

# Aproximación al sistema de garantía prendaria en el Derecho peruano<sup>(\*)</sup>

**Luis Pizarro Aranguren**

Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

**E**l presente trabajo pretende exponer un conjunto de consideraciones a fin de cumplir los siguientes cuatro objetivos:

- a. Comprender y determinar el concepto de garantía prendaria;
- b. Enfrentar el concepto de garantía prendaria con las disposiciones contenidas en el Código Civil;
- c. Extender el análisis a las prendas reguladas fuera del Código Civil; y,
- d. Proponer una lectura integral de las diversas modalidades de garantía prendaria vigentes.

## 1. ASPECTOS GENERALES: EL INEVITABLE TEMA DE LA CLASIFICACIÓN DE BIENES PARA CONCEPTUALIZAR LOS DERECHOS DE PRENDA E HIPOTECA.

### 1.1. El crédito y la necesidad de un sistema de garantías.

Se afirma, creemos sin exagerar, que el crédito es el mecanismo más eficiente de la economía para crear riqueza. De esta manera, gracias al crédito las personas pueden adquirir bienes para satisfacer sus necesidades (casas, vehículos, electrodomésticos, etc.) o las empresas pueden obtener recursos para la adquisición de bienes o la contratación de servicios relacionados con la

industria, el comercio, la agricultura, la minería, etc.

Esta adquisición de bienes o contratación de servicios, utilizando algún tipo de modalidad financiera, se realiza en el mercado de manera directa o a través de un intermediario financiero.

En el primer caso, la empresa que comercializa los bienes o presta los servicios, cumplirá la prestación contratada y el cliente retribuirá en el tiempo el «valor comercial» y el «valor financiero» de la operación<sup>(1)</sup>.

En el segundo caso, la persona natural o jurídica interesada en adquirir bienes o recibir servicios recurrir a una institución que cumple la función de intermediación financiera<sup>(2)</sup>, para que ésta le proporcione los recursos para la operación. En este caso, el «valor comercial» se canalizará a favor de la empresa vendedora y el «valor financiero» a favor de la institución financiera.

Ahora bien, tanto en el caso de una contratación directa («financiamiento directo») o a través de una institución crediticia autorizada («intermediación financiera»), se constata el cumplimiento de obligaciones recíprocas en momentos diferentes; en otros términos, las prestaciones no se cumplen en forma simultánea.

Esta situación de cumplimiento no simultáneo de las prestaciones en los contratos que, dicho sea de paso constituye la esencia de las operaciones de crédito, origina, como fácilmente puede advertirse, una

---

(\*) El 9 de marzo de 1994 perdí una parte fundamental de mi vida ... hoy mis restos le dedican el presente trabajo.

(1) El denominado «valor comercial» corresponde al valor del bien o el servicio de manera directa, con independencia del momento del pago; en cambio, el «valor financiero» implica la aplicación de una tasa de interés sobre el «valor comercial» a fin de compensar el plazo que el vendedor otorga al comprador para cumplir con el pago del precio del íntegro del bien adquirido o el servicio prestado.

(2) Conforme lo señala el artículo 8 del Decreto Legislativo No. 770 (Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros), se entiende por «intermediación financiera a la actividad habitual desarrollada por empresas y entidades autorizadas para captar fondos del público, bajo diferentes modalidades, y colocarlos en forma de créditos o de inversiones».

En el Perú, se consideran instituciones financieras fundamentalmente a las empresas bancarias, las empresas financieras, las empresas de crédito de consumo, las mutuales de vivienda, las cajas rurales de ahorro y crédito, las cajas municipales de ahorro y crédito, las cajas municipales de crédito popular y las cooperativas de ahorro y crédito autorizadas a operar con recursos del público.

descompensación de poder entre los contratantes, pues el sujeto que ya recibió el bien o servicio cumplirá con pagar el precio o retribución en el tiempo.

La consecuencia de esta situación de asimetría entre los contratantes es que otorga una «ventaja estratégica» («*the problem of contract opportunism*» en el *Common Law*)<sup>(3)</sup>, para la parte que ejecutará su prestación con posterioridad a la de la otra.

De esta manera, si Primus (el cliente) tiene interés en adquirir un vehículo de propiedad de Secundus (la empresa comercial), ya sea con financiamiento directo de Secundus o por virtud de un préstamo que le otorgue Tercius (la institución financiera); Primus tendrá una «ventaja estratégica» contra Secundus o Tercius, dependiendo del caso, lo cual origina en estos últimos una «aversión al riesgo» (riesgo de incumplimiento) que puede generar una de las dos siguientes consecuencias, ambas ineficientes:

- a. Que la «aversión al riesgo» de Secundus o Tercius los haga abstenerse de formalizar la operación; o,
- b. Que la «aversión al riesgo» de Secundus o Tercius eleve el «valor comercial» y el «valor financiero» de la operación en niveles que no correspondan a la prestación realmente recibida.

Pues bien, ante la situación planteada el Derecho ha estructurado diversos mecanismos, algunos más óptimos que otros, para recomponer el reparto de poder entre los contratantes: las garantías.

Estos mecanismos legales tienen como finalidad crear una «ventaja estratégica» contraria, a favor del acreedor (la empresa que comercializa al crédito o la institución financiera), que a su vez origina una «aversión al riesgo» para el deudor (el cliente).

De esta manera, una garantía será considerada eficaz cuando la «aversión al riesgo» que cree en el deudor neutralice su «ventaja estratégica» frente al acreedor.

Bajo este contexto, en términos generales, las garantías pueden tener como objeto el patrimonio de una persona natural o jurídica, o la afectación de bienes específicos.

En el caso de la garantía sobre un patrimonio, sea del deudor o de un tercero (fianza o aval), la «aversión al riesgo» que se crea en el deudor, no llega a constituir la suficiente fuerza para mediatizar su «ventaja estratégica» frente al acreedor, toda vez que los bienes

que conforman el patrimonio pueden ser objeto de diversas operaciones, posteriores a la constitución de la garantía, en perjuicio del acreedor.

Por lo tanto, las garantías que tienen como objeto bienes específicos e individualizados otorgan una mayor seguridad en la transacción crediticia, en razón que el Derecho permite, principalmente a través de las normas de prenda e hipoteca, que el acreedor pueda mantener la garantía vigente, no obstante las transacciones que realice el deudor sobre el bien específico, posteriores a su formalización.

## 1.2. Garantías sobre bienes específicos: la prenda y la hipoteca.

Ingresando al caso concreto de aquellas garantías que tienen como objeto bienes determinados, se puede advertir que no todos los bienes pueden ser tratados jurídicamente igual, de lo que se desprende que el Derecho diseña distintos mecanismos de creación de este tipo de garantías.

La seguridad para el acreedor, por lo tanto, será lograda en base a dos esquemas, dependiendo a su vez, de dos tipos de bienes:

### 1.2.1. Tipos de bienes.

En el primer esquema, nos encontramos con aquellos bienes que tienen la capacidad de ser plenamente identificados e inclusive ser susceptibles de una codificación centralizada que los permita acceder a un registro.

En el segundo esquema, se agrupan los bienes que, precisamente, por oposición a los bienes del primer esquema, se encuentran imposibilitados de ingresar a un registro.

