

INTERVENCION JUDICIAL EN LA LEY DE GARANTIA MOBILIARIA

Fernando Jesús Torres Manrique.
Abogado*

* Ex Juez Mixto Titular Decano. Ex Registrador Público Titular de la Oficina Registral Regional Los Libertadores Wari, en las Sedes Registrales de Ica, Pisco, Huanta, Huancavelica y Nasca. Ex Jefe Titular de la Oficina Registral de Huancavelica, Ex Presidente de la Comisión de Transferencia del Registro de Propiedad Vehicular de la Sub Dirección Regional de Transportes Comunicaciones Vivienda y Construcción al Sistema Nacional de los Registros Públicos. Ex Miembro de la Comisión Especial de Transferencia del Registro de Vehículos Menores de la Dirección Regional de Transportes Comunicaciones Vivienda y Construcción a la Oficina Registral Regional Los Libertadores Wari. Ex Representante del Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Justicia en los procesos en los que era parte la Oficina Registral Regional Los Libertadores Wari en el distrito judicial de Huancavelica. Ex Apoderado de la Oficina Registral Regional Los Libertadores Wari. Estudios de Post grado en Derecho Administrativo, Laboral, Contratos Modernos, Derecho Procesal, Derecho Registral y Notarial, Derecho Comercial y Derecho Civil, Despacho Judicial, Derecho Procesal Civil, Diplomado en Función Jurisdiccional, Negociación, Arbitraje, Pedagogía Universitaria y Conciliación Extrajudicial. Egresado del V Programa de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura. Estudios de especialización en el Perú y en el extranjero. Expositor en importantes eventos académicos en el Perú y en el extranjero. Autor de abundantes artículos jurídicos publicados en el Perú y en el extranjero (en Revista Jurídica del Perú, Revista Normas Legales, Revista Peruana de Jurisprudencia, Suplemento Hechos y Derechos, Suplemento Legal Express de la Editorial Gaceta Jurídica, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Diario Oficial El Peruano, Derecho y Cambio Social, Monografías.com, Elnotariado.com, Revista Temas de Derecho Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Hechos de la Justicia, Revista Juris & Marcs revista de derecho y medios alternativos de resolución de conflictos, Revista Ofired de la Oficina Registral Regional Los Libertadores Wari, Revista Electrónica Astrolabio, Ilustrados.com, Diario Voces de San Martín, Diario Ahora de San Martín, Diario Ecos de San Martín, Diario Visión Regional de Huancavelica, FaQmania, entre otras) y de los siguientes libros: Derecho Empresarial (agotado), Garantías (agotado), Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos (agotado), La Enseñanza del Derecho (agotado), Introducción al Derecho y Latín Jurídico (agotado), Tratado de Derecho Empresarial (por publicar), Tratado de Derecho Registral (en prensa), Personas Jurídicas (por publicar), Tratado de las Garantías (por publicar), Derecho Procesal Civil (por publicar), Garantías Mobiliarias (por publicar), Diccionario de Derecho Registral y Notarial (por publicar), Derecho Civil (por publicar), Derecho Comparado (por publicar), Ejecutorias Comentadas (por publicar), Derecho Registral (por publicar) y Calificación Registral de Documentos Judiciales (por publicar). Segundo Puesto como expositor en el Taller de Investigación Jurídica organizado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en la categoría maestrías. Un semestre en la Maestría en Derecho Empresarial en la Universidad Católica Santa María de Arequipa. Maestría en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima – Perú). Ha estudiado en la Escuela Nacional de Control de la Contraloría General de la República. Estudios de

SUMARIO:

1. Introducción.- 2. Fuentes del derecho.- 3. Derecho Positivo.- 4. Los costos de transacción que abarcan a los costos de información.- 5. El presente no es un estudio positivista.- 6. Sistemas procesales.- 7. Derecho comparado.- 8. Antecedentes.- 9. Nuestra propuesta.- 10. Clasificación de los bienes.- 11. Área de conocimiento.- 12. Normas aplicables.- 13. Derecho codificado.- 14. Derecho no codificado.- 15. Derecho público.- 16. Derecho privado.- 17. Derecho social.- 18. Implicancia económica.- 19. Legislar no es un juego.- 20. Procedimiento eliminado.- 21. Intervención judicial en la ley.- 22. Jurisprudencia y ejecutorias privadas.- 23. Proceso sumarísimo.- 24. Control concentrado y control difuso.- 25. Inconstitucionalidad de la ley.- 26. Reingeniería.- 27. Otras garantías.- 28. Seguro de título.- 29. Seguro de crédito.- 30. Carga procesal.- 31. Falta de garantías en la justicia privada.- 32. Juez competente.- 33. Requisitos de la demanda.- 34. Requisitos de la solicitud de medida cautelar.- 35. Instancias en el proceso.- 36. Los Bienes del Estado si son embargables.- 37. Conclusiones.- 38. Sugerencias.- 39. Propuestas legislativas.- 40. Fuentes de información.-

1. INTRODUCCION

Cada cierto tiempo aparecen nuevas normas legales que corresponde estudiar, difundir y aplicar. En el presente trabajo de investigación estudiaremos la nueva normatividad en materia de garantías mobiliarias en el derecho positivo o legislación peruana que aparece contenida en la Ley 28677 publicada el 01 de marzo del 2006 en el diario Oficial El Peruano.

Existen antecedentes de esta ley, a los cuales formulé las correspondientes críticas en el libro titulado Garantías y se efectuarán en mi próximo "Tratado de Derecho Registral", a publicarse por una importante editora.

2. FUENTES DEL DERECHO

En todo estudio jurídico es necesario tener en cuenta a las fuentes o partes del derecho, las cuales son la ley, la doctrina, la jurisprudencia, las ejecutorias, los principios generales del derecho, la realidad social y la manifestación de voluntad, entre otras.

contabilidad, administración, economía, marketing y reingeniería. Con artículos aprobados a ser publicados en la Enciclopedia Jurídica OMEBA tales como Responsabilidad Precontractual y Codificación. Consejero de la Revista Electrónica Derecho y Cambio Social. fernandotorres@hotmail.com

No constituye ésta la sede para ampliar los comentarios sobre este sub tema, ya que en anteriores trabajos publicados nos hemos dedicado a ello. Sin embargo, debemos dejar constancia que las fuentes del derecho son partes del mismo, lo que no ha sido aclarado por la doctrina, y en todo caso, la teoría tridimensional del derecho que abarca sólo a la realidad social, valores y normas jurídicas, induce a error a los que recién inician sus estudios jurídicos, por lo que debemos preferir otras teorías como la teoría octodimensional del derecho o la teoría pluridimensional del derecho. Estas dos últimas teorías sirven de mejor manera para entender lo que comprende el derecho, que por cierto, no es lo mismo que legislación o derecho positivo.

En el caso peruano, la Ley de Garantías Mobiliarias es una fuente del derecho al igual que la realidad social, en la cual apreciamos que la carga procesal de los juzgados resulta excesiva, por ello resulta conveniente en esta sede proponer que la ejecución extrajudicial, con las modificaciones necesarias, sea de aplicación también a las garantías inmobiliarias.

3. DERECHO POSITIVO

El derecho se confunde mucho con el derecho positivo, por lo cual corresponde en esta sede diferenciarlos; el primero abarca al segundo y el segundo es lo mismo que la legislación.

En este orden de ideas podemos afirmar que derecho positivo peruano es la Constitución Política Peruana de 1993, el Código Civil Peruano de 1984, el Código Procesal Civil Peruano de 1993, el Código de Procedimientos Penales, el Código Procesal Penal, entre otros cuerpos normativos.

