

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO

**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**



PROGRAMA DE MAESTRÍA

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

TESIS:

**HIPOTECA SÁBANA FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE LIBERTAD DE
ENAJENACIÓN Y LIBERTAD DE CONTRATACIÓN**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: LUVY HUAMÁN RAMOS

Asesora:

Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO

Cajamarca - Perú

2019

**COPYRIGHT © 2019 by
LUVY HUAMÁN RAMOS
Todos los derechos reservados**

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO

UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



PROGRAMA DE MAESTRÍA

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

TESIS APROBADA:

HIPOTECA SÁBANA FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE LIBERTAD DE ENAJENACIÓN Y LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

Para optar el Grado Académico de
MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: LUVY HUAMÁN RAMOS

JURADO EVALUADOR

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Asesor

Dr. Glenn Serrano Medina
Jurado Evaluador

M.Cs. Sandra Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

Cajamarca - Perú

2019



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD

Escuela de Posgrado
CAJAMARCA – PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN PÚBLICA DE TESIS

Siendo las ~~18:00~~ ^{18:00} horas, del día 26 de marzo de dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, los integrantes del Jurado Evaluador presidido por el **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA, Dr. JOEL ROMERO MENDOZA, M.Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, en calidad de Asesora **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**; actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la **SUSTENTACIÓN PÚBLICA** de la tesis titulada **“HIPOTECA SÁBANA FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE LIBERTAD DE ENAJENACIÓN Y LIBERTAD DE CONTRATACIÓN”**, presentada por la **Bach. en Derecho LUVY HUAMÁN RAMOS**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó..... ^{Aprobar}..... la mencionada Tesis con la calificación de ^{Diechocho (18)}.....; en tal virtud la **Bach. en Derecho LUVY HUAMÁN RAMOS**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, en la Unidad de Posgrado de la Facultad de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Siendo las ^{19:00} horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Asesor

.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A Dios sobre todas las cosas,

porque él es bueno y su amor perdura para siempre.

A mis padres, Marco y Vilo,

por su amor y ejemplo a seguir.

AGRADECIMIENTO

A mis padres, por su paciencia y constante motivación, y a todas aquellas personas que desde un inicio me brindaron su apoyo para la consolidación de la presente investigación. A todos ellos mi profundo agradecimiento.

Otros decían que, para obtener un préstamo y así poder comprar trigo, habían tenido que hipotecar sus campos, casas y viñedos.

Nehemías 5:3 TLA

Con ansiedad será afligido el que sale fiador de un extraño; mas el que aborreciere las fianzas vivirá seguro.

Proverbios 11:15 RVR 1960

El rico se enseñorea de los pobres, y el que toma prestado es siervo del que presta.

Proverbios 22:7 RVR 1960

ÍNDICE

	Pág.
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
EPÍGRAFE	vii
ÍNDICE	viii
RESUMEN	xii
ABSTRACT	xiii
INTRODUCCIÓN	xiv

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Problemática a investigar	01
1.2. Formulación del problema	03
1.3. Objetivos del problema	04
1.3.1. Objetivo general	04
1.3.2. Objetivos específicos	04
1.4. Justificación del problema	05
1.5. Hipótesis	06
1.6. Metodología	07
1.6.1. Tipo de investigación	07
1.6.2. Métodos de la investigación	09
1.6.3. Ámbito de la investigación	12
1.6.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	13
1.6.5. Procesamiento de datos	13
1.7. Limitaciones	14

1.8. Estado de la cuestión	14
----------------------------	----

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. La Autonomía Privada	16
2.1.1. Concepto	16
2.1.2. La autonomía privada en la Constitución Política del Perú	19
2.1.3. La autonomía contractual	20
2.1.4. La libertad de enajenación	30
2.2. El Principio de la Buena Fe	38
2.2.1. Concepto	38
2.2.2. Clases de la buena fe	40
2.2.3. La buena fe en la etapa precontractual	41
2.2.4. El principio de la buena fe en el Código Civil	43
2.2.5. El deber de información derivada del principio de la buena fe	44
2.3. Ley de Garantías Mobiliarias	52
2.3.1. Antecedentes	52
2.3.2. Características e innovaciones de la Ley de garantías mobiliarias	54
2.3.3. Críticas al nuevo sistema	55
2.3.4. Definición e importancia de las garantías mobiliarias	57
2.3.5. Derogaciones por la Ley de garantías mobiliarias	58
2.4. La Hipoteca	60
2.4.1. Concepto	60
2.4.2. Caracteres	61

2.4.3. Extinción de la hipoteca Civil	72
2.5. El Sistema Financiero y Bancario en el Perú	78
2.5.1. Introducción	78
2.5.2. Fuentes de financiamiento empresarial	80
2.5.3. Las garantías financieras	83
2.6. La Hipoteca Sábana	86
2.6.1. Génesis legislativa	86
2.6.2. Tipología hipotecaria y la hipoteca sábana	89
2.6.3. La hipoteca sábana en el Derecho Comparado	101
2.6.4. Beneficios y desventajas	114
2.6.5. Extinción de la hipoteca sábana	118
2.6.6. La hipoteca sábana frente a los Contratos por Adhesión	122
2.7. Sexto Pleno Casatorio	124
2.7.1. El VI Pleno Casatorio Civil – Antecedentes	124
2.7.2. Los plenos casatorios en el Perú	126
2.7.3. Regulación del precedente vinculante en el Perú	132

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

3.1. Discusión	137
3.1.1. Referente a la pertinencia de modificar los artículos 175 y 179 de la Ley de Bancos	137
3.1.2. Referente a que si se puede constituir de la hipoteca sábana	140
3.1.3. Referente a la reviviscencia de una norma derogada	143

3.2. Contrastación de la hipótesis	145
3.2.1. La observancia expresa del principio de la buena fe	145
3.2.2. La flexibilización de la indeterminabilidad de la obligación garantizada en relación a las partes del contrato y respecto de las obligaciones que se garantizan	150
3.2.3. La determinación del plazo de eficacia de la garantía	154

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA: MODIFICACIÓN DE LA LEY DE BANCOS

4.1. Propuesta de modificación del artículo 172 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 (Ley de Bancos)	160
4.1.1. Proyecto de Ley	160
4.1.2. Exposición de motivos	162
 CONCLUSIONES	 174
RECOMENDACIONES	176
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	177

RESUMEN

A raíz de la reviviscencia de la Hipoteca Sábana, en su texto primigenio contenido en el artículo 172 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702, por el VI Pleno Casatorio Civil, la presente investigación tiene como objetivo principal determinar las limitaciones a las que debe sujetarse dicha garantía del sistema financiero para no transgredir los principios de libertad de enajenación y de contratación del deudor o garante.

Con la finalidad de alcanzar el objetivo descrito, se utilizó el método analítico – deductivo, la hermenéutica y la dogmática jurídica, así como el diseño explicativo – causal; se analizó y desarrolló en base a la doctrina, a la legislación nacional y al tratamiento jurisprudencial los temas referidos a la libertad de enajenación y libertad de contratación como manifestaciones de la autonomía privada, entre otros, para luego desarrollar la hipoteca sábana en la legislación comparada y nacional; y, a partir de ello determinar que ésta garantía del sistema financiero debe sujetarse a la observancia expresa del principio de la buena fe, la flexible indeterminabilidad de la obligación garantizada en relación a las partes del contrato y respecto de las obligaciones que se garantizan y la determinación del plazo de eficacia de la garantía.

Palabras clave: libertad de enajenación y libertad de contratación, principio de la buena fe, hipoteca sábana, reviviscencia de la norma.

ABSTRACT

Following the revival of the Mortgage Sheet, in its original text contained in article 172 of the General Law of the Financial System and the Insurance and Organic System of the Superintendency of Banking and Insurance, Law N° 26702, by the VI the Full Cuort Sitting in a Civil Cassation Matter, the present investigation has as a main objective to determine the limitations to which it should be subject this guarantee of the financial system, so as not to contravene the principles of freedom of alienation and freedom of contracting, of the debtor or guarantor.

In order to achieve the described objective, the analytical method was used - deductive, hermeneutic and legal dogmatics, as well as design explanatory - causal; was analyzed and developed based on the doctrine, the national legislation and jurisprudential treatment, the subjects referred to the freedom of alienation and freedom of contracting as manifestations of the private autonomy, among others, to later develop the mortgage sheet in the comparative and national legislation; and, from that, determine that this guarantee of the financial system must be subject to the express observance of principle of good faith, the flexible indeterminability of the obligation guaranteed in relation to the parties to the contract and with respect to the obligations which are guaranteed and the determination of the term of effectiveness of the guarantee.

Keywords: *freedom of alienation and freedom of contracting, principle of good faith, mortgage sheet, reviviscence of the norm.*

INTRODUCCIÓN

La importancia de la seguridad jurídica en las relaciones contractuales es indispensable en una economía de libre mercado en donde la autonomía privada, aquella libertad de los particulares, reconocida por los ordenamientos jurídicos, de regular sus propias relaciones jurídicas y plasmarlas en las cláusulas contractuales; permita a las partes sentirse seguras de los efectos deseados; más aún, si va a recurrir al sistema financiero a solicitar un crédito para la satisfacción de ciertas necesidades.

El crédito es un factor de importancia para la correcta marcha y progreso de la economía de un país, cuya protección es un valor fundamental en modelos constitucionales como el peruano. Es una verdad que, en el Perú la hipoteca sávana siempre se reguló como un instrumento del sistema financiero para el aseguramiento de los créditos, la idea ha sido que los bancos gocen de mecanismos expeditivos para asegurar la recuperación del crédito. La Constitución Política señala que, en el Perú rige una economía social de mercado que se sustenta en la generación de riqueza por parte de la iniciativa privada, para lograr esta meta se establecen dos componentes básicos de libertades económicas, como manifestaciones de la autonomía privada, que son: el derecho de propiedad, como punto de partida de la libertad de enajenación, y la libertad de contratación, ésta en su doble contenido: por un lado, la libertad de contratar o de conclusión, que supone la potestad de decidir si contrata o no, cuándo y con quién se contrata, sabiendo que con ello se van a crear derechos y obligaciones y, por otro lado, la libertad contractual o de configuración interna, que implica la posibilidad de determinar el contenido del

contrato, a través de los derechos y obligaciones pactada; son dos pilares sobre los que se centra el ordenamiento económico que nos rige.

En materia económica el sistema legal debe buscar la efectiva vigencia de las libertades económicas. Naturalmente ninguna de estas libertades es absoluta, el derecho de propiedad y los contratos están sometidos a límites. Los límites están previstos en la Ley y por supuesto no son arbitrarios, deben observar los principios constitucionales en materia económica; tales principios señalan que los derechos patrimoniales sólo pueden ser afectados por valores superiores, no para planificar resultados económicos. En las relaciones privadas, donde no se presenta un interés superior de la colectividad, las libertades de enajenación y contractual deben seguir los cauces propios de cada negocio según las previsiones de las partes.

Un sistema de garantías eficaz, además de contribuir a disminuir el riesgo del acreedor, también se constituye en un medio para facilitar el financiamiento empresarial. Ahora, ¿qué ocurre con las garantías?, son herramientas para asegurar el cumplimiento de obligaciones. El cumplimiento es parte de la libertad de contratación. De nada serviría que el sistema legal proteja la libertad de contratación para estipular prestaciones que luego podrían no cumplirse en la realidad. Por tanto la realización contractual o negocial es un elemento sustancial en el marco de nuestro sistema económico. Las garantías deben apuntar a la consecución de los objetivos constitucionales en materia económica.

No debemos dejar de lado que, las obligaciones dentro de la legislación civil presentan una serie de problemática dado el caso que, muchos de sus

argumentos doctrinarios se encuentran en el marco fáctico, es así que, en las obligaciones de dar y en especial aquellas referidas a dar bienes ciertos como en el caso de los bienes inmuebles otorgados en garantía, demuestran la apertura de un enfoque mucho más restringido frente al obstáculo que puede encontrarse cuando hay que determinar si la garantía real conferida resulta ser la suficiente para cubrir la obligación principal que se pretende asegurar en el tiempo (Savatier, 1950, p. 175) y más aún cuando se pretende garantizar no solo las obligaciones existentes sino las que posteriormente recurran al deudor.

Bajo lo señalado afirmamos que, mejorar las condiciones legislativas de la hipoteca sábana para su retorno, esto es: hacerla comprensiva de un cúmulo indeterminado de obligaciones; que no sea impuesta al deudor o propietario de los bienes, para respaldar no solo las deudas existentes sino también las que posteriormente recurran al deudor; que se constituya cuando verdaderamente sea necesaria, conveniente y útil al deudor y garante, por las reglas de la buena fe expresado en el “Deber de Información”, entendido como el “Asesoramiento Previo” debidamente acreditado, importando haber comprendido entre otros, los alcances del efecto sábana; que por efecto de estas afectaciones globales los bienes no dejen de ser atractivos para otras operaciones de intercambio o de garantía; enfatizando que, las diferentes acciones detalladas se orientan a no transgredir la esfera de las libertades de enajenación y de contratación del deudor o garante, de esta manera se están dando medidas a favor del cumplimiento, orientadas al logro de una seguridad jurídica contractual real.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Problemática a investigar

El sistema financiero peruano está integrado por las diversas instituciones bancarias, financieras y demás empresas e instituciones de derecho público o privado, debidamente autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), que operan recibiendo depósitos del público y concediendo créditos con cargo a dichos depósitos. Es así que, preocupa legítimamente al Estado Peruano en su propósito de alcanzar el bienestar económico del país, el sistema financiero. Esta preocupación tiene consagración constitucional; tanto la Constitución de 1933 (artículo 13), la de 1979 (artículo 154), como la de 1993 (artículo 87) consagran normas expresas sobre la importancia del sistema financiero. Esta última señala que: El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La Ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y alcances de dicha garantía. (Mejorada, 2005, p. 109).

Del recorrido normativo constitucional, descrito anteriormente, se aprecia que, la legislación nacional siempre dotó de herramientas financieras, como la “Hipoteca Sábana” o “Garantía Sábana”, a las entidades del sistema financiero, atendiendo a la importancia de la recuperación crediticia en el financiamiento institucional, por tanto, la idea ha sido que los bancos gocen de mecanismos expeditivos para asegurar la recuperación de sus créditos.

El régimen legal y por consiguiente la normativa de las garantías otorgadas a favor de las entidades del Sistema Financiero (hipoteca sábana), ha variado a lo largo del tiempo. Originalmente, el artículo 172 de la Ley

General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 (en adelante Ley de Bancos), publicada el 9 de diciembre de 1996, dispuso lo siguiente:

Con excepción de las hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios, los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a 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.

La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La extinción dispuesta por el artículo 3 de la Ley N° 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa.

El primer cambio fue introducido por la Ley N° 27682, del 9 de marzo de 2002, modificándose el artículo 172 de la Ley N° 26702, Ley de Bancos, restringiéndose severamente la garantía sábana, casi al punto de desaparecerla, se decía que tal como estaba la norma se prestaba al abuso de los acreedores, ya que las garantías hipotecarias de los propietarios terminaban siendo ejecutadas por deudas que ni conocían al tiempo de otorgar los aseguramientos. Se dispuso que todas las obligaciones cubiertas deberían señalarse expresamente en el contrato y que además los terceros no podían garantizar deudas ajenas.

Así, ante tal medida, se introdujo el segundo cambio, sólo siete meses después de la primera modificación, el 22 de octubre de 2002 se publicó la Ley N° 27851, incorporándose nuevamente la Hipoteca Sábana al artículo 172 de la Ley de Bancos, pero con precisiones y limitaciones.

Mediante la Sexta Disposición Final de la Ley de Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677, publicada el 01 de marzo de 2006 y vigente desde junio de 2006, se derogó la Ley N° 27682 y la Ley N° 27851, que conforme se señaló anteriormente, habían modificado el artículo 172 de la Ley de Bancos.

En efecto, no obstante a que había desaparecido la hipoteca sávana, por la derogación de las Leyes N° 27682 y 27851, por la Ley de Garantías Mobiliarias (Ley N° 28677) aunado a lo establecido por el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, el cual señala que “la derogación de una norma no hace recobrar vigencia a la que ésta hubiese derogado”, la Corte Suprema, a través del VI Pleno Casatorio Civil, de fecha 03 de enero de 2013, sin mayor fundamento concluye que ha quedado subsistente a la actualidad el texto primigenio del artículo 172 de la Ley de Bancos. Generando para algunos operadores jurídicos la duda sobre el régimen normativo aplicable actualmente a las garantías reales constituidas a favor de empresas del sistema financiero, dado a que éstas aún la siguen constituyendo, incluso la fundamentan en las normas del Código Civil.

1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son las limitaciones jurídicas a las que debe estar sujeta la Hipoteca Sávana para no transgredir los principios de libertad de enajenación y libertad de contratación del deudor o garante?.

1.3. Objetivos del problema

1.3.1. Objetivo general

Determinar las limitaciones jurídicas a las que debe estar sujeta la Hipoteca Sábana para no transgredir los principios de libertad de enajenación y libertad de contratación del deudor o garante.

1.3.2. Objetivos específicos

- a) Mostrar la importancia de observar el principio de la buena fe como regla integral en la negociación y en su contenido contractual, en la constitución de la hipoteca sábana.
- b) Evaluar los criterios de determinabilidad mínimos de las obligaciones coberturadas que deban establecerse en el título de constitución, como límite de la hipoteca sábana.
- c) Analizar si se puede constituir la hipoteca sábana en razón del Código Civil.
- d) Analizar la pertinencia de la modificación de los artículos 175 y 179 de la Ley N° 26702.
- e) Determinar los efectos jurídicos de la aplicación de la Hipoteca Sábana contenida en el VI Pleno Casatorio Civil.
- f) Proponer la implementación de límites expresos en los documentos bancarios; a fin de que la Hipoteca Sábana, no transgreda los principios de libertad de enajenación y de contratación del deudor y garante.

1.4. Justificación del problema

El interés en desarrollar este tema se justifica por razones de análisis jurídico y relevancia práctica.

Referente a la primera razón, señalamos que, hoy por hoy la hipoteca sábana no tiene regulación expresa, su retorno en su versión original es por un Pleno Casatorio Civil, por lo que en la actualidad las entidades bancarias y financieras siguen utilizando este tipo de garantía, incluso la fundamentan en las normas del Código Civil.

Concerniente a la segunda razón, señalamos que por lo general, el deudor que requiere el crédito no tiene ninguna capacidad de negociación con la institución bancaria que le permita hacer prevalecer una estipulación contraria a la hipoteca sábana y, finalmente si el deudor no se somete a las condiciones de la empresa del sistema financiero, no hay crédito. Así, la hipoteca sábana es impuesta al deudor o propietario de los bienes, para respaldar no solo las deudas existentes sino también las que posteriormente recurran al deudor, no cuando es otorgada por éstos voluntariamente para mutuo beneficio con el banco; es ahí, donde se genera el inconveniente, pese a que la hipoteca sábana en su texto original admite el pacto en contrario.

No podemos respaldar la regulación de la hipoteca sábana tal cual, en su versión original, contenida en el artículo 172 de la Ley de Bancos, conforme se sustenta en la presente tesis; dado que, cómo permitir el retorno de la hipoteca sábana, en su texto original, si incluso en la Exposición de Motivos de la Ley N° 27682 (primera modificatoria) se explicaba que con dicha

modificación, se buscaba eliminar prácticas abusivas y contrarias al ordenamiento constitucional y legal que diversas entidades del sistema bancario y financiero venían realizando en perjuicio de sus usuarios.

En tal sentido, en esta investigación se ha analizado y desarrollado la mejora de las condiciones de la hipoteca sávana, para su retorno, otorgando medidas a favor de su cumplimiento, orientadas al logro de una seguridad jurídica contractual real, ¿de qué manera, se logró?, determinándose límites jurídicos, a los que debe sujetarse a fin que su constitución no transgreda los principios de libertad de enajenación y de contratación del deudor o garante, para su retorno.

Así, el deudor o el propietario del bien tengan verdaderamente, con el respaldo legal: la libertad de otorgar tal garantía sólo cuando hacerlo resulta conveniente, útil o necesaria para ambas partes o cuando la naturaleza de la operación así lo exige; que la obligación garantizada esté determinada en relación a las partes del contrato y respecto de las obligaciones que se garantizan; la prerrogativa de levantar la garantía, o de que ésta se extinga automáticamente ante la inexistencia de deudas pendientes, pasado un tiempo sin su utilización y sin el deseo de renovar, esto es, determinándose el plazo de eficacia de la garantía.

1.5. Hipótesis

Las limitaciones jurídicas a las que debe estar sujeta la hipoteca sávana para no transgredir los principios de libertad de enajenación y libertad de contratación del deudor o garante son:

a) La observancia expresa del principio de la buena fe.

b) La flexibilización de la indeterminabilidad de la obligación garantizada en relación a las partes del contrato y respecto de las obligaciones que se garantizan.

c) La determinación del plazo de eficacia de la garantía.

1.6. Metodología

1.6.1 Tipo de investigación

A. De acuerdo al fin que se persigue

a. Básica

Por este tipo de investigación se partió de un marco teórico contenido en una normativa especial ya definida en nuestra realidad jurídica, que regula la hipoteca sávana, la cual se ha mejorado, llegando a modificarla en tanto se ha llegado a determinar los límites jurídicos a los cuales debe estar sujeta para su retorno y al ser constituida no transgreda la libertad de enajenación y la libertad de contratación, para no generar un abuso del derecho, el mismo que no se puede permitir.

B. De acuerdo al diseño de la investigación

a. Explicativa - Causal

Este tipo de investigación se orienta a explicar y responder por qué y para qué es necesario determinar y argumentar los límites jurídicos a los que debe sujetarse la hipoteca sávana y las condiciones en que se debe manifestar, esto es, a fin de no transgredir la libertad de enajenación y la libertad de contratación del deudor o garante, para su retorno.

b. Propositiva

Por este tipo de investigación se ha realizado una evaluación situacional, como es hoy en día, el retorno de la hipoteca sábana a través de un pleno casatorio civil generando la duda para algunos operadores jurídicos sobre el régimen normativo aplicable, permitiéndonos: la priorización del problema, la identificación de actores, detectar las contingencias y condiciones a tener en cuenta y realizar un análisis situacional y conyuntural, a fin de proponer la modificación del artículo 172 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702, con la que se lograría el retorno de esta garantía financiera sin transgredir la libertad de enajenación y contratación del deudor y garante.

C. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

a. Cualitativa

Este método es sumamente útil para entender e interpretar los problemas sociales, debido a que permite estudiar la relación o el vínculo entre las personas, entes sociales y la cultura. La utilización de este método nos permitió analizar, interpretar y argumentar la doctrina (bibliografía), legislación (nacional y comparada) y jurisprudencia; referente a la hipoteca sábana, y de esta manera escudriñar el espíritu de cada teoría, norma y decisión, para entender el por qué o el enfoque asumido por el autor, legislador o juez, según corresponda, para llegar a la

construcción del tema planteado en esta tesis, como es que, para el retorno de la hipoteca sábana, ésta debe cumplir límites jurídicos orientados a la no transgresión de la libertad de enajenación y contratación del deudor o garante, proponiendo la modificación del artículo 172 de la Ley de Bancos.

1.6.2. Métodos de la investigación

A. Genéricos

Los métodos genéricos utilizados en la presente investigación son:

a. Analítico – Sintético

Estos métodos emplean el análisis y la síntesis, para separar el objeto de estudio y así conocer su composición y, una vez comprendida su esencia, construir un todo; iniciándose por la identificación de cada una de las partes que caracterizan una realidad, de esa manera se establece la relación causa-efecto entre los elementos que compone el objeto de investigación. Bajo lo señalado, estos métodos nos permitieron analizar la hipoteca sábana desde su génesis legislativa, el tipo de hipoteca que es, su conceptualización y configuración; al igual que los principios de libertad de enajenación y libertad de contratación; integrando los aspectos esenciales de estas instituciones jurídicas presentes en la teoría y en la realidad, respecto de los contratos sujetos a garantía hipotecaria con las entidades del sistema bancario y financiero, para añadir un nuevo análisis y desarrollar el tema; es decir, se ha

determinado que para el retorno de la hipoteca sábana, ésta debe cumplir límites jurídicos a fin de no transgredir la libertad de enajenación y libertad de contratación del deudor o garante.

b. Deductivo

Este método se utilizó para mejorar y precisar las teorías previas en función de nuevos conocimientos, donde la complejidad del modelo no permite formulaciones lógicas; en tal sentido, tiene un carácter predominantemente intuitivo y necesita, no sólo para ser rechazado sino también para imponer su validez, la contrastación de sus conclusiones. En este contexto, se analizó la hipoteca sábana y los principios de libertad de enajenación y libertad de contratación del deudor o garante a partir de las teorías preexistentes; es decir, se observó y analizó la aplicación de dichas instituciones en la realidad jurídica utilizando toda la normativa y teorías existentes para determinar y contrastar la hipótesis planteada; esto es, los límites jurídicos a los que debe someterse la hipoteca sábana.

B. Propios del Derecho

a. La Hermenéutica Jurídica

Este método consiste en establecer los principios, métodos y reglas necesarias para revelar el sentido de lo que está escrito. Su objeto es dilucidar todo lo que haya de oscuro o mal definido, de manera que, mediante un proceso profundo, se

pueda dar cuenta de la idea exacta, permitiéndonos entender el objeto que se estudia a partir de una triple perspectiva:

i) la del fenómeno en sí mismo (la hipoteca sábana); ii) la de su relación sistémico-estructural con una totalidad mayor (la hipoteca sábana como garantía financiera e instrumento de recuperación crediticia) , y iii) la de su interconexión con el contexto histórico social en el que se desenvuelve (la hipoteca sábana frente a los principios de libertad de enajenación y contratación del deudor o garante).

Bajo lo señalado, este método es válido en la presente investigación, dado a que el tema objeto de estudio se encuentra estipulado en la norma jurídica especial (Ley de Bancos), posibilitándonos precisar el espíritu jurídico normativo; valorar la correspondencia entre éste y lo que declara (incluso en la etapa precontractual de su constitución); hacer inteligible su estructura; develar el sistema de relaciones que establece con el resto del entramado jurídico (Constitución Política del Perú, Código Civil); comprender las motivaciones teleológicas de su creación y desentrañar el condicionamiento cultural e histórico que lo produjo.

b. La Dogmática Jurídica

Este método consiste en el proceso racional y sistemático que utiliza la doctrina para la interpretación de las instituciones jurídicas contenidas en el derecho positivo; las normas no se analizan de forma aislada sino se unen con la finalidad de

localizar elementos comunes-dogmas, para posteriormente realizar una construcción explicativa-teórica, la cual debe cumplir las siguientes características: i) complejidad lógica (consistencia interna, no debe existir contradicciones entre las proposiciones que la conforman); ii) compatibilidad legal (se debe realizar una interpretación adecuada del texto legal, se parte de él y se regresa a él, haciendo uso de los dogmas, lo que no significa una interpretación meramente legalista sino una acorde con el ordenamiento jurídico dentro de las condiciones sociales y los alcances de otras disciplinas; iii) armonía jurídica (resultado final válido, verdadero, eficiente). En tal contexto, este método permitió comprender en la doctrina y legislación el contenido, sus alcances y limitaciones de la hipoteca sábana, como garantía financiera; así como, comprender el alcance de la libertad de enajenación y contratación del deudor o garante, a fin que estos no sean vulnerados en las relaciones jurídicas contractuales.

1.6.3. Ámbito de la investigación

A. Temporal

Se realizó un análisis de la normativa especial y de la jurisprudencia, referente a la Hipoteca Sábana desde la vigencia de la Ley de Bancos.

B. Espacial

Se realizó un análisis de la aplicación de las normas referentes a la Hipoteca Sábana contenidas en la normativa especial y el Código Civil Peruano de 1984 en el territorio nacional.

1.6.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Teniendo en cuenta que las técnicas de recolección de datos deben guardar correspondencia con cada método de la investigación y, al constituir la presente investigación una de carácter explicativa – causal, para la recolección de la información de la presente tesis se utilizó la técnica de Análisis de Textos.

Se acopió toda la información documental obtenida en la doctrina, legislación (nacional y comparada) y jurisprudencia, lo que permitió seleccionar los datos relacionados con el tema de investigación, analizar los comentarios realizados por los diversos especialistas a las Leyes existentes y en base a ello formar las bases de nuestra propuesta y el desarrollo del tema. Siendo que el instrumento utilizado para aplicar la presente técnica, fue la elaboración de fichas bibliográficas y de contenido.

