

LA VENTA EXTRAJUDICIAL EN LA LEY DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

Mario Castillo Freyre *

1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA VENTA EXTRAJUDICIAL.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las críticas más severas, frecuentes y justificadas que recibía nuestro hoy derogado sistema de garantías prendarias era, sin duda, la relativa a los problemas que se presentaban en la etapa de la ejecución. Una descripción simple y verdadera de la ejecución de las garantías en el Perú ha incluido siempre dos adjetivos: lenta y costosa.

En general se sostenía, con razón, que el acreedor no contaba con los mecanismos adecuados para que la ejecución sea célere, barata y, además, segura.

Con el sistema anterior, las partes podían pactar la ejecución por venta extrajudicial del bien mueble gravado. Supletoriamente, ante la falta de dicho pacto, la ejecución se realizaba a través de una venta judicial, siguiendo las disposiciones del Código Procesal Civil. Asimismo, y de manera expresa, se prohibía el pacto comisorio.

Entre los cambios más notables que plantea la Ley de la Garantía Mobiliaria sobre esta materia se encuentra el que se puede pactar la venta judicial, pero supletoriamente la ejecución se realiza mediante la venta extrajudicial del bien. También se otorga a las partes la posibilidad de pactar que ante el incumplimiento de la obligación principal, el acreedor garantizado pueda adjudicarse el bien. Con esto último, como resulta evidente, se está otorgando validez al pacto comisorio.

Los defensores de dicho pacto han destacado que, el hacer más rápida y menos onerosa la ejecución de la garantía, tiene como consecuencia directa el fomento del acceso al crédito.

Por nuestra parte, no podemos negar que, en efecto, el pacto comisorio podría generar beneficios al sistema de garantías, no obstante lo cual, también, en un contexto como el nuestro, ello podría resultar perjudicial.

Si en algo coincidimos con lo establecido en la Ley, es en la convicción de que era necesario mejorar la manera en que se desarrollaba la ejecución de las garantías. No tenemos dudas de que es indispensable un sistema que permita una ejecución célere, económica y eficaz; no obstante lo cual, no podemos dejar de reiterar que no puede sacrificarse la seguridad jurídica. Se requiere una respuesta que no beneficie injustificadamente ni al acreedor ni al deudor, es decir, se requiere de una solución equitativa que evite, en la medida de lo posible, que se configuren abusos por parte de uno u otro.

2. LA VENTA EXTRAJUDICIAL

El artículo 47 de la Ley de la Garantía Mobiliaria establece lo siguiente:

Artículo 47.- «Venta extrajudicial
Si es exigible la obligación garantizada, el acreedor garantizado puede

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria en la forma establecida en los párrafos siguientes o en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria. Excepcionalmente, si mediare pacto o la situación prevista en el inciso 6, se venderá el bien mueble con arreglo al Código Procesal Civil.

1. En el acto constitutivo de la garantía mobiliaria se otorgará poder específico e irrevocable a un tercero para realizar y formalizar la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. No se admite el pacto mediante el cual el propio acreedor garantizado sea el representante. El poder no requiere inscripción distinta de la que contiene el Registro respectivo. Para estos efectos no resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 153 del Código Civil ni el artículo 156 del mismo.

2. Es nula la venta realizada en precio menor a las dos terceras partes del valor del bien mueble pactado por las partes (según el inciso 7 del artículo 33 de la presente Ley) o, en su defecto, del valor comercial del bien mueble al tiempo de la venta. La nulidad debe ser planteada dentro de los 15 días siguientes de la venta. Este plazo es de caducidad.

3. Producido el incumplimiento del deudor, del cual dejará constancia el acreedor garantizado mediante carta notarial dirigida al deudor y al representante y, en su caso, al constituyente, el acreedor garantizado podrá proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, después de transcurridos tres días hábiles de recibida la carta notarial.

4. Si el bien mueble estuviese afecto a gravámenes anteriores a la garantía mobiliaria que dio lugar a la venta, el representante deberá consignar a la orden del Juez Especializado en lo Civil, el importe total de la venta del bien mueble dentro de los tres días hábiles siguientes al cobro del precio. Si hubiese gravámenes posteriores a la garantía mobiliaria que ha dado lugar a la venta, el representante consignará a la orden del juez el saldo del precio de venta que hubiese después de haberse hecho cobro el acreedor garantizado. El juez procederá con arreglo al Código Procesal Civil.

