



**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**LA ADMISIBILIDAD DEL PACTO COMISORIO EN LAS
HIPOTECAS COMO RESPALDO DEL DERECHO DE
CRÉDITO EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO**

**PRESENTADO POR
CESAR AUGUSTO CANDIOTTI MONGE**

**ASESOR
DR. MARTÍN ALEJANDRO HURTADO REYES**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CIVIL**

**LIMA – PERÚ
2024**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



UNIDAD DE POSGRADO

**LA ADMISIBILIDAD DEL PACTO COMISORIO EN LAS HIPOTECAS
COMO RESPALDO DEL DERECHO DE CRÉDITO EN EL SISTEMA
JURÍDICO PERUANO**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
CIVIL**

PRESENTADO POR:

CESAR AUGUSTO CANDIOTTI MONGE

ASESOR:

DR. MARTÍN ALEJANDRO HURTADO REYES

LIMA, PERÚ

2024

DEDICATORIA

Siempre a Claudia por su incansable esfuerzo y apoyo; a Luciana, mi adorada hija; a mis abuelos, Américo y Dona.

AGRADECIMIENTO

A mi asesor, Dr. Martin Alejandro Hurtado Reyes que siempre estuvo predispuesto a compartir su valioso conocimiento.

INDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
INDICE	iv
RESUMEN.....	7
ABSTRACT	9
INTRODUCCION.....	11
a) Formulación del problema	16
a.1) Problema general	16
a.2) Problemas específicos.....	16
b) Objetivos de la investigación	17
b.1) Objetivo general	17
b.2) Objetivos específicos.....	17
c) Justificación de la investigación	17
c.1) Importancia de la investigación	17
c.2) Viabilidad de la investigación	19
c.3) Limitaciones de la investigación.....	19
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO.....	20
1.1. Antecedentes de la Investigación	20
1.1.1. De la Fuente Núñez de Castro, María Soledad (2020).....	20
1.1.2. Galindo Aragoncillo, Alicia y Navarro Coderque, Fernando (2014).....	21
1.1.3. Bejarano Rodríguez, Adrián y Gonzáles Roesch, Pedro (2011).....	22
1.1.4. Serrano de Nicolás, Ángel (2008).	23
1.2. Bases Teóricas.....	25
1.2.1. Derechos Reales	25
1.2.2. Garantías Reales.....	27
1.2.2.1. Hipoteca	28
1.2.2.2. Prenda.....	29
1.2.2.3. Garantía Mobiliaria	32
1.2.2.4. Generalidades sobre la ejecución judicial y extrajudicial.....	33
1.2.3. Pacto Comisorio	49
1.2.3.1. Origen Histórico.....	49
1.2.3.2. Definición.....	53
1.2.3.3. Modalidades del pacto comisorio.....	54

1.3.	Definición de términos básicos	59
1.3.1.	Definición de términos básicos según la doctrina	59
1.3.2.	Definición de términos básicos según la regulación civil	60
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA		63
2.1.	Diseño metodológico	63
2.1.1.	Tipo de investigación	63
2.1.2.	Tipo de investigación	63
2.1.3.	Método de investigación	64
2.1.4.	Diseño de la investigación	64
2.2.	Aspecto éticos	65
CAPÍTULO III: DISCUSION		66
3.1.	Fundamentos sobre la prohibición del pacto comisorio.....	66
3.1.1.	Razones sustantivas.....	66
3.1.2.	Razones Procesales.....	69
3.2.	Prohibición del pacto comisorio en el derecho comparado	70
3.2.1.	Derecho español	70
3.2.2.	Derecho italiano.....	71
3.2.3.	Derecho Alemán.....	72
3.2.4.	Derecho Chileno.....	72
3.3.	Fundamentos sobre la admisibilidad del pacto comisorio	74
3.3.1.	Razones Sustantivas.....	74
3.3.2.	Razones Procesales.....	80
3.3.3.	Razones Financieras	82
3.4.	Admisibilidad del pacto comisorio en el derecho comparado	85
3.4.1.	Derecho Comunitario (Unión Europea).....	85
3.4.2.	Derecho Francés	89
3.4.3.	Derecho Colombiano	91
3.4.4.	Derecho Argentino.....	92
3.5.	Postura del Investigador	93
3.5.1.	Sobre el carácter moral y social de la prohibición	93
3.5.2.	Sobre el carácter procesal de la prohibición	97
3.6.	La regulación del Pacto Comisorio en el Perú	101
3.6.1.	El pacto comisorio como forma de ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias	104
3.6.2.	La dación en pago como encubrimiento mecanismo alternativo al pacto comisorio	111
3.6.3.	El Pacto Comisorio en las Garantías Mobiliarias	116

CAPÍTULO IV: RESULTADOS	119
4.1. Sobre la admisión del pacto comisorio.....	120
4.2. Parámetros estándar para el procedimiento de ejecución del pacto comisorio	127
CONCLUSIONES	132
RECOMENDACIONES	135
FUENTES DE LA INFORMACION.....	136
ANEXOS.....	140
Anexo – Propuesta modificatoria del artículo 533° del Código Civil.....	140

RESUMEN

En la presente tesis se analiza la institución jurídica del pacto comisorio y sus modalidades, entendida como aquella facultad adquirida por el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, por la cual, el acreedor puede adjudicarse el bien con el que se garantizó la obligación dineraria; desde su concepción y prohibición en la sociedad romana, que en la actualidad, es predominante en la mayoría de ordenamientos jurídicos en general y en el sistema jurídico peruano en particular, específicamente en el caso de las hipotecas.

En ese sentido, utilizando un método de investigación básicamente cualitativo y descriptivo, analizaremos en la legislación y doctrina, nacional y comparada, los fundamentos materiales, procesales e incluso económicos que conllevan a determinar la necesidad de proscribir su práctica jurídica y en contra postura, analizar las razones, también materiales, procesales y económicas que establecen la superación de las primeras.

De tal manera, notaremos que el sistema judicial de ejecución de garantías, no resulta una vía idónea, que permita un dinamismo pleno para la dilucidación de este tipo de controversias, además y lo más importante, constituye una vía gravosa que en vez de proteger al deudor, lo termina por perjudicar en mayor medida. Por otro lado, el retardo que ocasiona el proceso judicial, para que el acreedor cobre la deuda, de la mano con otros factores ajenos a las partes, ocasionan el encarecimiento del crédito, por ende la dificultad para el acceso al mismo.

En ese sentido, se hace necesario establecer vías alternativas de ejecución de garantías hipotecarias extrajudiciales, mediante el pacto comisorio, en la forma de

pacto marciano, que sean menos perjudiciales para las partes, en cuestión de costes temporales y económicos que actualmente acarrea el sistema judicial, lo que conlleva por consecuencia, evaluar la posibilidad de modificar el artículo 1111º del Código Civil, admitiendo la celebración del pacto comisorio, tomando la debida cautela en su procedimiento a fin de salvaguardar los intereses de las partes, sobre todo, del deudor como parte más débil de la relación obligacional; más aún si existen antecedentes con análisis similares, en el caso de las garantías mobiliarias, donde la adjudicación del bien objeto de garantía, se puede realizar a favor del acreedor conforme se prescribe en el actual Decreto Legislativo que aprueba el régimen de Garantía Mobiliaria.

PALABRAS CLAVES:

Relación crediticia, hipoteca, ejecución judicial y extrajudicial de las garantías, pacto comisorio, pacto ab initio, pacto ex intervallo, pacto marciano, garantía mobiliaria.

ABSTRACT

This thesis examines the jurist institution of the commissary pact and their types, understanding this jurist institution as the faculty acquired by the creditor given the breach of the debt holder, through the creditor can be adjudicated with the good which was put as guarantee of the money obligation. The study aims to analyze the commissary pact since its born and prohibition in roman law, which is ruling on most body of laws now a days, including peruvian law system, specifically on mortgage standards.

In that sense, by the used of a qualitative and descriptive investigation method, we investigate in the national and compared legislation and doctrine, the materials, procedurals and even economics basis that deliver into the determination of the need to annul its jurist practice and, on the other side, we also analyze materials, procedurals and economics reasons which permits to pull through the first ones.

Therefore, we notice that the judicial system for enforcement of securities is not an ideal way because it does not allow a full dynamism to solving this type of controversies. In addition, and most important, it constitutes a harmful way that instead of protecting the debtor, it is more detrimental to him; furthermore, the delay of the judicial process for the creditor to get paid, adding to another external factors, it increases the debt, so this raises the difficulty for accessing to it.

On this matter, it is necessary to stablish alternative ways for the extrajudicial enforcement of mortgage securities, by the commissary pact, in the modality of the so-called pacto marciano (marcian agreement). These alternative ways should be less harmful to the parties, in matters of temporary and economic costs that judicial system

causes.

In consequence, we must judge the possibility of modifying the 1111^o article of the peruvian code of civil law so commissary pact is permitted, being cautious to safeguard the debtor as the weakless part of the obligation, even more, as there actually exists previous similar analyses on pledge (moveables) securities, in which case the good put as guarantee can be adjudicated to the creditor, according to the current movable guarantees regime from peruvian law.

KEY WORDS:

Debt obligation, mortgage, judicial and extrajudicial enforcement of securities, commissary pact, pacto ab initio, pacto ex intervallo, pacto marciano, movable guarantee.

NOMBRE DEL TRABAJO

LA ADMISIBILIDAD DEL PACTO COMISORIO EN LAS HIPOTECAS COMO RESPALDO DEL DERECHO DE CREDITO EN EL SI S

AUTOR

CESAR AUGUSTO CANDIOTTI MONGE

RECUENTO DE PALABRAS

33467 Words

RECUENTO DE CARACTERES

180878 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

146 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

188.7KB

FECHA DE ENTREGA

Sep 18, 2024 8:47 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Sep 18, 2024 8:49 PM GMT-5

● 11% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 10% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 6% Base de datos de trabajos entregados
- 2% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

INTRODUCCION

En una relación obligatoria dineraria, por un lado, el acreedor pretende que luego de emitir el crédito a favor del deudor, éste cumpla con la prestación debida de acuerdo a los términos pactados y frente a la posibilidad de incumplimiento recurrirá a mecanismos que respalden la obligación, por ejemplo a través de garantías reales. Así, en caso se suscite el incumplimiento, recurrirá a la ejecución de mecanismos de cobro que nuestro ordenamiento jurídico regula, tales como la ejecución judicial de la garantía real otorgada por el deudor, entre ellas, la hipoteca.

Por otro lado, el deudor ante la necesidad de liquidez, no solo busca la concesión del crédito, sino también, que no resulte excesivamente oneroso y ante la posibilidad de incumplimiento, de mediar una garantía hipotecaria, al momento de su ejecución, el valor del inmueble no sufra un detrimento considerable que ante el remate, solamente cubra la deuda o incluso exista un remanente a favor del acreedor.

Ahora bien, ante el mencionado incumplimiento como se dijo, el sistema jurídico ha previsto que la realización del bien otorgado en garantía, en este caso hipotecaria, sea solamente a través de un proceso único de ejecución tramitado ante el Poder Judicial, no obstante, la práctica jurídica ha demostrado que éste proceso muchas veces deja de ser un proceso especial por su dilación (en la teoría debería ser el más expeditivo y durar en promedio tres meses), lo cual se debe a aspectos como la carga procesal, estrategias procesales (cuestionables o no) de los abogados, entre otros. Estos aspectos, pueden ocasionar que existan mayores reparos al momento de entablar las relaciones crediticias, incluso garantizadas, porque el retorno del dinero se hace más dificultoso, por ello los acreedores, encarecen el crédito a través de la

imposición de intereses más altos, mayores restricciones para su acceso, aunado a ello, la cultura del incumplimiento que existe en nuestro país tienden a generar desconfianza.

Estos inconvenientes, son objeto de estudios en distintos análisis de autoridades especializadas, así podemos ver el informe del Ministerio de Economía y Finanzas del año 2001 cuyo objetivo era facilitar el acceso al crédito y tuvo como una de sus consecuencias la dación de la primigenia Ley de Garantías Mobiliarias donde se regula positivamente el pacto comisorio que en líneas generales, se define como aquella facultad de adjudicación que garantiza la obligación, a favor del acreedor cuando media el incumplimiento del deudor, lo cual en materia hipotecaria se encuentra restringido.

Asimismo, aun cuando el proceso judicial de ejecución de garantía hipotecaria, pueda retardar la adjudicación del predio, como se dijo, el endeudamiento resulta más oneroso para ambas partes, además dependiendo de las características internas del propio proceso existen costos económicos (costas y costos procesales) y de tiempo adicionales, incluso el inmueble puede sufrir un detrimento considerable en su valor al momento del remate, por ende a largo plazo, dicha ejecución judicial termina siendo mucho más perjudicial para el acreedor y deudor.

En ese sentido, analizaremos la posibilidad de admitir la institución jurídica del pacto comisorio en las relaciones crediticias respaldadas con garantía hipotecaria, en cualquiera o alguna de sus modalidades, como son el pacto comisorio *ab initio*, pacto marciano y el pacto comisorio *ex intervallo*, a través de la adjudicación del inmueble hipotecado a favor del acreedor o un tercero, en caso el deudor incumpla su

obligación, pues como se adelantó, nuestro ordenamiento jurídico civil restringe tal posibilidad, específicamente en el artículo 1111º del Código Civil prescribe que: “Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario”.

Aunque muy pocos son los ordenamientos jurídicos que permiten celebrar el pacto comisorio en las hipotecas, como el caso de Francia en la modalidad del pacto marciano y *ex intervallo*, la mayoría mantiene la tradición de larga data respecto de su prohibición, porque se considera que existiría un ejercicio abusivo del derecho en perjuicio del deudor, como parte débil de la relación obligacional; y la imposibilidad de autotutela, los cuales serían aspectos negativos para la presente tesis, sin embargo se tratan de consideraciones principalmente promovidas en el derecho romano y en la edad media por la iglesia, que consideramos que en la actualidad han sido superadas, máxime si dicha postura puede ser desproporcional, ya que se protege al deudor y desprotege al acreedor de forma excesiva y normalmente perjudicial, afectando además el dinamismo del mercado.

En consecuencia, consideramos que es pertinente analizar su eventualidad a fin de favorecer la adquisición del crédito y reformular mecanismos alternativos de ejecución extrajudicial en las garantías hipotecarias; más si ya se ha dado un paso importante en el caso de las garantías mobiliarias con la dación de la Ley N.º 28677 del año 2006 (actualmente Decreto Legislativo N.º 1400) y gran parte de la doctrina autorizada considera que resulta más lesiva su prohibición.

Por último, por analogía, debe traerse a colación la definición del “privilegio del vendedor” que, en el caso de la compraventa, indica que aquel puede gravar los

bienes del comprador si éste no cumple con su obligación de pago y siguiendo lo otrora dicho en el caso *W.T. Grant Company vs Lawrence Mitchell* de 1972, se justifica en que la venta aumenta el patrimonio del comprador a costa del vendedor, quien se ve empobrecido al enajenar sus bienes. En esa misma línea, la tardía ejecución judicial genera sobremanera, un detrimento patrimonial del acreedor en beneficio del deudor, por lo que deberían existir medidas que permitan un mayor equilibrio, sin dejar de lado la protección del deudor, pues no dejará de ser la parte débil.

Habiendo desarrollado el planteamiento del problema preexistente en cuanto a la prohibición del pacto comisorio, nos propusimos como objetivo principal, analizar la necesidad de admitir su regulación positiva en la hipoteca, con la finalidad de promover un sistema de ejecución de garantías más eficiente, menos oneroso y perjudicial para las partes, para ello, planteamos como objetivos específicos: verificar si los fundamentos que prohíben la regulación del pacto comisorio en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran superados; determinar si es posible aplicar los criterios o procedimiento previsto para la adjudicación directa prevista en la actual Ley de Garantía Mobiliaria; y por último, tomando como referencia el desarrollo de los anteriores, establecer o sugerir los parámetros del procedimiento para la aplicación del pacto comisorio en caso de incumplimiento por parte del deudor.

Para tales efectos, luego de formulado el problema, planteados los objetivos y justificado la investigación, estructuramos la presente investigación, desarrollando como primer capítulo lo referido al marco teórico, donde revisamos estudios previos relacionados a la materia, en los cuales autores como De La Fuente, Galindo, Bejarano & Gonzáles y Serrano, ven por conveniente admitir la práctica del pacto

comisorio, sobre todo en la modalidad del pacto marciano, principalmente porque sería un facilitador para el dinamismo económico en el mercado promoviendo el desarrollo financiero tanto para las sociedades involucradas, como para las partes interesadas. Asimismo, en dicho capítulo, describimos las bases teóricas del estudio, considerando para ello, el desarrollo de los derechos y garantías reales (hipoteca y prenda); el origen del pacto comisorio, su definición y la de sus modalidades.

Luego, en el segundo capítulo, explicaremos qué tipo de metodología utilizaremos, la cual se centra en una investigación científica, descriptiva y cualitativa, debido a que se realiza un estudio netamente jurídico, donde no se valoran métodos estadísticos.

Más adelante, en el tercer capítulo, analizaremos los fundamentos sustantivos y procesales, tanto de la doctrina como del derecho comparado, respecto a la prohibición del pacto comisorio, para proceder a analizar los fundamentos sustantivos, procesales y financieros, que en la actualidad la doctrina mayoritaria, así como los ordenamientos jurídicos, donde el pacto comisorio es admitido; en virtud de ello, analizaremos la regulación actual en nuestro país y la posibilidad de su admisión como un medio alternativo de ejecución extrajudicial de las garantías hipotecarias, tomando como referencia además lo descrito en los siguientes sub acápites, relacionados a figuras que permitirían su aplicación indirecta, como la dación en pago, entre otros, para luego hacer referencia a la adjudicación directa en las garantías mobiliarias, cuyo procedimiento servirá para determinar si su aplicación parcial, podría llevarse a cabo en las hipotecas.

