

LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA EN LA NUEVA LEY DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

Mario Castillo Freyre*

SUMARIO:

- 1. Constitución de la garantía mobiliaria**
- 2. Contenido del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria**
- 3. Garantía mobiliaria preconstituida**

1. CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

La constitución misma de la garantía mobiliaria representa, junto con la garantía sin desplazamiento de bienes muebles no registrados, uno de los temas más sensibles de la Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley n.º 28677. Ello pues, la celeridad o seguridad que pudiera brindarse en la ejecución de la garantía de nada servirían si simplemente no fuera posible llegar a ese estadio.

Las dificultades que ocasiona –de por sí– la garantía constituida sin desplazamiento sobre bienes fungibles, se verían acrecentadas si tampoco se brindara un marco normativo seguro en lo que respecta a su constitución. Así, el elemento *seguridad jurídica* ocupa, en este esquema, un rol protagónico incuestionable.

Ahora bien, el primero de los artículos encargados de regular la constitución

* Mario Castillo Freyre, Magister 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

de la garantía mobiliaria centra su atención, como es lógico, en el acto jurídico constitutivo.

El artículo 17 de la Ley de la Garantía Mobiliaria establece que «la relación jurídica entre las partes derivada de la garantía mobiliaria sobre el bien mueble se constituye mediante acto jurídico constitutivo unilateral o plurilateral, debidamente otorgado con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación».

Según lo dispuesto por el artículo 140 del Código Civil, el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

En tal sentido, es sabido que los actos jurídicos pueden revestir carácter unilateral o plurilateral.

Son actos jurídicos unilaterales aquéllos para cuya celebración solamente se requiere de la manifestación de voluntad de un agente, vale decir de una parte.

Ejemplos de actos jurídicos unilaterales tenemos varios. Es el caso del testamento, el mismo que en el Perú sólo puede celebrarse unilateralmente, en la medida de que se encuentran prohibidos los testamentos conjuntos.

Otro caso de acto jurídico unilateral sería la promesa unilateral de

recompensa, en donde para el nacimiento de la referida promesa solamente es necesaria la voluntad de aquél que la formula.

Los actos jurídicos plurilaterales, sin embargo, son en la práctica mucho más numerosos que los unilaterales, siendo aquéllos para cuya celebración se requiere de la concurrencia del acuerdo de dos o más voluntades, declaradas por las respectivas partes que les dan nacimiento.

De esta manera, los actos *jurídicos plurilaterales*, como su nombre lo indica, son aquéllos en cuya celebración intervienen dos o más partes, no obstante lo cual en la práctica suelen denominarse con frecuencia *actos jurídicos bilaterales*, nombre que indica –de por sí– la presencia celebratoria de sólo dos partes.

Lo que ocurre es que, en su gran mayoría, los actos *jurídicos plurilaterales* son celebrados únicamente por dos partes, pero ello no significa que deba generalizarse la denominación de *bilaterales* a todos aquellos actos en los cuales intervengan más de dos agentes.

No obstante ello, se acepta en los hechos la división clasificatoria de unilaterales y bilaterales, siendo conscientes de que los bilaterales –en el lenguaje común– comprenden a los plurilaterales, a pesar de que, en estricto sentido jurídico, los actos plurilaterales son el género y los bilaterales la especie.

No deja de ser curioso que, en tanto puede tratarse de un acto jurídico unilateral, sea posible constituir una garantía sin el consentimiento del deudor, cuando conforme al ordenamiento jurídico nacional, contratos como el de la donación, el acto jurídico de liberalidad por excelencia, requieran del consentimiento del donatario o beneficiario de la donación para ser eficaces.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de la Garantía Mobiliaria, bastaría con la declaración de voluntad del constituyente, no importando que en el acto constitutivo participen el deudor o el acreedor garantizado.¹

Por otro lado, resulta indiscutible el hecho de que la oponibilidad de la garantía se encuentre condicionada a su inscripción en el Registro. Sabemos todos que siempre es necesaria la inscripción registral de los actos para que éstos sean oponibles a terceros.

