21
1.3. Prohibición de la <i>Lex Commissoria</i>	22
1.4. Complementando el Fundamento tradicionalista.....	25
CAPÍTULO II: SOBRE EL PACTO COMISORIO EN LAS GARANTÍAS PERUANAS	26
2.1. Las Garantías Reales Peruanas.....	26
2.1.1. La anticresis.....	27
2.1.2. La Garantía Mobiliaria.....	28
2.1.3. La Hipoteca	29
2.2. La Prohibición del Pacto Comisorio en el Código Civil	30
2.3. La Admisión del Pacto Comisorio en la Ley de Garantías Mobiliarias 	34
2.4. La Falta de uniformidad en la Legislación Peruana respecto al Pacto	38
2.5.. Análisis de los fundamentos de prohibición del pacto comisorio	39
2.6. Asimismo, en lo que refiere a los fundamentos de su prohibición, Sayagués Areco. Distingue los siguientes argumentos	42
2.7. Criterios para la regulación uniforme del pacto comisorio en la garantía en general.....	43
2.8. El pacto comisorio en la Garantía Mobiliaria según el Real Decreto Ley 5/2005	44
2.9. La ley comisionaría en los contratos de garantía	45
2.10. Título de crédito Negociable	46

CAPÍTULO III: ADMISIÓN DEL PACTO COMISORIO EN LA HIPOTECA	48
3.1. La obsolescencia del Principio favor debitoris y el Equilibrio Contractual	48
3.1.1. El Principio favor debitoris	48
3.1.2. La Manifestación de la Voluntad	51
3.1.3. El Equilibrio Contractual	58
3.2. Sistema De Ejecución De Garantías peruanas	61
3.2.1. Proceso de cobranza bancaria	61
3.2.2. Proceso de vía extra judicial en materia de garantía hipotecaria .	61
3.2.3. Proceso de ejecución judicial de la garantía hipotecaria (PEJGH)	64
3.2.4. Constitución y Registro de las Garantías Mobiliarias	68
3.3. Pacto Marciano	73
3.3.1. Definición del pacto marciano	74
3.4. Regulación del pacto Comisorio y Marciano en el Perú: el código civil y la Ley de garantía mobiliaria	75
3.5. Sistema de ejecución de garantías en el Perú y su eficiencia	76
CONCLUSIONES	80
RECOMENDACIONES	81
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

INTRODUCCIÓN

El Estado Peruano prohibía el Pacto Comisorio como instrumento de ejecución de garantías sobre bienes afectados, hasta la entrada en vigencia de la Ley de Garantía Mobiliaria. Con ello se dio el primer paso a la admisión del pacto comisorio como instrumento de ejecución en las obligaciones que impliquen afectar a los bienes muebles con una o más garantías, con la finalidad de dar mayor celeridad a los procesos de ejecución de garantías.

Actualmente la prohibición del Pacto Comisorio sigue rigiendo solo para las ejecuciones de los bienes inmuebles afectados, no obstante, como se afirma en la Exposición de motivos del código civil de 1984, dicha limitante deviene según Bigio (1998) de: La prohibición del pacto comisorio en el código civil; la cual no hace más que reiterar una tradición jurídica que viene siendo dada desde la época del Antiguo Imperio Romano, cuyo propósito era brindar una protección especial al deudor. Dentro del mismo grupo de ideas Angulo, siguiendo a Peltzman manifiesta que, dicha prohibición busca amparar esencialmente el principio favor debitoris y la prevención del abuso del derecho.

Respecto de lo anteriormente mencionado, es notoria la falta de uniformidad que existe entre lo Regulado por el Código Civil de 1984 y la Ley de Garantía Mobiliaria (Decreto Legislativo 1400), respecto de la admisión o prohibición del Pacto Comisorio dentro del ámbito de las Garantías en general; en vista a ello, nos hacemos a la interrogante “¿Es necesaria una regulación uniforme del Pacto Comisorio respecto de las Garantías en general?”, de modo que para dar respuesta a dicha pregunta, haremos uso de una detallada y exhaustiva investigación cualitativa, mediante la revisión de artículos, libros, tesis, entre distintos medios informativos que puedan saciar la presente investigación jurídico científica.

En cuanto a la Hipótesis considero, que es necesario tener una regulación uniforme sobre el Pacto Comisorio en las Garantías, ya que no existen razones jurídicas suficientes que justifiquen un trato diferenciado, para lo cual viene siendo necesaria la derogación de lo regulado por parte de la Ley de Garantía Mobiliaria respecto de

la admisión de dicho pacto en su normativa, o con la admisión de la misma en la Hipoteca.

Por consiguiente, con la presente investigación buscamos Determinar la necesidad de una regulación uniforme del Pacto Comisorio en las Garantías en general, mediante la derogación de la admisión de dicho pacto por parte de la Ley de Garantía Mobiliaria, o la admisión del mismo en la Hipoteca.

Acto seguido, analizaremos los fundamentos: de la prohibición del Pacto Comisorio en la Hipoteca, así como de su admisión en la Ley de Garantía Mobiliaria; con la finalidad de exponer la falta de uniformidad respecto del Pacto Comisorio en las Garantías.

De la misma forma, determinaremos si alguno de estos fundamentos debe primar sobre el otro, con la finalidad de dilucidar si existen razones que justifiquen un trato diferenciado entre la Hipoteca y la Ley de Garantía Mobiliaria respecto del Pacto Comisorio.

Resumiendo, la presente investigación tiene como justificación, salvaguardar la institución de las garantías en el ordenamiento jurídico peruano evitando una contradicción y a su vez dilucidar si debiera estar permitido o prohibido el pacto comisorio de las garantías en general; de modo que podamos conseguir un trato uniforme entre ambas normas respecto de dicho pacto.

CAPÍTULO I: REITERACIÓN DE LA TRADICIÓN ROMANA EN EL CÓDIGO CIVIL

El Estado Peruano prohibía el Pacto Comisorio o también conocido como Adjudicación directa del Bien Garantizado, como instrumento de ejecución de garantías, hasta la entrada en vigencia de la Ley de Garantía Mobiliaria, la cual lo incluyó en su artículo 53° con la finalidad de dar mayor celeridad a las ejecuciones de garantías sobre bienes muebles.

Actualmente la prohibición del Pacto Comisorio sigue rigiendo, sólo para las ejecuciones de los bienes inmuebles afectados con gravamen o mejor dicho para las “Hipotecas”; no obstante, como se afirma en la Exposición de motivos oficial del Código Civil de 1984, perteneciente al Dr. Bigio (1998): La prohibición del pacto comisorio en el Código Civil no hace más que reiterar una tradición jurídica que viene siendo dada desde Roma, cuyo propósito era brindar una protección especial al deudor, o también conocido como Principio “*favor debitoris*”.

Lo cual podría considerarse a simple vista como un fundamento aceptable, puesto que la mayoría de instituciones y figuras jurídicas que tenemos a la actualidad son las mismas que en la Tradición Jurídica Romana se ostentaban.

Al respecto consideramos que, en dicha Exposición de Motivos, debieran estar acompañando los fundamentos jurídicos por los cuales los emperadores Romanos prohibieron dicho pacto; es por ello que hemos creído conveniente exponer y complementar aquel fundamento tradicionalista en base al cual el legislador optó por continuar con el mismo pensamiento romanista.

1.1.Las Garantías Reales en la Cultura Romana

Tenemos entendido que las garantías reales son mecanismos mediante los cuales se grava un bien, ya sea mueble o inmueble, con la finalidad de que la obligación que le dio origen se vea satisfecha; del mismo modo Picazo (2012) afirma que:

La idea de garantía como refuerzo de la posición del acreedor que ostenta un derecho de crédito en orden a la realización de éste, mediante la atribución de derechos accesorios, que pueden y deben, si las cosas funcionan normalmente, traer como consecuencia el cumplimiento de la obligación y la satisfacción del interés del acreedor. (p. 357).

En base a ello, podemos comprender que las garantías reales vienen siendo un derecho del acreedor, mediante el cual asegura el cumplimiento de la obligación surgida del negocio jurídico pactado con el deudor, y de este modo ver satisfecho su interés.

La necesidad de garantizar de las obligaciones surgidas entre las partes es una figura de vital importancia para la satisfacción de los negocios jurídicos, no solo hoy sino que desde la edad antigua, ya se han ido regulando como mecanismos que aseguren la eficacia de dichos negocios.

La cultura romana, como en la gran mayoría de figuras jurídicas, ya venía regulando las garantías reales dentro de su ordenamiento jurídico, al respecto Iglesias (2002) nos menciona que para los romanos: “la propiedad sirve como medio de garantía adosado a una obligación personal”. Es por ello que al momento de surgir obligaciones entre las partes, para asegurar el cumplimiento de las mismas, los ciudadanos romanos podían hacer uso de su derecho de propiedad para garantizar que cumplirían con la obligación debida a la otra parte.

En base a ello surgen las garantías reales romanas, siendo la primera de ellas la *fiducia*, y posteriormente incorporándose al derecho pretor el *pignus* y la *hypotheca*. Al respecto cabe hacer mención que autores como Giménez (1999) y D’ors (1968), clasifican a la *fiducia* como un contrato romano de buena fe en base a su naturaleza, no necesariamente dejando de lado su carácter garantista, a diferencia de otros autores como Fernández A. y Paricio J. (1991), Rabinovich (2001), Herrera D. y Godenzi J. (2002) e Iglesias (2002); quienes la clasifican dentro de lo que venían siendo las Garantías Reales Romanas propiamente dichas.

1.1.1. La fiducia

La *fiducia*, parafraseando a Iglesias (2002), era un negocio mediante el cual el deudor enajena una cosa en favor del acreedor con fines garantistas, a dicha transacción se le une un convenio de fidelidad, *fiducia*, el cual obliga al acreedor restituir la cosa dada en garantía una vez se haya visto satisfecha la deuda; así mismo y en virtud de dicho convenio al deudor le asiste una acción personal restitutoria, la *actio fiduciae*, la cual podrá ejercer para recuperar la propiedad de la cosa dada en garantía una vez haya cumplido con la obligación surgida a raíz del negocio.

Notamos que por medio de la *fiducia*, el acreedor adquiere la propiedad de la cosa enajenada, mientras que el deudor continuaría ejerciendo la posesión de la misma. El autor hace una acotación importante al mencionar que, de transcurrir un año en posesión de la cosa el deudor la recuperaría mediante la *usureceptio ex fiducia*, para evitar dicho desenvolvimiento, los romanos optaron por que la cosa sea dejada en arrendamiento o en calidad de precario.

A la *fiducia* podía incorporársele la cláusula comisorio o *lex commissoria*, mediante la cual de no verse satisfecha la deuda el acreedor podía quedarse con la propiedad total de la cosa, cobrándose así el crédito impago. Del mismo modo, el acreedor si así lo quisiese puede vender la cosa dada en garantía sin necesidad de autorización especial bajo su propio riesgo, puesto que el deudor una vez pagadera la deuda, puede ejercitar su *actio fiduciae* para imponerle una indemnización, no obstante si el acreedor se encontrase amparado por una cláusula *pactum de vendendo*, cláusula que le permite vender la cosa al no ser saldada la deuda en un tiempo establecido, lo único que le quedaría al deudor por ejercitar sería el derecho de *superflum*, mediante el cual debe percibir la diferencia entre el valor de la deuda y el pago recibido por el acreedor al vender la cosa dada en garantía.

Podemos notar que la *fiducia* no resulta muy beneficiosa para el deudor del negocio garantizado, siendo por ello...

“sumamente gravosa: a) el deudor pierde la detención y el uso del bien, a menos que se consienta en entregárselo a título de precario o en arrendamiento; b) la cosa sirve para garantizar únicamente un

crédito, no obstante su valor superior; c) si el acreedor enajena, el deudor no tiene acción contra los terceros adquirentes; d) solo se puede utilizar por las personas que tienen el *jus commercium* y que poseen el dominio quirritario de las cosas” (Herrera y Godenzi, 2002, pág. 97).

1.1.2. La Prenda o *Pignus Datum*

Otra garantía surgida en la época romana, con la finalidad de satisfacer las obligaciones surgidas producto de negocios jurídicos entre ciudadanos romanos fue el *pignus datum* o también llamado prenda. Se trata pues, parafraseando a Giménez-Candela (1999), de un préstamo de garantía a través del cual el deudor pignorante entrega la cosa pignorada a un acreedor pignoraticio por un tiempo establecido, dentro del cual el deudor pignorante pagara la deuda que produce el surgimiento de la presente garantía. Asimismo Fernández A. y Paricio J. (1991) hacen hincapié en que:

Para que el *pignus* resulte válidamente constituido no se exige que el pignorante sea dueño civil de la cosa pignorada, pero si al menos que ésta esté *in bonis*, es decir, que sea propietario bonitario o pretorio de la misma.

Continuando con su análisis, la doctora Giménez-Candela (1999), menciona que el acreedor pignoraticio se convierte en el poseedor pretorio de la cosa pignorada, el mismo que deberá devolverla al momento de que se vea satisfecha la obligación por parte del deudor pignorante; no obstante de negarse el acreedor pignoraticio a devolverla, sin que medie alguna clausula especial, el deudor pignorante puede hacer uso de la *actio pigneraticia* con la finalidad de recuperar la posesión de la cosa.

Al respecto Giménez-Candela (1999), describe dicha garantía romana:

Pueden destacarse tres características fundamentales del *pignus*:

- i) Accesoriedad: la existencia de la prenda depende de la existencia de una deuda valida y eficaz, que la prenda garantiza.

- ii) Indivisibilidad: el *pignus* subsiste mientras no se haya pagado enteramente la prenda.
- iii) Continuidad: la prenda sigue a la cosa, independientemente de quien la retenga; quiere decirse que, mientras no se extinga la obligación, la cosa continua pignorada aunque cambie de manos.

A propósito del carácter indivisible del *pignus*, es posible parafrasear lo escrito por Rabinovich-Berkman R. (2001), quien nos comenta que de morir el acreedor pignoraticio, aquellos herederos que dejase podían accionar sobre la totalidad de la cosa pignorada; aquello, nos demuestra que debido a su carácter accesorio, indivisible y continuo, el *pignus* coacciona al deudor pignorante para que satisfaga la obligación pactada con el acreedor pignoraticio.

Por otro lado, sobre el acreedor pignoraticio, Giménez-Candela T. (1999) señala que éste “al ser poseedor pretorio de un objeto con fin de garantía, no puede, en principio, usar ni percibir los frutos que eventualmente produjera el *pignus*. Los frutos percibidos, deberán descontarse de entrada de los intereses y, si estos no bastan, del capital. En caso que excedieran se convierten en *Superfluum*”. Al ser el objeto poseído un bien gravado como garantía del cumplimiento de una obligación, el mismo no debería ser usado o explotado por el acreedor pignoraticio, ello en vista de lo que señala más adelante el mismo autor, “la responsabilidad del acreedor pignoraticio es por custodia, lo que cubre al deudor pignorante del riesgo de pérdida o deterioro de la cosa”. No obstante, es permitido para dicho acreedor, percibir los frutos que surjan del objeto con fin de garantía, bajo la misma obligación de condonar con el valor de dichos frutos los intereses, el capital, y de excederse la devolución al deudor del valor remanente.

Podemos pues caer en la cuenta, respecto de lo investigado hasta este punto, que el *pignus datum* fue una garantía real romana por la cual se pretendía dar seguridad al acreedor del negocio jurídico, que el pago de la deuda se haría efectivo, prosiguiendo con la toma en posesión de algún bien que el deudor le otorgue en posesión al momento en que se genere la obligación, el cual respondería en caso de que dicha deuda termine siendo impaga.

1.1.3. La Hypotheca o Pignus Conventum

Posteriormente en Roma, empieza a hacerse uso de una nueva figura garantista, mediante la cual se cambia el orden en que es entregada la cosa en garantía. Surge pues el *pignus conventum* o también llamado *hypotheca*, el cual “sirvió para garantizar el pago de las rentas de un arrendatario de fincas rústicas (*colonus*), que dejaba los animales y aperos de labranza (*invecta et illata*), necesarios para su trabajo, como garantía del cumplimiento de su obligación. Lo que, evidentemente, resultaba muy ventajoso para él, al poder trabajar las tierras y beneficiarse de ellas, mientras no se diera la hipótesis del cumplimiento” (Giménez-Candela, 1999, pág. 418). Respecto a dicho origen, Herrera y Godenzi (2002), nos añaden que “los orígenes de esta institución han provocado dos opiniones disidentes: una que le asigna procedencia griega, basada en el nombre griego de la institución; y otra que dice que existió antes de conocerse por ese nombre, bajo la forma de *pignus o pignus contractum*. Además, la hipoteca griega comportaba una publicidad desconocida por los romanos”. Fue pues de dicha situación que surge la Hypotheca como un mecanismo que garantizaba el cumplimiento de las obligaciones evitando la desposesión de la cosa por parte del deudor hasta que se viese acreditado el incumplimiento de la obligación, pudiendo beneficiarse de su bien durante el transcurso en que logre hacer efectivo el pago del negocio.

Con lo dicho en el párrafo precedente es que podemos adelantar que lo que diferencia al *pignus datum* de la *hypotheca*, o también llamada *pignus conventum*, viene a ser el momento en que se entrega el bien gravado al acreedor. Es por ello, que el jurista español D’ors A. define a la *hypotheca* como “la prenda sin posesión”; y asimismo agrega que aquella “es una modalidad de *pignus* en la que el desplazamiento queda diferido al momento en que la obligación garantizada puede considerarse incumplida”.

Resultaba útil por diversos aspectos que dicho desplazamiento sea efectivo únicamente al momento en que sea incumplido el pago del negocio por parte del deudor, no solo por el hecho de conservar la cosa gravada sino también en qué tipo de bienes podrían ser materia de gravamen; parafraseando a Giménez-Candela T. (1999) es gracias a la falta de desplazamiento al inicio de la constitución de la

obligación que se podían hipotecar no solo cosas corporales como en el *pignus*, sino también derechos reales como usufructos, derechos de crédito como el *pignus nominis*, cosas futuras como las cosechas, y hasta cosas ya pignoradas con anterioridad. Es por ello que, la *hypotheca* trajo consigo mayor cantidad de posibilidades para los ciudadanos de conseguir créditos por los bienes o derechos que se encuentren dentro de su esfera de propiedad o que estén en potencia de estarlo.

La presente garantía tuvo distintas formas de verse constituida, al respecto Herrera y Godenzi (2002), nos permiten conocer que dicha figura romana:

Puede constituirse por la voluntad de la persona, por testamento o por voluntad tacita o legal.