Ya en el cuarto capítulo, propondremos los resultados de la investigación, luego de la discusión desarrollada en el capítulo precedente, en el cual optaremos por asumir la

posibilidad de admitir la regulación del pacto comisorio en las garantías hipotecarias, tomando en cuenta determinados parámetros, entre los más importantes, la valoración objetiva del inmueble hipotecado y en consecuencia, plantearemos la propuesta de modificación del artículo 1111° del Código Civil.

Por último, desarrollaremos las conclusiones donde, de forma resumida, tenemos que se logró la consecución de los objetivos planteados y que nos permiten inferir que es posible y necesario incluir el pacto comisorio en las hipotecas, principalmente en la modalidad del pacto marciano, pues ello promoverá una mejor regulación para el sistema de ejecución extrajudicial, sin perjuicio de las recomendaciones propuestas, en aras de una protección equitativa, tanto para el deudor, como el acreedor, con las salvedades inherentes a este tipo de relaciones obligacionales, pero sin que esto implique una vulneración desmedida a los derechos de cualquiera de ellos.

a) Formulación del problema

a.1) Problema general

- ¿Es necesario admitir el pacto comisorio en la hipoteca a fin de promover un sistema de ejecución de garantías extrajudicial más eficiente, menos oneroso y perjudicial para las partes?.

a.2) Problemas específicos

- ¿Se podría afirmar que los fundamentos que prohíben el pacto comisorio en nuestro ordenamiento jurídico han sido superados?
- ¿Sería posible aplicar los criterios de la Ley de Garantía Mobiliaria relacionados al pacto comisorio a las hipotecas?

- ¿Cómo se debería regular el procedimiento de aplicación del pacto comisorio ante el incumplimiento del deudor?

b) Objetivos de la investigación

b.1) Objetivo general

- Analizar si es necesario admitir el acuerdo del pacto comisorio en la hipoteca a fin de promover un sistema de ejecución de garantías más eficiente, menos oneroso y perjudicial para las partes.

b.2) Objetivos específicos

- Verificar si los fundamentos que prohíben el pacto comisorio en nuestro ordenamiento jurídico han sido superados.
- Determinar si es posible aplicar los criterios de la Ley de Garantía Mobiliaria relacionados al pacto comisorio, al caso de las hipotecas.
- Establecer los parámetros del procedimiento para la aplicación del pacto comisorio en caso del incumplimiento por parte del deudor.

c) Justificación de la investigación

c.1) Importancia de la investigación

Nuestra tradición jurídica derivada del sistema romano-germánico ha sido renuente a admitir el pacto comisorio, por considerar que se otorgaría un derecho desmedido a favor del acreedor y se incrementaría la vulnerabilidad del deudor, pues se aprovecharía de un estado de necesidad que lo orientaría a admitir cualquier condición, aún abusiva, que el acreedor imponga, empero existen posturas doctrinarias firmes y legislaciones extranjeras que admiten la posibilidad de dejar de lado dicha tradición jurídica, consecuentemente su admisión

constituiría un aporte teórico y práctico significativo en nuestra sociedad, siempre que se establezcan medidas claras que no desprotejan al acreedor o deudor, prevaleciendo siempre la mayor equidad posible entre ambos, por ello consideramos que la posibilidad de admitir el pacto comisorio resultaría un avance importante para nuestro sistema de ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias del crédito.

Entonces, es evidente el aporte social que se podría dar con la permisión del pacto comisorio, ya que habrá menos posibilidades de que el deudor pueda disipar su patrimonio ante el incumplimiento; además los acreedores al ver más seguro su crédito disminuirían los costos de transacción, intereses y costos de ejecución judicial, lo que a la vez conllevaría a facilitar el acceso al crédito para quienes otorguen una garantía hipotecaria y posteriormente practiquen ejecución. Desde una perspectiva del análisis económico del derecho, resultaría menos costosa refiriéndonos al aspecto temporal, económico y psicológico. Incluso, una mirada desde el mercado, nos hace pensar que se propiciaría la inversión privada, más aún si tenemos en cuenta que no existen razones de fondo suficientes que justifiquen su diferenciación con la garantía mobiliaria.

Cabe resaltar que en caso el análisis de la admisibilidad del pacto comisorio en las hipotecas sea positivo, se plantearan medidas que de la mano con él, permitan la ejecución eficiente del crédito sin transgredir o permitir la vulneración de los derechos del deudor, pues no se debe olvidar que es la parte más débil, así como tampoco se debe olvidar que no existe razón para no ejecutar una deuda impaga de forma ágil y sin costos excesivos, por el contrario se pretende beneficiar tanto

al acreedor como al deudor.

c.2) Viabilidad de la investigación

El investigador cuenta con la experiencia académica requerida para elaborar la presente tesis, así como los recursos que involucra el desarrollo de la investigación, tales como económicos, temporales, personales y todos los que se requieran; así como el acceso a la información necesaria en relación al análisis sobre la permisión del pacto comisorio en nuestro sistema de garantías del crédito. La investigación es viable académicamente, pues si bien es minoritaria la legislación comparada para poder hacer un símil al caso peruano, se puede estudiar el régimen francés, español y otros aplicables, así como investigaciones de juristas reconocidos a nivel nacional e internacional que respaldan ésta postura y a las que se puede tener acceso por la facilidad que brindan las herramientas tecnológicas, para ello se cuenta con el material suficiente que permita realizar una investigación idónea y económicamente se cuenta con los recursos necesarios que permiten el acceso a las herramientas disponibles y necesarias para el desarrollo de la misma.

c.3) Limitaciones de la investigación

Las limitaciones que podrán evidenciarse son el acceso a bibliografía normativa doctrinaria y jurisprudencial extranjera, por ejemplo la francesa, donde se regula positivamente el pacto comisorio, porque las fuentes se manejan en un idioma distinto al español. Fuera de ello, no se evidencian limitaciones de otro alcance.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la Investigación

Los antecedentes de investigación que hemos utilizado como base para el desarrollo de la investigación, son los siguientes:

1.1.1. De la Fuente Núñez de Castro, María Soledad (2020).

La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en Derecho español. Pamplona, España: Thomson Reuters Aranzadi.

Analiza la incapacidad de las garantías reales clásicas, prenda e hipoteca, para afianzar de modo solvente el mercado del crédito, lo cual ha generado la necesidad de buscar procedimientos ejecutivos más rápidos y eficaces, siendo una de ellas la directa y definitiva apropiación por parte del acreedor del bien dado en garantía.

Pese a la prohibición en la legislación española, el estudio de otras materias concomitantes, conllevan a la aproximación de la validez del pacto comisorio, pero versiones dulcificadas del mismo, en consecuencia, propone la validez de la admisión del pacto marciano y del pacto *ex intervallo*, como una forma de

ejecución alternativa, desde la perspectiva del Derecho de Consumo, que permita una ejecución privada de la garantía real no sin previamente cumplir toda la normativa sustantiva y consumerista que garantice la propuesta.

En ese sentido, postula la ejecución extrajudicial privada de las garantías, como medio de solución al desgastado sistema judicial, admitiendo la validez del pacto marciano y del pacto *ex intervallo*, lo cual guarda relación con nuestra investigación, ya que planteamos la admisión del pacto comisorio que promueve la ejecución extrajudicial de la hipoteca.

1.1.2. Galindo Aragoncillo, Alicia y Navarro Coderque, Fernando (2014).

El Pacto Comisorio en el actual marco de los Derechos de Garantía.

Barcelona, España: Cuatrecasas, Goncalvez Pereira.

Los autores, realizan un estudio de la figura del pacto comisorio regulado en el ordenamiento jurídico español, el cual, si bien tiene una regulación general prohibitiva, en la actualidad existe una fuerte postura doctrinaria y jurisprudencia que aceptan una admisibilidad, al menos aparente, del pacto comisorio en determinadas modalidades. Dentro de ese marco, el estudio realiza un análisis sobre la naturaleza de la figura en cuestión, partiendo de sus antecedentes jurídicos romanos y los motivos socio-economicos que originaron su prohibición. Asimismo, analizan las implicancias del pacto comisorio sobre el sistema de garantías español; concluyendo como principal aporte a nuestro parecer, que en dicho ordenamiento jurídico, podría admitirse el pacto comisorio, siempre que además de las cautelas desarrolladas, concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista

buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión.

De esta manera, constituye un fundamento adicional que refuerza la idea de admitir el pacto comisorio en nuestro ordenamiento, con las adecuaciones pertinentes, considerando que el estudio se da dentro del contexto jurídico español.

1.1.3. Bejarano Rodríguez, Adrián y Gonzáles Roesch, Pedro (2011).

Tesis: Análisis del pacto comisorio en los contratos de garantía real y otros contratos. San Pedro, Costa Rica. Recuperado de <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/Analisis-del-Pacto-Comisorio-en-los-Contratos-de-Garantia-Real-y-otros-Contratos.pdf>.

En la tesis elaborada para la Universidad de Costa Rica, los autores elaboran un desarrollo extenso acerca de la regulación del pacto comisorio en su país, así como de sus antecedentes romanos mas cercanos; para ello, utilizan una metodología cualitativa, estudiando los fundamentos doctrinarios y legales de su ordenamiento jurídico interno y comparado. En esa línea, los autores entre otros aspectos, el aporte más importante, recae en considerar que la solución para la mejora del sistema de ejecución judicial, radica en una adecuada regulación de mecanismos extrajudiciales de ejecución de garantías en general y la utilización, también adecuada, del pacto comisorio en las relaciones crediticias con garantía hipotecaria en especial, en las cuales exista un proceso claro y transparente que garantice al deudor que no habrá ningún tipo de abuso ni enriquecimiento ilícito por parte del acreedor, o que por los menos brindará

una gama más amplia de opciones para las partes contratantes (tanto deudor como acreedor).

La relación con la presente tesis entonces, radica en la propuesta final que se desarrollará, consistente en tener en el pacto comisorio, debidamente regulado, un medio alternativo de ejecución extrajudicial de las garantías, específicamente de la hipoteca.

1.1.4. Serrano de Nicolás, Ángel (2008).

La admisión del pacto comisorio como alternativa a la ineficiente subasta hipotecaria (judicial o notarial). Barcelona, España: Recuperado de <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-21/1872-la-admision-del-pacto-comisorio-como-alternativa-a-la-ineficiente-subasta-hipotecaria-judicial-o-notarial-0-3072183535501532>.

El trabajo también se realiza contextualmente, bajo los alcances del ordenamiento jurídico español y tiene por finalidad defender con solvencia, la regulación positiva del pacto comisorio que, recordemos, se encuentra prohibido, al menos en apariencia legislativa, en el derecho español. De tal manera, se plantea como eje central de la validez del pacto comisorio, una correcta y previa valorización del inmueble hipotecado. Dicha valorización, luego de un análisis favorable, es considerada por el autor como punto de partida para las reformas legislativas correspondientes, en aras de brindar la posibilidad a las partes de una relación crediticia con hipoteca, de recurrir al pacto comisorio (en realidad pacto marciano), como un mecanismo de ejecución extrajudicial, pues ello evitará la devaluación del inmueble, a través de la

subasta y el incremento desmesurado de la obligación que de antemano vale al menos un veinte por ciento menos que la finca al momento de la celebración contractual.

Así, de forma similar al caso peruano, la subasta puede resultar perjudicial para las partes, desde la perspectiva económica, por detrimento del valor del bien para llegar al acto de subasta, en ese sentido, de forma similar también en nuestro estudio, se plantea la posibilidad de admitir el pacto comisorio en las hipotecas, como opción más favorable para las partes.

1.1.5. Jara Palomino, Bryan Alberto (2015).

Consideraciones en torno a la admisión del pacto marciano, modalidad del pacto comisorio, como mecanismo de ejecución extrajudicial de garantías. Lima, Perú. Recuperado de <https://ius360.com/consideraciones-en-torno-la-admision-del-pacto-marciano-modalidad-del-pacto-comisorio-como-mecanismo-de-ejecucion-extrajudicial-de-garantias/>

El ensayista, parte planteando la premisa de que el incumplimiento de la obligación, en la mayoría de casos, ocasiona que la función asegurativa de las garantías reales sea ineficaz, ya que el sistema jurídico en la materia y las prácticas procesales mal utilizadas comúnmente, dilatan el proceso de ejecución de garantías, por lo cual éste no cumple con su finalidad sumaria-ejecutiva y por el contrario desprotegen al deudor a tal punto que el valor en el remate del bien que garantiza la obligación, dista del valor del mismo en el mercado, lo cual perjudica al acreedor y deudor; por ello, plantea la necesidad

de admitir la validez del pacto marciano, como modalidad del pacto comisorio, a fin de cautelar en mayor medida los intereses de las partes involucradas.

Es decir que, el aporte más importante del estudio es crear un nuevo mecanismo de ejecución extrajudicial, a través de la permisión del pacto marciano, de forma similar a éste trabajo, con la salvedad de que ahora planteamos la posibilidad inclusión de otras modalidades del pacto comisorio y no solo del pacto marciano.

1.2. Bases Teóricas

1.2.1. Derechos Reales

El derecho subjetivo implica una serie de potestades y facultades inherentes a determinado individuo respecto de una persona en el caso de las relaciones jurídicas; o respecto de un bien en el caso de los derechos y que además pueden tener contenido patrimonial, de ahí que a estos se les denomine como derechos patrimoniales y como bien señalaba el profesor Diez-Picazo (2007), es la aplicación de una idea general de la definición del derecho subjetivo, el cual importa la atribución y protección de una esfera de señorío del individuo sobre los bienes que permiten el desarrollo de su propia personalidad, en consecuencia, existe un poder de contenido económico sobre bienes también de naturaleza económica.

En ese entendido, partiendo de la naturaleza patrimonial, tenemos la distinción clásica que hace la doctrina al respecto, en términos sencillos, por un lado, a los derechos personales que otorgan al titular (acreedor) la potestad de exigir el cumplimiento de determinada obligación a su favor, a cargo del deudor y por

otro lado, los derechos reales que otorgan al titular, como se dijo, el señorío sobre la *res*.

En la actualidad, antes de su deceso, el mismo Diez-Picazo (2007) citando a Betti, sostenía que:

(...) los derechos reales resuelven la cuestión de la atribución o asignación de los bienes entre los diversos miembros de una misma comunidad jurídica, mientras que el derecho personal o de crédito contempla el fenómeno de la cooperación entre personas, es decir, el intercambio recíproco de bienes y de servicios. Según esto hay un derecho real siempre que un bien es atribuido a una persona (propiedad, derecho de goce), mientras que existe un derecho de crédito cuando se tiene derecho a una cooperación debida por otra persona. (pág. 68)

Entonces, siguiendo la misma corriente doctrinaria, se distingue a los derechos reales en los supuestos: propiedad sobre bienes materiales; derecho de utilización y de disfrute de cosas ajenas; cargas reales y derechos reales de garantía, en este último caso para los efectos de la investigación, se encuentra la hipoteca o las actuales garantías mobiliarias.

Por las garantías reales, “se concede al acreedor un derecho de realización del valor de la cosa para la satisfacción de su crédito, en el caso de que el deudor no cumpla voluntariamente la obligación” (Diez-Picazo, 2007, pág. 69).

Otro sector de la doctrina, considera que los derechos reales se subdividen en principales y accesorios o de garantía: “Los primeros tienen una existencia autónoma, es decir, no dependen de otro derecho, mientras que los últimos

existen únicamente para asegurar o garantizar el cumplimiento de una obligación” (Avendaño & Avendaño, 2019, pág. 17), dicha dependencia, plasmada como accesoriedad más propiamente dicha, implica que cuando la obligación se extingue, lo mismo sucede con el derecho real de garantía.

1.2.2. Garantías Reales

En términos sencillos, una garantía es la seguridad de que algo va a suceder o sucederá, para el caso que nos ocupa en términos técnicos, la garantía en una obligación, se utiliza como el respaldo de su cumplimiento, otorgado por el deudor al acreedor, justamente para brindarle seguridad de que será cumplida y en su defecto pueda recurrir a la garantía otorgada para hacer efectivo el cobro.

Así, es sabido que la garantía puede ser personal, cuando recae sobre el sujeto afectándose su patrimonio para el cumplimiento de la obligación; y real, cuando se afecta a un bien o bienes predeterminados normalmente de propiedad del deudor, salvo excepciones legales que permiten a un tercero gravar el bien a cuenta del deudor.

Álvarez (2017) señala que los caracteres de los derechos reales de garantía son:

- a) Tipicidad, se funda en el régimen general de la publicidad de este tipo de derechos y en la prohibición del pacto de la ley comisorio;
- b) Publicidad, consustancial a la garantía real, cuya existencia y subsistencia exige dicha publicidad.
- c) Especialidad e indivisibilidad, porque la garantía siempre estará impregnada

a la obligación y aun cuando ésta sea parcialmente cumplida o se produzca la extinción de la *res*, se mantendrá la integridad de la garantía; y

- d) Accesoriedad, puesto que existe un vínculo de dependencia de la garantía real con el crédito garantizado, debiendo existir y subsistir el segundo para la existencia y subsistencia del primero.