Es decir, el derecho positivo se divide en derecho positivo nacional y derecho positivo extranjero. En tal sentido, existe derecho positivo o legislación en Alemania, por ejemplo el BGB; Francia, por ejemplo los Códigos aprobados por Napoleón a partir de 1804 dentro de los cuales destaca el Código Civil Francés de 1804, conocido como Código Napoleón; Italia, por ejemplo el Código Civil Italiano de 1942 denominado por algunos juristas como Código de Derecho Privado porque regula no sólo el derecho civil sino además parte del derecho comercial, España, Argentina, Brasil, Ecuador, Chile, Venezuela, Paraguay, México, Bolivia, entre otros, es decir, sobre todo en los estados que pertenecen a la familia jurídica romano germánica. Y existe derecho positivo en forma limitada en otros países como Estados Unidos de Norteamérica e Inglaterra, entre otros, que pertenecen a la familia jurídica del common law. Siendo estas familias jurídicas sólo dos, dejando constancia que en la clasificación de familias jurídicas a la que pertenece existen cuatro familias jurídicas que son las siguientes: familia jurídica del common law, familia jurídica romano germánica, familia jurídica de los derechos socialistas y familia jurídica de los sistemas religiosos. Siendo ésta sólo una de las clasificaciones de los sistemas jurídicos, es decir, existen otras clasificaciones de los sistemas jurídicos y dejo constancia que para estudiar derecho comparado se debe estudiar derecho desde una perspectiva bastante alta.

Otra clasificación del derecho positivo es por la cual se organiza al mismo en derecho positivo vigente y derecho positivo no vigente.

Dentro del derecho positivo podemos incluir a la Ley de Garantía Mobiliaria, pero se encuentran fuera del mismo la jurisprudencia, las ejecutorias, la doctrina, la realidad social, los principios generales del derecho, la manifestación de voluntad, entre otras fuentes o partes del derecho.

Para quien desee ampliar sus conocimientos sobre el derecho positivo puede consultar mi artículo clasificación de los bienes en el derecho positivo peruano publicado en la Revista Jurídica del Perú.

4. LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN QUE ABARCAN A LOS COSTOS DE INFORMACIÓN

Los costos de información forman parte de los costos de transacción, los cuales deben estudiarse en la economía y en el derecho, por lo cual en el presente sub capítulo estudiaremos los mismos.

En el derecho peruano, la regulación de las garantías mobiliarias era desordenada y muy dispersa, lo que ocasionaba que los costos de transacción se eleven porque se elevaban los costos de información.

Es decir, para celebrar contratos, o constituir garantías se debe hacer una revisión de la normatividad existente, lo cual constituye parte de los costos de información. En tal sentido, con la normatividad anterior o derogada, los costos de transacción eran muy altos porque los costos de información así lo eran.

Dejando constancia que con la nueva Ley de Garantía Mobiliaria se han reducido los costos de transacción por haberse reducido los costos de información.

5. EL PRESENTE NO ES UN ESTUDIO POSITIVISTA

Debemos dejar constancia que el presente estudio no es un estudio positivista, porque no se rinde culto a ley, sino que en algunos casos se cuestiona y critica la misma, a la cual podemos calificar de nefasta.

En tal sentido, haremos referencia también a algunos defectos legislativos que contiene la ley materia de análisis y estudio.

Siendo el principal defecto legislativo de la ley materia del presente, que la ejecución extrajudicial es inconstitucional, sobre lo cual efectuaremos el correspondiente comentario a fin de brindar un mayor conocimiento y entendimiento del mismo.

6. SISTEMAS PROCESALES

Para poder comprender el tema a tratar previamente debemos estudiar los sistemas procesales.

Existen diversas clasificaciones de los sistemas jurídicos. Podemos afirmar que los sistemas procesales se clasifican en sistemas del civil law y sistemas del common law.

Los sistemas procesales del civil law, como el sistema procesal peruano, se caracterizan porque no existe jurado y el precedente no tiene mucha importancia.

Los sistemas procesales del common law, como el sistema procesal estadounidense e inglés, se caracterizan porque en los mismos existe jurado y tiene bastante importancia el precedente.

Dentro de esta clasificación, el sistema jurídico peruano se ubica como sistema procesal del civil law, al igual que España, Argentina, Venezuela, Uruguay, Ecuador, Alemania, Francia, Italia, Colombia, México, entre otros Estados, para quien le agraden los estudios de derecho comparado.

Para quien desee consultar el derecho positivo español puede revisar la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1 del año 2000 y también el libro Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil escrito por Andrés DE LA OLIVA SANTOS, Ignacio DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Jaime VEGAS TORRES y Julio BANACLOCHE PALAO.

Sin embargo, ésta no es la única clasificación de los sistemas jurídicos procesales sino que existen otras a las cuales nos referimos a continuación para lo cual citamos autorizada doctrina extranjera.

La ordenación de los sistemas jurídicos vigentes en la actualidad se va realizando por sucesivos esfuerzos de la doctrina del derecho comparado¹.

Aunque se dice que han existido hasta diecisiete sistemas jurídicos, de los cuales no quedan mas que dos, y para quien desee ampliar sus conocimientos puede consultar a YNTEMA, Roman Law as the basis of Comparative Law, en el libro Law: a century of progress, New York 1937. Es bueno no colocarse ni tan alto ni tan bajo, en la enumeración de tales sistemas².

Las proposiciones mas comunes van de siete grupos (ARMINJON-NOLDE-WOLFF), seis (DAVID), cinco (ESMEIN), cuatro (SAUSER-HALL, SOLA CAÑIZARES), tres (LEVY-ULLMAN), hasta dos (SARFATI, PEKELIS, JENKS, RANDALL, WIGMORE)³.

En los sistemas orientales es posible agrupar los pueblos de oriente y norte de África en tres grandes grupos que son: sistema chino, sistema hindú y sistema musulmán⁴.

El proceso romano se encuentra ramificado en cinco ramas que son: sistema hispanoamericano, sistema luso-brasileño, sistema francés e italiano, sistema anglo americano y sistema austro alemán⁵.

¹ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Pág. 11.

² Ibíd.

³ Ibíd.

⁴ Ibíd. Págs. 12 y 13.

Dentro de esta última clasificación citada, el sistema hispanoamericano abarca a sistema procesal español y peruano, entre otros.

Los sistemas procesales en el mundo clásico antiguo son: el sistema griego y el sistema romano⁶.

Los sistemas procesales después del imperio romano se clasifican en sistemas de fase primitiva, fase religiosa y proceso acusatorio, fase legal, divorcio absoluto de los procesos penal y civil, y la fase científica aproximación de los procesos civil y penal⁷.

Además los sistemas procesales se clasifican en: acusatorio antiguo e inquisitorio⁸.

La historia del derecho procesal se puede resumir así: periodo exegético o de los procedimentalistas, periodo del verdadero derecho procesal y de la escuela científica, la escuela alemana, la escuela italiana, en España, en Iberoamérica⁹.

Para quien desee profundizar sus conocimientos sobre sistemas procesales puede consultar mi libro Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos, el libro Fundamentos de Derecho Procesal Civil de Eduardo J. COUTURE de un tomo y el tratado titulado Compendio de Derecho Procesal de Hernando DEVIS ECHANDIA de cuatro tomos. Sin cuyas fuentes de información no hubiera sido posible estudiar los sistemas procesales, es decir se ha revisado doctrina nacional y extranjera, para tener un conocimiento mucho mas profundo y confiable.

