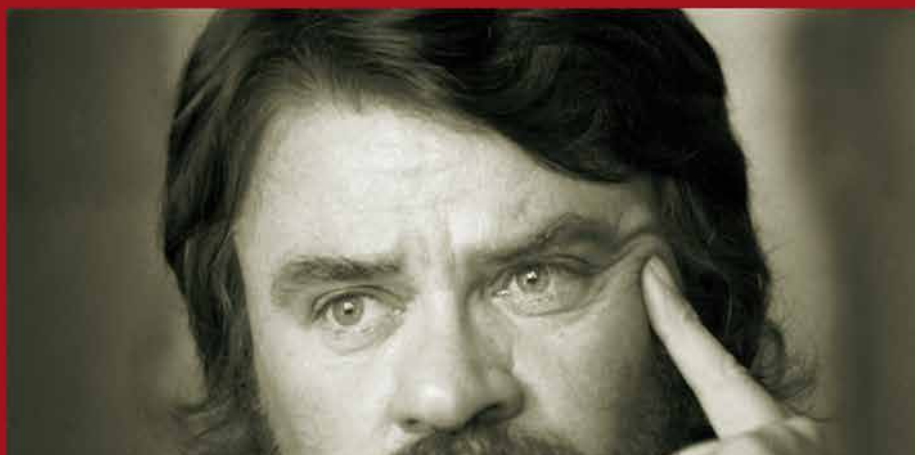


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA



Capítulo 27

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO
EDITORIAL

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-888-3

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

GARANTÍA MOBILIARIA PRECONSTITUIDA Y GARANTÍA A *NON DOMINO*

*Francisco Avendaño Arana**

Para mí es un honor participar en una obra que tiene por objeto rendir un merecido homenaje a Fernando de Trazegnies.

Fernando de Trazegnies es mucho más que un notable jurista. Se trata de un abogado con bastos conocimientos de historia, filosofía, lengua, literatura y economía.

Fernando de Trazegnies es un jurista en el cabal sentido de la palabra. Es una persona versada en derecho en general. Sus conocimientos abarcan distintas áreas, como el derecho civil, filosofía del derecho, historia del derecho, derecho internacional y arbitraje.

Cuando se me invitó a escribir un artículo para Fernando de Trazegnies, se me pidió que el tema estuviera relacionado con el derecho civil. Teniendo en cuenta esto, y mi cercanía con los derechos reales, me pareció conveniente escribir sobre una nueva figura que rompe con moldes y patrones clásicos y pretende revolucionar las garantías en el Perú: la garantía mobiliaria. Porque si algo tiene Fernando de Trazegnies, es la de ser una persona sumamente imaginativa e innovadora, sin miedo a las tradiciones, un verdadero revolucionario del derecho.

INTRODUCCIÓN

En el Perú nunca ha existido un verdadero sistema de garantías. En materia mobiliaria, había prendas en función del deudor o del acreedor, prendas con entrega o sin entrega del bien afectado, con o sin registro, prendas para bancos o para determinados sectores económicos. En fin, un sinnúmero de prendas sin mucha

* Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Bancario en Boston University, Estados Unidos. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Jorge Avendaño V. Abogados.

coherencia entre ellas. De otro lado, las normas legales protegían al deudor, por considerarlo la parte débil de la relación jurídica, cuando en realidad había que proteger al acreedor, pues este es el que otorga el crédito. La prohibición del pacto comisorio es un ejemplo de estas normas. Por último, los costos de las prendas eran sumamente altos. La identificación del bien, el acceso al registro, la ejecución, entre otros, generaban costos excesivos que en última instancia desincentivaban y encarecían el crédito.

La ley 28677 creó la garantía mobiliaria y derogó las distintas prendas que existían en la legislación peruana. Muchas críticas se le pueden hacer a la Ley de la Garantía Mobiliaria (LGM), pero lo que es indiscutible es que la garantía mobiliaria es sumamente novedosa y ha revolucionado el sistema de garantías en el Perú. Varios de los principios y características de las garantías clásicas —prenda e hipoteca— provenientes del derecho romano han sido dejados de lado. La LGM ha reducido al mínimo las garantías sobre bienes muebles, pone énfasis en el acreedor y abarata la constitución de la garantía y su ejecución.

En el presente artículo comento dos instituciones previstas en la LGM: la garantía mobiliaria preconstituida y la garantía a *non domino*. Haré un comentario exegético de los artículos de la LGM relativos a la garantía mobiliaria preconstituida y a la garantía a *non domino*.