1.2.2.1. Hipoteca

El artículo 1097° de nuestro Código Civil de 1984 establece que “por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado”.

Al respecto, se entiende que no existe desposesión, por ello el propietario podría usar, disfrutar y hasta disponer el inmueble, ya que la hipoteca “perseguirá” al mismo, sin importar quien figure como propietario, por eso uno de sus requisitos es que conste su inscripción en el registro público, desbaratándose cualquier alegación de un supuesto tercero adquirente de buena fe, ésta es una excepción a la regla, pues como se sabe nuestro sistema registral es declarativo, pero como señalan Avendaño & Avendaño (2019):

La hipoteca es un derecho de constitución registral. La inscripción tiene carácter constitutivo, es decir, la hipoteca nace como derecho real con la inscripción. Con la inscripción se logra asegurar el crédito garantizado, vinculando el bien en manos de quien se encuentre con

la hipoteca. Lo que hace la inscripción es dar a conocer – publicitar – que existe una hipoteca sobre el inmueble, de manera que todo aquel que contrae respecto del bien sabe, o debe saber, que está hipotecado. Por eso la hipoteca no exige que se entregue la posesión del bien al acreedor. (pág. 132)

Por otro lado, entre sus caracteres específicos, tenemos que la hipoteca:

- a) Es accesoria, porque su existencia y extinción dependerá de la obligación garantizada actual o futura;
- b) Es indivisible, porque el inmueble y todas sus partes conformantes, garantizan la totalidad del crédito, lo mismo sucede si se trata de varios inmuebles, por eso se dice que, “si el inmueble se fracciona, cada parte sigue garantizando la integridad del crédito. Si fueran varios los inmuebles hipotecados, cada uno de ellos responde por la totalidad de la deuda.” (Avendaño & Avendaño, 2019, pág. 134).
- c) Es especial, porque el bien hipotecado debe encontrarse debidamente individualizado, lo cual se logra con el registro, así el crédito también debe encontrarse debidamente individualizado, permitiéndose que la cuantía del crédito sea determinada o determinable;
- d) Es inmobiliario, porque debe recaer estrictamente sobre bienes inmuebles, ya que, para el caso de muebles, es aplicable la Ley de Garantía Mobiliaria.

1.2.2.2. Prenda

Es difícil hacer alusión a la garantía mobiliaria sin referirnos a uno de sus

antecedentes más próximos, la prenda, regulada en el Código Civil de 1984 que, de forma similar a la hipoteca, constituía un derecho real de garantía, pero con la diferencia de que recaía sobre un bien mueble y además existía desplazamiento del bien otorgado en garantía, a manos del acreedor.

De tal forma, el incumplimiento de la obligación, otorgaba al acreedor, la facultad de vender los bienes para satisfacer su acreencia, es decir que se podría hablar de una especie de ejecución extrajudicial implícitamente regulada en esta figura.

Nótese que, al hablar de prenda, se habla de la generalidad de bienes muebles, es decir los que hayan estado calificados por su naturaleza o antes de su unificación, por las leyes especiales y el Código Civil de 1984, por ejemplo, éste último, establece un listado de bienes muebles, cuyo anterior tratamiento incluía algunos como naves y aeronaves, pero dicho apartado fue modificado por la Ley de Garantía Mobiliaria, sobre la cual volveremos más adelante; no obstante, por razones lógicas, los montos dinerarios y créditos si son considerados como bienes muebles.

Entonces, si la consecuencia principal e inmediata del incumplimiento de una obligación con garantía prendaria, era la venta del bien mueble, sería absurdo pensar en la venta de un monto dinerario, porque es considerado como un bien mueble, en estos casos, el acreedor adquiriría la potestad de hacerse con dicha suma, ya que “de acuerdo al Código Civil, la prenda en dinero sólo daba derecho al acreedor a hacer efectivo su crédito, es decir, a pagar su crédito con el dinero prendado” (Castillo & Chipana, 2015, pág. 32),

en otras palabras, se configuraría una suerte de aplicación del pacto comisorio, pese a que el entonces artículo 1066° del Código Civil proscribía tal figura.

Por otro lado, si bien antes, señalamos que una de las distinciones entre la hipoteca y la prenda, es el desplazamiento del bien mueble, al respecto debemos aclarar que podía realizarse la entrega física o jurídica, la primera se da facto y la segunda en el caso de bienes muebles registrados, cuyos efectos surtían a partir de su inscripción.

A estos efectos, hay que distinguir entre lo que se conocía como prenda con tradición y prenda sin tradición.

En la prenda con tradición de la posesión del bien, la única fuente de origen era la voluntad de las partes, ya que esta nacía del contrato en virtud del cual se establecía la obligación y su garantía, su plazo y la entrega de la garantía al acreedor, a la persona que éste designe o a la persona que señalen ambas partes.

En cambio, en la prenda sin tradición de la posesión del bien existían dos fuentes: la voluntad de las partes y la ley. La voluntad hacía nacer a la prenda sin tradición cuando así se acordaba, constituyéndose la garantía a través de su inscripción en el registro. A su turno, la otra fuente estaba constituida por la ley, la cual daba origen a la prenda sin tradición de la posesión del bien. (Castillo & Chipana, 2015, pág. 26)

1.2.2.3. Garantía Mobiliaria

En su momento, el sistema jurídico prendario fue objeto de diversos cuestionamientos, por lo que en el 2001, el Ministerio de Economía y Finanzas expidió una especie de informe denominado “Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales”, donde se realizó un análisis económico sobre las dificultades que, entre otros, nuestra regulación y el cobro de la deuda ocasionaban sobre el otorgamiento de crédito o en todo caso sobre el incremento del costo para obtenerlo, sobre todo en perjuicio de los agricultores y pequeños comerciantes, quienes ofrecían como garantía, los bienes como su cosecha, ganado o los bienes que deseaban adquirir.

Entre las críticas del entonces sistema se encontraban que: el ordenamiento jurídico vigente, restaba valor, económicamente hablando, a las garantías mobiliarias; la multiplicidad de registros hacía ineficaz el sistema; no había ejecución contractual o extracontractual; la ejecución judicial encarecía el crédito.

Estos problemas son costosos para los peruanos, tanto para las personas acaudaladas, como para las pobres. Las pequeñas y medianas empresas, los agricultores y los hogares pobres típicamente no tienen ningún inmueble que pueda servir como garantía para un préstamo – ya sea porque no poseen predio alguno, o porque su tierra no tiene título de propiedad o es de bajo valor para solventar el costo de constitución de una hipoteca. Para tales

personas, la posibilidad de usar sus bienes muebles para garantizar un préstamo o comprar bienes a plazos podría cambiar enormemente su acceso a crédito. (Ministerio de Economía y Finanzas, 2001, pág. 37).

Por esas razones, se propuso la unificación de las garantías reales, en un solo dispositivo legal donde se establezcan reglas y rangos de preferencias de forma uniforme, que permitan incentivar la utilización de mecanismos alternativos a la ejecución judicial, entre otros. Como consecuencia de ello, se promulgó la Ley N.º 28677 – Ley de la Garantía Mobiliaria de 2006 y posteriormente ésta fue derogada por el Decreto Legislativo N.º 1400 – Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria de 2018. De esta manera, en ambas normas, se procede a realizar la unificación de todos los regímenes legales que regulaban la prenda, a palabras de Castillo & Chipana (2015, pág. 63) se pasa de un esquema pluriprendario (existencia de diversos tipos de prenda) a un esquema monoprendario (presencia de una sola garantía, denominada garantía mobiliaria).

De igual forma, entre otras modificaciones, se regulan la ejecución extrajudicial, con la finalidad de que el acreedor pueda vender el bien objeto de garantía mobiliaria, sin la intervención del órgano jurisdiccional, esto es la realización del bien y por otra parte, se admite el pacto comisorio.

1.2.2.4. Generalidades sobre la ejecución judicial y extrajudicial

El Código de Procedimientos Civiles de 1912, en su artículo 612º prescribía a figura del juicio ejecutivo, señalando de forma muy genérica que, ante el

incumplimiento obligacional, el entonces escribano, trabaía embargo sobre los bienes otorgados en garantía (hipoteca o prenda), pero ante la falta de garantía previamente pactada, se le brindaba al acreedor, la potestad de elegir sobre que bienes, muebles o inmuebles, se debía trabar el referido embargo, es decir que podía elegir que bien de propiedad del deudor, sería ejecutado para hacerse con el cobro de la deuda. Asimismo, no se hacía diferenciación alguna frente a la concurrencia de acreedores, como ahora sucede, pues estos accedían en paridad de condiciones entre ellos.

Por su parte, el Código de Comercio de 1902, hacía una diferenciación del modo de ejecución en cuanto a la prenda mercantil derivada de una obligación derivada de una relación comercial, ya que para ella se preveía la posibilidad de ejecución independiente a favor del acreedor, vía realización extrajudicial del bien, si así lo pactaban o en su defecto, podía recurrir a un proceso judicial especial donde el deudor no podía ejercer su derecho de contradicción, pero con la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, se modificaron tales disposiciones o mejor dicho fueron derogadas. La primera versión del actual Código Civil de 1984, incluía dentro de su regulación a la prenda en general y otorgaba a las partes la posibilidad de elegir la forma de ejecución, teniendo como opciones la venta de acuerdo a lo previsto contractualmente o la ejecución judicial; en el caso de la hipoteca, en términos generales, se reserva la ejecución a la vía judicial, sin embargo, existen excepciones legales, como se explicará más adelante.

Sin ánimos de extendernos y desviarnos del tema que nos interesa, cabe

indicar que en nuestro ordenamiento jurídico existieron normas que regulaban de forma especial la ejecución de garantías, sobre todo, referente a la prenda que, en la mayoría de ellas, se permitía la ejecución extrajudicial, contrariamente a la hipoteca, donde la “normalidad” ha sido reservar la ejecución judicial para ésta figura, sin embargo, nuestros antecedentes legales no han mantenido una uniformidad constante al respecto.

Por eso, debido a las constantes variaciones y generalidad de regulación, nuestro actual sistema de ejecución de garantías no cuenta con la aprobación mayoritaria de los especialistas, por eso sostienen que el proceso es ineficiente, lento y costoso, en palabras de Ariano (2016, pág. 81):

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

1.2.2.4.1. Ejecución judicial de la Hipoteca

La hipoteca, al estar destinada a garantizar una obligación patrimonial y al ser accesoria a ésta, su ejecución dependerá estrictamente del incumplimiento de pago, por ello ante esta circunstancia, de acuerdo a lo que se haya prestablecido en las cláusulas pactadas por las partes o en su defecto, conforme a las normas pertinentes que resulten de aplicación

supletoria, el acreedor se encuentra habilitado de promover la acción de cobro solamente por la vía judicial, a través del proceso único de ejecución, pues como sabemos, la ejecución extrajudicial está proscrita en nuestro ordenamiento y cualquier disposición contraria será declarada nula, conforme a lo regulado por el Código Civil de 1984 en su artículo 1097°, donde se señala que una de las potestades que la hipoteca otorga al acreedor es la venta judicial.

De esta manera, mediante la ejecución judicial de la hipoteca, se busca la venta judicial del inmueble para que, el acreedor pueda hacer cobro de la obligación impaga, ya sea de forma parcial o total, es decir que el valor del inmueble bien puede cubrir toda la obligación o parte de ella, cuando es total se extingue la obligación, si existe un remanente a favor del deudor, le debe ser entregado a él; y cuando es parcial, se habría efectuado parte del pago, manteniéndose vigente la diferencia restante.

El profesor Hurtado (2014, págs. 51 -52), explica que el proceso de ejecución de garantía propiamente, tiene dos finalidades, la inmediata que vendría a ser la principal, donde el ejecutante busca que los ejecutados cumplan con pagar la obligación y la finalidad mediata, donde en el supuesto que los ejecutados no cumplan con el pago íntegro de la obligación, se proceda a la ejecución forzada en el proceso único de ejecución que según el procedimiento previsto, culmina con el remate inmueble hipotecado, para conseguir la venta del bien y proporcionar satisfacción al acreedor hipotecario.

Ahora, lo hasta aquí expuesto en un sistema judicial ideal no generaría mayor análisis, ni sería objeto de una serie de cuestionamientos que pongan en tela de juicio la efectividad de estos procesos, sin embargo, dado que nuestro sistema jurídico, cultural y social, impiden que el mecanismo judicial de ejecución de garantías (entiéndase hipotecarias) sea poético y principios básicos como el debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva se ven afectados, sobre éste último, debe entenderse que no solo implica el acceso a la jurisdicción o justicia si se quiere, sino que el resultado del proceso se efectivice dentro de un plazo razonable.

Dicha complejidad, en especial en los procesos de ejecución hipotecaria, nos dice el mismo profesor, radica en la ineficacia de las decisiones judiciales, ya que el trámite interno del proceso donde, aun cuando los plazos son mas breves y la defensa del deudor-demandado continúa siendo como la de un proceso cognoscitivo, el acreedor no consigue la pronta ejecución de la obligación, esto es, dentro de un plazo prudente que satisfaga sus intereses..

Esta problemática, no es una aflicción desconocida en nuestro entorno, al contrario, normalmente los investigadores jurídicos buscan la fórmula para descargar el sistema judicial, porque **lo único que genera la falta de resolución y ejecución oportuna, es una afectación, ya se dijo, a la tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso, predictibilidad y como no, los derechos crediticios del acreedor, que se desprendió de una parte de su patrimonio para favorecer los intereses del deudor moroso.**

De tal forma, es evidente que nuestro sistema de ejecución hipotecario no ha conseguido la finalidad perseguida, por una serie de **factores internos, propios de la carga procesal; y externos, propios de la “estrategia procesal” del deudor y propietario de ser distintas personas, para retardar la realización del bien, por lo que es necesario buscar otras alternativas legales que impidan la incertidumbre respecto al tiempo para que el acreedor recupere su patrimonio, sin dejar de lado la protección de forma muy cautelosa, la protección de los derechos de la parte más débil en la relación obligacional, es decir, el deudor.**

1.2.2.4.2. Ejecución Extrajudicial de la Hipoteca

Aun cuando la regla general en la hipoteca, consiste en admitir solamente la ejecución judicial, debemos resaltar que han existido y a la fecha aún existen, algunas excepciones donde se permite la ejecución extrajudicial, es decir la venta directa y/o adjudicación (pacto comisorio) del bien inmueble sin necesidad de tramitar un proceso judicial que no necesariamente concluye con el pago de la obligación, sino más comúnmente, con el remate del bien, sobre dichas excepciones, hablaremos a continuación.

a. Ley de Bancos Hipotecarios

La derogada Ley de Bancos Hipotecarios de 1889, según el artículo 1° su finalidad era que se: “Autorizase el establecimiento de Bancos Hipotecarios para verificar préstamos a largo plazo sobre hipoteca de propiedad territorial, reembolsables paulatinamente, y para emitir cédulas hipotecarias”.

Asimismo, la norma establecía un procedimiento especial de ejecución extrajudicial vía compraventa, ya que según el artículo 48°, el Banco ante el incumplimiento del contrato de préstamo, previa clausula expresa, podía vender el inmueble a un tercero, quién sin mas requisito, se hacía propietario de aquel.

Esta ley, a la vez, sirvió de modelo para la dación de la Ley N.º 6126 de 1928, en el cual se creó una alternativa extrajudicial de realización del bien hipotecado, no a favor de una categoría de bancos, sino específicamente a favor del Banco Hipotecario del Perú. Aquí, si el deudor se retrasaba en el pago de una cuota, el banco podía dar por vencidas las demás y solicitar el pago dentro de los 90 días posteriores, caso contrario, podía proceder a la venta en subasta pública del inmueble hipotecado, sin requisito formal previo, o sea sin la tramitación alguna de un proceso judicial; los únicos requisitos exigidos para la realización del bien eran: establecer el monto del crédito otorgado al deudor; la forma de pago (armadas) e intereses aplicables a la obligación; y la potestad otorgada al banco para que pueda, sin mas trámite, vender el inmueble mediante escritura pública a favor del tercero comprados. Por último, la única forma de paralizar la ejecución, era mediante el pago al contado del monto total de la deuda, más intereses y gastos; cualquier acción contra el banco se habilitaba después del remate. (Ariano, 2016).

- b. Registro Predial de Pueblos Jóvenes y Urbanizaciones Populares, Hipoteca Popular y Seguro de Crédito

El Decreto Legislativo N.º 495 de 1988, a la fecha aún vigente, pero con varios artículos derogados, creó un sistema de ejecución extrajudicial, cuando estuviesen involucradas hipotecas sobre inmuebles ubicados en pueblos jóvenes, entre los que se encuentran los asentamientos humanos y urbanizaciones populares.

Así, el artículo 33º del Decreto Legislativo N.º 495 de 1988, establece las siguientes condiciones para la venta directa del inmueble:

Quando se constituya hipoteca, el deudor hipotecario podrá, en el mismo instrumento, convenir con el acreedor y otorgar poder especial e irrevocable a un mandatario para que éste, en su nombre y representación, venda el bien en caso de incumplimiento de la obligación. El mandatario podrá ser un Banco, un Notario Público, un Alcalde, una organización de pobladores o cualquier otra persona natural o jurídica que goce de la confianza de ambas partes. En ningún caso el mandatario será el acreedor hipotecario. Es nula toda venta que se realice en precio menor a las dos terceras partes del valor comercial del bien establecido en el contrato de hipoteca, actualizado a la fecha de tasación de acuerdo a los índices establecidos por el Instituto Nacional de Estadística.

