

December 18, 2012

El pacto comisorio de la ley de garantías mobiliarias vs. el pacto marciano del real decreto 5-2005

John Pineda Galarza, *IE Law School*

José Jareño Torrente, *IE Law School*

EL PACTO COMISORIO DE LA LEY DE GARANTIAS MOBILIARIAS VS. EL PACTO MARCIANO DEL REAL DECRETO 5/2005: UN ANÁLISIS COMPARADO ENTRE LA LEGISLACIÓN PERUANA Y ESPAÑOLA

José Jareño Torrente

Egresado con honores de la facultad de Derecho de la Universidad Cardenal Herrera-CEU (Valencia - España). Estudios concluidos en el Máster Asesoría Jurídica de Empresas LL.M. en el IE LawSchool (Madrid - España). Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid donde actualmente ejerce.



John Pineda Galarza

Egresado de la facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas UPC. Estudios concluidos en el Máster Asesoría Jurídica de Empresas LL.M. en el IE LawSchool (España) y cursando la Maestría en Derecho Bancario y Finanzas en la Pontificia Universidad Católica del Perú —PUCP. Asimismo, con estudios concluidos en el Curso Anual de Postgrado en Derecho de la Competencia de la Universidad San Martín de Porres —USMP, y en la especialización de Analista de Inversiones del Centro de Estudios Bursátiles —BURSEN



El deudor concede a su acreedor que ante el incumplimiento del pago en el plazo establecido, este último, pueda hacerse con la propiedad del bien otorgado en garantía, sin necesidad de iniciar alguna acción judicial. La doctrina señala que existen básicamente dos motivos sólidos para justificar la prohibición de dicho pacto, las cuales se darán a conocer a lo largo del informe.

I. INTRODUCCION¹

Imagine que usted es un próspero empresario del sector textil en Valencia –España y que un día, un amigo de muchos años le comenta que tiene una empresa de tiendas por departamento, cotizada en bolsa, llamada “Vende Fácil” en la ciudad de Madrid y que necesita dinero para poder hacer inversiones en esta empresa. Es así que le solicita un préstamo y usted accede por la confianza que tenía con su amigo.

El contrato de préstamo es revisado por su abogado, quien le aconseja que pida en garantía las acciones de la empresa “Vende Fácil” y le hace entrega del documento para que sea firmado por las partes. Posteriormente, el contrato es firmado y las acciones son pignoradas a favor de su empresa, siendo usted el representante legal.

Es así que luego de la crisis del 2008 y años siguientes, su amigo no puede pagar su crédito, motivo por el cual usted analiza las acciones a realizar. En ese contexto, el gerente de finanzas de su empresa le aconseja que se haga con la empresa “Vende Fácil” y le pague el excedente del valor de la misma a su amigo, pues sería ideal para colocar los productos que producen su empresa textil, sin embargo, usted sabe que por la prohibición del pacto comisorio no se podría quedar con dichas acciones. No obstante, su abogado le comenta que habría una forma de quedarse con las acciones sin tener que ir al procedimiento de subasta pública/ejecución judicial y es ahí donde le hace referencia al pacto marciano como una modalidad del pacto comisorio y los requisitos que se tendrían que cumplir para adjudicarse las acciones de la empresa.

En ese contexto, usted le pregunta sobre el referido pacto, pues sabe de la prohibición del pacto comisorio en España y a la vez le pregunta si cumple con los requisitos de ley, para hacerse de las acciones y como podría apropiarse de las mismas.

En el presente artículo desarrollaremos el pacto marciano a la luz de la legislación peruana, en la cual se acepta el pacto comisorio. Seguidamente, haremos un análisis económico comparativo sobre la aceptación del pacto comisorio en el sistema peruano y en su modalidad marciana española a fin de concluir si la figura nos parece acertada.

II.- CONCEPTOS PRELIMINARES SOBRE EL PACTO COMISORIO.-

¿Qué es el pacto comisorio?

Es ampliamente conocido por la doctrina como aquel pacto mediante el cual, el deudor concede a su acreedor que ante el incumplimiento del pago en el plazo establecido, este último, pueda hacerse con la propiedad del bien otorgado en garantía, sin necesidad de iniciar alguna acción judicial.

Fundamento de la prohibición del pacto comisorio

La doctrina señala que existen básicamente dos motivos sólidos para justificar la prohibición de dicho pacto, los mismos que se desarrollaran a continuación:

a) Protección de acreedores.- La doctrina señala que uno de los motivos de la prohibición es la de proteger a otros eventuales acreedores que podría tener el deudor ejecutado. Esta doctrina, concibe la publicidad inherente al procedimiento de subasta como una garantía para el resto de acreedores que evita, por un lado, una indebida reducción del patrimonio del deudor en perjuicio del crédito del resto de acreedores y permite que estos tengan las mismas oportunidades de adquirir el bien.