LA GARANTÍA MOBILIARIA PRECONSTITUIDA

Artículo 20. Garantía mobiliaria preconstituida

Puede preconstituirse la garantía mobiliaria en los siguientes casos:

1. Sobre bien mueble ajeno, antes de que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble.

2. Sobre bien mueble futuro, antes de que exista.

3. Para asegurar obligaciones futuras o eventuales.

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

La garantía preconstituida es aquella por la que se afecta un bien que no es del constituyente¹ o la que recae sobre un bien futuro o la que asegura el cumplimiento de obligaciones futuras o eventuales. Es preconstituida en el sentido que su eficacia está sujeta a que el constituyente adquiera la propiedad del bien, llegue a existir el bien o se contraiga la obligación futura o eventual.

¹ El constituyente es la persona, sea el deudor o un tercero, que constituye la garantía mobiliaria.

Nada impide que una persona que no es propietaria de un bien lo afecte en garantía o que la garantía esté relacionada con un bien que no existe o que asegure el cumplimiento de obligaciones futuras o eventuales. En todos estos casos, la garantía es válida, y por tanto existe, aunque no tenga eficacia.

Con respecto a la garantía preconstituida de bienes ajenos, uno de los requisitos de la prenda clásica era que el constituyente fuera el propietario del bien. Se trataba de un requisito de validez del derecho real de prenda, por lo que la prenda de un bien ajeno era una garantía inválida.

En la hipoteca, la propiedad del constituyente todavía es hoy un requisito de validez de la garantía, conforme lo establece en el inciso 1 del artículo 1099 del Código Civil.

Apartándose de las garantías clásicas, la LGM no exige como requisito de validez de la garantía mobiliaria, que el constituyente sea el propietario del bien mueble. Más bien, permite que la garantía recaiga sobre un bien ajeno. En consecuencia, la relación jurídica derivada de una garantía constituida por quien no es propietario del bien es válida.

El inciso 1 del artículo 20 de la LGM señala que puede preconstituirse la garantía sobre un bien mueble ajeno, antes de que el constituyente adquiera «la propiedad» de dicho bien mueble. La norma identifica bien ajeno con aquel que no es de propiedad del constituyente. El dueño del bien afectado es un tercero, distinto del constituyente de la garantía. La norma es criticable porque podría ocurrir que lo que se afecte en garantía no sea el derecho de propiedad de un bien ajeno, sino algún otro derecho del cual el constituyente no sea titular, como por ejemplo el derecho de usufructo.

De otro lado, la referencia «antes de que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble» es innecesaria porque si la garantía se constituye cuando el constituyente ya es propietario del bien, no estaríamos en presencia de una garantía mobiliaria preconstituida sino de una que produce plenos efectos.

Con relación a la garantía preconstituida de bienes futuros, la prenda clásica gozaba del llamado principio de especialidad, el cual adoptaba dos formas: especialidad en cuanto al bien y especialidad en cuanto al crédito. Por la primera se entendía que la prenda debía recaer sobre bienes muebles determinados y existentes. No había prenda sobre bienes futuros. Por la segunda, que la prenda debía garantizar el cumplimiento de obligaciones determinadas o determinables y que el gravamen debía ser igualmente de cantidad determinada o determinable.

La especialidad también es una característica de la hipoteca. De ello dan cuenta los artículos 1100 y 1106 —especialidad en cuanto al bien— y 1099, incisos 2 y 3 —especialidad en cuanto al crédito— del Código Civil.

Se ha discutido mucho sobre la hipoteca de bienes futuros, en particular la de departamentos en planos. Algunos estimaban que la hipoteca no podía constituirse por ser los departamentos en planos bienes futuros. Otros opinaban que sí eran posibles tales hipotecas, siempre que estuvieran sujetas a la condición suspensiva de que el bien llegara a existir. En el ámbito registral, esta última posición es la que ha primado, según se puede apreciar de la directiva registral 002-2003-SUNARP/SN².

El inciso 2 del artículo 20 de la LGM dice que se puede preconstituir la garantía sobre bien mueble futuro «antes de que exista». Esto último es obvio, porque si el bien existe ya no es futuro. Sin embargo, en este caso la referencia «antes de que exista» sí parece necesaria ya que no existe en la LGM una definición de bien futuro, y como se sabe, existe discusión acerca del concepto de bien futuro.