Pese a la vigencia del mencionado decreto legislativo, es importante señalar que las normas contenidas en él:

(...) eran evidentemente inconstitucionales por cuanto el Poder

Ejecutivo se había extralimitado en las facultades legislativas que le habían sido delegadas mediante Ley N.º 24913, una lectura fuera de su contexto podría llevarnos a concluir que con ellas se plasmaron procedimientos de ejecución *específicos*, es decir, solo aplicables cuando mediara una hipoteca y, a la vez generales, es decir, aplicables sea quien fuere el acreedor hipotecario.

(...)

Por tanto, pese a la aparente generalidad de las previsiones del D. Leg. 495, no es arriesgado considerar que los procedimientos de ejecución de hipoteca allí establecidos no lo fueron para hacer efectiva *cualquier* hipoteca constituida para asegurar *cualquier* obligación de *cualquier* acreedor, sino de las hipotecas constituidas en garantías de *préstamos* otorgados por *instituciones bancarias o financieras* para la construcción, ampliación o mejora de inmuebles en Pueblos Jóvenes y para la financiación de actividades productivas del sector (llamado) informal, cual complemento de ese “acceso al crédito” que constituyó el *Leitmotiv* de la norma en referencia. (Ariano, 2016, págs. 88-90)

c. Ley que Facilita la Constitución y Ejecución Extrajudicial de Garantías Hipotecarias para Programas de Viviendas

Siguiendo a Ariano (2016, pág. 99), luego de la promulgación del Código Procesal Civil de 1993, se crean dos sistemas de ejecución de garantías

reales: el previsto en el artículo 5° de la Ley N.° 28698 de 2006 - Ley que Facilita la Constitución y Ejecución Extrajudicial de Garantías Hipotecarias para Programas de Vivienda, esto es, como beneficio de las personas de escasos ingresos o recursos económicos; y el sistema previsto en el artículo 47° de la Ley de Garantías Mobiliarias a la que ya hemos hecho referencia. En ambos casos, nos dice, se produce una suerte de retorno a la situación anterior, cuando existían procedimientos extrajudiciales y sin intervención judicial, con la diferencia que en el caso que nos ocupa (hipoteca), el acreedor no necesariamente serán entidades financieras o bancarias, como se daba en el caso de los Bancos Hipotecarios y luego el Banco Hipotecario del Perú, es decir que puede participar cualquier tipo de acreedor. Agrega la profesora que, la razón para la existencia de ambas normas, se sustenta en la lentitud y onerosidad del proceso de ejecución judicial, por ello a través de ellos, donde se promueve la ejecución extrajudicial, mediante la venta del bien sin procedo judicial previo, se pretende economizar tiempo y dinero, en otras palabras, que resulte menos costoso.

Ya se ve aquí entonces, que una de las consecuencias del informe elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas (2001), fue la dación de ambas leyes al menos respecto de cierto sector en el caso de la hipoteca, buscando brindar una alternativa adicional y extrajudicial a la tan engorrosa ejecución judicial de garantías hipotecarias, pues en el caso de las garantías mobiliarias ya existe un sistema alternativo general.

Bajo ese contexto, la Ley N.º 28698 de 2006, en su artículo 1º prescribe: “La presente Ley permite agilizar la constitución de garantías hipotecarias, para hacer mas asequible las viviendas de interés social a favor de los pobladores de menores recursos económicos”. Para ello, además de establecer los supuestos en los que se podrán celebrar mutuos con garantía hipotecaria para el destino antes mencionado, el artículo 5º regula la ejecución extrajudicial de la hipoteca, ante el incumplimiento de la obligación.

De tal manera, se establece el procedimiento específico, donde si se continúa con la obligación impaga, **se habilita al acreedor hipotecario, proceder a la venta directa del bien hipotecado**, en el plazo de ciento ochenta días naturales, salvo pacto en contrario. Consideramos que, aun cuando la finalidad puede ser plausible, también consideramos que no puede darse la potestad de venta directa al mismo acreedor hipotecario, por cuanto esto podría generar arbitrariedades en perjuicio del deudor, desequilibrando nuevamente y de forma desmedida la balanza.

Otro aspecto importante a señalar radica en que, si la venta no llega a producirse dentro del plazo de los ciento ochenta días, **el acreedor adquiere la posibilidad de adjudicación directa como forma de contraprestación de la obligación impaga, previa tasación, es decir que se admite, al menos de forma genérica, el pacto comisorio en la modalidad de pacto *ex intervallo***, disposición igualmente que la venta directa, contraria al artículo 1111º del Código Civil de 1984.

Asimismo, en el artículo 5° de la Ley N.° 28698 de 2006, se regulan algunos aspectos importantes que merecen traerse a colación:

(...)

b) (...) Si el valor del inmueble fuera menor que el monto de la deuda, el acreedor podrá exigir el saldo en la vía de proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero.

c) En caso de que el acreedor hipotecario solicitara la venta del bien hipotecado al ejecutor cuando la obligación haya sido pagada o extinguida de otro modo o se encontrase prescrita, el deudor podrá dirigir sus acciones personales contra el acreedor hipotecario. En dicho supuesto el procedimiento de venta del inmueble no se suspende; pero el acreedor será sancionado con una penalidad equivalente al doble del valor del bien. (creemos que es una interesante medida de disuasión ante un posible ejercicio abusivo por parte del acreedor).

Si el valor del bien fuera mayor, el acreedor deberá pagar la diferencia al deudor en el plazo de cinco (5) días hábiles, del importe correspondiente al valor del bien, previo descuento del crédito pendiente, más los intereses legales correspondientes.

d. La Hipoteca Inversa

Aunque novedoso en nuestro país, la hipoteca inversa o invertida, es una institución de origen anglosajón, la cual fue pensada en incentivar el consumo de un segmento de personas adultas mayores, incorporada por

el derecho francés en el 2006, no en el Código Civil, sino en el Código de Consumo, como un producto bancario que brinda mayores opciones de financiamiento y subsistencia de las personas mayores. Tiene la misma finalidad que una hipoteca ordinaria, pero la diferencia radica en que el bien gravado es de uso de habitación exclusiva del beneficiario, quien podrá percibir el crédito de forma prorrateada y luego de su fallecimiento, la deuda podrá ser cobrada mediante la enajenación o desmembramiento de la propiedad si se da antes del fallecimiento.

Lo particular para efectos de este trabajo, es que se puede incluir el pacto comisorio como una forma de ejecución extrajudicial de la hipoteca, al respecto, el Código Civil francés introdujo ésta figura en las hipotecas en general, salvo cuando se trate de un inmueble de uso domiciliario del deudor, es decir lo contrario a lo que sucede en el caso de la hipoteca inversa en nuestro país, pero en este caso, se justifica en que el pacto comisorio o traslado de la propiedad a manos distintas del beneficiario, recién tendrá lugar al fallecimiento del titular protegiendo el principio de no enriquecimiento y la integridad patrimonial del deudor. (Ríos, 2006).

El 28 de marzo de 2018, en nuestro país se publicó la Ley N.º 30741 – Ley que regula la Hipoteca Inversa, reglamentada por el Decreto Supremo N.º 202-2018-EF de 2018 que, en un primer momento fue pensada en personas adultas mayores (mayores de 65 años, de quienes su esperanza de vida obviamente es menor a la de otras personas de menor edad) que percibían un solo ingreso por concepto de pensión o no

contaban con ingresos, pero eran titulares de un inmueble, sin embargo, en la ley y reglamento no se hace alusión a la edad del titular del crédito, entendiéndose aplicable para todos, siempre que cumplan con los requisitos exigidos.

La ley, tiene por objeto regular dicha figura para que las personas obtengan ingresos económicos complementarios, por ejemplo mensuales, ya que como se dijo, el crédito se podrá entregar periódicamente, determinándose el límite del monto total del crédito a entregarse en relación a la valoración del inmueble, los costos propios del crédito como intereses y el promedio de vida del deudor, puesto que la obligación será exigible al fallecimiento de éste.

Es decir, que a través de la hipoteca inversa, una persona titular de un bien inmueble, recibe un crédito garantizado vía hipoteca, dinero que podrá ser entregado a dicha persona en una sola armada o prorrateado de forma periódica durante un plazo específico y cuya exigibilidad de pago recién se dará al momento de su fallecimiento y ¿Quiénes son los obligados al fallecimiento del titular?, pues los sucesores y/o legatarios, quienes a la vez, con el fallecimiento del titular, entiéndase al ser exigible la obligación, tendrán dos opciones: i) cancelar la deuda, extinguiéndose la hipoteca, o ii) no cancelar la deuda, con lo que la entidad autorizada de acuerdo a ley y al contrato, podrá ejecutar la hipoteca.

Empero, más allá de lo novedoso de la figura que se regula de forma similar, por ejemplo, en países miembros de la Unión Europea, la traemos

a colación, porque admite implícitamente la celebración del pacto comisorio y por los requisitos de la hipoteca inversa que la ley establece:

- El inmueble objeto de la hipoteca inversa debe encontrarse previamente tasado de forma objetiva, para ello se establece que la tasación debe realizarse por al menos dos entes especializados, uno de ellos podría ser la misma entidad financiera autorizada a otorgar la hipoteca inversa.
- Al fallecimiento del titular, la entidad autorizada, en un plazo de 30 días calendario realiza la liquidación del crédito y notifica a los herederos o legatarios, quienes cuentan con un plazo de 60 días calendario, para ejercer la opción de cancelación del crédito y por consiguiente el levantamiento de la hipoteca; en caso contrario, si no se cancela la deuda, dentro de dicho plazo, la entidad autorizada tendrá la facultad de ejecutar la hipoteca.
- El artículo 12.1 del Decreto Supremo N.º 202-2018-EF de 2018, establece que:

(...) dentro del plazo de 60 días calendario para la cancelación del crédito, **los herederos y/o legatarios y la Entidad Autorizada, en sustitución del proceso de ejecución de hipoteca inversa, pueden mediante Contrato elevado a escritura pública pactar la adjudicación del Inmueble objeto de la hipoteca inversa a favor de la Entidad Autorizada, acordando el precio del Inmueble, sin**

necesidad de actualizar su tasación, salvo que alguna de las partes lo exija.

- De no celebrarse el acuerdo antes mencionado, la entidad autorizada podrá ejecutar la hipoteca judicialmente judicial o extrajudicialmente, de acuerdo a los términos del contrato y las exigencias establecidas en la ley y su reglamento.

De forma similar a la ley antes analizada, podríamos afirmar que **el pacto comisorio, no se encuentra del todo vedado en nuestro ordenamiento jurídico, ya que pese a la prohibición establecida en el artículo 1111° del Código Civil de 1984, por el Principio de Especialidad de la Norma, la Ley N.° 30741, la permite en los casos de hipoteca inversa**, debiéndose resaltar los caracteres objetivos que la misma norma exige para su configuración, lo cual no implica un perjuicio contra el deudor y abuso del acreedor, ya que no existiría el estado de necesidad como impulso para utilización de ésta figura.

No obstante, **tampoco se puede dejar de lado que el primigenio deudor no es quien asume el pacto comisorio, sino los herederos y/o legatarios, quienes no se encontrarían en un estado de necesidad, pudiendo elegir entre el cumplimiento de la obligación, la adjudicación a favor de la entidad autorizada o la ejecución judicial o extrajudicial.**

La hipoteca inversa, finalmente hipoteca, entonces es una institución jurídica que indirectamente legitima el pacto comisorio en los casos de la

garantía, con sus propias características y por ende, genera un aporte valioso, que utilizada correctamente puede ser de gran utilidad, sobre todo para aquellas personas que no cuentan con ingresos permanentes, debido a que prima la objetividad en este tipo de transacciones crediticias.

1.2.3. Pacto Comisorio

1.2.3.1. Origen Histórico

Tudela (2015, pág. 515), explica que en la antigua Roma, el negocio fiduciario *cum creditore*, era aquella enajenación de propiedad que realiza el fiduciante (deudor) a favor del fiduciario (acreedor), hasta que el fiduciante cumpla la obligación pendiente, solo así el bien se restituía a favor de éste, es decir era una especie de garantía de cumplimiento que no llevaba aparejado el pacto comisorio. Posteriormente, dichos negocios fiduciarios se dejaron de usar y fueron reemplazados por instituciones jurídicas sin despojo de la titularidad sobre el inmueble, tales como el *pignus* y *pignus conventum* o *hipoteca*. En estas figuras reemplazantes, continúa el autor, el acreedor podía vender el bien y de esta manera satisfacer el crédito, seguidamente, de existir un *superfluum* (exceso) debía ser restituido a favor del deudor, dicha potestad de venta se denominaba *ius distrahendi*. Alternativamente, la propiedad podía ser desplazada por un acuerdo entre las partes involucradas, a favor del acreedor, siempre mediando el incumplimiento del deudor, ésta cláusula no era otra cosa que la *lex comisoria*, el termino *lex* hacía referencia a pacto.

Sobre dichas instituciones, Bejarano & Gonzalez (2011, págs. 36-46), siguen la línea de lo señalado por Tudela en cuanto a la *fiducia cum creditore* y agregan que debido al avance del comercio y necesidades vigentes en la antigua Roma, fueron más recurrentes el *pignus*, donde el deudor mantiene el dominio del bien, pero trasladaba el derecho de posesión a favor del acreedor, el cual era utilizado mayormente para bienes muebles; y la *hypoteca*, donde el dominio y la posesión permanecían en poder del deudor y era mayormente utilizados para los inmuebles. Asimismo, señalan que posteriormente, las potestades posesorias sobre el bien gravado se lograron a través del *constitutum possessorium*, aplicable para el caso del *pignus* y la *hypoteca*, el cual consistía en un acuerdo de garantía para el cumplimiento entre deudor (garante) y acreedor (garantizado), pero el deudor permanecía ejerciendo la posesión y por ende el *detinere* (uso) de la garantía, para que así pueda generar una especie de frutos que le permitan obtener los medios necesarios para el cumplimiento de su obligación, empero a la vez, el ordenamiento jurídico romano reservaba el derecho de posesión a favor del acreedor, si el deudor no cumplía con el pago, permitiendo la retención o venta del mismo con el fin de satisfacer la prestación impaga.

Luego, como consecuencia del constante crecimiento económico y comercial durante el siglo III a.c., la sociedad romana creó un nuevo sistema monetario que ocasionó la necesidad en las personas de contar con liquidez, por lo que en el caso de las relaciones obligacionales, el uso de los bienes otorgados en garantía era insuficiente para cubrir las nuevas necesidades y

el valor real se presentaba en el derecho de venta que recibía el acreedor, para así poder adquirir la liquidez que requería, por ejemplo para reinvertirlos. Dichas condiciones del mercado, habrían sido las causantes del origen de la *lex commisoria*, que por el incumplimiento, permitía de manera eventual, el traslado de dominio del bien.

Entonces, se podría decir que la *fiducia* con cierto sentido garantizador, dio paso a la prenda e hipoteca, estrictamente como derechos reales de garantía, en cuyas cláusulas, primero se podía establecer la facultad de disposición a favor del acreedor para que, ante el incumplimiento en la oportunidad debida, venda el bien dado en garantía y luego, a causa de una serie de factores económicos sobretodo de los acreedores, se otorga el poder de adquisición de la propiedad a través del pacto comisorio.

Bajo este contexto, existe consenso en considerar que el pacto comisorio nace en el derecho romano, en la época de Constantino, denominándose *lex commissoria*, por lo que es una de las instituciones jurídicas más longevas e importantes del derecho civil.

Siguiendo a Wegman (2009), la *lex commisoria*, en este tipo de contrataciones, se habría positivizado en el Digesto (20,1,16,9):

‘Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio’. En este caso, parece ser en cierto modo una ventaja bajo condición, y así lo dispusieron por rescripto

los emperadores Septimio Severo, de consagrada memoria, y Antonino Caracalla. (pág. 98)

Mediante una interpretación literal de lo prescrito en el Digesto, podríamos inferir, primero que el título generado, como consecuencia del incumplimiento era la posesión, pero creemos que la intención del legislador fue transferir la propiedad, ya que seguidamente señala que dicha posesión se adquiere por derecho de compra y como se sabe, el título que se transfiere a través de la compraventa, es la propiedad; y segundo, que la mencionada venta, solamente podrá adquirirse por justo precio, es decir que “existe una prohibición tácita ya que no se regula la posibilidad de apropiarse directamente el acreedor de la garantía para el supuesto de impago del deudor” (Tudela, 2015, pág. 515), sino **previa valoración justipreciada del bien.**

Con ello, tendríamos que, desde la época romana, el sentido de la regulación sobre la definición del pacto comisorio se encontraba claramente marcada:

Con la *Lex comissoria*, instituida desde los primeros tiempos del derecho romano, se estableció una garantía en beneficio del acreedor pignoraticio, con la cual el bien pasaba a ser propiedad de este en caso de incumplimiento. Dicha facultad se ejecutaba de forma inmediata o mediante un mecanismo procesal y guardaba fundamento precisamente en la insatisfacción del crédito garantizado por el deudor (León, 2016, pág. 15).

Ahora, la injerencia del cristianismo en el imperio romano, inserta de manera

significativa valores morales y sociales, lo cual conlleva a la necesidad de preservar la integridad económica de la parte débil en la relación contractual, debido a que el pacto comisorio había sido utilizado de forma excesivamente discrecional por el acreedor, generando de esta forma, el ejercicio abusivo del derecho en perjuicio del deudor, tal es la magnitud de dicha “nueva” concepción que, como sostiene Galindo (2014, pág. 2), en el año 320 d.n.e, el mismo Constantino sancionó el uso del pacto comisorio mediante una prohibición taxativa en ordenamiento vigente, pero no se limitó a dicha limitación, sino que además decretó que tal proscripción se debía dar retroactivamente.

