

## DIFERENCIAS EXISTENTES EN TORNO A LA GARANTIA HIPOTECARIA Y LA GARANTIA MOBILIARIA

Por: Mg. Emma PALACIOS CASTILLO (\*)

**SUMARIO.** INTRODUCCIÓN. 1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA 1.1. ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN HIPOTECARIA. 1.2. ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN PRENDARIA. 2. CONCEPTO. 2.1. LA HIPOTECA. 2.2. LA PRENDA. 3. DIFERENCIAS EXISTENTES EN TORNO A LA GARANTÍA HIPOTECARIA Y LA GARANTÍA PRENDARIA. 4. EN CUANTO AL PACTO COMISORIO. 5. EN CUANTO A LA GARANTÍA PRECONSTITUIDA . 6 TRATAMIENTO EN EL ACTO DE CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA. 7. CON RESPECTO A LA VENTA EXTRA JUDICIAL. 8. ¿QUÉ PASA SI DESPUES DEL REMATE QUEDARA UN SALDO DEUDOR?. 9. ARBITRAJE. 10. DETERMINACIÓN DE LA GARANTÍA. CONCLUSIONES. NOTAS. BIBLIOGRAFÍA.

### INTRODUCCION.

En los últimos tiempos constatamos que el sistema económico ha evolucionado hacia nuevos tipos de contratación, negocios y transacciones comerciales y se hace más notorio en el sistema financiero donde se hacen nuevas propuestas para las inversiones y préstamos dinerarios, utilizando una serie de medios publicitarios para inducir a las personas a endeudarse y adquirir préstamos, mercaderías, bienes y servicios, lógicamente con la debida garantía ya sea real o personal.

Como bien sabemos la garantía tiene fundamental importancia para la adquisición de un crédito, ya que asegura el cumplimiento de una obligación brindando seguridad al acreedor.

Nótese, que algunos autores, señalan, que el crédito es institución necesaria y exigente en la

sociedad de consumo, que juega un papel importante en el propio desarrollo social, pues, la presencia de la garantía incrementa el crédito y produce la movilización de la propiedad característica de la sociedad burguesa , y en la que está la fuente de su desarrollo.

En cuanto a la estructura, hemos dividido el tema en los siguientes puntos: el primer punto hace una breve reseña histórica del origen de la institución hipotecaria y del origen de la institución prendaria; el segundo punto expone el concepto de la hipoteca y la prenda; en tanto que el tercer punto trata sobre las diferencias existentes en torno a la garantía hipotecaria y la garantía prendaria.

El presente trabajo tiene por objeto resaltar las desventajas en que se encuentra el constituyente

---

(\*) Jefa del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política UNMSM.



sometido a una garantía mobiliaria diferenciándolo, para tal efecto con la garantía inmobiliaria que quiérase o no el constituyente resulta mejor protegido a pesar de la demora en la ejecución.

## 1. BREVE RESEÑA HISTORICA

### 1.1. Origen de la institución hipotecaria.-

Las garantías a través de la historia han sufrido profundas transformaciones, así tenemos a la hipoteca que surgió en el derecho romano como prenda sin desplazamiento, recaía indiferentemente sobre los muebles y los inmuebles y siguiendo a Valiente Noailles (3) resumimos la historia de las garantías reales civiles:

**Grecia.** Existieron: 1) la venta con pacto de retroventa; 2) la prenda; 3) la hipoteca.

**Roma.** Sin perjuicio de lo expuesto por otros autores, puede decirse que los romanos conocieron: 1) el pignus; 2) la hipoteca; 3) la mancipatio fiducia causa.

**España.** En las Siete Partidas se llamó enpeño a la entrega o gravamen de cosas muebles o inmuebles para seguridad de un crédito.

**Alemania.** Primero existió el derecho de prenda (Pfand), que podía recaer sobre muebles e inmuebles; pero esta última clase de garantía recibió luego el nombre especial de *Satzung*. Actualmente se conocen: 1) La hipoteca; 2) La deuda fundiaria o territorial; 3) La renta fundiaria o territorial; 4) La prenda.

**Suiza.** El código consagra las siguientes seguridades: 1) La hipoteca, 2) La cédula hipotecaria; 3) La carta de renta; 4) La prenda mobiliaria.