Además de estos sistemas existen otras clasificaciones de las cuales citaremos la que agrupa a los mismos en: sistemas de la libre apreciación de las pruebas y sistemas de la tarifa legal o de la prueba tasada, mal llamada sistema de las pruebas legales o prueba formal¹⁰.

Para quien desee profundizar sus estudios sobre la prueba o los medios probatorios, les recomendamos el libro de dos tomos de Hernando DEVIS ECHANDIA titulado Teoría General de la Prueba Judicial y el Tratado de la Prueba también de dos tomos de Enrique Falcón. Dejando constancia que estos dos trabajos citados constituyen unos de los mejores exponentes sobre la prueba en el derecho procesal.

7. DERECHO COMPARADO

El derecho comparado consiste en la aplicación del método comparativo al derecho; para algunos juristas es un método y para otros es una ciencia, es decir, no existe un criterio uniforme en la doctrina sobre la esencia del derecho

⁵ *Ibíd.* Págs. 15 a la 18.

⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Pág. VII.

⁷ *Ibíd.* Págs. VII y VIII.

⁸ *Ibíd.* Pág. VIII.

⁹ *Ibíd.* Pág.

¹⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Pág. XIII.

comparado. Dejando constancia que si bien ciertos juristas consideran al derecho comparado como ciencia, también es cierto que no se acepta pacíficamente en la doctrina que el derecho sea una ciencia y nosotros preferimos denominarle disciplina jurídica.

Del derecho comparado son de mucha utilidad, las recepciones (que pueden ser internas y externas) y las comparaciones (que pueden ser microcomparaciones y macrocomparaciones), entre otros temas propios de esta importante pero descuidada disciplina jurídica, a la cual hemos dedicado algunas publicaciones en importantes revistas nacionales y extranjeras.

La disciplina jurídica en mención consta de dos partes que son la parte general y la parte especial. De la cual se ha hecho poca pedagogía jurídica, siendo sí tomada en cuenta en algunas escuelas o unidades de post grado al momento de diseñar la relación de cursos en maestrías y doctorados en derecho.

Para quien desee profundizar sus estudios en el derecho comparado, puede consultar mi libro titulado Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos, que aparece en la Biblioteca Nacional del Estado Peruano y mi artículo titulado “Consecuencias de la aplicación del derecho comparado”, publicado en el Suplemento Mensual Hechos y Derechos de la Editora Normas Legales; al igual que mi artículo titulado Derecho Comparado y Seguro de Crédito, publicado en la Revista Normas Legales de junio del 2006.

Efectuando una macrocomparación jurídica externa podemos afirmar que la Ley de Garantías Mobiliarias se inspira en la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.

Haciendo otra macrocomparación jurídica externa podemos afirmar que en México se ha intentado contar con Ley de Garantía Mobiliaria, pero no se ha conseguido dicho objetivo.

8. ANTECEDENTES

La Ley de Garantía Mobiliaria tiene su principal antecedente legislativo en la Sexta Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado de la Organización de Estados Americanos OEA – CIDIP VI, en la cual se aprobó la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias el 08 de febrero del 2002, por lo cual podemos concluir que no es una novedad legislativa sino que es un tema que adquiere importancia en los últimos años. Sin embargo, en el derecho positivo peruano es un nuevo dispositivo legal.

De esta importante ley analizaremos la parte referida a la intervención judicial.

9. NUESTRA PROPUESTA

Antes que fuera publicada la ley, publiqué trabajos en los cuales se sostenía que debería modificarse el sistema de garantías peruano. Nuestra propuesta consistía en regular todas las garantías en una sola ley, es decir, la ley regularía las garantías mobiliarias, garantías inmobiliarias y las garantías sobre bienes

incorporales o intangibles, entre las cuales destacan las marcas, patentes, derechos de autor y de inventor y los nombres comerciales, entre otros, que se registran en Indecopi, en registros de bienes.

10. CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES

Existen diversos criterios para clasificar a los bienes. Una clasificación precisa: bienes corporales y bienes incorporales; otra los clasifica en cosas muebles y cosas inmuebles; y la tercera que clasifica a las cosas en cosas fungibles y cosas infungibles, entre otras. Y para quien desee ampliar sus conocimientos en este sub tema puede consultar mi artículo Clasificación de los bienes en el derecho positivo peruano publicado en la Revista Jurídica del Perú.

Para comprender este tema es necesario revisar previamente la clasificación de los bienes, dentro de las cuales citaremos dos: la primera, clasifica a los bienes corporales o cosas en cosas muebles y cosas inmuebles; y la segunda clasifica a los bienes en bienes corporales y bienes incorporales; por lo cual podemos afirmar que la ley que motiva la presente, es de aplicación sólo a las cosas muebles y a los bienes incorporales.

Es decir, esta ley no es de aplicación a los bienes inmuebles, en tal sentido no es de aplicación a la hipoteca, anticresis y otras garantías que recaen sobre inmuebles.

11. ÁREA DE CONOCIMIENTO

Al momento de iniciar el estudio de cualquier tema jurídico es necesario determinar qué ramas del derecho están involucradas a fin de tener una visión más amplia y completa.

Cuando estudiamos la intervención judicial en la Ley de Garantía Mobiliaria es necesario el estudio del Derecho Procesal Civil, porque es necesario aplicar el Código Procesal Civil Peruano de 1993; del Derecho Registral, porque algunas medidas cautelares se anotan en los Registros Públicos; del Derecho Constitucional, porque es necesario aplicar la Constitución Política Peruana de 1993; del Derecho Procesal Constitucional, porque es necesario aplicar el Código Procesal Constitucional; del Derecho Comercial, porque algunas garantías forman parte de esta rama del derecho; del Derecho Empresarial, porque las garantías son reguladas por éste; del Derecho Internacional, porque las garantías son reguladas por una CIDIP; del Derecho Civil, porque algunas garantías mobiliarias son propias del derecho civil; y del Derecho Penal, por las implicancias penales de la ley.

12. NORMAS APLICABLES

Cuando se estudia cualquier tema jurídico también es importante tener en cuenta las normas aplicables.

Las normas aplicables al presente comentario, son la Constitución Política Peruana de 1993, el Código Procesal Constitucional, la Ley de Garantía Mobiliaria,

el Reglamento de Inscripciones correspondiente, el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Civil Peruano de 1993, entre otras.

13. DERECHO CODIFICADO

El derecho se divide en dos ramas jurídicas que son el derecho codificado y el derecho no codificado.

Cuando se estudian temas jurídicos es necesario el estudio del derecho codificado, dentro del cual podemos citar al Código Procesal Civil Peruano de 1993, Constitución Política Peruana de 1993 y el Código Procesal Constitucional.

14. DERECHO NO CODIFICADO

Cuando se estudian temas jurídicos también es necesario el estudio del derecho no codificado, dentro del cual podemos citar a la Ley de Garantía Mobiliaria, el Reglamento de Inscripciones correspondiente, el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la doctrina, las ejecutorias, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, realidad social, entre otras.

15. DERECHO PÚBLICO

El derecho se divide en tres grandes ramas que son el derecho público, privado y social.

En el derecho público, se ubican el derecho constitucional, procesal, concursal, administrativo, tributario, registral, notarial, entre otras ramas del derecho.

Del derecho público, debemos aplicar la Constitución Política Peruana de 1993, el Código Procesal Civil Peruano de 1993, el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Reglamento de Inscripciones correspondiente, entre otras normas.

