

LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS REALES EN EL PERÚ. ANTECEDENTES OLVIDADOS Y PERSPECTIVAS DE REFORMAS¹

ENFORCEMENT OF SECURITY RIGHTS IN PERU. FORGOTTEN BACKGROUND AND PROSPECTS FOR REFORM



Eugenia Ariano Deho²

Departamento Derecho Privado. Facultad de Dere-
cho y Ciencia Política. Universidad Nacional Mayor
de San Marcos. Av. Venezuela s/n. Lima-Perú.

earianod@unmsm.edu.pe

Aceptado: 02-2-16

Aprobado:15-04-16

SUMARIO

Resumen. Abstract. Palabras clave. Key words. 1. Introducción.- 2. Los procedimientos de ejecución judicial y extrajudicial de garantías reales previstos a lo largo de nuestra historia hasta el advenimiento del CPC de 1993.- 2.1. La ejecución de garantías reales en el Código de procedimientos civiles de 1912.- 2.2. La ejecución judicial de la prenda mercantil en el Código de Comercio y su derogación por el Código Civil de 1984.- 2.3. La tutela diferenciada a favor de la banca comercial: la ejecución de la prenda en la Ley de Bancos de 1931.- 2.4. La autotutela ejecutiva: la Ley de Bancos Hipotecarios de 1889 y el régimen especial de la banca estatal de fomento.-2.5. El cese de la autotutela ejecutiva a favor de la banca de fomento.- 2.6. La Ejecución Judicial de Hipoteca del Decreto Legislativo Nº 495 de 1988.- 2.7. La Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (D. Leg. Nº 637) de 1991.- El procedimiento especial y general de ejecución de garantías del Código Procesal Civil de 1993.- 3.1. Premisa: el CPC de 1993, la supresión de la banca de fomento, la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros de 1993 y la de 1996.- 3.2. Peculiaridades del procedimiento de ejecución judicial de garantías del CPC.- 3.3. El problema del "título" en la ejecución de garantías.- 3.4. Las limitaciones del ejecutado en la "contradicción".- 3.5. Las parciales modificaciones del D. Leg. 1069.- 3.6. Las precisiones de la Sentencia Casación Nº 2402-2012-Lambayeque (Sexto Pleno Casatorio).- 4. La Ley Nº 28677 (de Garantía Mobiliaria) y la Ley 28698 (Ley que facilita la constitución y ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias para programas de viviendas) de 2006.- 4.1. El procedimiento de realización extrajudicial de la garantía mobiliaria.- 4.2. El procedimiento de la Ley Nº 28698.- 5. Resultados (síntesis).- 6. Conclusiones.- 7. Recomendaciones.- 8. Referencias bibliográficas.

1 El presente trabajo constituye el resultado del Proyecto de Investigación SIN/SIN llevado a cabo en el año 2015(Proyecto Nº 150201075).

2 Profesora de Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Lima. Magíster en Derecho Procesal.



RESUMEN

Hasta la entrada en vigencia del Código Procesal Civil (CPC) de 1993, nuestro ordenamiento no contó con una regulación *específica y general* de ejecución judicial de garantías reales, en cuanto con el anterior CPC de 1912, el acreedor hipotecario o prendario estaba sujeto al régimen general del juicio ejecutivo, con la única particularidad de que el embargo debía recaer sobre los bienes hipotecados o prendados.

Sin embargo, en nuestra historia republicana, tanto determinadas *categorías de acreedores* (p. ej. los garantizados con prenda mercantil) como *específicos acreedores* (p. ej. los bancos hipotecarios y, luego, la banca estatal de fomento), sí recibieron un trato privilegiado cuando estuvieran garantizados por prenda o hipoteca, confiriéndoseles poderes de *autotutela ejecutiva*, esto es para “proceder por sí y sin forma de juicio a la venta en remate del bien o bienes”, formas de *autotutela* que si bien fueron eliminadas al entrar en vigencia el CPC de 1993, con posterioridad, en parte, se han reintroducido.

El presente trabajo investigación analiza estas formas especiales de autotutela a fin de determinar su alcance, presupuestos y posibilidades defensivas del deudor, compararlos con aquellos del CPC de 1993 y en leyes especiales, así como proponer recomendaciones para una futura regulación de la ejecución de garantías reales.

ABSTRACT

Before the entry into force of the Civil Procedure Code (CPC) of 1993, our legal system didn't have a specific and general regulation about the judicial execution of the security right. In the above CPC of 1912, the mortgage creditor or the pledgee were regulated to the general regime of executive judgment, with the only particularity that the lien should be on the mortgaged or pledged goods.

However, in our republican history, both certain specific type of creditors (secured creditors with commercial law possessory pledge) as specific creditors (Mortgage Banks and, then, a State development Bank), received a privileged treatment when were guaranteed by mortgage and pledgee, giving them non judicial provisions executive powers, this is to “proceed itself and without form of process for sale in an auction of the property(ies)”, ways of non judicial provisions that even though were removed with the entrance into force of the Civil Procedure Code (CPC) of 1993, subsequently, in part, have been reintroduced.

This paper analyzes those special forms of non judicial provisions in order to identify its scope, background, and defensive possibilities of the debtor, comparing them with those regulated by CPC of 1993 and special laws, and proposes recommendations for a future regulation of the execution of the security right.

PALABRAS CLAVE

Garantías reales; créditos especiales; ejecución judicial de garantías reales; ejecución extrajudicial de garantías reales.

KEYWORDS

Security right; special credits; judicial enforcement of security right; extrajudicial enforcement of security right.

1. INTRODUCCIÓN

Constituye una suerte de lugar común el considerar que las ejecuciones judiciales de garantías reales son “lentas y costosas” y que, como tales, “encarecen el crédito” (MEF, 2001), en cuanto el costo de la recuperación del crédito vendría trasladado por los acreedores (*rectius*, por las instituciones del sistema financiero) a sus clientes mediante una mayor tasa de interés, “penalizando tanto a potenciales buenos pagadores como a los malos y limitando también el acceso al crédito” (CHÁVEZ-LLADÓ, 2011).



De allí que se haya propuesto como solución para reducir los “costos de transacción” desjudicializar las ejecuciones de garantías reales (MEF, 2001), solución plasmada en el año 2006 tanto por la Ley de Garantía Mobiliaria (Ley N° 28677) como en la Ley que facilita la constitución y ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias para programas de viviendas (Ley N° 28698).

Estas soluciones, en apariencia nuevas, constituyen, en realidad, un *revival* de viejas formas de *autotutela* ya previstas en el pasado, sobre todo, a favor de instituciones del sistema bancario y que fueron eliminadas con el Código Procesal Civil de 1993, que introdujo un régimen general de ejecución judicial de garantías reales, aplicable a cualquier acreedor que contara con una garantía real, esto es sin estar dirigido necesariamente a la tutela de las instituciones del sistema bancario ni a la “recuperación” de los fondos colocados por tales agentes con sus operaciones de intermediación activas (créditos).

Hay que tener presente que la mayoría de trabajos sobre las ejecución de garantías reales han sido efectuadas o desde enfoques económicos (EYZAGUIRRE, et al., 2000; MEF, 2001; ARRIETA-LUY, 2002; CHÁVEZ-LLADÓ, 2011) o para analizar críticamente la regulación existente en el Código Procesal Civil vigente (últimamente, HURTADO REYES, 2014; BUENO OLAZÁBAL, 2014), evidenciándose los defectos y proponiéndose algunas soluciones. Sin embargo, lo que no ha sido objeto de adecuado estudio son los antecedentes de la regulación existente a la fecha, esto es, las ejecuciones especiales de garantías reales que fueron sucesivamente emergiendo en nuestro ordenamiento (desde la vieja Ley de Bancos Hipotecarios de 1889 hasta las reformas realizadas a inicios del segundo gobierno de Belaunde, en 1981 respecto, sustancialmente, de la banca estatal de fomento), análisis imprescindible para entender buena parte del mal funcionamiento de nuestro proceso de ejecución judicial de garantías reales.

El presente trabajo profundiza, con ulteriores informaciones, un estudio realizado hace ya

muchos años atrás (ARIANO, 1998) sobre los orígenes de la ejecución de garantías reales del Código Procesal Civil de 1993, analizando los diversos procedimientos de ejecución de garantías (extrajudiciales y judiciales) previstos para aquellos “créditos” que los italianos denominan “especiales” (FALASCHI, 1958; COSTI, 1988; SALETTI, 2000; COSTANTINO, 1988), en donde la “especialidad” estaba (o está) dada en que *determinadas* categorías de acreedores y de créditos, contarán (o cuenten) con el privilegio de la *autotutela ejecutiva* o de un *trato judicial diferenciado*.

El presente estudio parte de la hipótesis de que el proceso de ejecución de garantías reales del Código Procesal Civil *es deficiente* y lo es porque *generalizó*, de manera *incompleta e imperfecta*, los procedimientos especiales de ejecución de garantías reales que estuvieron previamente previstos en leyes especiales a favor de *específicos* acreedores (fundamentalmente instituciones bancarias) y *específicos* “créditos” (operaciones activas bancarias).

Por tanto su objetivo principal ha sido determinar los alcances, presupuestos y posibilidades defensivas del deudor en los supuestos de *autotutela ejecutiva* que han existido en nuestro ordenamiento hasta la entrada en vigencia del CPC de 1993 y compararlos con los previstos en la normativa vigentedel CPC y en leyes especiales a los efectos de demostrar nuestra hipótesis y proponer las recomendaciones respecto de una futura regulación de la ejecución de garantías reales.

2. LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL DE GARANTÍAS REALES PREVISTOS A LO LARGO DE NUESTRA HISTORIA HASTA EL ADVENIMIENTO DEL CPC DE 1993

2.1. *La ejecución de garantías reales en el Código de procedimientos civiles de 1912*

Hasta la promulgación y entrada en vigencia del Código Procesal Civil de 1993 nuestro or-



denamiento no contó con una regulación que fuera *específica* y, a la vez, *general* de la ejecución judicial de garantías reales.

En efecto, el ordenamiento procesal anterior al vigente, es decir el Código de Procedimientos Civiles de 1912, no contemplaba un proceso de ejecución *específico* para el supuesto de existencia de garantías reales (hipoteca o prenda), pues en su regulación del *juicio ejecutivo* (proceso de ejecución general cuando el título “que aparejara ejecución” fuera de origen extrajudicial), se limitaba a establecer en su artículo 612 que:

Si el demandado no paga la deuda dentro del término señalado, el escribano, sin necesidad de mandamiento especial, trabará embargo, en cuerda separada, en los bienes hipotecados o dados en prenda, y en su defecto, en los pertenecientes al deudor que el acreedor señale, sean muebles, inmuebles, derechos o acciones.