Por otro lado, tenemos que en el antiguo derecho francés, se abandonó la hipoteca mobiliaria y no instituyó ni la especialidad ni la publicidad de las hipotecas. Durante la revolución se promulgó el código hipotecario y la Ley de declaraciones mobiliarias, inspiradas en el

derecho alemán, con ánimo de atraer capitales del extranjero; pero legislaron sobre la hipoteca en forma defectuosa, y aunque se estableció la publicidad, se omitió para algunas clases de hipotecas algo fundamental, como es la especialidad.

Al redactarse en 1804 el código de napoleón, se estableció, de un lado, que la hipoteca convencional para su validez debía ser pública y especial y, de otro lado, se admitieron hipotecas que podían ser generales es decir, que surtían efectos sin necesidad de inscribirlas, tal sucedió con las hipotecas legales y judiciales.

**Legislación germana.-** En el derecho germano, la hipoteca reposaba en dos principios fundamentales: la publicidad y la especialidad.

En el derecho germano la transmisión de la propiedad y la constitución de gravámenes sobre ella se consideraba un acto de interés público y no privado, por lo que no debía intervenir la autoridad para que tuvieran valor. Era necesario realizar ciertos actos solemnes ante un consejo o un tribunal que debía aprobarlos, lo que determinaba que dichos actos fueran públicos. Pero posteriormente, en la misma Alemania se dejó sentir la influencia del derecho romano, derecho que llegó a adoptarse con él, las hipotecas dejaron de tener publicidad apareciendo también las generales y ocultas.

Reaccionando contra esta perjudicial influencia, fue en Prusia que se estableció el sistema germano, apareciendo en el código prusiano de 1774, por primera vez, la hipoteca con los caracteres fundamentales que la distinguen en el derecho moderno, a saber como la especialidad, la legalidad, la publicidad y la prioridad.

En el derecho germano las relaciones de las personas con la cosa son de interés público, pues, para ser válidas esas relaciones tiene que intervenir la autoridad, vemos como la inscripción tiene valor sustantivo y es indispensable para la validez del acto. En el derecho



germano la validez de la hipoteca subsiste mientras no se cancela la inscripción.

**Legislación peruana.-** Los redactores del código de 1852 se inspiraron en la legislación española y en el código de napoleón. Muy defectuosas ambas en materia hipotecaria. De allí resultó que adoptaron el sistema mixto, pero con menos rigor que el código francés.

Para las hipotecas convencionales hizo obligatoria la especialidad y el registro mientras que se admitieron las hipotecas legales, sin necesidad de que fueran registradas esto es como hipotecas generales y ocultas.

Como en la época en que se promulgó el código de 1852 no existían los medios de publicidad suficientes o adecuados a las circunstancias, ni tan poco se habían creado los registros de propiedad se quiso salvar el problema estableciendo que las hipotecas debían inscribirse en el oficio de hipotecas, que se estableció en cada capital de departamento a cargo de un escribano público, como en esa época se llamaba a los actuales.

La ley de 1888 creó el registro de la propiedad de inmuebles para la inscripción de los inmuebles, que no la hizo obligatoria sino facultativa, obligatoriedad que se exigió para las hipotecas.

Como consecuencia inmediata de la creación del registro de la propiedad de inmuebles, resultó que la propiedad que no aparecía inscrita en él no podía ser hipotecada, sólo podía inscribirse sobre inmuebles que ya estuvieran registrados.

Con el código civil de 1936 se reconoció el doble carácter que tiene la hipoteca voluntaria, que servía como derecho de garantía y como instrumento de crédito. Así pues, se autoriza la emisión de títulos hipotecarios al portador o transmisibles por endoso, sancionando una práctica establecida entre nosotros al margen de la ley, que si bien ha producido beneficios a la propiedad territorial ha dejado sentir ausencia

de control. Se suprimieron las hipotecas judiciales por que era una institución vieja que ya no tenía defensores.

En el Perú, el código civil vigente en su Artículo 1097 nos señala lo siguiente: "Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del incumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor lo derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado"(4)

**1.2. Orígenes de la Institución prendaria, hoy denominada Ley de Garantía Mobiliaria.-** Sus orígenes se remontan al derecho romano, en donde era conocida como *pignus* y consistía en un derecho real del que gozaba un acreedor sobre una cosa ajena dada en calidad de garantía por el deudor. Dicha garantía era plasmada en un contrato y tenía como correlato la transmisión de la cosa mueble al acreedor y la exigencia de un deber por parte del mismo, que consistía en conservar la cosa hasta que fuera satisfecha la obligación.