En efecto, el significado de bien futuro no es unívoco. Para algunos los bienes futuros son aquellos bienes existentes que no se han integrado al patrimonio de una persona. Son los bienes ajenos, los que pertenecen a otro. Son futuros para el constituyente de la garantía en el sentido que no son de su propiedad. Para

² Antes de culminar con la construcción de un edificio, e inclusive antes de su inicio, se puede anotar preventivamente en los Registros Públicos la predeclaratoria de fábrica (documento que describe la edificación que se construirá en el futuro). Además de la predeclaratoria, se debe anotar el prerreglamento interno del edificio. Estando vigente la anotación de la predeclaratoria de fábrica y del reglamento interno, se pueden preindependizar las unidades inmobiliarias proyectadas (los futuros departamentos) y extender «asientos de compraventa, cesión de derechos u otros análogos permitidos por ley en calidad de anotaciones preventivas». Así lo señala el artículo 100 del decreto supremo 008-2000-MTC.

Desde la promulgación del decreto supremo 008-2000-MTC existió discrepancia a nivel registral sobre la posibilidad de anotar hipotecas en partidas preindependizadas. Algunos registradores sostenían que «otros análogos» no comprendía asientos de hipoteca, porque según el artículo 1106 del Código Civil no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros. En otras palabras, siendo los proyectados departamentos de un edificio bienes futuros (porque todavía no existen), no cabe constituir hipoteca sobre ellos. Otros registradores consideraban, en cambio, que la hipoteca podía constituirse al amparo del artículo 1105 del Código Civil, sujeta a la condición de que el bien (el departamento) llegara a existir.

La directiva 002-2003-SUNARP/SN zanja la discrepancia en el ámbito registral, pero es cuestionable. Según el citado artículo 1106 del Código Civil, no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros. Si bien el artículo 1105 del Código Civil permite que se constituya hipoteca bajo condición. Sin embargo, una hipoteca sujeta a condición es aquella cuya eficacia depende de un acontecimiento futuro e incierto. La hipoteca existe pero no produce efecto, hasta que se verifique la condición. Y allí nos topamos con el artículo 1106 del Código Civil. La prestación materia de una obligación creada por un contrato puede versar sobre bienes futuros, siempre que no haya una prohibición establecida por la ley (inciso 1 del artículo 1409 del Código Civil). En el caso de la hipoteca, hay prohibición expresa para hipotecar bienes futuros.

Más allá de lo cuestionable de la directiva 002-2003-SUNARP/SN, ella establece una suerte de hipoteca preconstituida, específicamente con relación a un bien inmueble futuro.

otros, bienes futuros son aquellos bienes que no existen actualmente, pero que pueden llegar a existir.

Para el Código Civil peruano, bien futuro es aquel que no existe. Si bien el Código Civil no define lo que son bienes futuros, a propósito del «objeto del contrato», el inciso 1 del artículo 1409 dice que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.

Para la LGM, bien futuro también es aquel que no existe. No obstante que la LGM tampoco define lo que es bien futuro, a propósito de la garantía preconstituida, en el caso de bienes futuros, el inciso 2 del artículo 20 identifica bien futuro con bien inexistente. Además, para la LGM los bienes ajenos son distintos a los futuros, pues ellos son tratados en forma independiente en el inciso 1 del artículo 20.

Con relación a la garantía preconstituida para asegurar obligaciones futuras o eventuales, la prenda clásica permitía que se afectara un bien en garantía de una obligación futura o eventual. En el caso de la hipoteca, hay norma expresa en tal sentido (artículo 1104 del Código Civil). Las garantías en respaldo de obligaciones futuras o eventuales no son pues una novedad en el sistema legal peruano.

La obligación futura y la obligación eventual son obligaciones inexistentes. La diferencia entre una y otra es que en la futura está previsto el nacimiento de la obligación. Existe una relación previa que hace previsible el nacimiento de la obligación futura. Es el caso de la obligación de pagar el precio en un contrato definitivo de compraventa. La relación previa es el compromiso de celebrar el contrato de compraventa definitivo. En la obligación eventual también existe una relación contractual previa, pero la obligación puede o no existir. Un ejemplo de obligación eventual es el posible saldo deudor de una cuenta corriente.

En los tres casos de garantía mobiliaria preconstituida, debe dejarse constancia en el acto jurídico constitutivo de la garantía del carácter ajeno o futuro del bien mueble o de la naturaleza futura o eventual de la obligación garantizada. Así lo dispone el último párrafo del artículo 20 de la LGM. Si no se deja constancia ¿es inválido el acto jurídico constitutivo de la garantía preconstituida? Estimo que no.

Se debe dejar constancia en el acto jurídico constitutivo del carácter ajeno o futuro del bien o de la naturaleza futura o eventual de la obligación garantizada, para que la garantía preconstituida se inscriba y los terceros puedan saber que se trata de una garantía preconstituida cuya eficacia está condicionada. Pero para que nazca la relación jurídica entre las partes derivada de una garantía preconstituida, no es necesario que se deje constancia en el acto jurídico constitutivo. En otras

palabras, si no se deja constancia en el acto constitutivo de la garantía preconstituida de la naturaleza ajena o futura del bien, o de la obligación futura o eventual, la garantía preconstituida es válida, aunque sin eficacia frente a terceros.