- a) Convencionalmente, el simple pacto sin solemnidad, cosa curiosa en el derecho romano, basta para constituir el derecho real de la hipoteca. No es necesario la tradición para que se perfeccione. Por supuesto que el constituyente debe ser propietario y capaz de alienar.
- b) Por testamento, limitada en un principio, al caso que el testador quisiera dar garantía de renta vitalicia o de alimentos a un legatario. Luego se generaliza en el Bajo Imperio.
- c) Tácitamente, se constituye en ciertos casos un beneficio de determinados acreedores, en razón de la costumbre, uso o ley. Entre las hipotecas legales, tenemos: la del arrendador de un predio rustico sobre los frutos del inmueble; la del arrendador de un predio urbano sobre los objetos del locador (*invecta et illata*); la hipoteca creada por Justiniano en beneficio del legatario sobre la parte de la sucesión del heredero gravado con el legado.

Como vemos dicha garantía podía verse constituida sin la necesidad de una formalidad específica que determinara la ley, bastaba la simple voluntad de las partes para que el bien del deudor sea ofrecido en garantía al acreedor, bien que respondería única y exclusivamente al incumplirse con el pago de la obligación.

Dentro del mismo orden de ideas Giménez-Candela T. (1999) nos permite complementar lo citado por los autores anteriores, respecto de que a finales de la

época clásica se incorporaron dentro de las hipotecas tacitas o legales: a la hipoteca en favor del Fisco sobre el patrimonio entero del deudor de impuestos; la hipoteca *pupillus* sobre los bienes comprados por el tutor con dinero del propio pupilo; y la que se daba en favor de la mujer sobre los bienes del marido en garantía de la restitución de la dote. Hipotecas que al tener un carácter impositivo, no necesitaban de la aceptación o consentimiento del deudor para establecerlas.

Vemos pues, que la innovación que hubo en Roma respecto de que una clase de *pignus* no necesite de la desposesión por parte del deudor al inicio de la constitución de la garantía, trajo consigo un gran bagaje de posibilidades para los ciudadanos romanos respecto de los negocios jurídicos nacidos por sus propias manifestaciones de voluntad. Es así que, continuando con el análisis de la doctora Giménez-Candela T. (1999), por la propia naturaleza de la garantía se permitía también que la misma pueda darse a favor de varios sujetos, tomándose como referencia para determinar el orden de concurrencia, la fecha de constitución de la garantía, ello a tenor de la regla “*prior tempore potior iure*”, lo que significa: quien antecede en el tiempo tiene mejor derecho. Ello quiere decir que quien constituyó primero su hipoteca se encontraba mejor posicionado que el resto de acreedores, tengan o no una hipoteca respecto del mismo bien.

No obstante, continuando con el análisis de la autora, el hecho de constituir primero la hipoteca no salvaguardaba del todo el derecho a una mejor posición de concurrencia respecto del resto de acreedores, puesto que si algún acreedor ya tenía posesión de dicho bien, tenía aún mejor posición que quien constituyera su hipoteca primero. Ello a tenor del principio “*possidentis meliorem esse condicionem*” lo cual quiere decir que: el poseedor se encuentra en situación de preferencia. En vista a ello podemos determinar un orden de concurrencia en el cual quien posee tiene mejor derecho que quien constituye primero, y quien constituye primero tiene mejor derecho que el resto de acreedores que tuvieran o no alguna hipoteca respecto del mismo bien.

Pero aquel orden de mejor derecho ¿podía verse alterado? La Doctora Giménez-Candela T. (1999) nos narra al respecto que los acreedores que tuvieran un rango inferior al preferente o a cualquier otro, podían accionar un derecho de oferta: “*ius offerendi*”, el cual era una facultad por la que se podía ofrecer el reembolso de la

cantidad adeudada al acreedor preferente o al de rango superior al suyo y así subir en la escala, sin que dicho acreedor pueda rechazar la oferta.

1.2.Los Mecanismos de Ejecución de la Garantía Romana

Teniendo un conocimiento respecto de las garantías que podían implementarse en los negocios romanos, para que los ciudadanos de aquel entonces pudiesen sentirse más seguros de que la obligación a la que se sometieron los deudores sea cumplida a cabalidad, es menester conocer las cláusulas que hicieron que dichas garantías permitieran al acreedor conseguir en caso de incumplimiento del deudor la satisfacción del pago de su acreencia.

Es pues que, mediante pactos a los que se sometían los sujetos de la relación contractual surgida, que dichas garantías podían verse ejecutadas de pleno derecho en caso de que por alguna razón el deudor no satisfaga el pago que debía saldarle al acreedor. Fernandez Barriero, A. y Paricio J. (1991) nos dan a conocer del carácter coactivo indirecto que tenía la garantía ofrendada en prenda o en hipoteca por los ciudadanos romanos, puesto que dicha cosa pignorada “solo podrá recuperarse si la obligación garantizada queda extinguida, lo que en buena medida compele al deudor cumplir”, por lo cual el deudor no recuperará la propiedad de su bien a menos que cumpla con el pago de la deuda que tiene con su acreedor. Es pues, que para hacer efectivo el resarcimiento de la deuda en favor del acreedor, que surgen los pactos como cláusulas que venían siendo agregadas a los contratos.

Los pactos que se empezaron a incorporar a los negocios garantizados, como nos narra Giménez-Candela T (1999), eran llamados en sentido general con el nombre de “*pactum conventum*”, mediante los cuales: “las partes pueden determinar el régimen de la prenda, según la conveniencia e intereses de ambas, por medio de la adición de pactos”. Dichos pactos como nos narra la doctora, eran liberalidades que las partes incorporaban a medida de cláusulas, las cuales determinarían lo que sucedería con la cosa pignorada y sus frutos de no verse saldada la deuda.

Conocemos de la existencia de tres tipos de pactos en la época romana: el pacto de *antichresis*, el *pactum de vendendo* y la *lex commissoria*; pactos que según convenga a las partes eran añadidos a los negocios romanos que tuviesen alguna garantía real de por medio.

1.2.1. El Pacto de Anthichresis

Mediante el Pacto de *anthichresis*, se pactaba no necesariamente respecto de la cosa pignorada, sino más bien de sus frutos. Fernandez Barriero, A. y Paricio J. (1991), nos detallan que: “si la cosa pignorada produce frutos, puede convenirse que el acreedor los perciba a cambio de su renuncia a los intereses de la deuda garantizada”; siendo que, por dicho pacto los sujetos de la relación contractual romana convenían que el acreedor deje de cobrar los intereses devengados de la deuda del pignorante a cambio de que pudiese percibir en cambio los frutos de la cosa pignorada.

Al respecto el maestro D’ors A. (1968), añade que: “De no pactarse así, el valor de los frutos percibidos por el acreedor debe imputarse primeramente a los intereses, pero si excede de la cuantía de estos, se imputa a la deuda del capital, y, si aún excede se convierte en *superfluum*”, lo que quiere decir que si nunca se pactó la anticresis, y aun así el acreedor gozó de los frutos de la cosa pignorada, el valor de dichos frutos gozados se descontaran en primer lugar del valor de los intereses, de excederlos, se descontara del valor de la deuda misma, y en caso aun así sobrase algún remanente el acreedor deberá devolver al deudor dicho valor.

1.2.2. El Pacto de Vendendo

Si bien las partes podían convenir pactos respecto de los frutos de la cosa pignorada, principalmente la naturaleza de ellos versaba sobre el ejecutar la garantía misma en compensación de recuperar lo prestado al deudor. En base a ello nace el *pactum de vendendo* como un mecanismo por medio del cual el acreedor ejecuta la cosa

pignorada vendiéndola y cobrándose el valor de la deuda impaga. Giménez-Candela T (1999), nos explica en mejor medida lo postulado anteriormente, afirmando que por medio de este pacto se: “autoriza al acreedor a vender la prenda, en caso de incumplimiento de la deuda garantizada y a devolver el excedente del precio (*superfluum*), que puede reclamar el deudor pignorante con la *actio pignoraticia*, si el acreedor no lo restituyera voluntariamente”; de modo que el acreedor se encuentra facultado de poder vender el bien del pignorante para cobrarse lo adeudado, no obstante de existir un excedente deberá ser devuelto al propietario del bien materia de garantía.

Dicho pacto, nos narra D’ors A. (1968) que: “se hizo tan frecuente, que la Jurisprudencia de finales del siglo II d.C. llegó a ser considerado como elemento “natural” de la prenda, que no hacía falta declarar expresamente”; de modo que el simple hecho de constituir un *pignus*, fuere *datum* (prenda) o *conventum* (hipoteca), ya implicaba que de no saldarse la deuda, el acreedor podía ejecutar el bien del deudor vendiéndolo para así cobrarse su acreencia.

1.2.3. La Lex Commissoria

Otro pacto existente en la sociedad romana de aquella época, y de correspondiente análisis en la presente investigación, fue la *lex commissoria*, pacto que no buscaba la venta del bien ajeno en función de saldar su acreencia, ni mucho menos de intercambiar el cobro de sus intereses por los frutos de la cosa pignorada, sino el cobro de la deuda con la totalidad del bien gravado en garantía.

Gimenes-Candela T. nos explica que dicho pacto: “determinaba que el acreedor podía quedarse con la cosa pignorada, en caso de que el deudor pignorante incumpliera la obligación garantizada por la prenda, como si inicialmente hubiera sido vendida por el valor de la deuda”. Por ello, entendemos que dicho pacto funcionaba como una suerte de ficción en la cual iniciaba con el incumplimiento del pago por parte del deudor, por lo que se consideraba como si el deudor hubiese vendido su cosa pignorada recibiendo en contraprestación el valor de la deuda de la obligación existente entre ambos sujetos.

Al respecto, el maestro D'ors A. expone que mediante el presente pacto: “el pignorante renuncia a reclamar la devolución de la cosa, que queda en propiedad del acreedor”, es por ello que a diferencia del *pacto de vendendo*, con el que se vende el bien que aún es propiedad del deudor pignorante, mediante la *lex commissoria* el acreedor se convertía en el nuevo propietario del bien; ello en vista de que se consideraba como si el deudor le hubiese vendido su bien al acreedor por el valor de la deuda. Como lo determinan Fernandez Barriero, A. y Paricio J. (1991), la *lex commissoria* “se trata de una venta en función de garantía”, que a diferencia del *pacto de vendendo*, aquella era una ficción en la cual se entrega la propiedad de la cosa pignorada en compensación del valor de la deuda impaga, por lo cual el acreedor en lugar de recibir el pago del monto adeudado recibe la totalidad del bien gravado en garantía. Asimismo cabe recalcar que no existe la necesidad de devolver el remanente entre el valor de la cosa pignorada y la deuda impaga al antiguo propietario puesto que se recibe la propiedad del bien como contraprestación de la totalidad de la deuda, más no para venderlo y cobrarse con el valor de la compra venta.

1.3. Prohibición de la *Lex Commissoria*

La *lex commissoria*, acabo por ser prohibida por Constantino, mediante un edicto del año 320 d.C., cuyo texto nos es proporcionado por Wegmann Stokebrand A. (2009) y determina lo siguiente:

“El emperador Constantino, Augusto, al pueblo. Por cuanto entre otros engaños crece principalmente la aspereza de la ley comisoria de las prendas, nos ha parecido bien invalidarla, y que para lo sucesivo quede abolido todo su recuerdo. Así pues, si alguno padeciera por tal contrato, respire por virtud de esta disposición, que rechaza juntamente con los pasados los casos presentes, y prohíbe los futuros. Porque mandamos que los acreedores, habiendo perdido la cosa, recuperen lo que dieron”.

Dicho edicto nos habla de un engaño, lo cual causa suspicacia al momento de leerlo. Es por ello que surge la duda de que ocurrió en aquel entonces para que el emperador le considerase una figura que propiciaba el engaño, al punto de invalidarla y quede así hasta la actualidad.

El autor continúa comentándonos que dicho edicto tuvo tres razones que motivaron su imposición: la evolución que tuvo la figura del *pignus*, el encubrimiento de delitos y la influencia de la Iglesia Católica en aquel entonces.

Como ya lo habíamos adelantado en líneas anteriores el *pacto de vendendo* fue utilizado para los negocios que involucraban el *pignus* a un punto tal que, ya se había convertido en parte implícita de la misma figura; es por ello que como nos dice el mismo autor, el *pignus* (tanto *datum* como *conventum*) “por si misma era suficiente garantía”.

Ocurre que a través del pacto comisorio nos menciona Wegmann Stokebrand A. (2009) “se encubrían prestamos usurarios, puesto que el valor de la cosa era, por lo general, muy superior al crédito garantizado”, ello significa que los ciudadanos romanos encubrían sus delitos de usura, haciéndoles pasar por negocios jurídicos con garantías pignoraticias, estableciendo en sus cláusulas un pacto de *lex commissoria*, de modo que gravaban un bien con un valor mayor a la deuda del negocio en sí y establecían una fecha de pago; de este modo, si el deudor se pasaba de la fecha de pago sin haber saldado la deuda, el acreedor se beneficiaba con la adquisición de la propiedad de un bien, que tenía un valor mayor al crédito impago.

Finalmente debemos recordar la influencia que tuvo para ese entonces la reciente Iglesia Católica en la comunidad Romana, puesto que como lo narra el autor: “tanto los apóstoles como los santos padres de la iglesia tomaron cartas en el asunto, prohibiendo la usura por considerarla pecado”. De este modo, la Iglesia influyó también la decisión del emperador al sancionar moralmente la usura eliminando el pacto comisorio de universo normativo vigente en esa época, haciendo incluso que se respete la retroactividad de su edicto.

Como vemos el emperador Constantino Augusto inició, a raíz de dicho edicto, una tradición jurídica vigente hasta nuestros tiempos lo cual que si bien es cierto, fue

adquirida por otras sociedades de maneras distintas o similares, en sí la naturaleza de lo buscado por el emperador perduró en el tiempo como así lo quiso; lo cual si bien es cierto fue correcto y conforme a derecho para la situación existente en su época, no obstante, es menester preguntarnos si continuar con la eliminación total del pacto comisorio es prudente para sociedades distintas a la romana tanto en tiempo como en espacio.

Al respecto, consideramos sumamente importante traer a colación la situación vivida en durante la época del Derecho Español Medieval, en el cual si bien es cierto continuó la prohibición del Pacto Comisorio propiamente dicho, no obstante, terminaron por aceptarlo parcialmente¹ y a la vez dando mucha acogida a un derivado del mismo: “el pacto Marciano”.

Wegmann Stokebrand A. (2009) nos explica que dicho pacto marciano era: “aquella convención en virtud de la cual las partes podían limitar los efectos del comiso a un precio justo”, ello quiere decir que mediante dicho pacto los contratantes podían ejecutar la garantía en virtud de una adquisición de pleno derecho, con la salvedad de que al inicio de dicha relación contractual se fije un precio justo, puesto que el bien dado en garantía tendría que tener un valor equivalente al de la deuda en sí misma. Nos comenta también, dentro de los pies de página de su obra, que dicho pacto debe su nombre a que en el texto del Digesto 20,1,16,9, donde se encontraba regulado; contenía una consulta al jurisconsulto Marciano, de aquella época.

Es notorio que dicha variante del pacto comisorio elimina de por sí la situación que se generaba con su antecesora y del mismo modo con las causales que le dieron pie a que fuese eliminada de la esfera jurídica de muchas sociedades que seguían con lo detallado por la tradición jurídica romana.

¹ Posteriormente nos menciona Wegman, A. (2009) que la *lex commisoria* terminó por ser admitida parcialmente, puesto que ella solo se podría pactar en los casos que el monto de la deuda fuera similar al valor del bien gravado.

1.4.Complementando el Fundamento tradicionalista

Como primer punto materia de análisis de la presente investigación teníamos la incógnita respecto de lo que quiso decir el legislador en su exposición de motivos cuando hablaba de una continuación de la tradición jurídica romana en merito a la prohibición expresa que estipulo en el Código Civil de 1984.

Al respecto, pudimos indagar que dicha tradición tuvo su inicio en el edicto del año 320 d.C. promulgado por el Emperador Constantino Augusto, mediante el cual elimino por completo de la esfera jurídica romana a la *lex commissoria* partiendo de tres fundamentos que motivaron su actuar, los cuales fueron: la evolución que habían adquirido las garantías, el encubrimiento de delitos de usura y la influencia de la Iglesia Católica de aquel entonces.

Habiendo analizado lo anterior debemos asumir, que dichas causales fueron tomadas por el legislador al momento de prohibir completamente el pacto comisorio en el actual Código Civil, no obstante, como vimos también existió una clase de pacto comisorio que no era tan gravosa y que a diferencia de su antecesora la inclusión de aquel (pacto marciano) no traería a colación los problemas delictivos que si se manifestaban con la admisión del pacto comisorio propiamente dicho.

Puesto que la prohibición del Pacto Comisorio en el Código Civil de 1984 es rotunda y total, debemos asumir que tanto la figura general como la específica son prohibidas por el mismo cuerpo normativo. Es por ello que a partir de este punto surge una nueva interrogante la cual sería: ¿Por qué se admite el pacto marciano en la Ley de Garantías Mobiliarias?

CAPÍTULO II: SOBRE EL PACTO COMISORIO EN LAS GARANTÍAS PERUANAS

El Estado peruano tiene un bagaje normativo ciertamente amplio comparado con otros estados, sin embargo, como hemos visto a grandes rasgos en el capítulo anterior, algunas normas carecían de sustento que respalde fehacientemente el fundamento que les dieron origen omitiendo desde su naturaleza hasta las razones que llevaron a admitir o prohibir el uso de figuras jurídicas respecto de ciertas situaciones importantes para el derecho y la vida de los ciudadanos. Es con ello que figuras como el Pacto Comisorio, cuya prohibición fue prescrita por el Código Civil, no fueron debidamente sustentadas dentro de la exposición de motivos que dio origen al mismo código.

Por tales motivos es misión del presente capítulo, analizar las normas que prohíben y admiten el pacto comisorio dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que es menester comprender las razones por las cuales el legislador no trata de manera uniforme dicho pacto, o acaso, ¿ello significaría que alguno no es el pacto comisorio propiamente dicho?

2.1. Las Garantías Reales Peruanas

El Sistema de Garantías aplicado en el Perú, busca ir acorde con nuestra Constitución Política de 1993, la cual se orienta a contribuir con el desarrollo de una Economía Social de Mercado, de modo que en ese sentido, “la única función del Estado es suprimir las barreras al libre intercambio de bienes y servicios”.