Ahora bien, el cuestionamiento natural sobre esta distinción consiste en focalizar los caracteres que deben tener los bienes para ser susceptibles de identificación registral.

Al respecto, compartimos con Juan B. Vallet de Goytisolo<sup>(4)</sup> la existencia de dos requerimientos: la identificabilidad del bien, que es otorgada por su propia configuración, y el valor del bien, que es otorgado por el mercado.

El autor citado expresa textualmente lo si-

(3) CANTUARIAS, Fernando. «La función económica del Derecho: a propósito de los derechos de prenda e hipoteca». En: Derecho Civil peruano: perspectivas y problemas actuales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, pág. 18.

(4) VALLET DE GOYTISOLO, Juan. Estudios sobre garantías reales. Segunda edición. Montecorvo, Madrid, 1984, págs. 245-246.

guiente: «¿Qué caracteres ha de reunir un bien para que sin riesgos jurídicos pueda ser considerado perfectamente susceptible de identificación registral?»

A juicio nuestro, se requiere la indispensable concurrencia de dos requisitos. El primero se refiere estrictamente a la identificabilidad de la cosa. El segundo, en cambio, tiene en cuenta la posición y significado de dicha cosa en el comercio jurídico:

---

*“Aunque parezca paradójico, según el Código Civil peruano, «entregar jurídicamente un bien» significa «no entregarlo físicamente», por lo tanto, en este tipo de garantía no podemos concluir que la prenda supone desposesión”*

---

1. La cosa ha de gozar de determinada cualidad física, que sin necesidad de especiales conocimientos técnicos en quien la juzgue, sirva para individualizarla de modo permanente entre las demás cosas de su mismo género. O bien su género completo debe estar recogido en una matrícula perfectamente organizada que numere cada uno de los ejemplares, cuyas características deben recogerse en el correspondiente registro junto a la numeración correlativa.

2. El comercio jurídico no debe quedar perjudicado por la imposición como necesidad del examen del correspondiente registro de cargas, a fin de conocer su libertad o gravamen del objeto de que se trate» (énfasis agregado).

Aplicando la distinción a la realidad, deducimos que los predios, los automóviles o las marcas de fábrica, por su identificabilidad y consideración económica, tienen la condición de «bienes registrables»; en cambio, los televisores, los relojes o los perros, por las mismas razones, deben ser considerados «bienes no registrables».

### 1.2.2. Tipo de mecanismo de publicidad.

Resulta claro que los derechos sobre los bienes que integran el primer esquema, aquellos que hemos denominado «bienes registrables», logran oponerse<sup>(5)</sup> en el mercado, y en consecuencia, otorgar seguridad a los acreedores en las operaciones al crédito, gracias, precisamente, a la publicidad que otorga el mismo registro.

Por otro lado los llamados «bienes no registrables» tendrán que recurrir a la posesión para lograr el objetivo de oponibilidad.

### 1.2.3. Tipo de garantía.

Manteniendo estrictamente los dos esquemas de bienes propuestos («bienes registrables» y «bienes no registrables»), que a su vez generan dos esquemas de publicidad de los derechos que nacen sobre los mismos (el registro y la posesión), las garantías que se constituyan quedan condicionadas a tales parámetros.

De esta manera, para que Secundus o Tercius, en nuestro ejemplo original, logren crear una «ventaja estratégica» a su favor, compensatoria de la «ventaja estratégica» de Primus por haber recibido el bien o el servicio y pagar el precio o la retribución en el tiempo, deberán constituir una garantía que pueda lograr la finalidad de oposición o exclusión de los demás.

En este sentido, si el bien objeto de la garantía es considerado como «registrable», la seguridad para Secundus o Tercius se originará desde el momento de la inscripción de la garantía en el registro; mientras tanto, en caso el bien tenga la condición de «no registrable», Secundus o Tercius obtendrán su objetivo sólo en el caso que tengan la posesión del bien.

Así, en el primer caso, si la garantía está debidamente inscrita, resultará indiferente para Secundus o Tercius tener la posesión o que Primus inscriba en el registro algún derecho posterior a la garantía; lo que no ocurre en el segundo caso, pues si el bien no es registrable, la única posibilidad de impedir que Primus transfiera o constituya otra garantía sobre el mismo bien es despojándolo de su posesión, la misma que debe pasar a Secundus o Tercius (empresa comercializadora o institución financiera), o Cuartius (una persona que asuma la condición de depositaria del bien).

En suma, los dos esquemas pueden ser resumidos de la siguiente manera:

---

(5) En este punto «oponerse» debe ser entendido como exclusión de los demás.

#### Esquema I

Tipo de bien : bienes registrables  
Tipo de publicidad : registral  
Tipo de garantía : registral

#### Esquema II

Tipo de bien : no registrable  
Tipo de publicidad : posesoria  
Tipo de garantía : posesoria

#### 1.2.4. La prenda y la hipoteca.

Todo lo dicho hasta el presente punto guarda una lógica y coherencia interna sustentada en los requerimientos del mercado para obtener eficientes mecanismos de seguridad en las operaciones al crédito.

Sin embargo, la expresión normativa de las garantías, conforme veremos con detalle más adelante, no respeta, en todos los casos, los esquemas antes presentados.

El problema se centra en el límite que cada legislación impone para diferenciar los denominados derechos reales de prenda e hipoteca.

Con independencia de la nomenclatura que se le pueda asignar a los dos derechos reales de garantía, consideramos, como hipótesis de análisis, que la aplicación del Esquema I y Esquema II, diseñados en el punto anterior, deberían ser aplicados estrictamente para el derecho de hipoteca y el derecho de prenda respectivamente.

De esta manera, entenderíamos al **derecho de hipoteca** como la garantía que tiene como objeto un «bien registrable» y cuya oponibilidad se logra a través de la inscripción registral; y, al **derecho de prenda** como la garantía que tiene como objeto un «bien no registrable» y origina su oponibilidad en virtud de la desposesión al deudor.

En esta línea, recogemos la conceptualización de prenda e hipoteca de Guillermo Borda: «La prenda es, como la hipoteca, un derecho constituido por el deudor en favor del acreedor en seguridad del pago de una obligación: pero mientras en la hipoteca, la cosa dada en garantía permanece en poder del deudor, en la prenda la posesión de la cosa se transfiere al acreedor»<sup>(6)</sup>.

## 2. RÉGIMEN LEGAL DE LA PRENDA EN EL PERÚ.

En el Perú, el límite entre el derecho de prenda y el de hipoteca es impuesto por la clasificación de bienes entre inmuebles y muebles, cuyo detalle se encuentra recogido en los artículos 885 y 886 del Código Civil respectivamente.

Ahora bien, en términos generales, haciendo un esfuerzo de síntesis, la noción de «bien inmueble» para la legislación peruana puede ser objeto de paralelo con el concepto de «bien registrable» expuesto en la primera parte del presente trabajo, mientras que la definición de «bien mueble» puede asimilarse a la de los «bienes no registrables».

Por esa razón, encontramos tipificados, por ejemplo, como «bienes inmuebles» a las naves o aeronaves, que por su naturaleza están destinadas, justamente, a moverse.