1.6.5. Procesamiento de datos

Se hizo un análisis descriptivo y analítico de las fuentes analizadas para corroborar la hipótesis de investigación.

1.7. Limitaciones

En este acápite, nos queda anotar las dificultades u obstáculos que tuvimos al trabajar el tema, uno de los principales fue la escasa bibliografía referente al tema en sí, la hipoteca sábana; el segundo obstáculo fue la dispersión del contenido puesto que por su complejidad fue difícil decidir los puntos a tratar.

1.8. Estado de la cuestión

De una búsqueda en los repositorios y bibliotecas digitales de las Escuelas de Pre y Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, Universidad Particular Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Universidad de Lima y de la Universidad San Martín de Porres, no se han encontrado investigaciones referentes al tema en cuestión.

Es importante mencionar la Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid, en el año 2015, presentada por Fernando Azofra Vegas titulada “La Hipoteca Flotante”, como un valioso aporte académico y de investigación sobre la regulación de la hipoteca sábana o flotante en el Derecho Comparado. Sin embargo, al desarrollar lo concerniente al Derecho Peruano no desarrolla lo relativo a la Ley N° 26702, Ley de Bancos, contemplando, entre otros puntos:

- a) Que si bien el Código Civil peruano en el inciso 2 del artículo 1099, establece como requisito de validez de la hipoteca, entre otros, que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable, admitiendo en el artículo 1104 la hipoteca en garantía de obligación futura o eventual; no contempla la posibilidad de constituir hipoteca en

garantía de varias obligaciones, antes al contrario, enfatiza el carácter único de la obligación garantizada: reducción judicial del monto de la hipoteca si ha disminuido el importe de la obligación (artículo 1116), extinción de la hipoteca por la extinción de la obligación que garantiza o por su anulación, rescisión o resolución (artículo 1122)

- b) Que el régimen más cercano a la hipoteca flotante es el denominado “título de crédito hipotecario negociable”, regulado en la Ley N° 27287, Ley de Títulos y Valores.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. La Autonomía Privada

2.1.1. Concepto

La pieza maestra que pone en movimiento a las otras piezas, en el mundo de las relaciones jurídicas privadas, es la denominada autonomía de la voluntad y hoy mejor precisada autonomía privada, que como soporte principal del mundo jurídico, traduce naturalmente el reconocimiento de los ordenamientos jurídicos a la libertad de los particulares de regular sus propias relaciones jurídicas, de la forma y manera querida por ellas, pero dentro de ciertos límites. El derecho, recorta la superficie de la libertad existencial y devuelve, como recompensa, la libertad jurídica de las personas de manera organizada, precisada y recortada; devuelve a los sujetos, un poder normativo propio, no un poder de dictar normas.

Autónoma es, por ende, la persona que puede decidir libremente cómo proyectar, perseguir y alcanzar sus propios objetivos, pero dentro de los límites señalados por cada ordenamiento jurídico. (Leyva, 2010-2011, p. 267). La libertad es, por tanto, el ejercicio de la autonomía, el ordenamiento jurídico protege la libertad en todas sus manifestaciones, pero no la autonomía como tal. Cuando el ejercicio de la autonomía no alcanza el estatus de libertad, se produce una ruptura del principio de igualdad respecto del ciudadano protagonista de tal ejercicio.

La expresión autonomía privada ha sido introducida, en las últimas décadas por la moderna doctrina, pues aquella tradicional prefirió utilizar la expresión autonomía de la voluntad, por entender que la potestad, que es el contenido de la autonomía, se confiere a la voluntad humana como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas, en abstracto, y en general, por las normas del orden jurídico, es decir, se confiere a la voluntad humana para que sea ella la que gobierne las relaciones entre las personas, como actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva de relaciones jurídicas, pero cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes.

Con el surgimiento de las teorías de la declaración, de la responsabilidad y de la confianza, que sin desconocer el rol de la voluntad en la formación del acto jurídico, la privaron de su carácter determinante, a fin de tomar en consideración los otros elementos que singularizan las otras teorías; se percibió que el acto jurídico podía ser válido aun cuando no represente la voluntad del otorgante, como sucede, por ejemplo, cuando el acto jurídico se forma con las declaraciones coincidentes de las partes, pese a que estas declaraciones no traduzcan sus respectivas voluntades. Ante esta situación, se pensó, acertadamente, que la autonomía debía recaer en el sujeto, en la persona, por ser éste el real protagonista de la existencia de relaciones jurídicas. La voluntad jamás puede ser autónoma, porque la «autonomía», en cuanto capacidad de decidir por sí mismo, pertenece a la persona, es natural a ella. Por lo

anotado, es más apropiada la expresión «autonomía privada», descartando cualquier sinonimia con aquella de «autonomía de la voluntad».

En la época moderna, las razones que sustentan la autonomía privada son fundamentalmente dos: una de orden ética-política y otra de orden económica. La primera apela a la libertad de los individuos, los que están legitimados para decidir el modo de emplear y disponer de sus propios bienes; la segunda recurre, en tanto, a la idea que dejando en libertad a los privados de disponer como mejor les parece sus propios bienes se tendrá una ventaja, en términos de utilidad económica, para el íntegro cuerpo social. (Leyva, 2010 - 2011, p. 271)

La libertad de las personas de darse su propia Ley para regular sus relaciones privadas, considerada dentro de sus derechos fundamentales, y que encuentra su mejor plasmación en el contrato, no es ilimitada, pues cada ordenamiento jurídico establece, aunque de manera indirecta, los parámetros dentro de los cuales se puede ejercer dicha autonomía. De esta manera, la autonomía encuentra su propia esfera o campo de actuación y, con ello, su propia fuerza autorregulatoria. Con ello opera un control de licitud y factibilidad de las operaciones negociales, llegando a prohibir todas aquellas prácticas que infrinjan tanto normas legales imperativas como normas de orden público y de buenas costumbres; es decir, prácticas que vulneren preceptos que se imponen a la voluntad de

las partes, de manera que deben ser necesariamente acatadas, excluyendo toda posibilidad de pacto en contrario; o actos que atenten contra preceptos, igualmente, imperativos, que salvaguardan los principios políticos, sociales, económicos y éticos fundamentales de un ordenamiento jurídico en un determinado momento histórico. Con estas disposiciones se busca proteger el ordenamiento interno, a través de la consideración de sus normas positivas y sus valores políticos, jurídicos, económicos y morales, que están en la base misma de su organización jurídica y económica. Los indicados límites, desde sus orígenes, tienen como destinataria a la libertad contractual, no a la autonomía privada, menos a la autonomía contractual, aunque aquella sea una de sus más refinadas expresiones de ésta. (Leyva, 2010 - 2011, p. 272- 273)

2.1.2. La autonomía privada en la Constitución Política del Perú

La autonomía privada no tiene espacio específico y explícito dentro de las constituciones políticas de los Estados, a pesar de ser considerada la pieza maestra de las relaciones jurídicas privadas. La propuesta de incluirla expresamente como una garantía constitucional, dentro de las normas que reconocen y garantizan los derechos inviolables de la persona, no ha terminado por consolidarse en la esfera constitucional. Esto explica la no consideración de la autonomía privada dentro del elenco de derechos fundamentales, que el artículo 2 de la Constitución Política del Estado reconoce. Lo que sí se puede advertir como manifestación concreta de la autonomía privada, en el amplio

contenido de la norma indicada, es la libertad de matrimonio, de empresa, de contratar y asociarse con fines lícitos, de conciencia y de religión, de información, de creación intelectual, artística, técnica y científica, etc.

2.1.3. La autonomía contractual

La autonomía privada se arraiga en todas las zonas del derecho; los contratos reciben su cuota a través del cauce de la autonomía contractual, denominada ésta, por un sector doctrinal como libertad de contratación, siendo la facultad que tienen las partes de desarrollar su propia voluntad, su querer, su libertad jurídica de contratar, cuándo, con quién y cómo quieran, respetando el ordenamiento legal establecido.

Cabe manifestar que, los conceptos de libertad de contratación y de contrato no pueden estar desligados de la operación económica que entraña toda relación contractual. En el fondo todo contrato es un acto de mercado, un acuerdo que las partes adoptan sobre su economía, una decisión libre sobre su patrimonio. Si el contrato es una decisión económica, tal decisión para ser eficiente ha de ser libre.

La autonomía contractual se manifiesta, tradicionalmente, a través de dos libertades; en las últimas décadas se han agregado otras tres libertades:

a) Libertad de contratar

Conocida también como Libertad de Conclusión, consiste en la facultad que tiene toda persona de celebrar o no un contrato, o, de concluir o no éste y si finalmente decide contratar, determinar con quién y cuándo contratar. Se contrata porque se quiere, y se hace con la persona que se quiere. El contrato no se impone.

b) Libertad contractual

Conocida como Libertad de Configuración Interna, está referida al derecho que tienen las partes contratantes de determinar el contenido del contrato, dentro de los límites impuestos tanto por la Ley como por las buenas costumbres.

Esta libertad, de gran suceso en la contratación tradicional y tutelada por nuestro ordenamiento Civil, en su artículo 1354, en las últimas décadas se muestra muy deslucida, pues las empresas predisponen, usualmente, todo el contenido contractual y la otra parte simplemente tiene que aceptar si quiere contratar el bien o el servicio u obtener el préstamo, o parte del mismo. En estos casos es comprensible y necesaria la intervención del legislador, para predisponer una disciplina en protección de la parte débil, particularmente cuando dichos reglamentos predispuestos contienen cláusulas abusivas.

Resaltamos que, la segunda manifestación de la autonomía privada presupone la primera; es decir, para que exista libertad contractual es imprescindible que exista libertad de contratar.

c) Libertad de elección

Esta libertad permite a las partes elegir el tipo contractual entre los regulados por las Leyes generales, especiales o convenciones internacionales (compraventa internacional), código civil, de comercio o bien por las prácticas negociales.

d) Libertad de creación

Esta libertad faculta a las partes a crear, libremente otros tipos contractuales cuando ninguno de los establecidos por la Ley y el mercado responde a sus necesidades. Se refleja aquí, la función creativa y normativa de la autonomía privada. Se crean en libertad y se deben mantener en libertad, toda vez que, estos contratos necesitan de esa libertad para su continua adaptación a nuevos tiempos. Sobre la base de esta libertad en el Perú se ha creado la Titulación de Activos, permitiendo a los grupos empresariales, obtener financiamiento en los mercados de valores a través de la colocación de sus activos (recursos líquidos y toda clase de bienes y derechos).

e) Libertad sustancial

A su turno Leyva (2010-2011, p. 290), considera la denominada libertad contractual sustancial, señalando que:

Desde la zona euro comparatista viene propuesta una nueva libertad contractual, calificada como sustancial para diferenciarla de la formal. Esta postura implica la necesidad de prevenir y eliminar los perjuicios que un contrato inicuo cauce a una parte contratante, que solo formalmente es libre de concluirlo en tales condiciones, toda vez que

sustancialmente no lo es. Aquí la protección de la parte débil de la relación contractual coincide, con la defensa de la libertad contractual en sentido sustancial. Esta concepción sustancial, se piensa, ha superado el estadio teórico de la libertad contractual, habiendo sido admitida en Alemania por la Corte Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), la que en dos famosas sentencias, referidas a contratos de agencia (1990) y fianza (1993), sentó el principio según el cual la autonomía privada se funda sobre el principio de autodeterminación y para una tutela efectiva de ésta se requiere de la subsistencia de las mínimas condiciones para su ejercicio. El contrato predispuesto por la parte fuerte con evidente desproporción no es para la parte débil un acto de autonomía, sino de heteronomía. En tal caso, si el legislador se abstiene de dictar normas imperativas para tutelar a la parte débil, los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de intervenir y tutelar los derechos fundamentales de esta parte contratante corrigiendo el contenido contractual, mediante la aplicación de las cláusulas generales del derecho civil, por ejemplo, los principios de buena fe y buenas costumbres.

A. La autonomía contractual en nuestro ordenamiento jurídico

La situación de la autonomía contractual en sede constitucional es la misma que presenta la autonomía privada; esto es, no está específicamente garantizada en la constitución peruana, ofrecer una evaluación terminada de las teorías existentes, tanto en el ámbito conceptual como en el normativo, está más allá del objeto de estudio del presente tema de investigación; por lo que, pasaremos a detallar y analizar cómo se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico.

Antes de analizar la normativa, precisamos que esta tesis incide en la libertad de contratación en su doble contenido o manifestación: por un lado, la libertad de contratar o de conclusión, que supone la potestad de decidir si contrata o no, cuándo y con quién se contrata, sabiendo que con ello se van a crear derechos y obligaciones y, por otro lado, la libertad contractual o de configuración interna, que implica la posibilidad de determinar el contenido del contrato, a través de los derechos y obligaciones pactadas.

a. En la Constitución Política del Perú

i) El inciso 14 del artículo 2 de la Carta Magna, refiere que:

“Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

La contratación debe tener fines lícitos, esto es, no prohibidos por el derecho. Al contratar las personas ejercitan su libertad de expresión de voluntad bajo el principio constitucionalmente establecido de que “nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; la contratación como los actos jurídicos en general deberán conformarse a las Leyes de orden público. Si las contraviene sufrirá de nulidad.

ii) El artículo 62 dispone que: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones

de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente".

Después de realizar una lectura literal de este artículo, señalamos como observación estrictamente terminológica que, en este artículo se señala la libertad de contratar cuando en su desarrollo se refiere y abarca lo que es la libertad contractual, como la posibilidad de determinar el contenido del contrato.

Cuando nos referimos al intervencionismo hay que señalar que a nivel de la contratación puede darse al momento de la celebración del contrato y con posterioridad a ella afectando a la relación jurídica surgida de este contrato.

La intervención legislativa, al momento de la celebración del contrato está garantizada por el artículo 62 de la Constitución ya que las partes pactan de acuerdo con las normas vigentes al tiempo de la celebración del contrato y porque entre esas normas vigentes se encuentran las de carácter imperativo.

La Constitución de 1993 no tiene en materia contractual un corte marcadamente voluntarista, que haga de la voluntad humana una Ley de sí mismo, sino que cabe afirmar que, al conceder a los particulares la garantía de pactar libremente según las normas vigentes al tiempo del contrato, se encuentra, en esta materia, en la misma línea normativista que el Código Civil.

b. En el Código Civil

- i) El artículo 1354 del Código Civil, establece: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

Esta norma recoge la vigencia de la segunda manifestación de la libertad de contratación: la Libertad Contractual; ¿por qué no regula la primera manifestación: la Libertad de Contratar?, porque como se ha manifestado, la libertad contractual presupone la existencia de la libertad de contratar; lo que implica que, para poder dar el contenido al contrato, primero se ha tenido que decidir contratar, cuándo y con quién; entonces en esta manifestación, las partes tienen la facultad de establecer los términos y condiciones a que se someten y demás materias o modalidades pero sin caer en los excesos de la autonomía privada.

Se da la figura del dirigismo contractual que no es otra cosa, cuando el Estado interviene en la etapa de formación del contrato. Se introdujo esta fórmula para que se permita una adecuada correlación entre los intereses individuales y comunitarios, de un modo tal que la autonomía privada al tiempo que conserva su vigencia, no sea absolutamente soberana, como derivación de este enunciado, la estabilidad contractual ha dejado de ser dogma y la libertad no debe tener fin exclusivamente egoísta y debe conciliarse con el bien común. (Arias-Schreiber, 1984, p. 105)

Lo señalado en el artículo 1354, debe concordarse con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del mismo cuerpo legal, el cual señala que: “Es nulo el acto jurídico contrario a las Leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

Si el Estado establece restricciones a la libertad contractual y a pesar de ello contraviene normas de orden público, ese contrato sería nulo *Ipso iure*. Las normas de orden público son normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no pueden escapar ni la conducta de los órganos del Estado, ni la de los particulares para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas de ser necesario recurrir a ellas. (Rubio, 2015, p. 105).

En efecto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1354, podemos entender que, la aplicación de la autonomía privada en la contratación significa que el contrato no es sólo lo que las partes quieren que sea, sino también lo que el ordenamiento jurídico desea que este contrato sea; por lo que, existiría un error técnico, ante el hecho de que las partes sean libres de decidir el contenido del contrato que celebren, esto concierne a la libertad contractual o de configuración interna y no a la libertad de contratar o de conclusión, referida ésta a la posibilidad de decidir si se contrata o no, de elegir con quien hacerlo, de determinar cómo y cuándo se contrata. (Cárdenas, 1999, p. 29).

- ii) El artículo 1355 del Código Civil, recoge un marcado intervencionismo estatal, cuyo texto es el siguiente: “La Ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”. Cabe anotar que, en este artículo se invoca consideraciones de interés social y público, lo que pone de manifiesto que el principio de la autonomía privada está orientado no solo a obtener el bien de los contratantes, sino a lograr, mediante un adecuado ejercicio el bien de la comunidad, lo que se explica en el concepto de la solidaridad social.

Si bien es cierto los contratos ya no son el resultado de la libre determinación de los contratantes, hoy el Estado se ha irrogado la potestad de regular cada vez con más minuciosidad, las relaciones contractuales, en virtud de un interés público que representa. Así, promulga Leyes específicas, con normas imperativas, que las partes contratantes no pueden omitir, bajo sanción de nulidad (Romero, 1999, p. 39).

Se diría que el efecto del intervencionismo estatal se refleja en un derecho de clase, lo cual se va a favorecer a determinados contratantes que se encuentran en situación de debilidad, en detrimento de otros. El Estado ha pasado del campo de la libertad de configuración interna al de la libertad de conclusión.

Por lo señalado, se ha dejado muy poco margen a la Libertad Contractual; así a pesar de que el proceso pueda ser calificado como arbitrario, no debe negarse ni desconocerse la gran eficacia para impedir que los contratantes de mala fe, en nombre de la libertad contractual, abusen de ella y cometan grandes injusticias. Entonces corresponde al Estado imponer reglas de juego claras y terminantes para impedir el imperio del abuso. (Romero, 1999, p. 38).

2.1.4. La libertad de enajenación

Otro arraigo de la autonomía, es la libertad de enajenación, que para ingresar al tratamiento dogmático de su significado es necesario desarrollar y comprender su punto de partida: “el derecho de propiedad”, como elemento de nuestra cultura que trasciende las más heterogéneas situaciones de la vida individual y social.

A. El derecho de propiedad

La propiedad individual justifica ampliamente su existencia por los servicios que ella ofrece a la humanidad. (Planiol y Ripert, 1968, p. 44).

Se justificaría asimismo, por los grandes beneficios que ha reportado y reporta a la sociedad, porque ella sirve de estímulo a la producción en todas sus formas y, en consecuencia, al adelanto de las ciencias, de las artes, de la industria, al desarrollo y progreso de los medios de hacer la vida más cómoda y feliz.

A medida que se iba logrando el nuevo orden burgués, la importancia de la propiedad privada iba desplazándose hacia el derecho natural, presentándose como un derecho innato, anterior al Estado, inviolable y sagrado. Entonces la propiedad se presenta como: Derecho Fundamental, ya que el propietario aparece investido de un poder o señorío abstracto. (Ramírez, 2003, p. 53).

a. Naturaleza jurídica del derecho de propiedad

La propiedad es el Derecho Real por excelencia, ya que en ella concurren, con mayor excelencia que en cualquier otro caso los caracteres que distinguen el Derecho Real como la de ser un derecho abstracto (antes era absoluto), exclusivo y perpetuo que recae sobre cosas específicas y determinadas. Además, agrupa las facultades posibles para el sujeto sobre la cosa (usar, disfrutar, disponer, reivindicar un bien).

Al decir que la propiedad es un derecho real por excelencia se refiere a que es el más completo. Para su defensa, está provisto de una acción real, que es la reivindicatoria. Pues de todo derecho real nace una acción real. (Fornieles, 1982, p. 67).

La percepción del apotegma *IUS IN RE* citado por León (1968) y el cual es tratado por Enneccerus (1950, p. 370) sólo evidencia la posibilidad de que el perfeccionamiento de un contrato con garantía real, como el caso de la problemática de nuestra tesis, sobre un bien inmueble quede resuelto cuando el acreedor venda y por esta, incluso adquiera en propiedad el bien de su deudor, por la causal sobreviniente al crédito como lo establece el artículo 175 de la Ley N° 26702, Ley de Bancos; ya que el principio *IUS AD REM* sólo apertura que el efecto legítimo es el acuerdo de voluntades signadas en el contrato, pero limitaba el derecho legítimo de enajenar libremente el

bien. Era una limitación legal e imperativa que nacía como efecto al contrato en sí.

En conclusión, el acuerdo de voluntades determina por efecto, sobre el bien inmueble, la transmisión de los efectos del derecho de propiedad, sin que ello signifique la respectiva transmisión de la propiedad (Mazeau Henri y Mazeau León, 1960, p.125), dado que el gravamen constituido sobre la base de un bien en este caso inmueble, no confiere al acreedor a cuya titularidad aparece de la inscripción del gravamen en el registro, la posibilidad de utilizar los poderes inherentes al titular del dominio (Von Thur, 2007, p. 32). El acreedor carece de estos poderes inherentes a la propiedad, pero se asegura en el tiempo por la acreencia contraída por su deudor; estamos hablando de la expectativa del acreedor a procurarse la propiedad del bien o la venta del mismo, si es que no es satisfecha la acreencia por parte de su deudor en el modo, lugar y tiempo pactado.

La desventaja de este argumento es la seguridad jurídica que se puede encontrar vulnerable, por el acreedor, pues si bien es cierto la inscripción es una formalidad para proteger la titularidad del derecho real adquirido así como los intereses que sobre el emergen, la titularidad conferida no determina absolutamente un derecho real.

El defecto se encuentra en el sistema registral, que debiendo sus efectos ser real, se configura como personal. Particularmente, no somos de la opinión del autor citado, ya que el sistema de enajenación es totalmente distinto al sistema de gravamen, pues en uno se pierde el dominio y la titularidad del mismo es asumida por tercera persona, a diferencia del segundo en donde se puede hablar de la expectativa dirigida hacia el dominio a condición de no cumplir la acreencia (ejecución de garantía). (Olaechea, 1984, p. 378).

b. Fundamento del derecho de propiedad

Diversas son las teorías que tratan de explicar el fundamento del derecho de propiedad. Para algunos autores ven en la propiedad el reflejo de la personalidad humana en el dominio de los bienes materiales. Esta tesis ya no tiene ninguna vigencia, ya que hace mucho tiempo se estableció que la propiedad nada tiene que ver con la personalidad humana, no es un derecho inherente a ella.

Un buen sector de la doctrina ve en la propiedad el medio más indicado para satisfacer necesidades del ser humano. Así, para algunos autores, el fundamento está en las necesidades del hombre y de las agrupaciones humanas (familia y sociedad) que precisan la apropiación de los bienes del mundo exterior útiles a la subsistencia y progreso de una y otras. Pues el hombre no solo tiene derecho a la vida, sino el deber de

conservarla, y los medios externos, es decir los elementos de la naturaleza, son necesarios e indispensables para ello.

Otros autores encuentran el fundamento de la propiedad basándola en el trabajo. Así tenemos que propiedad y trabajo son dos elementos, sobre los que se construye todo el derecho privado patrimonial (Trabucchi, 1967, p. 419), dado que, el principal estimulante del trabajo, es el interés personal, la ilusión de beneficiarse y de beneficiar a sus descendientes con los frutos de la producción el trabajo es un medio de acceder a la propiedad.

En síntesis, la propiedad aparece porque la vida del hombre resulta imposible sin la utilización de los medios que nos ofrece el mundo exterior (Diez-Picazo, 1980, p. 44), dado que, si los medios que necesita una persona para satisfacer sus necesidades son utilizados de la misma manera por otra persona, el derecho de propiedad no hubiera aparecido. Por ejemplo, sobre el aire no existe derecho de propiedad porque la utilización por el hombre no crea conflictos en su aprovechamiento.

B. Concepto de libertad de enajenación

La Libertad de Enajenación se encuentra consagrada en el artículo 882 del Código Civil, el cual señala: “No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la Ley lo permita”. Este artículo se adhiere al Sistema

del *Numerus Apertus* ya que garantiza la libertad de poder negociar (gravar o disponer).

Ningún acto jurídico, cualquiera que sea su naturaleza, puede limitar la libertad de enajenación, que es la libertad para transferir los valores incorporados en los bienes o para utilizar esos valores gravándolos. (Cuadros, 1996, p.57). Por otro lado, la libertad de enajenar consiste en la facultad que el ordenamiento jurídico reconoce al propietario, en virtud de la cual puede ejercer los poderes que le confiere el bien. No sólo consiste en la facultad de disponer del bien, sino también de gravarlo o imponer limitaciones. (Vásquez, 1996, p.38)

Es comprensible afirmar que, mediante la libertad de enajenar el titular de un bien es libre de poder enajenar – vender, donar, permutar, etc. - o gravar- hipotecar, preñar, entregar en anticresis – un bien, no admite que, por pacto o contrato, se pueda prohibir ejercitar estos atributos de un *IUS IN RE*, dicho autor nos señala que aquel principio va de la mano con el *IUS ABUTENDI*, el cual es la facultad de disposición, el cual es el más importante de los atributos del derecho real. (Ramírez, 2003, p. 104).

C. Razones en las que se fundamenta la libertad de enajenación

Cuando nos referimos a las razones que resultan siendo suficiente para que se fundamente la libertad de enajenación, nos remitimos a los efectos exógenos que sufre la libre

transmisibilidad del dominio de un bien determinado, en otras palabras, la transmisión de la propiedad que no es otra cosa que la propia enajenación.

Las razones en las que se fundamenta la libertad de enajenación son:

a. Razón de orden económico y social

El cual está en relación directa con la circulación de la riqueza, puesto que las cláusulas de inalienabilidad prohíben y por tanto frenan la libre transmisión de los bienes, vale decir la riqueza. En las sociedades modernas capitalistas, el sustento de ella se basa en el comercio, el cual constituye cambio de valores, en el que juegan papel fundamental las cosas que se venden, permutan o donan, o los derechos que se transfieren, el principio está destinado a garantizar la permanente movilidad, el cambio de los valores incorporados en los bienes.

b. Razón de una motivación moral y de justicia

Para que las personas no puedan sufrir abusos y desigualdades es que no se puede instituir las denominadas cláusulas de inalienabilidad, ya que el deudor podría sufrir abusos por la parte fuerte de la relación obligacional.

En tal sentido, se hace un imposible categórico que el titular del derecho real, en nuestro caso sustentado, se le limite establecer relaciones jurídicas respecto del derecho real, del cual es titular, con terceras personas.

Por otro lado, los bienes circulan por enajenación o gravamen para atender las necesidades sociales, siendo necesaria esta actividad, para la producción y generación de riqueza.

D. Prohibición de las cláusulas de inalienabilidad: Límites a la libertad de enajenación

Las cláusulas de inalienabilidad son de origen antiguo (Derecho Romano: Las Partidas) y también las encontramos en la Legislación Colonial, éstas prohíben y por tanto frenan la libre transmisibilidad de los bienes, vale decir la riqueza y ciertamente no son congruentes con el moderno concepto de la propiedad y su función social. (Arias-Schreiber, 1984, p. 47).

El derecho moderno, ha tomado un rumbo distinto al derecho antiguo con respecto a las cláusulas de inalienabilidad. Empero en la doctrina se debate si esta prohibición de las cláusulas de inalienabilidad es absoluta o relativa, según el citado autor la norma del artículo 882 de nuestro Código Civil, el cual establece: “No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la Ley lo permita”, es muy clara, no permite la imposición de ningún tipo de inalienabilidad; por lo que no existe en nuestra legislación cláusulas de inalienabilidad absoluta o relativa.

Si bien el principio de libertad de enajenación está proscrito, existe una excepción en la parte final del artículo 882 del Código Civil, según la cual es justificada, ya que la intervención de los

poderes públicos estableciendo y promulgando la Ley, garantizan la imposibilidad de que se cometan abusos y coloca al estancamiento de la propiedad en un plano siempre inferior al interés estatal o colectivo que lo determina específicamente.

Nuestra posición, desde esta perspectiva así planteada, es destacar aquellas prohibiciones establecidas en la Constitución Política del Perú en los artículos: 71 (prohibición de vender a los extranjeros dentro de cincuenta kilómetros de la frontera) y 73 (los bienes de dominio público son inalienables).