Es por ello que en nuestra patria se tienen legislados tres sistemas de garantías reales, los cuales comprendían originalmente a: la hipoteca, la anticresis y la prenda, esta última siendo sustituida en el 2009 por la Garantía Mobiliaria; garantías que buscan generar seguridad y libertad a los ciudadanos del efectivo cumplimiento de las obligaciones surgidas en sus contratos.

2.1.1. La anticresis

La anticresis se constituye como aquel contrato por medio del cual se hace la entrega de un predio o bien inmueble con el fin de garantizar un futuro pago. De esta forma la propiedad del bien pasa al acreedor logrando así que este no se vea perjudicado y pueda recibir los activos provenientes de la explotación del predio. Dicha figura se mantiene hasta que el deudor pague el íntegro de la prestación, y en el momento en que este cumpla con su obligación el bien regresa al deudor.

Por tanto, la anticresis es un pacto que se da entre las partes contratantes es decir futuros acreedor y deudor, en la que el deudor hace entrega de un bien inmueble como garantía de pago al acreedor, de esta manera cuando el deudor cancele lo adeudado o de la explotación del inmueble se consiga restituir la prestación entonces el bien regresa a la propiedad del deudor.

Dicha figura posee algunas características las mismas que son:

- El deudor utiliza dicha figura para garantizar su compromiso del cumplimiento de su obligación con la entrega de un inmueble.
- La anticresis se constituye con el fin proteger y asegurar el pago de la deuda.
- Los contratantes que participan en esta figura son el denominado anticresista que es aquella persona que cede la posesión del inmueble y el acreedor anticrético quien usa el predio para cobrar por medio de este su deuda.
- El deudor no recupera el predio si no ha cancelado el íntegro de su obligación.
- No es posible que se establezcan diversos contratos de anticresis sobre un mismo predio ya que dicha figura requiere la posesión del bien, debido a que el deudor no podría hacer la entrega del bien simultáneamente a más de un solo acreedor.

- El derecho peruano define la anticresis como aquel derecho real por el cual el deudor hace entrega de un bien como garantía al acreedor, por medio de dicha entrega le concede la facultad de explotarlo y percibir sus frutos.
- La legislación peruana establece que el contrato de anticresis debe constar por medio de su inscripción en registros públicos.
- El contrato también se extingue por medio de la destrucción expropiación del bien, al mismo tiempo se podría finiquitar si el acreedor por su parte renuncia a la anticresis.

Por otra parte, el deudor a su vez tiene tanto deberes y derechos, estos son:

- Tiene la obligación de otorgar la posesión del predio al acreedor hasta que cumpla con su obligación.
- Posee la facultad de demandar al acreedor por daños y perjuicios si este no ha actuado con la diligencia necesaria en la administración del bien inmueble.
- Debe asumir el pago de las reparaciones y mantenimiento del predio, a menos de que los daños hayan sido propiciados por el acreedor.
- Se puede oponer si por ejemplo el acreedor tiene en sus planes modificar o cambiar de manera drástica el modelo de la propiedad o un espacio de ella.

2.1.2. La Garantía Mobiliaria

La garantía mobiliaria es la afectación a un predio con el fin de garantizar el cumplimiento de la prestación, esta puede darse con o sin entregar el inmueble, y se requiere para que sea oponible que se encuentre inscrita en el Registro Mobiliario de Contratos (bienes no registrados) o en el Registro Jurídico de Bienes.

Para la ley no es relevante al momento de constituir una garantía mobiliaria si se entrega el bien o no, ya que la entrega posesoria no es un elemento estructural de la

misma. La ley para dicha figura es bastante flexible, ya que permite que las partes puedan diseñar su propia garantía adecuándose a sus intereses y necesidades, sin embargo, tendrán que respetar las normas imperativas estipuladas por la ley, ya que lo que esta intenta impulsar es la inscripción en el registro, para dicho fin la ley estipula ciertos incentivos para quienes usen el registro, otorgándoles preferencias a las garantías inscritas.

La entrega del bien no es siempre conveniente para que se dé el funcionamiento de la garantía sobre los predios, pero tampoco se quiere decir que no entregar el bien es requisito imprescindible para que se pueda configurar la garantía, dicha conveniencia dependerá entonces de las circunstancias e intereses de ambas partes. Siendo así, la entrega del bien en algunos casos es conveniente y en otros no, por ejemplo, no es de mucha utilidad en el caso en concreto por el cual se necesita explotar el predio para pagar la prestación, si el bien no puede cumplir con la tarea de generar dicha renta, se recomienda la entrega.

En conclusión, si bien la ley incentiva el registro, este impulso termina desincentivando las garantías sobre algún tipo de bienes muebles en los que la entrega posesoria basta y conviene a los intereses de las partes para funcionar como garantía.

2.1.3. La Hipoteca

La Hipoteca para el Ordenamiento Jurídico Peruano, viene siendo aquella garantía que consiste en la afectación que recae sobre un bien inmueble en aras del cumplimiento de una obligación, propia o de un tercero.

Dicha garantía no determina la desposesión del bien y otorgaría al acreedor los derechos de:

- “Persecución, puesto que el gravamen perseguiría al mismo bien en lugar de la deuda.

- Preferencia, frente a otras garantías u hipotecas futuras que recaigan sobre el mismo bien.
- Acceso a la venta judicial, como mecanismo de ejecución del bien hipotecado”.

2.2. La Prohibición del Pacto Comisorio en el Código Civil

Mucho antes de que entrara en vigencia el actual Código Civil de 1984, en el país se daban leyes en lo referente a las garantías reales y los mecanismos de ejecución de dichas garantías, aunque era muy deficiente en diversos aspectos, como lo fueron la multiplicidad de registros según la naturaleza de los bienes, la limitación de algunos bienes que no podían ser materia de gravamen, así como la lentitud en la ejecución de las mismas; al respecto (Freyre, 2015) comenta que:

La legislación de garantías en el Perú estaba compuesta por un sistema confuso (multiplicidad de registros), incompleto (no todos los bienes podían ser objeto de prenda), lento (ejecución judicial tomaba entre 18 y 24 meses), e ineficiente (prohibición de pacto comisorio). (p.60).

Así como lo manifiesta Freyre, el Pacto Comisorio dentro de la normativa peruana siempre se encontró prohibido tanto para prendas, hipoteca, anticresis y demás instrumentos con los que el acreedor podría garantizar su deuda, hasta la repentina e inesperada llegada de la Ley de Garantía Mobiliaria en el 2006, con la cual se permitió el Pacto Comisorio como mecanismo para la ejecución de garantías.

Dicho pacto es pues, un instrumento acordado al momento de la constitución del negocio jurídico, por medio del cual el deudor acepta que el acreedor se vuelva el propietario del bien afectado en garantía de no cumplirse con el pago del saldo adeudado.

En el capítulo anterior, como bien se demostró, la presente investigación, en la exposición de motivos del Código Civil de 1984, (Bigio, 1998) nos afirma que: La prohibición del pacto comisorio en el código civil no hace más que reiterar una tradición jurídica que viene siendo dada desde Roma, cuyo propósito era brindar

una protección especial al deudor. Es pues que con la entrada en vigencia de la Ley de Garantía Mobiliaria se aleja el estado peruano, de dicha tradición originada desde la experiencia romana y se legisla así una serie de normas estipuladas en el artículo 53° de la LGM, que velaran por que dicho pacto no se torne abusivo para ninguna de las dos partes, evitando así el temido abuso que los romanos tomaron como fundamento para su prohibición.

Tal y como existen razones jurídicas para crear leyes, existen razones jurídicas para prohibir figuras como el Pacto Comisorio, ahora determinar cuál de las dos razones debe primar sobre la otra en aras de una uniformidad entre la regulación de ambas es la finalidad del presente capítulo.

Al respecto, la prohibición del Pacto Comisorio en el Código Civil de 1984 en lo que respecta a Hipoteca, encuentra su fundamento en una antigua tradición moral de Roma, como venimos afirmando en líneas anteriores, dentro de la cual se protegía a la parte más vulnerable (deudor), y del mismo modo una prevención de que se cometan abusos por alguna de las partes; al respecto Angulo (2014), siguiendo a Peltzman (2007) manifiesta que dicha prohibición busca amparar esencialmente el principio *favor debitoris*, el que viene siendo un principio por el cual los jueces deben amparar al deudor puesto que el mismo suele ser, en la mayoría de los casos la parte más débil, y asimismo la prohibición busca también prevenir el abuso del derecho.

Podemos constatar lo afirmado anteriormente puesto que dicha figura y su prohibición trascienden desde la época de los imperios Greco y Romano, como bien lo señala García (2007) citando las palabras de Lafaille:

El acreedor, producido el incumplimiento, solo entraba en posesión de la cosa a la espera de que el obligado pagase para rescatarla. Como semejantes condiciones podían prolongarse, se arbitraron dos remedios: *el pacto comisorio*, que permitía al titular del gravamen convertirse en dueño del inmueble, sea por el precio fijado a la fecha de tomar la posesión, o por la cuantía de la deuda, si tal se hubiera convenido. El otro recurso lo constituía el *pactum de distrahendo*, que lo facultaba (al acreedor) por un mandato tácito, para proceder a

la venta, imputando el precio a la cantidad debida. Este segundo procedimiento se tornó de orden común y se consideró como atributivo de la hipoteca misma, al paso que el anterior, por los abusos a que se prestaba, terminó por ser prohibido.

Cabe destacar que Lafaille comenta una cuestión interesante respecto de la razón que da surgimiento a dichos pactos; y es que el factor “tiempo” es de suma importancia para la correcta efectividad de dichos mecanismos de ejecución de garantías puesto que es innegable que adjudicarse la propiedad de un bien gravado es mucho más rápido que la venta del mismo.

Con ello tenemos que, el pacto comisorio minimiza tiempos en cuestiones de ejecución de garantías, no obstante, no lo hace con respecto a la seguridad de evitar la comisión de abusos y encubrimientos de usura, como lo tratamos en el Capítulo I de nuestra investigación.

Por otro lado, el autor nos comenta la existencia de otro recurso nacido a la par del pacto comisorio: el “*Pactum de Distrahendo*” el cual promueve la venta del bien gravado para cubrir el saldo de la deuda; de él podemos rescatar que si bien es cierto no tiene la misma celeridad que posee el pacto comisorio, ello lo compensa con atribuirle a la relación, mayor seguridad.

Comprendemos con lo dicho precedentemente que los legisladores romanos daban mayor preponderancia al amparo de deudor, como parte débil del negocio, y a la prevención del abuso del derecho frente a la celeridad de las transacciones.

Por dichas razones, y en base a los abusos que cometían los ciudadanos romanos de aquella época terminó por ser prohibido; asimismo, se tomó al “*pactum de distrahendo*”, como mecanismo natural de ejecución de la hipoteca, naturaleza que hasta el día de hoy se encuentra presente en diversos ordenamientos jurídicos, así como la prohibición del pacto comisorio.

Si nos remitimos al Artículo 1111² del Código Civil de 1984, vigente a la fecha, encontramos explícitamente prescrita la prohibición del pacto comisorio, el cual

² Artículo 1111 del Código Civil Peruano de 1984:

“Nulidad del pacto comisorio

determina que así llegue a darse la situación en la cual el deudor no cumpla con el pago de la obligación dentro del plazo establecido por las partes, el acreedor no podrá adjudicarse la propiedad del inmueble gravado con hipoteca, asimismo nulifica taxativamente todo pacto en contrario.

Con ello tenemos que la ley peruana sanciona el pacto comisorio con su nulidad, de lo cual es notorio el rechazo que le viene dando el estado peruano en concordancia con la tradición iniciada en roma al respecto; asimismo y en continuidad con la misma tradición, dicha garantía solo se ejecuta mediante remate judicial.

Del mismo modo, es necesario recordar que las Garantías Reales no solo sirven como mecanismos que graven los bienes con la finalidad de que, sean garantizadas las obligaciones surgidas de los negocios jurídicos pactados entre las partes, sino que también estos deben efectivizar dichos gravámenes haciendo más sencillo el empleo de instrumentos que permitan al acreedor ejecutarlos, tal y como lo menciona De La Cámara en su libro *Nota crítica sobre la naturaleza de la hipoteca*: “el poder que se ejercita cuando la ejecución hipotecaria entra en función, constituye una aplicación específica del poder que sirve de instrumento para la realización coactiva de un interés insatisfecho”, y emitiendo su opinión respecto de la cita anterior, Picazo (2012) nos dice que:

Frente a ello se podrá siempre observar que para permitir la acción y la solicitud de actuación de los tribunales de justicia y las actividades de expropiación, quien lo haga tiene que demostrar que posee títulos suficientes, y esos títulos son, desde el punto de vista sustantivo, el derecho real de garantía, porque no puede olvidarse que el derecho real no otorga sólo el poder de solicitar la expropiación, sino también la preferencia o prioridad en el cobro que sólo puede aplicarse desde el punto de vista del Derecho sustantivo. (p.361).

El Pacto Comisorio, siempre fue prohibido en el Estado Peruano, como mecanismo de ejecución de cual fuere la garantía constituida frente a la deuda surgida entre las partes; lastimosamente dicha prohibición no se encontraba debidamente sustentada

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

en la exposición de motivos que da origen a nuestro actual Código Civil; pues como vimos, solo se encontraba sustentada en la continuidad de una vieja tradición romana, lo que no significa que dicha prohibición fuera anticuada para nuestros tiempos, pero sí, que sea expuesta y sustentada de mejor modo, explicando las razones por las cuales, los emperadores y legisladores del imperio romano optaron por su prohibición, tal y como procuramos hacerlo en el primer capítulo de nuestra investigación.

2.3. La Admisión del Pacto Comisorio en la Ley de Garantías Mobiliarias

Como vimos, el pacto comisorio se ha visto siempre prohibido de manera constante a lo largo de la historia; claro, esto hasta antes de la repentina entrada en vigencia de la Ley de Garantías Mobiliarias del 2006 con la cual se modifica la forma de ejecución de las garantías sobre bienes muebles en el Perú.

Dicha ley que admite el pacto comisorio como mecanismo de ejecución de las garantías, carece de una debida exposición de motivos, en su lugar tenemos un Documento de Trabajo emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas emitido en el 2001, el cual fundamenta que la “nueva ley de garantías reales debe establecer reglas que permitan reducir los tiempos y costos en la ejecución de garantías, logrando de esa manera que muchos bienes sean útiles para ser ofrecidos en garantía de créditos”

Con ello se buscaba que los procesos de ejecución de garantías sean vean más agilizados, dotando de mayor celeridad a dichos procesos y garantizando una mayor seguridad de que la obligación que dio origen a la garantía se viera satisfecha, para lo cual se admite el pacto comisorio como mecanismo de ejecución de garantías dentro de la Ley:

Lo que se pretendía con la admisión del pacto comisorio, y en general con la reforma que introdujo la LGM, entre otras cosas, era dar una mayor celeridad a la ejecución de garantías, y en

consecuencia, que haya una plena satisfacción y mayor seguridad en cuanto al pago de las obligaciones. (Calisaya, 2016,p.61).

El Estado Peruano, al admitir el instrumento del Pacto Comisorio dentro de su normativa referida a los bienes muebles, determinó variados lineamientos, los cuales deben ser cumplidos a cabalidad, para que se permita la adjudicación del bien gravado. Si bien es cierto, lo que pretendía el legislador con la admisión del Pacto Comisorio era brindar mayor celeridad a los procesos de ejecución de garantías, no se puede dejar de lado el hecho de que, estableciendo pautas obligatorias para ejecutar bienes gravados, se evita el abuso de alguna de las partes. El legislador, al admitir el Pacto Comisorio dentro de lo prescrito por la Ley de Garantía Mobiliaria, es sumamente cuidadoso en que no se produzcan abusos por parte del acreedor, estableciendo diversos lineamientos a seguir en aras de evitar que se produzca un abuso del derecho; al respecto Freyre (2015), manifiesta lo siguiente: La norma es cuidadosa en que no se generen abusos de la parte acreedora, como por ejemplo en el caso de que el valor del bien dado en garantía sea mayor al monto del préstamo, el acreedor devolverá la diferencia dentro del plazo que establece la norma, de incumplir con dicho pago el deudor podrá solicitar se le imponga una multa al acreedor, valorizada en por lo menos cinco veces el valor del saldo señalado.

Dicho pacto se encuentra prescrito actualmente en el artículo 53° de la Ley de Garantía Mobiliaria, validándose su negociación al momento de la constitución de la garantía, en la medida en que se cumplan los requisitos para su validez³, estableciéndose como actos solemnes, cuyo incumplimiento es sancionado con la nulidad; dichos actos son: incluir el valor del bien mueble afecto y el otorgamiento de poder específico e irrevocable a un representante común⁴, el que se encargará de la documentación referente a la transferencia del bien en caso de incumplimiento.

³ Artículo 53° de la Ley de Garantías Mobiliarias:

“Adjudicación del bien por el acreedor:

53.1. Es válido que las partes acuerden que el acreedor garantizado pueda adjudicarse la propiedad del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. Para la validez del pacto se requiere, bajo sanción de nulidad, incluir el **valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes** y, además **otorgarse el poder a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo**”. (Las negritas y el subrayado son nuestros).

⁴ Ídem:

Antes de la entrada en vigencia de la Ley de Garantías Mobiliarias, la prenda era un derecho real de garantías reconocido en el artículo 886° del Código Civil y en diversos cuerpos normativos dispersos en el universo jurídico del país. Como menciona en su artículo Freyre (2006): “Según los promotores de la Ley de Garantías Mobiliarias, teníamos diecisiete registros⁵ en los que podía inscribirse una garantía [...] y al no encontrarse interconectados, se creaba el riesgo de que un mismo bien fuese inscrito en más de un registro”, puesto que la existencia de múltiples registros significaba una traba para el acreedor de la garantía, de modo que existía el riesgo de que el bien ya se halla afectado con dicha u otra garantía y pierda o merme así su derecho de preferencia.

Lamentablemente una de las características del sistema prendario, era su lentitud al momento de ejecutar las garantías, puesto que parafraseando a Freyre (2006), lo

“Adjudicación del bien por el acreedor:

53.6 Al momento de pactarse la posibilidad de adjudicación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, **las partes deberán otorgar poder específico e irrevocable a un representante común para que en caso de incumplimiento proceda a suscribir la documentación necesaria para la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria.** En ningún caso el representante podrá ser el propio acreedor garantizado. El poder constará en el formulario de inscripción y se inscribirá conjuntamente con el pacto. Para estos efectos no resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 153° del Código Civil. Es requisito de validez para efectos de transferir la propiedad del bien mueble gravado a favor del acreedor garantizado, que éste pague al representante la diferencia de valor o la multa previstos en el numeral 53.4 que antecede”. (Las negritas y el subrayado son nuestros).