En lo que concierne al tercer párrafo del artículo 17, debemos admitir que el mismo nos infunde dudas en lo que se refiere a la instrumentalización por telefax. Si bien en el resto de casos, los cuales se encuentran regulados en la Ley de Firmas y Certificados Digitales, Ley n.º 27269, y en su respectivo Reglamento, Decreto Supremo n.º 019-2002-JUS, se otorga seguridad respecto de la identidad de quien otorga la declaración de voluntad, no ocurre lo mismo cuando el medio en el que

¹ El último párrafo del referido artículo 17 establece que «cuando la garantía mobiliaria se constituya por un tercero, no se requerirá del consentimiento del deudor».

consta el acto jurídico es un facsímil.

Sin perjuicio de lo anterior, probablemente la mayor duda que genera el párrafo citado se encuentra circunscrita al hecho de que de acuerdo al artículo 2010 del Código Civil, precepto no derogado ni modificado de manera expresa por la Ley, sólo pueden inscribirse los actos que consten en instrumento público, es decir, en un instrumento en el que sí se protege la fe pública.

La aplicación de las normas registrales y, en consecuencia, de los principios que las sustentan, se presenta así como relevante en este asunto tan intrincado. La razón es muy simple, pues gracias a la publicidad registral se otorga la tan ansiada seguridad jurídica.

Como anota Jorge Gonzales Loli,² la seguridad jurídica es un valor esencial del Derecho, en tanto afianza la justicia, asegura la libertad, propende a la paz social y, en consecuencia, resulta imprescindible para alcanzar el ansiado *bien común*, al que aspira todo sistema o, mejor dicho, toda sociedad. Esta seguridad debe alcanzar tanto a la titularidad como al contenido de los derechos y a la protección del tráfico sobre los mismos.

Así, agrega el citado autor, la publicidad registral se justifica, en esta línea de

² GONZALES LOLI, Jorge Luis. «Seguridad jurídica y registro inmobiliarios: un enfoque desde el análisis económico del derecho». En: *Notarius*. Revista del Colegio de Notarios de Lima. Lima, n.º 6, año VII, 1997, p. 113.

pensamiento, por ser el instrumento más eficaz de seguridad jurídica en la constitución, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles. La publicidad registral completa las exigencias de seguridad jurídica mediante la protección y potenciación de derechos ya creados, dotando a los derechos inscritos de las presunciones de pertenencia, existencia y alcance; así como otorgándoles efectos sustantivos que colocan los derechos publicados en planos superiores de legitimación.

Indica que la búsqueda de seguridad jurídica se presenta, de este modo, no como un postulado abstracto en que se inspira el Derecho Registral, sino que es su razón de ser, al punto de que todas sus instituciones o principios responden a esa finalidad.

Y concluye diciendo que, por un lado se busca certeza o certidumbre que permita una predictibilidad del interesado sobre las reglas de juego existentes; por otro –aunque sin que ello signifique contradicción, pues ambos aspectos son más bien complementarios–, se busca confianza o ausencia de temor, lo cual se materializa en la confianza brindada a través de los asientos registrales.

En la Ley de la Garantía Mobiliaria, si bien se advierte la importancia del Registro y las consecuencias de la inscripción, no se ha estructurado un marco normativo adecuado que conduzca a que los actos constitutivos inscritos merezcan esas consecuencias. La inseguridad jurídica de la constitución se encontraría,

entonces, en el riesgo de que el contenido del acto jurídico constitutivo no sea verdadero, pero igual el acto sea inscrito por no realizarse una verificación idónea.

Con el fin de disminuir los costos de la constitución de la garantía y, asimismo, otorgarle celeridad al proceso, se ha restringido la participación del notario. En nuestra opinión ello representa uno de los puntos más débiles de la Ley, en tanto puede dar lugar a que se constituyan garantías sin importar que el acto jurídico adolezca de algún vicio que le reste eficacia o validez.