2.2.El Principio de la Buena Fe

2.2.1. Concepto

Uno de los equívocos doctrinales más comunes de algunos fervorosos defensores del realismo jurisprudencial es creer (ingenuamente) que el derecho solo es posible en los fueros judiciales, y que cualquier sospechoso intento de dispensar a tal disciplina de modestas contribuciones, a través de la aplicación de ciertos métodos de análisis de fenómenos jurídicos, como son, por ejemplo, las acostumbradas reconstrucciones de figuras o instituciones, las redefiniciones de conceptos aún no del todo esclarecidos, pasarían a formar parte de un grupo de irrelevantes e irrealizables propuestas frente a la consolidada y “sabia” practicidad del juez o a la omniabarcante “visión” del árbitro. La buena fe es de aquellas instituciones condenadas al fracaso, que poco o nada han sido desarrolladas a nivel jurisprudencial, quizá por ser un medio

prioritariamente formalista; lo que no supone que deba seguir siendo de esa irracional manera. No, porque los principios no se “vean” o no se “trasluzcan” a través de la opaca ventana de la resolución judicial, se deba concluir que no existen en la realidad más concreta. (Mejía, 2015, p. 123).

La buena fe está relacionada con los comportamientos que deben realizar las partes del contrato, en consideración no solo a los mutuos intereses específicos en juego, sino, también a aquellos intereses extra-obligacionales relacionados con, por ejemplo, la conservación de los derechos fundamentales de las partes de una relación contractual.

El principio general de la buena fe es aquella norma jurídica que impone a las personas el deber de comportarse lealmente en el tráfico jurídico y ajustar el propio comportamiento al arquetipo de conducta social reclamado por la idea ética vigente. (Diez-Picazo, 1963, p. 139).

En esta exigencia de comportarse leal y éticamente quedan comprendidas obligaciones concretas que deben cumplir las personas que se relacionan jurídicamente. Esta relación se funda en la actitud positiva de cooperación que las partes deben exhibir, y en la necesidad de que las propias declaraciones despierten confianza en el otro, lo que se alcanza manteniendo la palabra empeñada.

Este principio general de la buena fe no se agota en una regla de conducta dirigida a las partes que se relacionan jurídicamente, sino

que constituye una norma dirigida al juez, para que regularice — conforme a la equidad — la ejecución o la configuración de los negocios.

Puede decirse, en consecuencia, que las reglas de la buena fe se componen de un conjunto de comportamientos que pueden tomarse en cuenta (*ex ante*) como de obligatorio cumplimiento, y que, atendiendo a su naturaleza, no se encuentran diseñadas de manera expresa en el ordenamiento jurídico; lo que no constituye un impedimento para su identificación, pues se ha mantenido acertadamente que, la buena fe es una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles entre las partes contratantes, de acuerdo con el tipo de contrato y con la finalidad perseguida a través de él por las propias partes.

En efecto, y ya en nuestro caso, una de esas reglas no diseñadas expresamente en el acuerdo contractual se va a concretizar en el deber de seguridad a cargo del acreedor de la relación obligatoria, y que tiene por finalidad no afectar el interés del tercero, tanto en su patrimonio como en sus derechos fundamentales.

2.2.2. Clases de la buena fe

Existen 2 clases de buena fe:

A. La buena fe subjetiva

También llamada buena fe en sentido psicológico o buena fe creencia, consiste en la creencia — nacida de un error excusable — de que la propia conducta no va contra derecho. Este

concepto, engloba, en verdad, un doble campo de acción: en primer lugar, consiste en creer que no se está dañando un interés ajeno tutelado por el derecho o en ignorar que se estaba provocando tal daño —como ocurre, por ejemplo, con la posesión de buena fe; en segundo lugar, consiste en la creencia o en el error de una persona, que genera un beneficio indebido en otro sujeto con quien se relaciona (como sucede, por ejemplo, con el pago de lo que no se debe). (De los Mozos, 1965, p. 9).

B. La buena fe objetiva

También llamada buena fe en sentido ético o buena fe lealtad, consiste en la creencia y en la confianza que tiene un sujeto en que una declaración surtirá en un caso concreto los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales. Son las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico, que llevan a creer en la palabra empeñada y en que el acto sea concertado lealmente y obrando con rectitud. En otras palabras, la buena fe objetiva es la exigencia de que las partes obren con honestidad, lealtad, transparencia y cooperación.

2.2.3. La buena fe en la etapa precontractual

Gracias a la monumental obra de Manuel de la Puente y Lavalle sobre el contrato en general, ha podido llegar a nosotros las imprescindibles referencias que permiten identificar de modo inequívoco la voluntad que movió al legislador a redactar la norma en cuestión (Artículo 1362 del Código Civil); voluntad favorable a la

admisión del carácter resarcible de los daños ocasionados en la fase precontractual. (León, 2004, p.130)

Que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, que solo se han de mencionar a título de ejemplo:

- i) El Código Civil italiano dispone que las partes, en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, deben comportarse según la buena fe (artículo 1337). Como se ve, la buena fe es exigible no solamente en el momento de la formación del contrato sino también durante el desarrollo de las tratativas previas; esto es, como se verá más adelante, en la etapa precontractual.
- ii) El Código Civil portugués establece que quien negocia con otro para cerrar un contrato, debe, tanto en las negociaciones preliminares como en la formalización de él, proceder según las reglas de la buena fe, bajo pena de responder por los daños que culposamente causare a la otra parte (inciso 1 del artículo 227).

De lo expuesto, cabe afirmar que, sea porque la Ley expresamente lo dispone, porque la doctrina y la jurisprudencia (nuestra jurisprudencia señala, que conforme se desprende del artículo 1362 del Código Civil, la etapa precontractual o de las tratativas ha sido prevista en nuestro ordenamiento, etapa en la cual las partes deben desplegar una serie de deberes jurídicos, los que se convierten en latentes cuando se realizan en la etapa de desplazamientos patrimoniales), así lo han señalado, el principio general de la buena fe gobierna no solo el contrato ya celebrado sino también la etapa previa a su celebración.

En definitiva, en esa etapa precontractual se vulnera el principio de la buena fe, precisamente la buena fe objetiva, la que exige a las partes obrar con honestidad, lealtad, transparencia y cooperación, cuando se rompen las negociaciones en curso de manera abusiva, arbitraria o irrazonable.

2.2.4. El principio de la buena fe en el Código Civil

El principio general de la buena fe ha sido consagrado expresamente en el derecho civil peruano, en el artículo 1362, el cual dispone: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

Asimismo, el artículo 168 del citado cuerpo legal hace referencia a este principio, señalando: “El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”.

Deriva del principio de buena fe la regla de la *“interpretatio contra stipulatorem”*, según la cual “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no debe favorecer a la parte que ha ocasionado la oscuridad”. Esta regla es de aplicación, en particular, a los contratos por adhesión y siempre que la elaboración de la cláusula haya sido obra de una sola parte (por ejemplo: oferta aceptada, redacción del documento, inserción de la cláusula, etc.).

La regla de la *“interpretatio contra stipulatorem”* ha sido prevista, a su vez, por el artículo 1401 del Código Civil, conforme al cual “las

estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra”. De conformidad con la regla contra *stipulatorem*, quien redacta un contrato tiene una ventaja frente a quien lo suscribe con ausencia de negociación. Es por ello que nuestro ordenamiento considera que el estipulante debe ser claro en la redacción del contrato y, consecuentemente, cualquier duda o ambigüedad se interpreta en su contra.

Cabe señalar que la regla de interpretación contra *stipulatorem* es aplicable como una derivación del principio de buena fe. En efecto, el fundamento de los contratos de adhesión se encuentra no únicamente en el deber genérico de los contratantes de hablar claro (*clare loqui*), sino también en la regla del favor *debitoris* que implica la protección a la parte más débil de la relación.

2.2.5. El deber de información derivada del principio de la buena fe

La buena fe contractual, como norma de comportamiento extiende autoridad y orientación a todo el ámbito contractual, incluso y como se sustentó precedentemente en la etapa de la negociación (precontractual), convirtiéndose en una columna importante del contrato.

La buena fe da lugar a obligaciones adicionales a las convenidas por las partes, obligaciones que son inherentes a la relación contractual, y que en ningún momento entran a alterar su naturaleza, sino por el contrario, a ajustar el comportamiento de las partes a parámetros de

lealtad, diligencia, honestidad, probidad, entre otros valores, los cuales son exigibles en todas las relaciones negociales.

Una forma de aplicar el principio de la buena fe a la relación contractual atendiendo a su función integradora, es afirmando la existencia de deberes contractuales que, aunque no han sido explicitados, se integran a la obligación principal declarada en el contrato o a su propósito práctico, como es el caso del deber de información contractual.

El deber de información consiste en dar noticia, informar, hacer saber a la contraparte de las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido y los efectos de este (en el caso que nos ocupa “el efecto sábana”), entre otros elementos, que permiten dentro del periodo precontractual, la determinación de la decisión de contratar en las condiciones que permitan satisfacer los propios intereses de los contratantes, como también la subsiguiente ejecución del contrato orientado al cumplimiento debido de las obligaciones a cargo, bajo los postulados de buena fe.

La obligación de informar encuentra su razón de ser en dos supuestos:

- i) La desigualdad de conocimientos entre los contratantes, cuyo cumplimiento pretende lograr el restablecimiento de la igualdad entre las partes evitando el ejercicio abusivo de posiciones dominantes.

El desequilibrio de conocimiento entre los contratantes, ya sea debido a la forma como se construye el contrato o a las circunstancias que rodean al contrato mismo, en ambos eventos la información versará sobre los sujetos contratantes, el objeto del contrato, los vicios del consentimiento, los vicios de la cosa, el contenido del contrato y los efectos de éste. En ese sentido, ese desequilibrio de conocimiento genera la obligación a la parte enterada de informar sobre todas aquellas circunstancias que rodean al negocio y que la otra parte tiene interés en conocer, pero que ignora legítimamente por su condición social, económica, intelectual o cultural.

En aquellos eventos en que la relación contractual se establece entre un profesional y un inexperto, la obligación de informar a cargo del profesional se hace más evidente. Ello debido a la necesidad de reequilibrar la relación mediante la exigencia de protección de la parte débil.

- ii) Formar adecuadamente el consentimiento del contratante en cuanto el cumplimiento del deber de información robustece dicho consentimiento al permitir su formación. El robustecimiento implica no solo comprender el mecanismo de la operación contractual a celebrar sino que se extiende hasta la plena comprensión del contenido de los derechos y obligaciones que por tal virtud se adquieren y a la valoración de los riesgos que comporta el contrato.

El deber de información deberá cumplirse de manera substancial y formal, para ello es necesario no solo que la información se exteriorice, sino que se exprese, de manera clara, de modo que ésta llegue a su destinatario en condiciones que le permitan hacer propio su contenido, para lo cual la información deberá estar dotada de tres características:

a) Claridad

El contratante debe evitar un lenguaje ambiguo que no pueda ser comprendido a cabalidad por la contraparte, por ello se puede entender que la claridad significa expresar de manera inequívoca el contenido íntegro y enteramente comprensible de la operación económica proyectada, ello permite evitar cualquier ambigüedad lingüística o conceptual, de forma tal que el contenido del futuro contrato y el objeto sobre el cual recae sean evidenciados de forma tal que no se tenga duda sobre su significado e interpretación.

A fin de lograr tal claridad, se debe evitar el uso de vocablos que tengan una doble significación o una comprensión conceptual de difícil aprehensión, además de evitar que la contraparte no encuentre dentro del contrato disposiciones que le generen malentendidos, de manera tal que se le permita el correcto entendimiento de las palabras y por consiguiente, la comprensión del sentido y alcance de lo que se quiere y de aquello de lo que se obliga.

a) Oportunidad

La información deberá ser transmitida de manera que produzca efectos beneficiosos en quien la recibe. Esto es, deberá ser comunicada a la contraparte en el momento indicado para que pueda tomar la decisión de contratar y determinar la conveniencia o no de ejercer su libertad contractual y las condiciones en las que la ejercerá. Si la información es entregada tardíamente, se priva al destinatario deudor de la misma de las bondades de ésta en la medida en que la toma de la decisión de contratar se habrá realizado sin que medie verdadera reflexión sobre la conveniencia del negocio, lo que a la postre permitiría invocar la sanción de la falta de consentimiento en el negocio contratado.

Para ejemplificar la oportunidad como característica de la información, resulta propicio examinar la exigibilidad del deber de información en la fase precontractual de la hipoteca sávana, respecto del cual en su celebración se debe exigir una declaración cierta y completa sobre los efectos sávana, para lo cual el acreedor explica antes de la celebración del contrato, de manera que le permita al deudor y/o garante una apreciación cierta sobre el riesgo que va cubrir para que así pueda rechazar o aceptar tal garantía.

La información sobre las circunstancias y hechos relevantes para la apreciación del efecto sávana deberá realizarse oportunamente, esto es, en la preparación del contrato, ya que es allí donde se manifiesta el carácter de buena fe de la hipoteca

sábana y la demanda normativa de máxima diligencia y buena fe a cargo del acreedor.

En efecto, la información suministrada de una parte a la otra, sobre ciertos hechos y datos debe permitirle a la parte receptora ejercer la libertad de contratar o de ejecutar las prestaciones debidas conforme a la información obtenida oportunamente.

b) Transparencia

La información transparente se concreta en la posibilidad de que el destinatario pueda tener un conocimiento de tal calidad que le permita efectuar una elección razonable y consciente, puesto que conoce de primera mano y totalmente las circunstancias sobre la relación comercial y todas sus vicisitudes. La información transparente ha de ser completa, suficiente y exacta.

En primera instancia, el carácter completo de la información se refiere a que el remitente no puede reservarse información o quedarse para sí con ningún dato que sea relevante para la relación contractual, no podrá omitir información que pueda llegar a incidir en la toma de decisiones o en la ejecución de las prestaciones por parte del destinatario. La información deberá recaer sobre todos aquellos puntos que a juicio del informante, bajo los postulados de los principios generales del derecho y específicamente el de buena fe, le sean útiles a la persona a la que se dirigen a fin de conformar el consentimiento de manera clara y reflexiva.

Por su parte, la suficiencia de la información, en el caso del derecho del consumidor, se concreta en la posibilidad que tiene el consumidor o usuario de poseer un conocimiento apto sobre las características básicas del producto o del servicio y de las condiciones para la adquisición, de tal forma que le permita efectuar una elección razonable entre los diferentes productos o servicios que le ofrezcan.

La exactitud en la información responde a la connotación de veracidad, esto es, que la información en las relaciones negociales deberá corresponder a la realidad y no podrá inducir a error en relación con los diferentes aspectos del contrato que conforman la relación comercial.

En síntesis, la información transparente estará determinada por el cumplimiento del "deber legal de declarar y hacerlo sinceramente" y entregar una información verdadera y sin datos reservados que pueden llegar a ser relevantes a la contraparte, de manera que tal información sea suficiente para formar un consentimiento apto para la celebración del contrato.

La información suministrada de forma clara, oportuna y transparente, determina el consentimiento, a través de la influencia que ejerce sobre el contratante en la toma de la decisión de contratar o no, y en caso de contratar bajo las condiciones que, según la información suministrada, sean favorables y protectoras de los intereses de ambas partes, así mismo en aquella situación en la que haya sido

celebrado el contrato se puedan ejecutar las obligaciones teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la relación contractual en particular respetando los cánones del principio general de la buena fe.

La información comunicada deficientemente o en su defecto no comunicada, perturba el consentimiento, la voluntad común y enrarece la atmósfera contractual de forma tal que si ella se presenta en la formación del contrato, generaría un vicio desde la génesis, es por ello que el contenido del deber de informar se extiende a la información que sea relevante y suficiente en miras a la toma de una decisión, de manera que cuando se contrate se tengan todos los elementos de juicio necesarios que determinen un consentimiento pleno y sin vicio alguno.

Así pues, el cumplimiento del deber de información permite actuar en pleno uso de la libertad contractual en cuanto facilita decidir la conveniencia del negocio, prevenir los riesgos, determinar el alcance de las obligaciones y derechos asumidos. Exigir una información completa, clara y veraz no supone inhibir la autonomía contractual, muy al contrario, se erige en una garantía del principio de la autonomía privada, promueve la igualdad real entre los contratantes y el equilibrio de las fuerzas en aras del logro de la justicia contractual.

2.3. Ley de Garantías Mobiliarias (Ley N° 28677)

2.3.1. Antecedentes

La Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677 (en adelante LGM), publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 1 de marzo de 2006, y vigente desde el 30 de mayo de 2006, apareció con los mayores auspicios, promovida entusiastamente por el Ministerio de Economía y Finanzas y un grupo de estudiosos convocado por el mismo, planteando un sistema que podría tildarse de “revolucionario” por la radicalidad de algunos cambios, en comparación con el anterior esquema recogido en nuestra legislación civilista. Según su exposición de motivos, tiene como finalidad reformar integralmente el sistema de garantías reales mobiliarias que opera en nuestro país con el propósito de crear un sistema eficiente y ordenado que impacte positivamente el mercado financiero nacional; es decir, representa un intento por brindar un marco jurídico adecuado para las garantías sobre bienes muebles, evitando la dispersión de las diversas prendas especiales que existían antes de esta Ley.

En general, quienes promovieron la dación de la LGM, identificaban tres problemas que restaban eficacia a las garantías, los cuales podían distinguirse en función de la etapa en la que dichos problemas se manifestaban:

A. Problemas en la constitución de las garantías

Este problema se encuentra vinculado a los altos costos que supone constituir una garantía en el Perú, además de no promover que los bienes muebles sean revalorizados y, en

consecuencia, a través de ellos los sujetos puedan acceder al crédito. En tal sentido, una de las dificultades que han sido comúnmente destacadas es que el sistema de garantías en el Perú restringe el acceso al crédito al valor de los bienes inmuebles que se pudieran ofrecer como garantías.

B. Problemas en el rango de prioridad y el sistema de publicidad

Este problema se enmarca en lo que se conoce como perfeccionamiento de la garantía, manifestándose en la falta de seguridad que tiene el acreedor garantizado respecto de su rango de prioridad o, por fallas en la publicidad, en su incertidumbre respecto a si el bien ya se encuentra gravado. El registro de la propiedad y el de garantía, tienen sus propias reglas y requisitos; y al no encontrarse interconectados, se creaba el riesgo de que un mismo bien fuese inscrito en más de un registro. El ejemplo más claro era que un vehículo automotor podía ser, al mismo tiempo, objeto de prenda vehicular y de una prenda global y flotante.

C. Problemas en la ejecución de las garantías

Este problema se sitúa en que, es por todos conocidos que la ejecución de garantías se caracteriza porque es lenta y onerosa, acrecentando los riesgos del acreedor de no recuperar el monto que le era adeudado.

2.3.2. Características e innovaciones de la Ley de garantías mobiliarias

La LGM tiene las siguientes características (Cantuarias, Heywood y Nuria De la Peña (2000, p. 23):

- a) La ampliación de la constitución de garantías para incluir todas las operaciones de crédito y tipos de bienes y acreedores.
- b) El establecimiento de un único rango de prioridad de acreedores a partir de un registro simple de aviso de garantía.
- c) La modernización del sistema de registro sancionando un sistema de archivo de avisos de garantía.
- d) Reducir los costos y aumentar la celeridad en la ejecución de las garantías, incentivando la ejecución extrajudicial y validando el pacto comisorio.
- e) El establecimiento de un archivo electrónico de garantías, a efectos de ofrecer un sistema eficiente para el registro de avisos de garantías sobre bienes muebles.
- f) La sanción de regulaciones técnicas que establezcan estándares técnicos universales, para permitir competencia en la provisión de servicios de registro y para facilitar el acceso público a la información.

Según sus propulsores, la LGM establece las siguientes innovaciones:

- a) La garantía mobiliaria puede recaer, ahora, sobre todo tipo de bienes.

- b) Se elimina la posesión como requisito constitutivo, ya que la oponibilidad de la garantía se sustenta exclusivamente en el registro.
- c) La garantía mobiliaria establece un régimen único para todo tipo de bienes.
- d) Eliminación de 16 registros prendarios existentes y su reemplazo por un solo Registro Mobiliario de Contratos.
- e) Se crea un registro mobiliario de contratos, en el que se inscribirán las garantías sobre cualquier tipo de bien mueble, e incluso otros actos jurídicos.
- f) Se introducen figuras novedosas, como la garantía sobre todos los bienes del deudor, presentes o futuros.
- g) Se abaratan los costos de constitución.
- h) Se simplifica la ejecución, e incluso se permite el pacto comisorio.

2.3.3. Críticas al nuevo sistema

Dentro de las críticas o riesgos que se plantean respecto al nuevo sistema, pueden señalarse los siguientes:

- a) Posibilidad de que las entidades bancarias y financieras caigan en la tentación de solicitar innecesariamente al deudor que pide un préstamo, dar en garantía todo su patrimonio.
- b) Abusos que puedan darse por el establecimiento del pacto comisorio o la aplicación de la “garantía sábana”.
- c) Para Eduardo Laos de Lama, estamos ante un cambio dramático, en el que hemos transitado de un sistema pro-deudor a un sistema pro-acreedor, afectando la seguridad jurídica, por lo que

critica la aplicación de la figura del pacto comisorio y las libertades concedidas en la forma para recuperar el bien, en donde anota que podrían darse mecanismos abusivos.

- d) Otra crítica de Eduardo Laos de Lama, como Notario, es que en la parte constitutiva se soslaya relativamente la intervención notarial, preocupando la falta de referencia a la fecha cierta en la constitución, como también el hecho de que con el nuevo sistema habrá un doble costo por constituir el acto, por escritura pública y luego por formulario, tema que para evitar dudas y confusiones, propone aclarar en una modificatoria de la Ley o en el Reglamento, precisando que basta la escritura pública.
- e) Para María Murillo Peñaranda, al eliminarse la figura de la prenda del Código Civil, los sencillos procedimientos que antes había en Cajas Municipales, adonde las personas recurrían para dejar un bien y pedir un pequeño préstamo, ya no se podrían dar (al menos no con la fluidez de antes). Con la nueva Ley, la persona va a tener que llenar un formulario y seguir todos los demás trámites establecidos, complicándose el procedimiento.
- f) Otra crítica anotada por María Murillo, es que la garantía mobiliaria que se inscribe en el registro, en verdad debería llamarse hipoteca, es decir, hipoteca mobiliaria, tal como existe en otros países. La observación pone sobre el tapete una vieja discusión: “¿prenda sin entrega física o hipoteca mobiliaria?”.

2.3.4. Definición e importancia de las garantías mobiliarias

Las garantías son las medidas de seguridad que adopta o elige el acreedor en previsión que la obligación del deudor sea cumplida, pudiendo consistir la garantía en un derecho real de garantía, un contrato, una inscripción u otro tipo de garantía establecida en el derecho positivo de cada Estado, por lo que se puede afirmar que la garantía sólo se hace efectiva cuando el deudor no cumple con su obligación dentro del plazo pactado. La garantía puede ser constituida por parte del deudor o por parte de un tercero. (Torres, 2007, p.11),

Según el artículo 3 de la LGM, “la garantía mobiliaria es la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación. La garantía mobiliaria puede darse con o sin desposesión del bien mueble. En caso de desposesión, puede pactarse la entrega del bien mueble afectado en garantía al acreedor garantizado o a un tercero depositario. 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 monto del gravamen establecido en el acto jurídico constituido”.

Las garantías es un tema de vital importancia, no sólo es necesario conocer los contratos sino que también es importante saber cuáles

son las garantías existentes en cada Estado para posteriormente recién elegir dentro de dichas garantías cual se ajusta más al caso concreto o supuesto determinado.

En tal sentido, resulta indispensable comprender que el tratamiento de las garantías en el derecho positivo peruano rebasa las garantías reguladas en el Código Civil Peruano de 1984, denominadas en la doctrina las Garantías Tradicionales Reales (Libro V: Derechos Reales, que son la Hipoteca, el Anticresis y el Derecho de Retención), dado que también tenemos las Garantías Bancarias, establecida en la Ley de Bancos, en su artículo 172, llamada Garantía Sábana o Hipoteca Sábana o Hipoteca Abierta o Global, la cual se desarrollará detenidamente más adelante.

Es necesario resaltar que, las garantías facilitan el otorgamiento de créditos por parte de las Empresas del Sistema Financiero, empresas que además se valen de la información contenida en las Centrales de Riesgo a que se hace referencia en el artículo 158 de la Ley de Bancos, Ley N° 26702. En caso de no existir garantías sería más difícil para las Empresas del Sistema Financiero calificar como pasible otorgar un crédito a un cliente, es decir, de no existir garantías existiría mucha inseguridad al momento de otorgar un crédito bancario.

2.3.5. Derogaciones por la Ley de garantías mobiliarias

A partir de lo señalado por la Sexta Disposición Final de la LGM, se ha derogado y modificado numerosas normas legales y cuerpos

normativos, para el caso que nos ocupa, es importante subrayar que se derogó la Ley N° 27682, que modificó el artículo 172 de la Ley N° 26702 y la Ley N° 27851, Ley que modificó la Ley N° 27682, eliminándose de esta manera la hipoteca sábana de nuestro ordenamiento jurídico. Debemos anotar que el segundo párrafo del artículo 172 de la Ley de Bancos se mantiene vigente, el cual regula la forma de extinción de dicha garantía.

La LGM derogó, entre sus disposiciones finales, casi subrepticamente, a las Leyes N° 27682 y 27851, generando para algunos operadores jurídicos la duda sobre el régimen normativo aplicable actualmente a las garantías reales constituidas a favor de empresas bancarias-financieras. La respuesta esclarecedora la proporciona el artículo primero del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que representa al conjunto de normas matrices de nuestro ordenamiento legal, en particular del privado. Derogada la norma que a su vez derogó a otra, esta última no recobra vigencia; para este último efecto se requeriría de una declaración expresa del legislador: una restitución de vigencia, lo cual en la fecha, no se ha dado dicha declaración. (Ortega, 2010, p. 57).

Conforme a lo expuesto, tratándose de hipotecas en respaldo de operaciones crediticias la situación actual es que no está legalmente prevista la generación de hipotecas con coberturas tácitas tratándose de obligaciones (sean presentes, futuras o eventuales) no consideradas en el respectivo título constitutivo.

2.4. La Hipoteca

2.4.1. Concepto

Además de ser una garantía es un derecho real de garantía o derecho real accesorio, que en el Perú se caracteriza por recaer sobre bienes inmuebles, conforme a la clasificación de los bienes que establece el Código Civil Peruano de 1984. En otros Estados, como en España, la hipoteca puede recaer también sobre algunos muebles, en cuyo caso se le denomina hipoteca mobiliaria. En el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito de dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor.

La hipoteca consiste en afectar el valor de unos bienes determinados en garantía del cumplimiento de una obligación también determinada o determinable, donde el gravamen pesa sobre los bienes hipotecados tanto si son del deudor como si no lo son o dejan de serlo. (Puig, 1978, p. 59)

Entonces por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero, que no existe tradición y que el acreedor tiene los derechos de preferencia, de persecución y de venta, inherentes a los derechos reales.

El Código Civil peruano define a esta institución en su artículo 1097, el cual a la letra señala: "Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación propio o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al

acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado”. Al desbrozar sus elementos normativos tenemos:

- a) La afectación de un inmueble en garantía de una obligación.
- b) El otorgamiento de la garantía no implica la desposesión del bien.
- c) Otorga al acreedor los derechos de preferencia, persecución y venta judicial (*ius preferendi, ius perseguendi y ius distrahendi*).

Consideramos que, la definición legal que nos alcanza nuestro Código Civil es incompleta en su estructuración normativa. (González, 2007, p.797). Por cuanto falta lo siguiente:

- a) Que se trata de un derecho real de garantía (para no confundirla con la obligación principal).
- b) Que se constituye en seguridad de un crédito de dinero (como consecuencia del mutuo).
- c) Que opera como derecho accesorio (depende de la obligación principal).
- d) Que el gravamen sea de cantidad determinable o determinada (que cubra la deuda).
- e) Que tiene como objeto un bien inmueble determinado (recae sobre inmueble físicamente individualizado)

2.4.2. Caracteres

A. Accesoriedad

La hipoteca es un derecho accesorio a la obligación. La función de la hipoteca es garantizar una obligación crediticia, entonces, la obligación es la principal y su accesorio es la hipoteca, que le

procura seguridad. La suerte del derecho real está ligada a la obligación a la que accede. En consecuencia, si ésta nace, se transmite o se extingue, la hipoteca sigue el mismo cambio.

A través de este carácter se pretende explicar que la hipoteca depende de la obligación crediticia. Esta dependencia hace que carezca de vida jurídica propia o independiente. Tanto así, que se dice, donde hay hipoteca es porque existe una obligación a la que garantiza. De lo que resulta que la hipoteca no es un fin en sí misma, es un instrumento jurídico destinado para garantizar una obligación principal de la que depende inescindiblemente como derecho accesorio y que sigue la suerte y condición jurídica de la obligación crediticia.