⁵ Ministerio de Economía y Finanzas (2001), Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales. P. 20.

“... en el Perú tenemos 17 registros sobre los que puede inscribirse una garantía, algunos de los cuales son registros de propiedad y otros propiamente de garantía:

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

supletorio era la ejecución judicial en dicho sistema, mientras que la ejecución extrajudicial solo se daba si así lo pactaban las partes. Ello fomentaba la generación de riesgos respecto de la depreciación de los bienes hasta la posibilidad de llegar a perder completamente su valor, al momento de la recuperación forzosa de un préstamo; esto debido a la naturaleza depreciable en el tiempo de los mismos.

Fue en vista a ello y a determinados aspectos económicos que afectaban el porcentaje del PBI del país que: “El Ministerio de Economía y Finanzas en el 2001 crea una comisión encargada de elaborar un diagnóstico del marco institucional aplicable a la constitución, registro y ejecución de las garantías reales, [...] El Documento de Trabajo, reunió serias críticas al sistema de garantías dentro de lo que destacan que: [...] No hay ejecución contractual o extracontractual. Nuestro marco legal prohíbe el pacto comisorio y limita seriamente el pacto de ejecución extrajudicial. Esto impide que las partes decidan cual es el mecanismo más económico que permita al acreedor recuperar su dinero ante la falta de pago. [...] Frente a ello, el Documento de Trabajo propuso lo siguiente: [...] Se debería incentivar mecanismos alternativos a la ejecución extrajudicial”. Freyre (2015). Así pues, y del mismo modo continúa comentándonos que según lo afirmado por el MEF:

La legislación de garantías en el Perú estaba compuesto por un sistema confuso (multiplicidad de registros), incompleto (no todos los bienes podían ser objeto de prenda), lento (ejecución judicial tomaba entre 18 y 24 meses), e ineficiente (prohibición de pacto comisorio). (pág. 60).

Con lo anteriormente rescatado notamos la existencia de motivaciones existentes entre ambos cuerpos normativos para admitir (Código Civil) o prohibir (Ley de Garantía Mobiliaria) el Pacto Comisorio, pero del mismo modo nos conlleva a preguntarnos si es posible la superposición de un argumento sobre el otro, en búsqueda de cumplir con una uniformidad entre ambas normas respecto a lo regulado sobre dicho pacto.

2.4. La Falta de uniformidad en la Legislación Peruana respecto al Pacto

Hasta este punto, logramos destacar una notoria falta de uniformidad al interior de la legislación peruana con respecto al Pacto Comisorio. Ello versaría en lo prescrito por el Código Civil de 1984 respecto a la Hipoteca y en la Ley de Garantías Mobiliarias, puesto que la primera prohíbe la negociación del pacto, mientras que la segunda le admite en la medida que se cumpla con la solemnidad establecida bajo sanción de nulidad.

Vimos pues, que la prohibición del pacto no es una precaución nueva, sino que viene desde la época de los imperios Greco y Romanos. Del mismo modo la prohibición del pacto tampoco es algo nuevo para nuestra nación, dado que viene siendo una figura continuamente rechazada por Códigos Civiles anteriores al de 1984.

Así mismo, la prohibición no fue debidamente sustentada en la exposición de motivos del actual Código Civil, única y exclusivamente se dedican a mencionar que la prohibición se fundamenta en una vieja tradición romana; no obstante en ningún momento exponen ni los motivos ni las razones por las cuales se basaron para tomar y mantener dicha medida.

Con el repentino surgimiento de la Ley de Garantías Mobiliarias en el 2006, las Prendas cambiaron su nominación por la de Garantías Mobiliarias, así como la confluencia de los diversos registros en dos tipos de registros: el registro mobiliario de Garantías (para aquellos bienes muebles registrados) y el Registro Mobiliario de Contratos (para aquellos actos jurídicos recaídos sobre bienes muebles que no se encuentran registrados). Además de ello, se admite como mecanismo de ejecución de las garantías, el Pacto Comisorio.

La Ley, fue creada a través de un Documento de Trabajo expedido por el Ministerio de Economía y Finanzas en el 2001, el que hizo las veces de una Exposición de Motivos de la Ley. En él, a diferencia de la exposición de motivos del Código Civil vigente, explican debidamente las razones por las cuales existía una latente

necesidad de cambiar el anterior sistema de prendas por uno más eficiente que mejore el acceso al crédito aumentando así los porcentajes de PBI.

Como bien expusimos en el desarrollo del capítulo anterior, razones importantes como lo eran la evolución de las garantías, el encubrimiento de delitos y la influencia de la Iglesia Católica, llevaron a prohibir el Pacto Comisorio como mecanismo de ejecución de las garantías.

Queda claro pues, que dentro de la normativa jurídica del estado peruano existe una divergencia entre la admisión o prohibición del pacto, siendo admitido por una norma y rechazado rotundamente por otra; lo que nos lleva a preguntarnos si es necesaria la derogación de la prohibición prescrita por el Código o si acaso dicha derogatoria devendría de la admisión regulada por la Ley.

2.5.. Análisis de los fundamentos de prohibición del pacto comisorio

En cuanto al fundamento jurídico de la prohibición del pacto comisorio, éste debe ser estudiado a la luz del elemento dogmático y de otros ofrecidos por la tradición jurídica histórica.

Analizando el desarrollo histórico del pacto comisorio, mediante fundamentos se afirmó que: la prohibición del pacto comisorio, se origina a partir de un juicio de inmoralidad, cada vez que el pacto de comisorio era considerado que servía de una forma fundamental como medio para toda vez que se consideraba que este pacto servía de manera fundamental como medio para cubrir préstamos usurarios.

De esta manera la sanción de ineficacia del pacto comisorio es originada por éticas consideraciones de carácter se debe a consideraciones de carácter íntegra que significa los requisitos hace del préstamo que se convierta en algo costoso y perjudicial para la persona adeudada, y por tanto, más perjudicioso a la hora de al momento de establecer las reglas, normativas o políticas de dicho contrato.

La prohibición del pacto comisorio consiste a causa de que "cuando el deudor tiene necesidades económicas, recurre a las prestaciones de dinero a la persona que lo acredita dejando a cambio una garantía, para que este sea auto-propietario o pase a su cargo la potestad de tal objeto". Aquello se articula con arreglos, llegando a un acuerdo a diferentes motivos, y expresiones dejándose llevar por los sentimientos.

Así se da a entender en qué situación se encuentra el deudor, que se ve obligado a cumplir con dicho pacto, por las circunstancias a acordar un trato que puede perjudicar su interés en dicho pacto, porque el verdadero valor de la prenda suele resaltar por encima del monto de dicha deuda debido a los intereses es por ello que radica su antigua prohibición.

La teoría denominada "de la tutela jurídica del deudor", en cuanto manifiesta la seguridad de sus beneficios frente a las injusta o posibles abusos de la persona acreedora, ya que supone contundentemente, que la persona deudora no declararía una aprobación válida para aceptar con dicho pacto, debido a la situación de insuficiencia económica o necesidad en que se hallaba limitaría su libertad, de tal modo que ese consentimiento por más comprometido que sea, no sería jurídicamente válido.

Es por esto que el reconocido abogado y jurista Manuel Somarriva (1905-1988) señala que: "similar condición, era permitida en los primeros tiempos de Roma, ya que tiempo después se prohibió, como ocurre hoy en día en todos los Códigos, porque dentro de ella es favorecido el interés y el deudor queda colocado en situación apremiante y a merced del acreedor (...) debido a ello es que la legalidad de dicho pacto, no podía perdurar por mucho tiempo. Ya que, en dicho pacto, la persona deudora necesitada quedaba a merced del acreedor inescrupuloso, quien aprovechándose de la situación aflictiva y económica en que se encontraba el deudor, podía quitarle la pertenencia o el poder del bien e incluso llevarlo a la quiebra".

Del mismo modo, Fernando Alessandri (1897 - 1982) expresa que: "el legislador ha dictado el mandato prohibitivo del art. 2397 del Código Civil, con la finalidad de salvar al deudor quien, por necesidades económicas, se vea compelido a aceptar todas las obligaciones del acreedor. Si se dejara en completa libertad a las partes contratantes, es claro que el acreedor está en todo su derecho de exigir la disposición en virtud que el bien mueble o inmueble hipotecado pase a su dominio por el solo hecho de no cumplirse la obligación al vencimiento del plazo acordado. Esta situación iría en desventaja innegable del deudor, ya que por ser así el acreedor tomaría la potestad de la propiedad de la cosa forzada por un valor que no

correspondería a su verdadero precio, puesto que generalmente el valor real de la garantía está por encima a la suma a que asciende el crédito. Esto por este motivo que las consideraciones han hecho que el legislador tome medidas para proteger al deudor".

Con respecto a esta enseñanza, el último fundamento de la prohibición del pacto comisorio se puede encontrar en la protección de los derechos del deudor frente a potenciales abusos del acreedor, ya que, si no existiera dicha prohibición, el pacto pasaría a ser una cláusula de estilo, puesto que siempre sería reclamada con la finalidad de proteger los derechos del prestamista mediante la inmediata apropiación de la cosa por el solo incumplimiento de la obligación del deudor.

Asimismo, si la razón de la prohibición es la falta de libertad de la parte supuestamente más débil, el mecanismo jurídico de control debería ser la nulidad relativa, en cuanto el consentimiento del deudor estaría viciado. Luego, habría que dejar que el propio deudor decida si impugna o no la cláusula, pues nadie como él sabe si actuó libre o necesariamente.

En el mismo sentido, los hermanos de nacionalidad francesa Mazeaud, expresan que si el pacto comisorio está prohibido, es por temerse que el constituyente de la garantía, obligado a que le presten, sea forzado a cumplir con las condiciones que le impongan. Pero una vez aprobado el contrato, la presión del acreedor no es tan temible, por lo que se admite la importancia de esos pactos si se concluyen después de la constitución de la garantía. Teniendo en cuenta que el deudor ha superado el recóndito estado de necesidad personal, desaparecen las causas que desengañan este pacto, por lo que su eficacia no puede ser negada, ya que nada obliga al deudor a aceptar tal petición y además puede ser que el pacto este a favor del deudor beneficiándolo de tal manera que la venta forzosa del bien en garantía no lo perjudique.

Michele Fragali (1942), señaló que el artículo 2744 del Código Civil italiano no establece una prohibición de autoridad al acreedor de la propiedad del objeto dado como garantía para el caso de falta del compromiso del deudor, sino que se trata de una expresión del principio general que confiere al Estado poder exclusivo en materia de ejecución. En dichas palabras, "la prohibición del pacto comisorio no es

sino la manifestación del principio general que prohíbe la autotutela o autosatisfacción del acreedor".

2.6. Asimismo, en lo que refiere a los fundamentos de su prohibición, Sayagués Areco. Distingue los siguientes argumentos

a) Buena fe. "El pensamiento de evitar el interés y la seguridad al deudor desamparado ante la ambición del acreedor expoliador".

b) Posición dominante del acreedor. Que se permita el pacto comisorio puede traer consigo consecuencias como llevar a una posición perjudicial para el deudor, ya que por la situación de necesidad que está pasando conlleva a la persona a aceptar cualquier exigencia del acreedor.

c) Límites de la autonomía de la voluntad. Sayagués Areco considera que el uso del pacto comisorio forzaría valores superiores como la moral y la justicia. Es por ello que la voluntad de las partes se encuentra infranqueablemente limitada a los mismos.

d) Situación de los demás acreedores. Aprobar el uso del pacto comisorio llevaría a lastimar a los demás acreedores del deudor. Pues el beneficio de ellos es conseguir una apropiada y legítima afectación de la pertenencia de su deudor, concisa al precio de sus créditos y a los privilegios y preferencias legales y contractuales que pudieran existir.

e) Desnaturalización de los contratos de garantía. Permitir la validez del pacto comisorio llevaría a que se modifique el origen de los contratos de garantía, ya que es probable que se haga uso de ellos como efectivas herramientas jurídicas de enajenación.

2.7. Criterios para la regulación uniforme del pacto comisorio en la garantía en general

Torres (2018), indica que mediante el Decreto Legislativo N° 1400 se ha modificado el tratamiento del pacto comisorio en relación al derecho de retención. Así:

- Artículo 1130.- Nulidad de pacto comisorio

“En caso no se cumpliera con el pacto, el retenedor no consigue la posesión del bien garantizado. En otras palabras, es nulo el pacto contrario, a excepción de los casos de transferencia del bien al acreedor pactados bajo el Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria”.

Asimismo con respecto al pacto comisorio en la garantía real de hipoteca, según el artículo 1111 del Código Civil:

“Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario”. El antecedente de la mencionada disposición lo encontramos en lo previsto en el artículo 1024 del Código Civil de 1936 que establecía “Aunque no se cumpla la obligación el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca y es nulo el pacto que se celebre contra esta prohibición”.

- Ley de la garantía mobiliaria. Ley de garantía mobiliaria (art.53.- Adjudicación del bien por el acreedor):

“Es legal que las partes convengan que el acreedor asegurado pueda otorgar la posesión del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. Para que este pacto sea válido se requiere, bajo sanción de nulidad, incluir el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes”.

2.8. El pacto comisorio en la Garantía Mobiliaria según el Real Decreto Ley 5/2005

El Real Decreto Ley 5/2005 (RDL) uno de sus principales objetivos, es la transposición del Consejo de 6 de junio de 2002, y al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo, sobre acuerdos de garantía financiera con la transposición de la Directiva 2002/47/CE, se establece la posibilidad de disponer del objeto de la garantía (dinero, valores instrumentos financieros) y la ejecución directa de las garantías cuando se produzca incumplimiento, sin necesidad de intervención de ningún fedatario o de autoridad pública e incluso la apropiación directa del bien aportado en garantía por el propio acreedor.

De tal modo que introduce agilidad y rapidez al sistema de constitución garantías y de su ejecución ante el acaecimiento de los “supuestos de ejecución” que el propio RDL 5/2005 establece. No son pocos los autores que, en este sentido, han criticado la aprobación de una norma que trata, entre otras cuestiones, algunas de tal importancia como es el levantamiento de la prohibición del pacto comisorio, a través de un Real Decreto-Ley, instrumento que únicamente cabe ser utilizado por “razones de extraordinaria y urgente necesidad” y no como Proyecto de Ley.

Sin perjuicio de lo anterior y en virtud del artículo 6 del RDL 5/2005, se reconoce la validez del acuerdo de garantía pignoraticia de conformidad con el régimen establecido para la prenda en los artículos 1857 y siguientes del Código Civil, con las particularidades establecidas en el RDL 5/2005. De entre dichas particularidades, se prevé, en su artículo 11, la posibilidad de apropiarse del objeto de la garantía financiera, pudiendo considerarse dicho artículo como la positivización y tipicidad del Pacto Marciano y del Pacto Ex Intervallo.

En este sentido, el RDL 5/2005 únicamente prevé (en sus artículos 11 y 13) como requisito de validez del acuerdo que la posibilidad de apropiación se haya pactado en el seno de dicho acuerdo y que las partes hayan previsto las modalidades de valoración, debiendo estas ajustarse al valor actual de mercado. A dichos efectos, son muchos los autores los que consideran la regulación contenida en el RDL

5/2005 como insuficiente por entender que sería conveniente la expresa referencia a que la valoración deberá ser realizada por un tercero independiente, sobre todo respecto a los valores e instrumentos financieros no cotizados.

Otra de las particularidades incorporadas en virtud del RDL 5/2005 es la posibilidad de la transmisión de la titularidad del activo en garantía regulada en su artículo 6 (“las operaciones de garantía financiera pueden realizarse mediante la transmisión de la propiedad del bien dado en garantía”), apartándose así de la jurisprudencia de la Sala Primera del TS (a través de la falta de reconocimiento a las teorías del desdoblamiento de propiedades y del doble efecto y de la mayor parte de la doctrina).

2.9. La ley comisionaría en los contratos de garantía

Esta ley se encuentra recogida en el digesto (20.1.1.16.9) contiene los términos siguientes.

Se considera la prenda y la hipoteca de modo que, si por casualidades o motivos ajenos no se logra a pagar la cantidad en el determinado plazo, entonces el acreedor puede poseer la propiedad por derecho de compra mediando pago de dicha deuda requerida impaga, siempre y cuando se haga de acuerdo al justo precio pudiendo ser como una venta bajo condiciones que así se dispusiera por rescripto los emperadores Séptimos Severo de consagrada memoria y Antonino Caracalla.

Se dice que el pacto comisario, parte como un comienzo como una renuncia de toda acción pignoratícia del deudor lo que llevaría convertirla esta tenencia del acreedor en propiedad. Así este pacto comisario distorsionara todo naturaleza de la prenda, lo cual pasa como si fuera una compra venta con fines de garantía.

En la época romana – Helénica esta ley comisaria fue prohibida por Constantino, por medio de un edicto en el año 820 D.C.

Esta prohibición se recogió en la tradición jurídica con 99 pruebas de ello el emperador Carlomagno, en el Admitió, General de año 789 y la capitular de Nimega

de 806 donde extienden la prohibición de Nicea de 825 donde se prohíbe las usuras.
(Muchos Intereses)

En el derecho histórico francés, Robert Pothier, afirma que la conservación de la prohibición de pacto comisario es necesario para poder impedir fraudes en usuarios por que en esta cláusula encontrarían una ventana abierta y obtener un provecho por el dinero que prestan. De esto el autor rechaza la ley comisionaría.

En el antiguo Derecho Francés se autorizaba a las partes para convenir que la cosa empeñada pase a ser propiedad de acreedor no en virtud de un precio fijado, si no con estimación con expertos del plazo (plazo marciano).

2.10. Título de crédito Negociable

El título de crédito hipotecario negociable nos constituye una innovación del legislador nacional, este título valor mobiliario a diferencia de warrant y de la factura ha sido regulado por otros ordenamientos jurídicos extranjeros, la Ley N 26702 ley general del sistema financiero y sistema de Banca y seguros ha permitido introducir una serie de figuras jurídicas orientadas a facilitar la orientación de los créditos, donde se encuentran las letras hipotecarias y título de crédito Hipotecario negociable.

Primero fue la letra de cambio respaldando el crédito representado por el título y la hipoteca otorgada o certificado hipotecario.