La indicada disposición constituyó una expresa toma de posición legislativa en *pro* de la libertad del acreedor de escoger los bienes sobre los cuales debía recaer el embargo, descartando así el establecer un orden de preferencia legal de la traba (como existía, y aún existe, en la legislación española), una libertad que encontraba su único límite en la existencia de hipotecas o prendas.

En efecto, el Comité de Reforma Procesal, explicando la disposición del que luego devino el artículo 612 del Código de Procedimientos Civiles, expresó:

En concepto del Comité, no hay más reglas de preferencia para trabar el embargo, que la emanada del contrato constitutivo de la obligación: si esta ha sido asegurada con prenda ó hipoteca, sobre estos bienes especialmente afectos debe ante todo ejecutarse el embargo, porque tal es el fin de la garantía; pero si la obligación carece de ella, no existe motivo alguno para que el embargo recaiga precisamente sobre unos bienes con preferencia á otros (Comité de Reforma Procesal, 1912, p. 154).

Por tanto, en línea de principio y en términos generales, durante la vigencia del Código de Procedimientos Civiles, el acreedor hipotecario o prendario no tenía *un trato diferenciado* para llevar a ejecución judicial la garantía real constituida a su favor, pues tenía que acceder, en paridad de condiciones con cualquier otro acreedor, al juicio ejecutivo y, si se daba el caso, el embargo debía trabarse sobre los bienes hipotecados o prendados.

2.2. *La ejecución judicial de la prenda mercantil en el Código de Comercio y su derogación por el Código Civil de 1984*

Sin embargo, en nuestra historia republicana, tanto determinadas *categorías de acreedores* como *específicos acreedores* sí recibieron un trato legal privilegiado cuando estuvieran garantizados por prenda o hipoteca.

En primer lugar, en el supuesto de la *prenda mercantil*, es decir, aquella cuyo objeto era asegurar el cumplimiento de una “obligación de comercio” tal como regulada por Código de Comercio de 1902.

Es así que en su artículo 317 se disponía:

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.

Ello significa que en el caso de la *prenda mercantil*, las partes podían pactar la *realización extrajudicial* de la prenda *por el propio acreedor*. A falta de pacto, conforme al artículo 318, se otorgaba al acreedor un procedimiento judicial especial, en el que el deudor no podía plantear oposición ni excepción alguna enderezada a evitar la enajenación del bien prendado:

A falta de esta estipulación, y si la prenda consiste en efectos cotizables, el acreedor sin necesidad de requerir al deudor, podrá pedir al Juez de 1ª Instancia que lo autorice para venderla. El Juez sin admitir oposición ni excepción de ningún género se limitará a



autorizar al acreedor para que venda la prenda con intervención de agente o corredor.

En caso de que la prenda no sea de efectos cotizables la venta se hará por el Juez, en remate a solicitud del acreedor sin admitir oposición ni excepción alguna, siendo necesaria únicamente la tasación de la prenda si no se hubiere hecho en el contrato.

Sin embargo, es importante evidenciar que las disposiciones de los artículos 317 y 318 del Código de Comercio, conforme al concepto “objetivo” de acto de comercio consagrado en el artículo 2 del indicado cuerpo normativo (“Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común//. Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga”), no eran aplicables solo a una categoría de acreedores (los comerciantes), sino cuando, siendo al menos uno comerciante, objetivamente, pactaran una prenda para “asegurar el cumplimiento de una obligación de comercio” (art. 315 Código de Comercio).

Por tanto, las disposiciones indicadas no estaban establecidas para dar un trato diferenciado en función de los sujetos, sino en función (objetiva) del acto.

La prenda mercantil fue, luego, derogada por el Código Civil de 1984, que en su art. 1069, respecto de la ejecución de la prenda, estableció:

Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta de la prenda en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de este pacto, se procede a la venta por el acreedor, previa notificación judicial con anticipación de ocho días calendario. El juez no puede admitir recurso de oposición del deudor, salvo cuando se sustente en prueba

instrumental, en cuyo caso se sigue la causa por las reglas del juicio de menor cuantía.

Ello significa que, a partir de la vigencia del CC 1984, todo acreedor prendario, esto es, sea que se tratara de una obligación “común” o mercantil, a falta de pacto de ejecución extrajudicial del bien prendado, podía acceder, a un procedimiento judicial de ejecución especial en el cual, el acreedor pedía la venta judicial de la prenda, solicitud que debía ponerse en conocimiento del deudor, el cual podía oponerse a la venta (contando con un plazo de 8 días), oposición que solo impedía tal venta si es que se basaba en “prueba instrumental” (esto es, en documentos), en cuyo caso, la oposición se sustentaba bajo las reglas del juicio de menor cuantía.

Cabe señalar que la prenda, sobre todo en el campo mercantil, ha recibido (y recibe) un tanto en todos lados, un trato diferenciado, en el sentido de que, dada el escaso valor de los bienes dados en garantía, por lo general se autoriza al acreedor la venta directa del bien prendado o su venta judicial con un procedimiento simplificado. En tal línea, nosotros no hemos sido la excepción.

2.3. La tutela diferenciada a favor de la banca comercial: la ejecución de la prenda en la Ley de Bancos de 1931

Siempre en relación a la prenda, la subjetivación del trato diferenciado se inicia con la Ley de Bancos de 1931 (Ley N° 7159), que establece toda una gama de disposiciones auténticamente especiales, esto es, aplicables solo a una categoría de sujetos: las *empresas bancarias* allí reguladas, esto es, *la banca comercial*.

En tal sentido, merecen destacarse:

1. El artículo 169, en virtud del cual las prendas otorgadas a favor de un banco, “servirán de garantía a todas las deudas y demás obligaciones, directas o indirectas, de cualquier clase, que el dueño de la prenda tenga contraídas al tiempo de constituir la o que contraiga posteriormente en favor



del mismo banco, a menos que conste expresamente que la prenda se ha constituido únicamente para garantizar determinadas obligaciones”.

2. El artículo 170 en virtud del cual vencidas las obligaciones garantizadas con prenda “podrá la empresa bancaria, después de una notificación judicial al deudor y transcurridos siete días desde la fecha de dicha notificación, proceder a la enajenación de la prenda, sin más intervención de la justicia que la expresada y sin sujeción a los trámites que para la venta de la prenda establecen el Código de Comercio y los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles”.

El art. 170 de la Ley 7159, seguía estableciendo:

La venta se hará con intervención de un agente de bolsa o corredor que el banco designe. Si no lo hubiere en el lugar, se hará la venta por el juez, en remate.

La venta de alhajas, mercaderías y demás cosas muebles la hará el banco por medio de rematador titulado, que hará la venta conforme a lo dispuesto en el Código de Comercio para las ventas al martillo y sin necesidad de tasación judicial.

A falta de martillero, la venta se hará por el Juez de Primera Instancia o por el de paz a quien comisione.

Es importante evidenciar que el Código Civil de 1852 (vigente en el momento de emisión de la Ley 7159) establecía en su art. 2007 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 oír al deudor y con su contestación, o en rebeldía, resolverá lo conveniente.

A su vez el art. 2008 del Código Civil de 1852, establecía:

Si se mandare vender la prenda, se ve-

rificará en pública subasta; y del precio se pagará el crédito del acreedor, y el sobrante, si lo hubiere, se entregará al deudor.

El Código Civil de 1936, mucho más escuetamente, estableció en su art. 996 que “Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede pedir la venta judicial de la prenda”.

Es decir, en la Ley de Bancos de 1931, encontramos ya plasmada –pero solo para la prenda (esto es, no para el resto de garantías reales, en particular, para la hipoteca)– lo que luego se denominará “garantía sámana” (o abierta) así como un procedimiento de enajenación del bien prendado *con una intervención judicial mínima* (la notificación judicial del deudor).

Sin embargo, hay que tener presente que para la prenda, nunca ha regido plenamente el (llamado) principio de *especificidad*(y *accesoriedad*)de la garantía, es decir, que el bien dado en garantía solo responda por la obligación por la cual fue otorgada, por lo que la disposición de la Ley de Bancos de 1931 no quebraba en demasía el régimen ordinario.

En efecto, ya el Código Civil de 1852 establecía en su art. 1990 que:

La prenda que estuviere gravada con una deuda anterior, al contraerse después otra deuda entre el mismo acreedor y el mismo deudor, servirá de garantía para las dos deudas si no se hubiese estipulado lo contrario.

Tal disposición será retomada por el art. 1001 del Código Civil de 1936 al establecer que:

La prenda que está gravada con 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.

Luego, el Código Civil de 1984 estableció lo propio en su art. 1063:

La prenda que garantiza una deuda sirve de igual garantía a otra que se con-



traiga entre los mismos acreedor y deudor, siempre que la nueva deuda conste por escrito de fecha cierta.

2.4. La autotutela ejecutiva: la Ley de Bancos Hipotecarios de 1889 y el régimen especial de la banca estatal de fomento

Pero sin duda, el más evidente trato diferenciado de *orden subjetivo* en materia de ejecución de garantías reales, lo encontramos ya en la *Ley de Bancos Hipotecarios* del 2 de enero de 1889, en virtud de la cual, los bancos hipotecarios –que eran los que se constituían “para verificar préstamos a largo plazo sobre hipotecas de propiedad territorial, reembolsables paulatinamente, y para emitir cédulas hipotecarias” (art. 1)–, en el caso de incumplimiento por parte del prestatario, estaba previsto un procedimiento *ad hoc* en el que el banco podía “proceder por sí y sin forma de juicio a la venta en remate del bien o bienes hipotecados” (art. 44).

Hay que tener presente que los bancos hipotecarios eran aquellos que podían emitir cédulas hipotecarias y colocarlas en el mercado. El conjunto de las hipotecas constituidas garantizaban el pago de las cédulas colocadas (en capital e intereses), por lo que es entendible que contaran con un procedimiento *ad hoc* de realización de las hipotecas, en cuanto el incumplimiento del deudor hipotecario ponía en riesgo el fondo para cubrir el pago de los cupones de las cédulas hipotecarias. Lo que es menos entendible es que ese procedimiento *ad hoc* fuera del todo extrajudicial.

La Ley de 1889 es la que servirá de modelo para que, en 1928, por Ley N° 6126, se cree un procedimiento de realización extrajudicial de hipoteca a favor ya no de una categoría de bancos sino de uno en particular: el Banco Hipotecario del Perú, encargado justamente de centralizar los préstamos hipotecarios a largo plazo y la emisión de cédulas hipotecarias.

En efecto, conforme a lo dispuesto en la Ley 6126, si el deudor faltaba al pago de una cuota respecto de un préstamo, el Banco podía decla-

rar vencido el plazo de la totalidad del principal del préstamo y notificar al deudor para el pago dentro de los 90 días posteriores. Si tal pago no se producía, el banco podía “sin ninguna otra formalidad ni procedimiento judicial previo” (art. 46), proceder a la venta en subasta pública el inmueble hipotecado, conforme a las reglas indicadas en el art. 49 de la Ley.