Puede ocurrir, en el caso del bien ajeno, que el acreedor garantizado no sepa que el bien es ajeno y a pesar de ello la garantía subsiste, siempre que tenga buena fe (artículo 24 de la LGM). En esta eventualidad, el acreedor podría pedir la anulación del acto por error. Sin embargo, si el acreedor recibe una garantía preconstituida y sabe que el bien es ajeno, pero tal circunstancia no se consigna en el acto constitutivo, la garantía preconstituida existe y produce efecto, al menos en la relación entre las partes.

La constancia que se debe poner en el acto constitutivo de la garantía preconstituida no tiene por objeto regular la relación entre el constituyente y el acreedor garantizado, sino exclusivamente la oponibilidad frente a terceros.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que si no se deja constancia en el acto jurídico constitutivo del carácter ajeno o futuro del bien o de la naturaleza futura o eventual de la obligación, la garantía preconstituida no se podrá inscribir como tal en el registro mobiliario de contratos o en el registro jurídico de bienes, según sea el caso, pues el artículo 81 del reglamento de las inscripciones del registro mobiliario de contratos, aprobado por resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N 142-2006-SUNARP-SN, exige para efectos registrales que en el título se señale expresamente la causal que sustenta la garantía preconstituida.

- Artículo 21. Eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida*
La eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida quedará sujeta a las siguientes reglas:
- 1. Tratándose de un bien mueble ajeno, a que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien mueble.*
 - 2. Tratándose de un bien mueble futuro, a que el bien mueble llegue a existir.*
 - 3. Tratándose de una obligación futura o eventual, a que en efecto se contraiga tal obligación.*

Como se ha mencionado, el acto jurídico constitutivo de una garantía preconstituida es válido. Sin embargo, para que produzca efecto, es decir para que la garantía tenga eficacia, se debe producir lo siguiente: en el caso de la garantía sobre un bien mueble ajeno, el constituyente debe adquirir la propiedad del bien; en el caso de un bien mueble futuro, el bien debe llegar a existir; y, en el caso de una obligación futura o eventual, la obligación debe contraerse.

Jurídicamente, la garantía preconstituida queda sujeta a la condición suspensiva de que ocurra alguno de los tres eventos, según sea el caso. Se trata de

una condición impuesta por la ley, de la llamada *condicio iuris*. Y es suspensiva, porque queda en suspenso la eficacia de la garantía hasta que se produzca alguno de los tres eventos.

Cuando se verifica el evento y como consecuencia de ello la garantía preconstituida adquiere eficacia, debe inscribirse tal circunstancia en el registro correspondiente³. La LGM no lo exige expresamente, pero el inciso 1 del artículo 32 de la norma señala que son inscribibles los actos relativos a la eficacia de la garantía. Parecería entonces que para la LGM debe inscribirse el acto relativo a la eficacia, con el objeto que los terceros sepan que se verificó la condición y que por tanto la garantía tiene eficacia.

La exigencia de la inscripción del acto relativo a la eficacia podría presentar problemas de carácter operativo, pues el constituyente de la garantía podría no suscribir los documentos necesarios para la inscripción. Este inconveniente ha sido abordado por el reglamento de inscripciones del registro mobiliario de contratos. Según el artículo 82 de esta norma, en el caso de garantías preconstituidas sobre bienes muebles ajenos o sobre bienes muebles futuros —si se trata de un bien inscribible en el registro jurídico de bienes— se tiene por cumplida la condición con la inscripción del bien a favor del constituyente ante dicho registro, trasladándose la garantía preconstituida del registro mobiliario de contratos al registro jurídico de bienes. Si la garantía se refiere a un bien que no se inscribe en el registro jurídico de bienes, el constituyente de la garantía debe presentar un formulario aseverando su condición de propietario o la calidad de bien existente, según corresponda, en cuyo caso el registrador otorga eficacia a la garantía. En el caso de obligaciones futuras o eventuales, adquiere eficacia la garantía con la inscripción de todas las obligaciones, acreditadas mediante su determinación en el formulario respectivo. Dicho formulario puede ser otorgado únicamente por el acreedor si fue expresamente facultado para ello en el acto constitutivo de la garantía preconstituida.

¿Qué sucede si se cumple la condición pero tal circunstancia no se inscribe en los registros públicos? Pues la garantía no tendrá eficacia frente a terceros.