Este argumento se cae por sí mismo, ya no porque no fuera esa la razón de la prohibición en origen, sino porque esta misma concepción implica de facto costes que merman también las posibilidades de cobro de los acreedores y una pérdida de tiempo injustificado, como se desarrollará a continuación.

b) Evitar el empobrecimiento del deudor.- Esto se dio desde la época postclásica romana, cuando el entonces Emperador Constantino² prohibió la denominada Lex Commisoria; ello debido a que se buscaba evitar el empobrecimiento del deudor, pues se consideraba que no existía un criterio de proporcionalidad entre las prestaciones, eso debido a que no se consideraba justa en las prestaciones sinalagmáticas. En ese contexto, la prohibición del pacto comisorio se fundamenta en la necesidad de evitar que a través de esa apropiación, el deudor sufra un empobrecimiento injusto a favor del acreedor si éste último, mediante este pacto, adquiere la cosa a un precio inferior al de mercado.

c) Nuestra postura.-En efecto, en nuestra opinión, la única razón sólida de la prohibición del pacto comisorio, no es otra que la necesidad ya señalada de evitar que a través de esa apropiación el deudor sufra un empobrecimiento injusto a favor del acreedor, si éste último, mediante este pacto, adquiere la cosa a un precio inferior al de mercado. Partiendo de ese fundamento, creemos que es perfectamente admisible la apropiación de la cosa dada en garantía por el acreedor si entendemos que

1. Los autores agradecen las revisiones y los comentarios de Maiela Talía Chau Rivera en la elaboración del presente artículo.

2. En el año 326 d.C.

su valoración ha sido justa.

En el presente artículo defenderemos que es perfectamente admisible la apropiación de la cosa dada en garantía y analizaremos en las conclusiones si debería extenderse a bienes cuya valoración no es del todo objetiva, como sucede en Perú, de tal manera que intentaremos demostrar si es posible una valoración objetiva.

En ese contexto, a continuación se analizará el tratamiento que le da tanto a la legislación peruana como la española al pacto comisorio a fin de concluir sobre sus ventajas y desventajas, así como para dilucidar un poco más acerca de la figura del pacto marciano en España.

III.-TRATAMIENTO DEL PACTO COMISORIO EN PERÚ.-

El tratamiento dado en Perú era el de la prohibición del citado pacto, sin embargo, después de la aprobación de la Ley de la Garantía Mobiliaria N° 28677 de fecha 1 de marzo de 2006 (en adelante LGM), se cambió tal precepto, pero condicionado al cumplimiento de determinados requisitos los cuales desarrollaremos a continuación.

Cabe precisar, que en el presente artículo solo nos centraremos en el análisis de la permisibilidad del pacto comisorio, dentro de las muchas novedades que en su momento trajo consigo la presente norma, y de la formalidad de inscripción de la garantía mobiliaria³

a). Antecedentes.- Antes de la entrada en vigor de la presente norma, se prohibía el pacto comisorio, pues como ya se ha mencionado en los puntos precedentes, se buscaba evitar el abuso del acreedor en la valoración del bien dado en garantía, y eliminar la posibilidad de la valoración subjetiva que cada persona pueda tener sobre un bien -por ejemplo, imagine usted, estimado lector, que recibe de manos de su madre unas joyas que han pertenecido a su familia durante generaciones. Obviamente dichas joyas para usted no solo valdrán lo que determine el mercado, sino que tendrán un valor subjetivo adicional que tasaré el bien en un monto mayor.

Para situaciones como esta, es que se torna necesaria la existencia de una valoración objetiva (de mercado) que aproxime al valor real y distinga sobre subjetividades. Creemos que es aquí donde el mecanismo de subasta hubiera tenido un rol importante, aunque imperfecto por los motivos que se desarrollarán en los siguientes párrafos.

Antes de la LGM lo que se generaba es un efecto contrario al esperado, pues lo que se lograba con la prohibición del pacto comisorio, por contradictorio que parezca, era encarecer la deuda. Esto debido a que, tener la obligación de iniciar una acción judicial para ejecutar el bien en subasta pública implica que se inviertan recursos escasos para realizar la ejecución en desmedro del patrimonio ejecutado. Es decir, que en el eventual caso de que, al final del procedimiento existiera algún monto excedente entre el valor del bien y el valor de la deuda, a dicha diferencia se le restaría el costo del procedimiento.

Adicionalmente, es de considerar que no todos los bienes son altamente demandados por el mercado, como por ejemplo, puede ocurrir con los artículos de colección, una canción o una obra literaria, en los que, probablemente no asistieran muchos postores.

Imaginemos que el acreedor recibe en garantía una nueva obra literaria, y su deudor no puede pagarle, usted siendo representante de una editora no habría podido quedarse con el bien debiendo acudir al procedimiento de subasta, con ello, el efecto que lograba la norma era encarecer la deuda y, además, probablemente los únicos que asistían a la ejecución eran sus competidores (otras editoras que son las únicas que pueden “explotar” la garantía ejecutada) a fin de hacerse con la obra a un precio castigado, por la baja competencia en la adquisición del mismo.

Ahora bien, es de recordar que todo lo antes mencionado tiene un sobre costo directo en el crédito pues, es evidente que los tipos de interés aumentan si el coste de ejecución se eleva.