Cuando el acreedor recibe el importe de su crédito de manos del deudor, debe restituir el objeto que recibió en prenda.

No obstante, las partes podían convenir que el incumplimiento de la obligación, esto es, la no satisfacción de la deuda existente facultaba al acreedor para vender el objeto.

El emperador Gordiano, dispuso que la prenda subsistiera para garantizar otros créditos que el deudor tuviera con el mismo acreedor, razón por la cual a esa figura se denomina *pignus gordianus*.

Por otra parte, el contrato que recogía la voluntad de las partes de establecer una garantía daba origen a dos acciones personales: la acción *pignoraticia* directa, utilizable contra el acreedor *pignoraticio* para reclamarle el exceso del precio obtenido en la venta de la cosa *pignorada* (esto es, otorgada como garantía) y con respecto al importe de la deuda garantizada; y la acción



pignoraticia contra el deudor, a fin de demandarle los gastos efectuados en la cosa pignorada.

El código civil peruano de 1852, en su artículo 2007 establecía que “vencido el plazo convencional o legal sin haberse pagado la deuda, podrá el acreedor pedir judicialmente la venta de la prenda, para ser pagado con el precio de ella. El juez oirá al deudor y con su contestación, o en su rebeldía resolverá lo conveniente”. El código civil del 36 no daba una definición de prenda, se limitaba tan sólo a señalar sus requisitos, en tanto que el código civil en vigencia en su art. 1055 se limitaba a señalar que, “La prenda se constituye sobre un bien mueble mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de un obligación”, norma que ha sido derogada por la ley Nro. 28677 del 01-03-06, que se encuentra en vigencia, cuyo artículo 3, inciso 1 dispone que: “La garantía mobiliaria comprende, salvo pacto distinto, la deuda principal, los intereses, las comisiones, los gastos, las primas de seguros pagadas por el acreedor garantizado, las costas y los costos procesales, los eventuales gastos de custodia y conservación, las penalidades, la indemnización por daños y perjuicios y cualquier otro concepto acordado por las partes hasta el momento del gravamen establecido en el acto jurídico constitutivo”.

## 2. CONCEPTO.

### 2.1. La hipoteca.-

Por antonomasia es un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles, y asegura el cumplimiento o la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor de aquéllos, enajenándolos y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido y cualquiera que sea en ese momento su poseedor o propietario.

La hipoteca no exige, como otros derechos reales de garantía, que se produzca un desplazamiento de la posesión del bien gravado al acreedor garantizado. Por el contrario, su caracteris-

tica sustancial es que los bienes queden en poder del hipotecante a fin de que pueda continuar utilizándolos y sirviéndose de ellos, explotándolos y obteniendo sus frutos y sus rentas. La hipoteca tampoco coacta ni limita el poder dispositivo del propietario, que puede enajenar la cosa, si bien el adquirente, al que se suele llamar tercer poseedor, recibirá, en su caso, el bien transmitido con la afección o carga real en que la hipoteca consiste y se verá en la necesidad de soportar el posible ejercicio del derecho de realización del valor por parte del acreedor hipotecario (5).

La hipoteca es un derecho real de garantía que es definida como la afectación de un inmueble en garantía del cumplimiento de una obligación, lo que otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado. La hipoteca es accesoria de una obligación.

### 2.2. La prenda.-

Hoy denominada garantía mobiliaria, es un derecho real de garantía, que se establece sobre el bien mueble que se entrega para garantizar el cumplimiento de una obligación, autorizando al acreedor a vender el bien sino se cumple la obligación. La prenda como derecho real de garantía no está definida por la ley, nace del contrato de prenda, en el que se estipulan las condiciones de la obligación garantizada, su plazo, la persona a la que se hace tradición de la posesión del bien mueble y el derecho que tiene el acreedor de sacar a la venta el bien para pagar con su valor la obligación incumplida (6).

La prenda no es autónoma, no tiene existencia propia como los derechos reales principales (posesión, propiedad, usufructo, uso, habitación, superficie y servidumbre). La prenda sólo puede existir para asegurar el cumplimiento de una obligación. Esta última es lo principal, la prenda es lo accesorio. Si la obligación principal cae por nulidad, rescisión, resolución o extinción en general, la prenda se acaba. Pero, al revés no es lo mismo: la invalidez de la prenda no afecta la



obligación principal, la cual subsiste como una obligación no garantizada (7).