Resulta importante señalar que una de las justificaciones de la inmoralidad del pacto radica en la misma Biblia, donde en Lucas 6,34-35 se dice: “Si prestáis a aquellos de quienes pensáis recibir ¿qué mérito tendréis?, pues también los pecadores prestan a otros pecadores para recibir otro tanto. Por lo contrario, amad a vuestros enemigos, haced el bien y prestad sin esperar nada por ello”

1.2.3.2. Definición

En concordancia con lo desarrollado en el punto anterior, el concepto primigenio de la *lex commisoría*, implicaba que el acreedor de la relación obligatoria crediticia garantizada, ante el incumplimiento del deudor garante, se adjudique a su favor y en propiedad, sin importar ni el valor del bien, ni el precio de la obligación, es decir, que no era necesario que exista proporcionalidad entre ambos, pese a que como se vio en el acápite anterior,

en los tiempos del imperio romano se hablaba de un justo precio, esto fue superado por arbitrio del acreedor.

Galindo (2014, pág. 2) señala que el pacto comisorio es aquel acuerdo o convención entre acreedor y deudor “en virtud del cual se le permite al acreedor la apropiación directa de la cosa dada en garantía ante el incumplimiento de la obligación que tiene asumida el deudor”.

En la misma línea, Tudela (2015, pág. 514) brinda la misma definición sobre el pacto comisorio y agrega que en el caso de la hipoteca, supone la posibilidad de que el acreedor hipotecario, se apropie con el bien dado en garantía, previo incumplimiento de la obligación que garantiza.

1.2.3.3. Modalidades del pacto comisorio

Para desarrollar el presente acápite, tomaremos como referencia la clasificación y descripción que realiza la profesora española De la Fuente (2020), distinguiendo entre las modalidades del pacto comisorio en: pacto comisorio *ab initio*; pacto comisorio *ex intervallo* y pacto marciano.

1.2.3.3.1. Ab initio

Se trata de la *lex commisoria* en estado puro, como estable su denominación (desde el principio), es aquel acuerdo que se consiente en el mismo momento del nacimiento del negocio constitutivo del derecho real y guarda estrecha relación con el derecho crediticio. En la época Roma, específicamente se encontraba unida a la fiducia *cum creditore* (obligación crediticia donde se entregaba la propiedad de un bien y debía ser retransmitida al propietario, siempre que éste cumpla con la obligación

contraída) y al *pygnus* (prenda, esto es, la entrega en posesión de un bien con fines garantistas de la obligación principal).

En palabras sencillas y generales, consiste en: llegado el plazo e incumplido el crédito, el acreedor automáticamente se adjudica extrajudicialmente, la propiedad del bien dado en garantía y sin la participación de tercero (autoridad estatal o no) que disponga tal adjudicación.

Empero, la *lex commisoria* otorgaba al acreedor, dos posibilidades: i) reclamar el crédito, renunciando a la garantía o ii) adjudicarse el bien, por concepto del pago de la acreencia, sin permitir el reclamo posterior en caso el valor del bien sea menor al crédito; ésta segunda posibilidad, podía tener a la vez dos consecuencias, por una parte, que el acreedor vea insatisfecha la totalidad del crédito primigenio otorgado a favor del deudor, por cuanto el valor del bien resultaría menor y por otro lado, el perjuicio contra el deudor, en el supuesto de que el valor del bien fuese mayor al crédito otorgado, por ello, no sería sorpresivo que el acreedor busque asegurar la obligación con un bien de valor superior a ella y como el deudor se encontraba en una situación de desventaja y necesidad, accedería a tal requerimiento.

Tal situación, abrió paso a una cláusula con mayor proteccionismo de las partes, aunque no es objeto del presente trabajo presenta un aporte importante que puede considerarse también, como una forma de ejecución extrajudicial, la profesora De La Fuente (2020) y lo define de la siguiente manera:

Se le conoció como pacto *de vedendo* o *ius vedendi*. Vencida la

deuda y ante el impago del deudor, el acreedor podía optar entre la reclamación del crédito renunciando a la garantía – opción que se mantenía inalterada respecto a la primitiva fórmula – o la venta de la cosa objeto de garantía para cobrarse con ella el montante de su crédito y devolver el sobrante, también llamado *superfluum* o *hyperocha*. En caso de que con la venta no se alcanzara la satisfacción del crédito para reclamar lo no cobrado con la venta.

(pag. 28)

1.2.3.3.2. Pacto marciano

En honor al jurisconsulto Marciano, quien señalaba que existía la posibilidad de que las partes acuerden, una vez llegado el vencimiento de la deuda y el deudor no la satisfaga, que **el acreedor pueda vender el bien dado en garantía a precio de mercado con la justificación del valor real y devolver el exceso al deudor** (Tudela, 2015, pág. 521), respetando de esta manera la **proporcionalidad entre las contraprestaciones** a cargo de cada una de las partes.

Se trata de la apropiación del bien dado en garantía o su ejecución privada, pero previa valoración justa, por lo que el acreedor adjudicatario debe devolver la diferencia entre el valor del bien y la acreencia, de existir; para ello, se deben establecer las garantías necesarias que coadyuven a la determinación del justiprecio, es decir que deben utilizarse **mecanismos objetivos e imparciales que permitan el menor desmedro sobre el valor real del inmueble**.

Evidentemente una valoración objetiva no ocasionaría afectación sobre los intereses del acreedor, pero también tendría consecuencia beneficiosa contra el posible abuso que se pueda cometer al momento de ejecutar el bien, por ello es entendido como “aquella convención en virtud de la cual las partes podían limitar los efectos del comiso a un precio justo” (Tudela, 2015, pág. 517).

De esta manera, con la función satisfactoria de la garantía, el acreedor podrá adjudicarse la propiedad de forma directa, sin que medie procedimiento judicial o extrajudicial, siempre previa valoración justa; por ello, al momento de su celebración, la determinación del precio no estará sujeta a la discrecionalidad de las partes, sino al arbitrio objetivo de un tercero o instrumentos ajenos que establezcan el mencionado precio justo, o sea, “el acreedor podrá adquirir la cosa, siempre que el precio no se identifique con el valor de la contraprestación debida, sino que se acuerde su fijación por mecanismos de evaluación o tasación de carácter objetivo” (Dela Fuente, 2020, pág. 35).

Esta modalidad, aunque tiene una relación de género-especie por así decirlo, con el pacto comisorio en sentido estricto (entendido como el originario *ab initio*), es más beneficioso, ya que la inmoralidad del segundo, en cuanto a la indebida adjudicación del bien por un crédito menor, no aplicaría en el primero, puesto que sí existe contraste con el valor real u objetivo del inmueble.

Además, la adjudicación privada, tendría estrecha relación con el Principio

de Economía Procesal si se quiere, ya que la ejecución de la garantía será menos dilatada y más justa.

1.2.3.3.3. Ex intervalo

A diferencia de las anteriores modalidades, el pacto *ex intervalo*, se suscita con posteridad a la celebración del vínculo crediticio, lo cual es atípico, ya que normalmente la celebración de la garantía, que contendría el pacto comisorio, se da en el mismo momento en el que se configura el crédito. Lógicamente, el referido pacto también debe realizarse antes del vencimiento o más propiamente, de exigible la obligación.

Siguiendo a De la Fuente (2020, págs. 41-42), el principal argumento para la admisión del pacto *ex intervalo*, radica en que **el momento en el que se celebra, es uno donde existe menor asunción de peligro por parte del deudor, porque se entiende que ya no se encuentra en el estado de necesidad por el que le era necesario asumir la obligación** y por tanto situarse en un estado de indefensión patrimonial que lo impulsa a dar en garantía un bien de un valor muy superior a la deuda. Por ello, se entiende que se vela por el Principio de Proporcionalidad, lo cual lo legitima para realizar una evaluación objetiva sobre su situación, valorando adecuadamente la pertinencia de una ejecución privada en caso de incumplimiento.

Sin embargo, en contraposición, el solo hecho de realizarse en un momento posterior, no es suficiente para establecer a priori la inexistencia del estado de necesidad, por cuanto, su patrimonio habría podido reducirse y

nuevamente dicha necesidad lo impulsaría a celebrar un pacto comisorio, en perjuicio de su patrimonio.

Coincidimos con la profesora en lo afirmado, pero además podríamos agregar que la limitación o dificultad del *ex intervallo*, también radica en una cuestión de practicidad, al menos en nuestro medio, porque es muy poco común y resultado más tedioso, que la celebración del crédito y la garantía (incluyendo el pacto comisorio) no sean coetáneos.

1.3. Definición de términos básicos

1.3.1. Definición de términos básicos según la doctrina

- **Negocio Fiduciario**

Relación jurídica patrimonial bilateral, donde el fiduciante o fideicomitente en su calidad de propietario de un bien, lo enajena a favor de su contraparte, denominado fiduciario, con la finalidad de que éste último le brinde al bien, el destino que se señaló en el acuerdo en beneficio del fiduciante o de un tercero denominado fideicomisario.

- **Pacto Comisorio**

Acuerdo que, en una relación crediticia respaldada con una garantía, permite al acreedor apropiarse del bien otorgado en garantía en su totalidad, frente al incumplimiento de pago por parte del deudor, cuyo valor puede estar previamente determinado por las partes, una de ellas o un tercero autorizado.

- **Relación Crediticia**

Vinculo jurídico obligacional, derivado normalmente de un contrato, por el

cual el acreedor otorga una suma dineraria a favor del deudor y éste se compromete a cumplir con el pago más de dicho monto, más los intereses pactados, en el modo, forma y demás condiciones que las partes hayan determinado previamente.

- Acreedor

Persona natural o jurídica que ostenta la titularidad del derecho de crédito y con potestad de exigir el cumplimiento de la obligación en la forma y modo pactados, se puede decir que es la parte activa de la relación obligacional crediticia.

- Deudor

Persona natural o jurídica obligada a cumplir con el pago de la prestación pactada en la relación obligacional crediticia, en la forma y modo acordados por las partes, por ello se le denomina como la parte pasiva y débil de dicha relación jurídica.

- Tasación Comercial

Procedimiento técnico que permite establecer el valor comercial determinado de un bien, cargo de un técnico o profesional competente autorizado por el estado y que se circunscribe a lo previsto en el Reglamento Nacional de Tasaciones del Perú.

1.3.2. Definición de términos básicos según la regulación civil

- Hipoteca

El Código Civil de 1984 en su artículo 1097^o establece: “Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación,

propia o de un tercero”.

- Nulidad del Pacto Comisorio

El Código Civil de 1984 en su artículo 1111° establece: “Aunque no se cumpla con la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo pacto en contrario”

El Código Civil de 1984 en su artículo 1130° establece:

Aunque no se cumpla con la obligación, el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido. Es nulo el pacto contrario, con excepción de los casos de adjudicación del bien al acreedor pactados bajo el Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria.

- Cesión de Derechos

El Código Civil de 1984 en su artículo 1206° establece: “La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto”.

- Dación en Pago

El Código Civil de 1984 en su artículo 1265° establece: “El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse”.

- Pacto de Retroventa

El Código Civil de 1984 en su artículo 1586° establece: “Por la retroventa, el vendedor adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato, sin

necesidad de decisión judicial”.

El Código Civil de 1984 en su artículo 1587° establece:

Es nula la estipulación que impone al vendedor, como contrapartida de la resolución de contrato, la obligación de pagar al comprador una cantidad de dinero u otra ventaja para éste.

También es nula, en cuanto al exceso, la estipulación que obliga al vendedor a devolver, en caso de resolución del contrato, una suma adicional que no sea la destinada a conservar el valor adquisitivo del precio.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA

2.1. Diseño metodológico

2.1.1. Tipo de investigación

El tipo de investigación utilizado es el básico, descriptivo y cualitativo, por cuanto se recogerá la información suministrada por los instrumentos utilizados, sin embargo, como señalan Guevara, Verdesoto, y Castro (2020, pág. 166) “No basta con presentar las características de fenómeno (...). También es necesario que estas sean organizadas y analizadas a la luz de un marco teórico apropiado, el cual servirá de sustento a la investigación”.

De tal forma, se detallan situaciones en específico, en este caso para analizar las características propias de la figura del pacto comisorio y su prohibición, para posteriormente proponer nuevos parámetros normativos en cuanto a su admisibilidad en las hipotecas y su procedimiento de ejecución.

2.1.2. Tipo de investigación

Se utilizó el nivel descriptivo, en el cual “se busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos,

objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis” (Hernández, Fernández & Baptista, 2014, pág. 92), en ese sentido se especifican las propiedades y características de la institución jurídica en cuestión, es decir que no existió manipulación externa del investigador, por el contrario la investigación radicó en la observación y análisis, para luego realizar la propuesta conveniente.

2.1.3. Método de investigación

Se tomó como referencia el método general científico, porque comprende un conjunto de normas dentro de un proceso de investigación y cuya aplicación brinda resultados a los problemas propuestos en la investigación científica.

Por su parte, el método específico fue descriptivo y bibliográfico, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, al tratarse del desarrollo de los componentes principales de una realidad determinada, esto es lo concerniente al pacto comisorio y su regulación normativa en el ordenamiento jurídico peruano desde la revisión bibliográfica correspondiente aplicable.

2.1.4. Diseño de la investigación

Basado en el diseño no experimental, transeccional, pues en ella no se manipuló deliberadamente la variable, sino que fue observada analíticamente en un escenario específico.

Asimismo, de acuerdo a la naturaleza de los datos, la investigación tuvo un enfoque cualitativo, pues no implica un manejo estadístico riguroso,

orientándose a la obtención de resultados y en el presente caso radica en el análisis subjetivo e individual del pacto comisorio y partiendo de dicho subjetivismo, se procedió a plantear o no, una nueva solución normativa de acuerdo a lo investigado y a la percepción que tendrá el investigador respecto de la variable analizada.

2.2. Aspecto éticos

La elaboración de la tesis se desarrollará preservando todos los aspectos éticos necesarios y en pleno respeto de los derechos de autor de terceros especialistas involucrados o no, directa o indirectamente con el tema de análisis.

CAPÍTULO III: DISCUSION

3.1. Fundamentos sobre la prohibición del pacto comisorio

Existen diversos estudios que describen cuales fueron las razones por las que se prohibió el pacto comisorio, anteriormente ya se adelantó que, en el derecho romano, se sustentaba principalmente en cuestiones de carácter moral y social, pues la excesiva libertad para su regulación, ocasionaba una serie de perjuicios contra el deudor, quien sufría la pérdida o detrimento considerable de su patrimonio, normalmente de forma injusta, sin embargo, aquellas no eran las únicas razones, sino como bien señala Tudela (2015), los argumentos avaladores de la prohibición se pueden distinguir en: “la necesidad de seguir las formalidades procesales y procedimentales y la imposibilidad de autosatisfacción; la defensa del deudor y la inmoralidad del pacto y el respeto al principio *par conditio creditorum* a protección de terceros acreedores” (pág. 518). No obstante, para efectos de la presente investigación, las vamos a distinguir entre aspectos sustantivos y procesales.

3.1.1. Razones sustantivas

En el año 320 d.n.e, Constantino prohibió el pacto comisorio promulgando el siguiente edicto:

El emperador Constantino, Augusto, al pueblo. Por cuanto entre otros engaños crece principalmente la aspereza de la ley comisorio de las prendas, nos ha parecido bien invalidarla, y que para lo sucesivo quede abolido todo su recuerdo. Así pues, si alguno padeciera por tal contrato, respire por virtud de esta disposición, que rechaza juntamente con los pasados los casos presentes, y prohíbe los futuros. Porque mandamos que los acreedores, habiendo perdido la cosa, recuperen lo que dieron. (Wegman, 2009, pág. 98).

El mismo autor, señala que fueron tres las razones que motivaron a la expedición del referido edicto: i) el *pignus* había llegado a ser por sí mismo garantía suficiente, en virtud de la facultad irrenunciable de la venta; ii) el pacto comisorio resultaba un mecanismo ideal para ocultar la usura, ya que normalmente el precio de la *res*, excedía notablemente el valor del crédito, por lo que, desnaturalizándose su uso, el acreedor tenía como finalidad apropiarse del bien, sin importar que la acreencia debida por el deudor era mucho menor, de tal manera el primero se enriquecía indebidamente y el segundo se empobrecía excesivamente; y iii) La presencia de la iglesia católica influyó en su prohibición que, a través del edicto de Milán de 313, sancionaba moralmente la usura, pues desde su perspectiva era considerada como un pecado.

Así, dicha prohibición se mantuvo en el medioevo, recordemos que fue una época donde la iglesia católica tuvo su mayor auge, por tanto, las razones morales prohibitivas primaban y eran respaldadas principalmente por ella. Consecuentemente, hasta la actualidad la prohibición del pacto comisorio se

mantiene en la mayoría de ordenamientos jurídicos por las razones que la originaron, salvo algunas excepciones, donde si está permitida con diversos matices que más adelante señalaremos.