Se creó el título de crédito hipotecario negociable para así poder respaldar las operaciones financieras reglamentadas mediante SBS N° 685-2007 (31.05.2007).
(Proaño, 2003)

Con el análisis anterior hemos conocido a manera más detallada las razones por las cuales el legislador prohíbe y admite la adjudicación directa, dentro del ordenamiento jurídico peruano. Al respecto consideramos que a grandes rasgos parece encontrarse mejor fundamentada la admisión de la adjudicación directa, incluida dentro de la Ley de Garantías Mobiliarias (Decreto Legislativo N° 1400), puesto que se basa en necesidades del mercado actual, mas no por razones tradicionalistas ya desfasadas para la época.

No obstante, durante el desarrollo del presente capítulo, hemos notado que la adjudicación directa admitida por la Ley de Garantías Mobiliarias, presenta características que por alguna razón vuelven más justo dicho mecanismo de ejecución de garantías; pero, ¿Acaso sigue siendo el Pacto Comisorio propiamente dicho aquel que se admite en la ley?

CAPÍTULO III: ADMISIÓN DEL PACTO COMISORIO EN LA HIPOTECA

Teniendo en cuenta los capítulos precedentes, hemos podido llegar a comprender a detalle las razones por las cuales el emperador romano llegó a prohibir el uso de la *lex commisoria* como mecanismo de ejecución de garantías, así como las razones por las cuales el legislador peruano la prohíbe y admite dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Por lo cual, es menester revisar si las razones que se aplicaron para admitir la adjudicación directa en las Garantías Mobiliarias puedan ser empleadas también en el caso de la Hipoteca. Del mismo modo, es necesario analizar si dicha Adjudicación Directa es el mismo Pacto Comisorio que se encuentra prohibido en la Hipoteca o si es un mecanismo distinto.

3.1. La obsolescencia del Principio favor debitoris y el Equilibrio Contractual

La prohibición del Pacto en el Código Civil de 1984 fue, como bien se explica en la Exposición de Motivos del mismo Código, la reiteración de un tradicionalismo romano, el que buscaba la defensa del deudor como parte débil de la relación jurídica. Dicha defensa al deudor, viene siendo la implementación del principio *favor debitoris* al manejo de los mecanismos de ejecución de garantías; pero, acaso ¿dicha teoría sigue siendo acorde a la época? O es que, con el pasar de los siglos hemos logrado alcanzar un vínculo equilibrado de poder en los negocios jurídicos.

3.1.1. El Principio favor debitoris

La expresión latina *favor debitoris* significa a favor del deudor y debe ser entendida como una regla de protección de la parte mas débil en un contrato, sin distinguir si se trata del un deudor o acreedor, en caso que en el contrato no exista una parte notoriamente mas débil, la interpretación debe favorecer la mayor equivalencia de

contraprestaciones. El principio "*favor debitoris*" debe ser tenido en cuenta por los jueces como principio orientador, al interpretar la ley, para restablecer el equilibrio entre las partes, porque presume que el deudor suele ser, en la mayoría de los casos, la parte más débil de la relación jurídica obligatoria. Sólo es aplicable cuando el deudor ha cumplido con los deberes de lealtad y probidad que gobiernan el funcionamiento de la relación jurídica obligatoria, comportándose con absoluta buena fe, y cumpliendo con exactitud sus prestaciones.

Sin duda que el "*favor debitoris*" debe ser tenido en cuenta por los jueces como principio orientador, al interpretar la ley, pero adviértase que el fundamento de esta regla es siempre una finalidad de justicia, ya que se propone restablecer el equilibrio entre las partes, porque presume que el deudor suele ser, en la mayoría de los casos, la parte más débil de la relación jurídica obligatoria. Sin embargo no siempre sucede así, y en numerosas hipótesis la situación del deudor no sólo es más holgada económicamente, sino que hasta suele encontrarse en situación de preeminencia y -como enseñaba nuestro maestro, Pedro León nos opina que gozar de ventajas que le permiten imponer a su arbitrio las condiciones de la obligación, como sucede, por ejemplo, en los contratos de seguro, donde la parte débil suele ser el asegurado, es decir el acreedor. En tales casos no podrá echarse mano al principio del "*favor debitoris*" para interpretar las obligaciones (Moisset de Espanè, 2015).

Por otra parte el "*favor debitoris*" sólo es aplicable cuando el deudor ha cumplido con los deberes de lealtad y probidad que gobiernan el funcionamiento de la relación jurídica obligatoria, comportándose con absoluta buena fe, y cumpliendo con exactitud sus prestaciones. Esta limitación se refleja no sólo en la praxis jurisprudencial, sino también en las normas consagradas por la ley: así, por ejemplo, en materia de obligaciones facultativas, encontramos el artículo 648, que admite incluso la posibilidad de que el acreedor reclame la prestación accesoria, cuando la principal hubiese perecido, o se hubiese tornado imposible por culpa del deudor; y el artículo 748, que al referirse a los casos en que el deudor hubiese mudado de domicilio, concede al acreedor la facultad de elegir como lugar de cumplimiento el domicilio primitivo, o el nuevo domicilio del deudor (en el Código de Perú el punto está resuelto por el art. 1232) (Moisset de Espanè, 2015).

La exposición de motivos que trajo consigo vuestro actual código Civil de 1984 plasma la prohibición del Pacto Comisorio como mecanismo de ejecución en materia de garantías recaídas sobre los bienes que por su naturaleza son inmuebles. Dicha prohibición, se basa únicamente en un tradicionalismo romano que tenía entre sus finalidades la protección del deudor garantizado como parte débil de la relación jurídica, evitando de ese modo la comisión del delito de usura por parte del acreedor; realidad que para la época se había vuelto una práctica muy común.

Con respecto a tiempos actuales, la premisa anterior denota una cuestión ineludible que versa en comprender si realmente existe una parte débil dentro de las relaciones jurídicas contractuales, y es que la existencia de una parte débil dentro de dichas relaciones quizá se convierte en una visión retrógrada del derecho en materia contractual, conocida como principio “favor debitoris”.

Aquel principio, nos narra Bullard (2006) versa sobre el pensamiento de que: “el deudor es la parte débil y en consecuencia tiene que ser protegido por el sistema legal, igualando al deudor con el acreedor. Ello parte a su vez de la idea según la cual frente a la desigualdad económica, frente a la desigualdad del poder, es la libertad la que esclaviza y es la ley la que libera” (p. 141).

Por lo tanto, el principio busca la protección del deudor como parte débil de la relación jurídica en base a que es oprimido por libre voluntad, y es el legislador quien debe reprimir dicha libertad. De lo cual, el autor continúa criticando que:

“la premisa de partida del principio favor debitoris es falsa. Parte del supuesto de que el deudor es débil y el acreedor es fuerte. En principio y como premisa de partida es absurda. En la mayoría de contratos uno es acreedor y deudor a la vez. Así, cuando el contrato es de prestaciones recíprocas uno es deudor y a la vez es acreedor. Uno debe algo y, a la vez, es acreedor de algo” (p. 142).

El autor llega a la conclusión de que el principio favor debitoris se encuentra errado en lo que respecta a la premisa de que el deudor es la parte débil en las relaciones jurídicas puesto que los sujetos contratantes son deudores y acreedores de algo al

mismo tiempo. Por ende no se puede hablar de la existencia de un desequilibrio contractual, partiendo de que el deudor es la parte débil y es a quien la ley debe su protección.

El derecho no es una ciencia estática sino que va cambiando con el paso del tiempo, por lo tanto la situación alguna vez vivida en la época romana, no es necesariamente determinante como para considerar que dicha situación de desigualdad entre los sujetos siga siendo la misma luego de más de dos mil años de progreso jurídico, puesto que, de manera más precisa, dicho principio:

“se configuró en el derecho romano, antes de la vigencia de la ley de la XII tablas, es decir que cronológicamente se estaría hablando de la época quiritaria, no queda forma de decir que en la actualidad una sea más débil económicamente que la otra” (García, Febrero 2012, Recuperado de: <https://www.carbonell-law.org/NuevoDiseno/consumo/revista67/articulos/Articulo3.html>)

En efecto, la idea de que el deudor de la relación jurídica principal se encuentra necesariamente en una posición de desventaja, es una idea errónea, puesto que no se puede tachar de pleno derecho al deudor como la parte débil en todas las relaciones jurídicas pactadas en el país. Puesto que como lo afirmaba Bullard, citado líneas atrás, cuando los sujetos contratan prestaciones recíprocas, son acreedores y deudores a la vez, puesto que debemos algo para recibir un bien con valor semejante y viceversa; de modo que siendo deudores y acreedores al mismo tiempo, la base que rige la naturaleza del Principio favor debitoris queda obsoleta.

3.1.2. La Manifestación de la Voluntad

Cabe indicar como concepto previo que uno de los considerandos esenciales del acto jurídico es la manifestación de voluntad, ya que la ausencia del mismo hace perder esencia del acto en sí, quedando solo como un hecho jurídico, mas no ante un acto jurídico. Pues bien, dentro de la doctrina del derecho existen diversas concepciones que le otorga la a la manifestación de voluntad , dentro de la corriente

española seguida por el tratadista *Manuel albaladejo*, nos dice que se considera como el acto normal y voluntario del ser humano, el hecho de querer expresar o manifestar la necesidad de celebrar un acto jurídico con el total pleno conocimiento de las ventajas y consecuencias que ello implique; se entiende y comprende que dentro de este concepto, las etapas que se dan dentro del proceso formativo de la manifestación de voluntad, tal como se puede ver a continuación (Albaladejo, 2015).

La expresión de la voluntad, como requisito propio y valedero del acto jurídico, es la consecuencia de muchas etapas que se dan dentro del proceso interno del hombre ya que va desde lo subjetivo, que quiere decir de la voluntad interna, hacia la voluntad hacia lo exteriorizado o externo esto quiere decir con respecto a su entorno social, donde adquiere importancia jurídica. Por ello existe una estrecha interrelación entre la voluntad con intención del sujeto y lo que está manifestando externamente (Albaladejo, 2015). Debido a la actitud asumida por el hombre, es donde adquiere la manifestación de la voluntad una vital importancia, ya que debido a esta se generan efectos jurídicos. Sin la manifestación de su concurrencia no podría darse el acto jurídico, por tanto, estaríamos sólo ante un hecho jurídico. Éste proceso voluntario es único y solo se puede dar con el resultado del propósito que tiene un individuo cuando determina el fin con la celebración del acto jurídico y para sus propios intereses. En primer lugar, debe existir una voluntad propia que nazca de la persona en forma previa, antes que exista la autonomía de la voluntad. En el mundo del derecho esta voluntad es trascendental, por tanto es válida si proviene de una persona que se encuentra en pleno uso de sus facultades y cuenta con capacidad decidir y expresar su voluntad, esta capacidad de la voluntad solo puede ser atribuida al ser humano (Albaladejo, 2015).

La manifestación de voluntad, es considerada para generar efectos jurídicos y pasar por determinadas fases en su proceso de formación, siendo éstos necesarios. Al respecto son el discernimiento, la intención y la libertad:

El discernimiento es la capacidad cognoscitiva que adquiere la persona para poder separar lo que interesa y dejar lo que no le interesa, lo bueno de lo malo, lo que aprecia, lo que valora, así podrá distinguir, diferenciar, valorar y a partir de ello podrá expresar su voluntad. Con el discernimiento la persona tendrá las cosas más claras y todo será más conveniente de acuerdo a lo que pueda emitir su voluntad y estar convencida que eso es lo que quiere y asumir el pleno conocimiento de las consecuencias jurídicas que determine tal decisión. El discernimiento permite la diferenciación entre lo “justo de lo injusto”, entre “el bien del mal”, se adquiere cuando la persona obtiene la capacidad de ejercicio, por cuanto se supone que al llegar a ese estadio cronológico de la edad, la persona que adquiere la racionalidad , en estos momentos está en condiciones de valorar y distinguir lo que está observando, diferenciando o apreciando, esto es solo una motivación para tomar una emisión de la voluntad (Albaladejo, 2015).

Con respecto a la intención de un ser, viene a ser el propósito deliberado de querer celebrar el acto jurídico, en pleno uso de sus facultades mentales y físicas con conocimiento absoluto de las consecuencias jurídicas de su realización. La persona debe estar encaminada a la obtención de la finalidad prevista de su intención. La intención es un fase del pensamiento de la persona que produce la voluntad y muchas veces se convierte en una fase adicional al discernimiento y esta permita la celebración del acto jurídico (Cusi, 2016).

Finalmente, la libertad, siendo un factor esencial dentro de la configuración de la manifestación de voluntad, a ella se le va a oponer la violencia o intimidación, donde en este último caso no se podrá decir de que existe libertad para emitir la manifestación de voluntad de manera válida. Podremos decir entonces que la libertad es la **capacidad que tiene el sujeto de poder elegir de manera libre, transparente y diáfana y, de este modo decidir la realización o no del acto jurídico.** (Cusi, 2016).

Dentro de las clases de manifestación de voluntad existen dos según Cusi (2016), la manifestación de la voluntad expresa y la manifestación de la voluntad tácita, las mismas que tienen sus propias características y particularidades a saber:

La manifestación de la voluntad expresa, es aquella manifestación de voluntad que es exteriorizada o realizada mediante el lenguaje oral, escrito o a través de cualquier medio directo que puede ser manual, mecánico, electrónico u otro análogo. La característica especial para la existencia de la manifestación de voluntad expresa es que ésta debe llegar de manera directa al destinatario. Asimismo que el emisor de una declaración de voluntad lo haga de manera escrita con su puño y letra y el destinatario acepte de la misma manera. También cuando para manifestar la voluntad se realice utilizando una máquina de escribir (medio mecánico), un teléfono, fax o el correo electrónico vía Internet (medio electrónico). Como se ha señalado, para que esta manifestación de voluntad sea considerada como expresa tiene que llegar de manera directa a su destinatario (Cusi, 2016).

Ejemplos:

- "A" celebra un contrato de compraventa con "B". En este ejemplo se observa que ambas partes han expresado su voluntad de celebrar el contrato (Cusi, 2016).
- "X" le envía un correo electrónico a "B" comunicando su deseo de celebrar un contrato de suministro (Cusi, 2016).
- "C" y "B" llegan a un acuerdo de que si se vence el contrato de suministro, la renovación tendrá que ser hecha expresamente (por escrito) por las partes (Cusi, 2016).
- "X" le manda una carta notarial a "Z" para que desocupe el bien inmueble debido a que el contrato de arrendamiento ya se venció.
- Debido a que el préstamo dinerario se venció y el deudor no pago, el acreedor manda una carta notarial para constituir en mora a su deudor.

Como ejemplo de manifestación de voluntad expresa recogida en el Código Civil, tenemos:

- La revocación expresa del testamento, cuando señala: "La revocación expresa del testamento total o parcial, o de alguna de sus disposiciones, sólo puede ser hecho por otro testamento, cualquiera que sea su forma" (Art.799° C.C.).
- En caso de la nulidad absoluta, donde señala expresamente que "el acto jurídico es nulo: cuando la ley así lo declare" (Art.219,inc.7).
- Las causales de anulabilidad se tiene que declarar de manera expresa (Art.799° C.C.).

Con respecto a la manifestación de la voluntad tacita, ésta se manifiesta a través de la voluntad es plasmada mediante ciertos comportamientos, actitudes, circunstancias o posturas que adquiere la persona, que demuestra indubitable y concreta, dan a entender la voluntad en determinado sentido propio. La manifestación de voluntad es innata en el ser, se lleva consigo mismo, el elemento conocido en la doctrina como "facta concludentia", es decir hechos o actos concluyentes que tiene un individuo y se manifiestan de manera idónea e inequívoca, sin tener que dudar al respecto, el sujeto resalta lo que está ejecutando estos actos jurídicos (Cusi, 2016).

Ejemplos:

- "A" entra a un supermercado y coge una gaseosa que va consumiendo, en este caso se ha de concluir el deseo de "A" de comprar la bebida (Cusi, 2016).
- "Z" entra a una librería y coge un cuaderno el cual empieza a llenar. De este hecho concluyente se entiende la voluntad de "Z" de comprar dicho cuaderno (Cusi, 2016).
- El caso del copropietario de un bien que lo vende si el consentimiento de los demás copropietarios quienes reciben del vendedor la parte proporcional del precio (Cusi, 2016).

- Quien arrienda un bien por seis meses a cambio de una renta mensual y recibe por adelantado 10 meses (Cusi, 2016).
- El que presta una determinada cantidad de dinero por un año contra el pago de un interés mensual y recibe el interés de dos años (Cusi, 2016).

En el Código Civil encontramos varios artículos donde a partir de su contexto se denota la existencia de manifestación de voluntad tácita, así por ejemplo (Cusi, 2016):

- En la revocación tácita cuando señala: “El testamento cerrado queda revocado si el testador lo reitra de la custodia del notario” (Art.804° C.C.).
- La revocación tácita del testamento ológrafo cuando señala: “El testamento ológrafo queda revocado si el testador lo rompe, destruye o inutiliza de cualquier otra manera (Art.804° C.C.).
- En conclusión, la manifestación de voluntad expresa y tácita se encuentran reguladas (Art.799° C.C.).

Es necesario traer a colación que las señales y gestos también formarían parte de la manifestación de voluntad de las personas, puesto que la voluntad del sujeto es exteriorizada y recibida por el segundo sujeto miembro de la relación jurídica, como afirma Cusi (2016):

““A” lanza una declaración de oferta a “B”, esté muy bien puede mover la cabeza de arriba hacia abajo, lo cual denotará que está aceptando, no obstante esta apreciación debe ser visualizada de manera directa por el emisor de la oferta “A” y, por lo tanto vendría a ser una manifestación de voluntad expresa”.

Como vemos en el ejemplo del doctor, por el simple hecho de obtener un gesto afirmativo, el segundo sujeto puede inferir que existe una aceptación por parte del primero y consecuentemente determinar que manifestó su voluntad en la medida que el segundo sujeto recibió un resultado a su propuesta.

Con respecto al silencio, la doctrina demuestra que éste posee un significado neutro, o mejor dicho, carece de significación. No obstante nuestro Código Civil Peruano

de 1984, mediante el artículo 142° otorga un significado al silencio⁶, con la salvedad de que la ley o el contrato en sí le otorguen un significado en concreto. Al respecto Cusi (2016), nos proporciona algunos ejemplos para comprender mejor la situación jurídica con respecto al silencio:

- Si el hijo ha nacido dentro del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución y el padre no niega al hijo, su silencio se interpreta como reconocimiento (Cusi, 2016).
- “A” y “B” acuerdan que si transcurrido 15 días “A” no devuelve el inmueble arrendado, se entiende que “A” continuara como arrendatario, renovándose automáticamente el contrato, por acuerdo de las partes (Cusi, 2016).
- El cliente de un banco que durante el plazo de 30 días de haber recepcionado su estado de cuenta que le ha remitido el banco, guarda silencio, este se tiene por aceptado (Cusi, 2016).
- El deudor de varias obligaciones que hace un pago sin expresar a que deuda debe hacerse la imputación, el pago se imputara a la deuda menos garantizada según el artículo 1259° del Código Civil, por mandato de la ley (Cusi, 2016).
- Si en un contrato de mutuo no se ha indicado en que momento el mutuante debe entregar el bien mutuado al mutuuario, se entiende que debe entregarlo al momento de celebrarse el contrato (Cusi, 2016).