Sería necesario un proceso judicial para que se corrija la inscripción que no se debería haber realizado si se hubiera verificado adecuadamente el contenido del acto jurídico constitutivo. No obstante, cabe destacar, esa inscripción podría ya haber generado efectos respecto de terceros de buena fe, con lo que la situación se complicaría aún más.

2. CONTENIDO DEL ACTO JURÍDICO CONSTITUTIVO DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

En el artículo 18 de la Ley de la Garantía Mobiliara se exigen los datos del constituyente, del acreedor garantizado y del deudor, siendo además suficiente con que el primero de ellos firme el acto jurídico. A pesar de esto, no se exige que sea el constituyente quien lleve el acto jurídico constitutivo a ser inscrito, lo que restaría seguridad jurídica a esta importante etapa.

En la fórmula de la Ley, el deudor o el acreedor garantizado puede encargarse de la inscripción del acto jurídico constitutivo, a pesar de que ninguno de ellos haya firmado dicho acto y que, en estricto, sea el constituyente el más afectado, por ser la garantía sobre su bien lo que se está inscribiendo.

Sin embargo, se ha hecho bien en el Reglamento, al establecer –en el artículo 25– que los formularios de inscripción deben ser llenados y suscritos (manual o electrónicamente) por los otorgantes del acto.

Asimismo, debemos resaltar que la función del notario se ve limitada. En este caso su rol se restringe al tema de la fecha cierta que, de acuerdo al glosario, es aquella certificación que expide el notario público respecto de la fecha de constitución del acto jurídico. Esa fecha cierta, entonces, no otorga plena seguridad jurídica puesto que, en estricto, el notario no da fe de la validez del acto sino únicamente del día en que le ha sido presentado para su legalización.

Por supuesto que esa falta de seguridad se torna verdaderamente preocupante si tomamos en cuenta la cantidad de títulos que suelen falsificarse en nuestro país. A esos delincuentes el temor a la eventual responsabilidad civil o penal no suele importarles en lo más mínimo, de donde se sigue que es menester pensar en mecanismos que otorguen seguridad en la constitución, mecanismos que no pueden restringirse a la amenaza de sanciones. Los notarios podrían, en ese sentido,

cumplir una importante función de filtro, disminuyendo los riesgos de que se inscriban en los Registros y se vuelvan oponibles actos jurídicos viciados o falsificados. Tengamos presente que la inseguridad jurídica representa un costo demasiado alto que debemos evitar pagar.

Uno de los temas que no podemos dejar de mencionar es el de la presunción de propiedad que acompaña a la posesión. Es cierto que en el antiguo sistema de garantías prendarias, los riesgos de que quien declarara que es propietario mienta, también estaban presentes; no obstante, en la Ley de la Garantía Mobiliaria, como hemos subrayado en más de una ocasión, no se soluciona el problema descrito.

En el inciso 3 del artículo 19 se señala, siguiendo lo recomendado por la SUNARP, que el acto constitutivo debe contener el valor del bien acordado por las partes o fijado por un tercero de común acuerdo. Por supuesto, coincidimos en que esta información no debe faltar en el acto jurídico constitutivo; empero, nos preguntamos si ese valor será siempre verdadero cuando no habrá nadie que realice control alguno sobre la realidad de los montos. Así, nos preguntamos si el monto que figure será siempre consecuencia de un verdadero acuerdo y si no se establecerá un monto menor que favorezca al acreedor que cuenta con mayor poder de negociación.

Por otro lado, no podemos cuestionar de modo alguno la exigencia de la identificación del bien o su descripción, así como su estado de conservación. Esa

información resulta indispensable a fin de que la garantía constituida pueda ser eficaz.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos necesario insistir en que la imposibilidad práctica de identificar bienes muebles no registrados representa un enorme obstáculo a la garantía mobiliaria sin desplazamiento sobre ese tipo de bienes, habida cuenta de que convierte en ineficaz el derecho de persecutoriedad que se otorga al acreedor. No podemos negar que la descripción del bien exigida en el inciso 5 sirve de poco en esos casos.