De esta manera, la distinción entre hipoteca y prenda respeta la clasificación de bienes inmuebles y muebles respectivamente.

Al respecto, el doctor Jorge Avendaño<sup>(7)</sup>, utilizando las denominaciones «bienes inmuebles» y «bienes muebles», que él como nosotros no comparte, sostiene lo siguiente: «Tradicionalmente los dos derechos reales de garantía más importantes, la prenda y la hipoteca, han recaído exclusivamente sobre bienes muebles e inmuebles, respectivamente; y tradicionalmente también en la prenda se ha exigido el desplazamiento o entrega de la cosa por el deudor al acreedor o al tercero que la guarda en su nombre, mientras que en la hipoteca el deudor ha conservado el bien en su poder».

No siendo el tema central, vamos a evitar extender el presente trabajo a demostrar con detalle la crítica a la clasificación de bienes entre inmuebles y muebles, sustentando la alternativa, basada en el criterio registral. Por ello, nos limitamos a reproducir dos citas cuyos autores nacionales son los doctores Jorge Avendaño y Fernando de Trazegnies que, desde dos perspectivas de análisis diferentes, cuestionan la clasificación inmobiliaria-mobiliaria.

El doctor Avendaño<sup>(8)</sup>, afirma lo siguiente:

(6) BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Perrot, Buenos Aires, 1984, pág. 355.

(7) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. En: Revista del Foro. Tomo III. Lima, 1965, pág. 163.

(8) Ibidem, pág. 166.

«¿Qué verdadera razón existe, nos preguntamos, para seguir clasificando los bienes como muebles e inmuebles? Esta clasificación es hoy inaplicable porque han aparecido multitud de bienes nuevos, que no existían cuando rigió el Derecho Romano. Así por ejemplo, los aviones, que son muebles conforme al criterio tradicional, pero que sin embargo pueden estar sujetos al régimen inmobiliario porque pueden ser perfectamente identificables por razón de su matrícula, y al mismo tiempo sin ser difícilmente ocultables».

Refiriéndose a la clasificación de bienes inmuebles y muebles, el doctor Fernando de Trazegnies sostiene: «Pero esta distinción es tan «natural» como la de que existen bienes grandes y bienes pequeños, bienes ásperos y bienes lisos, bienes sólidos y bienes líquidos, bienes rojos y bienes azules, bienes agradables y bienes repugnantes, bienes comestibles y bienes no comestibles, bienes orgánicos y bienes inorgánicos. Sin embargo, ninguna de estas clasificaciones que se encuentran en la 'naturaleza de las cosas' ha sido recogida por el Derecho moderno (...) El solo hecho de que una distinción sea «natural» no es suficiente para que el Derecho la haga suya (...) Dentro de una sociedad de mercado, en la que los intercambios constituyen su ingrediente fundamental y donde las garantías de las transacciones deben ser muy seguras, el Derecho ha agrupado los bienes en función de su mayor o menor facilidad para su transferencia y en función de la mayor o menor facilidad para entregar físicamente la cosa en garantía. Por consiguiente, no es una característica natural del bien lo que constituye la base de la distinción sino la utilización social de ciertas características naturales, que realiza una cultura determinada (...) Pero lo importante es llamar a las cosas por sus nombres si no se quiere que nos perdamos en una jungla de lo imaginario constituida por el abuso de ficciones jurídicas, en un mundo surrealista donde los bienes inmuebles se mueven y donde la entrega (*traditio*) consiste en no entregar nada. Intentar introducir a la fuerza los actuales criterios jurídicos dentro de los viejos moldes puede resultar una solución semejante a la de cercenarle los pies al cadáver porque el muerto resultó demasiado grande para el ataúd que había sido pedido de antemano...»<sup>(9)</sup> (énfasis agregado).

Fuera de la doctrina nacional, la sustitución de la vieja distinción de bienes encuentra sólidas argumentaciones. Al respecto, adviértase el razonamiento

de Juan Vallet de Goytisolo: «En tiempos modernos ha ido perdiendo fuerza lógica la clasificación total de los bienes en estas dos categorías de muebles e inmuebles. Han surgido nuevos bienes, como los de la propiedad intelectual o de la propiedad industrial, los títulos valores -que llegan a constituir ingentes montañas de valor- los automóviles, las aeronaves, las empresas mercantiles. Su desenvolvimiento y desarrollo, emparejado con los progresos de la técnica, unido al apogeo de la maquinaria industrial, han hecho alcanzar a estos bienes muebles un valor e importancia jamás sospechados, no sólo intrínsecamente, sino como medios de producción en gran escala.

El viejo brocardo *res mobilis, res vilis* ha quedado desmentido. Ese desarrollo y aquellas apariciones, así como el reconocimiento por el Derecho de la titularidad de las creaciones del espíritu, han dejado anticuada la elemental distinción de los bienes en muebles e inmuebles como categorías fundamentales y básicas»<sup>(10)</sup>.

## 2.1. La prenda en el Código Civil.

La definición del derecho real de prenda se encuentra en el artículo 1055 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente: «La prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación».

Del texto del artículo citado se desprenden las siguientes anotaciones:

- a. Existe una clara relación entre garantía prendaria y bienes muebles;
- b. El mecanismo de oponibilidad que resulta constitutivo de la prenda es la entrega, lo que a primera vista nos llevaría a pensar en una desposesión del bien del deudor; y,
- c. Sin embargo, la norma distingue entre dos tipos de entrega: la física y la jurídica.

### 2.1.1. Las denominadas prendas con «entrega física» y con «entrega jurídica».

En términos sencillos podría entenderse que, «entrega» resulta ser un término análogo a «tradición», lo que equivale a suponer la desposesión del bien objeto de la garantía prendaria al deudor, respetándose, de esa manera, el Esquema II que esbozamos en la primera parte del presente trabajo.

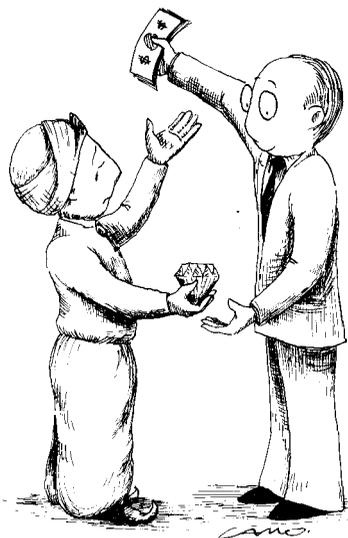
(9) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Bienes, naturaleza y romanos». En: El Comercio. Lima, 21 de diciembre de 1982.

(10) VALLET DE GOYTOSOLO, Juan. Op. cit., págs. 230 - 231.

Sin embargo, la prenda en el Perú permite, como hemos visto, dos tipos de entrega, la «física» y la «jurídica».

¿Qué significa entregar jurídicamente un bien?

Aunque parezca paradójico, según el Código Civil peruano, «entregar jurídicamente un bien» significa «no entregarlo físicamente», por lo tanto, en este tipo de garantía no podemos concluir que la prenda supone desposesión.