No obstante, de acuerdo con el artículo 1104 del Código Civil Peruano, la hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual; es decir, el Código Civil admite que se pacten hipotecas para la cobertura de obligaciones no existentes a la fecha de constitución, lo cual, para nosotros, no supone una excepción al principio de accesoriedad.

El carácter accesorio no se confirma por la existencia del crédito al momento del nacimiento de la garantía, sino que establece que la hipoteca debe servir, en todos los casos y sin excepción, al aseguramiento de una obligación, ya sea ésta actual o futura. Se trata de un principio que revela el rol de la hipoteca: Este derecho es pactado en consideración y en seguridad de una obligación,

por lo que puede ser entendida como una titularidad autónoma al crédito.

Queda claro, entonces que, la hipoteca en garantía de obligaciones futuras no se opone al carácter accesorio de dicho derecho. También en estos casos existe accesoriedad, pues los créditos que posteriormente se contraigan por el deudor estarán cubiertos por la garantía, en virtud a que dicha hipoteca fue constituida para tal fin y no para ser un derecho autónomo e independiente a la obligación.

Nuestro Código Civil no ha sujetado la eficacia de la hipoteca sobre obligaciones futuras al nacimiento de los créditos, como sí lo ha hecho, por ejemplo, en el caso de las garantías mobiliarias. En efecto, de conformidad con el inciso 3 del artículo 20 y 21 de la Ley 28677, Ley de Garantías Mobiliarias, los cuales señalan:

Artículo 20.- Puede preconstituirse la garantía mobiliaria en los siguientes casos:

3. Para asegurar obligaciones futuras o eventuales.

En los casos mencionados, deberá dejarse constancia en el acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria del carácter ajeno o futuro del bien mueble o del carácter futuro o eventual de la obligación garantizada.

Artículo 21.- La eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida quedará sujeta a las siguientes reglas:

3. Tratándose de una obligación futura o eventual, a que en efecto se contraiga tal obligación.

A diferencia de lo que sucede con la garantía mobiliaria “preconstituida”, el artículo 1104 del Código Civil no establece

condición de ningún tipo para la validez y/o eficacia de la hipoteca que asegura obligaciones futuras, por lo que la hipoteca surge con todos sus efectos aun cuando las obligaciones garantizadas no hubieran nacido. Su eficacia no está atada al nacimiento de la obligación, sino que, por el contrario, existe un derecho real, válido y eficaz desde su constitución.

Obviamente, la hipoteca que cubre obligaciones futuras no puede ser ejecutada hasta que no exista la obligación garantizada, porque así lo exige el principio de accesoriedad. Sin embargo, mientras ello no suceda, permanece como una garantía real que despliega todos sus efectos legales.

La hipoteca existe, es un gravamen actual desde su constitución, y, por tanto, persigue al bien en cabeza de quien se encuentre. Está fuera de duda que esta hipoteca tiene efecto de “perjudicar o afectar a terceros”; es decir, éstos deben soportar la ejecución, aunque después de su adquisición surja la obligación futura. Y es que los terceros habrían adquirido el inmueble con la hipoteca inscrita, por lo que conocían –sin admitir prueba en contrario– que sobre el inmueble había una garantía que cubría un crédito potencial.

En efecto, en el escenario descrito, el tercero sabe que adquiere un bien gravado y que éste garantiza obligaciones futuras. El posterior nacimiento del crédito hace que la garantía se complete, transformándose en una hipoteca ordinaria, siendo plenamente oponible al tercero adquirente. La ejecución lo alcanza, sin

excepción. Y es que la hipoteca sobre obligaciones futuras tiene eficacia real a partir de su constitución y desde ese momento rige plenamente la persecutoriedad.

Asimismo, la hipoteca no puede ser objeto de transferencia de manera independiente o simplemente sola, si se produjera no tendría razón, porque tiene el carácter de accesoria y como tal se encuentra supeditada a las relaciones jurídicas de fondo, entre acreedor – deudor.

En consecuencia, no es posible transferir la hipoteca independientemente, no es un acto contractual; sin embargo, la obligación principal si es transferible inter vivos o mortis causa, a ella debe seguir la hipoteca.

En resumen, siendo la hipoteca un derecho accesorio, su suerte depende de la obligación crediticia; si ésta se extingue, aquella se acaba.

B. Especialidad

En Roma, la hipoteca podía recaer sobre la totalidad o integridad de los bienes del deudor como muebles e inmuebles, presentes y futuros, esta concepción de la hipoteca fue modificada por el derecho francés introduciendo el principio de la especialidad, el cual ha influido fuertemente en casi todos los Códigos Civiles modernos. Con la hipoteca caracterizada ya, por una fuerte especialidad, se puso término a la histórica hipoteca romana total e indiscriminada.

Se cambió a un régimen más justo y equitativo en el trato del acreedor y deudor hipotecarios, e incluso ofreciendo mayor seguridad y especial atención de la hipoteca frente al incumplimiento de la deuda.

Así, por la especialidad de la hipoteca la obligación del deudor debe ser determinada, o fijada de manera invariable. Toso esto, en cuanto a los bienes inmuebles.

El objeto de la especialidad de la hipoteca se expresa en dos variables: de un lado es la determinación o individualización precisa e inconfundible del bien inmueble sobre el cual recae la hipoteca; y de otro, es establecer el monto del dinero que garantiza. Asimismo, el objeto de este principio es evitar las hipotecas generales y las ocultas, y desde luego, hacer preciso los derechos de las partes y de los terceros con respecto a los bienes inmuebles afectados.

El principio de especialidad de la hipoteca se divide en: especialidad del crédito y especialidad del bien inmueble. Estas especialidades son inseparables y tienen gran incidencia en la validez de la garantía.

a. Especialidad del crédito

Partimos de que la hipoteca ostenta en esencia la naturaleza jurídica de derecho real; pero no deja de estar informada por este principio, por el cual, es la determinación exacta de la

cantidad de dinero objeto del préstamo, generando como efecto la exacta determinación de la obligación asegurada.

En el derecho moderno la especialidad es uno de los caracteres que distinguen a todas las figuras de esta categoría, como es la hipoteca, tocante al crédito que se trata de asegurar, es necesario individualizarlo cuidadosamente, tanto para que sea conocida y publicada la afectación, como con el propósito de fijar inequívocamente el privilegio frente a los demás acreedores. (Lafaille, 1944, p. 82).

El artículo 1097 del Código Civil Peruano, establece que se puede garantizar con la hipoteca cualquier clase de obligación, vinculada a una obligación de dar dinero; sin embargo, lo que aconseja la especialidad de la hipoteca es que, en todo caso, deberá ser determinado el monto cierto por el cual se garantiza y se grava el derecho de propiedad del deudor; es decir, se trata de la determinación de la obligación y la cantidad que comprende la obligación.

Esta especialidad la encontramos como requisito de validez de la hipoteca en el inciso 2 del artículo 1099 del Código Civil, el cual señala que, son requisitos de validez de la hipoteca que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable. En el primer caso, en una obligación determinada, las partes han definido con certeza la obligación respaldada en el acto constitutivo del gravamen, por ejemplo,

una hipoteca que garantiza un crédito de US\$ 50,000.00; mientras que, en el segundo caso, en una obligación determinable, las partes no han fijado con certeza el contenido de la obligación en el acto constitutivo, pero se han establecido los elementos para que esta se determine en un momento posterior, sin que se requiera un nuevo acuerdo de voluntades, por ejemplo, las partes acuerdan que la hipoteca cubrirá el saldo derivado de una relación jurídica determinada entre dos contratantes específicos.

En consecuencia, este requisito es imprescindible para la determinación de la obligación y de la cantidad o el monto por el cual se constituye el gravamen. En este orden de ideas, de acuerdo con el Código Civil, puede constituirse hipotecas en seguridad de obligaciones actuales o futuras, siempre que estas obligaciones sean determinadas o determinables. No se admite la indeterminación del crédito en la legislación civil, proscribiéndose fórmulas de aseguramiento generales, tales como aquellas destinadas a cubrir todas las obligaciones entre las partes, presentes o futuras, directas e indirectas. Dichas fórmulas sí son posibles con la hipoteca sávana, garantía de la que nos ocuparemos más adelante.

La determinación de la obligación y la cantidad del crédito debe darse expresamente en el acto de constitución de la obligación principal, que es el mismo acto para también identificar la garantía hipotecaria.

En conclusión, por la especialidad del crédito, sólo se puede constituir hipoteca sobre inmuebles determinados e individualizados, la determinación de la suma de dinero debe ser clara e inconfundible, en la escritura pública de constitución deben estar expresadas de manera separada o en cláusulas independientes cada especialidad de la hipoteca; y, si son varios los inmuebles cada bien será hipotecado.

b. Especialidad del bien inmueble

Esta especialidad significa que los bienes inmuebles hipotecados deben estar perfectamente individualizados o determinados. Por consiguiente, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- i) Para los bienes urbanos, se debe contar con los planos de ubicación y perimétrico, memorias descriptivas.
- ii) Para bienes rurales o de actividad agraria, se debe contar con el certificado catastral y la codificación del predio.

El carácter inmobiliario rige en la hipoteca en cuanto sólo recae sobre inmuebles determinados, así se desprende del artículo 1100 del Código Civil, al señalar que la hipoteca recae sobre inmuebles específicamente determinados. Asimismo, no puede haber hipoteca sobre bienes futuros (artículo 1106 del Código Civil). Como quiera que el principio de la especialidad se relaciona con la llamada “extensión” de la hipoteca, cabe indicar que según el artículo 1101 del Código Civil, la hipoteca

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.

C. Publicidad

Uno de los requisitos para la validez de la hipoteca, es que el gravamen se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble, conforme lo establece el numeral 3 del artículo 1099 del Código Civil.

La publicidad de la hipoteca conlleva a que ésa sea un derecho de constitución registral, porque al no existir desplazamiento de la posesión a favor del acreedor hipotecario, los terceros requieren de un mecanismo que les permita conocer la existencia del gravamen, de lo contrario, existirían hipotecas ocultas que afectarían el derecho no sólo de potenciales adquirentes sino, además, de posibles acreedores que confiaran créditos confiando en la situación limpia de gravámenes de los inmuebles del deudor.

Asimismo, a través de esta publicidad, el acreedor podrá dar a conocer su derecho, logrando el efecto de oponibilidad frente a terceros que tengan interés en el acto.

D. Indivisibilidad

Por esta característica, el bien o los bienes inmuebles, o cada parte de ellos responden por toda la deuda. La indivisibilidad de la hipoteca opera también en lo que corresponde al bien como unidad inmobiliaria, y en lo concerniente al crédito.

Esta característica tiene la siguiente proyección:

- a) Sobre el inmueble, aún cuando el inmueble se divida entre varios coherederos o copropietarios cada fracción continúa siempre sujeta al pago y ejecución por el total de la deuda. La unidad del bien inmueble para los efectos de la hipoteca se toma como un todo, conjuntamente con sus bienes accesorios e integrantes, así funciona el carácter de indivisibilidad de la hipoteca.
- b) Sobre el crédito, una de las consecuencias de la indivisibilidad de la hipoteca es que, la cancelación en partes de la deuda no da lugar a la extinción parcial de la deuda, por mucho que el pago sea en partes no se puede considerar fraccionada la deuda, es indivisible. Se paga todo o no hay pago, mientras no se realice el pago total de la obligación, ésta subsiste, y desde luego la hipoteca.

Este carácter, se halla regulado por el artículo 1102 del Código Civil, el cual señala, “la hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados”. La norma señala que el o los bienes inmuebles afectados con la hipoteca y los bienes a ellos vinculados como los accesorios e integrantes son indivisibles, estos y el bien principal deben mantenerse en unidad inescindible.

2.4.3. Extinción de la hipoteca civil

Toda extinción de la hipoteca está supeditada a la extinción de la obligación principal, pues lo accesorio jamás extingue lo principal. La hipoteca no tiene existencia en sí misma o no depende de ella misma; por consiguiente, carece de vida jurídica independiente, su presencia está orientada a los fines de la obligación principal o a servir de instrumento jurídico para la seguridad y garantía real de crédito.

En este orden de ideas, la forma normal de extinción de la hipoteca, como derecho accesorio, es cuando la obligación principal ha sido extinguida con la cancelación total del crédito a plena satisfacción del acreedor, de esta manera quedará extinguida no sólo la obligación principal, sino todas las que se hayan generado durante la vigencia de la garantía real. Sin embargo, el artículo 1122 del Código Civil, señala taxativamente las causales, siendo las siguientes:

1. Extinción de la obligación que garantiza.
2. Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación.
3. Renuncia escrita del acreedor.
4. Destrucción total de inmueble.
5. Consolidación.

Las causales enunciadas tienen aplicación inmediata entre las partes del negocio jurídico hipotecario; esto es, son plenamente oponibles inter-partes en la relación jurídica generada entre el constituyente de la garantía y el acreedor. Así, verificadas las

causales previstas en el artículo 1122 del Código Civil, la garantía perece de manera automática.

Ahora bien, en el entendido que estamos frente a un derecho de constitución registral, los efectos de dicha extinción hacia terceros están supeditados a su inscripción –cancelación–, tal como lo dispone el artículo 91 del Reglamento General de los Registros Públicos.

Las dos primeras causales del artículo 1122 del Código Civil están vinculadas estrechamente con la vigencia de la obligación garantizada; son consecuencias del principio de accesoriedad de la hipoteca, mientras que las demás causales extinguen el derecho real de hipoteca en sí mismo, con independencia de la vida del crédito asegurado.

En consideración a lo anteriormente señalado, vamos a pasar a desarrollar las causas que extinguen la hipoteca, expresando que en la doctrina de manera uniforme, sin apartarse de su regulación positiva, éstas son tratadas como indirectas y directas.

A. Causales indirectas

a. Extinción de la obligación que garantiza la hipoteca

La manera normal de extinción de la hipoteca es con el pago. El pago en materia de la hipoteca se entiende realizado sólo cuando se ha cancelado íntegramente la prestación (artículo 1220 del Código Civil). Si el deudor procede de esta manera, se extingue la obligación y como consecuencia deviene la extinción de la garantía que presta la hipoteca.

El artículo 1221 del Código Civil, contiene el principio de indivisibilidad del pago, sin embargo, por excepción puede efectuarse el pago de la obligación en forma parcial, pero sólo cuando lo autoriza el propio contrato o la Ley, lo que no significa entender como sinónimo la indivisibilidad del pago y la indivisibilidad de la hipoteca, no son equivalentes, pues lo indivisible es la hipoteca porque debe subsistir incólume hasta que la obligación haya sido totalmente cancelada por el deudor.

En cambio, la obligación si puede ser dividida, o puede ser cumplida en fracciones, pero esta forma de pago está sometida a la libertad del acuerdo entre las partes, caso contrario, el pago siempre será íntegro e indivisible.

Adviértase que la Ley exige para que opere la extinción de la hipoteca, que se haya producido la extinción total de la obligación principal; porque si se produce solamente una extinción parcial, la hipoteca se mantiene sobre la totalidad del inmueble.

b. La anulación, rescisión o resolución del contrato de mutuo con garantía de hipoteca

El Código Civil, en una sola causal, incluye instituciones que no son las mismas por sus efectos sustanciales como la anulación, rescisión y resolución del contrato de mutuo o crédito de dinero, acto jurídico conmutativo, oneroso, bilateral, consensual, formal, etc., que tiene como objeto principal, precisamente el

crédito o préstamo de dinero y, como derecho accesorio la garantía hipotecaria.

La Ley civil nos habla de anulación como causal de extinción de la hipoteca, la que debe entenderse como aquella en que la que está implícitamente la nulidad y la anulabilidad, desde luego que declara la nulidad del contrato de mutuo con hipoteca, por las causas previstas en los artículos 219, 220 y 1099 del Código Civil, o la relativa o anulabilidad previstas en los artículos 221, 222 y siguientes del Código Civil, la hipoteca como derecho real accesorio se acaba o se extingue.

En cuanto a la rescisión del contrato, que tiene por objeto dejar sin efecto el contrato por causal existente al momento de haberse celebrado (artículo 1370 del Código Civil). La rescisión afecta esencialmente la obligación principal, haciéndola desaparecer, y como consecuencia se extingue la hipoteca, que no puede sobrevivir por ser accesorio.

La resolución del contrato, opera cuando el acto contractual de crédito o préstamo de dinero con garantía hipotecaria, plenamente válido, deja de tener efecto por causal sobreviviente a su celebración (artículo 1371 del Código Civil). Declarado resuelto el contrato que contiene la prestación y la obligación principal, desaparece también la hipoteca.

B. Causales directas

a. Renuncia escrita del acreedor

Por la constitución del acto contractual el acreedor decide en acto voluntario y en el ejercicio de su libertad otorgar un crédito o préstamo de dinero, y por la otra parte el deudor decide, también voluntaria y libremente aceptar dicho crédito y garantizar el cumplimiento de este, otorgando hipoteca con el inmueble de su propiedad. En tal sentido, también es lógico pensar que, así como voluntariamente el acreedor decidió aceptar el gravamen, puede también decidir, por acto voluntario renunciar a la hipoteca, sencillamente decide no requerir ni exigir al deudor la garantía hipotecaria.

La renuncia a la hipoteca por parte del acreedor no implica ninguna afectación a la obligación principal; de ahí que, el mutuo o crédito de dinero puede existir legalmente sin hipoteca; es decir, sin garantía real.

La renuncia, al ser un acto de decisión que sólo corresponde al acreedor, debe ser expresa o por escrito, debiendo adoptar la misma forma que el contrato, por escritura pública con inscripción registral.

b. Destrucción total del inmueble

Para que haya extinción de la hipoteca fundada en esta causal debe tratarse de la destrucción total del inmueble; pues si el bien hipotecado se destruye parcialmente se mantendrá la hipoteca sobre la parte no destruida del bien. Si la hipoteca

versa sobre terreno o suelo no se puede hablar, en sentido estricto, de destrucción, menos de su totalidad. Pero si la destrucción es total, el acreedor puede adoptar las siguientes posiciones: exigir que se cumpla la obligación de sustituir el bien, con otro del mismo valor; hacer efectiva la extensión de la hipoteca de conformidad con el artículo 1101 del Código Civil, básicamente al importe de las indemnizaciones del seguro, si el bien está asegurado.

c. Consolidación

Funciona como uno de los modos especiales de extinción de las obligaciones. En la hipoteca la consolidación debe entenderse como una de las causales de extinción que se produce cuando en una sola persona se reúnen las situaciones jurídicas de propietario del bien inmueble objeto de hipoteca y de acreedor. Si el acreedor adquiere la propiedad o se hace dueño del inmueble obviamente deja de ser acreedor y deja de existir la hipoteca.

No se debe confundir la consolidación con el pacto comisorio, el cual se halla proscrito por la Ley (artículo 1111 del Código Civil), en la consolidación no se trata de ningún apoderamiento del bien en pago de la deuda, sino se trata de un acuerdo libre y voluntario para la transmisión del derecho de propiedad de parte del deudor y la aceptación del acreedor. El deudor-propietario en el ejercicio de la facultad de disposición que le

confiere el artículo 923 del Código Civil, puede transferir su derecho de dominio a favor de su acreedor, siendo así, se producirá jurídicamente la extinción de la obligación y de la hipoteca. Hora bien, si la consolidación cesa por la anulabilidad o nulidad, se restablecerá la separación de las calidades de acreedor y deudor que estuvieron reunidas en la misma persona (artículo 1301 del Código Civil).

Finalmente, la doctrina recoge otras formas de extinción de la hipoteca, entre ellas encontramos la Prescripción (la obligación de pagar una deuda que no ha sido exigida por el acreedor dentro del lapso indicado por el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil, ha prescrito), la venta judicial del bien hipotecado, el vencimiento del plazo estipulado para la garantía, entre otras.

2.5. El Sistema Financiero y Bancario en el Perú

2.5.1. Introducción

En el mundo, uno de los sectores más regulado usualmente es el sector financiero y bancario. En los países desarrollados la regulación del sistema financiero y del mercado de valores es sumamente compleja, densa y en muchos aspectos tan técnica que ni los propios técnicos lo pueden entender y quizás por esa razón algunos operadores «toman ventaja» y estructuran productos y servicios que se encuentran poco regulados.

Se entiende al sistema financiero como el conjunto de instituciones encargadas de la circulación del flujo monetario y cuya tarea principal es canalizar el dinero de los agentes superavitarios (ofertantes de fondos) a los agentes deficitarios (demandantes de fondos quienes realizan actividades productivas).

De esta forma, las instituciones que cumplen con este papel se llaman intermediarios financieros, utilizando instrumentos financieros como medio para hacer posible la transferencia de fondos de ahorros a las unidades productivas. Estos están constituidos por los activos financieros que pueden ser directos (créditos bancarios) e indirectos (valores), según la forma de intermediación a que se vinculan.

En nuestro país, el sistema financiero está regulado por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), Ley N° 26702. Esta Ley constituye el marco de regulación y supervisión al que se someten las empresas que operan en el sistema financiero y de seguros, así como aquellas que realizan actividades vinculadas o complementarias al objeto social de dichas personas.

Así, nuestro sistema lo conforman instituciones financieras, empresas e instituciones de derecho público o privado, debidamente autorizadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que operan en la intermediación financiera, interpretada como la actividad habitual desarrollada por empresas e instituciones

autorizadas a captar fondos del público y colocarlos en forma de créditos e inversiones.

2.5.2. Fuentes de financiamiento empresarial

Una empresa tiene dos clases de necesidades financieras básicas. Por un lado, está el financiamiento para las inversiones a mediano y a largo plazo, como ocurre con la adquisición de activos fijos por ejemplo, y por otro lado está el de capital de trabajo que una empresa requiere para financiar su actividad diaria y así generar ingresos.

Las empresas pueden obtener este financiamiento de varias formas. Así el capital social que proviene de los socios de la empresa debería establecerse en función a las necesidades de financiamiento de largo plazo. Este capital permitirá el inicio de actividades de la empresa dotándola de cierta infraestructura básica.

Cuando se trata de negocios de gran escala que requieren un capital social significativo, el mercado de valores ofrece la posibilidad de que los inversionistas atiendan dicho requerimiento patrimonial a través de las ofertas públicas. Pero el patrimonio no puede satisfacer todas las necesidades de financiamiento de la empresa.

Es por ello que, las empresas requieren financiamiento externo, es decir, se endeudan. Esta clase de financiamiento puede ser obtenido de varias fuentes, dependiendo de quién lo solicite y para qué finalidad. La fuente tradicional de financiamiento en el Perú es el sistema bancario. Existen fuentes de financiamiento distintas pero

que en la realidad peruana no constituyen una verdadera alternativa al financiamiento bancario, como es el caso del financiamiento directo de los proveedores y el endeudamiento a través del mercado de valores: bonos corporativos y papeles de corto plazo (Ministerio de Economía y Finanzas, 1999, p.5).

A. El financiamiento bancario

En los países desarrollados el financiamiento bancario contribuye de manera decisiva a la generación de riqueza. El banco es un intermediario entre los agentes superavitarios (depositantes) y los agentes deficitarios (personas y empresas que requieren financiamiento).

En ese sentido, los bancos prestan a sus clientes el dinero que reciben del público depositante. Es por esa razón principalmente que la actividad bancaria cuenta con regulaciones especiales que buscan proteger el ahorro del público que se deposita en los bancos. Es también esa la razón por la que el sistema financiero es supervisado por un ente regulador que vigila constantemente su correcto funcionamiento.

La protección de los depósitos determina que el marco legal aplicable a las actividades bancarias limite y controle los riesgos que asume cada banco al momento de prestar dinero. Así como también la regulación obliga a los bancos a diversificar su cartera de préstamos a diversos sectores productivos o empresariales, así como a controlar la magnitud de los préstamos que se hacen a una empresa o grupo empresarial en particular.

En tal sentido, la regulación obliga a los bancos a reducir sus riesgos en aras de proteger los ahorros del público; esto determina que no todas las personas, empresas o proyectos califiquen como clientes para financiamiento bancario.

Otra consecuencia es que el financiamiento bancario sea excesivamente oneroso en determinadas circunstancias en la medida en que el banco debe incurrir en costos de supervisión demasiado altos. Así, se puede afirmar que el financiamiento bancario no es necesariamente apropiado para todas las actividades empresariales sino sólo para aquellas que permiten al banco cumplir con los requerimientos de control y supervisión de la regulación bancaria, es por ello que, en algunos casos las empresas requieren fuentes de financiamiento alternativas al sistema bancario, que permitan llenar esos vacíos que un banco no puede satisfacer, como son el financiamiento a través de proveedores y al financiamiento a través del mercado de valores.

B. Condiciones para acceder a financiamiento

Existen distintas fuentes de financiamiento empresarial, en cada caso concreto, el acceso al crédito está íntimamente ligado al riesgo de incumplimiento que asume el acreedor. En efecto, nadie presta dinero para que no le paguen (peor aún si, como en el caso de los bancos, el dinero que se le presta corresponde a terceras personas, los ahorristas).

Así el acceso al crédito no sólo está relacionado con el número de personas y empresas que califican como sujetos de crédito, sino también con las condiciones del préstamo, es decir, a qué tasa de interés se presta el dinero. En ese sentido, el nivel de riesgo que ofrecen los deudores será determinante al momento en que el deudor fije la tasa de interés. A mayor riesgo, mayor costo para el deudor, y por ende, mayor tasa de interés.

Por tal motivo el acceso al crédito queda limitado a aquellas personas o empresas que ofrecen un riesgo “aceptable” para quien presta el dinero; esto se logra generalmente demostrando solvencia y/o con el respaldo de una garantía que asegure al deudor la recuperación efectiva de su dinero ante una eventual falta de pago.

Las condiciones básicas que debe reunir un deudor para acceder a un financiamiento: es la solvencia, es decir demostrar capacidad de pago, y; una garantía que asegure la recuperación del monto adeudado. (Ministerio de Economía y Finanzas, 1999, p.7)

2.5.3. Las garantías financieras

Debe entenderse por garantía a todo medio de reforzar el derecho del acreedor cuando el deudor no cumpla con la prestación por él debida. La garantía supone a su vez la existencia de una obligación, cuyo cumplimiento se asegura. Las garantías son mecanismos que permiten al acreedor reducir el riesgo de no pago al deudor. Así en

caso de incumplimiento, el acreedor se hace cobro de la deuda con el producto de la ejecución del bien.

Está establecido que las garantías constituyen un contrato accesorio vinculado a otro que tiene la calidad de principal y su finalidad es asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de este último contrato; así pues la garantía puede ser personal o real, la primera supone la participación de una tercera persona distinta al deudor que se obliga frente al acreedor a responder con su patrimonio en caso de incumplimiento. A esta tercera persona se le denomina fiador o garante, y si consta en un título valor se le llama aval. La garantía real, es aquella que recae sobre un bien para otorgar preferencia en el cobro, permitiendo al acreedor cobrarse la deuda en caso de no pago. Ese es el caso de la prenda y la hipoteca.

El artículo 172 de la Ley N° 26702 –Ley de Bancos- regula la llamada Hipoteca Sábana; así los bienes hipotecados, prendados o dados en warrant a un banco, respaldan todas las deudas directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas por el constituyente de la garantía o por el deudor del banco. De esta manera, la finalidad de la hipoteca sábana es dotar a los bancos de garantías suficientes para promover la inversión a través del otorgamiento de créditos. La constitución de garantías es uno de los mecanismos más importantes para el otorgamiento de créditos, por lo que a mayor cobertura, mayores son las posibilidades de que los créditos sean

concedidos. De otro lado, hay quienes señalan que al celebrar una garantía sábana reduce los costos de transacción para el otorgamiento de créditos debido a que no se requerirán nuevas negociaciones con el deudor, evaluaciones de riesgo, trámites como tasaciones o informes de títulos, ni gastos notariales y registrales, lo cual reduce, a su vez, el costo de acceso al crédito.

Una de las razones que se tuvo para eliminar la hipoteca sábana, en su primera modificatoria con la Ley N° 27682, es que los deudores estaban desprotegidos frente a los bancos, quienes abusaban de su posición, causándoles perjuicio económico. En definitiva, la regulación del artículo 172 tendría por objeto proteger a los deudores. Otros en cambio hacen referencia que un sistema de garantías debería proteger, preferentemente al acreedor; por eso en el caso de los bancos, el sistema de garantías debe proteger aún más al acreedor porque los bancos son las instituciones que dan financiamiento y lo que es más importante, con el dinero del público. En efecto, la actividad bancaria consiste principalmente en la captación de fondos bajo cualquier modalidad y su colocación en forma de créditos. Lo que hacen los bancos, entonces, es prestar el dinero de todos los depositantes. Por tanto, protegiendo a los bancos estamos protegiendo el ahorro del público.