En ese contexto, lo que faltaba era dar la posibilidad a las partes para que, libremente, acordasen un valor, permitiéndose en consecuencia, la apropiación del bien, sobre la base de que el acreedor que aceptó dar un crédito lo hizo por la valoración que este tiene de dicho bien. Por ejemplo, si su amigo le da en garantía mobiliaria un Mustang Clásico del año 1965 y usted, acreedor, es un coleccionista, valoraría ese carro de manera distinta a como normalmente lo valoraría cualquier otra persona y permitiría con ello que ambas partes llegaran a un buen acuerdo. Sin embargo, antes de la LGM, se prohibía el pacto comisorio y se hubiera imposibilitado al acreedor coleccionista, hacerse con el bien.

Ahora con la LGM, se permite el pacto comisorio, pero inteligentemente, la norma obliga a que antes de constituir la garantía las partes libremente determinen el valor del bien o que en su defecto, lo

José
Jareño Torrente

John
Pineda Galarza

3. La LGM trajo muchas novedades, sin embargo nos centraremos en aquellas que enriquecen el presente trabajo. Al respecto, antes de la LGM, existía la figura de la prenda, la cual funcionaba como una garantía real en la que se afectaba el bien mueble otorgado en garantía, a fin de asegurar el cumplimiento de la obligación. Con la LGM se sustituyó a la prenda como la garantía real sobre bienes muebles contemplada en la normativa peruana. Asimismo, la entrega física al acreedor o un tercero, dependerá de lo acordado. Para implementar lo antes mencionado se debe inscribir en el Registro Público peruano (SUNARP), dentro de los cuales, hay un listado para bienes muebles registrados y uno para bienes no registrados. Con la inscripción se consigue la oponibilidad y la persecutoriedad del bien, facilitando la facultad de recuperar el mismo de otras manos.

determine un tercero. Con ello se permite que sean los privados los que eficientemente determinen el valor del mismo.

b). Toma directa de posesión del bien.- En relación a lo que se ha venido desarrollando a lo largo del presente artículo, este fue uno de los principales cambios en la legislación peruana, pues el artículo N° 1066 del Código Civil peruano⁴ (hoy derogado) prohibía el “pacto comisorio”. Sin embargo, con la LGM ello cambió.

Sobre el particular, para hacerse del bien garantizado, la norma prevé una serie de requisitos, entre los que se encuentra la certificación notarial del acto en el que se realiza la obtención del bien, dejando constancia del estado y características del bien mueble sobre el que se toma posesión. Al respecto, el siguiente requisito que se deberá cumplir es el de proceder con la notificación notarial al constituyente, al deudor y en caso exista, al depositario. El plazo para realizar dicha notificación es de dos (02) días.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, el acreedor garantizado podrá solicitar, por la vía sumarísima, el requerimiento judicial de incautación del bien. Cabe mencionar que, no se notificará al deudor ni se aceptarán recursos que puedan entorpecerla.

En ese contexto, queda clara la validez del pacto mediante el cual el acreedor garantizado puede adjudicarse en propiedad el bien dado en garantía, sin embargo, la norma prevé la necesidad que se fije el valor del bien mueble y se nombre a un tercero, el mismo que actuará como representante de ambas partes a fin de concluir la transferencia. Al respecto, en caso de que no se llegue a cubrir el total de la deuda, el acreedor podrá exigir dicho saldo mediante la emisión de un título valor o en la vía del proceso de ejecución.

Si el valor del bien dado en garantía mobiliaria fuera mayor que la deuda cuya satisfacción se pretende satisfacer con la apropiación, el acreedor tendrá la obligación de pagar la diferencia al representante, teniendo para ello un plazo de diez días computados desde el momento en que el deudor recibió la comunicación notarial de parte del acreedor.

En caso de que el pago no se realice en esos diez días, el acreedor tendrá como penalidad el pago de una multa de cinco (05) veces la diferencia, además de los intereses. En cualquier caso, es obligatorio el pago por parte del acreedor ya sea de la diferencia o en su defecto del pago de la multa respectiva, a fin que se

perfeccione la transferencia.

IV.- EL PACTO MARCIANO COMO EXCEPCIÓN AL PACTO COMISORIO.-

Historia y aspectos preliminares.- El pacto marciano debe su nombre al jurista romano Marciano, que elaboró con el siguiente tenor literal, la consulta contenida en el Digesto 20,1,16, 9: “Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio. En este caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición, y así lo dispusieron por rescripto los emperadores Septimio Severo, de consagrada memoria, y Antonino Caracalla”.

El Pacto marciano fue admitido por Justiniano, dentro de unos límites consistentes en la imposición de ciertos trámites, para posibilitar al deudor el pago de la deuda y la recuperación de la cosa dada en prenda, dentro de un cierto tiempo, al menos, en la exigencia (conocida como pacto comisorio marciano) de que la cosa fuera previamente estimada y el acreedor pagara la diferencia.