Es importante evidenciar que conforme a lo dispuesto en el art. 52 para que el Banco Hipotecario del Perú pudiera proceder a la ejecución extrajudicial de la hipoteca, los contratos de préstamo, debían otorgarse por escritura pública, en la que se debía consignar:

1. la cantidad dada en préstamo;
2. la forma de amortización e intereses; y
3. la facultad concedida al Banco para proceder “por sí y sin forma de juicio a la venta de la propiedad hipotecada y al otorgamiento de la escritura de venta al comprador” (art. 52).

Hay que evidenciar, también, que el deudor podía evitar la subasta pública del bien, en cualquier momento antes de su realización, pagando al contado el monto total del principal más intereses y gastos (art. 53).

Por último, cualquier “acción” que tuviera el deudor contra el Banco podía ser ejercitada “solo después del remate que el banco haya hecho de los bienes hipotecados” (art. 55).

Es importante tomar en cuenta que pese a que el Banco Hipotecario del Perú fue creado como una “compañía anónima de responsabilidad limitada”, conforme al art. 45 de la Ley N° 6126:

Los libros y registros del Banco y los extractos de los mismos, certificados por el Gerente o el Sub-Gerente con el sello del Banco tendrán el valor de documentos notariales.

Ergo, los extractos de los libros y registros del Banco Hipotecario (entre los que estaban, sin duda, los estados de cuenta de saldo deudor), siempre que reunieran los requisitos del art. 45 de la Ley 6126, eran *documentos públicos*, que



como tales, *hacían plena fe*, tal cual los documentos notariales.

La Ley del Banco Hipotecario de 1928, a su vez, es importante porque sucesivamente servirá de base para la emisión de toda una serie de leyes de creación de la llamada “banca estatal de fomento”, que para promover el desarrollo en los diversos sectores económicos del país, consagrarán no solo modalidades de garantías reales especiales (la prenda agrícola y la industrial) sino, sobre todo, otorgarán a tales bancos estatales la atribución de ejecutar, a través de procedimientos *ad hoc* las garantías reales, *sin intervención judicial alguna*.

Es el caso, principalmente del:

1. Banco Agrícola del Perú, creado por el Decreto Ley N° 7273 de 1931 (luego ratificado por Ley N° 7783 de 1933, Por Ley 9576, de 1942, se dio una nueva Ley (esta vez llamada “Orgánica”) del Banco Agrícola del Perú; luego, por D. Ley 14509, de 1963, tal banco fue renombrado “Banco de Fomento Agropecuario”, denominación que se mantuvo hasta 1975, en que por D. Ley N° 21227, se le denominó “Banco Agrario del Perú”);
2. Banco Industrial del Perú, creado por la Ley N° 7695 de 1932;
3. Banco de Vivienda del Perú, creado por Decreto Ley 14241 de 1962 (complementado con el D. Ley N° 21243, también de 1962).

Cada una de estas leyes contenía procedimientos *ad hoc* de ejecución de las garantías (cuando mobiliarias) o remitían a la Ley N° 6126, para la venta en subasta pública del bien hipotecado a su favor.

La indicada situación se mantuvo durante todo el régimen militar de 1968-1980, que además de “estatalizar” el Banco Central Hipotecario del Perú (art. 35 del D. Ley 17521, Ley Orgánica del Ministerio de Hacienda) dio un nuevo régimen al Banco Agrario del Perú (D. Ley 21227, de julio de 1975).

Como consecuencia, a partir de 1928, con la Ley N° 6126 hasta la finalización del régimen militar de 1968-1980, existían toda una gama

de específicos bancos (el Banco Central Hipotecario del Perú y la banca estatal de fomento) que contaban, en cada una de sus leyes especiales con procedimientos *ad hoc* de ejecución de las garantías reales, procedimientos caracterizados por ser llevados *sin intervención judicial alguna*.

Cabe anotar que la circunstancia de que la banca estatal contara con estos procedimientos *ad hoc* de *autotutela*, se justifica (al menos, esa es la *communis opinio*) en la función encomendada a tal banca, esto es, la promoción de actividades económicas sectoriales, por lo que en caso de incumplimiento del deudor, pudiera recuperar “rápidamente” su crédito, pudiendo así (al menos en teoría) seguir cumpliendo su función “promocional”.

2.5. El cese de la autotutela ejecutiva a favor de la banca de fomento

La situación cambia, con el retorno a la democracia, pues en el año 1981 se emitieron una serie de Decretos Legislativos (entre los cuales merecen destacarse: el D. Leg. 201, Ley Orgánica del Banco Agrario del Perú; el D. Leg. 202, Ley Orgánica del Banco Industrial del Perú; el D. Leg. 203, Ley Orgánica del Banco de la Vivienda del Perú; el D. Leg. 204, Ley Orgánica del Banco Central Hipotecario del Perú y el Decreto Legislativo N° 215, Ley de ejecución de garantías), que vistos en su conjunto, a la par de confirmar a favor de las entidades allí reguladas procedimientos *ad hoc* para la ejecución de garantías reales, marcaron un viraje fundamental respecto de lo que fue la tendencia reseñada en las secciones anteriores: *la judicialización de los procedimientos de ejecución especiales de las garantías reales*.

En efecto, por lo que atañe a la institución que se puede llamar “pionera” en contar con facultades para, en caso de incumplimiento del deudor, realizar “*por sí y sin forma de juicio*” las garantías reales, es decir, el Banco Central Hipotecario del Perú, el D. Leg. 204, “transformó” esas facultades de *autotutela ejecutiva* previstas en la primigenia Ley N° 6126, en el poder de:



Solicitar y obtener por la vía judicial la venta en remate público o la adjudicación del inmueble hipotecado, conforme al procedimiento establecido en los Artículos 47 y 48 de esta Ley (art. 44).

Para ello, el banco debía presentarse “ante cualquier juez de primera instancia”:

adjuntando a su demanda un testimonio de la escritura pública del contrato de préstamo y un estado de cuenta en que se establezca el número de cuotas y la cantidad adeudada a la fecha en que se interpone su solicitud” (art. 47).

El deudor, dentro de los cinco días de notificado en la demanda y sus recaudos, si quería evitar el remate público del bien, tenía que acreditar “el pago de la totalidad del principal del préstamo, intereses y gastos o el monto de la deuda por la cual se halla interpuesta la demanda, si ésta fuera menor”. Es decir, el deudor debía “acreditar” el pago de la *totalidad* de lo adeudado.

Otro tanto ocurrió con la normativa de la banca estatal del fomento. Así:

Respecto al Banco Agrario del Perú, a la par que el art. 30 del D. Leg. 201, por un lado, estableció que “Los documentos acreditativos de préstamos o adelantes de préstamos otorgados por el banco *aparejarán ejecución* aún antes de su vencimiento si son acompañados de una constancia expedida por el Banco de haber declarado vencido el respectivo plazo” [cursivas agregadas], y por el otro, en su art. 46, estableció que “La ejecución de las garantías constituidas a favor del Banco *será realizada ante el Juez de Primera Instancia* competente con sujeción al procedimiento establecido en esta Ley y en los estatutos”.

Respecto al Banco Industrial del Perú, el D. Leg. 202, a la par de establecer, por un lado, que los contratos otorgados por el Banco “*aparejarán ejecución*” (art. 31), por el otro, estableció, en su art. 34, que, “La ejecución de la garantía la efectuará el Banco con sujeción a las reglas pactadas con su deudor en el contrato correspondiente en cuanto no se opongan a las nor-

mas especiales sobre ejecución de garantías reales por la Banca Estatal de Fomento” (que como se verá se plasmó, luego, en el D. Leg. 215).

Respecto al Banco de Vivienda del Perú, el D. Leg. 203, a la par de establecer, por un lado, en el art. 32 que “Los contratos de préstamo y de crédito, con o sin garantía real, inclusive hipotecaria (...), podrán constar de documentos privados con legalización notarial de firmas” y que “*aparejan ejecución*”, por el otro, estableció, en su art. 44, el procedimiento a seguirse en caso de incumplimiento, “el Banco podrá solicitar y obtener, *por la vía judicial*, la venta en remate público o la adjudicación del bien dado en garantía”. Para ello en la solicitud el Banco debía adjuntar “*el contrato de préstamo y un estado de cuenta en que se establezca la cantidad adeudada a la fecha en que se presenta la solicitud*” (art. 45) [cursivas agregadas].

Por último, hay que tener en cuenta el D. Leg. 215, que plasmó las reglas generales del procedimiento de ejecución *judicial* de garantías aplicable a la “Banca Estatal de Fomento y demás instituciones consideradas como empresas de derecho público del sector Economía, Finanzas y Comercio, así como las empresas estatales, *cuyas respectivas leyes orgánicas o de creación les concedan facultades especiales para la ejecución de las garantías reales otorgadas a su favor*” (art. 1).

En este Decreto Legislativo resulta evidente la intención del legislador democrático de *judicializar* los procedimientos de ejecución de garantías, *privando*, como consecuencia, a todas aquellas entidades estatales indicadas en su art. 1º de aquellas facultades de autotutela que a lo largo de los años les había sido otorgado por sus leyes orgánicas o de creación. Es así que se dispuso que en caso de incumplimiento de contrato en que existan garantías reales “y que, de acuerdo al mismo, esté expedida la ejecución de tales garantías”, la entidad acreedora estaba facultada para “solicitar y obtener, *por la vía judicial*, la venta en remate público del bien dado en garantía” (art. 2 inc. a) [cursivas agregadas].



A la solicitud de ejecución la entidad debía adjuntar “*el contrato, junto con un estado de cuenta cuyo saldo deudor permita la ejecución de la garantía otorgada*” (art. 3).

El deudor, una vez notificado con la solicitud de ejecución y sus anexos, tenía 5 días hábiles para acreditar ante el Juzgado que había pagado “*el monto de la obligación, incluyendo intereses, comisiones y gastos*”.

Vencido dicho plazo sin acreditarse el pago, el Juzgado, sin trámite previo, debía ordenar el remate público de los bienes dados en garantía.

Contra la resolución que disponía el remate, procedía apelación, siempre que se recaudara “*con prueba instrumental*” que acreditara “*el pago de la cantidad debida*”.

Una vez consentido o ejecutoriado el mandato judicial, el Juzgado debía señalar fecha para el remate, cuya publicidad (y el remate mismo) se regía por las normas de las respectivas leyes orgánicas y/o Estatutos de la entidad, y supletoriamente, por el Código de Procedimientos Civiles.

Como consecuencia, resulta evidente que en 1981 se produjo una suerte de *inversión copernicana* respecto de las facultades de *autotutela ejecutiva* de las que gozaban determinadas entidades estatales en caso de incumplimiento del deudor, pues todas las ejecuciones de las garantías debían hacerse por la “*vía judicial*”, debiendo acompañarse “*el contrato*” (se entiende de préstamo) y un estado de cuenta que arrojara un “*saldo deudor*”.