Después de lo anteriormente expuesto, pasaremos a señalar las:

### 3. DIFERENCIAS EXISTENTES EN EL TRATAMIENTO LEGAL DE LA GARANTIA HIPOTECARIA Y LA LEY DE GARANTIA MOBILIARIA

1. La institución hipoteca, se encuentra regulada por el código civil, en tanto que la garantía mobiliaria se encuentra regulada por la ley 28677 de fecha 24 de febrero del año 2006 y que entró en vigencia el 30 de mayo del mismo año.

2. La garantía hipotecaria recae sobre bienes inmuebles, en tanto que la garantía mobiliaria recae sobre bienes muebles.

3. En cuanto a la extensión, la garantía hipotecaria se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto, según lo estipulado en el artículo 1101 del C.C. Así como el artículo 1107 del mismo cuerpo legal, que trata sobre la extensión de la hipoteca en cuanto al crédito.

Es decir se permite el pacto en contrario, pero en el caso de las partes integrantes, no es conveniente hablar de pacto en contrario, porque de ser así, se destruiría o deterioraría el bien principal, según lo establecido por el artículo 887 del C.C., no sucede lo mismo con los accesorios, porque éstos no pierden su individualidad y por ende se puede acordar el pacto en contrario.

Los accesorios que están comprendidos dentro de la hipoteca, son los que existen al momento de la ejecución de la garantía, pero sucede que el deudor hipotecario muchas veces, antes de la ejecución retira las partes accesorias, como por ejemplo, los tractores y demás muebles que cum-

plen una finalidad económica u ornamental.

En algunas legislaciones como la argentina y paraguay la hipoteca se extiende a los accesorios mientras están unidos al inmueble hipotecado; sucede lo mismo en nuestra legislación, de acuerdo al Art. 1101 del C.C.

La hipoteca también se extiende al importe de las indemnizaciones de los seguros del inmueble, lo cual significa que si el inmueble está asegurado y se produce un siniestro, el monto de la indemnización, reemplaza al inmueble. Se produce así, lo que en doctrina se conoce como subrogación real. Asimismo, cuando se expropia un inmueble, se extingue la obligación (Art. 968 inc 3 del C.C.). En estos casos, sin embargo, la hipoteca se extiende al importe de la indemnización. Al igual que en los seguros, en caso de destrucción total del inmueble, se extingue la hipoteca y se crea un derecho real de prenda mobiliaria.

En tanto que la extensión de la garantía mobiliaria se encuentra estipulada en tres artículos de la ley de garantía mobiliaria, como son el Art. 6, art. 14 y art. 15.

Por esta norma (art. 6) las partes convienen ¿cuáles son los bienes que serán materia de la prenda mobiliaria?, entonces tenemos que responder que, solamente a falta de pacto, la garantía mobiliaria afectará el bien mueble, sus partes integrantes y accesorias existentes al tiempo de la ejecución y, eventualmente, el precio de la enajenación, el nuevo bien mueble que resulte de la transformación del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, la indemnización del seguro que se hubiese contratado y la justipreciada en el caso de expropiación.

Que comparada esta garantía mobiliaria con la norma que regula la hipoteca aquélla tiene mayor cobertura, resultando a todas luces excesiva, como es lógico el acreedor para su seguridad siempre optará por que la garantía mobiliaria comprenda lo dispuesto en el artículo 3.2 de la ley de garantía mobiliaria. Es decir, la deuda



principal, los intereses, las comisiones, los gastos, las primas de seguros, pagadas por el acreedor garantizado, las costas y los costos procesales, entre otros.

El Art. 14 de la LGM dispone "si el deudor enajena a título oneroso el bien dado en garantía mobiliaria, esta se extenderá al precio de la enajenación, mientras permanezca en su posesión o control sin perjuicio de la persecutoriedad a que se refiere el art. 13 de la presente ley....".

Esta es otra norma excesiva en protección del acreedor, puesto que no obstante que la garantía se extiende al precio de la enajenación del bien que hace el deudor, esta circunstancia no perjudica en nada la vigencia de la garantía mobiliaria y por tanto perseguirá al bien hasta recuperarlo de manos de quien se encuentre.