En efecto, el artículo 1059 del Código Civil define la «entrega jurídica» de la siguiente manera: «Se entiende entregado jurídicamente el bien al acreedor cuando queda en poder del deudor. La entrega jurídica sólo procede respecto de bienes muebles inscritos. En este caso, la prenda sólo surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo» (énfasis agregado).

Conforme se desprende del artículo citado, la denominada «prenda con entrega jurídica» no es otra cosa que una garantía que pertenece a nuestro Esquema I, esto es, tiene como objeto un «bien registrable» y la oponibilidad se obtiene gracias al registro, no a la posesión.

Esta extraña solución, que abusa de las ficciones jurídicas complicando el panorama de las garantías, encuentra su antecedente en la legislación mejicana, conforme nos lo informa la doctora Lucrecia Maisch Von Humboldt: «Desde 1928 el Código mejicano había resuelto un grave problema, solución desconocida por el legislador de 1936 y que obligó en el Perú a desnaturar

este derecho real estableciendo la prenda sin desplazamiento para lograr que el deudor propietario pudiera utilizar el bien ofrecido en garantía.

En un notable acierto legislativo el Código mejicano resuelve este problema en su artículo 2858 al disponer: 'para que se tenga constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor, real o jurídicamente (...)' Al respecto es menester señalar que existen diversas condiciones para configurar la entrega del bien, en primer lugar sólo procede para bienes identificables que son los únicos que pueden ser materia de inscripción en el registro respectivo, tales como tractores, maquinarias, electro-domésticos, etc.»<sup>(11)</sup>.

Repasando el texto reproducido nos quedan las siguientes tres interrogantes: en primer lugar, ¿a qué grave problema se refiere la doctora Maisch?; en segundo lugar, ¿por qué se califica como un «notable acierto legislativo» a una solución diseñada en base a una ficción que pretende llamar «entrega» justamente a la situación donde no se produce entrega?; y, en tercer lugar, ¿por qué se considera que los electrodomésticos o las máquinas por el solo hecho de ser «identificables» son considerados «registrables»?

Ahora bien, la pregunta de fondo que nos formulamos es: ¿por qué el Código Civil peruano ha normado a la prenda de la manera descrita? La respuesta es muy simple. Dado que los bienes no se han distinguido por el criterio registral («bienes registrables» y «bienes no registrables»), sino por el ambiguo criterio de la movilidad («bienes inmuebles» y «bienes muebles»), los Esquemas I y II que trabajamos en la primera parte del presente trabajo tienen que subdividirse en los siguientes cuatro esquemas:

#### Esquema A

Tipo de bien : bienes muebles registrables  
 Tipo de publicidad : registral  
 Tipo de garantía : registral («prenda con entrega jurídica»)

#### Esquema B

Tipo de bien : bienes muebles no registrables  
 Tipo de publicidad : posesoria  
 Tipo de garantía : posesoria («prenda con entrega física»)

#### Esquema C

Tipo de bien : bienes inmuebles registrables  
 Tipo de publicidad : registral  
 Tipo de garantía : registral («hipoteca»)

(11) MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. En: REVOREDO, Delia (compiladora). Exposición de Motivos del Código Civil. Lima, 1985, pág. 241.

#### Esquema D

Tipo de bien	: bienes inmuebles no registrables
Tipo de publicidad	: posesoria
Tipo de garantía	: posesoria («anticresis»)

Para decirlo con manifiesta ironía, el «notable acierto» ha consistido en regular cuatro modalidades de garantías en lugar de dos.

En efecto, si nos olvidamos por un instante de la clasificación de los bienes basada en el criterio de la movilidad, descubriremos que los Esquemas A y C del Código Civil regulan la misma situación (garantía registral para bienes registrables), al igual que los Esquemas B y D (garantía posesoria para bienes no registrables).

Ahora bien, focalizando nuestro estudio, de manera exclusiva, en las dos modalidades de garantía prendaria, nos preguntamos sobre la solución legal de la situación que puede originarse como consecuencia de la constitución de una prenda con entrega física y otra con entrega jurídica respecto de un mismo bien, más precisamente, cuando la prenda con entrega física se constituye primero que la prenda con entrega jurídica.

Al respecto, el artículo 1060, sin distinguir en lo absoluto entre las dos modalidades de garantía prendaria, señala lo siguiente: «Un bien puede ser gravado con prenda en garantía de varios créditos y en favor de varias personas sucesivamente, con aviso a los acreedores que ya tienen la misma garantía.

**Los acreedores seguirán el orden en que han sido constituidas las prendas para el efecto de la preferencia»** (énfasis agregado).

Como consecuencia de la aplicación de la norma citada al caso planteado, resulta perfectamente posible que una persona realice un estudio registral en la partida del bien mueble (un automóvil por ejemplo), verifique la inexistencia de gravámenes inscritos, proceda a formalizar una prenda con «entrega jurídica» considerándola como primera prenda y, sin embargo, esta garantía tenga segunda prioridad, toda vez que el propietario, con fecha anterior a la inscripción de la prenda con entrega jurídica, constituyó una prenda con «entrega física» en garantía de una operación financiera

con otro acreedor<sup>(12)</sup>.

Consideramos que la solución que nos brinda el Código resulta impropia, pues en un sistema de derechos patrimoniales con adecuados mecanismos de oponibilidad, todo derecho inscrito debe ser preferido frente al derecho constituido a través de la entrega o tradición del bien, toda vez que la publicidad registral tiene un carácter absoluto y es más perfecta que la publicidad posesoria.

#### 2.1.3. Prendas especiales en el Código Civil.

##### 2.1.3.1. Prenda tácita.

El artículo 1063 del Código Civil, reproducción textual del artículo 1001 del Código Civil del año 1936 y conforme lo establecen otras legislaciones, consagra el siguiente concepto de prenda tácita: «La prenda que garantiza una deuda sirve de igual garantía a otra que se contraiga entre los mismos acreedor y deudor, siempre que la nueva deuda conste por escrito de fecha cierta».

El autor Guillermo Borda explica, con total claridad, el supuesto que materializa la figura de la prenda tácita de esta manera: «Supongamos una prenda constituida entre dos personas, en garantía del cumplimiento de una obligación. Luego el deudor contrae una segunda obligación respecto del mismo acreedor; cuando esta segunda obligación es de vencimiento anterior al momento de haberse pagado la primera obligación, se produce lo que se llama la prenda tácita: la ley reputa que la cosa dada en prenda garantiza también el pago de la segunda obligación»<sup>(13)</sup>.

El mismo Borda, sustentando la lógica de esta garantía prendaria, opina lo siguiente: «Esta solución se basa en el fundamento tradicional de la prenda tácita: la ley presume que cuando una persona que tiene en su poder una cosa, concede otro crédito al mismo deudor que constituyó la prenda, entiende estar amparada por la misma garantía que significa la tenencia de la cosa»<sup>(14)</sup>.

Dada su configuración, entendemos que la prenda tácita resulta procedente, exclusivamente, en los casos en los que existe la denominada «entrega física», pues resultaría en extremo perjudicial para la

(12) Evidentemente, el deudor que constituye una prenda respecto de un bien que se encuentra anteriormente gravado, ocultándoselo al acreedor, será responsable civilmente, sin perjuicio de la responsabilidad penal por la comisión del delito de estafa (defraudación) conforme al artículo 197 del Código Penal.