Es importante evidenciar que tratándose de los Bancos Estatales de Fomento y del Banco Central Hipotecario del Perú, el “*contrato*” al que aludían las respectivas leyes *no podía sino ser uno de préstamo* (esto es, un mutuo). Para los bancos de fomento, tales contratos, expresamente, venían reconocidos por sus respectivas leyes como “*instrumentos públicos*” que “*aparejaban ejecución*” (o sea, eran *per sé* títulos ejecutivos). Para el Banco Central Hipotecario del Perú, se exigía la presentación de Testimonio de Escritura Pública del “*contrato de préstamo*”. Hay que tener presente que el inc. 2 del

art. 2 del D. Ley 20236 (regulador del juicio ejecutivo), consideraba que, en general, los “*instrumentos públicos*”, aparejaban ejecución.

Como el deudor podía evitar la ejecución acreditando al Juzgado (no ya a la entidad) el haber pagado el monto de la obligación, incluyendo intereses, comisiones y gastos, resulta indudable que el *estado de cuenta* debía contener el *detalle* de toda esa información.

2.6. La Ejecución Judicial de Hipoteca del Decreto Legislativo N° 495 de 1988

Con el Decreto Legislativo N° 495, de 1988, de creación del Registro de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares, Hipoteca Popular y Seguro de Crédito, se introdujeron unas normas relativas a la “*ejecución extra judicial y judicial de la hipoteca prevista en el Código Civil y de la hipoteca popular*” (art. 32).

Si bien las disposiciones del D. Leg. 495, por lo que atañe a su aplicación a la hipoteca “*prevista en el Código Civil*”, eran evidentemente inconstitucionales por cuanto el Poder Ejecutivo se había extralimitado en las facultades legislativas que le habían sido delegadas mediante Ley N° 24913, una lectura fuera de su contexto podría llevarnos a concluir que con ellas se plasmaros procedimientos de ejecución *específicos*, es decir, solo aplicables cuando mediara una hipoteca y, a la vez *generales*, es decir, aplicables sea quien fuere el acreedor hipotecario.

Pues bien, como ya indicado, el D. Leg. 495 estableció dos procedimientos de ejecución de la hipoteca: uno extrajudicial (arts. 33 a 37) y otro judicial (arts. 38 a 43). El primero requería pacto expreso entre las partes, y se basó en la técnica del otorgamiento de poder expreso e irrevocable a un tercero, a fin de que, en caso de incumplimiento, procediera a la venta del bien hipotecado. El segundo estaba previsto para que funcionara *subsidiariamente* solo a falta de pacto de realización extrajudicial o cuando no se lograra vender extrajudicialmente el bien en el plazo de 30 días de comunicado el deudor de que se iba a proceder a la venta del bien.



El procedimiento de ejecución judicial en referencia, en cierta medida, evocaba aquél establecido en el D. Leg. 215 antes indicado, sobre todo en lo que atañe a los documentos que debían acompañarse a la demanda y a la estructura del procedimiento. Así:

1. A la “solicitud de remate” debía acompañarse. a) “copia legalizada del contrato”; b) “Estado de cuenta de saldo deudor”; c) Constancia de pago, en caso de haber habido subrogación; y d) tasación comercial actualizada del inmueble.
2. Notificado el deudor, en cinco días hábiles debía acreditar el haber pagado o que de cualquier otra manera se había extinguido la obligación.
3. No verificado el pago o acreditada la extinción de la obligación, el juez debía ordenar el remate público del bien hipotecado.
4. La orden de remate público era apelable, siempre que se recaudara con la prueba instrumental de la extinción de la obligación.
5. Consentida o ejecutoriada la orden de remate, se debía fijar día y hora para el remate.
6. El remate judicial se regía por las normas del Decreto Legislativo y no por aquellas del Código de Procedimientos Civiles entonces vigente.

Confrontando este procedimiento con los establecidos a favor de las entidades estatales, en particular, respecto de la Banca Estatal de Fomento y del Banco Hipotecario del Perú, parecería que éste tuviera una vocación más “general”, es decir, que estuviera pensado para hacer efectiva *cualquier* hipoteca constituida para asegurar *cualquier* obligación de *cualquier* acreedor. El hecho de que se estableciera que a la demanda de ejecución se debía acompañar “copia legalizada del contrato” sin precisar su tipo, abonaría a tal interpretación.

Sin embargo, no se puede perder de vista el contexto en el cual tal procedimiento estaba colocado: un Decreto Legislativo *todo* endere-

zado a ampliar el “acceso al crédito” —entendido éste no en el sentido técnico-jurídico de “derecho de crédito”, sino en el sentido puramente económico de acceso, esencialmente, a préstamos dinerarios— a los titulares de la posesión y propiedad de inmuebles ubicados en Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares y otros Asentamientos Humanos y “a los informales en general con respaldo en garantías reales” (es lo que se expresa en la introducción del Decreto Legislativo N° 495), tanto es así que la “hipoteca popular” se instituyó específicamente para garantizar “créditos para la construcción, ampliación o mejora de inmuebles en Pueblos Jóvenes y para la inversión en actividades productivas” (art. 26).

Por tanto, pese a la aparente generalidad de las previsiones del D. Leg. 495, no es arriesgado considerar que los procedimientos de ejecución de hipoteca allí establecidos no lo fueron para hacer efectiva *cualquier* hipoteca constituida para asegurar *cualquier* obligación de *cualquier* acreedor, sino las hipotecas constituidas en garantías de *préstamos* otorgados por *instituciones bancarias o financieras* para la construcción, ampliación o mejora de inmuebles en Pueblos Jóvenes y para la financiación de actividades productivas del sector (llamado) informal, cual complemento de ese “acceso al crédito” que constituyó el *Leitmotiv* de la norma en referencia.

Se entiende así que al establecer los documentos que se debía adjuntar a la “solicitud” de ejecución judicial —tal cual la normativa existente en ese momento para la banca de fomento estatal y del Banco Hipotecario del Perú—, además de la “copia legalizada del contrato” (sin precisar cuál contrato, más que probablemente, se hacía referencia al contrato con el que se accedió “al crédito”, es decir, el contrato de “préstamo” con garantía hipotecaria), utilizando un lenguaje típicamente contable-bancario exigiera la presentación de un “estado de cuenta de saldo deudor”, o sea, un documento en el que se estableciera la operación contable sobre la “cuenta”: en el que la diferencia entre los cargos y abonos anotados *arrojaran* un saldo deudor.



Con todo, hay que evidenciar que en el procedimiento de ejecución judicial de hipoteca del D. Leg. 495, desde el momento que estaba previsto para que funcionara subsidiariamente, es decir, a falta de pacto o cuando existiendo no se lograra vender “privadamente” dentro del plazo de 30 días visto fuera de su contexto, oscurece lo que debía ser el presupuesto indispensable para la legitimidad de cualquier ejecución judicial: la existencia de un “título” –por utilizar la expresión de la época– que “aparejara ejecución”, que representara la obligación cierta, expresa y exigible a satisfacerse, justamente, a través de la realización del bien dado en garantía de dicha obligación.

No por nada, cuando a través de los Decretos Legislativos N° 201, N° 202 y N° 203, antes reseñados, el legislador democrático judicializó los procedimientos de ejecución de garantías reales, tuvo a bien establecer que los respectivos contratos de préstamo “aparejaban ejecución”. Sin embargo, tratándose de un procedimiento especial frente al “general” constituido por el juicio ejecutivo regulado en parte en el D. Ley 20236 y en el Código de Procedimientos Civiles de 1912, no constituía un “grave” quiebre en el sistema.

2.7. La Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (D. Leg. N° 637) de 1991

Con el D. Leg. 637 de 1991, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, no solo se introduce a nuestro ordenamiento la figura de la “banca múltiple” (esto es se suprime la diferencia entre la banca comercial y la banca sectorial, con la posibilidad de que, en general, los bancos otorgaran préstamos a largo plazo con garantía hipotecaria), sino que introduce la última regulación *especial* de ejecución de garantías que precede a la promulgación del Código Procesal Civil, específicamente prevista a favor de *todas* las “empresas bancarias y financieras”.

Esta ley presenta dos aspectos relevantes e inescindibles:

1. A través de su art. 187, se hace extensiva a la hipoteca lo que en la Ley de Bancos de

1931 valía solo para la prenda: la garantía abierta, es decir que, salvo que se hubiera pactado lo contrario, “*los bienes dados en prenda o hipoteca en favor de una empresa bancaria o financiera respaldan todas las deudas y obligaciones, directas o indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien los afecte en garantía*”; y

2. Introduce un proceso de ejecución *especial* respecto de todas las garantías reales constituidas a favor de las instituciones bancarias y financieras (art. 190 ss).

En efecto, el art. 187 del D. Leg. 637, expandió a la hipoteca otorgada a favor de instituciones bancarias y financieras lo que en la Ley de Bancos de 1931 estaba solo previsto en relación a la prenda, con la consecuente flexibilización de las notas esenciales de una hipoteca conforme a las disposiciones del Código Civil, en particular, en lo atinente a su accesoriedad y especialidad. Con la consecuencia de que, salvo que mediara pacto en contrario:

1. Pese a haberse constituido una hipoteca en garantía de una obligación determinada (o determinable), aunque ésta se hubiera extinguido, el bien hipotecado seguía respondiendo por cualquier otra obligación que tuviera el constituyente con la institución bancaria o financiera;
2. Se podía constituir una hipoteca en garantía de “todas las deudas y obligaciones, directas o indirectas, existentes o futuras” del constituyente, sin mayor especificación; y
3. La hipoteca pudiera existir (y subsistir) incluso si el constituyente no tuviera, en algún momento de su relación con la entidad bancaria o financiera, obligación alguna.

Esta flexibilización traía una ulterior consecuencia: en caso de quererse hacer efectiva la garantía real, el derecho de crédito garantizado podía no estar contenido (ni siquiera a nivel de la mera “determinabilidad” en el acto constitutivo de la garantía real, *por lo que su existencia y exigibilidad debía inevitablemente desprenderse de otro documento*).



Y es justamente en este punto que el D. Leg. 637 resulta muy ilustrativo, por cuanto su art. 190, al establecer que “vencida la obligación garantizada por prenda o hipoteca”, la institución bancaria o financiera podía solicitar la “venta de los bienes ante el Juez de Primera Instancia”, debiendo presentar:

1. Copia legalizada del contrato o en su defecto del título representativo del crédito, debidamente protestado cuando corresponda.
2. Liquidación que muestre el saldo deudor a cargo del obligado.
3. Constancia de pago, en caso de que haya habido subrogación.
4. Certificado de gravámenes.