5. En ningún caso podrá suspenderse la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, salvo que el deudor cancele el íntegro de la deuda. Cualquier controversia respecto del monto o de la extensión de alguno de los gravámenes, será resuelta por el Juez Especializado en lo Civil, en la vía sumarísima, conforme al Código Procesal Civil, sin suspenderse la venta del bien mueble afecto en garantía mobiliaria, bajo responsabilidad.

6. Si transcurrieran sesenta días desde la remisión de la carta notarial al deudor y, en su caso al constituyente y al representante y el bien mueble no hubiese sido vendido, el acreedor garantizado podrá solicitar su ejecución judicial conforme al Código Procesal Civil. Las partes podrán convenir un plazo distinto.

7. El acreedor garantizado es civil y penalmente responsable de la existencia, exigibilidad y cuantía de la obligación garantizada al tiempo de la venta del bien mueble gravado. El representante es civilmente responsable por el cumplimiento de las condiciones pactadas para la venta. En todo caso, el representante deberá actuar con diligencia y buena fe.

Las partes podrán pactar la forma de ejecución de la garantía mobiliaria, pero deberán observar necesariamente las disposiciones establecidas en los incisos 2 y 4 del presente artículo.

Tratándose de una garantía mobiliaria constituida sobre dinero o créditos, regirán las reglas que anteceden en cuanto fueren aplicables».

La lectura del artículo 47 nos invita a realizar diversos comentarios.

En la citada norma se establece la posibilidad de que la ejecución de la garantía sea extrajudicial. El supuesto que se regula de manera específica es el de la ejecución de la garantía cuando no se haya pactado que el acreedor puede adjudicarse el bien.

Al haber consagrado la Ley —a través de su artículo 53—¹ la validez del pacto comisorio, sería muy extraño que aquél no se pacte. En tal sentido, el caso de la ejecución de la garantía mobiliaria mediante la venta del bien, sea ésta extrajudicial o judicial, podría convertirse en la excepción.

Siguiendo lo plasmado en la Ley, el acreedor tendría todo a su favor para adjudicarse la propiedad del bien, por medio del pacto comisorio.

Con más razón, resulta lógico que al supuesto regulado en el inciso 6, únicamente se llegaría si el deudor tuviera fuerza en la negociación: ¿Qué tanto poder de negociación tiene una persona que constituye garantía sobre un bien no inscrito, que puede consistir en un pequeño terreno o en la única joya que tiene, justamente porque necesita el dinero que el acreedor le puede proveer?

Lo más probable es que quienes padezcan las consecuencias perjudiciales del nuevo régimen de garantías, son los que forman parte del sector menos favorecido de la población y —naturalmente— en las operaciones que realicen fuera del Sistema Financiero.

En el inciso 3 se dispone que ante el incumplimiento, el acreedor garantizado podrá realizar la venta del bien mueble afectado. Lo interesante del caso es que, ante la falta de control de la autoridad y, por consiguiente, tras despojar al deudor de toda protección frente a posibles abusos, la solución de la Ley es utilizar, al igual que en la adjudicación, la figura del representante que, sin embargo, cumple un rol de mero tramitador, por lo que el problema de fondo no se soluciona, en lo absoluto, con su presencia.

Además, la Ley no establece restricción alguna que impida la comunidad de intereses entre el representante y el acreedor, pudiendo ser perfectamente, un pariente cercano, consanguíneo o por afinidad, o incluso su cónyuge.

Si el representante fuese una persona jurídica, podría tener similar composición accionaria que el

¹ El artículo 53 de la Ley establece lo siguiente:

Artículo 53.- «Adjudicación del bien por el acreedor

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 inciso 6 de este artículo.

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 inciso 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.

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.

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 inciso 6 de este artículo, dentro de un plazo de diez días de recibida por el deudor la comunicación mencionada en el inciso 2 de este artículo. Vencido dicho plazo sin pagarse la diferencia, el deudor podrá exigir en la vía sumarisima 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.