Finalmente, cabe señalar que, tal y como existe manifestación de la voluntad sin la necesidad de ser expresada con palabras sino meramente con gestos, señales, o incluso con el mero silencio; la llegada de las nuevas tecnologías y en vista de que

⁶ Artículo 142°.-

El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

el Derecho es cambiante y mutable, hoy en día cabe la posibilidad incluso de validar o aceptar actos jurídicos haciendo uso de medios electrónicos, ópticos o análogos.

Así mismo, son los sujetos quienes se buscan entre sí, para obligarse y alcanzar los objetivos que necesitan, hacen uso de su autonomía de voluntad, sin que se les coaccione a realizar las prestaciones. La manifestación de voluntad que ellos expresan “no es una simple aspiración o simple deseo de que ocurra algo o no, sino que debe concebirse como una intención madura y definitiva de provocar efectos jurídicos” (Romero, 2008, p. 63-64), por lo que si la voluntad de los sujetos es la de obligarse a cumplir con las consecuencias de su morosidad, dicha manifestación de voluntad deberá respetarse en lugar de considerársele como una parte débil o fuerte en la relación jurídica a la cual se sometió voluntariamente.

Es en respeto de dicha libertad que se fundamenta la autonomía de la voluntad, que es base de cualquier acto jurídico pactado, en tanto no se vea coaccionada o se cometa un fraude, así pues “La libertad, es esencial en la manifestación de la voluntad, porque esta debe ser exteriorizada tal como el sujeto lo desea, desprovista de toda circunstancia que desnaturalice el discernimiento y la intención del sujeto” (Romero, 2008, p.64).

3.1.3. El Equilibrio Contractual

Habiendo determinado que la posición de los sujetos es la misma y en consecuencia no se les debe tomar de manera des equivalente, así como que la libertad de las partes es un hito clave para la formación de los actos jurídicos, es necesario hacer el mismo análisis con relación al objeto de la garantía y más precisamente respecto a la valorización del mismo, es necesario comprender el equilibrio contractual que debe existir entre los bienes objeto de las relaciones jurídicas.

Dicha teoría del equilibrio contractual “emerge en el siglo XX en la civilística francesa con el propósito de sustituir a la antigua expresión “equivalencia de las prestaciones” o “teoría del justo precio” elaborada por la doctrina canónica de la

Edad Media. La idea de equilibrio no pudo existir con anterioridad, dado que hasta el siglo XIX prevaleció el dogma de la autonomía de la voluntad” (López, 2015, p. 124). Así pues, “la Iglesia en esa época intenta corregir los excesos del Derecho Romano derivados de la ausencia de una teoría del justo precio, a través de dos vías complementarias: elaborar una teoría general, inexistente en esa época, y adaptarla a las exigencias de la moral cristiana” Fin-Langer (citado en López, 2015).

Como vemos, la Iglesia Canónica buscó solucionar ciertos excesos derivados de la ausencia de una teoría sobre la valoración justa de los bienes, como la práctica de la usura camuflada como pactos comisorios concertados en la época romana y que conlleva a que la figura del pacto comisorio se prohibiera, en vista a la ausencia de una justa valoración de los bienes materia de garantía.

Es por ello que, la Iglesia buscó solucionar dicha problemática instaurando la teoría del justo precio, y consecuentemente la reinscripción del pacto comisorio, al ámbito jurídico de los mecanismos de ejecución de garantías reales, bajo la modalidad de pacto marciano.

Ahora, sobre la forma de entender el equilibrio contractual en las relaciones jurídicas, nos explica el Doctor Talavera (2016) que éste:

“no debe entenderse como la equivalencia objetiva entre valores de las distintas prestaciones, sino como la equivalencia pactada y aceptada por las partes entre sus valorizaciones subjetivas y, por tanto, individuales de aquellas”. (p. 195-196).

A lo cual, la equivalencia contractual no versa específicamente sobre la valoración de las prestaciones, sino sobre la equivalencia que los sujetos busquen pactar y aceptar a su vez, de modo que bajo este pensamiento los sujetos contratantes se encuentran en pleno uso de su manifestación de voluntad así como de su libertad de contratar, sin que necesariamente uno se vea aplastado por el otro. Al respecto el autor continúa explicando que: “Dicha equivalencia incluye la asunción de ciertos riesgos por las partes. Esa es la esencia de la autonomía de la voluntad, principio sobre el cual se construye el equilibrio contractual”. (p. 196). Con ello, el autor deja entrever que los sujetos de la relación jurídica tienen el derecho de asumir los

riesgos que consideren necesarios para concretar el cumplimiento de sus necesidades las cuales adquieren el valor subjetivo que estos estén dispuestos a darles.

La idea en sí misma, no es dejar a los sujetos a su suerte, sino permitirles pactar los negocios que buscan, de manera que cumplan con asumir los riesgos a los que se someterían para evitar incurrir en responsabilidad. No obstante, nos recuerda también que el amparo de la ley no es en base una la ideología en la cual el deudor es necesariamente la parte débil de la relación, sino en los abusos y lesiones que puedan surgir de la misma, ya sea durante su iter negocial, la formación del contrato o su fase de ejecución.

Es por ello mismo que la legislación, ha creado la figura de las lesiones o de la inclusión cláusulas penales en los contratos, figuras que se encargan de velar por la protección de los sujetos, al cometerse algún tipo de abuso por parte de uno de ellos en detrimento del otro.

Con lo anterior, vamos comprendiendo que la ideología de considerar al deudor como la parte débil de la relación contractual es una asunción que no necesariamente es correcta en su totalidad, sino más bien al contrario. Del mismo modo, ocurriría con la forma de comprender el principio de equilibrio contractual, el cual no debería ser entenderlo como un equilibrio de las valorizaciones objetivas de los bienes, sino más bien del valor subjetivo que las partes den a las necesidades buscadas.

Es por ello que tratándose de una de las razones por las cuales se prohibió el Pacto Comisorio, la necesidad de amparar al deudor como parte débil de la relación jurídica, queda obsoleta ante principios y cuestiones que rigen el acto jurídico en sí mismo, no obstante, la ley posee remedios y cláusulas que subsanen los abusos que puedan llegarse a cometer por alguna de las partes.

3.2. Sistema De Ejecución De Garantías peruanas

Las garantías hipotecarias en el Perú están a favor del acreedor, este proceso se debe desarrollar en un tiempo corto, sin embargo, en nuestro no se puede decir lo mismo.

3.2.1 Proceso de cobranza bancaria

Cuando el deudor incumple con sus pagos a la entidad financiera, esta se comunica inmediatamente via teléfono o cartas a su domicilio para anunciar la morosidad y fechas próximas de cobro de la prestación. El objetivo principal es que el deudor se acerque a pagar sus cuotas, ya que existen diversas formas de refinanciar la deuda, que muchas veces podría ser ampliación de plazo y una disminución en la cuota de crédito.

Transcurrido el tiempo del refinanciamiento y el deudor no cumple con el nuevo cronograma de pago, el acreedor solicitará al deudor la puesta en venta de la garantía inmobiliaria a fin de que pueda cumplir con lo adeudado, dando el caso que muchas veces el acreedor ayuda con la venta, para que el deudor consiga el mayor precio posible por la venta de su bien para que honrre su deuda y le quede un saldo favorable.

El acto conciliatorio entre el acreedor y deudor será entre el primer día y el 150avo día de incumplimiento de pago y morosidad de los mismos, cabe destacar que el 90% de actos conciliatorio, se resuelven en esta etapa.

3.2.2. Proceso de vía extra judicial en materia de garantía hipotecaria

Existe la posibilidad de Ejecutar la Hipoteca extrajudicialmente, mediante la constitución de un Título de Crédito Hipotecario Negociable, el que viene siendo un Título Valor. Es mediante dicho título, que se puede pactar la ejecución

extrajudicial de la Hipoteca, con la cual se libera al acreedor endosatario del trámite de su realización en la vía judicial.

Este mecanismo, surge con el objetivo de beneficiar al acreedor puesto que mediante la vía judicial era difícil que el mismo recupere el dinero prestado, en lo que respecta a tiempo y costos, puesto que como bien sabemos la liquidez viene siendo en ocasiones mejor que la posesión de activos.

Cuando de una ejecución extrajudicial de la garantía hipotecaria se trata, quien se encarga de ejecutar la misma viene a ser una Empresa del Sistema Financiero Nacional, la que es designada a petición del tenedor del Título, ya sea por la realización del Protesto, o la verificación de la formalidad sustitutoria, mejor dicho, la constancia por falta de pago, en cuyo caso el Protesto se realizará incluso si se hubiera insertado la Cláusula de liberación de protesto.

Designada la Entidad que se encargará de la ejecución extrajudicial, se procederá a la venta directa del bien al mejor postor, claro está que para que sea considerado efectiva la ejecución deberá la misma atenerse al cumplimiento de lo prescrito en el Artículo 243° de la Ley de Títulos Valores⁷.

⁷ **Artículo 243.- Ejecución**

243.1 Protestado por falta de pago del crédito u obtenida la formalidad sustitutoria respectiva, que deberá obtenerse aun cuando se hubiera liberado de dicho trámite conforme al Artículo 52, procederá la venta directa del bien hipotecado, sin intervención de autoridad judicial, al mejor postor, siempre que el precio por el que se enajene no sea inferior al 75% (setenticinco por ciento) de la valorización señalada en el título y la venta se confíe a una empresa del Sistema Financiero Nacional autorizada a operar comisiones de confianza o fideicomisos, distinta al ejecutante. Sin embargo, el tenedor podrá optar por solicitar la ejecución judicial de la hipoteca, conforme al Código Procesal Civil.

243.2 La facultad de venta que se confíe a una empresa del Sistema Financiero Nacional conforme al párrafo anterior, tiene carácter irrevocable y se mantendrá vigente hasta la extinción del gravamen según lo dispuesto por el Artículo 244. No es de aplicación a la naturaleza irrevocable de esta facultad el límite del plazo a que se refiere el Artículo 153 del Código Civil. Ante el impedimento o imposibilidad de la empresa designada, a petición del tenedor, la Superintendencia designará a la empresa que se encargará de la venta directa.

243.3 En el caso de haberse pactado el pago del crédito representado por el Título de Crédito Hipotecaria Negociable en armadas o cuotas, la falta de pago de una o más de ellas faculta al tenedor a dar por vencidos todos los plazos y a exigir el pago del monto total del título; o, alternativamente, exigir las prestaciones pendientes en las fechas de vencimiento de cualquiera de las siguientes cuotas o, inclusive, en la fecha de la última armada o cuota, según decida libremente dicho tenedor. Para ese efecto, bastará que logre el correspondiente protesto o formalidad sustitutoria en la oportunidad del incumplimiento de cualquiera de dichas armadas o cuotas, sin que afecte su derecho no haber efectuado tal protesto o formalidad sustitutoria correspondiente a las anteriores o cada una de las armadas o cuotas.

Procederá la venta del bien sólo si:

- El Precio no sea menor del 75% de la valorización señalada en el título.
- La venta se confía a una Empresa del Sistema Financiero Nacional que se encuentre autorizada y además sea distinta al ejecutante.
- El tenedor podrá optar por solicitar la ejecución judicial de la Hipoteca.

La facultad de venta que se confíe a una empresa del Sistema Financiero Nacional, es de carácter IRREVOCABLE, característica que se encontrará vigente hasta la extinción del gravamen. Cabe señalar que no es aplicable el límite de plazo de 01 año, al que se refiere el Artículo 153° del Código Civil.

Es menester acotar también que, ante el impedimento de la empresa seleccionada, la Superintendencia designará a la empresa que se encargará de la venta.

Ahora, para inscribir en el Registro ya sea el Levantamiento de la Hipoteca, así como el derecho de propiedad del adquirente del inmueble, es suficiente con:

- La constancia del remate haya sido efectuada por el poder judicial o por la entidad.
- La devolución del título valor no endosado o debidamente cancelado.

En cuanto al supuesto en el cual, el producto de la venta del bien hipotecado no cubre el monto total del crédito, el Juez o la Empresa del SFN deberán dejar constancia en el mismo documento, que el tenedor del TCHN tendrá Acción Cambiaria, contra el primer endosante por el saldo resultante.

Como vemos, el TCHN viene siendo una alternativa extra a los mecanismos de ejecución de la garantía hipotecaria, el cual no solo permite manejar la ejecución de la misma, lejos del ámbito judicial, sino que también, una vez emitido, no se podrán constituir nuevas Hipotecas sobre el inmueble. Cabe resaltar que ello no impide que el acreedor pueda transferir su derecho a través del endoso.

243.4 Si con el producto de la venta del bien hipotecado no se cubre el monto total del crédito garantizado que señale el título, el juez o la empresa del Sistema Financiero Nacional encargada de su venta dejarán constancia de ello en el mismo documento, en cuyo mérito el tenedor del Título de Crédito Hipotecario Negociable tendrá acción cambiaria contra el primer endosante por el saldo resultante.

A pesar que el TCHN, aparentemente es de fácil ejecución, su puesta en práctica en el sistema financiero no tuvo acogida, ni se desarrolló plenamente, por la incertidumbre que este proceso desjudicializado sea atendido por un juez con respecto a la demanda que el deudor puede entablar para judicializar su proceso.

3.2.3. Proceso de ejecución judicial de la garantía hipotecaria (PEJGH)

Como vimos el mecanismo extrajudicial solo puede ser accesible mediante la elaboración previa de un Título Valor, en el caso del Proceso Judicial ocurre al revés.

Dicho proceso inicia con la admisión de la demanda de Ejecución de la Garantía Hipotecaria, a la cual solo llegamos como vimos también al existir una imposibilidad del cumplimiento de la Obligación luego del Proceso de Cobranza Bancaria. Ingresada la demanda, se notifica al demandado, el que tendrá un periodo de 03 días para contestar o pagar según lo prescrito por el Código Procesal Civil⁸.

De no responder o no pagar, se procede con la Tasación y el Remate del Bien. En el caso de que el Ejecutado contradiga la demanda, de ser declarada infundada su contradicción, según el CPC, e procederá de igual modo con la Tasación y el Remate.

Cabe resaltar que, si el valor del Bien es menor al valor de la deuda, la ejecución del Bien proseguirá dentro del mismo o de diferente proceso.

Con respecto a la Ejecución Forzada existen 02 formas de ejecutarlas: el Remate y la Adjudicación, de los cuales teóricamente, tanto hipoteca como la garantía mobiliaria son capaces de pasar por ambos, lo cual llega a ser una sorpresa dado que la hipoteca no admite pacto comisorio. Bueno, no necesariamente se llega a la adjudicación en la Hipoteca con mucha facilidad, y de hecho se llega a ella bajo un

⁸ **Mandato de ejecución.** -

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

panorama sumamente específico, bordando lo absurdo, situación que ya explicaremos más pronto que tarde.

Dicha Ejecución Forzada solo concluirá con el pago íntegro al ejecutante con el producto del remate o de la adjudicación, o si se llegara a pagar tanto el íntegro de la obligación, más los intereses exigidos, como las costas y costos del proceso, ello antes de que se dé la Ejecución como bien lo especifica el CPC⁹.

3.2.3.1 La Tasación en el PEJGH

La tasación¹⁰, será ordenada por el Juez mediante la Resolución Judicial que Ordena la Ejecución, mediante la cual el mismo, nombrará 02 Peritos, así como el plazo dentro del cual deberán presentar su dictamen. Cabe resaltar que el Juez tiene la capacidad de aprobar o desaprobar el dictamen de los peritos, así como ordenar nuevo dictamen por los mismos u otros peritos.

La tasación no viene siendo necesaria si las partes, previamente convinieron el valor o el valor especial del bien en casos de ejecución forzosa; claro está que el juez debe dar su conformidad, así pues, el mismo tiene el poder para pedir se actualice dicha información ya sea de oficio o a petición de parte, tal y como lo prescribe el CPC.

En la misma medida, la tasación no vendría siendo necesaria cuando el bien afectado es dinero o tiene cotización en el mercado de valores. En estos casos, el Juez nombrará un agente de bolsa o corredor de valores para que los venda.

⁹ **Conclusión de la ejecución forzada.** -

Artículo 727.- La ejecución forzada concluye cuando se hace pago íntegro al ejecutante con el producto del remate o con la adjudicación, o si antes el ejecutado, paga íntegramente la obligación e intereses exigidos y las costas y costos del proceso.

¹⁰ La tasación es un informe técnico que implica un compromiso con lo sostenido en él, por parte de los profesionales que lo elaboran. Por lo tanto, un documento que contiene una información referencial de mercado, no puede ser considerado como tasación, máxime si en este mismo documento se menciona que se “deberá practicar una valoración cuando se adjudique el bien y se permita su inspección”; el subrayado es nuestro.

Exp. N° 1411-2002, 4ta Sala Civil de Lima 27-08-2002 (LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, jurisprudencia actual, Lima, 2005, T. 6, p.806).

Así pues, la tasación se pone en conocimiento de los interesados, dándoles un periodo de 03 días para que lo observen, concluido dicho periodo el Juez aprueba o desaprueba la tasación; de desaprobarla ordena una nueva, decisión que es de carácter INIMPUGNABLE, según lo prescrito por el CPC¹¹.

En sí, la Tasación viene siendo la operación previa al remate que en realidad es parte del mismo, según el Código, solo que para motivos prácticos lo hemos explicado en diferentes apartados.

3.2.3.2. El Remate en el PEJGH

De ser aprobada o innecesaria la Tasación, el Juez convocará a Remate, la cual se efectuará por medio del REM@JU¹², o por sus siglas Remate Judicial Electrónico. Dicho Remate deberá ser realizado por Martillero Público habilitado; en caso escasearan los martilleros públicos en la localidad del mueble o inmueble, el Juez hará las veces de martillero, no obstante, de encontrarse fuera de su competencia, el mismo podrá comisionar al del lugar para tal efecto¹³.