Artículo 22. Prelación de la garantía mobiliaria preconstituida
Para surtir efectos frente a terceros, la garantía mobiliaria preconstituida deberá inscribirse en el registro correspondiente. Una vez adquirida su plena eficacia, los efectos de la garantía mobiliaria se retrotraen a la fecha de la inscripción en el registro correspondiente. Los efectos retroactivos no perjudican los derechos que, eventualmente, hubiese otorgado su anterior propietario sobre el bien mueble ajeno afectado en garantía mobiliaria.

³ El registro correspondiente es el registro jurídico de bienes o el registro mobiliario de contratos, según se trate de bienes muebles registrados o no registrados.

Para que la garantía mobiliaria preconstituida surta efecto frente a terceros, debe inscribirse en el registro correspondiente. Una vez que obtiene eficacia, ya sea porque el constituyente adquiere la propiedad del bien o porque el bien afectado llega a tener existencia o porque se contrae la obligación futura o eventual, los efectos de la garantía mobiliaria se retrotraen a la fecha de inscripción en el registro correspondiente. Así lo dispone el artículo 22 de la LGM.

Hay, si se quiere, dos momentos a nivel registral. En un primer momento, se inscribe la garantía preconstituida. El efecto de esta garantía queda subordinado al cumplimiento de la condición —adquisición del bien, existencia del mismo o nacimiento de la obligación—. En un segundo momento, se inscribe el cumplimiento de la condición. A partir de ese momento, la garantía adquiere eficacia retroactiva desde la fecha de inscripción de la garantía preconstituida en el registro correspondiente. En estricto, los efectos se retrotraen a la fecha y hora en que ingresó el formulario de inscripción de la garantía preconstituida al registro correspondiente, porque conforme al artículo 37 de la LGM, los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha y hora de presentación del título correspondiente. Es decir, verificada la condición, la garantía produce efecto desde que se inscribió —fecha y hora de presentación— la garantía mobiliaria preconstituida.

La verificación del evento que hace que la garantía preconstituida adquiera eficacia debe inscribirse en el registro correspondiente porque a través de la inscripción, que se presume conocida sin admitirse prueba en contrario (artículo 38 de la LGM), los terceros toman conocimiento de la eficacia de la garantía preconstituida.

La necesidad de la inscripción del cumplimiento de la condición se puede apreciar, por ejemplo, cuando un mismo bien es objeto de una garantía preconstituida y luego de una garantía mobiliaria. Producido el incumplimiento del deudor, el acreedor garantizado puede proceder a la venta del bien para cobrarse la deuda. Sin embargo, si la garantía preconstituida hubiera obtenido eficacia, el acreedor garantizado, que tiene segundo rango, debe consignar el importe total de la venta del bien a la orden del juez. ¿Cómo sabe el acreedor garantizado que la garantía preconstituida había adquirido eficacia? Pues con la inscripción de la realización del evento que hace que la garantía preconstituida adquiera su plena eficacia.

El artículo 22 de la LGM señala que los efectos retroactivos de la garantía no perjudican los derechos que hubiese otorgado su anterior propietario sobre el bien mueble afectado en garantía. La norma se pone en el supuesto de una garantía preconstituida sobre un bien ajeno y antes de que el constituyente adquiera la propiedad del bien —y se inscriba la adquisición en el registro

correspondiente—, el propietario otorga un derecho respecto del mismo bien. La norma no se pone en el supuesto de garantías preconstituidas para bienes mueble futuros o de obligaciones futuras o eventuales, porque asume que al no existir bien u obligación, no pueden haber otros derechos en conflicto.

La norma también se pone en el supuesto que sea el propietario quien otorgue un derecho respecto del bien afectado en garantía preconstituida, pero no que un tercero adquiera un derecho sobre el bien, independientemente de la voluntad del propietario. Tal sería el caso de un embargo sobre un bien afectado en garantía mobiliaria preconstituida.

En cualquier caso, estimo que ya sea que se trate del propietario que da en garantía su bien o que sea un tercero quien se lo embarga, la solución debe ser la misma.

Durante el período de pendencia de la condición —adquisición del dominio del bien ajeno—, el propietario puede usar, disfrutar y disponer de su bien. Podría, por ejemplo, darlo en usufructo o afectarlo en garantía mobiliaria. Dichos actos no se ven perjudicados por los efectos retroactivos de la garantía preconstituida.

Artículo 23. Falta de perfeccionamiento de la garantía mobiliaria preconstituida
El deudor o el tercero constituyente, en su caso, serán responsables si la garantía preconstituida no llegara a perfeccionarse por causa que le sea imputable.