Sobre los incisos restantes, esto es, los incisos 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 del artículo 19,³ no hay mucho que decir. A lo sumo, juzgamos apropiado subrayar otra vez que la fecha cierta a la que se refiere la norma no otorga la seguridad jurídica que podría sugerir una lectura superficial. La noción que se maneja de fecha cierta no

³ *«Artículo 19.- Contenido del acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria*
El acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria deberá contener como mínimo:
(...)
6. La descripción específica o genérica de la obligación garantizada, según lo acuerden las partes.
7. El nombre o razón social, documento oficial de identidad y domicilio del depositario, si fuera el caso.
8. La fecha cierta del acto jurídico constitutivo.
9. El plazo de vigencia de la garantía mobiliaria. Podrá pactarse un plazo indefinido. En defecto de plazo pactado, se presume que es indefinido.
10. La forma y condiciones de la ejecución del bien mueble afectado en garantía mobiliaria.
11. Indicación de los datos de inscripción del bien mueble en un Registro Jurídico de Bienes, cuando corresponda.
12. Identificación de los representantes a que se refieren los artículos 47, inciso 1, y 53, inciso 6, de ser el caso.
Toda la información que antecede deberá constar en el formulario de inscripción correspondiente».

otorga certeza alguna sobre la legalidad o validez del acto jurídico mismo.

Por último, cabe destacar que conforme al precepto que acabamos de revisar, toda la información contenida en el acto jurídico constitutivo debe constar en el formulario de inscripción correspondiente.

3. GARANTÍA MOBILIARIA PRECONSTITUIDA

Definitivamente la garantía mobiliaria preconstituida representa una de las figuras más interesantes de la Ley, aunque ello no significa que sea la más eficaz. A decir verdad, y tal cual comprobaremos al revisar esta norma y las que siguen, su eficacia se limita al cumplimiento de determinados supuestos.

De acuerdo al inciso 1 puede preconstituirse garantía sobre bien mueble ajeno, antes de que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble.

Resulta innegable que la eficacia de dicha garantía se encuentra condicionada, como se reconoce en el artículo 21,⁴ a que el constituyente adquiera la propiedad del bien. En dicho esquema, resulta innegable también que el acreedor no tendrá

⁴ *«Artículo 21.- Eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida*
La eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida quedará sujeta a las siguientes reglas:
1. Tratándose de un bien mueble ajeno, a que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble.
2. Tratándose de un bien mueble futuro, a que el bien mueble llegue a existir.
3. Tratándose de una obligación futura o eventual, a que en efecto se contraiga tal obligación».

garantía alguna hasta ese momento, de donde se sigue que ningún acreedor medianamente diligente otorgará un crédito hasta que la garantía, en efecto, pueda resultar eficaz.

Si queremos ser realistas debemos admitir que, en principio, una garantía preconstituida sobre un bien ajeno no puede calificarse como una verdadera garantía, al no otorgar certeza o seguridad al acreedor.

Algo similar podemos decir respecto del segundo supuesto, esto es, respecto de la garantía preconstituida sobre bien mueble futuro. Sobre este tema ya hemos dicho bastante al examinar el artículo 4, por lo que remitimos al lector a lo allí señalado, limitándonos a recordar que en una garantía sobre un bien futuro lo que predomina es el riesgo.

No obstante, admitimos que en algunos casos podría resultar eficaz este tipo de garantías, considerando las circunstancias, las específicas relaciones comerciales, empresariales o contractuales y los procesos productivos de bienes de una o más empresas.

Por otra parte, debemos precisar que reviste pleno sentido la hipótesis del inciso 3, en la que se establece que puede preconstituirse una garantía para asegurar obligaciones futuras o eventuales, lo que también se conoce con el nombre de *garantía sábana*.