(13) BORDA, Guillermo. Op. cit., pág. 393.

(14) Ibidem, pág. 394.

transparencia, publicidad y seguridad en el mercado el nacimiento de garantías en forma tácita (sin manifestación expresa de voluntad) cuando el mecanismo de oponibilidad que corresponde por el tipo de bien («bienes registrables») sea la inscripción registral («entrega jurídica»).

En efecto, resulta a esta altura del trabajo claro entender que la constitución cronológica de garantías prendarias en un registro (el Registro de Propiedad Vehicular por ejemplo), con su consiguiente orden de prelación, no puede admitir y respetar una prenda de nacimiento espontáneo.

En términos prácticos, si Primus prenda su automóvil con «entrega jurídica» a favor de Secundus, Tercius verificará en el registro el gravamen y podrá considerar conveniente formalizar una segunda prenda a su favor. Pues bien, bajo ningún concepto deberá admitirse como posible establecer que la prenda de Tercius es tercera en prioridad argumentando que entre Primus y Secundus, antes de la inscripción de Tercius, había nacido otra obligación.

Descartada la aplicación de la prenda tácita al caso de la llamada «entrega jurídica» para bienes registrables y frente a su concepto y justificación académica, nosotros nos preguntamos y dejamos una interrogante para la reflexión: ¿por qué la ley tiene que presumir la voluntad de las partes creando un derecho de garantía en forma automática, inclusive cuando se trate de prenda con «entrega física»? ¿Acaso las partes, si lo estiman conveniente de acuerdo a sus intereses, son incapaces de percibir la necesidad de pactar una garantía cuando negocian y formalizan una relación obligacional?

En nuestra opinión, en el ámbito de las relaciones económicas, que el Derecho Civil Patrimonial regula, no debería presumirse nacimiento de derechos «tácitamente», cuando las partes no lo han considerado oportuno y conveniente.

### 2.1.3.2. Prenda legal.

El Código Civil de 1984 introduce la regulación de la prenda legal, a través de la remisión del artículo 1065 a los artículos referidos a la hipoteca legal.

«Artículo 1065.- Las prendas legales se rigen por las disposiciones de este título y por los artículos

1118 a 1120, y sólo proceden respecto de bienes muebles susceptibles de inscripción» (énfasis agregado).

Sin entrar a mayores elucubraciones teóricas sobre el tema y aplicando los conceptos básicos de hipoteca legal, entendemos que la prenda legal es aquella que se constituye con la denominada «entrega jurídica» (pues sólo procede con bienes registrables), sin que las partes manifiesten expresamente su voluntad de constituirla dado que, en determinados y taxativos casos<sup>(15)</sup>, el Código, interviene para crear una garantía de manera espontánea.

Siendo una modalidad de prenda con «entrega jurídica», nos limitamos a trasladar nuestros comentarios expresados sobre esta garantía para el caso de la prenda legal.

Sin embargo, no queremos ocultar que esta modalidad de garantía prendaria nos deja la misma sensación crítica sobre la función del legislador civil asumiendo el rol de creador espontáneo de derechos, en circunstancias en las cuales las partes tienen la capacidad, si les parece apropiado, de estipular expresamente las garantías para resguardar el cumplimiento de sus obligaciones.

## 2.2. La prenda fuera del Código Civil.

### 2.2.1. Prenda de acciones.

La prenda de acciones se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades, específicamente en el artículo 111: «En el caso de prenda de acciones, el ejercicio del derecho de accionistas corresponde a éste, salvo pacto en contrario.

El acreedor prendario está obligado, a facilitar, en su caso, el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones, presentando éstas a la sociedad cuando dicho requisito sea necesario.

Si el deudor, titular de acciones, incumpliese la obligación de desembolsar los dividendos pasivos, el acreedor prendario podrá cumplir por sí esta obligación, pudiendo repetir contra su deudor o proceder a la realización de la prenda».

Vamos a evitar, pues entendemos que no es el espacio apropiado, evaluar los diversos y ricos temas de carácter societario que genera el estudio de la prenda de acciones.

---

(15) Los casos de hipoteca legal adaptados a la prenda legal son los siguientes:

1. La del mueble enajenado con saldo de precio o pagado con dinero de un tercero;
2. La del mueble para cuya fabricación o reparación el contratista haya proporcionado materiales o trabajos; y,
3. La del mueble adquirido en una partición con la obligación de realizar amortizaciones en dinero a los otros copropietarios.

Nuestra intención en este punto es insertar esta modalidad de prenda al esquema general de garantías prendarias que venimos trabajando.

La pregunta central es sencilla de formular pero compleja de responder: ¿cómo nace la prenda de acciones, con la entrega de los títulos que las representan o con la inscripción en el registro de acciones que lleva la propia sociedad anónima?

---

*“...resulta erróneo suponer que una ejecución privada, conforme lo pacten las partes, implica plena rapidez para el acreedor y absoluta inseguridad para el deudor”*

---

Al respecto, resulta ilustrativo evaluar el artículo 113 de la Ley General de Sociedades: «Las acciones, cualquiera que sea su clase, se representan mediante títulos que se extenderán en libros talonados.

Las acciones nominativas se inscribirán en un libro de registro de acciones que se legalizará conforme a ley, y en el que se anotará las sucesivas transferencias y la constitución de derechos reales sobre las acciones.

Un mismo título puede representar una o más acciones de un solo propietario» (énfasis agregado).

El caso nos obliga a flexibilizar nuestros conceptos.

Sin entrar a interpretaciones literales de la norma, que dicho sea de paso pueden resultar útiles, entendemos que el registro de acciones que lleva la sociedad, no obstante carecer del carácter de «registro público» con publicidad absoluta, resulta el modo constitutivo de la prenda de acciones.

En efecto, la acción como derecho de un accionista (en este caso como objeto de la garantía prendaria) no es el título físico que la representa, por lo tanto, la

«entrega física» del documento carece de efecto constitutivo de la prenda.

Por lo tanto, la sociedad reputará propietario, usufructuario, embargante o acreedor prendario a aquella persona que aparezca como tal en su registro de acciones, no obstante no ser un registro público.

### 2.2.2. *Prendas de actividades económicas especiales y prenda flotante.*

En la primera parte del presente trabajo diseñamos dos esquemas excluyentes para regular las garantías que tienen como objeto bienes específicos: en el primero (Esquema I), asignamos el mecanismo de oponibilidad registral para los «bienes registrables»; y en el segundo (Esquema II), el mecanismo de oponibilidad posesorio para los bienes «no registrables».

En otras palabras, si un deudor requiere un crédito, para formalizar una prenda sobre un automóvil debe inscribirla y en el caso de una joya deberá entregarla al acreedor.

Sin embargo, por razones inherentes a diversas actividades económicas, existen bienes que no tienen la capacidad intrínseca de ser registrados, sin embargo, el deudor no puede entregarlos en posesión (obviamente nos referimos a la «entrega física») pues, precisamente, con la explotación económica de dichos bienes generará los ingresos para cubrir la obligación que garantizaría la prenda.

Éste es el caso del agricultor con sus instrumentos de labranza o sus sembríos, el industrial con sus máquinas, el ganadero con sus vacas, el minero con sus equipos o el comerciante con sus electrodomésticos, libros o zapatos.