Sobre el fundamento de la prohibición, Álvarez (2017, pág. 284), explica que:

(...) la radical e insubsanable prohibición del pacto comisorio es la *tutela del deudor*, se dice que el pacto comisorio oculta comúnmente un préstamo usurario, implica una especulación sobre una insolvencia probable, y presume una violencia moral sobre el deudor; atenta contra el orden público por la explotación de la miseria. Junto con la tutela del deudor, la doctrina italiana moderna, desarrollando una idea al parecer original de CARNELUTTI, que afirma que el fundamento de la prohibición del pacto comisorio es también *la tutela de los demás acreedores terceros del deudor* – especialmente los quirográficos – que pueden ser pospuestos injustificadamente con las daciones en garantía (idea en la que insiste alguna jurisprudencia. Así STS 19 de abril de 1997) (...). En el derecho moderno la nulidad del pacto comisorio se fundamenta así en *la publicidad y especialidad de las cargas reales* (posesión en la prenda e inscripción en la hipoteca) como instrumento para el desarrollo del crédito, la seguridad del tráfico y terminar con las cargas ocultas (y con el azote de la usura).

Entonces, se podría decir que la mayor justificación que habría ocasionado la prohibición del pacto comisorio, es la “justicia” para el débil, el deudor, frente al poderío del acreedor que aprovechándose de su situación podría realizar

prácticas usurarias y beneficiarse indebidamente de su patrimonio, por ende se constituye como una especie de medida en proclama de la igualdad entre las partes, tratando de evitar que el deudor, al ser por naturaleza la parte más débil, sea perjudicado en mayor proporción a la situación desigual que ya mantiene por el solo hecho de serlo.

Es decir, “su estipulación hace del préstamo algo oneroso y lesivo para el deudor, que es la parte más débil y, por tanto, más vulnerable al momento de determinarse el contenido del contrato” (Wegman, 2009, pág.109).

Por otro lado, la *par conditio creditorum* y la protección de terceros acreedores también es un fundamento de prohibición, ya que se garantiza la legalidad e igualdad de oportunidades a todos los acreedores, al igual que en los procedimientos concursales (Tudela, 2015, pág. 520).

3.1.2. Razones Procesales

Otra de las razones de la prohibición, es la indebida autotutela del acreedor que afectaría el principio de proporcionalidad, puesto que la inferioridad y estado de necesidad crediticia en la que se sitúa, similar a la lesión contractual en un contrato de compraventa, deja una amplitud considerable para que el acreedor establezca los parámetros de la garantía que más se ajusten a su conveniencia y que probablemente la finalidad, antes que el pago, sea la apropiación del bien gravado y el incumplimiento el medio idóneo que lo permita, incluso sin necesidad de que dicho incumplimiento sea perjudicial para sus intereses, lo cual de no estar prohibido, encontraría sustento en el Principio de Autonomía Privada.

Asimismo, el ejercicio de la autotutela por parte del acreedor, no podría ser admitida, porque la facultad coercitiva de cobro es exclusividad del estado, entonces, se debe seguir el proceso legalmente previsto, donde está impedida la posibilidad de que el acreedor ejecute de forma privada la obligación impaga. Dicha potestad coercitiva, en nuestro caso por ejemplo, radica en la ejecución judicial de la hipoteca que ante la permanente renuencia o imposibilidad de pago del deudor, podría concluir con el remate del bien vía subasta pública, que en teoría busca el máximo equilibrio entre el pago y la realización, no admitiéndose distinto medio de ejecución; no obstante, si luego de tres convocatorias, no existen postores, el acreedor puede solicitar la adjudicación directa del inmueble.

3.2. Prohibición del pacto comisorio en el derecho comparado

3.2.1. Derecho español

El Código Civil Español aprobado por Real Decreto del 24 de julio de 1889, en el Capítulo I del Título XV relacionado a las disposiciones comunes a la prenda y a la hipoteca, prohíbe el pacto comisorio y establece en el artículo 1859° que: “El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”, sobre esto, aunque sector de la doctrina señala que la prohibición del pacto comisorio no es expresa, nos orientamos a señalar que está latente la prohibición, porque la apropiación significa la adjudicación que a la vez, no es otra cosa que el pacto comisorio y así también “la unanimidad de la jurisprudencia ha rechazado la posibilidad del pacto comisorio en los contratos de prenda e hipoteca” (Wegman, 2009, pág. 244).

En relación a la anticresis, el artículo 1884° del Código Civil Español de 1889, señala:

El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo.

Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

En este caso, es nulo el pacto comisorio en caso se regule y el acreedor solo podrá solicitar judicialmente el pago de la deuda o la venta del inmueble, es decir que la prohibición del pacto comisorio es total, no puede realizarse vía judicial, ni extrajudicial.

3.2.2. Derecho italiano

No es extraño que la legislación italiana prohíba el pacto comisorio, conservando la tradición del derecho romano, por lo que el artículo 2744° del *Código Civile* de 1942 prescribe que:

È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno.

Cuya traducción indica que aquel pacto por el cual, ante el incumplimiento del crédito en el plazo previsto, la propiedad hipotecada o entregada en prenda pasa al acreedor, es nulo, incluso cuando se haya celebrado luego de la constitución de la hipoteca o de la prenda, es decir que se establece una prohibición expresa del pacto comisorio *ab initio* y *ex intervallo*.

No obstante la regulación citada, la prohibición del pacto comisorio en el ordenamiento jurídico italiano, español y otros miembros de la Unión Europea, no sería absoluta, ya que en la modalidad del pacto marciano específicamente, sí sería factible, afirmación que se sustenta en la Directiva 2014/17/UE que más adelante se analizará, sobre todo en el caso italiano, donde pese a la regla general de prohibición del pacto comisorio, existen normas específicas en otras materias que admiten el pacto marciano y en otras que se acercan bastante a dicho concepto.

3.2.3. Derecho Alemán

León (2016) señala que el BGB alemán se adhiere a la disposición prohibitiva, específicamente cuando el artículo 1229°, se señala:

Es nulo un pacto acordado antes de la producción de la autorización de venta, según el cual debe corresponder o ser transmitida al acreedor prendario la propiedad de la cosa, en caso de que no sea satisfecho o no lo sea en tiempo oportuno. (pág. 17)

3.2.4. Derecho Chileno

El artículo 2397° del Código Civil de 1855, prohíbe el pacto comisorio, al señalar:

El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta la concurrencia de su crédito, sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios. Tampoco podrá

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

Complementariamente, dicha regla es aplicable a la hipoteca por imperio del artículo 2424° que señala: “El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda”.

La técnica legislativa, en otras palabras, señala que el pacto comisorio es nulo y restringe la posibilidad de adjudicación directa del bien a favor del acreedor, dejando tal prerrogativa a la vía judicial, siempre que la subasta pública haya fracasado, salvo que el acreedor recurra a otros mecanismos de cobro, pero la apropiación de la garantía no podrá resultar de forma distinta a la regulada en el artículo citado.

En este punto es importante el comentario que hace Barriga en (Wegman, 2009, pág. 108), al decir que **el deudor podría vender al acreedor prendario, el bien dado en garantía, suponiéndose en ejercicio de su facultad de libre disposición y no en cumplimiento de alguna estipulación (pacto comisorio) contenido en el contrato de garantía.** Esto es así ya que el artículo en mención no prohíbe la venta a favor del acreedor, en consecuencia, nos dice, que **es válida la venta del bien empeñado o hipotecado y su dación en pago (figura que también regula nuestro Código Civil)** si no son contrarios a lo previsto por citado artículo 2397° del Código Civil Chileno de 1855.

3.3. Fundamentos sobre la admisibilidad del pacto comisorio

3.3.1. Razones Sustantivas

Se ha visto que los principales fundamentos de la prohibición del pacto comisorio, radican en argumentos sostenidos aun en la época del imperio romano, justificándose en principios morales de justicia, equidad y proporcionalidad, con la finalidad de proteger al deudor o en todo caso equiparar la situación de éste frente a la majestad y poderío del acreedor.

Sin embargo, profesores como Beaumont (2014, págs. 215-216), afirman que no existe fundamento suficiente para la prohibición del pacto comisorio:

La mayoría de autores señalan, en cualquier caso, que la prohibición es una excepción al principio de libertad de los convenios y equivalencia formal de las prestaciones y debe ser objeto de interpretación restrictiva. Idénticas críticas se reproducen entre autores modernos. Bianca, en un reciente estudio monográfico, opina que si el fundamento de la prohibición es la tutela del deudor, no tiene sentido una declaración indiscriminada de nulidad de la cláusula y parecen más propias las armas generales frente a la usura, y si la razón de la protección es la tutela de los acreedores terceros del deudor, los mismos tienen medios específicos de protección, especialmente la revocación por fraude. Desde esta perspectiva, la prohibición del pacto comisorio aparece carente de un fundamento dogmático claro.

Wegman (2009) por su parte, considera que la prohibición del pacto comisorio se

sustenta en razones ya superadas y expone los siguientes puntos para su admisibilidad: **i)** la libertad de los contratantes no se encuentra ausente en el ordenamiento jurídico, al contrario, establece una presunción en favor de ella, por lo que se debe partir de la validez del consentimiento expresado libre y espontáneamente, de tal manera, una actitud paternalista carece de fundamento, debido a que, las personas se reputan capaces, libres y responsables; **ii)** al presumirse que el deudor, en situación apremiante y de angustiosa necesidad, actuó bajo coacción del acreedor para aceptar el pacto comisorio, la coacción debería extenderse a toda la relación jurídica y no solamente a una cláusula que es accesoria a ella; **iii)** si la razón fundamental es la falta de libertad del más débil, el remedio debería ser la nulidad relativa, mas no absoluta, donde el deudor opte por objetar o no el pacto comisorio, ya que es el único que conoce si actuó con libertad o necesariamente por el estado de necesidad presente al momento de la celebración contractual; y **iv)** la necesidad del deudor, como fundamento, se encuentra en abierta contradicción con la prohibición respecto al pacto comisorio *ex intervallo*, puesto que el eventual estado de necesidad desaparece luego de celebrada la garantía, porque se entiende satisfecho el interés de percibir el crédito del deudor, incluso el riesgo habría pasado al acreedor.

En ese sentido, coincidimos con el autor, quien al analizar la legislación chilena, concluye que debería realizarse una reforma legislativa aceptando el pacto comisorio en sus modalidades de *ex intervallo* y pacto marciano, pues regulados adecuadamente, no serían lesivos para el deudor y por el contrario se estaría permitiendo un adecuado ejercicio de la autonomía privada, incluso en el caso

del primero al no estar constreñido por su propia necesidad, el pacto podría ser hasta más beneficioso que la venta forzosa y en el caso del segundo, “no habría óbice sustantivo contra esta práctica, especialmente si lo que se protege es la par *conditio creditorum* y la usura ha quedado erradicada, puesto que un tercero independiente valora el bien y existe devolución de la diferencia” (Wegman, 2009, pág. 117).

De manera similar, la doctrina española considera que es posible admitir el pacto comisorio en la forma del pacto marciano admitido en el derecho histórico, siempre que sus términos:

- (i) no lesionen el principio de proporcionalidad, (ii) establezcan mecanismos en virtud de los cuales la apropiación de la cosa se condice a la fijación de un precio por procedimientos de evaluación y tasación objetivos y libremente acordados por las partes; y (iii) que la fijación del valor del bien se realice tras el incumplimiento y en el momento del vencimiento (para evitar problemas tanto de libertad de fijación de precio como de depreciación sobrevenida). (Galindo, 2014, pág. 10)

En la misma línea, la jurisprudencia española señala que en la modalidad de *ex intervallo*, el cual no tiene origen contemporáneo a la celebración de la obligación principal, puede ser admitido, ya que la prohibición “hace referencia únicamente al pacto contemporáneo (previo o simultáneo) a la generación del crédito, no a las adjudicaciones o transmisiones posteriores en pago” (Galindo, 2014, pág. 10), postura que la doctrina también respalda, salvo el riesgo de simulación o

elaboración de documentos fraudulentos de hacer ver que el pacto fue posterior y no coetáneo al nacimiento de la obligación, ya que como Tudela (2015) menciona:

(...) debería ser aceptado y que con una regulación específica del mismo, y siempre que se le dotara de unas cautelas determinadas – como podría ser su exacta delimitación e inalterabilidad para obtener un precio justo y próximo al de mercado – podría ser un instrumento ágil y válido de realización de bienes ofrecidos en garantía, y alternativa ante algunos fracasos o desafortunados sistemas de subastas notariales inmobiliarias y otros sistemas de realización previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Otro sector de la doctrina – según GALINDO ARANGOCILLO Y NAVARRO CORDEQUE – considera que podría operar con total validez el pacto *ex intervallo* por entender que el pacto comisorio cabría en un momento posterior a la concesión del crédito negocio constitutivo de garantía. De esta forma se salvaría el momento más “delicado” y de especial protección, que es la concesión del crédito y el estado de necesidad del deudor. (pág. 520)

Por su parte, Serrano (2008) considera que la actual prohibición del pacto comisorio en la legislación española, implica la máxima garantía formal para **el deudor a la vez que queda desprotegido frente al incremento excesivo de los intereses, lo cual linda con la usura y finalmente se le priva de la finca hipotecada por un precio totalmente irrisorio que no llega a cubrir la deuda, distando de aproximarse al valor real del mercado; en contrapartida, el**

acreedor no cobra el total de su deuda. Por consiguiente, afirma que el ordenamiento jurídico español debe tener una reforma y admitirse el pacto comisorio, pero tomando en consideración, algunos criterios que a continuación resumimos sin el afán de ser demasiado escuetos:

- Que se logre tanto una verdadera economía de costes, como de tiempo (...);
- Que se establezca el pacto comisorio en el momento de la constitución de la hipoteca o incluso después (pacto *ex intervallo*, Digesto 13.7.34), siempre que haya garantía absoluta de neutralidad en la tasación y libertad en su concesión por el deudor (...);
- Tendrá que ser en su nacimiento siempre voluntario, nunca de origen legal o judicial (...);
- Que la tasación se realice por tasador independiente y en el momento más cercano posible al de ejercicio del pacto comisorio (...);
- Que el ejercicio del pacto comisorio no tendría que implicar siempre la adquisición de la plena propiedad, sino que podría ser la nuda propiedad conservando el usufructo el deudor o deviniendo en arrendatario con opción de compra (...);
- Que únicamente las entidades de crédito que pueden actuar en el ámbito del Mercado Hipotecario, puedan satisfacer su crédito en virtud del ejercicio del pacto comisorio;

- Que pueda concertarse sólo en los supuestos de préstamos hipotecarios o de los denominados créditos abiertos, es decir, con idéntico ámbito que la subrogación hipotecaria (...);
- Que haya posibilidad de amigable purga de las cargas que pesen sobre la finca hipotecada antes de adquirir por virtud del ejercicio del pacto comisorio (...);
- Que del ejercicio del pacto comisorio ningún posible afectado por el mismo debería quedar desconocedor de su ejercicio, sea no sólo el propio deudor, sino el hipotecante no deudor, los fiadores o titulares posteriores o incluso anteriores (...). (Serrano, 2008, Párrafo 11 al 19).

Por otro lado, Bejarano & Gonzales (2011, págs. 374-376), luego de afirmar que no son partidarios de la corriente de pensamiento que defiende a capa y espada la prohibición del pacto comisorio fundamentándose en el criterio de desigualdad entre acreedor y deudor, pues tal enriquecimiento se puede dar igualmente a través de la vía judicial y con estricto apego a la legislación actual, concluyen que:

La solución en este caso estriba en desarrollar una correcta regulación del pacto comisorio que le permita al acreedor y al deudor pactar la posibilidad de una ejecución extrajudicial de la garantía, en la cual exista un proceso claro y transparente que garantice al deudor que no va a haber ningún tipo de aviso ni enriquecimiento ilícito por parte del acreedor, o que por lo menos brindará una gama más amplia de opciones para las partes

contratantes (tanto deudor como acreedor).

Así, la solución planteada por los autores antes mencionados, en materia prendaria, se ha presentado en una serie de países sudamericanos, incluido el Perú, Argentina y Chile y otros países hispanoamericanos, que han visto por conveniente el favorecimiento del pacto marciano en este tipo de garantías, pues como señalan:

(...) algunos países latino americanos, han logrado solucionar el problema antes mencionado con regulaciones claras para los mecanismos de ejecución extrajudicial, lo cual evita que se generen los abusos que tanto busca proteger la prohibición del pacto comisorio plasmada en los códigos de tradición romana como los aplicables en la legislación costarricense. Como ejemplo, se pueden citar los cambios que han realizado países, como México, España, Honduras, entre otros, con miras a regular de una manera ágil, eficiente y sobre todo en estricto apego al tan conocido principio de *pact sunt servanta*, el tema de la ejecución de garantías, criterios que fácilmente podrían ser aplicados a la hipoteca. Creemos que estas modificaciones, no han implicado un menoscabo de los derechos o intereses del deudor, al contrario, constituyen una alternativa viable, segura, económica y eficiente para ambas partes contractuales. (Bejarano & Gonzáles, 2011, pág. 375)

3.3.2. Razones Procesales

Las causas de restricción que se sustentan en la autotutela también se

encuentran superadas, porque si bien las normas procesales tienen carácter imperativo, estas pueden ser modificadas para beneficio de un mejor mecanismo de ejecución, sea vía autotutela o a través de terceros distintos al proceso tradicional ordinario (mecanismos alternativos de resolución de controversias), lo cual tiene asidero desde una perspectiva constitucional, máxime si consideramos que el estado si permite la autotutela en la garantía mobiliaria por ejemplo.