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 inciso 4 de este artículo. Para este efecto el representante a que se refiere el inciso 6 cumplirá con consignar judicialmente el monto a que se refiere el inciso 4 de este artículo.

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 inciso 4 que antecede.

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

representado o tal vez ser su subsidiaria.

Pensamos que este vacío podría dar lugar a abusos, dado el latente conflicto de intereses que se pueda presentar.

Dentro de tal orden de ideas, hubiera dado lo mismo que la ley no prohibiese, como lo hace en el inciso 1 del artículo 47, que se pacte que el acreedor garantizado sea el representante.

En adición a lo expuesto, debemos resaltar que la Ley de la Garantía Mobiliaria establece que para la misma no rige lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 153 del Código Civil, norma que prescribe que el plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año, incurriendo en el error del propio Código Civil, de asumir la existencia de la figura de poderes irrevocables, contrarios a la esencia misma del poder.

Y, por otra parte, tampoco resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo 156 del referido cuerpo legal, norma que establece que: «Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad».

En tal sentido, se atenta contra la seguridad jurídica al flexibilizar las formalidades de un acto tan importante como el poder para la enajenación de bienes del representado.

Ahora bien, si el deudor pretendiese evitar una irregular venta o adjudicación del bien, podría recurrir a interponer una acción de amparo contra el acreedor y el representante para así impedir, vía una medida cautelar, la consecución de la violación del derecho constitucional al debido proceso.

Así las cosas, el inciso 3 en sí no ofrece una respuesta satisfactoria. El hecho de que el acreedor envíe una carta notarial que diga que el deudor ha incumplido, no significa que, en efecto, dicho deudor haya incumplido. La norma no impone al representante la tarea de verificar el incumplimiento. La constatación, a entender del representante, consiste simplemente en la existencia de la carta notarial que le fue remitida.

El representante, tras recibir la carta notarial, no tiene ni siquiera que conversar con el deudor: La venta se realizaría luego de tres días hábiles de la recepción de dicha comunicación. Además, recordemos, pese a que el representante se supone elegido por ambas partes, probablemente se trate de un sujeto sugerido (o impuesto) por el acreedor y, por lo mismo, de su exclusiva confianza.

¿Y si el deudor probara que no ha habido incumplimiento?, ¿podría llegar con sus pruebas y detener la venta o recuperar el bien, si éste ya hubiera sido vendido? La respuesta a ambas preguntas es negativa. Lo único que le quedaría sería recurrir ante el Poder Judicial para demandar al acreedor por daños y perjuicios, pero nada más. No podría tratar de recuperar el bien, pues el tercero que se lo adjudicó a título oneroso, al ser un tercero de buena fe, se encontraría protegido por el ordenamiento jurídico.

Juzgamos necesario advertir, además, que al permitir que la venta sea realizada por el mismo acreedor, según crea conveniente, se está restando seguridad a la operación. Lo más idóneo hubiese sido que, de realizarse la venta extrajudicial, ésta se haga mediante subasta notarial o ante una autoridad administrativa a determinar o crear. Insistimos, no es adecuado tratar de disminuir costos en perjuicio de la seguridad jurídica y de la fe pública pues, a la larga, ello no hace sino acrecentarlos.

Por otro lado, queremos señalar que el inciso 3 del artículo 47 de la Ley —al establecer que producido el incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado dejará constancia de dicho incumplimiento mediante carta notarial dirigida al deudor— está regulando —también— la eventual constitución en mora del deudor que afectó un bien en garantía mobiliaria.

En efecto, recordemos que el primer párrafo del artículo 1333 del Código Civil establece que incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación, entendiéndose que lo que la ley persigue es que el deudor conozca de manera indubitable la interpelación de pago realizada por el acreedor.

El requisito de la interpelación ha sido consagrado como regla en el Derecho Civil Peruano. Así, en el citado primer párrafo del artículo 1333 del Código Civil se plasma lo que en doctrina se denomina la mora *ex personae*, ya que la constitución en mora del deudor se realiza a través de la interpelación de éste por el acreedor.

De esta manera, la intimación —elemento formal— es concebida como esencial para la configuración de la mora, ya que sin interpelación no existiría mora.