Asimismo, el Art. 15 de la ley trata también sobre la extensión de la garantía mobiliaria sobre un nuevo bien mueble al disponer: "Si el deudor transforma, en un segundo bien mueble, el bien mueble afectado en garantía mobiliaria, ésta se extenderá al nuevo bien mueble...."

La ley de garantía mobiliaria quebranta el principio de especialidad, que es un carácter fundamental de estas garantías cuya finalidad es determinar en forma inconfundible el bien o bienes sobre el cual recae la garantía y el monto de la obligación que garantiza.

El principio de especialidad se fundamenta en la necesidad de que el acto jurídico tenga un objeto determinado e impedir de ese modo que pueda comprometerse todo el patrimonio del deudor.

Según el Art. 1106 del C.C. "No se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros" y esto en mérito a que la falta actual del bien hipotecado lo hace indeterminable.

El bien, para ser hipotecado debe existir actualmente y debe ser definido en el acto constitutivo de la hipoteca, aunque reconocemos que hay

excepciones al respecto, como es caso del préstamo hipotecario de edificación, en el que la garantía sólo existe en los planos de construcción; es decir, que se ofrece la garantía de una perspectiva de inmueble. Por eso, es que el préstamo no significa la entrega total del monto objeto del préstamo, sino el pago de los gastos realizados en un determinado lapso. Se presta de acuerdo a las liquidaciones que se presentan por la obra realizada.

#### 4. EN CUANTO AL PACTO COMISORIO.

En la figura jurídica hipoteca, art. 1111 del C.C. se prohíbe el pacto comisorio y es nulo el pacto en contrario.

El pacto comisorio encuentra su origen en el derecho romano clásico y se denominaba *lex commissoria* al pacto por el cual las partes convenían en que el acreedor no pagado se haría propietario de la cosa dada en prenda o hipoteca y fue prohibido por Constantino, por el peligro que presentaba para el deudor, quien forzado por la necesidad podría entregar un bien mueble cuyo valor sea superior al monto de la deuda.

En tanto que la ley de garantías mobiliarias permite el pacto comisorio, tal como se colige del artículo 10.

Quiere decir esto, que el acreedor garantizado tendrá el derecho de vender dicho bien mueble para el pago de la obligación garantizada. Con esta norma se elimina la tutela judicial efectiva a la que tiene derecho toda persona, que equilibre tanto el derecho del acreedor como del deudor, aunque muchas veces constatamos que la justicia siempre se inclina por el lado fuerte de la relación.

La justificación de prohibir el pacto comisorio, como señala la doctrina, reside en el hecho de evitar los abusos en que los acreedores podrían incurrir respecto de sus deudores.

Como puede apreciarse, la finalidad de la prohibición del pacto comisorio es "proteger al deudor de las pretensiones de usura de su acreedor,



evitando expresamente y bajo sanción de nulidad que el acreedor pueda adjudicarse el bien prendado o hipotecado, ante el incumplimiento de la obligación objeto de garantía real. Bajo este contexto, nuestro legislador ha establecido que la única posibilidad de satisfacer el crédito es ejecutando el bien otorgado en garantía (8)

### 5. EN CUANTO A LA GARANTÍA PRECONSTITUIDA

La ley de garantía hipotecaria no trata sobre una garantía preconstituida como si lo hace la ley de garantía mobiliaria en su art. 20, la misma que está sujeta a ciertas reglas que deben cumplirse necesariamente.

### 6. TRATAMIENTO EN EL ACTO DE CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA.

En la constitución de la hipoteca, no se requiere de ningún formulario para constituir el préstamo hipotecario, basta el acuerdo de las partes para redactar el contrato de garantía hipotecaria; sin embargo en la ley de garantía mobiliaria sí requiere del formulario de inscripción, el mismo que debe ser aprobado por la SUNARP. Dicho formulario que es suscrito por los otorgantes del acto tendrá el carácter de declaración jurada y deberá estar certificado por un notario público, tal como lo establece el Art. 34 de la ley de garantía mobiliaria.

Todo esto toma su tiempo y tiene un costo, sin embargo, según los autores de la ley de garantía mobiliaria, la nueva ley abarataría los costos y reduciría el tiempo.

### 7. CON RESPECTO A LA VENTA EXTRAJUDICIAL.

En la garantía hipotecaria amparada por el C.C. no existe venta extrajudicial del bien o bienes dados en garantía, puesto que se ejecuta conforme a lo estipulado en el capítulo IV del título V "Procesos de ejecución" del Código Procesal.