Una parte de la Ley de Garantías Mobiliarias se encuentra dentro del derecho público.

16. DERECHO PRIVADO

En el derecho privado se ubican principalmente el civil o derecho común y derecho comercial, que abarca al societario, cartular o cambiario, bursátil, bancario, marcario, de seguros y reaseguros, entre otras ramas del derecho.

Del derecho privado aplicamos el derecho civil y comercial.

17. DERECHO SOCIAL

En el derecho social se ubican el derecho de familia y derecho laboral.

En este tema aplicamos ambas ramas del derecho, porque corresponde estudiar los bienes inembargables y estos son estudiados también por el derecho laboral.

18. IMPLICANCIA ECONÓMICA

De toda ley debe estudiarse su implicancia económica, ya que el derecho y la economía se encuentran unidos. Es decir, si sólo estudiamos derecho podemos

ser inducidos a error por tener sólo un enfoque o perspectiva parcial o limitada que permite ver algunas ramas, pero impide ver el bosque

En tal sentido, debemos dejar constancia que la ley materia de análisis tiene una gran implicancia económica, ya que tiene como objetivo ampliar el crédito mobiliario, el crédito con garantía de bienes incorporales y mejorar ampliamente el mercado.

Podemos afirmar que todo esto se consigue con la ejecución extrajudicial, sin embargo, hacen falta otras modificaciones legislativas, a las cuales nos referiremos a continuación.

El derecho debe estar al servicio de los agentes económicos, por lo cual son necesarias algunas modificaciones legislativas al derecho positivo o legislación peruana.

19. LEGISLAR NO ES UN JUEGO

Existen muy pocos trabajos que estudien el proceso legislativo, que ha sido muy descuidado y es tomado en el derecho peruano como si fuera un juego efectuado por supuestos Dioses llamados congresistas o parlamentarios.

Toda ley es antecedida por un proceso legislativo efectuado por los legisladores; en tal sentido a esta ley le ha antecedido un proceso legislativo, que aparentemente se ha tomado sin la seriedad necesaria; como si legislar fuese un juego y que lo puede efectuar cualquier persona y no sólo jurisconsultos, posición que rechazamos ya que sólo éstos son capaces de llevar adelante modificaciones legislativas o de instituciones jurídicas, nos referimos a esto último porque el derecho positivo es una característica de los sistemas que pertenecen a la familia jurídica romano germánica, dentro de la cual se encuentra el sistema jurídico peruano.

20. PROCEDIMIENTO ELIMINADO

El procedimiento eliminado con la ley que motiva el presente es el procedimiento que se encontraba establecido para el Registro Fiscal de Ventas a Plazos, el que por ser extrajudicial era bastante rápido y muy atractivo para los acreedores,

21. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA LEY

En la ley que motiva el presente, se hace referencia a la intervención judicial. Se precisa que el Poder Judicial interviene en algunas oportunidades, tales como en la incautación, nombre que no es el más apropiado y en este orden de ideas, legislaciones extranjeras utilizan el término desapoderamiento, entre otros.

Además en el caso de las garantías mobiliarias en el derecho peruano, la ejecución puede ser judicial o extrajudicial.

También es necesaria la intervención judicial cuando se consigna la diferencia del monto del remate con el monto adeudado.

Otro supuesto de aplicación de esta ley es el caso en el que la garantía al ejecutarse no cubra el monto adeudado, supuesto en el cual la ley establece que se debe optar por el proceso de ejecución conforme al artículo 53.3, cuando lo correcto sería que se opte por el proceso ejecutivo.

En la ley no se hace referencia al proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta aplicada a procesos extrajudiciales.

22. JURISPRUDENCIA Y EJECUTORIAS PRIVADAS

Estamos acostumbrados a que la jurisprudencia y ejecutorias sean de órganos jurisdiccionales; sin embargo, pueden existir las mismas de personas privadas, lo cual es necesario tener en cuenta en el presente comentario.

Las mismas ya existían por ejemplo en los acuerdos de junta de socios para excluir accionistas o participacionistas.

23. PROCESO SUMARÍSIMO

Los procedimientos establecidos en el Código Procesal Civil Peruano de 1993 se clasifican en contenciosos y no contenciosos, siendo el procedimiento sumarísimo un procedimiento contencioso, al cual nos referiremos en las siguientes líneas del presente comentario.

El proceso para obtener la denominada incautación es el proceso sumarísimo, según lo establece la Ley en el artículo 52, pero esto no es correcto ya que en esta vía procedimental proceden medios de defensa y de éstos, algunos no son admitidos en la ley en mención, en tal sentido debe modificarse la ley para que haga referencia a procedimiento especial y no a procedimiento sumarísimo.

No se puede legislar como si fuera un juego, sino que debe legislarse luego de una profunda reflexión.

24. CONTROL CONCENTRADO Y CONTROL DIFUSO

Las leyes pueden contener normas en contra de la Constitución, por lo cual en el derecho positivo peruano existen dos controles para evitar aplicarlas que son: control difuso (a cargo de todos los Jueces) y control concentrado (a cargo del Tribunal Constitucional).

Lo que nos importa en el presente caso es el control concentrado denominado procedimiento de inconstitucionalidad, al cual nos referiremos a continuación.

25. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

En el artículo 200 de la Constitución Política Peruana de 1993 se regulan seis garantías constitucionales que son: acción de amparo, acción popular, acción de inconstitucionalidad, hábeas corpus, acción de cumplimiento y hábeas data. En este subtítulo sólo nos referiremos a la acción de inconstitucionalidad.

La acción de inconstitucionalidad es cuando se solicita el control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional, siendo el requisito que exista una ley o parte de una ley que contradiga alguna norma o algunas normas de la Constitución.

Es en este orden de ideas que el Tribunal Constitucional, en el derecho peruano, tiene entre una de sus competencias, declarar la inconstitucionalidad de las leyes que infringen la constitución.

Las normas de derecho positivo se ordenan en la pirámide de Kelsen, desde la Constitución hasta la norma de menos jerarquía, por lo cual las normas de menos jerarquía no pueden contradecir a las normas de mayor jerarquía; en tal sentido, en el derecho positivo peruano se encuentra establecido el control difuso y el control concentrado. Dejando constancia que, haciendo una microcomparación jurídica externa podemos concluir que generalmente en otros Estados se consagra sólo uno de estos dos controles, es decir, o se consagra el control concentrado, a cargo del Tribunal Constitucional, o el control difuso, a cargo de todos los Jueces.

La Ley materia de análisis establece la ejecución extrajudicial, la cual consideramos inconstitucional por violar el artículo 139 de la Constitución Política Peruana de 1993, en tal sentido puede plantearse la respectiva acción a efecto de que el Tribunal Constitucional, se pronuncie en instancia única.

La Constitución Política Peruana de 1993, establece que la jurisdicción es exclusiva del Poder Judicial, con dos excepciones que son: el arbitraje y la justicia militar, por lo cual, establecer la jurisdicción privada es inconstitucional. Consideramos que toda norma debe ser redactada por juristas; sin embargo, al parecer, al redactarse la norma en estudio no se ha tenido el debido cuidado o no ha sido redactada por abogados, que son los mas calificados para hacerlo, sino por otros profesionales.

Ésta es una propuesta teniendo en cuenta todas las fuentes del derecho y no sólo la ley, por lo cual podemos afirmar que es una propuesta seria, fruto de mucho análisis y estudio. Además, es compartida por la doctrina extranjera, la cual establece que en los Estados en los que se incluya el procedimiento de ejecución extrajudicial se debe tener en cuenta la constitucionalidad o no de dicha novedad legislativa.