Por la función que cumplen en la economía, y en especial porque prestan nuestro dinero, los bancos están sometidos a regulación especial, son supervisados y controlados y tienen una serie de

limitaciones. Por la misma razón, las garantías bancarias deben tener un tratamiento distinto al de las otorgadas en favor de personas o instituciones no financieras.

Si bien es cierto las garantías facilitan el acceso al crédito, permitiendo que más personas accedan a él, contribuyendo a reducir la tasa de interés. Del marco legal aplicable dependerá en qué medida se alcanza dicho propósito.

Los derechos reales de garantía se encuentran regulados en el Código Civil dentro del Libro V correspondiente a los Derechos Reales (Decreto Legislativo 295), el tratamiento de esta clase de garantías tiene una estrecha vinculación con lo normado por el Código Civil en materia de derechos de propiedad y de bienes en general.

2.6. La Hipoteca Sábana

2.6.1. Genesis legislativa

La hipoteca sábana no apareció por primera vez en la Ley N° 26702, Ley de Bancos, sus antecedentes se remontan a la Ley de Bancos de 1931, la que en su artículo 169 establecía: “Las prendas que se constituyeran a favor de un banco servirían 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 constituirse o que contraiga posteriormente, a menos que conste expresamente que la prenda se ha constituido únicamente para garantizar determinadas obligaciones”.

Asimismo, las fórmulas más próximas a la actual Ley de Bancos, estuvieron contenidas en el artículo 187 del Decreto Legislativo 637¹ (vigente desde el 26 de abril de 1991 hasta el 31 de octubre de 1993) y el artículo 175 del Decreto Legislativo 770² (vigente desde el 1 de noviembre de 1993 hasta el 9 de diciembre de 1996).

La redacción inicial del artículo 172 de la Ley de Bancos, Ley N° 26702, fue la siguiente:

Artículo 172.- Garantías respaldan todas las obligaciones frente a la empresa

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.

La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La extinción dispuesta por el artículo 3 de la Ley N° 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa.

¹ “**Artículo 187°.** -

A menos que exista estipulación en contrario, los bienes dados en prenda o hipoteca a 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 las afecta en garantía”.

²“**Artículo 175°.** - **Garantías Tácitas**

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”.

Con la dación de la Ley N° 27682, publicada el 9 de marzo de 2002, se dio la primera modificación al artículo 172 de la Ley N° 26702, Ley de Bancos, restringiéndose severamente la hipoteca sábana, casi al punto de desaparecerla, se decía que tal como estaba la norma se prestaba al abuso de los acreedores, ya que las garantías hipotecarias de los propietarios terminaban siendo ejecutadas por deudas que ni conocían al tiempo de otorgar los aseguramientos. Se dispuso que todas las obligaciones cubiertas deberían señalarse expresamente en el contrato y que además los terceros no podían garantizar deudas ajenas. El texto tenía la siguiente redacción:

Modificase el primer párrafo del artículo 172 de la Ley N° 26702, Texto Concordado de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema 2002, con el siguiente texto:

Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, solo respaldan las deudas y obligaciones expresamente asumidas para con ella por quien los afecta en garantía. Es nulo todo pacto en contrario. El subrayado es agregado.

Ante tal medida, se introdujo el segundo cambio, sólo siete meses después de la primera modificación, mediante Ley N° 27851, incorporándose nuevamente la hipoteca sábana al artículo 172 de la Ley de Bancos, pero con precisiones y limitaciones, disponiéndose lo siguiente:

Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía, siempre que así se estipule expresamente en el contrato.

Cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta del deudor, éstas solo respaldan las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía. El subrayado es agregado.

Posteriormente, mediante la Sexta Disposición Final de la Ley de Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677, vigente desde junio de 2006, se derogó la Ley N° 27682 y la Ley N° 27851, que conforme se señaló anteriormente, habían modificado el artículo 172 de la Ley de Bancos, disponiendo lo siguiente:

Quedan derogados (...) Ley N° 27682, que modifica el artículo 172 de la Ley N° 26702; Ley N° 27851, que modifica la Ley N° 27682 (...), así como todas las Leyes y demás disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Finalmente, el Pleno de la Corte Suprema en el VI Pleno Casatorio Civil, realizado el 03 de enero de 2013, ha establecido que ha quedado subsistente a la actualidad el texto primigenio del artículo 172 de la Ley de Bancos.

2.6.2. Tipología hipotecaria y la hipoteca sábana

A. Clasificación hipotecaria y contextualización de la hipoteca sábana

Las hipotecas pueden clasificarse con arreglo a distintos criterios, la clasificación relevante es la que atiende a sus requisitos, objetivos y, entre ellos, a la obligación garantizada, pues se efectúa según la aplicación estricta, o no, del principio de

especialidad. Así, se distingue entre la hipoteca de tráfico y la hipoteca de seguridad.

La hipoteca de tráfico, u ordinaria, es aquella en la que se garantizan obligaciones ya nacidas y perfectamente determinadas en todos sus extremos, de manera que también están perfectamente determinadas en la inscripción registral. En otras palabras, no hay nada determinable, todo está determinado.

Las hipotecas de seguridad, son aquellas en las que se garantiza una obligación de existencia dudosa o indeterminada en alguno de sus extremos, pero determinable por medios ajenos al registro, atenuándose, por exigencias prácticas, el principio de especialidad.

Esa indeterminación puede radicar en los siguientes elementos: el acreedor (hipoteca en garantía de títulos endosables o al portador, artículo 1108 del Código Civil); la obligación garantizada (hipoteca sobre obligación futura y legal, artículo 1104 y 1118, respectivamente del Código Civil y la hipoteca sávana) y la cantidad garantizada (hipoteca sávana).

Rápidamente pasaremos a desarrollar las hipotecas establecidas en nuestra legislación, distintas a la hipoteca sávana:

a. La hipoteca convencional o voluntaria

Esta clase de hipoteca nace de la libertad contractual que ejercitan las personas para el préstamo o crédito, se constituye

por acuerdo de partes, que son acreedor y propietario, entonces, sólo puede contraer una determinada obligación con garantía hipotecaria quien tiene la libre disponibilidad de sus bienes inmobiliarios (propietario), es posible provocar que la voluntad se expresa en un acto jurídico escrito.

La limitación al acto convencional es que no debe transgredir norma jurídica alguna de naturaleza imperativa o prohibitiva, porque ante ésta se pierde toda voluntad, para obedecer la de la Ley. Por consiguiente, el acuerdo expreso y voluntario de las partes, tratándose del mutuo con garantía hipotecaria, se materializa en un negocio o acto jurídico de carácter formal, que es condición *sine qua non* para su validez; a contrario *sensu*, el acto carecerá de existencia.

b. La hipoteca legal

La hipoteca legal es la que resulta exclusivamente de la Ley, es una creación puramente legal; es decir, se constituye por expresa disposición de la Ley en los casos que ella establece. Sólo serán hipotecas legales aquellas admitidas expresamente por las Leyes con tal carácter.

Lo que la Ley establece es conferir u otorgar el derecho a determinadas personas y en casos especiales, para exigir o reclamar constitución, por mandato legal. Por tanto, tienen vida jurídica esta clase de hipotecas cuando la Ley establece en qué casos se constituyen por su propio mandato.

La diferencia entre hipotecas legales y voluntarias radica en su origen, por nacer de la libre voluntad de los interesados, en el primer caso y por imponer su constitución la Ley, en el segundo.

Nuestra legislación civil, en su artículo 1118, señala que además de las hipotecas legales establecidas en otras Leyes, se reconocen las siguientes:

- i) La del inmueble enajenado sin que su precio se haya pagado totalmente o lo haya sido con dinero de un tercero.
- ii) La del inmueble para cuya fabricación o reparación se haya proporcionado trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se haya obligado a pagar.
- iii) La de los inmuebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los copropietarios.

c. La hipoteca unilateral

Es aquella proveniente de la voluntad unilateral que tiene por objeto garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador, en este caso se debe hacer constar en la escritura los detalles de la emisión de los títulos, que pueden ser entre otros, cédulas, bonos.

El Código Civil la regula en su artículo 1108, dispositivo que trata la hipoteca constituida para asegurar o garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador, bonos o cédulas

hipotecarias cuya emisión requiere de un fideicomisario, quien interviene como fiscalizador de las relaciones jurídicas y económicas entre el constituyente de la emisión y los bonistas.

La hipoteca unilateral, emana de una sola voluntad, que es la de quien ejerce el derecho de propiedad de un bien con el que garantiza o asegura la obligación asumida por la emisión de títulos endosables o al portador.

La hipoteca unilateral existe con anterioridad al crédito, significa que ella garantiza las obligaciones del propietario de los bienes hipotecados, antes de que esas obligaciones se hayan definido. En cambio, en la hipoteca voluntaria o convencional, su constitución nace con la obligación principal a la que garantiza, lo que no ocurre en la hipoteca que tiene por objeto asegurar títulos endosables o al portador, que emergen antes que se haya creado la obligación asegurada.

d. La hipoteca inversa

La Ley N° 30741, Ley que regula la hipoteca inversa y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 202-2018-EF, tienen por objeto normar el uso de la hipoteca inversa (hipoteca revertida, hipoteca al revés o *reverse mortgage*), como un medio que permita que las personas complementen sus ingresos económicos, mediante el acceso a un crédito con garantía hipotecaria cuyo pago será exigible recién al fallecimiento del titular o titulares del crédito.

La peculiaridad de esta forma de hipoteca es que garantiza el pago de un crédito que es exigible a partir del fallecimiento del titular del crédito y, en consecuencia, la ejecución de la hipoteca también es posterior al fallecimiento de este.

En otras palabras, esta hipoteca, como la convencional, permite a las personas que son propietarias de algún inmueble, afectarlo en garantía de un préstamo; sin embargo, el pago del crédito dado no es exigible sino hasta el fallecimiento del prestamista; así, si éste en vida no pagó el préstamo ni tampoco su familia después de su muerte, el acreedor puede ejecutar la hipoteca y cobrar lo prestado.

Esta hipoteca está pensada para proporcionar liquidez a las personas de la tercera edad y dependientes, pese a que la norma no lo enuncie expresamente, y lo busca mediante el desembolso de dinero por parte de una entidad acreedora autorizada que puede ser dado en una sola armada o mediante desembolsos periódicos en forma de renta.

El propietario del inmueble gravado se encuentra prohibido de enajenarlo, arrendarlo o constituir cargas y gravámenes sobre él sin autorización expresa de la entidad autorizada acreedora.

La entidad autorizada tendrá el derecho potestativo de declarar el vencimiento anticipado del contrato y exigir lo adeudado y ordenar la ejecución de la hipoteca si el inmueble hipotecado

fuese enajenado, arrendado, dado en comodato o se constituyeran sobre él cargas o gravámenes de forma no autorizada.

Entre los requisitos que debe cumplir el contrato de hipoteca inversa tenemos:

- a) Que el crédito se garantice con la hipoteca de un inmueble de propiedad del titular o titulares.
- b) Que el inmueble sea asegurado contra todo tipo de daño.
- c) Que la tasación del inmueble sea realizada por al menos dos entes especializados.
- d) Que los intereses a pagar se calculen sobre las cantidades del crédito efectivamente recibidas o dispuestas por el titular o titulares.
- e) Que el titular o titulares del crédito esté(n) facultado(s) a pagar el crédito anticipadamente, parcial o totalmente, sin penalidad alguna.
- f) Que el titular o titulares habite(n) el inmueble afectado y que únicamente pueda(n) enajenarlo, arrendarlo, y/o constituir cargas y gravámenes con autorización expresa de la empresa acreedora.
- g) Que, al momento de ejecución o resolución del contrato, el titular o titulares no tengan obligaciones que tengan preferencia de cobro sobre la hipoteca.
- h) Que el cobro del crédito se ejecute única y exclusivamente contra el inmueble hipotecado.

- i) Que al fallecimiento del titular o titulares la entidad acreedora, de acuerdo al plazo y otras disposiciones que prevea el reglamento de la Ley, ofrezca a la sucesión o a los legatarios, para que, facultativamente, cancelen el crédito y, consecuentemente, requieran que la entidad acreedora levante la hipoteca.
- j) Vencido el plazo mencionado en el párrafo precedente sin que se haya cancelado la deuda, la entidad acreedora se encontrará facultada para ejecutar la hipoteca y cobrar el crédito. De existir un saldo remanente luego de la ejecución del inmueble, este deberá ser entregado a los herederos o legatarios, de ser el caso.

B. Concepto y configuración de la hipoteca sábana

La hipoteca sábana, a raíz del VI Pleno Casatorio, en su texto primigenio se encuentra regulada en la Ley de Bancos en el artículo 172, que dispone:

Artículo 172.- Garantías respaldan todas las obligaciones frente a la empresa

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.

La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La

extinción dispuesta por el artículo 3 de la Ley N° 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa.

De la lectura del precepto transcrito se desprende:

a. Concepto

La hipoteca sávana es aquella que se constituye para respaldar todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, salvo estipulación en contrario.

En otras palabras, es aquella que es constituida por una persona natural o jurídica a favor de un acreedor bancario para garantizar operaciones de mutuo presentes y futuras; es decir, las que ya se hayan contraído y las que por cuestión de las operaciones comerciales habituales, puedan desembolsarse o concretarse en el futuro. Todas las operaciones, y todos los desembolsos serán garantizados mediante una única garantía que abarcará todas las operaciones, pueden también constituirse a favor o en beneficio de terceras personas y es una facultad únicamente de las entidades bancarias, no pudiendo ser pactada por personas que no pertenezcan al sistema financiero.

b. Elementos subjetivos

Como elementos subjetivos o partes contratantes, están el acreedor (empresas del sistema financiero), deudor, el hipotecante (garante) o el deudor hipotecante.

c. Elementos objetivos

Como elementos objetivos, será preciso determinar: la obligación garantizada, la duración de la hipoteca y la responsabilidad hipotecaria.

i. La obligación garantizada

En virtud del artículo 172 de la Ley de Bancos, podrá constituirse esta hipoteca para espaldar todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella, salvo estipulación en contrario. La identificación vendrá a través de su denominación y se deberá tener en cuenta los siguientes aspectos:

a) Pluralidad de obligaciones: conexión causal

Podrá constituirse esta hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones. Cabe la siguiente interrogante: ¿esas obligaciones han de tener una única causa o se admite que cada obligación garantizada responda a una causa diferente?

La legislación no señala nada respecto a la necesidad o no de nexo causal.

En atención a la mención de “todas” y “directas e indirectas” que incluye el precepto analizado, consideramos que no requiere un mismo nexo causal, por lo que se permite que las obligaciones garantizadas respondan a distintas causas.

b) Obligaciones existentes o futuras: determinación

Las obligaciones garantizadas pueden ser presentes o futuras y, en función de ello, su determinación se hará de distinta manera.

Con el efecto sábana se dio autorización para que, en garantía de los créditos bancarios, se pudieran emplear fórmulas generales de aseguramiento, admitiéndose la indeterminación del crédito en dichas relaciones jurídicas: La garantía incluye todas las obligaciones que el constituyente o deudor garantizado puedan contraer con el banco, sin tener la necesidad y/u obligación de describirlas. Todo crédito que se genere estará protegido por esta garantía, ya sea directo o indirecto, presente o futuro. Nada se escapa.

Por eso se emplea el calificativo de “sábana” para esta garantía. Y es que postula a un sistema de cobertura que permite que todas las obligaciones con una empresa del sistema financiero estén comprendidas en el gravamen, sin tener que identificar cada obligación garantizada. Con este tipo de garantía, se dota de un alcance extraordinario a las obligaciones garantizadas, comprende una gama indeterminada de deudas, procurando una óptima recuperación de los créditos otorgados con fondos provenientes del ahorro público.

ii. Duración de la hipoteca

Por regla general, por virtud del principio de accesoriedad, la duración de la hipoteca viene determinada por la de la obligación garantizada, frente a ello, en la hipoteca sávana cada obligación garantizada puede tener un plazo distinto, que incluso puede ser desconocido en el momento de la constitución.

La Ley de Bancos, no impone que la escritura de constitución establezca el plazo de duración de la hipoteca, por lo que la indeterminación en la duración de la hipoteca no puede ser admitida, en tanto que se debe evitar una amortización perpetua del bien hipotecado en favor del acreedor hipotecario.

El plazo de la hipoteca sávana, debe ser entendido como un elemento esencial cuya justificación, se incorpora en la flexibilización del principio de determinación de la hipoteca sávana, dado que ésta admite mayor indeterminación de las obligaciones garantizadas, por lo que, resulta necesario fijar un plazo máximo a la hipoteca, en beneficio de los titulares registrales posteriores sobre el bien, así como de los acreedores del dueño (hipotecarios o no), que posibilite el ejercicio de acciones de caducidad y que impida, en consecuencia, la amortización “perpetua” del bien hipotecado en favor del acreedor hipotecario

iii. La responsabilidad hipotecaria

La Ley de bancos no exige la fijación de la cantidad máxima de la que responde el bien hipotecado, siendo inadmisibles ya las indeterminaciones del crédito garantizado y de la duración de la hipoteca se les una la del gravamen.

La determinación de la responsabilidad hipotecaria tiene carácter esencial para las hipotecas de seguridad, entendiéndola como exigencia del principio de especialidad, así dicha exigencia radica en la protección de los acreedores hipotecarios posteriores a través de la aplicación del ya citado principio de especialidad.

2.6.3. La hipoteca sávana en el Derecho Comparado

La hipoteca sávana tiene su origen en ordenamientos jurídicos extranjeros a los que es preciso referirse y conforme también la denominan hipoteca flotante, global, ómnibus. Los sistemas continentales, aquellos que responden a un sistema causalista - con una regulación más estricta del principio de accesoriedad - rechazan esta figura; siendo los sistemas jurídicos abstractos los que las admiten.

A. Sistemas en los que predomina una concepción estricta del

Principio de Accesoriedad

a. En el Derecho Portugués

El derecho portugués, aunque admite que la obligación garantizada pueda ser futura o condicional, en su artículo 686

del Código Civil, aprobado mediante Decreto Ley N° 47344/66, de 25 de noviembre de 1966, modificado por Decreto Ley N° 329-A/95, acepta como incuestionable el axioma “una obligación - una hipoteca”. Así, la hipoteca no asegura los intereses o elementos accesorios al crédito salvo que consten en el registro (artículo 96 del Código do Registro Predial) y en ningún caso por plazo superior a 3 años, salvo que sean asegurados mediante nueva hipoteca (artículo 693); salvo pacto en contrario la hipoteca es indivisible, subsistiendo por entero sobre el bien y las partes, aunque el crédito sea dividido o se haya pagado parcialmente (artículo 696); la extinción de la obligación a que sirve de garantía, provoca la extinción de la hipoteca (artículo 730).

No se contempla, la reutilización o recarga de la hipoteca (es decir, la afectación del bien en seguridad de otro crédito del mismo acreedor hipotecario) porque estas únicas concesiones a la abstracción se hacen regir por las reglas de la cesión de créditos (artículo 727.1 y 729).

La doctrina portuguesa ha sido renuente a la admisibilidad de una hipoteca global, apelando, entre otras causas a la indeterminación del negocio jurídico (prohibido por el artículo 280 del Código Civil Portugués). Tampoco los tribunales se han pronunciado a favor de la fianza ómnibus.

b. En el Derecho Italiano

En el derecho italiano, el artículo 2852 del Código Civil, admite la hipoteca en garantía de crédito futuro o condicional. En relación con la hipoteca de créditos futuros, se permite con tal de que exista una relación jurídica de base en el seno de la cual surgirá el crédito o créditos.

Respecto de la obligación condicional, se utiliza el recurso de la eficacia retroactiva del cumplimiento de la condición a la fecha de la inscripción de la hipoteca.

B. Sistemas con una visión más laxa del Principio de Accesoriedad

a. En el Derecho Francés

En el derecho francés la posibilidad de constituir hipoteca en garantía de varias obligaciones, aún futuras, fue introducida en el capítulo de las garantías reales del Código Civil Francés mediante Ordenanza N° 2006-346, de 23 de marzo de 2006. El artículo 2421 del Código Civil Francés establece: “La hipoteca puede ser otorgada como garantía de una o más deudas, presentes o futuras. Si dichas deudas son futuras, deberán ser determinables. La causa se determina en el documento”.

Para muchos autores, la mencionada Ordenanza ha supuesto una importante modernización del sistema hipotecario francés, hasta entonces rígidamente causalista, señalan que, dicha modificación ha permitido cubrir con una única hipoteca una

pluralidad de créditos (incluso créditos futuros, hipoteca flotante), así como reutilizar una hipoteca existente para garantizar una ampliación del préstamo originalmente garantizado, ya sea el nuevo crédito concedido por el mismo acreedor original, o por uno nuevo, incluso una vez que el crédito original hubiera sido amortizado completamente (hipoteca recargable) y aunque la obligación que posteriormente viene a beneficiarse de la hipoteca no estuviera inicialmente prevista (ni descrita) en la escritura de constitución de la hipoteca.

Además, señalan que, la mayor innovación que supuso la citada Ordenanza en el derecho francés está en que en el acto constitutivo de la hipoteca no es preciso describir el crédito que puede llegar a cubrirse, crédito que puede en efecto derivar de una convención negocial futura (es por tanto, puramente futuro al tiempo de la constitución de la hipoteca), o preexistir a la hipoteca. La afección o integración en la garantía real, sin embargo, exige un acto notarial inscribible de forma tal que, en todo momento, la suma de los créditos afectos o cubiertos por la hipoteca (que pueden ser varios) tiene el límite del crédito identificado en la escritura de constitución.

En lo que se refiere a la hipoteca recargable, la normativa francesa exige el pacto expreso de recarga al tiempo de la constitución de la hipoteca (artículo 422 del Código Civil francés), al contrario de lo que hace la norma española (artículo

4 de la Ley 2/1994, conforme a la redacción introducida por la Ley 41/2007), en la que, toda hipoteca constituida después del 9 de diciembre de 2007 (fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2007) en garantía de un préstamo bancario y a favor de una de las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario es, potencialmente, susceptible de recarga.

La hipoteca recargable francesa tiene necesariamente carácter bilateral. Se crea mediante convención entre el propietario hipotecante y el acreedor inicial. Las hipotecas existentes antes del 25 de marzo de 2006 (fecha de entrada en vigor de la Ordonnance) pueden convertirse en recargables, mediante convención al efecto en escritura pública, que deberá anotarse en el registro mediante nota marginal (artículo 59 de la Ordonnance). El deudor conserva, en todo momento, la facultad de renunciar a la posibilidad de recarga, con un preaviso de tres meses (artículo 2423 del Código Civil Francés).

El notario autorizante de la recarga debe incluso certificar que el crédito garantizado no sobrepasa la parte de la responsabilidad hipotecaria prevista en el acto constitutivo que aún pueda quedar afecta a la garantía de créditos distintos del inicial.

El artículo 2422 del Código Civil Francés permite que la recarga beneficie a un acreedor distinto del original, incluso aunque el crédito del primero no haya sido completamente amortizado. Esta posibilidad obliga al legislador francés a regular las relaciones entre el acreedor original y aquél que se beneficia de la recarga, para otorgar preferencia al primero. Así resulta del artículo 2422 del Código Civil Francés, cuando establece que la publicación de la recarga determina, entre otros, el rango de los créditos inscritos bajo la hipoteca recargable.

La normativa francesa permite la recarga de la hipoteca durante un plazo máximo de cincuenta años (artículo 2434 Código Civil Francés) habiéndose ampliado.

En lo que a la hipoteca flotante propiamente hace referencia, la norma francesa, al contrario que la española, no reserva esta modalidad hipotecaria a las entidades bancarias o a las administraciones públicas. Se admite que la hipoteca garantice varias obligaciones, presentes y/o futuras, exigiendo únicamente, respecto de las futuras, que sean al menos determinables al tiempo de la constitución de la hipoteca.

b. En el Derecho Español

En el derecho español, la hipoteca está regulada en el Código Civil, en sus artículos 1857 y siguientes, y de modo específico la “hipoteca flotante” esta regulada en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de

1946, introducido por el artículo 11.4 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo de 1981, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

En el derecho español, la aprobación de la Ley 41/2007, tenía como objetivo flexibilizar los principios registrales y modernizar el mercado hipotecario español. Los productos hipotecarios introducidos fueron la hipoteca inversa, la hipoteca recargable y la hipoteca flotante.

Antes de la Ley 41/2007, se había denominado a esta figura “hipoteca global” u “ómnibus”, “hipoteca paraguas”, “sumidero”, “percha”, “sábana” o “flotante”. Se trataba de una garantía que se constituía en favor de una pluralidad de obligaciones o relaciones jurídicas, en principio indeterminadas (tanto en el número de ellas, como en cuanto al momento en que podrían constituirse o la cuantía que alcanzarían).

La Ley 41/2007, introduce un nuevo artículo, el 153 bis de la Ley Hipotecaria, que a la letra señala: “Artículo 153 bis. - También podrá constituirse hipoteca de máximo: a) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas, b) a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad

Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos. Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado. Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura. Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

De la lectura del precepto transcrito se desprende que: (i) La hipoteca flotante es aquella que se constituye “en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas”; (ii) Como elementos subjetivos, se limita la figura del acreedor a determinadas entidades financieras y a las entidades públicas; (iii) Como elementos objetivos, será preciso determinar: a) “su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en

el futuro las obligaciones garantizadas”; b) la responsabilidad hipotecaria máxima; c) “el plazo de duración de la hipoteca”; y d) “la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado”.

c. En el Derecho Americano

En el derecho americano, existe desde antiguamente la doctrina forense sobre la llamada cláusula “Dragnet”, “Anaconda” o “Mother Hubbard”. Se define como una disposición incluida en un contrato de préstamo o de hipoteca, que sujeta la cosa gravada a la seguridad de cualquier deuda pasada, presente o futura entre el deudor y el acreedor o sus beneficiarios.

Se trata, por tanto, de una cláusula de extensión de la hipoteca o garantía real constituida con ocasión de una operación concreta a todas las deudas del deudor a favor del acreedor hipotecario, sin que se especifique la fuente o naturaleza de las obligaciones, el plazo en el que puedan surgir, el importe máximo de cada una de ellas o el total de todas ellas (en valor absoluto o en un determinado momento), etc. Sólo la coincidencia subjetiva de las partes es relevante.

Existen precedentes jurisprudenciales en torno a esta cláusula desde finales del siglo XIX. En las sentencias más antiguas, la cláusula se ve con sospecha, principalmente cuando la hipoteca se concierne sobre una vivienda, en relación con un préstamo personal, y se pretende posteriormente buscar la

protección de la garantía respecto de una deuda empresarial o profesional.

En las sentencias más recientes, los tribunales americanos son reacios a aceptar la validez de estas cláusulas salvo en la medida en la que lleguen al convencimiento de que el alcance del gravamen respecto a la deuda se describe de forma que pueda colegirse o entenderse empleando diligencia y discreción normales. En algunos Estados, es irrelevante si la deuda que posteriormente se concierta y pasa a integrarse en la cobertura de la hipoteca se contemplaba (subjctivamente) en la mente de las partes al tiempo de la hipoteca, mientras que en otros importa.

Se ha llegado a aceptar la validez de estas cláusulas en relación con deudas preexistentes a la hipoteca, incluso aunque no aparezcan nominativamente descritas en la hipoteca, con tal de que los términos de la cláusula sean claros y siempre que no se dé una absoluta falta de relación entre la deuda y la hipoteca.

Respecto de las obligaciones posteriores a la hipoteca, en algunos Estados se niega la validez de la cláusula cuando se hipoteca una vivienda en garantía de un préstamo personal y posteriormente se intenta hacer extensiva la garantía a deudas empresariales. En otros Estados, por el contrario, la falta de relación o correspondencia de naturaleza entre las obligaciones

sólo es relevante si los términos de la cláusula son ambiguos, pero si no lo son, se acepta con toda contundencia la extensión de la garantía a la deuda posterior, incluso con diferente naturaleza.

Incluso aceptando la validez de la cláusula, se ha llegado a exceptuar su eficacia respecto de la parte de la cosa gravada propiedad del co-hipotecante que no ha suscrito o aprobado, expresa o tácitamente, la deuda futura del otro co-hipotecante.