Presentada la demanda, el juez debía proveer a más tardar al día siguiente, ordenar se notificara al deudor, para que dentro de cinco días pagara su obligación, o alternativamente, acreditara que la obligación se ha extinguido. La notificación se debía hacer personalmente y por la vía postal. Expirado el plazo, sin que se hubiera verificado el pago o se hubiera acreditado la extinción de la obligación, el juez debía ordenar la venta de los bienes dados en garantía.

No era posible oposición alguna del deudor para impedir la venta. Sin embargo, contra la resolución que ordenaba el remate «por estimar que los documentos presentados por el deudor no acreditaban que haya quedado liberado de su obligación» (art. 196), procedía apelación «en ambos efectos». No procedía recurso de nulidad.

Ergo, con esta ley todas las “empresas bancarias y financieras” tuvieron a su disposición una *tutela ejecutiva judicial* especial, en el que sus presupuestos estaban suficientemente claros.

3. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL Y GENERAL DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE 1993

3.1. Premisa: el CPC de 1993, la supresión de la banca de fomento, la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros de 1993 y la de 1996

Estando así las cosas, con toda esta gama de procedimientos de ejecución judiciales de garantías especiales a favor de específicos acreedores (Banco Hipotecario del Perú, cada uno de los bancos estatales de fomento y todas las “empresas bancarias y financieras”), el 29 de febrero de 1992 (publicado en *El Peruano* el 4 de marzo de 1992), por Decreto Legislativo N° 768, se promulga el Código Procesal Civil (en adelante CPC 1993), en cuya Primera Disposición Derogatoria dispuso:

Quedan derogados:

[...]

5. El Decreto Legislativo 215;

6. Quedan igualmente derogadas las normas que establezcan procedimientos preferentes o especiales para el pago de obligaciones o para la ejecución judicial de garantías.

Dichos procedimientos se tramitarán conforme al proceso específico regulado en este Código [negritas agregadas].

A la par, en sus Disposiciones Modificatorias, se modifica el texto del art. 1069 del Código Civil, referido a la ejecución de la prenda, dándole el siguiente tenor:

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 solo puede sustentarse en prueba documental que acredite indubitadamente el pago.

Ergo, el CPC 1993 derogó todas las leyes reseñadas en las secciones anteriores, introduciendo, por primera vez en nuestra historia procesal un procedimiento específico para la ejecución de garantías reales, procedimiento a su vez, general, esto es abierto a todos los acreedores de tal forma garantizados.

Durante su *vacatio legis* (el CPC, si bien fue promulgado en 1992, entró en vigencia el 28 de julio de 1993), en el año 1992, el (autodenominado) “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional” de Alberto Fujimori:

- a) Declaró a los bancos estatales de fomento Agrario, Industrial, Minero y de la Vivienda en disolución (Decreto Ley N° 25476, del 6 de mayo de 1992;
- b) “Transformó” al Banco Hipotecario del Perú en “persona jurídica de derecho privado”, sujeta a Ley General de Instituciones Bancarias Financieras y de Seguros - D. Leg. N° 637 (Decreto Ley 25479 del 6 de junio de 1992; mediante Resolución SBS N° 766-92 del 6 de agosto de ese mismo año la Superintendencia de Banca y Seguros, lo declaró en estado de disolución para la liquidación definitiva).

Como consecuencia, aun cuando el CPC no hubiera derogado todas «las normas que [establecían] procedimientos preferentes o especiales para el pago de obligaciones o para la ejecución judicial de garantías», aquellas previstas en las normativas del Banco Hipotecario del Perú y de la banca estatal de fomento, igual habrían desaparecido.

Una vez entrado en vigencia el CPC de 1993, por Decreto Legislativo 770 (del 28 de octubre de 1993), se promulga una nueva Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (que deroga el D. Leg. 637). Siendo posterior al CPC, esta ley bien pudo haber establecido un procedimiento especial de garan-

tías reales para a favor de las empresas reguladas. En cambio, no lo hizo.

Lo que sí se hizo, fue reiterar la garantía “sábana” extendida también a la hipoteca (art. 175: «Con la excepción prevista en el inciso f) del Artículo 295, a menos que exista estipulación en contrario, los bienes dados en prenda, warrant o hipoteca en favor de una empresa o entidad del Sistema Financiero respaldan todas las deudas y obligaciones, directas o indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien lo afecte en garantía, o por el deudor»), así como una previsión respecto del “saldo deudor” post ejecución de garantías conforme al procedimiento judicial previsto en el CPC. Es así que se dispuso en el art. 179:

*Si ejecutada judicialmente una garantía constituida en favor de una empresa o entidad del Sistema Financiero y, aplicado el producto de la venta, quedase saldo a cargo del deudor, la empresa o la entidad conservan acción personal contra él, la que pueden hacer valer en la vía ejecutiva, como lo faculta el Artículo 724 del Código Procesal Civil. **La liquidación que formule la propia empresa o entidad, acompañada del contrato que le dio origen y sustento, constituye título suficiente[negritas agregadas].***

Esta ley, a su vez, fue derogada por la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y (en adelante Ley de Bancos), de fecha 6 de diciembre de 1996, que, en su art. 172 reiteró que:

Con excepción de las hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios, los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant en favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien los afecte en garantía o por el deudor, salvo estipulación en contrario.

Sin embargo, desaparece lo dispuesto en el art. 179 de la ley anterior, quedando solo un “rastros”



en el inc. 7 del art. 132 (bajo la sumilla: “Formas de atenuar los riesgos para el ahorrista”) que escuetamente establece: “*El mérito ejecutivo de las liquidaciones de saldos deudores que emitan las empresas*”.

Es evidente que el inc. 7 del art. 132 de la Ley de Bancos vigente es bastante distinto del art. 179 del derogado D. Leg. 770. En efecto, el indicado art. 179 se refería al “saldo deudor” post-ejecución judicial de la garantía y exigía que la liquidación de ese saldo deudor efectuada por la entidad bancaria estuviera acompañada del contrato que le había dado origen. En cambio, el inc. 7 del art. 132 le da mérito ejecutivo a la simple “liquidación de saldo deudor”, pero no indica que tal “saldo-deudor” sea el que resulte post-ejecución de las garantías y tampoco exige que se acompañe documento alguno “del contrato que le dio origen” (al crédito liquidado).

Sin embargo, no hay que descartar que el “saldo deudor” del inc. 7 del art. 132 de la Ley de Bancos sea el del antiguo art. 179 del D. Leg. 770 (y el del art. 724 CPC). Este “detalle” no ha sido advertido por nadie, por lo que, en el inmediato de la entrada en vigencia de la Ley de Bancos, las entidades bancarias y financieras empezaron a “liquidar” operaciones (“como sea”) y presentando, en base a ellas, sus demandas ejecutivas (la “común”).

3.2. Peculiaridades del procedimiento de ejecución judicial de garantías del CPC

Como ya dicho al inicio, el CPC de 1993 introduce, por primera vez en nuestra historia procesal, un procedimiento *especial y general* para la ejecución judicial de las garantías reales (todas). *Especial* porque difiere (en los aspectos que se precisarán luego) del procedimiento general de ejecución (proceso ejecutivo y de ejecución de resoluciones judiciales). *General*, porque no fue (y no está) previsto para una categoría específica de acreedores (como lo fue en el pasado), sino abierto a todo acreedor que tenga constituida a su favor una garantía real (prenda o hipoteca).

Las peculiaridades estaban (y, como se dirá más adelante, aún en buena parte están) plasmadas en cinco (escasos) artículos: del art. 720 al 724 CPC.

El art. 720 CPC –bajo la sumilla «Procedencia y Competencia»– estableció:

1. El ámbito aplicativo del proceso: “Las normas del presente Capítulo se aplican a la ejecución de garantías reales, siempre que su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe”.
2. Anexos especiales de la demanda de ejecución:
 - a. «el documento que contiene la garantía y el estado de cuenta del saldo deudor».
 - b. Tasación comercial actualizada («Si el bien fuese inmueble, debe presentarse documento que contenga tasación comercial actualizada realizada por dos ingenieros colegiados con sus firmas legalizadas. Si el bien fuese mueble, debe presentarse similar documento de tasación, la que, atendiendo a la naturaleza del bien, debe ser efectuada por dos peritos especializados, con sus firmas legalizadas»).
3. El juez competente («Es competente el Juez Civil»).

El art. 721 CPC, a su vez, estableció el contenido del mandato de ejecución: «Admitida la demanda, se notificará el mandato de ejecución al ejecutado, ordenando que pague la deuda dentro de tres días, bajo apercibimiento de procederse al remate del bien dado en garantía».

El art. 722 CPC estableció las posibles “reacciones” del ejecutado:

El ejecutado, en el mismo plazo que tiene para pagar, puede contradecir alegando solamente [sic] la nulidad formal del título, inexigibilidad de la obligación o que la misma ya ha sido pagada o ha quedado extinguida de otro modo, o que se encuentra prescri-



ta. La contradicción que se sustente en otras causales será rechazada liminarmente por el Juez, siendo esta decisión apelable sin efecto suspensivo.

Para la contradicción solo es admisible la prueba de documentos. Previo traslado por tres días y, con contestación o sin ella, se resolverá ordenando el remate o declarando fundada la contradicción. El auto que resuelve la contradicción es apelable con efecto suspensivo.

El art. 723 CPC estableció el qué hacer en el supuesto en el cual el ejecutado no planteara la denominada «contradicción» o, si planteada, fuera declarada infundada:

Transcurrido el plazo sin haberse pagado la obligación o declarada infundada la contradicción, el Juez, sin trámite previo, ordenará el remate de los bienes dados en garantía.

Finalmente el art. 724 CPC estableció el qué hacer si una vez rematado el bien quedaba un “saldo deudor”:

Si después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, éste será exigible mediante proceso ejecutivo.

Ergo, a estar a estas disposiciones lo “especial” frente al procedimiento “general” (el proceso ejecutivo) de este procedimiento estaba (y en buena parte, como se dirá está):

- a) En los documentos a acompañar a la demanda;
- b) En el plazo del deudor para pagar o contradecir (3 días);
- c) En los límites de la contradicción (motivos y pruebas).

En efecto, hay que tomar en cuenta que la ejecución de garantías fue concebida como una *variante* simplificada del proceso ejecutivo, que implicaba para el acreedor que tenía a su favor una garantía real toda una serie de “ventajas” procesales, en cuanto se le permitía “ahorrarse” una serie de actos de los que normalmente componen una ejecución “común”.

De allí que lo que el legislador haya querido es que desde la demanda de ejecución misma estuvieran presentes todos los elementos para poder realizar los actos de enajenación forzada (remate judicial o adjudicación) enderezados a satisfacer al acreedor ejecutante.