La garantía preconstituida puede no llegar a perfeccionarse porque el constituyente no adquiere la propiedad del bien, porque el bien no llega a existir o porque el deudor no contrae la obligación. Veamos ejemplos: se constituye una garantía respecto de un automóvil ajeno y el deudor nunca adquiere el bien; o se constituye sobre un automóvil aún no ensamblado y este nunca llega a ensamblarse; o, se constituye para garantizar una obligación futura de pagar el precio en un contrato de compraventa definitivo y este nunca se celebra. En cualquiera de los tres casos, el deudor o el tercero constituyente, según sea el caso, son responsables, siempre que la falta de perfeccionamiento se deba a causa que les sea imputable.

Se trata, como dice el artículo 23 de la LGM, de un supuesto de responsabilidad subjetiva. El deudor o tercero constituyente serán responsables si la garantía preconstituida no se perfecciona por causa que les sea imputable. Si la garantía no se perfecciona por causa que no les es imputable, no serán responsables. Así, si la obligación futura no llega a contraerse porque el acreedor es el que se rehúsa a celebrar el contrato definitivo de compraventa, el deudor o tercero constituyente no serán responsables.

El acto jurídico constitutivo de la garantía preconstituida puede o no tener plazo para que se verifique la condición. Si tiene plazo y no se realiza la condición dentro del plazo establecido, la garantía queda sin efecto. Podría ocurrir que el plazo no haya vencido, y que aun así resulte imposible que se cumpla la condición. Sería el caso de una garantía preconstituida respecto de un bien ajeno, pero antes de que el constituyente adquiera la propiedad del bien, este se destruye. En tal eventualidad, la prestación a cargo del constituyente deviene en imposible, y por lo tanto también queda sin efecto la garantía preconstituida.

Si la garantía preconstituida no tiene plazo para el cumplimiento de la condición, pero de su naturaleza y circunstancia se dedujere que ha querido concederse un plazo al deudor, el juez fija su duración, en aplicación del artículo 182 del Código Civil. En cambio, si de la naturaleza y circunstancia del acto se dedujere que no se ha querido conceder un plazo al deudor, la garantía preconstituida estará sujeta indefinidamente a que se cumpla la condición.

Durante el período de pendencia de la condición, esto es, desde que se constituye la garantía preconstituida hasta antes de que se verifique la condición, el acreedor garantizado puede realizar actos conservatorios, como lo señala el artículo 173 del Código Civil. El acreedor garantizado, podría, por ejemplo, realizar gastos de mantenimiento o custodia del bien mueble que aún no le pertenece al constituyente de la garantía mobiliaria preconstituida.

LA GARANTÍA MOBILIARIA A *NON DOMINO*

Artículo 24. Afectación de bienes muebles en garantía mobiliaria por constituyente sin derecho.

Si el constituyente de la garantía mobiliaria no es propietario del bien mueble o del derecho afectado, la garantía mobiliaria no tendrá efectos frente al propietario.

Si el constituyente aparece como propietario del bien mueble o derecho en algún registro de bienes, o es legítimo poseedor del bien o derecho y no existe un registro que acredite la propiedad, la garantía mobiliaria subsistirá siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe.

La garantía mobiliaria a *non domino* es la que constituye una persona que no es dueño del bien que afecta.

En el Perú se ha discutido mucho acerca de la validez de las garantías —prenda e hipoteca— de bienes ajenos. En materia prendaria, el Código Civil (artículo 1072) decía que en caso el bien dado en prenda no fuera del constituyente, el acreedor tenía derecho a que se le entregara otro bien equivalente.

No había en el Código Civil en el título de «prenda» una norma equivalente al artículo 948 (adquisición de la propiedad a *non domino*), como sí la había en el Código Civil de 1936 (artículo 1000). Más bien, el Código señalaba expresamente que era requisito de validez de la prenda que el bien fuera gravado por su propietario, de forma tal que una prenda respecto de un bien ajeno era una garantía inválida.

En materia hipotecaria ocurre algo similar. El Código Civil establece como requisito de validez de la garantía que esta sea constituida por el propietario del bien. La hipoteca de bienes ajenos es inválida, aunque la jurisprudencia está aceptando su validez, al amparo de la fe pública registral, consagrada en el artículo 2014 del Código Civil.

Apartándose de la prenda clásica, el artículo 24 de la LGM señala que «si el constituyente de la garantía mobiliaria no es propietario del bien mueble o del derecho afectado, la garantía mobiliaria no tendrá efectos frente al propietario». La norma dice que la garantía no tendrá efectos frente al propietario, pero no que sea inválida. Teniendo en cuenta que la LGM no establece como requisito de validez de la garantía mobiliaria que el constituyente sea el propietario del bien mueble, la relación jurídica derivada de una garantía constituida por quien no es propietario del bien es válida, aunque no produzca efectos.