En definitiva, y con algunas reservas, es posible afirmar que los tribunales americanos reconocen la validez y eficacia de estas cláusulas cuando se formulan con claridad, incluso en términos indeterminados o genéricos, y su aplicación al caso no resulta inequitativo.

d. En el Derecho Chileno

En el derecho chileno, la hipoteca sávana se encuentra contenida en el Código Civil Chileno, bajo la institución de “Cláusula de Garantía General Hipotecaria”. El sistema chileno define en el artículo 2407 del Código Civil, a la Hipoteca como el derecho de prenda, constituido sobre un inmueble que no deja de permanecer en poder del deudor; sin embargo, para muchos autores esta definición es confusa por cuanto no distingue entre el contrato y el derecho real de hipoteca y, aún más equipara a la hipoteca con la prenda.

El Código Civil Chileno permite garantizar con hipoteca obligaciones indeterminadas tanto en cuanto a su naturaleza como a su monto (artículo 2427), por otra parte, también garantiza obligaciones futuras, es decir, aquellas que no han adquirido existencia al momento de constituirse el gravamen. La cláusula de garantía general hipotecaria es una de las formas que puede adoptar la hipoteca, que participa a la vez de las dos características: es una hipoteca que garantiza obligaciones futuras e indeterminadas, según lo establecido en el Código Civil en sus artículos 2413, 2419, 2427, 2431, 2432.

En el derecho chileno, desde que el uso de la cláusula de garantía general se hizo una práctica común, los bancos acreedores que con más frecuencia utilizan esta modalidad hipotecaria, se han encargado de exigir siempre a sus deudores el otorgamiento de hipotecas con cláusula de garantía general para caucionar las respectivas deudas, no sólo a mutuos hipotecarios, es decir, a préstamos de dinero para la compra de inmuebles, sino todo tipo de transacciones bancarias, involucren inmuebles o no. Sin embargo, era más frecuente la exigencia de la cláusula en los mutuos hipotecarios, aun cuando no existieran otras deudas con el banco. Pero no era difícil encontrar casos en que los bancos exigieran la hipoteca general cuando se trataba de otro tipo de productos como los mutuos de consumo, cuentas corrientes.

Desde el 22 de septiembre del 2010, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras emitió la Circular N° 3.505 “Buenas Prácticas de Contratación”, la cual ha regulado algunas prácticas bancarias consideradas abusivas. La circular mencionada tiene por objetivo evitar la inclusión, en los productos masivos, de ciertas cláusulas que no se avienen con las “sanas prácticas de equidad” que se deben mantener con los clientes.

Dentro de las prácticas que la circular prohíbe se encuentran: la exención de toda responsabilidad por las fallas de sus sistemas, la exención de responsabilidad por el no cumplimiento de mandatos otorgados por los clientes para la contratación o renovación de las pólizas de seguro que el banco ofrece o exige, exención al banco mandatario de la obligación de rendir cuenta, hacerse responsable sólo de la culpa grave, modificación unilateral de los contratos sin previo aviso, el condicionamiento de la tasa de interés convenida en un mutuo hipotecario a largo plazo a la mantención de una cuenta corriente u otro producto, las denominadas “ventas atadas” en que la adquisición de un producto bancario va asociada necesariamente a la contratación de otro producto ofrecido por el banco como cuentas corrientes o tarjetas de crédito.

En la parte que nos interesa, el penúltimo párrafo de la circular 3.505 menciona lo siguiente: "En otro orden de cosas, cabe

recordar a las instituciones fiscalizadas, que, en los créditos hipotecarios en cualquiera de sus modalidades, la cláusula de garantía general debe ser siempre opcional para el cliente que se interese en caucionar otras obligaciones. En consecuencia, el banco no podrá incluir en el mutuo otras hipotecas que no sea la que cauciona el crédito que se contrata, salvo expresa solicitud del deudor”.

La circular en cuestión regula la utilización abusiva de la cláusula de garantía general impidiendo al banco o institución financiera obligar al cliente a aceptar dicha cláusula. De ahora en adelante, el cliente tiene la opción de aceptar la cláusula cuando le interese caucionar otras deudas que tenga con el banco.

2.6.4. Beneficios y desventajas

En teoría, la hipoteca sábana ofrece ciertos beneficios y ventajas, entre los que cabe mencionar a algunos señalados por Ferrando (2012):

A. Beneficios

- a) Reduce los costos de transacción, evita constituir nuevas garantías por cada nueva operación, evitando así nuevos gastos y demoras que en la práctica se trasladan y perjudican al deudor.

- b) Agiliza y facilita las operaciones de endeudamiento o crediticias, otorgándole celeridad a los desembolsos, sobregiros y similares.
- c) Es la única garantía idónea para operaciones complejas, en las cuales sólo son previsibles la naturaleza y metodología de las futuras operaciones singulares.
- d) Simplifica los procedimientos operativos del Banco.
- e) Reduce el riesgo del crédito.
- f) Abarata el costo del crédito.

Cabe señalar que, algunos de estos beneficios se han exagerado, si bien es cierto que, la hipoteca sábana reduce los costos de transacción, éstos no son tan altos como para persuadir al deudor de ofrecer siempre hipoteca sábana para todo tipo de operación crediticia. La simplificación de los procedimientos operativos es relativa pues las instituciones del sistema financiero están obligadas a revisar periódicamente la situación de las garantías constituidas en su favor, trámite obligado si el deudor pretende endeudarse por mayor cantidad que la acordada. En este caso, no hace gran diferencia examinar la suficiencia de la hipoteca sábana existente, que analizar la suficiencia de las nuevas garantías que se ofrecen, máxime si se trata de bienes ya gravados a favor del mismo Banco. La reducción del riesgo del crédito y el abaratamiento de su costo son beneficios relativos, pues en cualquiera de los sistemas de garantía bajo análisis, las instituciones del sistema financiero no prestarán a menos que

reciban garantías idóneas y suficientes, y en ambos casos, el proceso de ejecución de las garantías y las posibilidades de recuperación del crédito serán los mismos.

Lo que no se puede evitar de señalar es que cierto tipo de operaciones crediticias, por su naturaleza compleja, sólo pueden asegurarse con garantías genéricas o sábana, por la imposibilidad de precisar al momento de constituirse las garantías respectivas los aspectos puntuales de las obligaciones singulares cuyo cumplimiento será respaldado por éstas; y tampoco puede soslayarse que en ocasiones es el propio deudor el que quiere aprovechar las ventajas y beneficios de la hipoteca sábana, por más relativos que éstos sean.

B. Desventajas

- a) Por lo general, el deudor que requiere el crédito no tiene ninguna capacidad de negociación con la institución bancaria que le permita hacer prevalecer una estipulación contraria a la hipoteca sábana y finalmente si el deudor no se somete, no habrá crédito.
- b) Constituye un instrumento de concentración del crédito, pues está concebida para que el deudor continúe endeudándose en la misma institución financiera. Dicho de otro modo, con la hipoteca sábana el deudor no sólo hipoteca su presente crediticio, también hipoteca su futuro con la misma institución.

- c) Por la misma razón, la hipoteca sávana limita la libre competencia entre las instituciones del sistema financiero y limita dramáticamente el derecho de elección del deudor, ya que para una inmensa mayoría de empresarios que ya hipotecaron su futuro crediticio con algún banco, cambiar de banco resulta una meta casi imposible de alcanzar si carecen de la liquidez o el respaldo patrimonial necesario para comprar su independencia.
- d) Al no tener el deudor verdadera libertad de elección, muchas veces se ve en la práctica impedido de trabajar con la institución del sistema financiero que mejores condiciones crediticias le ofrece.
- e) Limita a las garantías de segundo rango, porque compromete al bien objeto de la garantía hasta por el monto del gravamen y no hasta por el monto de la obligación garantizada, perdiéndose esa importante diferencia entre uno y otro valor (valor libre) que el deudor podría haber utilizado para obtener otro crédito respaldado con garantía de segundo rango. Esta consecuencia resulta particularmente absurda en un país en el que a nadie le sobran los activos para ofrecerlos en garantía.
- f) Enerva el rango de las garantías, pues incluso las obligaciones futuras de cargo del deudor quedarán respaldadas con la hipoteca sávana de primer rango, aunque tales obligaciones hayan nacido con posterioridad a la garantía de segundo rango, haciendo a esta última inservible.

- g) Desincentiva la diversificación de las fuentes crediticias, pues tal como ha sido históricamente legislada, la hipoteca sávana sólo ha constituido un privilegio de las instituciones del sistema financiero, política que se inspira en la errónea idea de que los bancos son la única fuente del crédito y, por consiguiente, son los únicos que merecen protección legal.
- h) Desampara al tercero que con sus bienes garantiza al deudor, pues aun cuando tenga debido conocimiento de la clase de garantía que otorga y de sus consecuencias, en la práctica nunca es informado por la institución financiera a favor de la cual se constituyen garantías, de las nuevas obligaciones asumidas por el deudor cuyo cumplimiento quedó automáticamente respaldado por las garantías del tercero.

Ciertamente, gran parte de estas desventajas se hacen realidad sólo cuando la hipoteca sávana es impuesta al deudor o propietario de los bienes, no cuando es otorgada por éstos voluntariamente para mutuo beneficio con el banco.

2.6.5. Extinción de la hipoteca sávana

El segundo párrafo del artículo 172 de la Ley de Bancos establece lo siguiente:

La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La extinción dispuesta por el artículo 3 de la Ley 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa.

A diferencia del régimen general de la hipoteca, el artículo 172 de la Ley de Bancos ha dispuesto dos privilegios en cuanto al fenecimiento de la hipoteca sávana. El primero de ellos consiste en que a esta hipoteca no se le aplica el régimen de caducidad previsto en el artículo 3 de la Ley 26639; es decir, estas hipotecas no decaen por el paso del tiempo, como sí lo hacen las hipotecas ordinarias. El segundo privilegio concedido consiste en que su liberación y extinción requieren ser expresamente declaradas por la empresa acreedora.

De acuerdo con la disposición legal comentada, cancelado el crédito garantizado, la hipoteca sávana subsiste, no se extingue automáticamente como la ordinaria.

Los privilegios mencionados son parte de un régimen jurídico especial aplicable exclusivamente a las garantías bancarias, que tiene como propósito dotarlas de una fortaleza y vigencia particular, pues se entiende que dichos gravámenes protegen créditos otorgados con el ahorro público, el cual el Estado tiene el deber constitucional de fomentar y garantizar (artículo 87 de la Constitución).

En efecto y conforme la normativa especial, toda vez que, la hipoteca sávana permite la cobertura de obligaciones indeterminadas, esto es, puede ingresar cualquier crédito dentro su esfera global de aseguramiento (presente, futuro, directo o indirecto), la cancelación de uno de ellos no extingue la garantía, pues la

finalidad de dicho gravamen precisamente es continuar abierto, permanecer vigente aun cuando se hayan cancelado todas las obligaciones por parte del deudor, con miras a asegurar cualquier operación bancaria que pueda celebrarse en el futuro. Es por esto que, no es de aplicación el régimen ordinario de extinción previsto en el numeral 1 del artículo 1122 del Código Civil, sino que el legislador, en atención a la naturaleza jurídica de esta institución, ha dispuesto que dicha garantía deba ser cancelada expresamente por parte del acreedor.

Por tanto, cuando se trate de una hipoteca sujeta al régimen general, la cancelación de la obligación garantizada extingue la garantía de manera automática. Mientras que en el caso de la hipoteca sábana, será necesaria la declaración expresa del acreedor para su fenecimiento. ¿Esto significa que las garantías sábanas tienen vida eterna luego de la cancelación de todos los créditos?, por supuesto que no, por ello que, el plazo de la hipoteca sábana debe ser un elemento esencial, dado que, al admitirse una mayor indeterminación de las obligaciones garantizadas, incluso aceptando las que vengán a surgir de negocios explicitados, pero aún no concluidos, resulta necesario fijar un plazo máximo a la hipoteca, en beneficio de los titulares registrales posteriores sobre el bien, así como de los acreedores del dueño (hipotecarios o no), que posibilite el ejercicio de acciones de caducidad y que impida, en consecuencia, la amortización perpetua del bien hipotecario en favor del acreedor hipotecario.

Ahora bien, como hemos visto, el régimen de la Ley de Bancos se contrapone al régimen general en dos aspectos: En cuanto a la extinción de la obligación garantizada y a la caducidad del gravamen. Los demás supuestos de extinción de la hipoteca ordinaria son plenamente aplicables a la garantía sávana.

Es decir, siguiendo el artículo 1122 del Código Civil, este gravamen decae: (i) Cuando se anule, rescinda o resuelva la relación jurídica que sirve de fuente de las obligaciones garantizadas (numeral 2); (ii) cuando el acreedor renuncie por escrito al gravamen (numeral 3); (iii) cuando se produzca la destrucción total del inmueble (numeral 4); y, (iv) por consolidación (numeral 5).

La Ley especial no postula excepciones a las mencionadas causales, por lo que el régimen general despliega sus efectos sobre dichas garantías. Si dichos supuestos se constatan en un caso particular, la hipoteca bancaria decaería automáticamente.

Podrá decirse que, aún en esos casos, se requeriría la declaración expresa del acreedor, puesto que la norma postula que: “La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora”, sin distinguir la causa del decaimiento de la garantía.

Sin embargo, creemos que dicha exigencia (declaración del acreedor) está orientada únicamente a que la hipoteca subsista luego del pago de las deudas pendientes, en razón de la naturaleza

de la garantía. De lo contrario, se llegaría al absurdo de sostener que en el caso de la destrucción del bien, la hipoteca persiste porque el banco no la ha liberado, o que la nulidad del contrato de crédito no determina la extinción de la hipoteca, hasta que ello sea expresado por la entidad acreedora.

2.6.6. La hipoteca sábana frente a los Contratos por Adhesión

Hemos señalado que, por lo general el deudor no tiene capacidad de negociación frente al acreedor al solicitar un crédito bancario que le permita establecer negociación distinta a la hipoteca sábana, llegando al punto que si no acepta las condiciones del banco, no hay crédito; frente a ello, cabe la siguiente interrogante: ¿la hipoteca sábana es un contrato por adhesión?, a fin de responder, es necesario comprender qué es el contrato por adhesión.

El Código Civil peruano establece en el artículo 1390 que:

El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

De lo señalado en nuestra legislación civil se colige que, no existe igualdad de condiciones para ambas partes, por un lado tenemos a una parte que es la que desarrolla y estructura el contenido del contrato y, por otro lado, una segunda parte, que tiene simplemente que aceptar o rechazar.

Cabe manifestar que, el contrato por adhesión cumple una primordial función económica, al favorecer y facilitar de forma notable las

relaciones en el tráfico jurídico a través de la contratación en masa, se dispone como auténtico modelo estándar por el que el "oferente", previa redacción uniforme, impone el mismo contrato a varios "adherentes".

En este tipo de contratos las partes no pactan en igualdad de condiciones, es significativo el hecho de que una de las partes encuentra limitada la libertad de contratación como manifestación de la autonomía privada, dado a que, ejerce únicamente la "libertad de contratar", a decidir si acepta o no, pero no ejerce la "libertad contractual", es decir, a influir de manera decisiva en el contenido y regulación de la relación jurídica generada.

Este tipo de contrato, a nuestro parecer, sería insuficiente para regular o sustentar la hipoteca sábana por los siguientes motivos:

- a) Por el rol que cumple la hipoteca sábana, como garantía financiera y herramienta de recuperación crediticia, adicionándose su naturaleza, la misma que se orienta a ser una negociación interpersonal y no una negociación en masa.
- b) Por las propias limitaciones del contrato por adhesión; esto es, como acto voluntario no puede transgredir la ley, en este caso el régimen general de la hipoteca (Código Civil y Ley N° 26639); no puede dejar de lado los derechos que la ley declara inviolables (derecho de propiedad como punto de partida de la libertad de enajenación) y la protección de los derechos de terceros (derechos fundamentales y patrimoniales).

De lo señalado y en respuesta a la interrogante planteada precedentemente, la hipoteca sábana no es, ni debería ser un contrato por adhesión y viceversa.

2.7. Sexto Pleno Casatorio Civil

2.7.1. El VI Pleno Casatorio Civil – Antecedentes

El Sexto Pleno Casatorio Civil, fue publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de noviembre de 2014, Casación N° 2042-2012-Lambayeque. Fue dado en el proceso de ejecución de garantías reales iniciado por COFIDE, el 13 de mayo de 2008, contra Marciano Fernández Gonzáles y Aura Violeta Salas Gonzáles para que cumplan con pagarle la suma de S/ 311,915.66, más los intereses compensatorios devengados y por devengarse, con costos y costas del proceso.

Como anexos de la demanda se adjuntaron el testimonio de cesión y transferencia de bienes y garantías que realizó NBK Bank a favor de COFIDE, la escritura pública del otorgamiento de hipoteca, el estado de saldo deudor, la tasación actualizada del inmueble y el certificado de gravamen. La demandada Aura Salas Gonzáles plantea contradicción, contra el mandato de ejecución de fecha 14 de mayo de 2008, basándose en que la deuda se habría extinguido por fallecimiento del titular obligado Marciano Fernández Gonzáles, así como la inexigibilidad de la obligación por prescripción.

Tanto el 8º Juzgado Comercial (el 11 de agosto de 2011) como la Primera Sala Superior de Lambayeque (mediante auto de vista del 2

de mayo de 2012) rechazan los fundamentos de la contradicción, señalando que la muerte del deudor no puede llevar a la extinción de la obligación, así como tampoco se ha vuelto inexigible la deuda por extinción y no ha prescrito la obligación por cuanto la deudora no canceló toda la deuda, además que el pagaré fue renovado hasta en cuarenta oportunidades.

Contra la resolución de vista la ejecutada interpone recurso de casación alegando tres causales: a) la contravención al debido proceso por haberse incurrido en insuficiente motivación; b) la aplicación indebida del inciso 2 del artículo 1099 del Código Civil, al no constar expresamente en el documento de hipoteca la obligación dineraria y, c) la inaplicación del artículo 1099 del Código Civil, al no haberse garantizado ningún préstamo.

El 23 de julio de 2012, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema declara procedente el recurso de casación y ex officio, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, incorpora de manera excepcional la infracción normativa del artículo 1099, incisos 1, 2, 3 del Código Civil.

Finalmente, en la sentencia casatoria, el Pleno considera amparable la causal procesal y, por lo tanto, casa las resoluciones tanto la de vista como la apelada y reenvía los autos para que se dicte la nueva resolución, conforme a los precedentes establecidos, considerando que no se ha cumplido con analizar debidamente los medios probatorios, en especial el denominado saldo deudor, y tampoco se

ha exigido la presentación del original del pagaré materia de cobro debidamente protestado.

Para tal efecto, establece siete precedentes: los dos primeros de aplicación para la calificación de títulos ejecutivos que originan la ejecución de garantías; los tres siguientes dirigidos a regular la actuación del Juez de ejecución y, los dos últimos, referidos a la liquidez del mandato ejecutivo.

2.7.2. Los plenos casatorios en el Perú

Durante mucho tiempo el enfoque del valor de la jurisprudencia, en nuestro país como en muchos otros a los que, en su momento, se importó la tradición del *civil law*, se centró en el debate sobre si nos encontrábamos o no frente a una fuente del Derecho, si en ese mundo donde el dogma hablaba del juez como “la boca que pronuncia las palabras de la Ley” era posible introducir algún valor a los precedentes administrativos y judiciales y si ello comportaba o no una traición al dogma y a la identidad del propio sistema moderno fundada en el principio de legalidad y la radical separación de poderes (Arata, 2016, p. 9).

La teoría de la separación de poderes fue introducida por Locke y desarrollada por Montesquieu. Con el advenimiento de las ideas liberales se enarboló como bandera la supremacía de la libertad individual, pilar fundamental para el logro de la igualdad entre los hombres. El absolutismo monárquico había perpetuado la explotación del hombre por el hombre, de manera que había que

abolir este régimen y construir un nuevo Estado, en el que se plasmarían la libertad e igualdad ansiadas. Para garantizar ambos ideales debía atacarse el meollo del absolutismo: la concentración del poder.

Así, el poder estatal debía estar separado en tres vertientes fundamentales para la organización de una nación: Poder Ejecutivo, encargado de gobernar y administrar; Poder Legislativo, encargado de emitir las normas, y el Poder Judicial, encargado de decidir sobre los conflictos surgidos de la aplicación de las normas. El primero está personificado en el Gobierno, el segundo en el Parlamento y el tercero en el Órgano Administrador de Justicia.

Estos poderes del Estado debían actuar independientemente, sin entrecruzamientos, y debían controlarse mutuamente para evitar que alguno de ellos predomine sobre los otros y, rompa el equilibrio en el ejercicio del poder político, intrínseco al liberalismo.

En el caso del Poder Judicial, en el Perú, es claro que su función principal es administrar justicia (artículo 138 de la Constitución Política del Perú). La Constitución también le otorga funciones complementarias, precisamente de índole normativa: el derecho de iniciativa legislativa de la Corte Suprema en materias que le son propias (artículo 107) y derogar normas de nivel secundario o reglamentario a través de la acción popular (artículo 200, numeral 5). Esta última facultad implica que el Poder Judicial tiene potestad normativa negativa, es decir, puede derogar normas jurídicas.

La Constitución no confiere al Poder Judicial potestad normativa positiva, es decir, la facultad de crear o modificar normas jurídicas. Inclusive, ante defecto o deficiencia de la Ley, el juez no puede dejar de administrar justicia (emitir actos jurisdiccionales, no normativos) aplicando principios generales del Derecho (artículo 139, numeral 8). Esto demuestra que en ningún caso puede el juez subsanar las carencias de la Ley emitiendo normas propias. En ese sentido, el Poder Judicial sólo puede presentar proyectos de Ley.

Una vez que los estudios doctrinarios revelaron la importancia de las interacción entre la Ley y los órganos de aplicación de la misma, surgió en muchos países el interés por establecer la obligatoriedad de los precedentes jurisprudenciales, pues si ellos revelaban el contenido vivo del derecho era lógico pensar, en aras de la predictibilidad del Derecho, que los vacíos y las dudas resueltos por los órganos jurisdiccionales o administrativos en determinados casos concretos, sean afrontados del mismo modo en los posteriores casos similares. (Arata, 2016,p.10).

La jurisprudencia puede entenderse en sentido lato o estricto. En el primero, está constituida por las resoluciones judiciales que los magistrados emiten en ejercicio de la función jurisdiccional, cualquiera sea la instancia o nivel al que pertenecen. En el segundo, se circunscribe a las resoluciones judiciales emanadas del máximo tribunal en cada sistema jurídico (en el nuestro, la Corte Suprema de Justicia). Es en este sentido, un importante sector de la doctrina

entiende el término "jurisprudencia", desde la óptica sumamente funcional para efectos de determinar qué resoluciones judiciales son o no vinculantes. Precisando aún más este sentido estricto, podríamos decir que la jurisprudencia es la serie de decisiones judiciales emitidas por el máximo tribunal que resuelven de forma idéntica o análoga continuos supuestos de hechos análogos o idénticos.

En cuanto a su carácter vinculante, la jurisprudencia puede ser de dos clases: doctrina jurisprudencial o sentencias normativas. La primera no es vinculante para los tribunales superiores e inferiores, los que pueden apartarse del precedente cuando lo estimen conveniente. Es meramente referencial, carece de obligatoriedad, por lo que no es fuente de Derecho.

En cambio, las sentencias normativas sí son vinculantes para los tribunales superiores e inferiores, debiendo observar el precedente cuando tengan que resolver casos idénticos o esencialmente similares. Así, son fuente de Derecho, en esa medida, los principios de alcance general contenidos en las sentencias normativas constituyen pautas de aplicación e interpretación de las disposiciones pertinentes que deben ser observadas al momento de resolver en el futuro casos idénticos o esencialmente similares. Evidentemente, el máximo tribunal tiene absoluta potestad para modificar su propio precedente, fundamentando debidamente las razones del apartamiento. Ello resulta indiscutible partiendo del principio general de la necesaria motivación escrita de las

resoluciones judiciales (Constitución Política artículo 139, numeral 5).

Debe distinguirse conceptualmente entre el precedente vinculante y el stare decisis. Este supone que cualquier tribunal debe seguir sus propios precedentes en la resolución de casos futuros idénticos o análogos, no se refiere a que los precedentes de los máximos tribunales deban ser seguidos por los tribunales de inferior jerarquía. Ello más bien podría ser entendido como precedente vinculante en sentido estricto.

En principio, podría pensarse que no existen problemas en la aplicación del precedente vinculante, si es que el sistema jurídico de un país determinado lo permite. Simplemente, el tribunal inferior aplicará las pautas contenidas en los fallos del máximo tribunal, al momento de resolver casos idénticos o análogos a los que inspiraron aquéllos. Pero, podrían surgir algunos problemas concretos al momento de delinear el contenido del precedente vinculante, para efectos de extraer las pautas respectivas a aplicar en la resolución de los nuevos casos.

Así, por ejemplo, no es infrecuente que en nuestro sistema judicial se emitan las siguientes clases de resoluciones:

a) Que confirman los fallos emitidos por instancias inferiores sin motivar debidamente las razones de dicha ratificación ("por sus fundamentos, confírmese..."). Podría decirse que en este caso el contenido del precedente vinculante lo da la sentencia

inicialmente expedida. Definitivamente así tendríamos que asumirlo.

- b) Que tienen votos en mayoría en el mismo sentido, pero con fundamentos diversos. En este caso realmente sí es complicado determinar el contenido del precedente vinculante, pues no hay un fundamento que se imponga a los otros, lo que podría devenir en que finalmente no exista precedente que aplicar a casos idénticos o futuros.
- c) Que sus partes expositiva, considerativa y resolutive carezcan de coherencia interna. En principio, toda sentencia debe construir su parte considerativa en función a los hechos relevantes y, aquélla generar como consecuencia inmediata la parte resolutive, en un perfecto silogismo. Una sentencia que no siga estas pautas, además de probablemente ininteligible, será nula. En esa medida, no tendremos precedente vinculante.

En todo caso, es importante rescatar que lo medular en un fallo para efectos de la configuración de un precedente vinculante es la parte considerativa y no la resolutive, pues ésta sólo es derivación del razonamiento jurídico expuesto en la primera.

De otro lado, el precedente vinculante se sustenta en tres pilares: la protección de las expectativas patrimoniales, la seguridad jurídica y la necesidad de uniformizar los fallos. Todos ellos se subsumen en el principio de seguridad jurídica que, a su vez, se construye en función al principio de igualdad: casos iguales deben ser igualmente tratados.

Paralelamente se ha configurado una crítica al mantenimiento del precedente vinculante. Toda norma jurídica tiene vida propia una vez que es emitida, desprendiéndose de las consideraciones que originaron su contenido. En esa perspectiva, la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada prima sobre la "voluntad del legislador". En ese sentido, el contenido del precedente vinculante puede "petrificar" una interpretación de la norma aplicable emitida en un contexto totalmente distinto al del caso concreto que debe resolverse. Entonces, los jueces se ven en la necesidad de, teniendo presente el actual contexto, interpretar el precedente vinculante para observarlo formalmente, pero muchas veces desnaturalizando su esencia que ha devenido en anacrónica.

2.7.3. Regulación del precedente vinculante en el Perú

El artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante TUO LOPJ), aprobado mediante D.S. N° 017-93-JUS, dispone textualmente lo siguiente:

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones judiciales de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

Si bien la norma en mención señala inicialmente que las resoluciones emitidas por las Salas Supremas tienen el carácter de precedente vinculante para los tribunales inferiores, acto seguido precisa que éstos excepcionalmente pueden apartarse del precedente expresando las razones para ello. Entonces, las resoluciones en referencia no llegan a ser realmente precedente vinculante.

Además, en la parte final de la norma bajo análisis se consagra una excepción al stare decisis para la propia Corte Suprema: sus Salas Especializadas pueden cambiar sus criterios jurisprudenciales, motivando debidamente las nuevas resoluciones.

De otro lado, el artículo 80 numeral 4 del TUO de la LOPJ precisa que:

Son atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema Sistematizar y difundir la jurisprudencia de las Salas Especializadas de la Corte Suprema y disponer la publicación trimestral de las Ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

La norma en mención se ubica en un supuesto en que la Sala Plena de la Corte Suprema (reunión de todos los vocales supremos) es convocada para revisar las resoluciones emitidas por sus Salas Especializadas y escoger las que considere contiene principios jurisprudenciales de relevancia para el sistema judicial en general. Entonces, dichos fallos serán publicados como precedentes vinculantes, sin posibilidad que los tribunales inferiores puedan apartarse de los mismos. Sólo la propia Sala Especializada, en aplicación del artículo 22 del TUO de la LOPJ, podría modificar su precedente, el que necesitaría de una nueva Sala Plena para tener carácter vinculante.