En la era moderna, sin embargo, el rechazo que provocó el préstamo retribuido y la necesidad de evitar abusos en contra de los deudores y de sus demás acreedores, inspiraron, en este punto, el movimiento codificador:

El artículo N° 2.078 del Code francés excluyó el pacto comisorio, salvo en su modalidad marciánica⁵, asimismo el artículo N° 1.775 del Proyecto de 1851, prohibió que el acreedor se apropiara “de la cosa recibida en prenda” o dispusiera de ella, “aunque así se hubiera estipulado”, si bien con posibilidad de adjudicársela en la subasta pública “a falta de postura legalmente admisible, por el precio mismo en que un tercero habría podido rematarla con arreglo a la Ley”.

La prohibición llegó al Código Civil Español en forma del artículo N° 1.859 que prohíbe que el acreedor pueda “apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas” y en el artículo N° 1.884 para la anticresis, que excluye la posibilidad de que el acreedor “adquiera la propiedad del inmueble, por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido”.

De la misma manera, puede apreciarse que la

4. Código Civil Peruano de 1984

Artículo N° 1066: “Aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada Es nulo el pacto en contrario”. (el subrayado es nuestro). Hoy derogado

5. “le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeure en paiement et jusqu'à concurrence, d'après une estimation faite par experts, en qu'il s'ensuivrait d'aucun préjudice”.

legislación comparada contempla dicha prohibición, ello por ejemplo se puede ver en diversos Códigos como: artículo N° 2744 del Código Civil italiano⁶; el artículo 694 del Código Civil portugués⁷; el artículo N° 2397.2 del Código Civil chileno⁸; o el artículo N° 3222 del Código Civil argentino⁹.

V. EL PACTO MARCIANO EN ESPAÑA.-

i) Jurisprudencia en España: preludio de la admisibilidad del pacto marciano.-En España la doctrina mayoritaria y tradicional había venido considerando la prohibición del pacto comisorio como uno de los rasgos esenciales de la regulación de las garantías reales. Sin embargo, esta concepción absolutista empezó a ser puesta en tela de juicio en atención al fin último de la prohibición: proteger al deudor de una ilícita valoración de la cosa dada en prenda por parte del acreedor. Entonces, empezó a considerarse que, si el derecho del deudor no se veía perjudicado no había razón para no permitir una eventual apropiación de la garantía de parte del acreedor pignoraticio.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la primera muestra de aperturismo lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997, que daría paso a otros tantos precedentes que terminarían consolidando una nueva doctrina jurisprudencial¹⁰.

Hispania Líneas Aéreas S.A. (en adelante, "Hispania") es una sociedad que ha sido declarada en quiebra¹¹. Con anterioridad a dicha situación contrajo una serie de obligaciones con el Banco Exterior de España (en adelante el "Banco") que garantizó pignorando el saldo de un depósito a plazo que previamente había ingresado. Dicha garantía incluía un pacto que permitía al Banco extinguir por compensación las deudas no pagadas por Hispania con el saldo del depósito.

Ahondando en la sentencia comentada, en una primera instancia, siendo después ratificada en apelación, se consideró que no era posible la compensación operada dentro de la situación de quiebra, pues se entendía que no estábamos ante un supuesto de ejecución separada¹² y ello, porque no era posible pignorar una cantidad de dinero¹³.

Además, se entendía que de hacerlo estaríamos permitiendo la apropiación de la cosa dada en prenda por el acreedor e infringiríamos la prohibición del pacto comisorio.

A estas alturas, el lector ya es capaz de anticiparse a la respuesta del Tribunal Supremo que revoca la sentencia dictada en apelación declarando válida la compensación sobre la base de los siguientes fundamentos que consideramos acertados:

1. El Alto Tribunal entiende que por un lado la pignoración no recae sobre el dinero, que no es susceptible ser individualizado y distinguido pues, cuando se entrega al Banco una suma de dinero, esta se confunde con el resto del patrimonio de la entidad. Así, la pignoración se efectúa realmente sobre el derecho de crédito que tiene el cliente, a la restitución del depósito a plazo que sí es susceptible de ser pignorado y, por tanto, puede ser ejecutado separadamente en un proceso de quiebra.

2. Por otro lado, el Tribunal Supremo entiende que el pacto de compensación no es contrario a la prohibición de pacto comisorio, pues, el valor compensado de ninguna manera puede suponer un perjuicio para el deudor, ya que el valor del dinero es objetivo. En tal sentido, la compensación solo sería el mecanismo mediante el cual se entrega al acreedor la obligación incumplida.

ii) El Real Decreto 5/2005 de 11 de marzo, de "reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública" (en adelante el "RDL").- La jurisprudencia española proclive a admitir la apropiación del depósito a plazo por vía de compensación por parte del acreedor pignoraticio para el cobro de su crédito, encuentra su respaldo legal a través de la aprobación del RDL que viene a trasponer en España el contenido de la Directiva comunitaria 2002/47/CE¹⁴.