La mora *ex personae* tiene como fundamento la teoría de la prórroga tácita del plazo, ya que si el acreedor, vencida la obligación, no le exige al deudor su cumplimiento, se entiende que aquél le está otorgando a éste un plazo de gracia, es decir, está prorrogando tácitamente el plazo de cumplimiento de la obligación.

Dentro de tal orden de ideas, es aconsejable que la interpelación extrajudicial se efectúe de tal modo que pueda demostrarse fácilmente su realización, por lo que el inciso 3 del artículo 47 de la Ley de la Garantía Mobiliaria exige la carta notarial.

En tal sentido, nos correspondería analizar si se podría constituir en mora al deudor sólo con el *diligenciamiento* de la carta notarial, y si tal diligenciamiento sería suficiente para considerar cumplido el requisito del citado artículo 47 de la Ley.

Según Cabanellas,² *diligenciamiento* es la acción o efecto de *diligenciar*, término que define como *hacer lo necesario para el logro de un propósito. Tramitar, despachar, resolver un asunto administrativo o judicial, en cualquiera de las actuaciones o fases de un proceso o expediente.*

Asimismo, debemos tener en cuenta lo que establece el artículo 100 del Decreto Legislativo del Notariado, Decreto Legislativo n.º 1049, que señala que *el notario certificará la entrega de cartas e instrumentos que los interesados le soliciten, a la dirección del destinatario, dentro de los límites de su jurisdicción, dejando constancia de su entrega o de las circunstancias de su diligenciamiento en el duplicado que devolverá a los interesados.*³

Es decir, el diligenciamiento —al que hace referencia el citado artículo 100 de la Ley del Notariado— se produce cuando no se ha podido hacer entrega de la carta notarial, en la que constaba —por ejemplo— la intimación en mora al deudor que afectó el bien en garantía mobiliaria.

Ahora bien, cabe preguntarnos si ante tal situación el acreedor garantizado se encuentra desprotegido, sin poder constituir en mora a su deudor y, lo que es más grave, sin poder seguir el procedimiento de venta extrajudicial establecido en el artículo 47 de la Ley de la Garantía Mobiliaria.

Nosotros consideramos que el acreedor garantizado no estaría desprotegido, en la medida de que se aplicaría lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 1333 del Código Civil, que establece que *no es necesaria la intimación para que la mora exista, [...] cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.*

En efecto, aparte de la mora *ex personae* (a la cual ya nos hemos referido), existe en nuestro ordenamiento legal otro sistema. Este otro sistema es el denominado mora *ex re* o mora sin interpelación.

Este tipo de mora —también conocida como mora automática— no requiere que el acreedor, una vez vencido el término fijado para el cumplimiento de la obligación, intime al deudor, ya que el simple paso del tiempo interpelará por el hombre.

² CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1989, tomo III, p. 254.

³ Texto modificado por el artículo 1 de la Ley n.º 28580, de fecha 12 de julio de 2005. El texto anterior establecía que *el notario cursará las cartas que los interesados le soliciten a la dirección del destinatario, dentro de los límites de su jurisdicción, dejando constancia de su entrega o de las circunstancias de su diligenciamiento en el duplicado que devolverá a los interesados.*

La *mora ex re* es admitida en nuestro Derecho con carácter excepcional, pues ella sólo opera en los supuestos taxativamente previstos por los cuatro incisos consignados en la segunda parte del artículo 1333 del Código Civil.

El inciso pertinente para el presente caso —como ya lo señaláramos— es el cuarto, que establece que no es necesaria la intimación para que la mora exista *cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor*, o sea cuando el acreedor no ha podido interpelar al obligado porque causas atribuibles a éste lo hicieron imposible.

La doctrina cita como ejemplo, el de un deudor que se ausenta sin hacer conocer su nuevo domicilio al acreedor; o el de un deudor que muere y no se conoce quiénes son sus herederos, entre otros supuestos. Sin embargo, nosotros no nos encontramos necesariamente de acuerdo con los ejemplos a los que usualmente se refiere la doctrina.⁴

Entendemos como requisito necesario para que se presente el supuesto analizado, que exista culpa en el deudor, y precisamente que esta culpa determine la imposibilidad de intimarlo. Es decir, debe existir una relación de causalidad entre la culpa del deudor y la imposibilidad de intimación.