Así, el 720 CPC al prescribir que se debe acompañar “el documento que contiene la garantía”, lo hace por el obvio motivo de que la “ejecución de garantías” es una ejecución pensada solo cuando previamente se ha constituido una. Si tal garantía no existiera y el acreedor tuviera ya un título (alguno de los indicados en los arts. 693 o 713 CPC) tarde o temprano tendría que embargar bienes de su deudor para poder llevar adelante la ejecución. En el caso, la existencia de la garantía (real) hacía del todo inútil el embargo (pues el bien que responde por las deudas estaría pre-seleccionado al inicio de la ejecución), por lo que el juez, con toda tranquilidad podría, al intimar el pago *ex art.* 721 CPC, aperebir al ejecutado que de no pagar se remataría *ese* bien.

Igualmente, el art. 720 CPC al prescribir que se acompañara el “estado de cuenta de saldo deudor”, lo era a los efectos de tener la obligación “liquidada” desde la demanda y poder disponer *ex art.* 721 CPC el pago al ejecutante, para la (ilusoria) eventualidad de que el deudor pague y allí finalice todo.

Por último, cuando el art. 720 CPC prescribió que se debía acompañar la tasación del bien y, de estar inscrito, su correspondiente certificado de gravámenes, era a los efectos de tener *ya* todo listo para convocar a remate del bien, ahorrándole al acreedor ejecutante todo el “engorroso” procedimiento en contradictorio de tasación prescrito en los art. 728 y ss. CPC y poder incluso elaborar el aviso de remate (de allí la exigencia del certificado de gravámenes).

Ergo, hay que interpretar, que lo que quiso la ley al establecer las exigencias del art. 720 CPC fue que tras el fracaso del “mandato de ejecución”, todo estuviera listo para llevar adelante la ejecución sobre el bien o bienes objeto de la garantía, sin que se precisara de ningún acto previo.



Lo que quedó el todo oscuro es si “además” de los documentos indicados se debiera acompañar un “título ejecutivo”.

3.3. El problema del “título” en la ejecución de garantías

El CPC de 1993 nace con una disposición general –y como tal aplicable a cualquier ejecución–: no hay ejecución sin título. Es así que el art. 688 estableció: “Solo se puede promover ejecución en virtud de: 1. Título ejecutivo; y 2. Título de ejecución”.

Ergo, a partir de la vigencia del CPC de 1993 no debería haber surgido duda alguna: para poder ingresar a la ejecución (cualquiera) se requería un título. Pero, nótese, de acuerdo al dato normativo para que la ejecución fuera posible se requería que:

1. Quien demandara la ejecución estuviera en posesión de algunos de los títulos (o sea de un específico documento —o a veces acto-documento— llamado por la ley “título”) indicados respectivamente por los arts. 693 y 713 del CPC;
2. El título (o sea el documento o acto-documento, señalado por la ley) “contuviera” una obligación cierta, expresa y exigible (art. 689 CPC);
3. Quien demandara la ejecución fuera el acreedor ex título (art. 690 CPC).

La intención del legislador parecía pues clara: el título señalado como tal por la ley sería la *condición necesaria y suficiente* para iniciar la ejecución y proseguirla hasta el final, pues él determinaría tanto al ámbito subjetivo como objetivo de la ejecución: de él (y solo de él) se debería desprender el concreto derecho (y su concreto titular) a satisfacer a través de la actividad ejecutiva señalada por la ley.

Ergo, desde 1993 ya no podrían haber más ejecuciones basadas en meros dichos de los acreedores ejecutantes, sino certeras ejecuciones fundadas solo en el *título legal*, programa y metro de la tutela ejecutiva a acordarse. En tal

sentido podría decirse que “lo que no está en el título no está en este mundo”.

Sin embargo, el legislador al introducir un proceso especial de ejecución de garantías reales, no se sabe si por descuido, en el artículo 720 CPC, a diferencia del arts. 693 (para el ejecutivo) y el art. 713 (para la “ejecución de resoluciones judiciales”), no indicó cuál era el “título” en virtud del cual se podría promover la denominada ejecución de garantías, a estar a que solo nos señalaba, como ya se vio, una serie de documentos que se debían acompañar a la demanda, sin que se indicara que (algunos de) esos documentos fueran el título.

Es importante tener en cuenta que otros Códigos procesales de nuestra área que han consagrado ejecuciones especiales (hipotecarias o prendarias) exigen siempre, además del acto constitutivo de la garantía específica que se presente el título.

Así el CPC colombiano de 1970, en su art. 554 señala que:

La demanda para el pago de una obligación en dinero con el solo producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda, además de cumplir los requisitos de toda demanda ejecutiva, deberá especificar los bienes objeto del gravamen.

A la demanda se acompañará título que preste mérito ejecutivo [...].

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC 2000), en sus disposiciones particulares de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, señala en su art. 685.2 que a la demanda “se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución”.

Y es obvio porque en estas ejecuciones la peculiaridad estriba en que el bien sobre el cual se desplegará la actividad ejecutiva está predeterminado al proceso, pero ello no significa que no deba haber “título”, porque el título es el que establece la obligación por la cual se procede sobre esos bienes.



La precisión faltante en el art. 720 CPC, en rigor no era (ni es) tal, puesto que siendo la ejecución de garantías una ejecución, a estar al inequívoco art. 688 CPC, era (y es) más que obvio que para iniciarla (y proseguirla) se necesitara (y se necesita) no solo de un documento reconocido por ley como “título” (“ejecutivo” o “de ejecución”) sino que ese documento reuniera (y reúna) los extremos del art. 689 CPC. Caso contrario ninguna ejecución debería ser posible (ARIANO DEHO, 2008).

Sin embargo, tal no fue la lectura que se le dio al art. 720 CPC, llegándose a interpretar que el “título” en una ejecución de garantías era *siempre* el “documento” que contiene la garantía (a veces sumado con el “estado de cuenta de saldo deudor”), sosteniéndose incluso (contra el más elemental sentido común) que el documento que contiene la garantía no dejaría de ser el «título de ejecución» aun cuando de su tenor textual no se desprendiera la obligación (u obligaciones) a satisfacer con la ejecución misma (ARIANO DEHO, 2006b).

Esta posición que, al menos, por lo que me consta a nivel de la Corte Suprema parecía un dogma irrevisable, tuvo gigantescas consecuencias prácticas, en particular respecto de lo que podía ser el fundamento de la “contradicción” por parte del ejecutado, por cuanto, a estar a la dicción del art. 722 CPC, dado que todos los motivos allí indicados estaban referidos o al “título” (así a secas) o a la “obligación”, si no se tenía una idea clara de cuál fuera el “título de ejecución” o el que se considerara como tal no “expresara” la obligación, por obvios motivos no se tenía la certeza sobre cuál sería el “blanco” contra el cual dirigir el ataque de la contradicción.

Sin embargo, pese a que la *communis opinio* atribuía a los dos primeros documentos señalados en el art. 722 CPC el de ser “copulativamente” “el título” en la ejecución de garantías, algunos jueces (no todos) exigían, antes de emitir el denominado “mandato de ejecución” del art. 721 CPC, que el ejecutante “le acreditara” la obligación, estableciéndose en la ejecución de garantías un anómalo sub procedimiento entre juez y ejecutante enderezado a

que éste se “convenciera” de la existencia de la obligación (y de su cuantía). Pero, nótese, no es que se exigiera la presentación de un “título ejecutivo” (algunos de los indicados en el original art. 693 CPC), sino cualquier “documento que acredite la obligación” a valorarse por el juez con total discrecionalidad (ARIANO DEHO, 2006b).

Pero es aquí donde se advierte el por qué debía causar alarma el que el juez pudiera pedir al ejecutante “que le acreditara” la obligación: todo ello se hacía a espaldas del ejecutado, el que “a juez convencido” (y lo estaba porque emitía el “mandato”), se encontraba con las manos atadas porque esos *documentos adicionales* no siendo el “título”, sino las “pruebas” presentadas (y valoradas) porque el juez había considerado que el que debería ser “el título” era para él “insuficiente”, se encontraba en una situación en la que el juez había formado su “convicción” a sus espaldas y sin siquiera poder (luego) hablar.

3.4. *Las limitaciones del ejecutado en la “contradicción”*

Si se parte de la idea de que el art. 720 CPC lo único que estableció fueron requisitos especiales para “simplificar” la ejecución, el legislador, al establecer los motivos de contradicción fue muy poco consecuente con sus requerimientos “especiales”.

De hecho, solo si tenemos en cuenta que los motivos de contradicción parecían haber sido puestos por sorteo, pues absolutamente ninguno estaba referido ni al acto constitutivo de la garantía (o a su extensión), ni a la liquidación unilateral del crédito hecha por el acreedor, ni, por último, a la tasación (también) unilateral que presenta el acreedor ejecutante, pues todos, absolutamente todos, estaban referidos o al “título” (“nulidad formal del título”) o a la obligación misma (“inexigibilidad de la obligación o que la misma ha quedado extinguida de otro modo o ha prescrito”).

De allí que, en la praxis los ejecutados (y algunos jueces “benévolos”) hicieran malabares



para poder hacer encajar las diversas alegaciones de hecho en alguno de esos supuestos (en particular en el de “inexigibilidad” que se convirtió en una especie de motivo “*omnibus*” en donde entraba todo y lo contrario de todo...), forzando la más de las veces el angosto texto de la ley a fin de evitar ese obvio estado de indefensión en el que venía a encontrarse un ejecutado con la no rara posibilidad de que luego, en la Corte Suprema, aquél juez y aquél ejecutado oyera decir que procediéndose así, en una suerte de mundo al revés, se “habría” violado el “debido proceso”.

3.5. *Las parciales modificaciones del D. Leg. 1069*

Los “inconvenientes” reseñados fueron en parte “paliados” por el Decreto Legislativo N° 1069, que introdujo en nuestro ordenamiento el llamado “proceso único de ejecución”.

Respecto de la ejecución de garantías hizo un pequeño (e insuficiente) retoque el art. 720 CPC, estableciendo:

Procede la ejecución de garantías reales, siempre que su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe y la obligación garantizada se encuentre contenida en el mismo documento o en cualquier otro título ejecutivo [negritas agregadas].

Ergo, desde la vigencia de este Decreto Legislativo, o la obligación está contenida en el “documento” constitutivo de la garantía o se debe acompañar un “título ejecutivo” (alguno de los de la lista del art. 688 CPC).

El otro “ajuste” fue sobre los motivos de contradicción del ejecutado. Así dispuso en el remozado art. 722:

El ejecutado, en el mismo plazo que tiene para pagar, puede contradecir con arreglo a las disposiciones generales.

Por tanto, a partir de la vigencia del Decreto Legislativo 1069, no habría ya diferencias sustanciales entre la ejecución “común” (al menos en cuanto a la exigencia de la existencia de un

título ejecutivo y en cuanto a los motivos de contradicción) (ARIANO DEHO, 2008).