Nos encontramos entonces con un profundo cuestionamiento económico de una estructura jurídica aparentemente lógica.

Este problema lo describe claramente el doctor Jorge Avendaño de la siguiente manera: «Cuando la prenda recae sobre bienes que el deudor no requiere conservar en su poder, tales como joyas, acciones y otros de análogo destino, la entrega no ofrece dificultad y no ocasiona perjuicio al deudor. En cambio, cuando este último se ve obligado a afectar bienes que necesariamente debe utilizar en su explotación agrícola o industrial, la desposesión se torna prácticamente imposible, ya que ella acarrearía casi inevitablemente la paralización de la actividad productora del deudor»<sup>(16)</sup>.

---

(16) AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Op. cit., pág. 163.

Debe quedar claro que la problemática planteada resulta de difícil solución pues deben diseñarse mecanismos que cumplan, simultáneamente, dos funciones aparentemente antitéticas: por un lado, la seguridad para los acreedores a través de una adecuada publicidad de la garantía constituida y, por el otro, la no alteración de las condiciones empresariales del deudor.

Ahora bien, si recurrimos a los fundamentos que sustentaron los dos esquemas formulados líneas arriba (Esquema I: bienes registrables = garantía registral; y Esquema II: bienes no registrables = garantía posesoria), pronto tomaremos conciencia que cualquier solución que pretenda modificarlos lesionará, en mayor o menor medida, la óptima seguridad que los derechos patrimoniales exigen.

Por lo tanto, para superar el inconveniente de la imposibilidad económica de la entrega de bienes que no tienen la capacidad plena de ser considerados registrables, tendremos que resignarnos a reformular el esquema, ganando las necesidades empresariales y perdiendo la seguridad jurídica.

Sin embargo, es claro que otras normas legales complementarias (normas de responsabilidad civil o responsabilidad penal), constitución de garantías complementarias u otros pactos acordados por las partes, compensarán la pérdida de seguridad, intentando recomponer el equilibrio de poder entre los contratantes.

¿Cómo se reformulan los esquemas?

La salida más utilizada en la legislación nacional y extranjera es la utilización del mecanismo de publicidad registral, aunque los bienes no sean realmente registrables, manteniendo el deudor su posesión, a través de «registros de garantías».

De esta manera, por ejemplo, cuando un agricultor estime conveniente preñar sus equipos, ante la inexistencia de un registro de instrumentos de labranza, inscribirá la garantía en un registro de prenda agrícola.

Estos «registros de garantías», a diferencia del registro de propiedad de inmuebles, vehículos o marcas, no contiene la historia registral de la propiedad de los bienes, sino se limita, exclusivamente, a inscribir las garantías.

En consecuencia, como puede apreciarse fácilmente, en estricto, la oponibilidad que generan estos «registros de garantías» resulta limitada y parcial, en

comparación con los registros de bienes que proyectan una publicidad absoluta frente a los terceros en el mercado<sup>(17)</sup>.

Sobre la existencia de estos «registros de garantías», Vallet de Goytisoló afirma lo siguiente: «Otras veces hay inscripción registral, pero ésta no identifica plenamente los bienes gravados con independencia de su situación. Entonces se plantea una nueva cuestión, para catalogarlas. Ferrara (hijo) plantea que en aquellos casos 'no puede haber prenda, porque requiere la transmisión de la cosa al acreedor o a un tercero en su lugar; ni hipoteca, porque requiere la inscripción registral'»<sup>(18)</sup> (énfasis agregado).

La conclusión, a fin de satisfacer nuestra necesidad de estructurar un sistema de garantías integral, es el reconocimiento de un tercer esquema:

Esquema III

Tipo de bien	:	bienes no registrables
Tipo de publicidad	:	registral
Tipo de garantía	:	registral

#### 2.2.2.1. Prenda agrícola.

La prenda agrícola se encuentra regulada, principalmente, por la Ley No. 2402, promulgada en diciembre de 1916.

La prenda agrícola en el Perú, al igual que la prenda industrial y minera como veremos más adelante, recoge nuestro Esquema III, el mismo que supone la utilización de la publicidad registral para bienes que no pueden ser considerados registrables en sí mismos, pero que no pueden ser entregados físicamente al acreedor, pues el deudor los requiere para el desarrollo normal de su actividad económica.

Los bienes objeto de prenda agrícola se encuentran detallados en el artículo 2 de la norma, los mismos que, como puede advertirse, no tienen el carácter de registrables: «Pueden darse en prenda agrícola:

- a. Las máquinas e instrumentos de labranza, usados en la agricultura, en el beneficio, manipulación, transporte de los productos agrícolas o en el corte o fabricación de maderas y las demás cosas muebles destinados a la explotación rural;
- b. Los ganados de toda especie y sus productos;
- c. Los frutos de cualquier naturaleza, materia del

(17) La publicidad absoluta del registro se sustenta en lo dispuesto por el artículo 2012 del Código Civil. «Artículo 2012.- Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones».

(18) VALLET DE GOYTISOLO, Juan. Op. cit., pág. 253.

contrato que se realiza, ya se hallen pendientes o separados de planta;

d. Las maderas cortadas o por cortar».

Ahora bien, no obstante el carácter de bienes no registrables, el deudor mantiene la posesión de los mismos, conforme al artículo 4: «El deudor conservará la posesión de la cosa materia de la prenda agrícola en nombre del acreedor teniendo derecho a usarla. Sus deberes y responsabilidades son las del depositario; pero serán de su cuenta los gastos de recojo, conservación y administración de la prenda».

Sin embargo, se inscribe la garantía en un «registro de garantías», conforme al artículo 7: «...Todo contrato se inscribirá en el Registro de la Propiedad Inmueble (entiéndase el Registro de Prenda Agrícola) del departamento a que pertenezca el fundo en que se hallen las cosas dadas en prenda. Para este efecto los registradores llevarán un libro especial en el que anotarán los contratos de prenda agrícola, consignando en el asiento todos los detalles y circunstancias que permitan identificar las cosas dadas en prenda, con arreglo al formulario que deberá expedir el Poder Ejecutivo. Esos mismos detalles y circunstancias formarán parte de los respectivos contratos. Para la anotación de los contratos de prenda agrícola no es necesario inscripción previa alguna» (el paréntesis es nuestro).

#### 2.2.2.2. Prenda industrial.

Los artículos 82 y 83 de la Ley No. 23407 (Ley General de Industrias), que regulan la prenda industrial, establecen la lista de bienes no registrables que pueden ser objeto de esta garantía, el mantenimiento de la posesión de los bienes por el deudor y la inscripción de la prenda en un «registro de garantías» (el Registro de Prenda Industrial):

«Artículo 82.- Toda persona natural o jurídica dedicada a la actividad industrial podrá constituir prenda industrial sobre maquinarias, equipos, herramientas, medios de transporte y demás elementos de trabajo, así como las materias primas, semielaboradas, los envases y cualquier producto manufacturado o en proceso de manufactura, **manteniendo su tenencia y uso**» (énfasis agregado).