El artículo 22 de la Ley de la Garantía Mobiliaria⁵ regula el tema de la prelación de la garantía mobiliaria preconstituida. Esta norma deja constancia, al igual que sus predecesoras, de la relativa eficacia de la garantía preconstituida. Si bien en la primera parte del artículo se señala que la inscripción en el registro correspondiente la hace oponible a terceros y que una vez que adquiere plena eficacia los efectos se retrotraen, en el mismo artículo se dejan a salvo los derechos de los terceros a los que el anterior propietario se los hubiera otorgado.

Así las cosas, resulta claro que en realidad se trata más bien de una ficción que ratifica la escasa utilidad de esta figura cuando el bien sobre el cual recae es un bien ajeno.

Según lo establecido por el artículo 22 de la Ley de la Garantía Mobiliaria, para surtir efecto frente a terceros la garantía mobiliaria preconstituida deberá inscribirse en el Registro correspondiente.

Y agrega la norma que los efectos de la garantía mobiliaria se retrotraen a la fecha de la inscripción en el Registro.

⁵ *«Artículo 22.- Prolación de la garantía mobiliaria preconstituida*
Para surtir efectos frente a terceros, la garantía mobiliaria preconstituida deberá inscribirse en el Registro correspondiente. Una vez adquirida su plena eficacia, los efectos de la garantía mobiliaria se retrotraen a la fecha de la inscripción en el Registro correspondiente. Los efectos retroactivos no perjudican los derechos que, eventualmente, hubiese otorgado su anterior propietario sobre el bien mueble afectado en garantía mobiliaria».

Debemos subrayar que el artículo 22 de la citada Ley tiene por objeto normar la prelación de la garantía mobiliaria preconstituida.

Como se recuerda, esta figura fue introducida en la Ley en el artículo 21, norma que establece que la eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida, tratándose de un bien mueble ajeno, quedará sujeta a que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble; en tanto que tratándose de un bien mueble futuro, quedará sujeta a que el bien mueble llegue a existir; y, finalmente, tratándose de una obligación futura o eventual, quedará sujeta a que en efecto se contraiga la obligación.

El artículo 21 desarrolla la eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida, regulada en el artículo 20 de la Ley, norma que establece que en estos casos deberá dejarse constancia en el acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria, del carácter ajeno o futuro del bien mueble o del carácter futuro o eventual de la obligación garantizada.

Como queda en evidencia, la garantía mobiliaria preconstituida es una garantía mobiliaria válida pero ineficaz, en tanto no se produzcan los supuestos contemplados en el artículo 22 de la Ley, los mismos que le darán eficacia.

Sin embargo, es importante subrayar que a pesar de tener carácter de preconstituida, esta garantía mobiliaria surtirá efectos respecto de terceros desde el

momento de su inscripción en el Registro, razón por la cual a partir de esa fecha ningún tercero que adquiriera algún derecho relativo al bien sobre el que recae la garantía, podrá invocar buena fe o intentar tener un mejor orden prelativo.

En efecto, el último párrafo del artículo 22 de la Ley de Garantía Mobiliaria, resulta un tanto confuso, al establecer que los efectos retroactivos no perjudican los derechos que, eventualmente, hubiese otorgado su anterior propietario sobre el bien mueble afectado en garantía mobiliaria.

Y decimos que el último párrafo del artículo 22 es confuso, habida cuenta de que su inclusión era innecesaria. Ello, porque resulta evidente que si la garantía mobiliaria preconstituida debe inscribirse en el Registro correspondiente para que surta efectos contra terceros, cuando se hace referencia a la retroactividad de los efectos de la garantía, la Ley está recurriendo a una ficción inútil, en la medida de que es claro que la garantía preconstituida no podrá tener la condición de una garantía, propiamente dicha, si es que el bien ajeno no llega a formar parte del patrimonio del constituyente, si el bien futuro no llega a existir o si la obligación futura o eventual nunca llega a ser contraída.