Por su parte, el artículo 384 del Código Procesal Civil preceptúa lo siguiente:

Fines de la casación. El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema.

La casación propugna la uniformización de los criterios de juzgamiento de los tribunales a nivel nacional, a partir de la labor revisora que realiza la Corte Suprema. En esa medida, contribuye decididamente a consolidar la seguridad jurídica. Si bien los jueces de toda la República suelen cambiar sus criterios jurisprudenciales cuando alguna Sala Especializada Suprema se pronuncia sustantivamente sobre algún caso tipo en contra de aquéllos, la norma en mención no señala expresamente el carácter vinculante de

las resoluciones casatorias, por lo que no constituyen precedentes de obligatorio cumplimiento.

De otro lado, el artículo 400 del Código Procesal Civil, prescribe:

Precedente Judicial. La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno Casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno Casatorio. El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

Desde el año 1993 (año que entró en vigencia el Código Procesal Civil) hasta el año 2008, sólo se había emitido una sentencia vinculante, es decir, no se estaba cumpliendo de manera adecuada con unificar la jurisprudencia en el país. Así, la Comisión encargada de modificar los artículos de casación, señaló que “la predictibilidad de las decisiones judiciales es un objetivo que no fue alcanzado con la regulación del recurso de casación, prueba de ello es la ausencia de líneas jurisprudenciales en los distintos órganos jurisdiccionales, donde por el contrario existen decisiones contradictorias entre órganos jurisdiccionales para casos idénticos, todo lo cual contribuye a la generación de inseguridad jurídica”. Por ello, mediante Ley

29364 de fecha 28 de mayo de 2009, se dispuso que era necesario modificar el régimen de casación. En el caso del precedente judicial se dispuso que sólo se necesitaba la presencia de los magistrados civiles, con el fin de facilitar la creación de precedentes judiciales. A la fecha, se han emitido nueve precedentes judiciales; el 18 de octubre de 2018, se llevó a cabo la reprogramación de la Audiencia del X Pleno Casatorio Civil, en la Casación N° 1242-2017-Lima Este (materia: Reinvindicación), sobre el tema de la “iniciativa probatoria del juez” o “prueba de oficio” en la cual se anunció que la vista de causa quedó al voto, y que la sentencia será emitida en el plazo de ley, lo cual a la fecha no ha dado.

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

3.1. Discusión

Los resultados de esta investigación comprueban la hipótesis formulada y los objetivos trazados. En tal sentido, lo investigado indica que:

3.1.1. Referente a la pertinencia de modificar los artículos 175 y 179 de la Ley de Bancos

No existe una Ley que permita establecer contractualmente que los usuarios se obligan frente a las empresas del sistema financiero a no gravar, vender o enajenar sus bienes. Por consiguiente, los pactos existentes en tal sentido son nulos por contravenir una norma imperativa como es la contenida en el artículo 882, en aplicación del artículo V del Título Preliminar del Código Civil que prescribe que: “Es nulo el acto jurídico contrario a las Leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”.

Lo que existe, son prohibiciones legales, no contractuales, específicas de disponer o gravar los bienes dados en garantías reales a las empresas del sistema financiero en perjuicio de los usuarios financieros, procediendo en la medida que se prevea un perjuicio a los derechos de las empresas en su condición de acreedoras, lo cual, constituye el supuesto de hecho que debe considerarse a efectos de delimitar el alcance de disposiciones contractuales de esta naturaleza, en línea con lo señalado por la normativa especial. Esas prohibiciones son las establecidas en el

inciso 4 y 5 del artículo 175 y artículo 179 de la Ley N° 26702, Ley de Bancos, conforme se pasa a señalar:

- i) Conforme al inciso 4 del artículo 175, el deudor está prohibido legalmente, no contractualmente, de realizar actos de disposición o gravamen de los bienes dados en garantía. Si el deudor causa perjuicio al acreedor, impidiendo o dificultando el recupero del crédito, el acreedor puede solicitar la venta de los bienes afectados en prenda o hipoteca.
- ii) En armonía con el inciso 5 del artículo 175, el acreedor también puede solicitar la venta de los bienes afectados en prenda o en hipoteca, si el deudor, por cualquier título cede la posesión de estos bienes sin recabar la conformidad de la empresa acreedora. Esta es también una prohibición legal, no contractual, por tanto, el deudor no puede arrendar, dar en comodato, anticresis, usufructo, o cualquier otro título, los bienes afectados en hipoteca o prenda, sin recabar previamente la autorización de la empresa acreedora del sistema financiero.
- iii) Por disposición del artículo 179, el deudor está prohibido (prohibición legal no contractual) de realizar actos de disposición a título gratuito (donación, anticipo de herencia, etc.) de sus bienes (afectados o no en garantía), sin la previa comunicación escrita a la empresa acreedora del sistema financiero.

Las prohibiciones de disponer o gravar los bienes dados en garantía sin la intervención o aprobación previa del acreedor dispuestas en los incisos 4 y 5 del artículo 175 y en el penúltimo párrafo del artículo

179 de la Ley N° 26702, provienen directamente de la Ley y no de una cláusula de inalienabilidad. Que estas prohibiciones se hayan incluido o que se consignen en los contratos es intrascendente, porque igual operan por mandato de la Ley sin requerirse de pacto alguno, perdiendo el deudor el derecho a utilizar el plazo, puesto que el acreedor está facultado para solicitar la venta de los bienes que se les ha afectado en garantía con el fin de recuperar su crédito.

Si fuera de estas prohibiciones legales se han introducido otros pactos contractuales de prohibición de disposición o gravamen de los bienes afectados en garantía a las empresas del sistema financiero, tales pactos son nulos por violar la norma imperativa contenida en el artículo 882 del Código Civil.

Cabe mencionar que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, ha establecido condiciones que no corresponden ser incluidas en cláusulas generales de contratación que regulen operaciones y servicios con usuarios financieros, estableciendo la siguiente prohibición:

Ejemplo de cláusula general de contratación NO aprobada administrativamente:

EL/LOS CLIENTE/S se obliga/n a no celebrar ningún tipo de acto o contrato que afecte el/los inmueble/s que hipoteca/n, pudiendo EL BANCO, en caso de contravención por parte de EL/LOS CLIENTE/S a lo establecido en el presente párrafo, dar por vencidos todos los plazos concedidos para el pago y/o atención de la/s deuda/s y/u obligación/es que la/s hipoteca/s garantiza/n, exigir el pago de todo lo que se le estuviere

adeudando por la/s misma/s y proceder a la ejecución de la/s garantía/s conferida/s.

Por lo expuesto, no es pertinente la modificación o derogación de los artículos 175 y 179 de la Ley de Bancos.

3.1.2. Referente a que si se puede constituir la hipoteca sábana en razón del Código Civil

La Ley N° 28677 (Ley de Garantía Mobiliaria vigente desde junio de 2006), derogó las Leyes N° 27682 y N° 27851 que habían modificado el artículo 172 de la Ley de Bancos, como consecuencia de esta derogación, se entendía que el primer párrafo del artículo 172 había quedado derogado, y por consiguiente había desaparecido completamente la hipoteca sábana; y, únicamente quedaba subsistente el último párrafo del mencionado artículo que a la letra señala:

La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La extinción dispuesta por el artículo 3° de la Ley N° 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa.

Pese a esto, el Pleno de la Corte Suprema (VI Pleno Casatorio Civil), sin fundamento alguno, señala expresamente:

(...) Debe hacerse hincapié que posteriormente la Ley 27851 y la Ley 27682, fueron derogadas por la Sexta Disposición Final de la Ley 28677, publicada el 1 de marzo de 2006, vigente a los noventa días de publicación de la citada Ley;

siendo que quedó subsistente a la actualidad el texto primigenio del artículo 172 de la Ley de Bancos.

Frente a lo señalado, las instituciones financieras en la actualidad siguen celebrando hipotecas sábana, ante lo cual cabe la siguiente interrogante ¿el Código Civil puede regir la hipoteca sábana o puede constituirse una hipoteca sábana en razón al Código Civil? .

El Código Civil dispone, de un lado, que la obligación garantizada puede ser determinable (inciso 2 del artículo 1099) y, de otro lado, que la misma puede ser futura o eventual (artículo 1104). Así, en ciertos actos constitutivos se ha incorporado una declaración conforme a la cual las partes acuerdan que la hipoteca respalda cierto (o ciertos) créditos y, además, cualesquiera otros que se generen entre las mismas partes y por cierto plazo (criterio de determinabilidad asociado a la futuridad de la obligación respaldada). En otras palabras, se pretende que la hipoteca así pactada no sólo cubra las obligaciones actuales identificadas, sino además que se extienda a las futuras o eventuales, para cuyo efecto se enuncian de manera “determinable”.

Conforme lo establece la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la Sala Civil Permanente, mediante CASACIÓN 1271-2013- LIMA (de fecha 29 de noviembre de 2013); si bien es cierto el artículo 1104 del Código Civil establece que, “la hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual”, habiéndose señalado que con ello el acreedor protege “un rango o prelación respecto de la potencial ejecución de una obligación no existente”, permitiendo que

las empresas del Sistema Financiero no incurran en los gastos “que les demandaría constituir una garantía hipotecaria cada vez que se otorga una línea de crédito”; no significa que, éstas sean eternas y que puedan extenderse en el tiempo sin posibilidad de finalización alguna; dado que, de un análisis integral de los dispositivos del Código Civil se puede afirmar que toda hipoteca es susceptible de extinguirse, bastando para ello que exista cualquiera de las causales enunciadas en el artículo 1122 del señalado cuerpo legal, esto es, (i) extinción de la obligación que garantiza; (ii) anulación, rescisión o resolución de dicha obligación; (iii) renuncia escrita del acreedor; (iv) destrucción del inmueble; o, (v) consolidación.

Por consiguiente, la expresión “obligaciones directas o indirectas” o “presentes o futuras” no significa que la hipoteca perviva necesariamente; ella subsiste mientras haya una deuda vigente (que puede ser renovada, ratificada o modificada), pero cancelada ésta o concurriendo cualquiera de las otras causales señaladas en el artículo 1122 del Código Civil la hipoteca se extingue. Lo contrario originaría que la hipoteca se extendiera en el tiempo sin posibilidad alguna de extinguirla, con el consiguiente perjuicio del deudor y el favorecimiento impropio del acreedor.

Frente a lo sustentado, la respuesta a la interrogante es no, no se debe pretender legitimar los efectos sábana bajo los alcances del Código Civil.

3.1.3. Referente a la reviviscencia de una norma derogada

Para el VI Pleno Casatorio, según se sostiene en el considerando 48, último párrafo, el artículo 172 de la Ley de Bancos habría quedado subsistente: “(...) subsistente a la actualidad el texto primigenio del artículo 172 de la Ley de Bancos”.

¿Cómo el Pleno llegó a dicha conclusión?, no lo sabemos, dado a que en la sentencia no se ha desarrollado fundamentado ni se ha señalado nada al respecto, esto es, como una norma modificada, cuyos textos modificatorios sucesivos han sido derogados, puede “resucitar” y recobrar vigencia, cuando el legislador no dijo nada al respecto y es a raíz de la decisión del pleno.

Velarde (2016, p.214), quien cita a Díez- Picazo sostiene lo siguiente:

Existe a este respecto un notable grado de consenso en el sentido de que, en principio, no es posible la reviviscencia de las Leyes derogadas, incluso en aquellos ordenamientos en que no hay una norma prohibida expresa (...). La causa de la derogación estaría, así, en la Ley derogatoria y, en particular, en la nueva voluntad del legislador que le ha dado vida. Desde este punto de vista, el fenómeno derogatorio se reduciría a una mera interrelación de voluntades legislativas regidas por la regla de que la voluntad más reciente anula o elimina la más antigua; y, a partir del momento en que se acepta que toda cualidad de la Ley dimana de la voluntad del legislador, es forzoso concluir que una declaración de voluntad que ha sido anulada por otra posterior ha muerto y que no puede renacer por el mero hecho de que esta última

sea a su vez eliminada. Sería necesaria en todo caso, una nueva declaración de voluntad de signo positivo del legislador para que la antigua Ley en cuanto tal (...). De ahí que, como el acto de derogación suele estar incluido en una Ley que, además, contiene una regulación sustantiva que sustituye a la de la Ley que deroga, afirmar la reviviscencia pro-futuro equivaldría a sostener que el legislador ha querido simultáneamente -la Ley derogatoria es una sola- dar vigencia a la nueva regulación y a la regulación que había sido derogada por la Ley que se deroga. Eso sería manifiestamente absurdo. Por esta razón, hay que asumir que, cuando la disposición derogatoria está recogida en una Ley con regulación sustantiva, existe una norma implícita en la Ley nueva que excluye la reviviscencia (...). Menos complejo, desde un punto de vista dogmático, parece el otro supuesto en que una Ley derogatoria podría provocar la reviviscencia de Leyes derogadas, a saber: las Leyes puramente derogatorias, es decir, aquellas que se limitan a derogar una Ley anterior sin incorporar una regulación sustantiva en sustitución de la derogada. Cierta posición doctrinal confiere a este supuesto la virtualidad de producir la reviviscencia de la Ley derogada, ya que, si el legislador no puede querer el vacío normativo o crear deliberadamente una laguna, habría que suponer que también aquí hay una voluntad implícita de dar nueva vigencia a la Ley derogada.

En la legislación peruana, la reviviscencia de la Ley derogada no se encuentra permitida, conforme lo establece el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, el cual señala que “la derogación de una norma no hace recobrar vigencia a la que ésta hubiese derogado”; es decir, la Ley derogada no recobra vigencia automática y menos por la decisión de un Pleno Casatorio. De este modo, la norma

derogada queda con su vigencia definitiva extinguida, salvo que la norma que venga a derogar a la derogante disponga que recobre su vigencia.

En tal sentido, no se puede concluir, como lo hace el Pleno Casatorio, que por el hecho de haberse derogado las Leyes N° 27682 y 28677 (que modificaron el primer párrafo del artículo 172 de la Ley de Bancos), como simple consecuencia habría recobrado vigencia el texto primigenio del citado artículo, pues resulta evidente que eso no fue precisado por el legislador, conforme emerge del texto claro y expreso de la Sexta Disposición Final de la Ley de Garantía Mobiliaria. Pensar que se produjo la reviviscencia del artículo 172 sería ir contra el texto expreso de la norma derogatoria. En conclusión, hoy en día el artículo 172 de la Ley de Bancos solo está vigente en uno de sus extremos, que es el último párrafo, que no fue materia de modificación. (Velarde, 2016, p. 215).

3.2. Contrastación de la hipótesis

De lo hasta aquí desarrollado a lo largo de la presente investigación, con la información doctrinaria expuesta y la información legal presentada en los capítulos anteriores; hemos podido demostrar la hipótesis planteada.

El análisis doctrinario – legal realizado, nos ha permitido determinar lo siguiente:

3.2.1. La observancia expresa del principio de la buena fe

De lo investigado hemos podido verificar que, el argumento recurrente a favor de las normas limitativas en materia económica es

aquel en que las partes no siempre actúan libremente en sus negocios, y terminan vinculadas a condiciones que no aceptaron en realidad o que desconocían. Este argumento reposa en la asimetría que caracteriza a la contratación moderna, donde una de las partes tiene el control del proceso formativo del negocio. Una de las partes, normalmente la proveedora de bienes o servicios, redacta las condiciones del contrato, conoce la Ley a la perfección y avasalla con su aparato logístico al indefenso consumidor, por lo que este tipo de limitaciones, se debe impedir que se sigan formulando, incluso si la llamada “parte débil” estuviese de acuerdo con ello. Para el tema que nos ocupa, en la práctica, y por lo general, el deudor que requiere el crédito no tiene ninguna capacidad de negociación con la institución bancaria que le permita hacer prevalecer una estipulación contraria a la hipoteca sávana y finalmente si el deudor no se somete, no hay crédito.

La etapa previa a la celebración del contrato de crédito con garantía sávana, es de suma importancia, la misma que debe darse sobre la base de la Buena Fe como principio general rector del derecho, que supone la continua renovación de la comunicación entre los valores éticos, los formales e institucionales del Derecho, establecido en los artículos 168 y 1362 del Código Civil, que prescriben que “el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe” y que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

La buena fe objetiva en los contratos, importa que cada parte observe un comportamiento inspirado por el sentido de la probidad (conducta en el obrar, en el proceder con rectitud y lealtad, sin tratar de engañar a nadie o perjudicarlo y sin pretender hacer uso de los derechos o facultades con extremo innecesario rigor).

Una de las consecuencias del deber de obrar de buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente, lo que significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza. (Díez Picazo, 1962, p. 142)

En este caso, la buena fe, debe ser observada no sólo al momento de la configuración del contrato hipotecario, en el que se determina el objeto, o en su posterior desarrollo en el período de ejecución de las obligaciones contractuales, sino también en la etapa de negociación o tratativa. En tal sentido, la concreción de la buena fe en la celebración de una hipoteca sávana, supone que el acreedor debe comportarse de tal forma que impida que el fiador o garante pueda verse sorprendido por la concesión de crédito al deudor, sorpresa que puede darse por diversas circunstancias, entre las que

se encuentran, entre otras, el transcurso de un período de tiempo muy prolongado, el cese o cambio de la actividad empresarial del deudor, que el volumen de las deudas futuras supere a las que existían en el momento del contrato, que la garantía se afecte por un tiempo ilimitado.

El principio de lealtad y de buena fe, básicos en el Derecho Patrimonial, debe ser observado de forma, si cabe, más escrupulosa en este tipo de contratos, toda vez que al tratarse de una serie de relaciones dilatadas, tanto en el tiempo como es su contenido, han de ser interpretadas en el plano más objetivo de justicia conmutativa, en el que la buena fe, exigida en cada momento debe apoyarse en el idea de una solución justa conforme a la naturaleza de la obligación y los límites de su previsibilidad. (Alonso García, 2003, p.1413).

La buena fe contractual, como norma de comportamiento extiende autoridad y orientación a todo el ámbito contractual, incluso y como se sustentó precedentemente en la etapa de la negociación (precontractual), convirtiéndose en una columna importante del contrato

La buena fe da lugar a obligaciones adicionales a las convenidas por las partes, obligaciones que son inherentes a la relación contractual, y que en ningún momento entran a alterar su naturaleza, sino por el contrario, a ajustar el comportamiento de las partes a parámetros de lealtad, diligencia, honestidad, probidad, entre otros valores, los cuales son exigibles en todas las relaciones negociales.

Una forma de aplicar el principio de la buena fe a la relación contractual atendiendo a su función integradora, es afirmando la existencia de deberes contractuales que, aunque no han sido explicitados, se integran a la obligación principal declarada en el contrato o a su propósito práctico, como es el caso del deber de información contractual.

Entonces la observancia del principio de la buena fe en la celebración de un contrato de crédito con hipoteca sábana importa: La celebración del contrato con la información contractual suficiente, el cual deberá cumplirse de manera substancial y formal, para ello es necesario no solo que la información se exteriorice, sino que se exprese, de manera clara, de modo que ésta llegue a su destinatario en condiciones que le permitan hacer propio su contenido, para lo cual la información, especialmente sobre el “efecto sábana”, deberá estar dotada de tres características: claridad (expresar de manera inequívoca el contenido íntegro y enteramente comprensible de la operación económica proyectada), oportunidad (exigibilidad del deber de información en la fase precontractual de la hipoteca sábana) y transparencia (deber legal de declarar y hacerlo sinceramente, y entregar una información verdadera y sin datos reservados que pueden llegar a ser relevantes a la contraparte, de manera que tal información sea suficiente para formar un consentimiento apto para la celebración del contrato).

Lo anteriormente señalado se expresa en las obligaciones de asesoramiento al cliente, respecto al suministro de las explicaciones al deudor y/o garante para que pueda formar juicio sobre si el crédito o préstamo hipotecario que se le propone se ajusta a sus intereses, necesidades y a su situación financiera, debiendo acreditar el acreedor haber dado la asesoría previa de un profesional especializado, registrado ante la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), el cual deberá ser ajeno a la empresa acreedora.

El incumplimiento de la información requerida podría incluso ser constitutiva de una práctica comercial engañosa desleal.

La tarea fiscalizadora respecto del debido cumplimiento de las obligaciones impuestas al acreedor del crédito hipotecario, debe otorgársele a los notarios, obligándoles a denegar la firma de la escritura pública de constitución de hipoteca cuando el mismo no cumpla con acreditar lo señalado.

Incluso, se le impone al registrador la obligación de denegar la inscripción de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria cuando se incumpla lo señalado.

3.2.2. La flexibilización de la indeterminabilidad de la obligación garantizada en relación a las partes del contrato y respecto de las obligaciones que se garantizan

Del análisis correspondiente podemos afirmar que, la hipoteca sábana no es sinónimo de hipoteca que garantiza todo y de todos,

sin que ni siquiera el deudor o el acreedor puedan saber que ingresa o ingresará a ser coberturado.

Con la celebración de la hipoteca sábana no solo se garantiza obligaciones presentes o solo obligaciones futuras o eventuales; se aseguran al mismo tiempo obligaciones presentes, obligaciones futuras o eventuales u otras obligaciones distintas, sin importar su naturaleza, por ello se conceptúa que esta clase de hipotecas garantiza obligaciones indeterminadas en su tipo.

Con el efecto sábana se dio autorización para que, en garantía de los créditos bancarios, se pudieran emplear fórmulas generales de aseguramiento, admitiéndose la indeterminación del crédito en dichas relaciones jurídicas: La garantía incluye todas las obligaciones que el constituyente o deudor garantizado puedan contraer con el banco, sin tener la necesidad y/u obligación de describirlas. Todo crédito que se genere estará protegido por esta garantía, ya sea directo o indirecto, presente o futuro. Nada se escapa.

La Hipoteca Sábana no es sinónimo de garantizar todo y a todos; sin embargo, en el artículo 172 de la Ley de Bancos, se hace extensiva la indeterminabilidad, tanto a las obligaciones que garantiza, a la duración de la hipoteca y a la responsabilidad hipotecaria, lo cual no se debe permitir; por tanto postulamos a que dicha indeterminabilidad debe ser flexible, esto es, debe cumplir criterios mínimos de determinabilidad de la obligación.

Así, la determinabilidad obligacional puede lograrse:

- a) Haciendo referencia únicamente a una relación jurídica ya existente. Esta relación jurídica base puede contener un tipo contractual específico, típico o no. Será suficiente señalar, por ejemplo, que la hipoteca garantizará las obligaciones del suministrado derivadas de los contratos de suministro (contrato típico) que en el futuro celebre con el suministrante (a la vez sería el acreedor hipotecario), sin precisar ningún otro elemento. Como el suministro es un contrato típico, la ausencia de pacto expreso acerca de las obligaciones propias de dicho contrato es suplida por las que el ordenamiento legal predetermina.
- b) Haciendo referencia a las actividades habituales del acreedor, cuando éstas vengan determinadas por la Ley o del deudor.
 - b.1. Si la cobertura de la hipoteca está referida a las obligaciones que pueda adquirir el deudor como consecuencia de las actividades negociales habituales del acreedor, cuando éstas estén determinadas por la Ley. Así el artículo 221 de la Ley de Bancos, Ley N° 26702 contiene la relación de operaciones y actividades que pueden desarrollar las empresas del sistema bancario, financiero y de seguros, por lo que cabe pactar una hipoteca que respalde las obligaciones provenientes de cualquiera de dichas operaciones o servicios que en el futuro el deudor realice con una empresa del sistema.

b.2. Si la cobertura de la hipoteca está referida a las obligaciones que pueda adquirir el deudor como consecuencia de sus actividades negociales habituales.

No hay duda que la realización del riesgo contractual comprende que el fiador o garante sufra las consecuencias negativas de una conducta empresarial del deudor que no sea la idónea para la buena marcha de la empresa, o que el volumen de las deudas futuras superen a las que existían en el momento del contrato, pero la garantía prestada no comprenderá aquellas operaciones que deban considerarse como inusuales dentro de la actividad que realiza la empresa y por consiguiente resulten totalmente insólitas al desviarse notablemente de la actividad empresarial.

Cabe mencionar que, cuando el Registro demanda en las solicitudes de inscripción de hipotecas se acredite que las mismas garantizan obligaciones, lo que está haciendo es dar cumplimiento a lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 1099 del Código Civil, relativo a uno de los requisitos de validez de la hipoteca, concordado con el artículo 83 literal b) del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios; pero ello no quiere decir que se deba realizar la calificación de la obligación garantizada, porque los derechos personales, salvo excepciones previstas taxativamente, no son objeto de inscripción en el Registro. Por ello es que en el XII Pleno del Tribunal Registral se aprobó el precedente que señala:

ASPECTOS DE CALIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA CON HIPOTECA: "No corresponde al Registrador verificar la existencia ni la validez de la obligación cuyo cumplimiento pretende asegurar, sino únicamente la constatación de que en el acto constitutivo de la hipoteca se ha enunciado al acreedor, al deudor y a la prestación. En cuanto a la prestación, ésta deberá ser determinada o determinable".

Si en el acto constitutivo de la hipoteca no se han indicado las obligaciones garantizadas (no estamos hablando de la hipoteca para garantizar obligaciones futuras o eventuales o hipotecas sábanas, abiertas o globales, donde no va a ser factible que se precisen las obligaciones), lo que debe hacer el Registrador es observar para que se presente documento público en el que consten dichas obligaciones.

Queda descartada la tesis de que en la constitución de hipotecas sábanas, abiertas o globales basta que se consignen cláusulas como que la hipoteca "garantiza en general, cualquier deuda, obligación o responsabilidad, cualquiera sea su origen, sin reserva ni limitación alguna" u otras similares; por cuanto se ha adoptado la postura de que en tales situaciones se estarían garantizando obligaciones absolutamente indeterminadas.

3.2.3. La determinación del plazo de eficacia de la garantía

Del estudio y del análisis de la información obtenida, podemos afirmar que la hipoteca sábana no es un instrumento de afectación eterna ni una herramienta para convalidar situaciones abusivas; por

lo que, postulamos a que si: se cancelaron todas las deudas pendientes, habiéndose verificado el cumplimiento de la mismas, más el transcurrir del tiempo, reflejado en la intención de no continuar la relación con el banco, el deudor o garante puede exigir el levantamiento de la garantía; es decir, la garantía subsiste mientras exista al menos una deuda vigente, si esta última deuda es cancelada, más el transcurrir del tiempo y ya no hay deseo de ser renovada, la hipoteca sávana se extingue. De lo contrario, habría una hipoteca eterna, lo que supondría un “favorecimiento impropio al acreedor”.

En nuestra normativa, el régimen de la Ley de Bancos se contrapone al régimen general en dos aspectos: En cuanto a la extinción de la obligación garantizada y a la caducidad del gravamen. Los demás supuestos de extinción de la hipoteca ordinaria son plenamente aplicables a la hipoteca sávana. Es decir, siguiendo el artículo 1122 del Código Civil, este gravamen decae: (i) Cuando se anule, rescinda o resuelva la obligación que garantiza (numeral 2); (ii) cuando el acreedor renuncie por escrito al gravamen (numeral 3); (iii) cuando se produzca la destrucción total del inmueble (numeral 4); y, (iv) por consolidación (numeral 5). La Ley especial no postula excepciones a las mencionadas causales, por lo que el régimen general despliega sus efectos sobre dichas garantías. Si dichos supuestos se constatan en un caso particular, la hipoteca bancaria decaería automáticamente.

Podría decirse que, aún en esos casos, se requeriría la declaración expresa del acreedor, puesto que la norma especial postula que: “La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora”, sin distinguir la causa del decaimiento de la garantía. Sin embargo, creemos que dicha exigencia (declaración del acreedor) está orientada únicamente a que la hipoteca subsista luego del pago de las deudas pendientes, en razón de la naturaleza de la garantía. De lo contrario, se llegaría al absurdo de sostener que en el caso de la destrucción del bien, la hipoteca persiste porque el banco no la ha liberado, o que la nulidad del contrato de crédito no determina la extinción de la hipoteca, hasta que ello sea expresado por la entidad acreedora.

Mediante Resolución N° 232-2003-SUNARP-TR-L, el Tribunal Registral reconoció que el artículo 3 de la Ley N° 26639 introdujo una nueva causal de extinción de la hipoteca, adicional a las señaladas en el artículo 1122 del Código Civil, sin embargo la misma Ley de Bancos en su artículo 172, señala que lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa del sistema financiero.