(No podemos dejar de mencionar que la Ley 28698, permite la ejecución extrajudicial de inmuebles hipotecados para programas de vi-

vienda, Art. 5, y cuyo valor máximo será de US\$ 12,000 .Art. 6)

En tanto que en la ley de garantía mobiliaria, (Art. 51) se estipula la venta del bien, mediante el procedimiento preestablecido en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria en el que además se otorga poder específico e irrevocable a un tercero para realizar y formalizar la transferencia del bien mueble afecto en garantía y a falta de pacto el acreedor o adquirente de la propiedad del bien mueble, pueden asumir directamente la posesión del bien. Asimismo el acreedor garantizado o el adquirente podrán solicitar al juez especializado en lo civil por vía sumarísima un requerimiento judicial de incautación del bien mueble afecto a garantía mobiliaria y de este requerimiento no se corre traslado al deudor, y lo que es peor, queda prohibido al juez bajo responsabilidad, de admitir recurso alguno que entorpezca la expedición o la ejecución del mandato.

Con esta disposición constatamos que el deudor no tiene forma de ejercer su derecho de defensa establecido en el inc. 14 del Art. 139 de la Constitución Política del Estado, lo que determina una desigualdad procesal y propicia la indefensión. Enrique Bernales señala "El derecho de defensa es esencial en todo ordenamiento jurídico. Mediante él se protege una parte medular del debido proceso. Las partes en juicio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente. El derecho de defensa garantiza que ello sea así" (9).

Y según el art. 52 de la ley de garantía mobiliaria "Es la autoridad policial encargada de ejecutar el requerimiento judicial al que hemos hecho referencia anteriormente bajo responsabilidad de la referida autoridad.

### 8. ¿QUÉ PASA SI DESPUÉS DEL REMATE QUEDARA UN SALDO DEUDOR?

Según el Art. 724 del código procesal civil. "Si después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, él acreedor hipotecario lo exigirá mediante proceso ejecutivo".



En tanto que el acreedor mobiliario podrá exigir el saldo mediante la emisión de un título con mérito ejecutivo o la vía del proceso de ejecución; en cambio, 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 dentro de un plazo de 10 días de recibida por el deudor la comunicación mencionada, caso contrario el deudor podrá exigir en la vía sumarísima el pago de una multa no menor de 5 veces la diferencia más intereses y gastos.

### 9. ARBITRAJE.

En la garantía inmobiliaria no procede el arbitraje en cambio, en la ley de garantía mobiliaria las controversias que pudieran surgir durante la ejecución del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, si pueden ser sometidas a arbitraje, conforme al Art. 48 la ley de la materia.

### 10. DETERMINACIÓN DE LA GARANTÍA

La hipoteca recae sobre bienes, debidamente determinados, en tanto que la garantía mobiliaria recae sobre todos los bienes del deudor, presentes o futuros.

Con esto queremos reiterar, que no existe especialidad en el objeto ni en el crédito, lo que significa un gran riesgo para el deudor.

En la garantía hipotecaria no hay desposesión del bien dado en garantía; en cambio, en la garantía mobiliaria puede darse con o sin desposesión del bien, pero el hecho de que los bienes muebles sean entregados al acreedor, de nada le sirve si es que esta garantía mobiliaria no ha sido registrada porque la inscripción registral tiene preferencia sobre la posesión de los bienes.