El mencionado RDL trae consigo medidas muy novedosas para la legislación española en materia de garantías reales. Pues no sólo permite la apropiación por compensación del dinero en efectivo, sino también de valores negociables u otros instrumentos financieros y de derechos de crédito¹⁵. Así, para la apropiación de valores negociables por parte del

José
Jareño Torrente

John
Pineda Galarza

6. "é nulloipatto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del creditore al termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore il patto e nullo anche se posto riore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno"

7. "e nula, mesmo que seja anterior em posterior á constituído da hipoteca, a convengáo pela qual o credorfarásua a coisaonerada no caso de o devedornáo cumprir".

8. "tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados".

9. "es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse la prenda, aun cuando sea de menor valor que la deuda, o a disponer de ella fuera de los modos establecidos en este título".

10. Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 7 de octubre de 1997, 25 de junio de 2001 y 10 de marzo de 2004.

11. El procedimiento de quiebra en España ha modificado entre otras cosas su denominación, pues desde el año 2003 es conocido como concurso de acreedores, pero dado que la sentencia comentada es anterior a la reforma y para facilitar la comprensión de las ideas que se quieren transmitir nos referiremos al procedimiento como al de quiebra.

12. Posibilidad de ejecutar la garantía para aplicarla al pago del crédito garantizado.

13. El razonamiento de la sentencia de primera instancia ratificada en apelación, entendía que si no era posible constituir una prenda sobre una cantidad de dinero, tampoco era posible ejecutar una prenda que nunca había existido.

14. Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de junio de 2002 sobre acuerdos de garantía financiera.

15. Real Decreto 5/2005. Artículo N° 11.2

acreedor pignoraticio bastará que se hubiera previsto expresamente en el acuerdo de garantía financiera, tanto la apropiación, como las modalidades de apreciación de los valores negociables u otros instrumentos financieros y los derechos de crédito¹⁶.

Esta es también una de las diferencias de la legislación española con la peruana pues mientras que en esta última se obliga a determinar a priori la valoración del bien, ya sea por las partes o por un tercero; en la primera (España) lo que se determinan son los criterios objetivos para su ulterior valoración.

Al respecto, el procedimiento para llevar a cabo la apropiación de los valores es rápido y simple: bastará que el acreedor pignoraticio comunique a la entidad de compensación y liquidación de valores¹⁷ el incumplimiento u otro motivo por el que se resuelve, se declara el vencimiento anticipado y se liquida el contrato o acuerdo de compensación contractual o de garantía financiera. La entidad depositaria de los valores se limitará a comprobar la identidad del acreedor y legitimidad del firmante de la solicitud y procederá al día siguiente al traspaso de los valores (artículo N° 12.2 del RDL).

Sobre el particular, cabe precisar que el requisito de que solo se permita el pacto marciano con acciones cotizadas obedece a que con estas no existe el problema de valoración inferior en perjuicio del deudor, ya que al ser acciones transables en el mercado secundario la valoración la establece el mercado mediante la negociación continua.

Lógicamente, si la valoración de dichas acciones de las que se apropia el acreedor es superior al importe de la deuda, el acreedor deberá satisfacer al deudor la diferencia. Si resultase inferior, será el deudor el que continúe adeudando al acreedor la diferencia. De esta manera, se produce una clara admisión por parte del RDL del pacto marciano.

iii).- Aspectos en contra del pacto marciano.- Cuando se promulgó el RDL muchos expertos en la materia se pronunciaron en contra, entre ellos González-Meneses¹⁸. En este contexto, resumiremos las diversas críticas en los siguientes puntos:

(a) El mecanismo utilizado para llevar a cabo la reforma; (b) un abaratamiento sólo aparente del proceso; (c) la pérdida del equilibrio entre partes

en la negociación; y (d) el evidente perjuicio para el resto de los acreedores.

Al respecto, desarrollaremos uno a uno los siguientes puntos, y señalando nuestra opinión donde sea pertinente, pues consideramos eficiente la existencia del mencionado pacto.

a) El mecanismo utilizado para llevar a cabo la reforma

Este punto fue criticado en especial por González-Meneses quien critica que una reforma de tanta importancia se haya aprobado por la vía "rápida" del Real Decreto sin haberse meditado adecuadamente los posibles efectos colaterales que en el régimen de derechos reales pueda suponer. No obstante, nosotros creemos que si bien es cierto que lo deseable para toda reforma es que esta se lleve a cabo por la vía ordinaria de creación de reglas (mediante Ley), la realidad es que la presente norma no presenta atisbos de ser una norma poco meditada; muy por el contrario, la norma supone la recuperación de aquello que ya en el Derecho Romano se consideró adecuado y que por excesivo proteccionismo del deudor se terminó vetando, volviéndose dicha prohibición en ocasiones, en contra de los intereses del propio deudor.