«Artículo 83.- Los Registros Públicos llevan el 'Registro de Prenda Industrial' conforme a las disposiciones de su Reglamento de Inscripciones. En dicho registro se inscribirán todos los actos y contratos de prenda industrial».

#### 2.2.2.3. Prenda minera.

Bajo el mismo esquema de la prenda agrícola y la prenda industrial, el Decreto Supremo No. 014-92-EM

(Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería), aplica el mecanismo de inscripción en un «registro de garantías» para bienes no registrables.

De esta manera los artículos 178, 179 y 180 establecen lo siguiente:

«Artículo 178.- Pueden darse en prenda todos los bienes muebles destinados a la industria minera y los minerales extraídos y/o beneficiados de propiedad del deudor».

«Artículo 179.- (...) Para ejercitar este derecho, el acreedor deberá formalizar la prenda por escritura pública e inscribirla en el Registro Público de Minería».

«Artículo 180.- El deudor conservará la posesión del bien materia de la prenda, teniendo derecho a usarla...»

#### 2.2.2.4. Prenda flotante.

Describamos la siguiente situación: Primus es una empresa que tiene como objeto social principal vender ropa deportiva y debido a la gran demanda de este tipo de artículos (principalmente las camisetas del Alianza Lima), requiere de financiamiento para adquirir del fabricante Secundus un volumen suficiente para sus ventas.

Tanto Secundus como Tercius (una institución financiera), están conformes en otorgarle un crédito a Primus, sin embargo, le exigen algún tipo de garantía en respaldo del estricto cumplimiento de la obligación de pago periódica que asumiría Primus.

Primus realiza el siguiente razonamiento: «los únicos bienes de mi propiedad son, precisamente, los que comercializo (existencias), por lo tanto, estoy dispuesto a gravarlos en garantía, sin embargo, dado que la generación de mis ingresos se origina, justamente, como producto de la venta de los equipos deportivos, resulta imprescindible mantener su posesión para continuar con mi negocio».

En esta situación, y como agravante para Primus, constatamos que éste tiene la condición de comerciante, por tanto, no puede hacer uso de los denominados «registros de garantía», como el de prenda agrícola, industrial o minera.

Ante esta situación, legislaciones extranjeras, como la argentina por ejemplo, han regulado un tipo de prenda (la denominada «prenda flotante») que permite gravar un conjunto de bienes no registrables, inclusive no identificables, conservando el deudor la posesión de los mismos y estableciéndose la facultad para que pueda comercializarlos libremente, con la única limitante de obligarse a reponer los bienes vendidos, por otros de la misma especie, manteniendo así el *stock* original.

La Ley de Prenda Flotante argentina la define de la siguiente manera: «Artículo 14.- Sobre mercade-

rías y materias primas en general, pertenecientes a un establecimiento comercial o industrial, puede constituirse prenda flotante, cuando tenga por objeto asegurar el pago de obligaciones cuyo plazo no exceda de 180 días. Este tipo de prenda afecta las cosas originariamente prendadas y las que resulten de su transformación tanto como las que se adquieran para reemplazarlas; y no restringe la disponibilidad de todas ellas, a los efectos de la garantía».

Como puede notarse, el grado de flexibilización de nuestros Esquemas I y II llega a una situación extrema, pues en el caso de la prenda flotante, existe una garantía sobre bienes no registrables y que no utiliza la posesión ni el registro («registro de bienes» o «registro de garantías») para lograr oponer la constitución del derecho, e inclusive se permite la rotación comercial de los bienes.

Este cuarto esquema se plantearía de la siguiente manera:

#### Esquema IV

Tipo de bien : bienes no registrables  
Tipo de publicidad : ninguna  
Tipo de garantía : ninguna

No obstante lo expuesto, debe quedar claro, tal como lo expresamos cuando nos referimos a las prendas constituidas en «registros de garantías», que las partes contratantes, valiéndose de otras disposiciones legales (responsabilidades civiles y/o penales), tienen la libertad de pactar las estipulaciones necesarias para recomponer la aparente «inseguridad» que pueda generar la formalización de un contrato de «prenda flotante».

En la legislación peruana no existe una regulación expresa que establezca la posibilidad de darle una solución a Primus, lo que debería contemplarse en la necesaria reforma del Libro de Derechos Reales del Código Civil.

#### 2.2.3. Prenda a través del endoso de warrants.

Hasta el momento, no obstante los cuestionamientos que formulamos a la distinción, nos hemos referido a las prendas con «entrega física» y con «entrega jurídica» como formas constitutivas de este tipo de garantía.

Sin embargo, existe una modalidad de garantía prendaria que utiliza también la entrega, pero la denominada «entrega documental», la misma que está prevista por el artículo 903 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente: «Tratándose de artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales, la tradición se realiza por la entrega de los documentos destinados a recogerlos».

Por lo tanto, según la disposición anotada, en determinados supuestos, entregar un documento que representa un bien, equivale, en términos jurídicos, a entregar el mismo bien.

El Derecho, en este caso, por razones justificadas desde el punto de vista del tráfico de bienes, concentra en un título derechos sobre un bien («el documento incorpora el derecho»).

Pues bien, para nuestros efectos, resulta útil analizar la «incorporación» de los derechos de propiedad y posesión en los documentos que emite un almacén general de depósito cuando recibe bienes, denominados «certificado de depósito» y «warrant», respectivamente.

La norma aplicable a este caso es la Ley No. 2763 de junio de 1918, cuyos artículos 2 y 12 reproducimos para comprender la constitución de la garantía prendaria:

«Artículo 2.- Contra la entrega de los efectos depositados, la administración del almacén expedirá, a la orden del depositante, un certificado de depósito, que llevará anexo un warrant».

«Artículo 12.- Los certificados de depósito y warrant son transferibles por endoso. El endoso produce los efectos siguientes:

- a. Siendo del certificado y del warrant transfiere la libre disposición de los artículos depositados;
- b. Siendo del warrant, confiere derecho de prenda sobre los mismos artículos en garantía de la suma prestada por ellos; y,
- c. Siendo del certificado, transfiere el derecho de libre disposición de los artículos, con el gravamen prendario a favor del tenedor del warrant» (énfasis agregado).

El mecanismo opera con una impecable lógica interna: dado que el certificado de depósito equivale a propiedad y el warrant a posesión, si Primus le entrega a Secundus el certificado de depósito y se queda con el warrant, ha transmitido la propiedad de los bienes depositados y constituido una prenda a su favor; por otro lado, si Primus le entrega a Secundus el warrant y se queda con el certificado de depósito, entonces ha mantenido la propiedad y ha prendado los bienes depositados.

El mecanismo de publicidad de la prenda es, entonces, el posesorio, partiendo de la premisa que en este tipo de títulos, quien posee el documento (gracias a la «incorporación») posee el bien que lo representa.

Ahora bien, resulta interesante constatar, sin embargo, que el artículo 14 de la Ley No. 2763, exige que el primer endoso del warrant separado del certificado, entendiéndose la constitución de la prenda, debe transcribirse en el libro de endosos del almacén, sin cuyo requisito, no nace la garantía prendaria.