Así pues, el Juez fijará los honorarios del Martillero, los que, en caso de subastarse, serán pagos por parte del comprador del bien. Una vez fijado el Martillero y sus

¹¹ **Observación y aprobación.** -

Artículo 730.- La tasación será puesta en conocimiento de los interesados por tres días, plazo en el que pueden formular observaciones. Vencido el plazo, el Juez aprueba o desaprueba la tasación. Si la desaprueba, ordenará se realice nuevamente, optando entre los mismos peritos u otros.

El auto que desaprueba la tasación es inimpugnable. El subrayado es nuestro.

¹²

<https://remaju.pj.gob.pe/remaju/index.xhtml?jsessionid=ON5nHxldildHKxejO318mkJVieXRPrLP6LAY9j2Y.P-Nodo5:SRemaju7-3>

¹³ **Convocatoria.** -

Artículo 731.- Aprobada la tasación o siendo innecesaria ésta, el Juez convocará a remate fijando día y hora y nombrando al funcionario que lo efectuará, de ser el caso.

El remate de inmueble lo efectuará el Juez en el local del Juzgado; y el de mueble lo hará un martillero público en el lugar en que se encuentre el bien.

Excepcionalmente, por las circunstancias del caso, el Juez, de oficio o a pedido de parte, puede efectuar el remate

del mueble, fijando el lugar de su realización. Si el mueble se encuentra fuera de su competencia territorial, puede

comisionar al del lugar para tal efecto.

honorarios, la convocatoria del remate se realizará en un periodo de 03 días en caso de bienes muebles y en un periodo de 06 de tratarse de bienes inmuebles.

Como vemos la fecha del remate puesta a conocimiento del público, configurará una subasta, para la cual se presentarán Postores en busca de que los bienes puestos en subasta continúen circulando en el mercado. No obstante, para poder calificar como “Postor” deberán cumplir con ciertos requisitos formales.

Antes del Remate quien quiera ser postor en el mismo deberán depositar el 10% o más del valor del bien o bienes, ya sea mediante un cheque de gerencia girado a su nombre o en efectivo, así pues, quedan exentos al depósito tanto el ejecutante como el tercero legitimado. Debemos hacer la salvedad que el Ejecutado no puede ser postor.

Del mismo modo, los postores no beneficiados, o en otras palabras quienes no ganen el o los bienes puestos en subasta, se les devolverá el íntegro de la suma depositada.

Cumplido el Remate, el funcionario adjudicará el bien al mejor postor, concluyendo la reunión con el Acta de Remate. Una vez depositado el precio el Juez deberá transferir la propiedad del bien inmueble; ahora, en caso de bienes muebles, la entrega es inmediata.

Con respecto al importe del Remate, el mismo deberá ser depositado en el Banco de la Nación al orden del Juzgado, a más tardar al día siguiente de realizado el remate.

En caso de inmuebles como de muebles que se encuentran registrados en SUNARP, la transferencia de la propiedad de los bienes será efectiva una vez el juez ordene un “Auto de inscripción”, mediante el cual queda sin efecto cualquier gravamen del bien, además de las cargas o derechos de uso o disfrute que se hayan inscrito después del embargo o hipoteca.

Finalmente, el ejecutado o el administrador del inmueble dispone de 10 días para entregar el bien bajo apercibimiento de lanzamiento.

3.2.3.3. Reporte de Estabilidad Financiera

Todo mercado financiero está protegido por los derechos de los acreedores, cuando incumple el deudor, el acreedor debe de recuperar su inversión mediante la ejecución del bien, puesto en garantía. En nuestro país, el actual Régimen de Garantías Mobiliarias (GM) está regulado por el Decreto Legislativo N° 1400 (publicado el 10 de setiembre de 2018), que derogó la Ley N° 28677, esta Ley, permite el proceso de conciliación extrajudicial que facilita los procesos de venta de garantías mobiliarias sin llegar a un juicio.

3.2.4. Constitución y Registro de la Garantías Mobiliaria

La Garantía Mobiliaria se constituye mediante un acto jurídico escrito, documento que evidencia la manifestación de voluntad de las partes, formalizándose por medio de escritura pública, firmas legalizadas, firmas digitales o firmas manuscritas, según lo determinen las partes. En el caso de la Garantía Mobiliaria posesoria, se constituye en el momento en que el deudor entrega la posesión del bien al acreedor.

Este registro de Garantía Mobiliaria, garantiza seguridad jurídica a las partes, ya que por medio de dos filtros que se da, tanto por el notario y por el registrador, se verifica con certeza la identidad de las partes, inscribiéndose en el Registro de Bienes Inmuebles, SUNARP, que asume el contenido en la partida registral.

3.2.4.1. Proceso de Ejecución de las Garantías Mobiliarias

Si el deudor incumpliera, este proceso se puede dar a través de:

- a) La Venta extrajudicial: El acreedor puede enajenar el predio, aunque este no cuente con la posesión del inmueble sub Litis, si procede la venta, es deber del deudor dar el bien al tercer adquirente. siendo suficiente para dicho acto jurídico de compra venta, que el acreedor justifique la existencia de la garantía mobiliaria.

- b) La adjudicación del bien por el acreedor: La adjudicación del bien por parte del acreedor o también conocida como Pacto Comisorio, podemos hallarla regulada en el Artículo 53 de la Ley de Garantía Mobiliaria. En la ley se determina que, producido el incumplimiento, el acreedor que desee adjudicarse el bien en GM deberá comunicar notarialmente al deudor y al representante el monto detallado de la obligación garantizada no pagada y el valor del bien mueble afecto en GM acordado por las partes¹⁴.

Tal y como lo determina la norma, el pacto comisorio es un acto jurídico válido en materia de constitución de Garantías Mobiliarias, el cual debe

¹⁴ Artículo 53°.- Adjudicación del bien por el acreedor

53.1 Es válido que las partes acuerden que el acreedor garantizado pueda adjudicarse la propiedad del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. Para la validez del pacto se requiere, bajo sanción de nulidad, incluir el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes y, además otorgarse el poder a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo.

53.2 Producido el incumplimiento, el acreedor garantizado que desee adjudicarse el bien mueble afecto en garantía mobiliaria deberá comunicar notarialmente al deudor y al representante a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo, así como, de ser el caso, al constituyente y al depositario, el monto detallado de la obligación garantizada no pagada y el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria acordado por las partes.

53.3 Si el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria fuera menor que el monto de la deuda, el acreedor garantizado podrá exigir el saldo mediante la emisión de un título con mérito ejecutivo o en la vía del proceso de ejecución.

53.4 Si el valor del bien mueble afecto en garantía mobiliaria fuere mayor que el monto de la deuda, el acreedor garantizado deberá pagar la diferencia al representante a que se refiere el numeral 53.6 de este artículo, dentro de un plazo de diez días de recibida por el deudor la comunicación mencionada en el numeral 53.2 de este artículo. Vencido dicho plazo sin pagarse la diferencia, el deudor podrá exigir en la vía sumarísima el pago de una multa no menor de cinco veces la diferencia, más intereses y gastos. Todo pacto que fije un monto inferior, es nulo.

53.5 Cuando el acreedor garantizado pretenda adjudicarse el bien mueble afecto en garantía mobiliaria de conformidad con este artículo, dicho acreedor garantizado deberá cancelar o pagar el crédito de los acreedores garantizados que lo preceden en el rango o consignar su importe al Juez. Si hubiese gravámenes posteriores, los acreedores garantizados cancelarán su crédito con cargo a la diferencia prevista en el numeral 53.4 de este artículo. Para este efecto el representante a que se refiere el numeral 53.6 cumplirá con consignar judicialmente el monto a que se refiere el numeral 53.4 de este artículo.

53.6 Al momento de pactarse la posibilidad de adjudicación del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, las partes deberán otorgar poder específico e irrevocable a un representante común para que en caso de incumplimiento proceda a suscribir la documentación necesaria para la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. En ningún caso el representante podrá ser el propio acreedor garantizado. El poder constará en el formulario de inscripción y se inscribirá conjuntamente con el pacto. Para estos efectos no resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 153° del Código Civil. Es requisito de validez para efectos de transferir la propiedad del bien mueble gravado a favor del acreedor garantizado, que éste pague al representante la diferencia de valor o la multa previstos en el numeral 53.4 que antecede.

53.7 El representante expedirá una constancia de adjudicación para los efectos tributarios correspondientes.

respetar la solemnidad prescrita por la norma, la cual tal y como lo específica Cortez Pérez (2012) “es requisito de validez del acto jurídico y su inobservancia invalida a éste”. Asimismo, es que se prescribe en el apartado 53.1 del artículo que se requieren 3 requisitos mínimos al momento de la constitución de la garantía para que el acreedor pueda adjudicarse la propiedad: la inclusión del valor del bien mueble, que dicho valor sea acordado por las partes y finalmente el otorgamiento de un poder específico e irrevocable a un representante común.

Una vez se haya producido el incumplimiento de la obligación primigenia, se requiere una comunicación notarial por parte del acreedor al: deudor, y al representante, de existir constituyente y depositario, también deberán ser notificados; pero dicha carta notarial que deberá incluir el monto detallado de la deuda, así como el valor del bien gravado.

Con respecto a la variación entre el valor del bien y el monto de la deuda existen la norma nos postula dos posibilidades:

b.1) Cuando el valor de la deuda excede el valor del bien: Como bien podemos apreciar en el siguiente gráfico, cuando el valor de la deuda excede el valor del bien garantizado, dicho excedente aún continúa siendo exigible por parte del acreedor; para lo cual el acreedor deberá solicitar la emisión de un Título con Mérito Ejecutivo vía proceso de Ejecución.

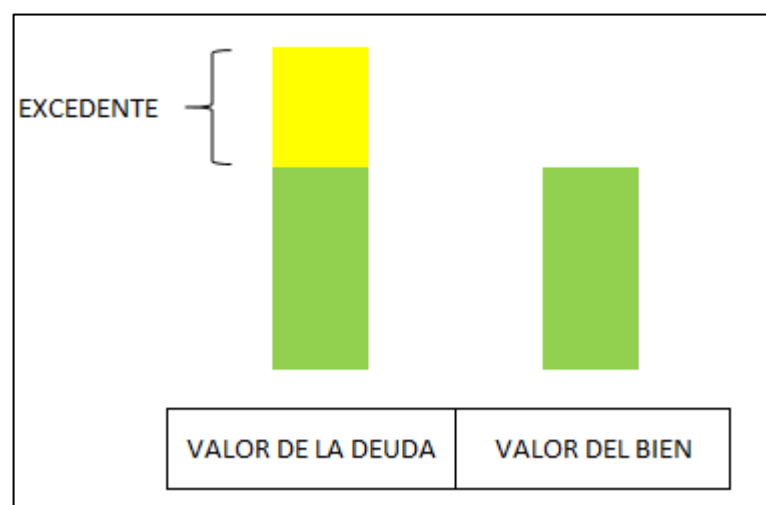


Gráfico de Elaboración propia

b.2) Cuando el valor del bien es mayor al de la deuda: Ahora, cuando el valor del bien excede al monto de la deuda, el acreedor deberá comunicar del hecho al representante mediante una carta notarial, una vez vencido el plazo el deudor podrá exigir vía sumarísima que se haga efectiva una multa no menor de 05 veces la diferencia, más los intereses y gastos. Cabe añadir, que resulta nulo todo pacto en que se fije un monto inferior al señalado.

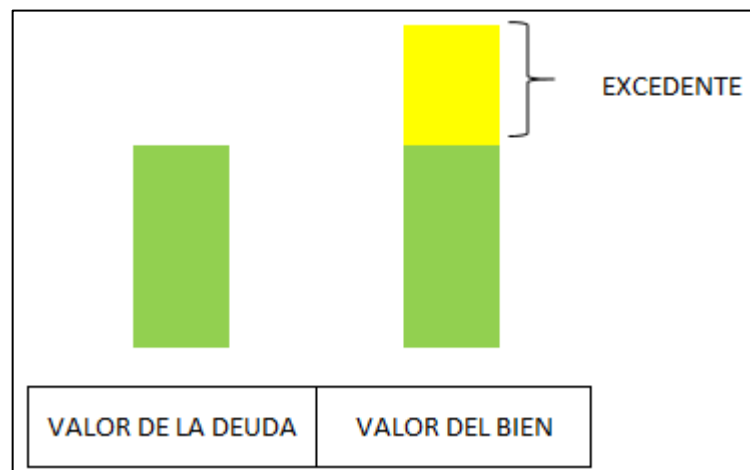


Gráfico de Elaboración propia

Con respecto a la adjudicación del bien, el acreedor garantizado deberá cancelar o pagar a los acreedores que lo preceden en rango o consignar su importe al juez. Del mismo modo la norma nos postula dos posibilidades al respecto: pueden existir gravámenes precedentes o posteriores con respecto al mismo bien. Respecto a los gravámenes precedentes: el acreedor deberá cancelar o pagar los créditos que lo precedan; mientras que con respecto a los gravámenes posteriores: los acreedores garantizados cancelaran su crédito con el excedente que explicamos en el punto b.2) de este mismo apartado.

Así pues, es necesaria la constitución de un representante en común, el cual deberá ser infundido con un poder específico e irrevocable, para que suscriba la documentación necesaria para la transferencia del bien; cabe señalar que como requisito de validez el acreedor deberá pagar a dicho representante con la diferencia del valor o de la multa previstos en el punto b.2) de este mismo apartado.

Cabe señalar que el formulario de inscripción de la garantía que proporciona SUNARP se detallará el poder al representante. Del mismo modo, es menester destacar que dicho poder no contiene el límite impuesto por la norma de 01 año de validez¹⁵.

Finalmente el representante deberá formular una constancia de adjudicación para que SUNAT pueda ejercer todos los efectos tributarios correspondientes.

- c) La venta judicial: Es regulado por el Código Procesal Civil el cual establece que el proceso de ejecución de la Garantía Mobiliaria es de la misma naturaleza. En los dos primeros procesos de la Garantía Mobiliaria, el acreedor debe otorgar poder específico a un tercero para que realice y formalice la transferencia del bien.

3.2.4.2. Situación actual de la Garantía Mobiliaria en el sistema financiero

Con el objeto de negociar con el acreedor en caso de incumplimiento de pago, las empresas del sistema financiero (ESF), requieren a sus clientes sus garantías mobiliarias no para perjudicarlos ni para ejecutárselas, sino para aumentar su capacidad de negociación, en caso que no cumplan o tal vez cuando el cliente no cuente con un buen historial crediticio.

Las Garantías Mobiliarias más usadas son los depósitos (a la vista o a plazo), cuando los clientes son personas naturales y los vehículos y maquinarias de mayor valor, cuando los clientes son empresas.

¹⁵ Artículo 153º.- Poder Irrevocable:

El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero. El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año.

3.2.4.3 La Inscripción de las Transferencias por Adjudicación en el registro vehicular conforme la Ley de Garantías Mobiliarias

Evolución de la legislación del título de crédito hipotecario negociable:

El título de Crédito Hipotecario es nuevo en el Perú, ya que este título, no ha sido establecido por otros ordenamientos extranjeros. Se ha regulado por medio de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, diversos tipos de figuras jurídicas con el objeto de facilitar el mercado dinerario, en los cuales se encuentran Letras hipotecarias, instrumentos hipotecarios, seguidamente se creó el certificado de crédito hipotecario endosable, el cual no tuvo éxito, luego se creó el Título de Crédito Hipotecario Negociable, como reemplazo al certificado hipotecario endosables y también con el fin de proteger las transacciones del sistema financiero, el mismo que se encuentra estipulado en la Resolución SBS N° 685-2007 (31.05.2007).

3.3. Admisión del Pacto Comisorio en la Hipoteca

Habiendo determinado que la prohibición del Pacto Comisorio en la Hipoteca por parte del cumplimiento del principio *favor devitoris* se ve obsoleto en tiempos actuales, continuamos investigando si en base a las mismas razones que el legislador postuló para la incorporación del pacto en la Garantía Mobiliaria se podrían aplicar también en el caso de la Hipoteca; alcanzando de esta manera una uniformidad con respecto al pacto comisorio en las Garantías Peruanas.

No obstante, hay una cuestión de suma importancia que tenemos que analizar primero, y es que como analizamos en el primer capítulo las características del Pacto Comisorio no coinciden del todo con las características de la Adjudicación Directa que se permite actualmente en el Decreto Legislativo N° 1400. Con ello, tenemos la sospecha de que quizá la

ley no se refiere al Pacto Comisorio propiamente dicho, sino más bien, a alguna figura similar

3.3.1. El Pacto Marciano

El Pacto Marciano es denominado de dicha manera debido a que un Jurisconsulto romano poseía el mismo nombre: En la cual, la prenda y la hipoteca en caso de no pagarse la deuda dentro del plazo establecido, el acreedor pueda poseer el bien por derecho de compra, estimando un justo precio. Así lo dispusieron por rescripto los emperadores Septimio Severo, de consagrada memoria, y Antonino Caracalla. Frente a aquellos que consideraban que el pacto comisorio estaba prohibido en todo caso.

Una parte de la doctrina considera que, el enriquecimiento producido injustamente, que se pretende esconder por medio de la prohibición del pacto comisorio, se podría evitar si se establece un sistema de valoración del bien de manera que, si dicho valor supera el importe de la deuda garantizada e incumplida, el acreedor debe abonar al deudor la diferencia.

El pacto marciano se puede comprender como aquel pacto que consiste en la facultad de que tanto el deudor como el acreedor establezcan que en el caso de que el deudor no cumpliera con su obligación al término del plazo, el acreedor previa justa estimación pasara a tener la propiedad del bien o cosa. Además dicho pacto era válido si se cumplía con el principio de proporcionalidad entre la prestación debida y el valor del objeto de la garantía. Según Albaladejo quien señala que “el pacto ha sido históricamente rechazado por haberse estimado que podía cobijar inmoralidad y abuso (...) pero el principal peligro de abuso e inmoralidad en el pacto marciano no reside en el mecanismo en sí, sino en el peligro de su falta de objetividad por establecerse en el momento de nacimiento de la obligación y poder encontrarse el deudor en situación de necesidad de crédito(...)por lo que no hay duda es de que si para evaluar la cosa gravada

existen medios objetivos y seguros, de forma que su precio pueda fijarse al incumplimiento de la obligación, no existe razón para rechazar dicho pacto”.

A su vez, un punto en contra que se plantea establece que el pacto marciano debe ser establecido en el origen de la obligación, ya que se tiene como presupuesto la situación de angustia en la que se encuentra el deudor y que la aceptación del crédito supone el ofrecimiento de la garantía, otra consideración del pacto comisorio es que al momento de constituir el préstamo a una persona, la consecuencia lógica es que el futuro acreedor trate de garantizar la devolución de la prestación, para que, en el hipotético caso de que la obligación se incumpla, no genere agravio alguno en el acreedor, el mismo que se dispondría a la satisfacción de su interés al recobrar por medio de la garantía lo adeudado.