En ese contexto consideramos que se trata de una mejorada comprensión de la prohibición del pacto comisorio que busca en última instancia, beneficiar al deudor, lo cual será explicado y desarrollado en la conclusión del presente artículo.

b) Un abaratamiento solo aparente del proceso.-

El artículo N° 8 del RDL¹⁹ exige como único requisito de constitución de la garantía pignoratícia que conste por escrito, por tanto, no es necesario documento público para su constitución. Este punto que parte de la doctrina²⁰, señala que el abaratamiento del proceso por la falta de intervención del notario (recordemos que estamos en el caso español), es sólo aparente pues, aquello que va a ahorrarse el deudor en concepto de arancel notarial lo pagará en concepto de comisión de estudio bancario debido a la incertidumbre inherente del nuevo régimen. Nosotros pensamos, por el contrario, que esa incertidumbre no es tal, precisamente porque en aquellos casos en lo que el legislador español permite

16. Real Decreto 5/2005. Artículo N° 11.3

"La apropiación será posible cuando: a) Se haya previsto entre las partes en el acuerdo de garantía financiera, y b) Las partes hayan previsto en el acuerdo de garantía las modalidades de valoración de los valores negociables u otros instrumentos financieros y los derechos de crédito."

17. En España la autoridad de Compensación y Liquidación de Valores se encuentra a cargo de Iberclear (Depositorio Central de Valores español).

18. González-Meneses: "Estado de Derecho o Estado de la Banca, Libertad de forma y desregulación en materia de garantías reales", El Notario del siglo XXI, fecha de publicación: 26 de junio de 2006.

19. Real Decreto 5/2005. Artículo N° 8

"Los acuerdos de garantía financiera regulados en este Capítulo deberán constar por escrito o de forma jurídicamente equivalente, sin que pueda exigirse ninguna otra formalidad para su constitución, validez, eficacia frente a terceros, ejecutabilidad o admisibilidad como prueba".

20. González Meneses, Op. Cit.

la apropiación de la garantía, el precio se determina de forma objetiva sin lugar a dudas (valores cotizados, dinero en efectivo), así la intervención del notario encarece y dificulta el proceso, creemos en este caso, que de forma injustificada. Por otro lado, el abaratamiento del proceso en relación con el sistema de subasta es más que evidente.

En efecto, el tiempo y dinero que conlleva el ejecutar una garantía encarece el crédito, lo cual se ve reflejado en puntos adicionales en la tasa de interés. En ese contexto, desburocratizar el procedimiento (supone ahorrar tiempo y recursos). En esa línea opina el jurisconsulto Manzanares cuando señala:

“El RDL responde en este punto a la idea plasmada en la Exposición de Motivos de la Directiva de implementar unos procedimientos de ejecución rápidos y no formalistas y permitir un control a posteriori que puedan aplicar los tribunales sobre la ejecución de la garantía financiera y el cálculo de las obligaciones financieras principales”²¹.

c) La pérdida del equilibrio entre partes en la negociación

Apunta González-Meneses que, el margen que otorga la nueva regulación a la autonomía de la voluntad supone que, únicamente aquellos que puedan considerarse deudores sofisticados van a poder negociar evitando las imposiciones abusivas de la parte acreedora.

Nosotros pensamos que no existe tal poder de negociación de los acreedores, por los argumentos que se esbozarán en las conclusiones del presente artículo. Además, el hecho de que los criterios de valoración (y no la valoración misma, como ocurre en la legislación peruana) se fijen a priori, resulta a la postre un mecanismo de protección a tener en cuenta. Al final, ambas partes querrán que la valoración sea lo más objetiva posible, pues la aplicación de criterios que resulten en una valoración excesiva podría fomentar el incumplimiento del deudor, el mismo que puede llegar a considerar “rentable” no atender a sus compromisos²². Mientras

que, por otro lado, la libre competencia entre bancos y el control al que estos están sometidos, garantiza que los criterios de valoración que se utilicen puedan perseguir resultados leoninos. Además no debemos olvidar que este sistema no sustituye, sino que complementa al actual y que en última instancia siempre podría acudir a la tutela judicial cuando los criterios pactados no fueren objetivos²³.

d) El evidente perjuicio para el resto de los acreedores

Como ya se ha apuntado con anterioridad, la finalidad última de la subasta pública no es garantizar los derechos del resto de acreedores mediante la publicidad, sino proporcionar al bien pignorado un precio de mercado. La propia naturaleza del pacto comisorio exige esta concepción. Lo contrario, supondría entender que el deudor no pudiera hacer convenios con un acreedor particular como ocurre con la dación en pago²⁴.

Asimismo, como ya se comentó en los antecedentes del punto III, la subasta no siempre logra obtener un precio de mercado para el bien rematado, pues dependiendo el bien garantizado no siempre tienen la misma demanda (cantidad de postores). Este problema existe tanto en Perú como en España. De ahí que la Ley establezca una regla de protección al deudor cuando no se alcanza determinado precio que el legislador considera razonable y que se traduce en un precio mínimo de remate²⁵. Evidentemente, este problema no puede darse cuando no se hace depender la obtención de un precio de mercado de la mayor o menor concurrencia de postores.

iv).- La figura del fideicomiso en los países latinoamericanos²⁶.- Si bien este instrumento no tiene que ver con el pacto comisorio, vale mencionarlo, pues es muy usado tanto en países donde no existe el pacto comisorio como en países donde sí existe, ello debido a las ventajas que este instrumento genera. Al respecto antes de desarrollarlo, cabe mencionar que este no se encuentra contemplado en la legislación española. Así, a fin de enriquecer el presente artículo y de no desviar el análisis solo nos referiremos al fideicomiso de garantía, el que

21. Manzanares, Alberto “Garantías de operaciones financieras, situaciones concursales y acciones de reintegración: a propósito de una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre el RDL 5/2005” Diario La Ley, Nº 7109, Sección Doctrina, 6 Feb. 2009, Ref. D-37, Editorial La Ley.