Quedó el plazo más “corto” para pagar o contradecir, así como la presentación de los documentos especiales del art. 720 CPC (lo cual es lógico).

3.6. *Las precisiones de la Sentencia Casación N° 2402-2012-Lambayeque (Sexto Pleno Casatorio)*

Así las cosas, estando ya vigente el Decreto Legislativo N° 1069, en un caso que se había llevado conforme a las normas anteriores y en el que se había aplicado el criterio de que para la procedencia de una ejecución de garantías basta (y sobra) que se anexe el documento que contiene la garantía real (aunque no contenga, también, la obligación garantizada) más “un” estado de cuenta de saldo deudor (hecho de cualquier forma), la Corte Suprema (en “pleno casatorio” ex art. 400 CPC), al resolver la Casación N° 2402-2012-Lambayeque (sentencia publicada el 24 de octubre de 2014), estableció como “precedente de observancia obligatoria”, cuáles deben ser los documentos que se deberán adjuntar a la demanda de ejecución de garantías y sus singularidades.

La sentencia parte de una diferencia entre acreedores que son “empresas del sistema financiero” o los que no.

Así:

1. Respecto de los acreedores “comunes” (esto es, que no son empresas del sistema financiero) establece:
 - a. para la procedencia de una demanda de ejecución de garantía real, además de los documentos previstos en el artículo 720 CPC, el ejecutante deberá acompañar a su demanda el documento constitutivo de la garantía real. Este documento deberá cumplir –establece la Corte Suprema– con las formalidades y requisitos de validez de la hipoteca (establecidos en los artículos 1098 y 1099 del Código Civil) o, en su caso, por la ley especial;



- b. tratándose de una hipoteca constituida expresamente para asegurar una obligación determinada, para la procedencia de su ejecución no será exigible ningún otro documento. Bastará únicamente que la obligación esté contenida en el documento constitutivo de la garantía;
- c. en el caso de una hipoteca constituida para asegurar una obligación “determinable, existente o futura”, En este caso, se precisa que deberá adjuntarse el documento reconocido por ley como título ejecutivo o, en su defecto, otro documento idóneo que acredite la existencia y la determinación de la obligación a cancelar;
- d. En el estado de cuenta del saldo deudor se deberán detallar cronológicamente, los pagos a cuenta, si hubiere, desde el nacimiento de la obligación hasta la fecha de la liquidación del saldo deudor, así como el monto de los intereses pactados sin contravenir la norma imperativa o intereses legales, si fuere el caso.

Respecto de los ejecutantes que son “empresas del sistema financiero”, establece:

1. Tratándose de operaciones en cuenta corriente, deberá adjuntarse una letra de cambio a la vista. Dicho título valor deberá estar debidamente protestado y emitido conforme a lo establecido en el último párrafo del artículo 228 de la Ley de Bancos, Ley N° 26702.
2. Tratándose de operaciones materializadas en títulos valores (en particular letras de cambio y pagarés), deberá acompañarse el respectivo título también deberá estar debidamente protestado. Pero se exceptúa de esta formalidad cuando el título contiene la cláusula “sin protesto” u otra equivalente en el acto de su emisión o aceptación.
3. tratándose de operaciones distintas a las indicadas anteriormente, deberá presentarse el documento que contenga *la liquidación de saldo deudor*, debidamente suscrito

por el apoderado del banco con facultades para liquidación de operaciones. Además, allí *deberá detallarse cronológicamente los cargos y abonos desde el nacimiento de la relación obligatoria hasta la fecha de la liquidación del saldo deudor, con expresa indicación del tipo de operación así como la tasa y tipos desintereses aplicables para obtener el saldo deudor.* Se agrega, sin embargo, que la parte ejecutante puede presentar *prueba idónea y especialmente documental*, para acreditar la obligación objeto de la demanda.

¿Qué decir de estos (llamados) precedentes?

Si bien en parte son saludables (en particular en cuanto a las formalidades del “estado de cuenta de saldo deudor”, aunque, hay que decirlo, toda exigencia formal debe estar establecida por ley), no resuelven el problema de la ausencia de título: en efecto, tanto tratándose de ejecutantes empresas del sistema financiero o no, cuando la obligación no esté contenida en el documento que constitutivo de la garantía, se sigue considerando que se pueda presentar “otros” documentos y no un título ejecutivo, como a claras luces lo señala el art. 720.1 en la redacción debida al Decreto Legislativo N° 1069 (HURTADO REYES, 2014b).

Evidentemente, la Corte Suprema, en esta sentencia, pese a sus precisiones, no pudo liberarse de su “dogma” de considerar que en la ejecución de garantías la inexistencia de un título ejecutivo puede ser suplida por otros documentos “idóneos” (¿cuáles?).

4. La Ley N° 28677 (de Garantía Mobiliaria) y la Ley 28698 (Ley que facilita la constitución y ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias para programas de viviendas) de 2006

Si con el CPC se terminaron reconduciendo todos los procedimientos especiales de ejecución de garantías reales, luego de su entrada en vigencia, en el año 2006, se produce un “cierto retorno a lo antiguo”, introduciendo en nues-



tro sistema dos procedimientos extrajudiciales de ejecución de garantías reales:

1. El previsto en el art. 5 de la Ley 28698, Ley que facilita la constitución y ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias para programas de vivienda, también en relación a las hipotecas constituidas para asegurar préstamos para la adquisición de vivienda nueva, construcción y mejoramiento de vivienda.
2. El previsto en el art. 47 y ss de Ley 28677, Ley de Garantías Mobiliarias.

Ambos procedimientos son una suerte de retorno a la situación anterior (reseñada) a 1981, esto es, a la existencia de procedimientos extrajudiciales y sin intervención judicial alguna.

Naturalmente hay una diferencia fundamental: los acreedores beneficiarios no son entidades bancarias estatales, ni necesariamente entidades bancarias o financieras sino *cualquier acreedor* que se encuentre en la situación prevista por la ley: tratándose de la garantía mobiliaria (la ex prenda) por cualquier crédito; tratándose de la hipoteca para créditos “especiales” esto es aquellos surgidos “al momento de otorgar un préstamo a un beneficiario” (así en el Glosario de la Ley N° 28677), “préstamos” otorgados para “programas de vivienda”, adquisición de vivienda nueva, construcción y mejoramiento de vivienda.

La razón invocada para su existencia es la consabida: el proceso de ejecución judicial es “lento y por ende costoso” (MEF, 2001), por lo que la “mágica” solución no era mejorar esa ejecución judicial, sino, con la finalidad de reducir “los tiempos y costos en la ejecución de garantías”, simplemente permitir “la venta extrajudicial de los bienes afectados en garantía”, sin tomar en cuenta que tal *autotutela ejecutiva* del acreedor podía (y puede) producir más problemas de aquellos que se quería resolver, pues sobre la existencia, entidad y exigibilidad no existe certeza alguna y el deudor se encuentra en un total estado de indefensión (ARIANO DEHO, 2006a; 2008)

Con todo, los procedimientos extrajudiciales son extremadamente draconianos, como se verá a continuación.

4.1. *El procedimiento de realización extrajudicial de la garantía mobiliaria*

El procedimiento para la realización de la garantía mobiliaria, como lo fue por siglos respecto de la prenda (en particular, la mercantil), está pensado para que ocurra *prioritariamente* de manera extrajudicial, solo que, si antaño ello se justificaba por el escaso valor del bien prendado, hoy ese argumento no vale, por cuanto el bien objeto de la garantía puede bien tener un valor superior al de un inmueble (se piense en las naves y aeronaves, que antes de esta ley eran consideradas inmuebles y estaban sujetos a hipoteca especial). Con todo, la idea del legislador es que la realización del bien sea *prioritariamente* extrajudicial.

La ejecución judicial (bajo las normas del CPC) solo procede en dos casos:

1. Cuando las partes lo hayan pactado expresamente (lo cual es bastante improbable que se produzca);
2. Cuando no se venda el bien en 60 días.

Fuera de estos casos el bien dado en garantía debe venderse privadamente. El encargado de la venta es un sujeto que la ley llama “representante” que debe ser designado al momento de constitución de la garantía. Este sujeto recibe del constituyente el poder para enajenar el bien (en interés del acreedor garantizado).

Para que proceda la venta, previamente se debe enviar una carta notarial al deudor (y, en su caso, al constituyente) con una anticipación de 3 días. Tras lo cual se procede a la venta directa del bien.

En alternativa, siempre que medie pacto expreso, se puede adjudicar valoradamente el bien al acreedor.



En el entretanto el deudor nada puede hacer (salvo, naturalmente, pagar) para evitar la venta (o la adjudicación), pues cualquier controversia sobre el crédito puede ser planteada judicialmente (se articula por el procedimiento sumarísimo del CPC), pero nunca suspende la venta.

4.2. El procedimiento de la Ley N° 28698

El procedimiento de realización de la hipoteca de la Ley N° 28698 es similar al de la Ley de Garantía Mobiliaria. Sin embargo, no hay posibilidad de pactar que la ejecución se lleve a cabo judicialmente.

Como se trata de un procedimiento especial para créditos hipotecarios para la adquisición o mejoramiento de vivienda, lo que presupone que se trate de mutuos a mediano o largo plazo, basta que el deudor deje de pagar 3 o más cuotas consecutivas o no para que se active el procedimiento. Cuando se verifica la situación de incumplimiento, el deudor tiene el plazo de 30 días para pedir una refinanciación. Si no lo hace se le requiere por vía notarial para que pague lo que adeuda en el plazo de 45 días naturales.

De no producirse el pago (o de no haberse acreditado, ante el acreedor, que éste ya se realizó), el acreedor hipotecario dará por vencidas todas las cuotas y dirigirá carta notarial al deudor, para efectos de proceder a la venta directa del bien hipotecado al mejor postor en el plazo de 180 días naturales. La venta (no está claro) la hace el propio acreedor hipotecario.

El deudor hipotecario está facultado para cancelar el íntegro de la deuda antes de que el acreedor venda el bien hipotecado, debiendo asumir los costos en que haya incurrido el acreedor.

Si pasan los indicados 180 días sin que se venda el bien el acreedor puede solicitar (no se sabe a quién) la adjudicación del bien, previa valorización. Si el valor del bien fuera mayor, el acreedor deberá pagar la diferencia al deudor en el plazo de 5 días hábiles, del importe

correspondiente al valor del bien, previo descuento del crédito pendiente, más los intereses legales correspondientes. Si el valor del bien fuera menor que el monto de la deuda, el “acreedor podrá exigir el saldo en la vía del proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero”.

Este procedimiento, como ya indicado, se nutre de la idea de que mientras más fácil y rápido sea el mecanismo de recuperación del crédito (con la realización de la garantía hipotecaria), se “abaratarán” los intereses, beneficiando el famoso “acceso al crédito” (bancario) de todos potenciales prestatarios (ARRIETA y LUY, 2002).