Por otro lado, para que dicho pacto genere los efectos correspondientes la obligación tiene que haber vencido, en este momento decisivo se procederá a la realización de la estimación comentada en la definición que requerirá la presencia de un tasador, el mismo que podrá fijar el valor del bien en un valor real del mercado, el cual prevalecerá en caso de contradicción con el valor inicial.

3.4. Regulación del pacto Comisorio y Marciano en el Perú: el código civil y la Ley de garantía mobiliaria

En los artículos 1111 y 1130 del Código Civil Peruano que regulan el pacto comisorio estableciendo que las posibilidades de satisfacción de una obligación incumplida quedan limitadas, dichas limitaciones prescritas en el artículo 53 por el cual se regula el pacto de adjudicación por el cual el acreedor puede obtener la propiedad del bien objeto de garantía siempre y cuando la prestación haya sido incumplida son:

a) En el acto constitutivo se debe incluir el valor del bien dado en garantía.

b) Debe otorgarse poder a tercero quien suscribirá lo necesario para hacer efectiva la transferencia del bien, en ningún caso podrá ser el acreedor

c) El acreedor que pretenda adjudicarse el bien dado en garantía deberá comunicar notarialmente al deudor el valor del bien y el monto no pagado de la obligación

d) En caso de que el valor del bien sea superior al de la obligación el acreedor deberá reembolsar al deudor el saldo, caso contrario deberá pagar una multa.

En lo que respecta al pacto marciano no hemos encontrado regulación alguna que la trate tal como la concebimos.

3.5. Sistema de ejecución de garantías en el Perú y su eficiencia

Según Martín Mejorada “Las garantías tienen como propósito fundamental asegurar el cumplimiento de las obligaciones. Su fin último es la satisfacción del acreedor en condiciones semejantes a las de pago ordinario. Una garantía cumple su función si logra que el acreedor quede tan satisfecho como si se hubiera producido el cumplimiento normal de la obligación. Por ende, si las garantías no logran este propósito no son garantía de nada, y de muy poco servirán los otros aspectos del sistema que hayan sido bien concebidos”.

Debido a que la fórmula de ejecución extrajudicial no implica emplear violencia contra el deudor, no hay motivo alguno para llevar el tema al Poder Judicial.

Cuando se genera el incumplimiento de la obligación el acreedor y deudor tratan de llegar a un acuerdo antes de proceder a la vía judicial por medio de

un proceso ejecutorio, sin embargo, hay situaciones en las que si es necesario recurrir a esta vía para la cual existen algunos requisitos como son que se haya dado la falta de cumplimiento de la obligación, ya que procede a ser ejecutable dicha garantía cuando el otorgante incumpla, situación que se evidencia en el acuerdo que se da entre las partes contratantes o en el derecho aplicable quien determina si el deudor ha incurrido en impago y si procede recurrir a la vía judicial ejecutoria.

El proceso de ejecución se constituye como una garantía real que afecta tanto a los deudores como a los acreedores y a los terceros que pueda llegar a adquirir el bien, por dicha razón se establece como un segundo requisito que el acreedor posea buena fe y buen sentido comercial, ya que de no obrar con dicha disposición este se verá obligado a resarcir a las personas perjudicadas por todos el perjuicio ocasionado, por ejemplo si el acreedor no actuara con buen sentido comercial al disponer de los bienes y como consecuencia logra conseguir una cantidad menor a la que hubiera obtenido si hubiera obrado con buen sentido comercial este es responsable por los daños y perjuicios causados ante las personas afectadas.

El proceso ejecutorio se inicia a instancia de parte, es decir dicha vía procede por la libertad de los contratantes más no como medida impositiva del Estado y cuando el deudor incumple con su obligación y trata de hallar un medio para poder cumplir con la prestación, lo más probable es que se recurra dicha vía judicial, sin embargo existen casos en los cuales el deudor impugna el mismo hecho del impago alegando lo contrario o la suma que ha plateado el acreedor en su pretensión.

Por dicho proceso las partes contratantes conceden a los jueces a su vez la facultad de que estos puedan aceptar, rechazar o modificar el modo de la ejecución de la prestación, con el fin de garantizar el cumplimiento de la obligación y de la ley. Por tanto, el objetivo de esta vía es habilitar al acreedor para que cobre el monto que se le adeuda.

El acreedor que obtenga una sentencia a su favor tendrá la facultad de ejecutarla sobre los bienes embargables del deudor, sin embargo, si el

derecho del deudor sobre esos bienes se encuentra limitado de alguna manera, la ejecución también se verá demarcada de la misma forma, por tanto, el acreedor podrá ejecutar la garantía real únicamente en relación a los derechos que el deudor posea sobre los bienes gravados.

Habiendo explicado de manera detallada lo que viene siendo el pacto marciano, podemos caer en la cuenta que lo regulado por la ley de garantía mobiliaria no viene siendo el pacto comisorio en sí mismo, sino el mismísimo pacto marciano, puesto que si retomamos todo lo investigado con respecto al sistema de ejecución de adjudicación directa en la presente tesis, podemos caer en cuenta de que el legislador ha buscado una regulación de pacto marciano.

Como vemos es notorio que cuando la ley habla de Adjudicación del bien por parte del acreedor, se refiere al pacto comisorio; no obstante al comprender lo establecido a lo largo del artículo 53 de la ley notamos características importantes del pacto marciano como lo es que el artículo gire sobre la valorización del bien, así como de la devolución del excedente, si es que lo hubiese.

Si bien es cierto, el pacto marciano es una modalidad de del pacto comisorio, éste no posee los perjuicios que posee su antecesor de modo que resulta una modalidad de ejecución de las garantías con carácter menos gravoso y de rápida ejecución para la celeridad de la circulación de los bienes en la economía del país, que es lo que buscó desde un inicio el Ministerio de Economía y Finanzas al momento de expedir el documento de trabajo que dio origen a la Ley de Garantía Mobiliaria.

Con el desarrollo de éste último capítulo, caemos en la cuenta de que el principio *favor debitoris* al tener la finalidad de amparar al deudor como parte débil de la relación jurídica, queda obsoleta ante principios y cuestiones que rigen el negocio jurídico en sí mismo, no obstante, la ley posee remedios y cláusulas que subsanen los abusos que puedan llegarse a cometer por alguna de las partes.

Asimismo, caemos en la cuenta que lo admitido por el Decreto Legislativo 1400 viene siendo el Pacto Marciano, el cual si bien es cierto proviene del Pacto Comisorio, no involucra ningún tipo de desventaja para el deudor como su predecesora, sino al contrario dotándose de requisitos que vuelven más justa la ejecución de la garantía al conseguir la equivalencia entre el valor de la deuda y el valor del bien.

Con ello caemos en cuenta de que existe la posibilidad de admitir el Pacto Marciano como un Mecanismo de Ejecución de la Garantía Hipotecaria, puesto que dicha figura superó las razones de prohibición que aplicaban a su predecesora.

CONCLUSIONES

1. La necesidad de una regulación uniforme no vendría a ser específicamente una solución a la dualidad de tratamiento que actualmente existe con respecto al pacto comisorio en nuestro país, no obstante podría configurarse dicha uniformidad en base a una consecuencia de admitir al pacto en las hipotecas, en base a que hemos logrado destacar que lo regulado en la ley de garantías mobiliarias no es el pacto comisorio en sí mismo, sino la modalidad del pacto marciano, la cual no es tan gravoso como lo era su antecesor.
2. Con el análisis de los fundamentos tradicionalistas para prohibir el pacto en la hipoteca, así como con los fundamentos con los que se le admitió en la Garantía Mobiliaria, logramos acreditar la existencia de una dualidad de tratamiento en las garantías peruanas con respecto al pacto.
3. Finalmente, concluimos que los fundamentos mediante los cuales se prohibió el pacto, han quedado obsoletos puesto que a la actualidad no existe mayor diferencia de poder entre acreedor y deudor, y no solo ello sino que concluimos que no se trata en sí del Pacto Comisorio sino del Pacto Marciano; alzándose los fundamentos de admisión del pacto comisorio (en su modalidad de pacto marciano) como fundamentos que deben ser aplicados en la hipoteca también, lográndose así una uniformidad respecto del Pacto Marciano en las Garantías.

Recomendaciones

- Se recomienda realizar una investigación desde una metodología no sólo cualitativa como es la presente, sino también desde un enfoque cualitativo con respecto a la efectividad y satisfacción que tiene la población con respecto al pacto marciano aplicable en las garantías mobiliarias, que asimismo se encuentra más implementada con respecto a negocios que involucran vehículos automovilísticos.
- Se recomienda realizar una investigación más exhaustiva y dirigida a la posibilidad de admisión del Pacto Marciano como mecanismo de Ejecución de las Garantías Hipotecarias, puesto que como hemos deslindado en la presente investigación dicho pacto goza de características que le hacen más justo que su predecesor.

Referencias Bibliográficas

ANGULO OSORIO, D. (2014). Revindicando el Pacto Comisorio en la Hipoteca: ¿Es Goliat el acreedor? En C. Calderón Puertas. III Congreso Internacional y X Nacional de Derecho Civil. Congreso llevado a cabo en la Universidad de Huánuco, Perú.

Análisis de la Ley de Garantía Mobiliaria (1. Ed). Lima: Palestra Editores SAC. Comunidad Jurídica México. (29 de abril de 2016). Diccionario Jurídico. Obtenido de <http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=1242>

BAUDRIT CARRILLO D. Teoría General del Contrato. San José: Editorial Juricentro, 2012. BAURIT CARRILLO, D. Los Contratos Traslativos del Derecho Privado. Principios Jurisprudenciales. 2da edición. San José: Editorial Juricentro, 2000.

BEAUMONT CALLIRGOS, R. (2014). Las Garantías Reales (1. Ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A. BENTHAN, J. (2004). Tratado de Legislación Civil y Penal. México D.F.: Eudeba.

BEJARANO RODRIGUEZ, A. y GONZALEZ ROESCH P., 2011. “Análisis del pacto comisorio en los contratos de garantía real y otros contratos. Tesis para optar el grado de licenciatura en derecho”. Universidad de Costa Rica.

BARRANTES REYES, M.E. y VERA ROJAS, V.D., 2012. “Análisis Comparativo del Contrato de Fideicomiso Garantía y la Hipoteca, Desde la Perspectiva de su Ejecución: su aplicación en Costa Rica”. Tesis para optar el grado de licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica.

BIGIO CHREM, J. (1998). Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. Lima, Perú: Editorial de la Comisión Revisora del Código Civil.

BRENES CORDOBA A. Tratado de obligaciones. San José: Editorial Juricentro S.A., 2010. 75 BUERES, A.J. Derecho de Daños. Buenos Aires: Editorial Hamurabi, 2001.

CABANELLAS De TORRES, G. (1989). Diccionario enciclopédico de derecho usual (Tomo IV). Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L. CASTILLO FREYRE, M. (2006).

COGHI GÓMEZ, ÁLVARO, 1986. “El artículo 45 de la constitución política y su modificación”. Tesis para optar el grado de licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica.

CALISAYA MÁRQUEZ, A. (2016). Pacto Comisorio en la Ley de Garantía Mobiliaria y la necesidad de su reemplazo por el pacto marciano. Lugar de la Publicación: Bepress. Recuperado de: https://works.bepress.com/angel_calisaya/8/download/

CAMPOS ZAMORA, F.J. Axiología Jurídica y Derecho Civil. San José: Editorial Jurídica Continental, 2014. CARVAJAL J. Y ARRIOLA MARTIN C. Elementos del derecho comercial. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

CASAFONT ROMERO, P. Ensayos de Derecho Contractual. San José: Editorial Juricentro, 2001. CELI AREVALO. M.A. “Garantía Mobiliaria Análisis y perspectivas”, Revista Virtual de Universidad Señor de Sipán. Obtenido de: http://www.uss.edu.pe/uss/RevistasVirtuales/ssias/ssias3/pdf/GARANTIA_MOBILIARIA_ANALISIS_Y_PERSPECTIVAS.pdf el xxx..

CASTILLO FREYRE, M. Y ROSAS BERASTAIN, V. (2017). Análisis de la Ley de Garantía Mobiliaria. Lima, Perú: Editorial del Instituto del Pacífico S.A.C.

CASTILLO FREYRE, M. Y CHIPANA CATALÁN, J. (2015). Las Garantías sobre Bienes Muebles. Comentarios Críticos a la Ley de Garantía Mobiliaria. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L. Derecho de Contratos. Barcelona: Editorial Bosch, 2003. COPI, I. Introducción a la Lógica. Buenos Aires: Editorial Eudeba, 1999.

CORNÚ, G. El nuevo título preliminar del Código Civil de Costa Rica. San José: Editorial Juricentro, 2000.

DIEZ-PICAZO, L. (2012). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Navarra, España: Editorial Aranzadi, SA. (Calisaya, M. (2016,p.61). Pacto Comisorio en la Ley de Garantías Mobiliarias. En M. Calisaya, *Pacto Comisorio en la Ley de Garantías Mobiliarias*. Bepress.

D'ORS, A. (1968). Derecho Privado Romano. Pamplona, España: Editorial Universidad de Navarra S.A.

DE CORES, C. y GABRIELLI, E. El nuevo derecho de las garantías reales, estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias. Madrid: Editorial REUS, 2008.

Diccionario de la Real Academia Española (2009) Vox 1. Larousse Editorial S.L.

DIEZ- PICAZO, L. (1987). Sistema de Derecho Civil. Madrid: Tecnos. 165

El Procedimiento Registral en el Registro Mobiliario de Contratos y su vinculación con el Registro Jurídico de Bienes Muebles. (s.f.).

ESTUDIO TORRES Y TORRES LARA, A. A. (2006). Informe de la Ley de Garantías Mobiliarias. Obtenido de http://www.usmp.edu.pe/derecho/10ciclo/civil/seminario_derecho_registral/dr_amado/art_nac/Garanntia%20Mobiliaria%20AMORALES.pdf

ESQUIVEL FAVARETO, J.C. Fideicomiso civil y mercantil. San José: Editorial Juritexto S.A., 2012. FELIU REY, M.I. La Prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía. Madrid: Editorial Cívitas, 1995.

FERNANDEZ BARRIERO, A. Y PARICIO J. (1991). Fundamentos del Derecho Patrimonial Romano. Madrid, España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

FREYRE. (2015). Garantías Reales. Peru.

GARCÍA, L. (2007). Nulidad del Pacto Comisorio. En W. Gutierrez, Código Civil Comentado. Tomo V. Derechos Reales. (pp. 639-646). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

GARCÍA SOLÉ, F. y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2002). • García, F y Gómez, F. Derecho de bienes muebles Financiación y Garantías en la contratación mobiliaria (1ª. Ed.). Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

GALINDO ARAGONCILLO, A. Y NAVARRO CORDEQUE, F. El Pacto Comisorio en el actual Marco de los Derechos de Garantía, Revista Diario La Ley, nº 8314/2014 (20 mayo) España, 2014. GISBERT, J.L., 1970. Comisorio (Pacto). Diccionario Jurídico. Obtenido de: <http://diccionario.leyderecho.org/comisorio-pacto/> el 22 de agosto del 2016 a las 13 horas. G

GIMÉNEZ-CANDELA, T. (1999). Derecho Privado Romano. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch.

GÓMEZ ANAYA, C. (03 de Noviembre de 2006). <http://slideplayer.es/slide/8201945/>. Obtenido de <http://slideplayer.es/slide/8201945/>:<http://slideplayer.es/slide/8201945/>

GONZALES B. Gunther. (2012). Derecho registral y notarial. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.

GONZALES BARRÓN, G. (2012). Viejas y nuevas reflexiones sobre la ley de garantía mobiliaria. Obtenido de http://www.gunthergonzalesb.com/doc/art_juridicos/ultimos/ley_de_garantia_mobiliaria.pdf

HERRERA POULSEN, D. Y GODENZI ALEGRE, J. (2002). Derecho Romano en concordancia con el Código Civil Vigente y aportes doctrinarios. Lima, Perú: Editorial Gráfica Horizonte S.A.

HUECK, A. y CANARIS C.W. Derecho de los títulos valores. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1988.

IBÁÑEZ RODRÍGUEZ, R. M. (Diciembre de 2012). La inscripción de transferencia por adjudicación en el registro vehicular conforme a ley de garantías mobiliarias. Revista Jurídica del Perú(142), 197-209.

IGLESIAS, J. (2002). Derecho Romano. Barcelona, España: Editorial Ariel.

LA FAILLE, H. (1998). Derecho Civil. Tomo IV Tratado de Derechos Reales. . Buenos Aires: Editorial Soc. Arion Editores.

LORENZETTI, R.L. Tratado de los Contratos. Buenos Aires: Editorial RUBINZAL-CULZONI, 2014.

LORENZON BARILE, N. (2010). Crédito, usura y préstamo a interés. *Reti Medievali Rivista*, XI. Firenze University Press. Extraído de: MAS BADÍA, M.D. *Derechos Reales de Garantía y de Adquisición*. Madrid: Editorial DYKINSON, 2010.

MAYER MARTÍNEZ, F. *Los Pactos su Eficacia Jurídica en el Derecho Romano*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1958.

MELINCH-ORSINI, J. *La Resolución del Contrato por incumplimiento*. Bogotá: Editorial TEMIS librería, 1982.

RABINOVICH-BERKMAN, R. (2001). *Derecho Romano*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

RANADOS OVIEDO, P.J., 1971. “Notas Sobre la Resolución Contractual en Derecho Civil”. Tesis para optar el grado de licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica.

VALVERDE CALVO, 2003. “Análisis Constitucional y Político sobre la Creación de Centros de Remate o Centros de Ejecución Extrajudicial, Anteproyecto de Ley de Creación de Centros de Ejecución Extrajudicial”. Tesis para optar el grado de licenciatura en derecho, Universidad de Costa Rica.

VARGAS PACHECO J.M. *Doctrina General del Contrato*. San José: Editorial Juricentro, 1984.

WEGMANN STOCKERBRAND, A. “Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisario y el pacto marciano”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 13 (2009). ZELEDÓN ZELEDÓN, R. *Derecho Privado para la Sociedad Contemporánea*. San José: Editorial Contemporánea, 2010.

ZELEDÓN ZELEDÓN, R. *Problemática Histórica de la Codificación Civil*. San José: Editorial Contemporánea, 2010.