Asimismo, la justificación de la prohibición del pacto comisorio no se agota a la mera apreciación o análisis de la imposibilidad de autotutela de ejecución de garantías, por tratarse de una prerrogativa inherente al poder estatal, sino que va más allá, siguiendo a De La Fuente (2020, págs. 24-26), la garantía real tiene una doble función: i) función de aseguramiento y ii) función satisfactoria, esta última se activa con la ejecución, solamente cuando se configura el incumplimiento de la obligación, en esa línea, la profesora nos señala que el acogimiento de la prohibición del pacto comisorio considerada primero en el derecho italiano y luego acogida en el derecho español, se debe a un corte marcadamente procesalista, cuyos defensores alegan que al ser también la garantía real una figura fundamentalmente procesal, con una función casi única ejecutiva o satisfactoria, deja de percibir la existencia de una previa función de aseguramiento que no necesariamente desemboca en ésta, por lo que se trata de un efecto netamente procesal. Sin embargo, no puede desconocerse de tal manera la función principal (asegurativa) de las garantías, que se presenta en la etapa de constitución de la hipoteca, en la cual podría existir un abuso por

parte del acreedor por la situación de menesterosidad del deudor, pero superada dicha etapa u equilibrada la situación del deudor, la función satisfactoria podría ejecutarse a través de una vía alternativa como el pacto comisorio.

Si afirmamos que el pacto comisorio podría ser admisible con la imposición de reglas de ejecución adecuadas, técnicamente tiene mayor sustento, la admisión de sus modalidades *ex intervallo* y pacto marciano, más si consideramos que en el ámbito judicial, finalizando en subasta o adjudicación, la ejecución puede realizarse por un monto muy irrisorio y el acreedor mantendría su derecho de acción para reclamar el pago de la obligación restante.

3.3.3. Razones Financieras

Hemos dicho que el actual sistema judicial de ejecución de garantías genera el encarecimiento del crédito y dificulta su acceso, ya que los costos adicionales, distintos a los que se derivan de la obligación y los intereses propios de ella, como los compensatorios (contraprestación por el uso del dinero), son agregados al monto principal por el acreedor, esto debido a que el retorno de su patrimonio implicará una dificultad económica y temporal considerable, por consiguiente, en un intento de resguardar sus propios intereses, incrementa el costo del valor de la obligación y las exigencias para su acceso.

Aquello no es un aspecto desconocido por el Estado, ya que como se hace en otros países y en el nuestro, existe la intención de establecer y/o encomendar, con apoyo de instituciones y organismos especializados, una serie de medidas que coadyuven al dinamismo del mercado financiero, por ejemplo en el caso

que nos ocupa, relacionadas a la ejecución de garantías hipotecarias.

Así, una de dichas medidas fue la difusión del documento denominado “Política Nacional de Inclusión Financiera” mediante el Decreto Supremo N.º 255-2019-EF de 2019, donde se señaló que, en los últimos años, el Perú ha mantenido una estabilidad macroeconómica, en consecuencia, el sistema financiero registró un crecimiento sostenido, mostrando solvencia y buen perfil de estabilidad financiera.

Pese a dicha estabilidad, también se señaló que la inclusión financiera en el Perú es deficiente y existe la necesidad de que sea abordado por ser de interés público y finalmente es un eslabon necesario para luchar a favor de la reducción de la desigualdad y necesidad económica que se presenta en gran parte de los estratos sociales de nuestro país, ya que la inclusión financiera se encuentra aparejada a derechos fundamentales relacionados a la dignidad, reducción de inequidades y de la pobreza, cuya cautela corresponde al Estado. En ese sentido son necesarias las políticas de inclusión financiera, pues con ellas se promueve la inclusión social y desarrollo económico que además son impulsadas por organismos como el Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, la *Aliance for Financial Inclusion* (AFI), entre otros.

Entonces, la inclusión financiera sobre todo a favor del sector de mayor escasez económica en nuestro país, traducida como el acceso y uso de servicios financieros de calidad, es necesaria, ya que, siguiendo las estadísticas mostradas en el ya referido documento, en el país aún se utilizan fuentes informales de financiamiento de forma complementaria o sustituta al crédito

formal, por ejemplo, en el año 2014, más de la mitad de personas que solicitaron un crédito, lo hicieron fuera del sistema financiero. Entre las razones de optar por uno y no por el otro, son la falta de garantía para cubrir la deuda y los costos elevados para acceder al financiamiento formal, ya sea por parte de personas naturales o jurídicas, en este caso, especialmente sobre las MIPYME.

Bajo ese contexto, si tuviésemos mecanismos alternativos a la ejecución judicial de la hipoteca, debidamente establecidos, los costos del crédito disminuirían, por ende existirían menos barreras para que las personas naturales o jurídicas accedan a un financiamiento menos oneroso y perjudicial patrimonialmente, pues los riesgos a evaluar por el acreedor disminuirían, brindando un crédito con menores tasas de intereses por ejemplo y en caso de incumplimiento, la tasación del inmueble con mayor objetividad, sería proporcional al valor de la obligación, lo cual se traduciría en la protección de los intereses de ambas partes, evitando el abuso que la situación de superioridad otorga a una de ellas. A su vez, dicha mejora en el sistema financiero, propiciaría un mayor desarrollo económico, por ende, con implicancias sobre la reducción de la pobreza.

Esta perspectiva se repite en distintos países latinoamericanos, ya que un reporte del Banco Interamericano de Desarrollo Económico analizado por Bejarano & Gonzales (2011, pág. 341), determinó que los derechos de los acreedores se menoscaban en países cuyos ordenamientos jurídicos se basan en el derecho napoleónico en comparación con países que se basan en el *common law*, lo cual, combinado con instituciones débiles para la creación,

implementación y ejecución de garantías, puede generar gran riesgo para la parte activa de la relación crediticia.

En síntesis, la falta de mecanismos ágiles, rápidos y prácticos para la ejecución de garantías, constituye una restricción para un mejor desarrollo económico, pues como se ha venido diciendo, **a mayor dificultad para la recuperación del crédito, mayor el costo para su acceso**, donde se consideran intereses más altos, mayores requisitos y controles y menos disponibilidad de dinero, sin contar los costos y gastos procedimentales propios de la ejecución judicial.

3.4. Admisibilidad del pacto comisorio en el derecho comparado

3.4.1. Derecho Comunitario (Unión Europea)

El 28 de febrero de 2014, el Diario Oficial de la Unión Europea, publicó la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo del Consejo de fecha 4 de febrero de 2014 (sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) N° 1093/2010), en adelante la Directiva.

La Directiva fue consecuencia de una serie de estudios llevados a cabo desde el 2003, a cargo de comisiones o grupos de trabajo creados por la Unión Europea, con la finalidad de estudiar el mercado crediticio que había sido azotado por la crisis económica a inicios de éste siglo y que estaba relacionado con el otorgamiento de garantías sobre bienes inmuebles de uso residencial, ya que los consumidores de ese entorno de la Unión Europea mantenían deudas importantes.

En ese sentido, era necesario que el marco normativo de la comunidad europea, sea sólido y coherente con los principios internacionales, brindando una serie de instrumentos que permitan disminuir los riesgos que importan las relaciones crediticias y prevenir el sobreendeudamiento de los consumidores en sus hogares.

Así, la Directiva propone como finalidad, desarrollar un mercado:

(...) transparente, eficiente y competitivo mediante contratos de crédito coherente, flexibles y equitativos en materia de bienes inmuebles, promoviendo a la vez la sostenibilidad de la concesión y la contratación de préstamos, así como la inclusión financiera, y proporcionando, por tanto, un nivel elevado de protección a los consumidores. (Directiva 2014/17/UE de 2014, pag. 35)

Cabe precisar que, si bien la Directiva hace referencia exclusiva o predominante a los contratos de crédito relacionados con bienes inmuebles de uso residencial, en la exposición de motivos, se agrega en el considerando 13) que no existe impedimento para que "(...) los Estados miembros hagan extensivas a otros bienes inmuebles las medidas adoptadas de conformidad con la presente Directiva para proteger a los consumidores en relación con los contratos de crédito, ni que regulen de otro modo dichos contratos" (Directiva 2014/17/UE de 2014, pag. 36), pero si limita la obligación de los estados, de transponer sus disposiciones a los contratos crediticios celebrados con consumidores, esto es, excluyendo las relaciones comerciales, empresariales o profesionales.

Los descrito anteriormente, puede resultar un resumen demasiado escueto y

poco profundo en relación a lo analizado en la exposición de motivos que sustentó la emisión de la Directiva, pero lo cierto es que la Unión Europea, tuvo por finalidad, la promoción de un mercado crediticio sólido y razonable, que permita equiparar de cierto modo, la posición del sector financiero (acreedores) y los consumidores (deudores), ya que las practicas normalmente utilizadas en el desarrollo de dichas actividades, incrementan el encarecimiento del crédito y la irresponsabilidad de cumplimiento respectivamente; para ello se establecieron parámetros generalizados que deben ser aplicados por cada estado miembro en su legislación interna, obligatoriamente, conforme lo señala el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE).

De esta manera, entre los parámetros que deben ser transpuestos por los estados miembros, la Directiva 2014/17/UE de 2014, en su artículo 28° inciso 4), señala: “Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito”.

De dicha disposición, la Directiva sutilmente y entendiendo que en la mayoría de sus estados miembros tiene prohibida la utilización del pacto comisorio, pretendería que se deben tomar medidas para su admisibilidad en la modalidad del pacto marciano, al respecto nos apoyaremos en el análisis que realiza Díaz (2019); el autor español señala que la introducción de una disposición de ese tipo no habría sido necesaria, si no fuera porque el acto traslativo es una facultad reservada para el juez, como sucede en la adjudicación dentro del proceso único

de ejecución en el caso peruano (con las excepciones de la ejecución extrajudicial de la hipoteca, analizadas en el primer capítulo), por razones que dieron lugar a la prohibición del pacto comisorio por ejemplo en la legislación española y otras. Sin embargo, mediante la Directiva, **la Unión Europea dota de validez aquel pacto originario de carácter dispositivo que permite la ejecución privada, por ende, extrajudicial (adjudicación directa o venta), de las garantías inmobiliarias**, lo cual constituye una obligación de los estados miembros por la vinculatoriedad de las directivas en general, no impedir proceder de esta forma.

Asimismo, señala que **la Directiva en realidad, permite la aplicación del pacto marciano**. De igual forma, hace una valoración del ordenamiento jurídico italiano, donde a pesar de encontrarse prohibido el pacto comisorio, señala que existen leyes especiales que regulan y permiten la aplicación del mencionado pacto.

D. Lgs. de 21 de abril de 2016, n. 72, el cual ha introducido en el *Testo Único Bancario* (TUB) la posibilidad de que el consumidor y entidad bancaria puedan pactar expresamente una cláusula por la que en caso de incumplimiento del primero, se produzca la extinción total de la deuda mediante la adquisición por la segunda, del inmueble gravado con garantía (o en su caso el dinero obtenido con su venta); teniendo derecho el consumidor a recibir lo que exceda de la deuda pendiente en el caso de que el valor del bien trasferido fuera superior.

(...)

Así, también la Ley de 2 de abril de 2015, n. 44, en materia de préstamo vitalicio hipotecario, concede a la entidad financiera la posibilidad de vender el inmueble dado en garantía para cobrar la deuda pendiente. (Díaz, 2019, pág. 813 y 814)

Esta última ley es un símil a la hipoteca inversa regulada en nuestro país; pero lo resaltante de lo explicado en éste acápite, es que el dinamismo económico y la evolución del mercado financiero, en el caso de relaciones crediticias garantizadas, viene ocasionado la necesidad de actualizar los regímenes normativos, porque la concepción tradicional de la prohibición del pacto comisorio viene siendo superada, por ende, es menester utilizar mecanismos idóneos para beneficio de las partes involucradas, por eso en la actualidad, la prohibición del pacto comisorio, como señala Díaz (2019, pág. 818) **“habrá que entenderse operativa solo en la medida en que los particulares no lleven a cabo las actuaciones necesarias que excluyan objetivamente un hipotético aprovechamiento económico del acreedor al apropiarse o disponer de los bienes del deudor”**.

3.4.2. Derecho Francés

El *Code* establecía que el acto de disposición o adjudicación del bien prendado o hipotecado, no puede realizarse, sino mediante acción judicial y autorizada por el órgano jurisdiccional, consecuentemente cualquier disposición contractual por la que se intente omitir éste procedimiento, sería nula.

No obstante, Wegman (2009, pág. 102) explica que, a través de la Ordenanza N.º 2006-346 del 23 de marzo de 2006, se modificó la regulación respecto a la

prohibición del pacto comisorio, dando paso a su permisividad, tanto en la hipoteca, cuanto en la prenda, en tal sentido las partes al inicio de la constitución de la garantía o incluso luego de ella, pueden agregar una cláusula de adjudicación del bien que garantiza la obligación, a favor del acreedor, cuando medie el incumplimiento de la obligación. Para ello, por acuerdo de las partes o vía judicial, se nombran peritos para que puedan tasar el bien y en caso el valor del bien supere al valor de la obligación, el saldo se entrega a favor del deudor. Esta regulación, nos dice el mismo autor, que en realidad se trata de una modalidad del pacto comisorio, el pacto marciano.

La modificación en mención, nos hace inferir que la adjudicación del inmueble a favor del acreedor no resulta lesiva a los intereses y derechos del deudor, ya que la tasación realizada por terceros ajenos a la relación contractual, será objetiva y la entrega del saldo al deudor no es un detalle menor.

Aunado a ello, Ríos (2006) nos dice que por tal modificatoria se acepta el pacto comisorio y la adjudicación directa inmediata dado en garantía prendaria sobre bienes corporales y sobre créditos, pero también en la hipoteca, existiendo una limitación para ésta: “la adjudicación no procede y el pacto comisorio no tiene efecto en la hipoteca que recae sobre el inmueble que constituye la residencia principal del deudor” (pág. 96), ésta limitación encuentra justificación en el principio de no enriquecimiento del acreedor, ya que la garantía no puede significar una ganancia para el acreedor y proporcionalidad, por el cual existe un deber de moderación para evitar el abuso normalmente del acreedor.

A la vez, coincidimos con los mencionados autores al decir que la solución

propuesta en el derecho francés al incluir el pacto comisorio, constituye grandes ventajas, porque agiliza la ejecución de las garantías y aminora sus costos, debido a que se exime al interesado, de la obligación de recurrir al procedimiento tradicional judicial de ejecución de garantías, estableciendo limitantes, como la **no adjudicación del inmueble cuando la hipoteca recae sobre el inmueble que constituye la residencia principal del deudor, salvo en los casos de la hipoteca invertida**, que a la par, evita el enriquecimiento injusto del acreedor y vela por los intereses del deudor, maximizando la utilidad de la hipoteca mediante la negación de devaluación excesiva del inmueble y disminuyendo los efectos perniciosos de la misma.

3.4.3. Derecho Colombiano

En principio, el actual Código Civil Colombiano de 1887, desde el artículo 1935° al 1938° hace referencia al pacto comisorio, pero no es la misma institución de la que aquí tratamos, sino de un remedio resolutorio que faculta al acreedor a resolver el contrato de compraventa, al no pagarse el precio al tiempo convenido.

No obstante, en cuanto a lo que nos concierne, sobre el pacto comisorio como supuesto de adjudicación del bien que garantiza la obligación, se encontraba prohibido tanto para la prenda como para la hipoteca hasta la promulgación de la Ley 1676 de 2013, por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias, en el artículo 91°, se admite la utilización del pacto comisorio en el sistema prendario (León, 2016, pág. 21).

A pesar de la modificación explícita en el ámbito de la prenda, llama la atención

que el artículo 1448° del Código Civil Colombiano, establezca: “El acreedor hipotecario tiene, para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas, los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda”, similar a la formula Chilena utilizada para la proscripción, por ello, de una interpretación sistemática, podríamos inferir que **la admisión del pacto comisorio, no solamente se da para el caso de la prenda, sino también se elimina la proscripción en la hipoteca**, es decir que, “dicha veda debe entenderse tácitamente derogada también para este último gravamen, a pesar de que la citada Ley 1676 de 2013 tuvo como propósito exclusivo regular garantías constituidas sobre muebles” (León, 2016, pág. 21)

3.4.4. Derecho Argentino

Siguiendo otra vez a León (2016, pág. 18), aunque en el artículo 1203° del Código Civil de 1869 se regulaba la prohibición expresa en materia prendaria, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de 2015, en relación a la hipoteca no regula tal prohibición taxativamente y respecto a la prenda (artículo 2229°) prescribe lo siguiente:

Pueden convenir simultáneamente con la constitución que:

- a) el acreedor se puede adjudicar la cosa por la estimación del valor que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda, según lo establezca el experto que las partes designen o bien por el que resulte del procedimiento de elección establecido; en su defecto, el experto debe ser designado por el juez a simple petición del acreedor;
- b) la venta se puede realizar por un procedimiento especial que ellas

determinen, el que puede consistir en la designación de una persona para efectuarla o la venta por el acreedor o por un tercero a precios que surgen de un determinado ámbito de negociación o según informes de los valores corrientes de mercados al tiempo de la enajenación que indican una o más cámaras empresariales especializadas o publicaciones designadas en el contrato.

El primer párrafo de la citada regulación, evidencia la admisibilidad del pacto comisorio, en la modalidad de pacto marciano, ya que se delega la facultad tasadora a un especialista en la materia (perito), reservando tal facultad de forma residual a las partes y en su defecto al juez, previa petición únicamente del acreedor. El segundo párrafo, deja abierta la posibilidad de venta extrajudicial a cargo de un tercero o del propio acreedor, pero siempre promoviendo la negociación y valorización de acuerdo al mercado.