En el caso peruano, es importante tener en cuenta que la ejecución extrajudicial ya estaba consagrada legislativamente en el Código Civil Peruano de 1984, según el cual al constituirse la prenda, podía pactarse la ejecución extrajudicial.

Legislar es un proceso mal regulado en el caso peruano; pareciera que los congresistas fueran dioses y que pueden aprobar las leyes que les da la gana, pero se pueden equivocar y en el caso materia de análisis, se han equivocado, ya que previamente debió haberse modificado la Constitución Política Peruana de 1993.

En tal sentido, podemos afirmar que las normas deben encajar en su sistema jurídico, y que en este caso deben encajar en el sistema jurídico peruano.

El derecho y la economía se encuentran juntos. Podemos afirmar que el primero debe estar al servicio de los agentes económicos, pero primero debe respetar las fuentes del derecho y en los estados o sistemas jurídicos que pertenecen a la familia jurídica romano germánica, la ley prima sobre otras fuentes del derecho.

La ley en mención tiene como objetivo reactivar la economía, por lo cual no tengo una posición en contra de la ley, sino que como hombres de derecho, debemos respetar las fuentes del derecho, las cuales abarcan a la ley, y dentro de ésta, sobre todo a la Constitución.

26. REINGENIERÍA

La reingeniería es una teoría que se orienta a cambiar estructuras. Podemos afirmar que es necesaria la misma para que la ejecución extrajudicial sea también de aplicación a las garantías inmobiliarias como la hipoteca inmobiliaria, y lo decimos así, porque también existe hipoteca mobiliaria en el derecho español desde hace más de cincuenta años.

La reingeniería no se relaciona sólo con las ingenierías, sino que es aplicación a todas las áreas del conocimiento humano.

En algunas oportunidades el derecho comparado es la solución efectuando una recepción interna o externa, pero en otras oportunidades esto no es suficiente, por lo cual en estos casos se debe optar por una solución creativa, e incluir nuevas instituciones que quizá no se encuentren consagradas ni siquiera en el derecho extranjero.

Debemos tener en cuenta las fuentes del derecho y dentro de éstas a la realidad social en la cual apreciamos que hacen falta procedimientos más rápidos o ágiles para ejecutar las garantías inmobiliarias al igual que las garantías personales; es decir, no es necesario sólo ejecutar las garantías reales, sino también las garantías personales; máxime si el Poder Judicial se encuentra saturado de trabajo o carga procesal por lo cual los procesos son muy lentos e inseguros, lo que también le impide cumplir su función de manera eficiente. Además se debe considerar su exiguo o reducido presupuesto que puede válidamente ser comparado con el de un simple Ministerio, pero no con el de un Poder del Estado, por lo cual podemos afirmar que siendo tres poderes del Estado, al Poder Judicial debe asignarse la tercera parte del Presupuesto Nacional.

27. OTRAS GARANTÍAS

Muchas normas necesitan ciertas modificaciones; en tal sentido, como nuestra propuesta es que se debió regular todas las garantías, hacemos una propuesta a continuación.

En la ley materia de análisis no se han regulado las garantías inmobiliarias y otras garantías que también debieron regularse como el seguro de título y el seguro de crédito.

En los dos siguientes subtítulos desarrollamos estas dos importantes garantías como son el contrato de seguro de título y el contrato de seguro de crédito, las cuales tienen mucha importancia para reactivar la economía.

28. SEGURO DE TÍTULO

En el derecho positivo (legislación) de los diferentes estados (sobre todo en el caso de los estados pertenecientes a la familia jurídica romano germánica en los que la ley prima sobre otras fuentes del derecho), no se encuentran regulados todos los Códigos, contratos, garantías, derechos reales, personas jurídicas, ni todas las instituciones; por ejemplo no todos los estados tienen en su derecho positivo regulada la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, ni el Registro Fiscal de Ventas o Plazos, ni el seguro de título (sino sólo algunos estados) entre otros temas. El tema que motiva el presente es el seguro de título, por lo que sólo nos referimos a dicho tema.

El seguro de título es celebrado entre el comprador y la compañía aseguradora, para proteger al primero de eventualidades que causen la pérdida del derecho de propiedad sobre el bien adquirido.

Debemos precisar que el seguro de título también protege a la institución bancaria o financiera cuando ha otorgado un crédito con garantía hipotecaria.

Es decir, el contrato de seguro de título protege al comprador de un predio, de un vehículo o de otro bien y también protege a la institución bancaria o financiera cuando ésta otorga un crédito con garantía hipotecaria o cuando se otorga en garantía un vehículo.

En tal sentido, habiéndonos referido al contrato de seguro de título, debemos referirnos también al contrato de seguro ampliado de título, por el cual se protege al comprador o a la institución bancaria o financiera, por mayores eventualidades y siendo la prima del seguro un monto mayor.

Debemos precisar que en Estados Unidos de Norteamérica las compraventas de fincas son garantizadas por el contrato de seguro de título, es decir, aplicando el derecho comparado (que consiste en la aplicación del método comparativo al derecho y que para algunos juristas es un método y para otros es una ciencia), podemos determinar que este seguro o contrato de seguro no es estudiado ni aplicado en el derecho peruano, pero sí en el derecho Estadounidense.

El derecho debe brindar las herramientas adecuadas a los agentes económicos, para que éstos contraten con las debidas garantías, en tal sentido debe brindar las herramientas necesarias para poder celebrar contratos de compra venta de predios y contratos de mutuo con las debidas garantías sin exponer a los referidos a innecesarios riesgos.

El seguro de título no se utiliza en el estado peruano, por lo cual es posible que los compradores de inmuebles y de otros bienes pierdan su dinero al tratar de adquirir un bien porque el derecho positivo, no brinda las garantías necesarias a

los compradores y a las instituciones bancarias y financieras cuando celebran un contrato de compra venta o de mutuo (o crédito), respectivamente.

El seguro de título garantiza las adquisiciones de predios y los contratos de mutuo celebrados por los compradores y las instituciones bancarias y financieras, por lo que es normal que tenga un costo, pero es muy reducido respecto al precio del inmueble, cuya compraventa o mutuo con garantía hipotecaria se garantiza.

Es decir, conviene contratar un seguro de título, ya que a bajos costos, permite asegurar la inversión realizada.

Cada institución corresponde a una realidad social (ésta también es fuente del derecho) en tal sentido el contrato de seguro de título, es mas necesario en el derecho Estadounidense, porque en algunas zonas de éste, el sistema registral es registro de documentos (el registro no determina quienes son los propietarios, sino sólo quienes son los posibles propietarios) y no sistema registral de registro de derechos (el registro determina excluyentemente quien es el propietario, como en el sistema registral peruano, español o argentino). En el sistema jurídico peruano, el registro desplaza o elimina al seguro ampliado de título, sobretodo en los últimos años, porque recientemente, desde la creación de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, la institución registral se ha fortalecido y los errores registrales han disminuido, en tal sentido, se ha convertido en una institución pública que brinda bastante seguridad a los compradores; conviene su utilización como obligatoria, porque otorga seguridad jurídica a los compradores y a las instituciones bancarias.

Es necesario dejar constancia que el seguro de título sólo protege en los supuestos pactados, y no protege en los supuestos no pactados. Pero es claro que el seguro ampliado de título brinda una protección mayor o frente a mayores riesgos.