22. Imaginemos que la garantía fue valorada en 100 cuando tiene en realidad un valor de mercado de 30, en caso de incumplimiento por parte del deudor, el acreedor se apropiaría de la garantía minorando la deuda existente hasta 100, pudiendo exigir la cuantía restante mediante el ejercicio de una acción personal, o teniendo que restituir al deudor el exceso si la deuda pendiente fuera inferior a la valoración de la garantía (100). En cualquier caso, el deudor consigue “transmitir” su bien muy por encima de su precio de mercado. En este caso el acreedor podría también optar por no apropiarse de la garantía y exigir la totalidad de la deuda por la vía judicial ordinaria pero en ese caso la prenda le hubiera resultado inútil.

23. No debemos olvidar que la Ley es siempre límite a la autonomía de la voluntad, por lo que si los criterios pactados no fueran realmente objetivos siempre podría acudir a la nulidad del contrato (artículo Nº 1255 del Código Civil español) por no quedar amparado en el paraguas del pacto marciano y caer en la prohibición del pacto comisorio.

24. Rodríguez Prieto, Fernando “Pacto Comisorio y Pacto Marciano”, Notario del Siglo XXI, revista nº 39.

25. Ley de Enjuiciamiento Civil española

Artículo Nº 670

“(…) se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 % del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Si la mejor postura no cumpliera estos requisitos, el Secretario judicial responsable de la ejecución, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor”.

26. En España, la figura del fideicomiso únicamente está permitida en las transmisiones mortis causa. Artículo 781 del CC Español “Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador”.

también es muy usado en Perú. Ello porque mediante esta figura el fideicomitente (deudor) transfiere los bienes y/o derechos (bien garantizado) a la entidad fiduciaria, la cual se encarga de administrarla y que tiene cualidad de patrimonio autónomo o también llamado patrimonio fideicometido, es decir el dicho patrimonio es independiente del fideicomitente y responderá de acuerdo a lo que se haya pactado al momento de constituir el mismo. Dicha transferencia se realiza con la finalidad de garantizar el cumplimiento de una obligación frente al acreedor o también llamado fideicomisario (beneficiario). Al respecto, en caso que la deuda no se pague de acuerdo a lo estipulado, el fiduciario procederá a la venta del bien y con el monto obtenido se cancelará la deuda.

Los motivos por los que este instrumento es muy usado, son porque el acreedor no tendrá la obligación de someterse a diversos procesos judiciales para ejecutar el bien, es así que la empresa fiduciaria procederá a liquidarlos y a satisfacer la obligación. Finalmente, la principal ventaja es que la venta de estos bienes por lo general se hacen a un valor más alto que en el caso se haga por remate judicial.

VI.- CONCLUSIONES.-

Después de haber seguido el desarrollo del pacto marciano y de la permisón del pacto comisorio en Perú, una primera conclusión podría ser que, al margen de las críticas vertidas por González Meneses, España fue más cauta al momento de permitir el pacto comisorio en su modalidad marciano. Mientras que Perú buscó dar un mayor dinamismo a las ejecuciones y con ello apostar por un cambio sustancial en las transacciones y en el financiamiento de los particulares.

En efecto, es de recordar, la prohibición del pacto comisorio, supone que los agentes superavitarios (bancos, cajas de ahorros, etc.) tengan más trabas a la hora de realizar el valor de la garantía, y no cabe duda que cuanto más difícil es la realización de la garantía mayor es la tasa de interés exigida.

Por otro lado, resulta paradójico que el coste de la subasta (coste del procedimiento) sea restado del valor del bien garantizado, pues aquella norma que busca darle mayor valor al bien garantizado (darle un precio de mercado) consigue el efecto contrario: disminuir su valor.

Pero, independientemente de ello, se sabe además, que los precios de subasta pueden estar castigados. Recordemos el ejemplo planteado: en caso de que se deje como garantía una obra literaria, sería ineficiente la obligación de llevar a subasta el bien, ya que los pocos postores que asistirán probablemente sean los competidores del acreedor, además, aunque

el bien subastado fuera demandado por el mercado, la realidad es que la publicidad de la subasta no siempre tiene una gran repercusión mediática que garantice la concurrencia de un número suficiente de postores.