En tal sentido, nosotros consideramos que el supuesto contemplado en el inciso 4 del artículo 1333 del Código Civil, justamente sería aquél en el cual el acreedor garantizado desea dejar constancia del incumplimiento de su deudor (intimación) mediante carta notarial, y el deudor se niega a recibirla, haciendo imposible —de esta manera— la constitución en mora por causa imputable al deudor.

Dentro de tal orden de ideas, el plazo de tres días hábiles establecido en el inciso 3 del artículo 47 de la Ley de la Garantía Mobiliaria, deberá contarse a partir de recibida la carta notarial (en el mejor de los supuestos) o de diligenciada dicha carta notarial, según constancia de la que el notario deberá hacer entrega.

Entender que no cabe otra posibilidad distinta de aquella en la cual el plazo se computa desde recibida la carta notarial, implicaría dar la posibilidad de que el artículo 47 de la Ley de la Garantía Mobiliaria —en los hechos— no se pudiera aplicar, en la medida de que a los deudores les bastaría con no recibir las cartas notariales en donde se les comunique su incumplimiento, para poder frustrar la aplicación del mecanismo de venta extrajudicial del bien.

En el inciso 4 se regula el supuesto de que el bien ya haya sido vendido, pero estuviera afecto a gravámenes anteriores. En ese caso, la Ley establece que el representante consignará, a la orden del Juez Especializado en lo Civil, el importe total de la enajenación del bien dentro de los tres días hábiles siguientes al cobro del precio.

Con este inciso lo único que se conseguiría es hacer menos atractiva la garantía mobiliaria que se ejecuta por venta extrajudicial, así como la constitución de garantías mobiliarias respecto de un bien que ya tiene gravámenes anteriores. Reiteramos que el acreedor que acepte como garantía un bien ya prendado, estaría corriendo demasiados riesgos.

El régimen instaurado, se presenta, entonces, como uno con defectos que deben ser corregidos. No sólo se podría perjudicar los legítimos intereses del deudor, sino que se pone en riesgo a los acreedores cuando exista pluralidad de garantías mobiliarias sobre un mismo bien.

Todos esos conflictos y defectos se potencializan gracias al inciso 5. Allí se señala que el deudor no puede hacer nada para suspender la venta. Su única posibilidad —si es que contase con recursos para ello—, sería el contratar a un abogado y acudir al Poder Judicial.

⁴ En lo que respecta al cambio de domicilio, deberá tratarse de un supuesto de tal significación que determine la imposibilidad para el acreedor de intimar a su deudor, no obstante utilizar todos los mecanismos que para el efecto le franquea nuestro ordenamiento jurídico, lo que incluiría, desde luego, notificarlo judicialmente por periódico. Tampoco asumimos el caso del deudor que muere y no se conoce quiénes son sus herederos, porque la muerte no es un hecho imputable al deudor, a menos que haya sido causada intencionalmente por el propio deudor (suicidio).

Inútilmente, se intenta brindar mecanismos de protección a favor del deudor en el inciso 7. Y resaltamos lo inútil del inciso, pues las normas generales de responsabilidad civil, resultan más que suficientes si el actuar doloso o culposo del acreedor causare un daño injusto al deudor. No hay razón para señalar de manera explícita, la responsabilidad civil relativa a la existencia y cuantía de la obligación.

Lo mismo podemos afirmar en lo que concierne a la responsabilidad penal. Si el acreedor comete un delito, resulta evidente e incuestionable que será penalmente responsable. Quien comete un delito, debería ser sancionado por lo dispuesto en la ley penal, se indique o no tal responsabilidad en la Ley de la Garantía Mobiliaria o en cualquier otra norma civil.

El inciso 6 continúa en la misma línea que el resto de los incisos que conforman esta larga norma, caracterizándose, por lo tanto, por ser defectuoso. Dudamos mucho de que se llegaría a presentar, cuando la venta está a cargo del acreedor garantizado y sin ningún tipo de control, que ella no se realice dentro de los sesenta días de la remisión de la carta notarial.

Se señala también en la norma que las partes podrán pactar la forma de ejecución de la garantía mobiliaria, pero respetando lo dispuesto en los incisos 2 y 4.

Lima, febrero del 2009