### CONCLUSIONES

1. La institución de la hipoteca surgió en el derecho romano como prenda sin desplazamiento.
2. Los romanos conocieron: El pignus, la hipoteca y la mancipatio fiducia causa.
3. En la legislación germana, la hipoteca reposaba sobre dos principios fundamentales: la publicidad y de especialidad.
4. Los redactores del código civil de 1852 se inspiraron en la legislación española y en el código de Napoleón cuando trataron el tema de la hipoteca, haciendo obligatoria la especialidad.
5. Con la ley de 1888 se creó el registro de propiedad de inmuebles para la inscripción de los mismos, la que fue facultativa.
6. Los orígenes de la prenda se remontan al derecho romano, en donde era conocida como pignus y consistía en un derecho real del que gozaba un acreedor sobre una cosa ajena dada en calidad de garantía por un deudor.
7. La hipoteca recae sobre bienes inmuebles, en tanto que la ley de garantía mobiliaria recae sobre bienes muebles.
8. En cuanto a la extensión, la garantía mobiliaria tiene mayor cobertura que la garantía hipotecaria.
9. Las dos figuras jurídicas gozan del derecho de persecutoriedad para recuperar el bien de manos de quien se encuentre.
10. En la garantía hipotecaria está prohibido el pacto comisorio, en tanto que en la garantía mobiliaria, sí está permitido dicho pacto.
11. La garantía hipotecaria no necesita ningún formulario para su constitución. En cambio, la ley de garantía mobiliaria requiere de un formulario, aprobado por la SUNARP, para obtener el crédito.
12. Tanto en la hipoteca como en la ley de garantía mobiliaria, la inscripción de la garantía es de vital importancia, para que pueda ser oponible frente a terceros.
13. En la normatividad hipotecaria no aparece configurada la figura jurídica del arbitraje. En cambio, en la ley de garantía mobiliaria sí está regulada esta institución.
14. La garantía hipotecaria recae sobre bienes determinados, en tanto que la garantía mobiliaria, recae sobre todo tipo de bienes, presentes y futuros.
15. Al momento de constituir la hipoteca no se requiere de ningún representante, que for-





malice la transferencia del bien dado en garantía, en tanto que en la ley de garantía mobiliaria sí se exige el nombramiento del representante.

#### NOTAS

1. Vid. Cuadros Villena, Carlos Ferdinand; Derechos Reales de Garantía; Tomo IV; pág 34. Lima 1996.
2. vid. Sánchez Viamonto, Carlos; "El constitucionalismo y sus Problema"; Editorial Bibliográfica Argentina;
3. Véase Separata de Derechos Reales y Privilegios. Cap. XI. Num. 160. Bogotá Colombia.
4. Ver Vásquez Ríos, Alberto. Los Derechos Reales de Garantía. Pág 34.
5. Ver Diez-Picazo, Luis; Gullón, Antonio; Sistema de Derecho Civil; Vol III. Quinta Edición. Editorial Tecnos S.A. 1995. pág 510.
6. Vid. Cuadros Villena, Carlos Ferdinand; Ob. Cit pág 109
7. Conf: Comentario de Jorge Avendaño Valdez. Código civil comentado. Tomo V Derechos Reales. Pág 768.
8. Conf: Comentario de Alfonso Morales Acosta. Prohibición del pacto comisorio. Gaceta Jurídica Tomo V. Ob. Cit. Pág 827.
9. ver. Bernalles Ballesteros, Enrique; La Constitución de 1993; Análisis comparado; pág 656.
2. **BERNALES BALLESTEROS**, Enrique; La Constitución de 1993; Análisis comparado; Editorial Rodhas; Quinta Edición; setiembre de 1999. Lima-Perú.
3. **CODIGO PROCESAL CIVIL**; Ediciones Legales; Editorial San Marcos; Decreto Legislativo N° 768; Segunda Edición Julio 2005; Lima-Perú.
4. **CUADROS VILLENA**, Carlos Ferdinand; Derechos Reales de Garantía; Tomo IV. Lima 1996. Editora Fecal E.I.R.L. Primera Edición. Lima-Perú.
5. **DIEZ-PICAZO**, Luis; **GULLON**, Antonio; Sistema de Derecho Civil; Vol III. Quinta Edición. Editorial Tecnos S.A. 1995.
6. **GACETA JURÍDICA. CODIGO CIVIL**; colección Códigos 2001; Primera Edición Enero 2007. Imprenta Editorial El Buho E.I.R.L. Lima-Perú 2007.
7. **GACETA JURÍDICA**. Código civil comentado. Tomo V Derechos Reales. Gaceta Jurídica. Lima, diciembre de 2003.
8. **VÁSQUEZ RÍOS**, Alberto. Los Derechos Reales de Garantía. Tomo III; Editorial San Marcos. Tercera Edición: 2003; Lima-Perú. Página web
9. **Ley 28677**; Ley de la Garantía Mobiliaria; Publicado el 01 de marzo del 2006. Sacado de Internet, <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/28677.pdf>.
10. <http://www.monografias.com/trabajos37/garantia-mobiliaria/garantia->

#### BIBLIOGRAFÍA.

1. **ACTUALIDAD JURÍDICA; GACETA JURÍDICA**; Tomo 152 Julio 2006. *Hay que derogar la Ley de Garantía Mobiliaria*; Gonzáles, Barrón, Gunther.