Y si la garantía preconstituida se llegase a configurar como garantía mobiliaria, ello no significará que los efectos de la inscripción de esta última recién serían oponibles a terceros desde el momento en que la garantía preconstituida se

constituya como tal, sino desde el propio momento en que las partes inscribieron en los Registros Públicos la garantía preconstituida.

Dentro de tal orden de ideas, si es que entre la fecha de inscripción de la garantía mobiliaria preconstituida y la fecha en que ésta adquiere plena eficacia como garantía mobiliaria, se afecta el bien en garantía mobiliaria a favor de un tercero y éste inscribe en el Registro su derecho, ¿cuál de las garantías tiene prelación?

La norma no presenta una respuesta concreta al respecto.

El problema de la imprecisión de la Ley podría dar lugar a dos interpretaciones.

Por un lado, se podría sostener que en tanto la inscripción de la garantía mobiliaria preconstituida no implica la existencia de la garantía propiamente dicha, entonces tendrá preferencia la garantía que se constituyó posteriormente, habida cuenta de que esa garantía, cuando fue inscrita, lo fue en la condición de tal y surtiendo plenos efectos para el Derecho, en su calidad de garantía mobiliaria.

Sin embargo, también se podría sostener la posición contraria, en el sentido de que si se tomara la primera posición, cuál sería, entonces, el sentido de inscribir una garantía mobiliaria preconstituida.

Y esta observación resulta muy importante para nuestro análisis, en la medida de que, si nos ponemos a pensar sobre el particular, no tendría mayor sentido el convenir una garantía mobiliaria preconstituida, porque como garantía, en realidad no valdría nada mientras no se produzca alguno de los supuestos, de los contemplados en el artículo 21 de la Ley, que le dé eficacia.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos que la finalidad fundamental de la garantía mobiliaria preconstituida se centraría en el orden prelatorio de las garantías, de modo tal que la preconstitución de una garantía mobiliaria determinaría prioridad en el orden prelatorio, ante la ulterior constitución de una nueva garantía mobiliaria propiamente dicha (no preconstituida) o, incluso, de otra garantía mobiliaria preconstituida ulterior.

Decimos esto, porque podríamos imaginar que la ulterior garantía mobiliaria preconstituida resulte eficaz (es decir, se torne en garantía mobiliaria, propiamente dicha) antes que la primera garantía mobiliaria preconstituida.

Pensamos que en este caso, el hecho de que la segunda garantía mobiliaria preconstituida devenga en eficaz antes que la primera, no determinaría que la segunda tenga un mejor orden prelatorio que la primera, por las razones esgrimidas anteriormente.

Finalmente, debemos referirnos al supuesto regulado por el artículo 23 de la Ley de la Garantía Mobiliaria.⁶ Aquí nos encontramos con un acreedor sin garantía, que tiene como mecanismo para hacer valer su derecho, la responsabilidad del constituyente o del deudor, cuando por causa imputable a alguno de ellos la garantía preconstituida no se llegara a perfeccionar.

Lo interesante de esta opción es que para que se configure la responsabilidad civil deben concurrir una serie de elementos, entre ellos, los daños y perjuicios. Si no hay daños y perjuicios, simplemente no hay responsabilidad que imputar.

Siguiendo ese razonamiento, la única forma de pensar en que en efecto se configure la responsabilidad, es que el deudor incumpla con el pago de la obligación. De ocurrir tal hecho, resultaría absurdo que el acreedor discuta sobre la garantía que nunca llegó a perfeccionarse, cuando lo lógico y más aconsejable sería que solicite una indemnización por la inejecución de la obligación.

Lima, octubre del 2006

⁶ «Artículo 23.- *Falta de perfeccionamiento de la garantía mobiliaria preconstituida*
El deudor o el tercero constituyente, en su caso, serán responsables si la garantía preconstituida no llegara a perfeccionarse por causa que le sea imputable».