No deja de ser discutible si la caducidad de la inscripción de la hipoteca constituye un verdadero beneficio para el deudor incumplido en desmedro del acreedor garantizado, ya que, el deudor estaría facultado para pedir la caducidad de la inscripción de la

hipoteca y, por tanto, extinguir la hipoteca con el simple cómputo del tiempo, sin que se acredite el cumplimiento de la deuda garantizada. Por lo que, amparar dicha pretensión, importaría admitir un abuso del derecho que la Ley no puede permitir, entonces en este sentido, no cabe la extinción de la hipoteca por caducidad.

Sin embargo, la orientación de la caducidad busca eliminar la inscripción de garantías que obviamente no podrán ser ejecutadas, debido al transcurso del tiempo y que además, afectan el sistema registral al publicitar hipotecas aparentemente vigentes pero sin sustento en la realidad. Asimismo, constituye una sanción para el acreedor negligente por su falta de diligencia para ejecutar la garantía constituida a su favor, o para renegociar la deuda, estableciendo nuevos plazos que permitan mantener la vigencia de la inscripción de la garantía.

Respecto a esta controversia, la Resolución Registral N° 232-2003-SUNARP-TR-L, señala lo siguiente:

La finalidad de la Ley N° 26639 con respecto a la extinción de la inscripción de hipotecas consiste en eliminar de las partidas registrales aquellas garantías reales que no puedan ser ejecutadas sancionando a la vez, la inacción del acreedor hipotecario, quien tiene expedita la vía, dentro del plazo de 10 años otorgado por la Ley, para renegociar el crédito otorgado, con lo que se daría origen a una renovación de la hipoteca con el establecimiento de un nuevo plazo para el cumplimiento de la obligación, o iniciar acción en vía judicial con el objeto de hacer efectivo el pago de la deuda, situaciones ambas que demostrarían la diligencia del acreedor, enervando la presunción de que transcurrido el

plazo señalado en la Ley, la hipoteca se habría extinguido como consecuencia del transcurso del término prescriptorio para iniciar el cobro de la obligación garantizada.

En consecuencia, más que beneficiar al deudor se busca sancionar al acreedor garantizado por su descuido al no exigir el cumplimiento de la obligación ya sea concertando un nuevo plazo para hacer efectivo el cumplimiento, o ejecutando la garantía constituida a su favor.

Generalmente en los contratos con hipoteca sávana se establece como duración de la garantía un tiempo ilimitado, no se reconoce el derecho al fiador o garante la posibilidad de poner fin a su relación contractual, por el transcurrir del tiempo, sin mediar voluntad de renovar y sin existir obligaciones pendientes de pago.

La existencia de este derecho es necesario y debe existir siempre, aunque no se haya pactado en el contrato de forma expresa, pues conforme se ha afirmado no puede admitirse la posibilidad de que las relaciones obligatorias sean perpetuas.

Esta facultad sería únicamente admisible, aunque ni la Ley ni el contrato lo autoricen de forma expresa, cuando la relación obligatoria de que se trate no tenga previsto un plazo de duración temporal, si por el contrario se estableció un término de extinción de la garantía, el fiador o garante permanecerá vinculado hasta que llegue el momento pactado.

El ejercicio de este derecho, de extinción automática de la hipoteca sávana, debe ser objeto de regulación.

A manera de conclusión, si el deudor no ha cumplido con honrar la deuda contraída, no puede excluirse del pago de esta, admitiendo la extinción de la hipoteca por caducidad; sin embargo, luego de haberse verificado la inexistencia de obligaciones pendientes, más el transcurso del tiempo (10 años, computados desde la fecha del pago de la última obligación) y el deseo de no renovar, la hipoteca sávana se extingue.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA: MODIFICACIÓN DE LA LEY DE BANCOS

4.1. Propuesta de modificación del artículo 172 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 (Ley de Bancos)

Se propone la modificación del artículo 172 de la Ley de Bancos, que a la letra señala:

Artículo 172°.- GARANTÍAS RESPALDAN TODAS LAS OBLIGACIONES FRENTE A LA EMPRESA: La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La extinción dispuesta por el artículo 3° de la Ley N°. 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa.

4.1.1. Proyecto de Ley N° ...

El Congresista de la República que suscribe,....., en ejercicio del derecho de iniciativa en la formación de las leyes que le confiere en artículo 107 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 74 y 75 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 172 DE LA LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL SISTEMA DE SEGUROS Y ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS, LEY N° 26702

**Por cuanto:
EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
HA DADO LA LEY SIGUIENTE:**

LEY N°..... QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 172 DE LA LEY GENERAL DEL SISTEMA FINANCIERO Y DEL SISTEMA DE SEGUROS Y ORGÁNICA DE LA SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS, LEY N° 26702

Artículo 1.- Modificación del artículo 172 de la ley N° 26702

Modifíquese el artículo 172 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y Del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, conforme el siguiente texto:

Artículo 172: GARANTÍAS QUE RESPALDAN LAS OBLIGACIONES Y SUS EFECTOS

Los bienes dados en hipoteca a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan una o diversas obligaciones existentes o futuras, asumidas para con ella por quién los afecte en garantía, salvo estipulación en contrario.

En la escritura de constitución, será suficiente se describa: de manera general los actos jurídicos básicos de los que deriven; en el caso de la cobertura de obligaciones futuras, éstas deben guardar conexidad con la relación jurídica base; la cantidad máxima de que responde el bien hipotecado, el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

La empresa del sistema financiero debe acreditar que previo al otorgamiento del crédito, ha dado asesoría, tanto al deudor como al garante, de un profesional especializado, registrado ante la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), el mismo que deberá ser ajeno a la entidad acreedora. El asesoramiento deberá suministrar, entre otros, la información

relevante a las garantías a respaldar, descritas en el primer párrafo, así como sus efectos.

Si habiendo transcurrido 10 años, computados desde la fecha del pago de la última obligación y luego de haberse verificado la inexistencia de obligaciones pendientes de pago, así como el deseo de no renovar, la garantía otorgada a favor de la empresa del sistema bancario se extingue.

Disposición final

Primera.- La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Lima,..... de.....de 2019.

4.1.2. Exposición de motivos

A. Descripción de la problemática

El régimen legal y por consiguiente la normativa de las garantías otorgadas a favor de las entidades del Sistema Financiero (Hipoteca Sábana), ha variado a lo largo del tiempo. Originalmente, el artículo 172 de la Ley de Bancos, publicada el 9 de diciembre de 1996, dispuso lo siguiente:

Con excepción de las hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios, los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a 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.

La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La extinción dispuesta por el artículo 3 de la Ley N° 26639 no

es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa.

El primer cambio fue introducido por la Ley N° 27682, del 9 de marzo de 2002, modificándose el artículo 172 de la Ley de Bancos, restringiéndose severamente la garantía sábana, casi al punto de desaparecerla, cuyo texto era el siguiente: Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant en favor de una empresa del sistema financiero, sólo respaldan las deudas y obligaciones expresamente asumidas para con ella por quien los afecta en garantía. Es nulo todo pacto en contrario.

Sólo siete meses después de la primera modificación, el 22 de octubre de 2002, mediante Ley N° 27851, se introdujo el segundo cambio, al artículo 172 de la Ley de Bancos.

El 01 de marzo de 2006, la Ley N° 27581 y la Ley N° 27682, fueron derogadas por la Sexta Disposición Final de la Ley de Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677.

Posteriormente la Corte Suprema, el 01 de noviembre de 2014, a través del VI Pleno Casatorio Civil, sin mayor fundamento concluye que ha quedado subsistente a la actualidad el texto primigenio del artículo 172 de la Ley de Bancos.

Hoy por hoy, la hipoteca sábana no tiene regulación expresa, su retorno se debe a un Pleno Casatorio Civil,

B. Fundamentos de la propuesta

a. Análisis jurídico

Preocupa legítimamente al Estado Peruano en su propósito de alcanzar el bienestar económico del país, el sistema financiero. Esta preocupación tiene consagración constitucional; tanto la Constitución de 1933 (artículo 13), la de 1979 (artículo 154), como la de 1993 (artículo 87) consagran normas expresas sobre la importancia del sistema financiero. Esta última señala que: El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La Ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y alcances de dicha garantía.

Es sabido que, el sistema financiero peruano está integrado por las diversas instituciones bancarias, financieras y demás empresas e instituciones de derecho público o privado, debidamente autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), que operan recibiendo depósitos del público y concediendo créditos con cargo a dichos depósitos.

Nuestro sistema financiero ha evolucionado grande y favorablemente a lo largo de los años, tiene sus orígenes modernos en el año 1996 cuando entró en vigencia la actual Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, aprobada mediante Ley N° 26702 (en adelante Ley de Bancos).

No obstante esa realidad, los cimientos modernos del actual sistema financiero, bancario y de seguros se remontan al Decreto Legislativo N° 637 (1991) y posterior Decreto Legislativo N° 770 (1993), mediante los cuales se aprobaron las leyes sobre instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros. Estas sucesivas leyes bancarias fueron muy importantes antecedentes a la actual Ley de Bancos y sirvieron como punto de partida para la regulación bancaria moderna.

La situación económica en nuestro país es compleja y el nivel adquisitivo de las personas es insuficiente para satisfacer sus necesidades de manera absoluta y directa, tal es así que, en algunas ocasiones se obliga a recurrir a las empresas del sistema bancario y financiero para solicitar un préstamo; asimismo, casi siempre existe la necesidad de recurrir a la concesión de un crédito bancario para hacer posible el desarrollo empresarial del deudor; por lo que, dichas entidades bancarias y financieras otorgan el crédito pero a costa de una garantía.

El crédito es un factor de importancia para la correcta marcha y progreso de la economía de un país, cuya protección es un valor fundamental en modelos constitucionales como el peruano, según el cual, los recursos del país son generados por operadores privados sobre la base del respeto de la propiedad y la libertad de empresa. Es una verdad que, en el

Perú la hipoteca sávana siempre se reguló como un instrumento del sistema financiero para el aseguramiento de los créditos, la idea ha sido que los bancos gocen de mecanismos expeditivos para asegurar la recuperación del crédito. La Constitución Política señala que, en el Perú rige una economía social de mercado que se sustenta en la generación de riqueza por parte de la iniciativa privada, para lograr esta meta se establecen dos componentes básicos de libertades económicas, como manifestaciones de la autonomía privada, que son: la propiedad y la libertad de contratos o negocios, son los dos pilares sobre los que se centra el ordenamiento económico que nos rige.

Un sistema de garantías eficaz se constituye en un medio para facilitar el financiamiento empresarial porque además de contribuir a disminuir el riesgo del acreedor también contribuye a generar un mayor número de fuentes de financiamiento. Ahora, ¿qué ocurre con las garantías?, son herramientas para asegurar el cumplimiento de obligaciones. El cumplimiento es parte de la libertad de contratos. De nada serviría que el sistema legal proteja la libertad para estipular prestaciones que luego podrían no cumplirse en la realidad. Por tanto la realización contractual o negocial es un elemento sustancial en el marco de nuestro sistema económico. Las garantías deben apuntar a la consecución de los objetivos constitucionales en materia económica.

Con la Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677, publicada el 1 de marzo de 2006 y vigente desde el 30 de mayo de 2006, cuya finalidad es la de reformar integralmente el sistema de garantías reales mobiliarias que opera en nuestro país con el propósito de crear un sistema eficiente y ordenado que impacte positivamente el mercado financiero nacional; se derogó las Leyes N° 27682 y N° 27851, que habían modificado el artículo 172 de la Ley de Bancos y por ende la normativa que regulaba la hipoteca sábana; como consecuencia de esta derogación, se entendía que el primer párrafo del artículo 172 había quedado derogado y por consiguiente había desaparecido completamente la hipoteca sábana, quedando únicamente subsistente el último párrafo del mencionado artículo, generando para algunos operadores jurídicos la duda sobre el régimen normativo aplicable a las garantías reales constituidas a favor de las empresas bancarias y financieras.

Hoy por hoy la hipoteca sábana no tiene regulación expresa, su retorno en su versión original es por un Pleno Casatorio Civil, por lo que en la actualidad las entidades bancarias y financieras siguen utilizando este tipo de garantía, incluso queriendo fundamentarla en las normas del Código Civil.

b. Relevancia práctica

Al cierre del primer mes del año 2018, la Asociación de Bancos del Perú (Asbanc) alcanzó los S/41.342 millones como saldo de

los créditos hipotecarios totales concedidos. Con esta cifra, se logró un incremento de 8,17% frente al año 2017 en el mismo mes. Así, la cartera hipotecaria registró su mayor tasa de crecimiento desde octubre del 2015; por lo que dichas cifras se traducen en que la hipoteca está creciendo como opción de financiamiento.

Cabe resaltar que, las obligaciones dentro de la legislación civil presentan una serie de problemática dado el caso que, muchos de sus argumentos doctrinarios se encuentran en el marco fáctico, es así que, en las obligaciones de dar y en especial aquellas referidas a dar bienes ciertos como en el caso de los bienes inmuebles otorgados en garantía, demuestran la apertura de un enfoque mucho más restringido frente al obstáculo que puede encontrarse cuando hay que determinar si la garantía real conferida resulta ser la suficiente para cubrir la obligación principal que se pretende asegurar en el tiempo (Savatier, 1950, p. 175) y más aún cuando se pretende garantizar no solo las obligaciones existentes sino las que posteriormente recurran al deudor.

La hipoteca sábana, es aquella que se constituye para respaldar todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, salvo estipulación en contrario. En otras palabras, es aquella que es constituida por una persona natural o jurídica a favor de un acreedor bancario para garantizar

operaciones de mutuo presentes y futuras; es decir, las que ya se hayan contraído y las que por cuestión de las operaciones comerciales habituales, puedan desembolsarse o concretarse en el futuro. Todas las operaciones, y todos los desembolsos serán garantizados mediante una única garantía que abarcará todas las operaciones, pueden también constituirse a favor o en beneficio de terceras personas y es una facultad únicamente de las entidades bancarias, no pudiendo ser pactada por personas que no pertenezcan al sistema financiero.

Por lo general, el deudor que requiere el crédito no tiene ninguna capacidad de negociación con la institución bancaria que le permita hacer prevalecer una estipulación contraria a la hipoteca sábana y, finalmente si el deudor no se somete, no hay crédito. Así, la hipoteca sábana es impuesta al deudor o propietario de los bienes, para respaldar no solo las deudas existentes sino también las que posteriormente recurran al deudor, no cuando es otorgada por éstos voluntariamente para mutuo beneficio con el banco; es ahí, donde se genera el inconveniente, pese a que la hipoteca sábana en su texto original admite el pacto en contrario.

No puede dejarse de lado que, cierto tipo de operaciones crediticias, por su naturaleza compleja, sólo pueden asegurarse con este tipo de garantía - hipoteca sábana - atendiendo a la imposibilidad de precisar al momento de su constitución los

aspectos puntuales de las obligaciones singulares cuyo cumplimiento será respaldado por ésta, contar con liquidez en ese momento o por la reducción de costos. Tampoco puede dejarse de lado que, en ocasiones es el propio deudor que elige utilizar este tipo de garantía, a fin de aprovechar las “ventajas” y “beneficios” de la hipoteca sábana, por más relativas que éstas sean.

No obstante, lo señalado, no puede respaldar la regulación de la hipoteca sábana tal cual, en su versión original, contenida en el artículo 172 de la Ley de Bancos; dado que, cómo permitir el retorno de la hipoteca sábana, en su texto original, si incluso en la Exposición de Motivos de la Ley N° 27682 (primera modificatoria) se explicaba que con dicha modificación, se buscaba eliminar prácticas abusivas y contrarias al ordenamiento constitucional y legal que diversas entidades del sistema bancario y financiero venían realizando en perjuicio de sus usuarios, toda vez que, el artículo 172 de la Ley de Bancos permite que las personas que afectan en garantía sus bienes a favor de una empresa del sistema financiero en respaldo de un deudor, se vean obligadas frente a dicha empresa por deudas pasadas e incluso futuras en las que ellas no intervienen y sobre las que podrían no tener conocimiento alguno, lo que a su turno constituye un despojo para aquellos garantes, que de buena fe, otorgaron garantías en el entendido que garantizaban una obligación puntual y previamente establecida.

En tal sentido, con esta propuesta legislativa se está mejorando las condiciones de la hipoteca sábana para que el deudor o el propietario del bien tengan verdaderamente, con el respaldo legal: la libertad de otorgar tal garantía sólo cuando hacerlo resulta conveniente, útil o necesaria para ambas partes o cuando la naturaleza de la operación lo exige, cuyos efectos sábana perduren sólo en la medida en que continúen siendo útiles para ambas partes; que no sea impuesta al deudor o propietario de los bienes, para respaldar no solo las deudas existentes sino también las que posteriormente recurran al deudor; que por efecto de estas afectaciones globales los bienes no dejen de ser atractivos para otras operaciones de intercambio o de garantía. Con lo descrito, se está dando medidas a favor del cumplimiento, orientadas al logro de una seguridad jurídica contractual real, ¿de qué manera, se logró?, determinándose los límites jurídicos a los que debe sujetarse la hipoteca sábana a fin que su constitución no transgreda los principios de libertad de enajenación y contratación, reflejados en: la observancia de las normas de transparencia en la contratación, esto es, certificar haber otorgado y recibido la asesoría previa de los alcances del efecto “sábana”, en base al principio de la buena fe; que la obligación garantizada esté determinada en relación a las partes del contrato y respecto de las obligaciones que se garantizan; la prerrogativa de levantar unilateralmente la garantía, o de que ésta se extinga

automáticamente pasado en un tiempo sin su utilización, determinándose el plazo de eficacia de la garantía.

Al cesar unilateralmente los efectos sábana de la garantía, todas las obligaciones nacidas hasta ese momento se mantendrían respaldadas por la garantía, pero las nuevas no, salvo que estuvieran expresamente determinadas o fueran determinables en el documento de constitución de la garantía respectiva, lo cual otorgaría a la institución crediticia, de ser el caso, el derecho de negar nuevos créditos al deudor si no constituye nuevas garantías, pero al mismo tiempo otorgaría al deudor la prerrogativa de renegociar las condiciones de los nuevos créditos, u orientar sus requerimientos crediticios hacia otra institución del sistema financiero, usando para ese efecto el valor libre de la propiedad rescatada de la garantía sábana. Con esta medida, el deudor podría recuperar su libertad, asumiendo las consecuencias de su decisión.

En efecto, la hipoteca sábana para su regreso y en su versión original, no debe transgredir la libertad de enajenación y contratación del deudor o garante, debiendo sujetarse a los límites jurídicos antes decritos.

C. Análisis costo beneficio

La presente propuesta legislativa no implicará costo para el Tesoro Público.

El beneficio derivado de la aplicación de esta norma es el fortalecimiento del sistema financiero, reflejado en mejorar la aplicabilidad real de la garantía financiera (hipoteca sábana) y en consecuencia un mejor y mayor acceso a la financiación. Asimismo, se dotará de seguridad jurídica al deudor o propietario del bien, entorno a ejercer la libertad de enajenación y de contratación sin restricciones.

Además, de:

- a. Evita que las entidades del sistema financiero adopten medidas adicionales para formalizar las garantías que se constituyan en resguardo de los créditos que se otorguen y del ahorro del público;
- b. Dará fluidez a los préstamos;
- c. Preserva la estabilidad jurídica del país;

D. Efecto de la vigencia de la norma en nuestra legislación nacional

La norma propuesta permitirá cubrir el vacío en cuanto al régimen normativo aplicable a las garantías reales constituidas a favor de las empresas bancarias y financieras, como es la hipoteca sábana.

En este sentido, el proyecto incluye la propuesta de modificación de la Ley General del Sistema Financiera y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702

CONCLUSIONES

1. Para que retorne la hipoteca sábana, en nuestra legislación, debe modificarse el artículo 172 de la Ley de Bancos, estableciéndose límites jurídicos orientados a que esta garantía financiera no transgreda los principios de libertad de enajenación y de contratación del deudor o garante.
2. La observancia expresa del principio de la buena fe, como límite jurídico de la hipoteca sábana, se trasluce desde la etapa precontractual, a través del “Deber de Información” – “Asesoramiento Previo” debidamente acreditado, concretizado como el deber de seguridad por parte del acreedor, para restablecer la igualdad del conocimiento entre las partes (el que conoce informa) y la formación adecuada de dicho conocimiento (información clara, oportuna y transparente); lo que conduce al pleno ejercicio de la libertad de contratación en su doble contenido: la libertad de contratar y la libertad contractual.
3. La hipoteca Sábana no es sinónimo de garantizar todo ni a todos, la flexibilización de la indeterminabilidad de las obligaciones a garantizar, como límite jurídico; se logra haciendo referencia, en el título constitutivo, a la actividad habitual de las partes y a la obligación que se garantiza (relación jurídica base).
4. La hipoteca sábana no es eterna, por ello postulamos a que se debe determinar el plazo de eficacia de la garantía como límite jurídico, en donde si se cancelaron todas las deudas, habiéndose verificado la inexistencia de

las mismas, más el transcurrir del tiempo de 10 años y el deseo de no renovación, la hipoteca sávana se extingue.

5. No es posible legitimar los efectos sávana bajo las normas del Código Civil, si bien es cierto, la normativa civil establece como requisito de validez de la hipoteca, que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable (inciso 2 del artículo 1099) y permite la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o eventuales (artículo 1104); no contempla la posibilidad de constituir hipoteca en garantía de varias obligaciones, enfatizando el carácter único de la obligación garantizada (artículo 1122) y la reducción judicial del monto de la hipoteca (artículo 1116).
6. Ningún acto jurídico, cualquiera sea su naturaleza, puede limitar la libertad de enajenación, entendida como la facultad reconocida por la legislación al propietario para ejercer su poder jurídico de disponer y gravar el bien; sin embargo, esta libertad no es ilimitada, los límites están contenidos en la ley; por lo tanto lo señalado en el inciso 4 y 5 del artículo 175 y el artículo 179, no constituyen cláusulas de inalienabilidad.
7. La función principal del poder judicial es administrar justicia y ante el vacío y deficiencia de la ley, el Juez no debe dejar de administrar justicia, en tal caso debe aplicar los principios generales del Derecho y el Derecho Consuetudinario más no crear o generar normas. La no reviviscencia de la norma derogada se encuentra regulada en el artículo I del Título Preliminar del Código Civil; por lo que, no debe admitirse la reviviscencia de la hipoteca sávana en su texto original por el VI Pleno Casatorio Civil .

RECOMENDACIONES

1. Sugerir a las autoridades universitarias que, conforme lo establece el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, propongan la modificación del artículo 172 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 (Ley de Bancos), la misma que ha sido desarrollada en el capítulo correspondiente, a efectos que en nuestra legislación peruana se dicten medidas a favor del cumplimiento obligacional, orientadas al logro de una seguridad jurídica contractual real, haciendo que la hipoteca sávana tenga un retorno, sin transgredir la esfera de la libertad de enajenación y libertad de contratación del deudor o garante, evitando que las empresas financieras pretendan legitimar los efectos sávana bajo los alcances del Código Civil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros de metodología

Dieterich, H. (2006). Nueva Guía para la Investigación Científica. Lima: Fondo Editorial del Pedagógico San Marcos.

Gaceta Jurídica. (2002). Como hacer una Tesis de Derecho. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A.

Hernández Sampieri, Roberto; Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar. (2010). Metodología de la Investigación. Mexico:Interamericana Editores S.A.

Libros especializados citados

Arata Solís, Moisés. (2016). Los Plenos Civiles vinculantes de la Corte Suprema: La Jurisprudencia de nuestro tiempo: del precedente persuasivo al precedente vinculante. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber Peset, Max. (1984). Exégesis del Código Civil de 1984. 1 y 4. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

Bernales Ballesteros, Enrique. (1999). La Constitución de 1993. Lima: Editorial RAO S.R.L.

Cuadros Villena, Carlos Ferdinand. (1996). Derechos Reales. 3. Lima: Editorial Fecat.

Cantuarias Salaverry, Fernando, Nuria de la Peña y Haywood W. Fleisig. (2000). Trabas Legales al Crédito en el Perú: Garantías Mobiliarias. Lima: Editorial UPC.

Cárdenas Quirós, Carlos. (1999). La Supuesta Santidad de los Contratos y el Artículo 62 de la CPP. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

- De los Mozos, José Luis. (1965). El Principio de la Buena Fe, sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. Barcelona: Bosh Casa Editorial.
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. (1980). Instituciones del Derecho Civil. 1. Madrid: Editorial TECNOS.
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. (1963). La doctrina de los propios actos, un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Barcelona: Bosch Casa Editorial.
- Enneccerus, Ludwing. (1950). Tratado de Derecho Civil Alemán. Barcelona: Bosch Casa Editorial.
- Fornieles, Salvador. (1982). Derechos Reales. Argentina: Edit. PERROT.
- Lafaille, Héctor. (1944). Derecho Civil: Tratado de los Derechos Reales. 4 y 6. Argentina: Editorial EDIAR SA.
- Leyva Saavedra, José (2010-2011). Autonomía Privada y Contrato. Revista Oficial del Poder Judicial, 6 y 7. Editorial Centro de Investigaciones Judiciales.
- León Barandiarán, José. (1968). Tratado de Derecho Civil: Derecho de las Obligaciones. 5. Buenos Aires: Editorial JURIDICAS EUROPA-AMERICA.
- León Hilario, Leyser, 2004. La Buena Fe en la Negociación de los Contratos: Apuntes Comparatísticos sobre el artículo 1362 del código civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual. (49). Revista Themis. Lima: Editorial PUCP
- Mazeau, Henri y Mazeau León. (1960). Lecciones de Derecho Civil. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídico Europa Americana.

- Mejía Guevara Joseph. (2015). Actualidad Civil: La buena fe y los deberes de protección contractuales en la esfera pública. 14. Lima: Pacífico Editores SAC.
- Ortega Piana, Marco. (2010). Revista Foro Jurídico: Algunos comentarios sobre la especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado.11. Lima: Editorial PUCP.
- Planiol, Marcel y Ripert, George. (1968). Tratado de Derecho Civil y Comercial. 3 (1). Madrid: Editorial Tecnos.
- Puig Brutau, José. (1978). Fundamentos de derecho civil. 3 (2 y 3). Barcelona: Editorial Bosch.
- Ramírez Cruz, Eugenio. (2003). Tratado de Derechos Reales. (3). Lima: Editorial Rodhas.
- Romero Zavala, Luis. (1999). Teoría General de los Contratos. 1. Lima: Editorial Fecat.
- Rubio Correa, Marcial. (2015). El Título Preliminar del Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Savatier, C. (1950). La Propiedad en el Derecho Francés. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Torres Manrique, Fernando J. (2007). Las Garantías en el Derecho Civil Peruano. Lima: EDILEGSA E.I.R.L.
- Trabucchi, Alberto. (1967). Instituciones del Derecho Civil. 1. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Vásquez Ríos Alberto. (1996). Los Derechos Reales: Los Bienes y la Posesión. Lima: Editorial San Marcos.

Velarde Gonzáles, Manuel Enrique. (2016). Los Plenos Civiles vinculante de la Corte Suprema: El Sexto Pleno Casatorio Civil: entre el título de ejecución y la reviviscencia de las normas. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Von Thur, Andrés. (2007). Tratado de las Obligaciones. Madrid: Editorial Comares

Otra bibliografía revisada

Albaladejo, Manuel. (1958). El Negocio Jurídico. Barcelona: Editorial Bosch.

Betti, Emilio. 1969. El Negocio Jurídico y su Interpretación. 1. Madrid: Editorial EDERSA.

De Castro y Bravo, Federico. (1997). El Negocio Jurídico. Madrid: Editorial Civitas.

De La Puente y Lavalle, Manuel. (2001). El Contrato en General. 9 (1). Lima: Editorial Palestra.

Ferrando Gamarra, Enrique. ¿Debe desaparecer la Garantía Sábana?. Recuperado de: <http://derechogeneral.blogspot.com/search?q=gamarra>.

González Linares, Nerio. (2007). Derecho Civil Patrimonial. Derechos Reales. Lima: Palestra Editores.

Ministerio De Economía y Finanzas. 1999. Documento de Trabajo: Facilitando el acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales. Lima-Perú.

Salvat, Raymundo. (1946). Tratado de Derecho Civil Argentino. 4. Buenos Aires: Editorial La Ley.

Spota, Alberto G. (1984). Instituciones del Derecho Civil: Contratos. 1. Buenos Aires: Editorial De Palma.

Torres Vásquez, Aníbal. (2001). Introducción al Derecho. Lima: Editorial Temis.