El artículo 24 de la LGM dice que si el constituyente no es «propietario» del bien mueble o del derecho afectado, la garantía no tendrá efecto frente al «propietario». El constituyente no puede crear, en principio, una garantía sino respecto de un derecho del que sea titular. Usualmente será del derecho de propiedad, y por eso la norma alude a la «propiedad» del bien afectado, pero nada impide que el constituyente sea usufructuario —sin derecho— por ejemplo, y que afecte ese derecho. La norma en comentario hay que entenderla entonces en el sentido que el constituyente no debe ser titular del derecho que afecta. Para que la garantía tenga eficacia, el constituyente debe ser titular del derecho que dispone.

El supuesto de la garantía mobiliaria *a non domino* es distinto al de la garantía mobiliaria preconstituida prevista en los artículos 20 a 23 de la LGM, cuando esta recae sobre un bien ajeno. En este último caso, el constituyente y el acreedor garantizado saben que el bien es ajeno, al punto que en el acto constitutivo de la garantía preconstituida se debe dejar constancia del carácter ajeno del bien mueble (artículo 20 de la LGM). En cambio, en la garantía mobiliaria *a non domino* el constituyente afecta un bien ajeno como si fuera suyo y el acreedor garantizado no sabe, en principio, que el bien era ajeno. Por esta razón, en el acto jurídico constitutivo de la garantía preconstituida no se hace referencia a la calidad ajena del bien mueble.

De otro lado, una garantía preconstituida sobre un bien ajeno tiene eficacia siempre que el constituyente adquiera la propiedad de dicho bien. Es cierto que la eficacia de la garantía se retrotrae a la fecha de inscripción de la garantía en el registro correspondiente, pero ello ocurre en la medida que se verifique la condición. En la garantía a *non domino*, por el contrario, la garantía produce efecto desde que se constituyó, siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe. En este último caso, no hay condición que cumplir; no es necesario que el constituyente adquiera la propiedad del bien.

Con respecto a la eficacia de la garantía mobiliaria a *non domino*, el segundo párrafo del artículo 24 de la LGM señala que si el constituyente de la garantía mobiliaria no es propietario —o titular del derecho— del bien, pero aparece como tal en un registro de bienes o es legítimo poseedor y no existe un registro que acredite propiedad, la garantía mobiliaria «subsistirá», siempre que el acreedor garantizado haya actuado de buena fe. «Subsistirá» debe entenderse en el sentido que la garantía surtirá plenos efectos.

En el caso de los bienes registrados, el principio de legitimación registral protege al tercero que contrata con el que tiene derecho inscrito. En el caso de los bienes no registrados en los que el constituyente es legítimo poseedor, es la posesión del constituyente lo que protege al tercero. El poseedor es reputado propietario. La presunción es casi absoluta en materia de bienes muebles porque la prueba en contrario es muchas veces imposible. Por eso la presunción legitima al constituyente a otorgar la garantía mobiliaria y en última instancia al tercero a adquirir el derecho.

Respecto del artículo 24 de la LGM, hay dos temas que quiero comentar: la buena fe a propósito de los bienes inscritos en un registro de bienes y el concepto de legítimo poseedor cuando no existe un registro que acredite propiedad.

Con relación a la buena fe, el acreedor garantizado que adquiere una garantía mobiliaria constituida respecto de un bien que no es del constituyente, mantiene su adquisición si tiene buena fe. Esto ofrece algunas interrogantes.

¿Qué es la buena fe? La buena fe consiste en creer que el otorgante con derecho inscrito es el propietario del bien. El registro informa equivocadamente que el constituyente de la garantía es el propietario del bien, cuando en realidad lo es un tercero. La buena fe implica entonces desconocer la inexactitud de la información que publica el registro.

¿Qué tipo de buena fe comprende el artículo? Existen dos tipos de buena fe: la objetiva y la subjetiva. La primera atiende exclusivamente a la información que consta del registro. Es la llamada buena fe registral. No interesa si el adquirente conoce una realidad distinta a la que aparece en el registro. Basta que el registro indique que el constituyente es el propietario, para que el tercero tenga buena fe.

La buena fe subjetiva, por su lado, pone énfasis en la realidad extraregstral. Es la denominada buena fe civil. Sin perjuicio de la información equivocada que brinda el registro, el adquirente debe ignorar que lo publicado es inexacto, debe creer que el constituyente es el propietario.