El texto de la norma es el siguiente: «...El primer

endoso del warrant separado del certificado contendrá la fecha, firma del endosante, nombre, domicilio y firma del endosatario, cantidad prestada, fecha de vencimiento de la deuda, interés pactado, lugar de pago y declaración que el warrant se transfiere en garantía de la obligación (...). Dicho endoso se transcribirá inmediatamente en el libro de endosos que llevará el almacén y el administrador de éste certificará al pie del endoso que queda hecha la transcripción.

**Mientras no se registre el primer endoso del warrant no queda constituida la prenda sobre las mercaderías depositadas» (énfasis agregado).**

Por lo tanto, como complemento a la publicidad posesoria del *warrant* (que incorpora el derecho de posesión sobre los bienes almacenados), se requiere un mecanismo registral administrativo en el mismo almacén general.

Traducido a nuestros gráficos, esta garantía prendaria se estructura en base al siguiente esquema:

Esquema V

Tipo de bien : cualquier bien material  
Tipo de publicidad : entrega documental  
Tipo de garantía : posesoria - registral

### 3. EJECUCIÓN DE GARANTÍA PRENDARIA.

Una garantía cumple, plenamente, su función de crear una «aversión al riesgo» para deudor y una «ventaja estratégica» para acreedor, entre otras razones pero principalmente, cuando su ejecución se realiza en forma rápida y poco costosa. En otras palabras, cualquier regulación legal sofisticada y novedosa de las garantías o la elaboración de contratos que las formalicen con la redacción legal más apropiada, resultará poco útil si el acreedor tiene la necesidad de realizar numerosos trámites, incurrir en innumerables gastos y estar sujeto a largas dilaciones para lograr la ejecución del bien y satisfacer su pretensión económica.

Bajo la premisa planteada, existen dos grandes mecanismos para lograr el objetivo:

- a. La apropiación directa de la propiedad del bien objeto de la garantía por parte del acreedor ante el incumplimiento del deudor; o
- b. La venta del bien objeto de la garantía y la aplicación del precio a la obligación pendiente de pago.

El primer supuesto se encuentra expresamente impedido en la legislación nacional, por el artículo 1066 del Código Civil: «Aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada. Es nulo el pacto en contrario».

En efecto, el denominado «pacto comisorio» se encuentra proscrito, resultando, por lo tanto obligatorio recurrir a un mecanismo de venta del bien dado en

prenda.

Por nuestra parte, no entendemos la racionalidad de la prohibición. Supongamos que en garantía de una obligación de 100, Primus constituye prenda con «entrega física» a favor de Secundus sobre un reloj cuyo valor es 100 y en el documento que formaliza la garantía prendaria Primus manifiesta su voluntad por la cual, en caso incumpla su obligación, Secundus adquirirá la propiedad del reloj.

¿Cuál es la razón de fondo para que la ley impida a Primus transferir la propiedad de un bien en caso incumpla con una obligación? Creemos que ninguna.

Gracias a la prohibición anotada, Secundus deberá realizar un procedimiento de venta de bien, con los costos y dilaciones que esto implica, para obtener dinerariamente la satisfacción de una obligación que, tanto Primus como Secundus estaban dispuestos a dar por satisfecha con la adquisición automática del bien dado en prenda.

Debe entenderse que, si Primus no quiere ser sujeto de abusos por parte de Secundus, negociará e incorporará en el contrato de prenda los mecanismos legales necesarios para su protección.

Por otro lado, en lo que se refiere a la venta del bien entregado en prenda, los modos de ejecución pueden ser variados:

- a. Ejecución judicial de la garantía en ejecución de sentencia de un proceso en que se demande el cumplimiento de la obligación;
- b. Ejecución judicial de la garantía a través de un proceso directo;
- c. Ejecución por una autoridad administrativa o una institución privada, conforme a un procedimiento regulado especialmente para el efecto;
- d. Ejecución privada conforme a un procedimiento de obligatorio cumplimiento; y,
- e. Ejecución privada conforme lo pacten las partes.

Las alternativas planteadas, que pueden multiplicarse con un poco de imaginación, dependen de una opción legislativa que debe establecer un equilibrio entre dos objetivos: rapidez en la ejecución para satisfacer al acreedor y seguridad para el deudor.

Ahora bien, resulta erróneo suponer que una ejecución privada, conforme lo pacten las partes, implica plena rapidez para el acreedor y absoluta inseguridad para el deudor. En nuestra opinión, este mecanismo de ejecución resulta el más óptimo pues el equilibrio de los dos objetivos anotados no depende de un procedimiento arbitrariamente impuesto a las partes sino de su capacidad de negociar las reglas de la ejecución conforme a sus intereses, resultando favorecido el acreedor o el deudor por un libre acuerdo de voluntades.

En el Perú, la decisión legislativa ha sido la adecuada sobre este tema. En efecto, desde 1902 el Código de Comercio, aplicable para el caso de la prenda mercantil, la prenda agrícola, la prenda industrial y la prenda minera; y desde 1984 el Código Civil, han consagrado la posibilidad que las partes pacten libremente la forma de ejecución de la garantía prendaria.

Las normas pertinentes son los artículos 317 del Código de Comercio y 1069 del Código Civil, cuyos textos son los siguientes:

«Artículo 317.- Vencido el plazo del préstamo sin haberse pagado el acreedor podrá proceder a la venta de la prenda en la forma estipulada en el contrato respectivo que se celebrará por escrito».

«Artículo 1069.- Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de pacto, se tramita como proceso de ejecución de garantías. La oposición del deudor sólo puede sustentarse en prueba documental que acredite indubitablemente el pago».

Resulta claro que si las partes lo consideran conveniente, expresa o tácitamente, pueden recurrir al procedimiento de ejecución judicial de garantías que regula con detalle el Código Procesal Civil <sup>(19)</sup>.

Dicho esto, dejamos una inquietud en forma de interrogante: ¿por qué no se ha regulado de la misma manera en el caso de la hipoteca? <sup>(20)</sup>.

#### 4. COMENTARIOS FINALES.

La sensación de viajar por diversos y variados lugares en un corto tiempo creemos que es una buena analogía para expresar nuestras ideas en estas líneas finales.

En efecto, luego de recorrer la fundamentación de las garantías en las operaciones de crédito y los mecanismos de oponibilidad para constituir las, diseñar esquemas que nos han ayudado a comprender en forma unitaria e integral las garantías sobre bienes y repasar el tratamiento legal de las diversas modalidades de prenda, nuestra mente queda con hambre de crítica, reforma y propuesta.

Sin embargo, creemos que este trabajo puede ser un primer paso de reflexión para reconstruir algunos temas referidos al derecho de prenda en la legislación nacional.

Nunca perdamos de vista que en el ámbito del Derecho Patrimonial, las instituciones jurídicas, en nuestro caso las garantías, concretamente la prenda y sus diversas modalidades, son sólo medios que ayudan a cumplir determinados fines en el mercado, en otras palabras, son las formas jurídicas para llegar a cumplir objetivos económicos; por lo tanto, si la economía lo requiere, los abogados tendremos que diseñar nuevamente los esquemas y las formas legales, cuantas veces sea necesario. ☞

---

(19) Artículos 720 y ss.

(20) Conforme lo establece el artículo 1097 del Código Civil, la hipoteca se ejecuta judicialmente.