De allí que no son pocos los que promueven que ello valga para toda hipoteca (BUENO OLAZÁBAL, 2014), sin caer en la cuenta que el que la ejecución sea judicial, lejos de ser una rémora, es una “garantía” no solo para el deudor (que bien puede no serlo o serlo por menos), sino también para todo el sistema, siempre que, obviamente, se adopten las medidas necesarias para que la ejecución judicial sea eficiente.

5. RESULTADOS (SÍNTESIS)

De la exposición precedente se puede extraer los siguientes resultados:

1. Hasta el año 1993 han existido toda una variedad de procedimientos de ejecución (léase de realización) de garantías reales, algunos judiciales otros extrajudiciales, caracterizándose la mayoría de ellos por estar previstos para determinada categoría de acreedores (y, para la banca estatal, para específicos bancos) y para determinados créditos (los que hemos llamado “créditos especiales”).
2. Cuando en 1981 el legislador democrático *judicializó* los procedimientos especiales a favor de la banca estatal (Banco Hipotecario del Perú y banca estatal de fomento) tuvo el cuidado de establecer cuáles eran los documentos requeridos para iniciarlos. De los documentos requeridos estaba muy claro que ellos *representaban la obligación*



y su monto. Los documentos eran reconocidos expresamente por la ley como que “aparejaban ejecución” (o sea, eran títulos ejecutivos).

3. De la misma manera cuando en 1991 se establece un procedimiento especial para la ejecución de garantías a favor de las entidades bancarias y financieras, estaba claro que se requería de un documento que aparejara ejecución que (obviamente) representara la obligación.
4. Cuando con el CPC de 1993 se suprimieron todos los procedimientos especiales de ejecución (extrajudiciales supérstites y judiciales), introduciendo un proceso especial de ejecución de garantías, no se tuvo el cuidado de establecer cuál era el presupuesto (el título ejecutivo). El D. Leg. 1069 en algo mejoró la situación al exigir que el documento constitutivo de la garantía contuviera también la obligación o, en su defecto, debe presentarse un título ejecutivo. El Pleno Casatorio 2014 en algo ha mejorado en cuanto a las formalidades del estado de cuenta de saldo deudor, pero sigue considerando que se puede presentar “cualquier” documento, aunque no sea reconocido por la ley como título ejecutivo.
5. La característica de los procedimientos de ejecución de garantías reales extrajudiciales, desde los más antiguos, hasta los más recientes (del 2006) es que no cuentan con ningún efectivo mecanismo de control que evite su abuso.

Finalmente, hay que evidenciar que todos aquellos que critican la “lentitud” de las ejecuciones judiciales y proponen, en vía generalizada, la ejecución extrajudicial de las garantías reales, piensan fundamental y esencialmente, en un tipo de crédito: los préstamos bancarios y, en consecuencia, las repercusiones económicas que la “demora” producen al sistema bancario.

6. CONCLUSIONES

1. La ejecución extrajudicial de garantías reales no es un fenómeno nuevo, sino un expediente ensayado en nuestro sistema durante mucho tiempo.
2. La prenda común (Códigos Civiles 1836 y 1984) y la mercantil (Código de Comercio), hasta que sobrevino el CPC de 1993, podían ser realizadas extrajudicialmente si había pacto al respecto, mientras que la prenda constituida a favor de la banca comercial (Ley de Bancos 1931) no necesitaba de pacto.
3. La ejecución extrajudicial de la hipoteca estuvo reservada para aquellas que respaldaban los préstamos a largo plazo, primero para los bancos hipotecarios y luego exclusivamente para el Banco Hipotecario del Perú hasta el año 1981.
4. En el año 1981, se produce un giro de tuerca en relación a toda la banca estatal de fomento y del Banco Hipotecario del Perú, pues los procedimientos de ejecución extrajudicial bienes transformados en judiciales especiales, previstos en cada una de las leyes de cada uno de los bancos. En esas leyes se precisaba la forma que tenían que asumir los contratos de préstamo así como los requisitos para acceder a la ejecución judicial. Los documentos requeridos para iniciar la ejecución de las garantías eran, por ley, considerados documentos públicos (equiparados a los notariales) y que aparejaban ejecución.
5. En 1991 por D. Leg. 637 se establece otro procedimiento especial de ejecución de las garantías, aplicable a todas las entidades bancarias y financieras (ya considerada banca múltiple). En la ley se precisan los documentos requeridos para iniciar la ejecución, en particular los atinentes a la obligación a satisfacerse a través del procedimiento de ejecución.



6. El CPC de 1993 suprime todos los procedimientos especiales de ejecución de garantías reales, consagrando un proceso *general*, esto es, previsto para todos acreedores así garantizados y, *especial*, en cuanto difería del procedimiento general (el proceso ejecutivo). Sin embargo, entre los requisitos para iniciar la ejecución de garantías omite toda referencia a la necesidad de un título ejecutivo (que sí estaba previsto en todas las leyes especiales) y de los requisitos del “estado de cuenta de saldo deudor” (que sí se preveía en las leyes especiales).
7. Las imprecisiones del CPC de 1993 son la causa y origen de la ineficiencia de la ejecución de garantías porque si no se tiene la certeza de cuál es la obligación a satisfacer y su monto, es inevitable que el deudor-ejecutado promueva controversias que prolongan la duración del proceso y la satisfacción del ejecutante.
8. Frente a la ineficiencia de la ejecución judicial del CPC de 1993, se ha regresado parcialmente a la introducción de ejecuciones extrajudiciales (para la garantía mobiliaria y la hipoteca para adquisición y mejoramiento de vivienda) y la tendencia es pretender extenderla a la hipoteca común.
9. Todos los que postulan la generalización de la ejecución extrajudicial de las garantías reales, lo hacen pensando en los impactos económicos del incumplimiento crediticio, pero no respecto de cualquier crédito, sino únicamente el del sector bancario y financiero.

7. RECOMENDACIONES

1. No es recomendable expandir la ejecución extrajudicial de garantías reales, por cuanto ello coloca al deudor en un estado de total indefensión.
2. Debería solo mantenerse la ejecución extrajudicial de la garantía mobiliaria, siempre que medie pacto expreso y limitarse su legitimidad hasta un cierto monto máximo.

3. Debería reformarse y potenciarse la ejecución judicial de las garantías reales, estableciendo claramente que se requiere de un título ejecutivo y que éste no debe consistir en un documento auto-elaborado por el acreedor garantizado.
4. Si tanto preocupan los incumplimientos crediticios frente a las instituciones bancarias y financieras debería generalizarse el procedimiento de formación del título ejecutivo en materia de cuentas corrientes (art. 228 Ley de bancos), esto es, la emisión de una letra de cambio por cierre de cuenta, que es un procedimiento que en cierta medida asegura mecanismos defensivos al deudor. Con ello, las instituciones bancarias y financieras contarían con un título ejecutivo sólido que les asegura una ejecución con menores posibilidades de controversias sobre la existencia, exigibilidad y cuantía de la obligación.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIANO DEHO, Eugenia (1998). *El proceso de ejecución*. Lima: Rhodas.
- ARIANO DEHO, Eugenia (2005). «Ejecución de garantías y algunos de sus muchos problemas». *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*, Año 3, N° 8, Abril-Julio.
- ARIANO DEHO, Eugenia (2006a). «La realización extrajudicial de la «garantía mobiliaria» (Consideraciones a primera lectura de la Ley 28677)». *Athina*. N° 1.
- ARIANO DEHO, Eugenia (2006b). «Los surrealismos de la ejecución de garantías (los de hoy y los que se vienen)». *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 94, julio.
- ARIANO DEHO, Eugenia (2008) «Las reformas del Decreto Legislativo N° 1069. Un pseudo “proceso único de ejecución”». *Actualidad Jurídica*, N° 176, Julio.
- ARRIETA, Alejandro y LUY, Manuel (2002). «Tiempo de ejecución de garantías y su impacto en el mercado crediticio. Documento de trabajo». Lima: Superintendencia de Banca y Seguros.



- BUENO OLAZÁBAL, Miguel Eduardo (2014). «Análisis crítico de la ejecución de garantías reales en el Perú». En *Proceso y Constitución. Efectividad y Ejecución de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra Editores, pp. 731-751.
- CHÁVEZ, Gonzalo y LLADÓ, Jorge (2011). «Dificultades para la recuperación de garantías hipotecarias en el Perú». *Revista Moneda*. Nº 147, pp. 4-8.
- COMITÉ DE REFORMA PROCESAL (1912). *Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles*. Lima: Casa Editora de Sanmartí.
- COSTANTINO, Giorgio (1988). «Creditispeciali. II) Profili processuali». En *Enciclopedia giuridica*. X. Roma: Istituto della enciclopedia italiana.
- COSTI, Renzo (1988). «Creditispeciali. I) Disciplina sostanziale». En *Enciclopedia giuridica*. X. Roma: Istituto della enciclopedia italiana.
- EYZAGUIRRE, Hugo et al. (2000). *La estructura de incentivos y las ineficiencias en tres procesos civiles: juicios por títulos ejecutivos vencidos, juicios por alimentos y ejecución forzada de bienes*. Informe final. Lima: Instituto Apoyo.
- FALASCHI, Vittorio (1958). «Credito fondiario». En *Novissimo digesto italiano*. IV. Turín: UTET, pp. 1124-1144
- GIORGIANNI, Michele. «Credito e creditore». En *Novissimo Digesto italiano*, Vol. IV, Turín: UTET, 1959, p. 1111
- HURTADO REYES, Martín (2014a). «En la búsqueda de la tutela perdida en los procesos de ejecución de hipoteca, apuntes iniciales». En *Proceso y Constitución. Efectividad y Ejecución de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra Editores, pp. 701-730.
- HURTADO REYES, Martín (2014b). «La ejecución de hipoteca: aciertos y desaciertos del Sexto Pleno Casatorio Civil». *Gaceta civil & procesal civil*. Tomo 17.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (2001). «Facilitando el acceso al crédito mediante un sistema eficaz de garantías reales. Documento de Trabajo». Lima: *Diario Oficial El Peruano*. Separata Especial.
- SALETTI, Achille (2000). «L' espropriazione per credito fondiario Allá luce delle norme difichennormative e dei primiorientamenti interpretativi». *Rivista dell'esecuzion eforzata*. Nº 0, pp. 14-28.
- VIDAURRE DELGADO, Pedro (1992). *Historia de los bancos y la expansión monetaria en el Perú*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- VILLANUEVA GONZALES, Agustín (2006). «Sistema Bancario en el Perú: una aproximación a la Banca Múltiple». *Contabilidad y negocios*. Revista del Departamento Académico de Ciencias Administrativas. Año 1, Nº 1, pp. 20-26.