El tema se ha discutido a propósito del artículo 2014 del Código Civil. Este artículo recoge el principio de fe pública registral y señala que «el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos». La parte final de dicho artículo señala que «la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro», y por eso la jurisprudencia se ha inclinado por interpretar que la buena fe del artículo 2014 del Código Civil es la civil.

Ahora bien, el supuesto del artículo 24 de la LGM es que el constituyente de la garantía mobiliaria no sea propietario del bien mueble. El constituyente puede no ser propietario porque había adquirido el bien en base a un título viciado o porque lo había transferido previamente a un tercero. El primer caso estaría comprendido en el artículo 2014 del Código Civil; el segundo sería un supuesto de concurrencia de acreedores —el dueño sin derecho inscrito versus el acreedor garantizado con derecho inscrito—. El primer caso supone que se anule, resuelva o rescinda el derecho del constituyente de la garantía; el segundo que el tercer adquirente no haya inscrito su adquisición.

Sostengo que en el caso de un título viciado, debe exigirse únicamente la buena fe registral. Ello porque a diferencia del artículo 2014 del Código Civil, el artículo 24 de la LGM no dice que «la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro». Sin embargo, en el caso de una transferencia no inscrita, debe exigirse la buena fe civil. Ello, porque la falta de inscripción del derecho de propiedad del adquirente proviene precisamente de un hecho extraregstral —la falta de inscripción—.

En cualquier caso, el artículo 24 debió precisar si se trataba de la buena fe registral o civil. La protección registral debería aplicarse en su expresión más pura, lo cual debería suponer exigir solamente la buena fe registral. Lo que no aparece en el registro no debería existir para efecto de la protección que ofrece el registro. De no ser así, se devalúa la institución registral, se la debilita, se le quita valor, permitiéndose que prevalezcan derechos por razones extraregstrales.

En el caso de que el constituyente no propietario tenga un título viciado, la buena fe del tercero se extiende a los títulos archivados que dan origen al asiento de inscripción. Siempre a propósito del artículo 2014 del Código Civil, se ha discutido sobre el significado de la frase «causas que no consten en los registros

públicos». Algunos han sostenido que la inexactitud no debe aparecer en el asiento registral. Es indiferente lo que diga el título; si el error no consta del asiento, el tercero queda amparado. Otros han afirmado que el vicio no debe aparecer ni del asiento ni del título archivado que le dio origen. Esta última es la posición que prevalece en la jurisprudencia.

Estimo que la buena fe del tercero no se extiende a los títulos archivados. En primer lugar, porque el artículo 24 de la LGM no hace referencia a «causas que no consten en los registros públicos», como sí lo hace el artículo 2014 del Código Civil. En segundo lugar, porque el principio de fe pública registral que informa el artículo VIII del título preliminar del reglamento general de los registros públicos se refiere a las inexactitudes de los asientos registrales. Ese mismo criterio lo adopta de alguna manera la LGM, ya que al referirse a discrepancias entre el acto inscribible y el asiento electrónico a propósito de la inscripción de la garantía mobiliaria en el registro mobiliario de contratos (artículo 40 de la LGM), señala que prevalece frente a terceros la información contenida en el asiento registral.

Con respecto a «legítimo poseedor», en el caso que no exista un registro que acredite propiedad, el tercero que recibe el bien en garantía mobiliaria de su legítimo poseedor, adquiere la garantía, así el constituyente no sea propietario del bien, siempre que tenga buena fe.

¿Qué se entiende por «legítimo poseedor»? La norma no se puede referir al poseedor a título de propietario, porque el poseedor no es el propietario del bien. Se trata justamente de una garantía mobiliaria constituida por un *non domino*. La expresión «legítimo poseedor» debe entenderse como aquella posesión que se ha adquirido conforme a derecho. Así, no será «legítimo poseedor» el que se encuentra un bien o se lo roba, pero sí será «legítimo poseedor» el que lo recibe en depósito.

La norma tiene su antecedente en el artículo 948 del Código Civil, que regula la adquisición a *non domino* de la transferencia de propiedad, disponiendo que quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo, salvo el caso de los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal. La diferencia con el artículo 948 es que la transferencia de propiedad de un *non domino* supone la entrega del bien, más no en la garantía mobiliaria. En la garantía mobiliaria solo es suficiente que el constituyente haya estado en legítima posesión del bien y que la garantía se inscriba en el registro mobiliario de contratos. No es necesaria la entrega porque la garantía mobiliaria puede darse con o sin desposesión del bien mueble (artículo 3, numeral 3.1, de la LGM).