El seguro de título tiene diferentes alcances, puede ser simplemente un seguro de título o por el contrario un seguro ampliado de título.

Corresponde en esta sede determinar la naturaleza jurídica del seguro de título, que es un contrato y una garantía. La naturaleza jurídica no se pacta, sino que la misma es establecida por el derecho de los diferentes estados y en algunas oportunidades la misma varía de acuerdo al sistema jurídico; por ejemplo, en el derecho positivo peruano, la hipoteca es regulada como derecho real, pero en el Código Civil español de 1889 es regulada como contrato.

Es necesario dejar constancia que si se implanta en el Estado Peruano como obligatorio el contrato de seguro ampliado de título, los costos por adquirir un inmueble o por celebrar un mutuo con garantía hipotecaria aumenta, pero se reduce la posibilidad de perder la inversión realizada.

Es decir, conviene implementar el seguro de título como obligatorio en el derecho positivo peruano.

Debemos dejar constancia que el gran problema es determinar si el monto de la prima del contrato de seguro lo determina el mercado o el derecho positivo al igual que la cobertura del seguro, que sería un porcentaje del inmueble, o vehículo o participaciones, o acciones, embarcaciones pesqueras, buques, naves, aeronaves, entre otros bienes, encontrándose también incluidas las compras de marcas, derechos de autor y patentes, entre otros intangibles. Éste no es un tema pacífico, refiriéndonos sobre todo al monto del seguro y prima. Sin embargo, a mayor prima tendremos una cobertura mayor.

En caso de establecerse como obligatorio este contrato de seguro, es necesario regular los requisitos para que las compañías aseguradoras paguen la eventualidad, así como el plazo y que la póliza sea un título ejecutivo.

Sin embargo, debe imponerse sanciones a las compañías aseguradoras cuando no cumplen el contrato de seguro ampliado de título.

El gran problema dentro del derecho es brindar mecanismos necesarios para proteger a los contratantes débiles.

La compra de una casa es una decisión compleja y no todos los días celebramos estos contratos (salvo las inmobiliarias), por ello conviene proteger adecuadamente a los compradores y acreedores hipotecarios frente a eventualidades.

Sobre el contrato de seguro de título no hemos encontrado fuentes de información en la doctrina nacional pero sí en la extranjera, la cual apreciamos en Internet.

El derecho de seguros y reaseguros se ha desarrollado poco en el Derecho Peruano y solo hemos tenido a la vista dos libros recientes de autores peruanos de esta rama del derecho ubicada en el derecho privado, pero no desarrollan el seguro de título.

Si comparamos el derecho de seguros y reaseguros peruano con el derecho societario peruano podemos determinar que el último se encuentra más desarrollado porque la sociedad colectiva es poca utilizada en el derecho peruano, pero existe como tipo societario en el derecho positivo peruano.

Es decir, una posibilidad es regular el seguro de título como obligatorio y otra como facultativo.

Sin embargo, es claro que en ambos supuestos los funcionarios de la aseguradora, deben estudiar los títulos de propiedad antes que celebren los contratos de seguro ampliado de título.

Es necesario dejar constancia que si se implementa el seguro ampliado de título como obligatorio en el derecho peruano, se incentivan las transacciones comerciales, creciendo por tanto el mercado inmobiliario, mobiliario y otros mercados como el financiero.

Otra ventaja es que se incrementa el ingreso del Estado Peruano por tributos, y se generan puestos de trabajo.

Para establecer el precio del seguro son necesarios estudios económicos de forma que se encuentre el punto de equilibrio con el cual estén de acuerdo los compradores, las compañías aseguradoras e instituciones bancarias y financieras.

En el Estado Peruano existen personas que no realizan algunas transacciones comerciales por temor de perder su dinero, es decir, sin el seguro ampliado de título, se desincentivan las mismas, atentándose contra el tráfico comercial.

Si se aprueba el seguro ampliado de título, las tasas de interés bajarán, porque las instituciones bancarias y financieras se encontrarían mas protegidas al momento de conceder un mutuo o crédito bancario con garantía hipotecaria.

Actualmente en el Estado Peruano las empresas aseguradoras no celebran el contrato de seguro de título ni el contrato de seguro ampliado de título, lo cual atenta contra el mercado, los compradores e instituciones bancarias y empresas aseguradoras.

Consultando con el especialista en seguros Jorge Requena de la empresa aseguradora El Pacífico, nos manifestó que el seguro responde a una necesidad y a un riesgo. Y pensamos que ello debe ser materia de un riguroso estudio por parte del parlamento.

29. SEGURO DE CRÉDITO

En el derecho estadounidense se utiliza el seguro de título garantía que no es utilizada en el derecho peruano.

En el derecho estadounidense e inglés, entre otros, se utiliza el seguro de crédito por el cual la empresa aseguradora responde en caso de insolvencia o no pago del deudor. Esta garantía incentiva (aplicando el análisis económico del derecho que para algunos juristas es un método de interpretación y para otros es un método de investigación) las transacciones comerciales al crédito como la compra venta al crédito y la exportación, es decir, existe seguro de crédito interno y seguro de crédito a la exportación. En tal sentido, los Estados en los cuales se aplica esta garantía tienen en su mercado mayor número de transacciones comerciales y en general, mayor tendencia al desarrollo, todo lo cual hace falta en el derecho peruano, porque en el Estado peruano es muy riesgoso vender al crédito (salvo que se constituya una garantía eficiente) lo cual trae como consecuencia que se desincentive el intercambio de bienes y servicios.

El seguro además de ser una garantía es un contrato, en tal sentido se estudia el contrato de seguro. Algunos juristas confunden el factoring con el seguro de crédito, por lo cual en esta sede corresponde dejar constancia que si bien ambos son contratos comerciales (o mercantiles que es lo mismo, porque forman parte del derecho comercial o mercantil) o empresariales (porque forman parte del derecho empresarial o derecho de la empresa o derecho de los negocios), no constituyen lo mismo.

30. CARGA PROCESAL

Es necesario dejar constancia que en los Juzgados y Salas del Poder Judicial peruano actual existe mucha carga procesal, lo cual ocasiona que los procesos tengan mucha duración.

Frente a tal problema, resulta adecuado pensar en ampliar el número de órganos jurisdiccionales y además en que la justicia puede estar a cargo de particulares que actúen solos o a través de personas jurídicas.

31. FALTA DE GARANTIAS EN LA JUSTICIA PRIVADA

En la justicia privada no existe un Juez que controle las actitudes de las partes, en tal sentido las mismas pueden excederse y dentro de éstas sobre todo el apoderado.

Frente a lo cual no procedería recurso de apelación que es un recurso ordinario, pero si procedería recurso de reposición.

Pero la parte perjudicada puede válidamente interponer acción de amparo, por violación de algunas normas constitucionales.

Es necesario dejar constancia que en la justicia privada o ejecución extrajudicial no existe posibilidad de formular denuncia por abuso de autoridad o prevaricato en contra del apoderado, por lo cual hasta cierto punto de vista, los deudores o demandados se encuentran desprotegidos; en tal sentido hubiera sido conveniente que se tenga en cuenta en una exposición de motivos del texto actual de la Ley de Garantía Mobiliaria, lo cual demuestra falta de seriedad pues una ley sin exposición de motivos no se puede comprender ni se debe aplicar porque faltan sus fundamentos.

32. JUEZ COMPETENTE

El juez competente es el Juez de Paz, Juez de Paz Letrado o el Juez Especializado o Mixto del domicilio del demandado en primera instancia y luego en segunda instancia absuelve el grado el superior.