Siguiendo ese orden de ideas, con la permisón del pacto comisorio en Perú y del pacto marciano en España, se busca reducir el costo de financiación, pues como se ha señalado, los bancos y otros agentes de intermediación financiera verán que ahora es más fácil ejecutar una garantía ante una obligación incumplida. Ya no es necesario involucrar al Estado pues se evita, la poca predictibilidad de los jueces (especialmente en Perú), la pérdida de tiempo y la inversión de recursos (abogados, tasas e informes entre otros). Es así que consideramos que el círculo virtuoso que podría generar la aplicación del pacto marciano haría que una mayor cantidad de personas y empresas puedan ser financiadas.

Por otro lado, ha sido el excesivo proteccionismo de la posición del deudor, que se presupone más débil en la fase de negociación, la que ha provocado en ocasiones, un mayor perjuicio para el mismo deudor. La afirmación de que el acreedor siempre tendrá una posición ventajosa per se, es una percepción errónea pues, es como afirmar que no existen más bancos o agentes superavitarios con quienes financiarse; o sería como pensar que todos los bancos abusaran de su posición y valoraran el bien a un precio inferior de mercado.

En ese sentido, consideramos que las normas, en lugar de buscar limitar los pactos entre las partes, solo deberían centrarse en eliminar o flexibilizar las barreras de entradas propias de este mercado y dejar que los agentes económicos actúen libremente en el mercado, lo demás vendrá por efectos de la libre competencia.

En ese contexto, no creemos que sea necesario ser un deudor sofisticado para evitar que el pacto de apropiación del bien garantizado, por parte del acreedor, pueda ser perjudicial a los intereses del deudor. Como analogía veamos el siguiente análisis extraído de un artículo de competencia:

"(...) Richard Epstein señala un ejemplo en el que antes se creía que el empleador tenía el poder al momento de negociar los contratos de trabajo con sus empleados, a lo que Epstein señala, acertadamente, que no es que se trate que el empleador tiene poder sobre el trabajador, sino que puede estar pasando, que el mercado en el que se encuentra solo exista ese empleador y no haya competencia. No obstante, ello no quiere decir que la riqueza de ese empleador lo defina como un agente con posición de dominio, ya que el hecho que ambas características descansen en un solo sujeto es solo incidental, de modo que otro sería el escenario si hubieran más competidores,

porque ahí la riqueza del empleador, no le daría el poder de dominio para coaccionar al trabajador y eventualmente llevarle alguna ventaja al momento de negociar²⁷.

El mencionado análisis fue hecho a la luz del libro “Reglas simples para un mundo complejo” de Richard Epstein y, en efecto, incluso en un mercado tan estereotipado, en el que se suele creer que el empleador es quien tiene el poder de negociación, nosotros consideramos que el poder de negociación sólo viene determinado por la falta de competidores (otros empleadores). Es así que esta analogía muestra que el fin buscado debe ser la apertura de mercados y no la limitación de los pactos privados. La verdad es que, a la fecha, el mercado es amplio y si la garantía es buena, tendrá una buena valoración. Sin embargo, si estamos ante un bien que es valorado solo por determinados sectores y cuya transformación a dinero es complicada (es ilíquida), no estaremos ante un abuso del acreedor cuando este quiera valorar la cosa ofrecida en prenda por un precio inferior sino, ante una actuación racional de un hombre REM (Racional, Egoísta y Maximizador). En ese caso, resulta justificado que el valor del bien sea inferior, pues la dificultad de transformar el bien en dinero debe ser considerada por el acreedor a la hora de valorar la prenda²⁸. No obstante, este pacto permite también que alguien que no esté interesado en la ejecución del bien, pero sí en el propio bien, otorgue al mismo una valoración mayor.

Por último, comparando la legislación peruana y española podemos decir que la legislación española es más dinámica, pues requiere de menos requisitos que la peruana, no siendo preceptivo la escritura pública para la constitución de prenda, siendo el mecanismo de realización de valor extremadamente rápido (la única comunicación que exige es la comunicación a la depositaria para el caso de valores negociables). En cambio, la legislación peruana es más amplia pues no se limita como en el caso de la española a dinero en efectivo, valores negociables y derechos de crédito.

La legislación española arriesga poco porque va a lo fácil de lo que ya está determinado (dinero, valor de cotización), mientras que la peruana confía más en la autonomía de la voluntad y la libre competencia y por eso extiende el pacto comisorio a toda clase de bienes muebles. El legislador español exige que se fijen a priori los criterios de valoración y no exige que se negocie sobre un precio, como se hace en Perú. Claro que esto se explica también en que dada la amplitud de la norma peruana, resulta más sencillo fijar un precio que acordar criterios de valoración para toda clase de bienes.

José
Jareño Torrente

John
Pineda Galarza

27. Pineda Galarza, John “Redireccionando el tratamiento de los remedios legales: Un nuevo enfoque al literal f del artículo 10.2 de la Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas” Revista Jurídica del Perú Tomo 124. Mercantil (2011): 343-357.

28. Como ya se ha hecho referencia anteriormente, en Perú ya no existe la prenda, sino la garantía, sin embargo en el artículo hacemos referencia a la prenda porque esta aun es usada en España y es materia de análisis en el presente trabajo.