33. REQUISITOS DE LA DEMANDA

La demanda se presenta al Juez con los requisitos del artículo 424 y 425 del Código Procesal Civil Peruano de 1993.

34. REQUISITOS DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

La solicitud de medida cautelar se presenta al Juez con los requisitos del artículo 610 del Código Procesal Civil Peruano de 1993.

35. INSTANCIAS EN EL PROCESO

En el proceso existen dos instancias y eventualmente recurso de casación que es un recurso extraordinario.

Si el proceso se inicia ante el Juez de Paz, la primera instancia es el mismo y la segunda instancia es el Juez Civil o Mixto. No procediendo en este caso el recurso de casación.

Si el proceso se inicia ante el Juez de Paz Letrado, la primera instancia es el mismo y la segunda instancia es el Juez de Primera Instancia. No procediendo en este caso el recurso de casación.

Si el proceso se inicia ante el Juez de Primera Instancia, la primera instancia es el mismo y la segunda instancia es la Sala Civil o la Sala Mixta. Procediendo el recurso de casación.

36. LOS BIENES DEL ESTADO SÍ SON EMBARGABLES

El embargo es una medida cautelar dispuesta judicial o administrativamente para asegurar el resultado de un proceso y consiste en la afectación jurídica hasta por cierto monto de un determinado o determinados bienes.

El embargo de bienes inscritos (como terrenos, casas, departamentos, edificios inscritos, estadios, vehículos, buques, naves, aeronaves, participaciones sociales, acciones, marcas, patentes, derechos de autor y concesiones, entre otros bienes) al igual que la hipoteca se constituye con la registración (precisando que no decimos inscripción porque la registración es el género y la inscripción y la anotación, son la especie; y por ello corresponde precisar que las hipotecas se inscriben, mientras que los embargos se anotan).

En tal sentido, debemos precisar que el área de conocimiento no sólo es derecho procesal que es derecho público, sino también otras ramas del derecho entre las cuales destaca derecho constitucional (que también es derecho público) conforme se detalla mas adelante.

Conforme a las leyes peruanas los bienes del Estado son embargables sólo cuando se ha seguido el procedimiento establecido en la ley, lo cual en esta sede cuestionaremos.

Cuando nos referimos a bienes pensamos inmediatamente en la clasificación de cosas o bienes corporales de muebles e inmuebles, pero esta clasificación de las cosas no sirve para clasificar a los bienes incorporeales, por lo cual en lugar de esta clasificación debemos preferir la clasificación de los bienes en registrados y no registrados. Para mayor detalle se puede consultar mi artículo La clasificación de los bienes en el derecho positivo peruano publicado en la Revista Jurídica del Perú, el cual también aparece en monografías.com.

El embargo tiene entre sus características la persecutoriedad por lo cual una vez trabado, se persigue al bien y no a la persona.

Eduardo J. Couture precisa que el embargo es una medida cautelar, decretada judicialmente para asegurar de antemano el resultado de un proceso y que consiste en la indisponibilidad relativa de determinados bienes. También se precisa que la voz embargo deriva del verbo embargar y éste del latín vulgar

“imbaricare” (COUTURE, Eduardo J. Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma. Págs. 250 a 251).

Por lo cual debemos precisar que el embargo no sólo se dispone judicialmente si no también administrativamente, además no se dispone por decreto sino por auto que declara fundada la medida cautelar, además se confunde el embargo con la medida cautelar de no innovar, que son medidas cautelares distintas, por lo cual no se tuvo el debido cuidado ni seriedad al realizar esta definición. Es decir, existen muchos estudios como el citado que no reflejan seriedad en su elaboración.

Conforme a la Constitución Política Peruana de 1993 las personas son iguales ante la ley (Constitución, Art. 2, numeral 2) y ante el proceso (es decir, según esta Constitución no existen privilegios entre las partes en los procesos sean judiciales o no, por lo cual es inconstitucional que una parte litigue con el privilegio que sus bienes son inembargables), norma que es superior a cualquier otra, aunque se trate de una ley, ya que conforme a la norma citada, la misma prevalece sobre las leyes y éstas sobre las demás normas. Además **las normas que amparan y que sirven de antecedente a dicha norma ya fueron declaradas inconstitucionales**. Incluso los Jueces, en caso de conflicto de normas (como es el presente caso) prefieren la norma de mayor jerarquía (que en este caso sería la Constitución Política Peruana de 1993), por la cual sí serían embargables. Es un tema discutible y hartamente opinable ya que es un caso trágico (los casos y supuestos son en doctrina fáciles, difíciles y trágicos), en el cual siempre existirá un perjudicado aparente, es decir, siempre existirá un sofisma (verdad aparente) para cuestionar la decisión adoptada.

En este problema se ven expuestos todos los Magistrados por una deficiente legislación que al parecer pretende hacer creer a algunos legos en derecho que las partes pueden ser desiguales por disposición de la ley y así crear derechos espectaculosos absurdos e inconstitucionales, que **como precisé sus antecedentes ya fueron declarados inconstitucionales**.

Por otro lado, debemos dejar constancia que las leyes no pueden interpretarse y/o aplicarse en forma aislada y sin tener en cuenta otras normas del sistema jurídico peruano, porque serían leyes con nombre propio, y las leyes tienen como una de las características la generalidad en su aplicación, es decir, para todos los supuestos, y no sólo para algunos (sólo los casos del Estado y algunos otros como el caso de las municipalidades).

Si se declaran fundadas las quejas por embargar bienes del Estado se cometería delito de abuso de autoridad y procedería acción de amparo.

La obediencia debida tiene excepciones, por lo cual se llega a determinar que no se debe obediencia a la ley supuestamente no tomada en cuenta, porque se debe preferir la norma constitucional que establece la igualdad de las partes ante la ley de la cual deriva la igualdad de las partes ante el proceso. Y también se debe preferir la norma de tutela jurisdiccional efectiva.

Por otro lado, un poder del estado que puede ser el Poder Ejecutivo o Legislativo no puede obligarle al Poder Judicial a emitir sentencias o autos inconstitucionales.

Para dejar claro lo expuesto debemos determinar que aún en el caso que una norma de rango constitucional precise que los bienes del Estado son inembargables (como no ocurre en el presente caso), dicha norma sería también inconstitucional, conforme a las nuevas tendencias del derecho constitucional, que establecen que las normas constitucionales pueden estar en contra de otras normas constitucionales de mayor jerarquía.

En un proceso contencioso siempre hay un perdedor y éste en algunas oportunidades se queja o hace pronunciamientos, pero éstos devienen en improcedentes o inadmisibles.

En todo Estado de Derecho las partes son iguales ante la ley y ante el proceso, por lo cual las partes no pueden ser desiguales en el proceso con normas írritas que establezcan que los bienes del Estado son inembargables, porque se atentaría contra el estado de derecho o que son embargables luego de seguir un determinado procedimiento, que es lo mismo porque se consagra legislativamente la desigualdad de las partes ante el proceso.

Con normas como la cuestionada se desincentivan (aplicando el análisis económico del derecho) las inversiones por parte de los agentes económicos, que pueden ser peruanos y o extranjeros.

El artículo 51 de la Constitución Política Peruana de 1993 establece que la Constitución prevalece sobre toda norma legal, por lo cual si ha establecido la igualdad de las partes ante la ley a nivel de Constitución, no puede establecerse a nivel de ley, la desigualdad de las partes ante el proceso, porque ello sería inconstitucional.

Este no es el primer trabajo sobre este tema. Podemos afirmar que el mismo si tiene antecedentes en la doctrina peruana, en tal sentido esperamos haber contribuido con la cultura jurídica, a fin de que la tutela jurídica en el Estado Peruano sea constitucional y justa, ya que es injusto que los bienes de dominio privado del Estado sean inembargables o se requiera en dicho supuesto seguir un procedimiento especial.

Es decir, pareciera que existe cierto consenso que no se pueden embargar bienes del Estado que son de dominio público como pistas y puentes, pero sí serían embargables bienes de dominio privado como el dinero depositado en cuentas de ahorros o cuentas corrientes.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional peruano no es enérgico, al no haber establecido a nivel de su jurisprudencia que los bienes del Estado de dominio privado sí son embargables, por lo cual existe un mal precedente en esta materia, lo que debe desterrarse del derecho peruano, porque en el mismo existe un estado de derecho.

No todos podemos interponer acción de inconstitucionalidad, conforme al artículo 203 de la Constitución Política Peruana de 1993, por lo cual los legitimados adolecen de criterio jurídico y son irresponsables.

Esperamos la derogación inmediata de las normas cuestionadas en el presente subtítulo, el cual constituye un granito de arena en la cultura jurídica, que en algunos casos motivan sentencias inconstitucionales basadas en normas de igual condición.

Incluso el Poder Judicial hace caso omiso al mandato constitucional de la cosa juzgada y de la igualdad de las partes ante el proceso al no pagar sin proceso judicial, la compensación por tiempo de servicios a los jueces. Podría utilizarse el refrán muy criollo “en casa de herrero cuchillo de palo”.

En tal sentido, deben rechazarse los estudios y sentencias positivistas sobre este tema, que tanto daño han causado a la imagen nacional e internacional del Estado Peruano.

Los Magistrados del Poder Judicial no son máquinas a las cuales se puede dominar con leyes inconstitucionales. Debe ponerse fin a estas leyes y otras normas similares de menor jerarquía.

Al referirnos a embargos, no sólo nos referimos a los embargos judiciales, sino también a los embargos extrajudiciales o administrativos, por lo cual administrativamente también procedería el embargo de bienes de dominio privado del Estado Peruano, por parte de los ejecutores coactivos.

El auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Caceres del 18 de diciembre de 1988, reproducida por Alberto RUIZ OJEDA en su libro la ejecución de créditos contra entes públicos, primera edición, editorial Civitas S.A., Madrid, 1993, pág. 111 establece que: “Llegado este punto, esta sala se encuentra ante el dilema de, o desatender la efectividad de la tutela judicial, aumentando el número de casos en los que la Administración, tranquilamente parapetada detrás de sus privilegios, espera, incluso conscientemente, el abandono por parte de los tribunales de justicia, o la renuncia a estos a cumplir su deber y tomar la iniciativa cuando la Administración deja de cumplir su obligación, a cuyo punto esta Sala se decanta por la segunda opción y, en consecuencia, estima como mas adecuado ordenar a las entidades bancarias donde están depositados los fondos de la diputación, que con cargo a ellos, se satisfaga la deuda contraída a cuyo pago aquella fue condenada” (GUERRA CERRON, J. María Elena. Fiscal Superior civil en el distrito judicial del Callao. Una historia de nunca acabar La inembargabilidad de los bienes del Estado).

Aplicando el derecho comparado, que para algunos juristas es un método y para otros una ciencia, esta ejecutoria del derecho extranjero debe ser recepcionada en el derecho peruano, por ser una resolución justa que aclara el panorama de este caso trágico.

El artículo 4 del TUO de la LOPJ establece que todos están obligados a cumplir los mandatos judiciales, lo que es necesario tener en cuenta en este tema.

37. CONCLUSIONES

Luego de haber desarrollado el tema intervención judicial en la ley de garantía mobiliaria, formulamos conclusiones en los siguientes términos:

- 1) Que la ejecución extrajudicial establecida por la Ley de Garantía Mobiliaria contradice la Constitución.
- 2) Que la Ley de Garantía Mobiliaria no ha sido reglamentada.
- 3) Que los miembros de la comisión no han sido juristas con amplia experiencia, sino abogados con poca experiencia y que no son expertos en el tema.
- 4) Que en la Ley de Garantía Mobiliaria no se han regulado los requisitos para solicitar el embargo u otra medida cautelar ante el Juez, consistente en la desposesión, cuando es una garantía sin desposesión.
- 5) Existen pocos estudios en nuestro medio sobre la nueva Ley de Garantía Mobiliaria.
- 6) Existen pocos estudios en nuestro medio sobre las garantías.
- 7) La ley materia de estudio sólo regula las garantías mobiliarias y las garantías que recaen sobre bienes incorporales.

38. SUGERENCIAS

Luego de haber desarrollado el tema intervención judicial en la Ley de Garantías Mobiliarias, y haber efectuado conclusiones, procedemos a hacer sugerencias en los siguientes términos:

- 1) Que la Ley de Garantía Mobiliaria como el Reglamento de Inscripciones correspondiente deben difundirse, no sólo a especialistas en derecho registral sino también a Magistrados, ya que éstos últimos son también operadores jurídicos.

39. PROPUESTAS LEGISLATIVAS

Luego de haber desarrollado el tema de intervención judicial en la Ley de Garantía Mobiliaria, y haber llegado a conclusiones y efectuado sugerencias proponemos las siguientes propuestas legislativas al derecho positivo peruano:

- 1) Que se modifique la Constitución Política Peruana de 1993, para permitir la ejecución extrajudicial en ciertos supuestos.
- 2) Que se reglamente la Ley de Garantía Mobiliaria, para permitir una mejor aplicación de la misma.
- 3) Que se legisle formando comisiones legislativas con jurisconsultos expertos en la materia a legislarse.

- 4) Debe modificarse la Ley de Garantía Mobiliaria para que, en caso de ejecutarse la garantía y exista saldo a cobrar, la vía idónea sea el proceso ejecutivo.

40. FUENTES DE INFORMACIÓN

Para la elaboración del presente se ha tenido en cuenta muchas fuentes de información, y no sólo libros, por lo cual no se le puede denominar bibliografía.

- 1) COUTURE, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Editorial B de F Montevideo-Buenos Aires. 2002.
- 2) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, Jaime y BANACLOCHE PALAO, Julio. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomos I y II. Editorial Civitas. Madrid España. Primera Edición. 2001.
- 3) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Editorial ABC. Santa Fe de Bogotá – Colombia. 1996.
- 4) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia. 2002.
- 5) TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. Clasificación de los bienes en el derecho positivo peruano. En: Revista Jurídica del Perú.
- 6) TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos. Editorial Euroamericana. Lima Perú. 2004.
- 7) TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. Derecho Comparado y Seguro de Crédito. En: Revista Normas Legales de junio del 2006.
- 8) TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. Consecuencias de la aplicación del derecho comparado. En: Suplemento Mensual Hechos y Derechos de marzo del 2006.
- 9) TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. Derecho Positivo Peruano, Introduciendo el seguro ampliado de título como obligatorio. En: Suplemento Mensual Hechos y Derechos.
- 10) TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. Garantías. Editorial Euroamericana. 2004. Lima Perú.
- 11) TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. Garantías Comerciales. En: Revista Normas Legales. En: Revista Normas Legales de Agosto del 2003.
- 12) TORRES MANRIQUE, Fernando Jesús. Técnica Legislativa. En: Revista Normas Legales de julio del 2003.