Entonces, Argentina tiene una regulación más liberal, en comparación con Perú, ya que admite tanto el pacto comisorio, como la ejecución extrajudicial del bien garante, tratando de evitar la desprotección del deudor, a través de la exigencia de determinación de un precio justo o valoración justa del bien.

3.5. Postura del Investigador

3.5.1. Sobre el carácter moral y social de la prohibición

Tal como se explicó, el fundamento central, para prohibir el pacto comisorio, se sustentó en aspecto morales y sociales, partiendo de la falta de paridad entre las partes de la relación crediticia, que implícitamente generaba como consecuencia inmediata, el abuso del acreedor por el simple hecho de su

posición dominante, imponiendo cláusulas abusivas y usurarias en perjuicio del deudor, lo cual tiene arraigo hasta la actualidad y consideramos válido en su momento (época romana), sin embargo, primero deberíamos preguntarnos ¿realmente existe una parte débil?, a nuestro parecer sí, pero ésta afirmación nos lleva a la siguiente pregunta ¿dicha desproporción entre las partes, hace necesaria una sobreprotección legislativa, a tal punto de negar rotundamente la utilización del pacto comisorio?, creemos que no.

La autonomía privada, traducida como libertad contractual, constitucionalmente implica la posibilidad de elegir con quién y bajo qué términos obligarse en una relación, en este caso crediticia, es decir que, en ejercicio del libre albedrío, puedan decidir válidamente, sujetarse a un mecanismo extrajudicial o judicial de garantías hipotecarias.

Sabemos que la autonomía privada, *per se*, no genera una relación crediticia ideal, donde prime el respeto pleno entre las partes, porque muchas veces es necesaria la intervención estatal, a través de la proscripción de figuras que puedan facilitar ello, pero la solución no puede partir de extirpar del ordenamiento mecanismos como el pacto comisorio, que podrían resultar más beneficiosos que perjudiciales por razones valoradas en la época antigua, sino que debería ser regulada de forma adecuada, para evitar tales excesos.

Así, las dificultades y costos, ya explicados anteriormente, que implican tramitar un proceso judicial de ejecución hipotecaria han ocasionado que la “parte débil” (deudor), utilice una serie de artimañas para evadir la ejecución de la hipoteca a favor del acreedor, quien podría ver su crédito impago, pero ante la falta de

mecanismos alternativos, **el estado estaría legitimando prácticas desleales de corte moral en perjuicio del acreedor vulnerando principios como la justicia y equidad, lo cual reiteramos, es más dañino que regular adecuadamente positivamente el pacto comisorio.**

Pero además, también se ha visto que estas prácticas evasivas de pago regularmente utilizadas, implican el sobre costo del otorgamiento del crédito, lo cual afecta al deudor, pues el pago de la acreencia será más complicada y la hipoteca tendrá como finalidad, asegurar una deuda mucho más alta, en comparación con la deuda originaria, cuya consecuencia será tener una mayor probabilidad de que el deudor caiga en la insolvencia, fundamento moral que la prohibición pretende impedir, pero que como vemos, no tiene algún efecto favorable.

De la mano de estudios de especialistas en la materia y la práctica, hemos también visto que, nuestro proceso judicial de ejecución de garantías es lento y costoso, debido a que los potenciales acreedores, como entidades financieras e incluso personas naturales, antes de emitir un crédito evalúan el historial crediticio del deudor, su capacidad y voluntad de pago en relación a ella, así como la dilación del tiempo para la ejecución judicial y los costos que los mecanismos de cobro acarrearán, de tal manera, tendrán como resultado, por un lado el incremento de los intereses y por otro, la exigencia de una garantía hipotecaria de valor muy superior al de la acreencia primigenia, que pueda cubrir los intereses y demás costos analizados previamente.

Lo dicho, a la larga trae dificultades sobre el acceso al crédito, su onerosidad y

por ende mayor perjuicio contra el deudor, porque la deuda finalmente le será más costosa, tal como se demostró en su momento en los estudios realizados por el Ministerio de Economía y Finanzas y la Unión Europea, cuyos criterios son aplicables a los supuestos de la hipoteca.

Asimismo, el deudor, optará por utilizar mecanismos cuestionables pretendiendo impedir la ejecución, lo cual resulta costoso y finalmente la depreciación del valor real del inmueble en el remate generará un empobrecimiento desmedido y no previsto, desvirtuando el proteccionismo que el estado pretende brindar a través de la prohibición del pacto comisorio y la reserva de ejecución hipotecaria solo al sistema judicial.

En suma, podemos afirmar que los fundamentos sustantivos de la prohibición del pacto comisorio, se encuentran superados, porque:

- i. No se encuentra aparejada con el concepto del principio de la autonomía privada que en la actualidad nuestra constitución protege.
- ii. No garantiza la plena igualdad, ni genera proporcionalidad entre las partes, porque se inclina la balanza excesivamente a favor del deudor, quien utiliza otros medios cuestionables para evadir el pago y a la vez se perjudica por el sobre costo del crédito y monto de la ejecución de la hipoteca, pudiendo ocasionar su insolvencia.
- iii. No restringe la usura, ni el abuso por parte del acreedor, puesto que ante las dificultades de cobro que se dan en la realidad, el acreedor opta por incrementar excesivamente el costo del crédito, a través de intereses y otros cargos, propiciándose ganancias excesivas y desproporcionales en

desmedro del patrimonio del deudor.

3.5.2. Sobre el carácter procesal de la prohibición

Autores que defienden la prohibición del pacto comisorio por cuestiones procesales, nos dicen que no se podría admitir ésta institución jurídica, debido a que implicaría una especie de autotutela procesal, potestad que está limitada a favor del poder estatal (facultad coercitiva) y los riesgos de autorregulación que implicaría la posibilidad de que las partes establezcan el procedimiento específico de ejecución extrajudicial, facilitarían la apropiación del inmueble, muchas veces injustificada, a favor del acreedor, pues el desequilibrio en la relación crediticia, permitiría una regulación más favorable para éste.

Al respecto, primero debemos señalar que aun cuando la facultad coercitiva está restringida para el poder estatal (Poder Judicial), en nuestro ordenamiento jurídico si existe la posibilidad de autotutela, a través de los llamados mecanismos alternativos de resolución de controversias, como el arbitraje, donde pese a que el tribunal arbitral no cuenta potestad coercitiva, no es impedimento para que se le delega la facultad de resolver determinadas controversias patrimoniales y que estas sean ejecutables. Incluso, justificar la prohibición del pacto comisorio, en la imposibilidad de autotutela, es un argumento desfasado, ya que conforme se detallará más adelante, es sabido que el pacto comisorio si está permitido en el caso de garantías mobiliarias y además, esta figura también es permitida de forma parcial en nuestro ordenamiento, para el caso de hipotecas con regulación específica, por lo tanto, el argumento analizado, no es más que un aspecto formal que en la actualidad

no tiene sustento claro y suficiente.

Segundo, el riesgo de que la autorregulación del procedimiento de ejecución extrajudicial (pacto comisorio) permita la apropiación indiscriminada del inmueble, podría advertirse si se dejase total libertad a las partes para autorregular las condiciones del mismo, no obstante, tal como se plantea en la presente tesis, la admisión del pacto comisorio, debe estar aparejada al establecimiento de un procedimiento legal estándar que privilegie la protección del deudor y evite abusos desmedidos por parte del acreedor, con lo que se limitaría la discrecionalidad desproporcional por parte de éste último.

Además, el procedimiento legal estándar, tendría mayor solidez, si tomamos en cuenta que existen remedios que permitirían cuestionar la validez y/o eficacia del pacto comisorio en caso existan indicios de irregularidad, tales como la nulidad o anulabilidad, ya sea por existir el abuso del derecho frente al estado de necesidad del deudor, como en el caso de la lesión contractual, sea por defectos procedimentales o ilicitud del convenio.

Por otro lado, las dificultades que nuestra ejecución judicial implica, no cumple con facilitar la satisfacción del acreedor “por más simple que sea el proceso siempre habrá costos mayores, demoras, dilaciones y articulaciones procesales que perjudican el cobro del crédito” (Mejorada, 2008), con ello, la llegada de la etapa del remate trae algunos cuestionamientos:

- a) De acuerdo al artículo 736° inciso 1) del Código Procesal Civil de 1993, en la primera convocatoria, la postura base del remate será como mínimo las dos terceras partes del valor del inmueble, es decir una cifra

considerablemente menor al valor real, ascendente a poco más del 66% de éste.

- b) Conforme al artículo 742°, si la primera convocatoria se frustra, en la segunda convocatoria, la base de la postura mínima se reduce en un 15%, es decir adicional a la disminución regulada en el artículo 736° inciso 1) (poco más del 33%), es decir aproximadamente en un 48%; pero además si la segunda convocatoria se vuelve a frustrar, se convoca a una tercera, reduciendo un 15% adicional; entonces todas estas reducciones harían una disminución aproximada a un poco más del 63%, en otras palabras, la base de la postura para éste remate sería menos de la mitad del valor tasado del bien; en números, si un inmueble vale \$ 100,000.00, el remate en tercera convocatoria, se iniciará por el precio de \$ 37,000.00 prácticamente y nada acredita que el precio final del remate, se acerque siquiera al valor real del inmueble, teniendo en cuenta además las mafias que se dedican al “negocio del remate”.
- c) Siguiendo lo prescrito por el mismo artículo, si la tercera convocatoria se vuelve a frustrar, “ (...) **a solicitud del ejecutante podrá adjudicársele directamente el bien, por el precio base de la postura que sirvió para la última convocatoria**” (Código Civil de 1984, artículo 742, tercer párrafo), **es decir que el acreedor podría adjudicarse la propiedad de un inmueble por un precio menor a la mitad de lo que realmente vale**, prescripción bastante tentativa.

Entonces, si los costos externos para el otorgamiento del crédito, hacen

que el mismo encarezca y dilate, aunado al procedimiento específico de ejecución del bien, hasta el remate, evidentemente no son la solución más adecuada para el deudor, quien en todo momento verá una afectación a su patrimonio que generará su empobrecimiento desmedido y claro, de otro lado, está el riesgo del acreedor de no lograr cobrar satisfactoriamente la obligación, en suma, el sistema de ejecución judicial no resulta el más óptimo.

Vamos más allá, el artículo 742° de nuestro Código Civil ya comentado, permite una suerte de “pacto comisorio judicial”, prescripción similar a la prevista en el Código Civil español, respecto del cual se afirma que, “en la actualidad nada impide que el acreedor pueda adquirir los bienes ejecutados en garantía de su crédito, sujeto siempre a las reglas establecidas para ello” (Galindo, 2014, pág. 5).

Esto nos lleva nuevamente a la misma conclusión: **en la práctica, el procedimiento existente para la ejecución de la hipoteca, no es económicamente satisfactorio para el deudor, desvirtuando la finalidad de la prohibición del pacto comisorio**, incluso luego de una serie de circunstancias, se permite la adjudicación directa, por ende, los fundamentos procesales también se encuentran superados, por lo siguiente:

- i. La imposibilidad de autotutela, porque el poder coercitivo está reservado al Poder Judicial, en la actualidad carece de asidero, por cuanto existen mecanismos alternativos de resolución de conflictos que permiten a los interesados optar por la autotutela de sus intereses, tales como el arbitraje,

la ejecución de garantías mobiliarias e hipotecas especiales, donde está permitido el pacto comisorio y la venta extrajudicial.

- ii. El riesgo de la autorregulación, puede superarse previendo un procedimiento legal estándar que promueva la igualdad entre las partes o en todo caso proteja al deudor frente a la posibilidad de abuso del acreedor; además de existir remedios procesales en nuestro ordenamiento jurídico, que permitirían cuestionar cualquier irregularidad o ilicitud en la celebración del pacto comisorio.
- iii. Procesalmente, la ejecución de garantías hipotecarias ocasiona una serie de sobrecostos que tienen implicancias sobre los intereses económicos del deudor, lo cual faculta la posibilidad de regular un nuevo mecanismo de ejecución extrajudicial, a través del pacto comisorio.

3.6. La regulación del Pacto Comisorio en el Perú

Siguiendo los criterios del derecho clásico, en el Código Civil Peruano de 1984 se optó por restringir el pacto comisorio, al regularse de forma tajante en el artículo 1111°: “Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario”. Esta práctica legislativa, con salvedades en materias específicas, no es novedosa en el actual código, ya que la prohibición se mantiene desde los artículos 2077° y 1024 del Código Civil de 1852 y 1936, respectivamente.

La justificación lógicamente es la misma, incluso, se habla de la salvaguarda de un interés de orden público que mantiene la línea de todas las legislaciones que derivan del Derecho Romano Germano Canónico, para prevenir el abuso del

acreedor frente al estado de necesidad del deudor que requiere del crédito.

Así, García (2006, págs. 987-988) señala que la línea del artículo en comentario es evitar el detrimento que pueda sufrir el deudor en caso el acreedor se apropie del bien hipotecado, por el monto de una obligación menor al valor del inmueble, por ello señala que la norma establecería una presunción de desventaja *per se* del deudor. Agrega además que más allá de la protección que se pretende realizar con la prohibición del pacto comisorio y limitando la ejecución de hipoteca solamente al fuero judicial, esto no asegura la prevención de riesgos para ambas partes, por cuanto en la práctica, es constante que los postores no se presenten a la subasta, lo cual permite que el valor base de la misma, se reduzca en cada convocatoria un quince por ciento y esto **no se debe a una “mala suerte” del sistema, sino que detrás existen acuerdos preconcertados informalmente entre los postores**, con lo que evidentemente el remate concluye con la venta del predio a un precio muy distante del valor real, de tal manera el sistema normativo vigente tampoco es muy razonable, por lo que la admisión del pacto comisorio debería ser evaluada.

Ahora, coincidimos con el autor, al señalar que **si bien la norma prohíbe la adjudicación vía apropiación del bien hipotecado por pacto previamente consentido, esto no quiere decir que dicha adjudicación no sea posible a través de otros mecanismos o remedios que la norma si permite, tales como la compraventa con representación; la dación en pago y la adjudicación a través de la subasta luego de la tercera convocatoria**, los cuales no necesariamente son más beneficiosos, incluso podrían ser más

perjudiciales para las partes.

En esa línea, lo que debe buscarse es un sistema de garantías eficiente, donde se promueva y permita la satisfacción del crédito de forma oportuna, evitando el incremento de la deuda y que el precio del inmueble hipotecado se torne irrisorio, por el contrario, debe ser proporcional a su valor real; por ello, el mismo García (2015) realiza la siguiente crítica en base a datos estadísticos expuesto por entidades como la Superintendencia de Banca y Seguros y el Banco Central de Reserva del Perú:

El sustento de la crítica que se formula a esta norma radica (i) en que la misma limita las posibilidades de satisfacer una obligación que no ha sido pagada en el tiempo y formas previstas, y (ii) en el encarecimiento del crédito derivado de la excesiva dilación en la venta judicial de la garantía y las deficiencias propias del sistema.

(...)

La tasa de intereses se incrementa en medio punto porcentual adicional por cada seis meses que dure el proceso de ejecución de la garantía y que este suele tomar, en promedio dos años, lo que supone dos puntos porcentuales de mayor tasa de interés.

(...)

Si bien una de las opciones consiste en revisar y, eventualmente, reformular los mecanismos procesales y el funcionamiento del sistema de administración de justicia, la opción alterna consiste en **institucionalizar soluciones extrajudiciales que permitan ejecutar**

las garantías, de manera expeditiva, facilitando el pago de las obligaciones garantizadas.

En paralelo y a efectos de buscar un tratamiento integral al tema de las garantías, no debería pasarse por alto el diseño de mecanismos que permitan proteger adecuadamente las garantías durante el lapso de cobertura a fin de asegurar que estas mantengan su valor (con el consiguiente beneficio, tanto para el acreedor como para el deudor), lo cual podría llevar, en ciertos casos, a su venta anticipada. En ese supuesto, la garantía sería sustituida por una suma en valor real. (págs. 991-992)

Nosotros creemos que justamente una de las instituciones jurídicas que se deberían institucionalizar y que permitirían un sistema de garantías más dinámico, es la admisibilidad del pacto comisorio como un mecanismo de ejecución extrajudicial hipotecario, lógicamente estableciendo medidas adecuadas que impidan el desequilibrio excesivo entre acreedor y deudor.

3.6.1. El pacto comisorio como forma de ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias

Hasta aquí, hemos podido ver por una parte, que la ejecución extrajudicial de las hipotecas, no siempre ha estado proscrita por nuestro ordenamiento jurídico, pero además de haberse dotada de juricidad en alguna etapa de nuestra regulación normativa, a la fecha existen materias donde su regulación está habilitada, como la Ley N.º 28698 de 2006 – Ley que facilita la Constitución y Ejecución Extrajudicial de Garantías Hipotecarias para Programas de Viviendas

y la Ley N.º 30741 de 2018 – Ley que regula la Hipoteca Inversa , entre otras; y por otra parte, existe una postura marcada a nivel nacional e internacional, por la cual se promueve la admisión del pacto comisorio como un mecanismo de ejecución extrajudicial alternativo que signifique una mejora en el sistema de ejecución de garantías hipotecarias.

Ahora, hemos dicho que la garantía tiene dos funciones, asegurativa y satisfactiva, ésta es posterior a la primera y se presenta solo cuando se configura el incumplimiento de la obligación, para un sector de la doctrina, funge como una especie de prestación accesoria a la principal, donde el pago de la deuda principal contraída, es la obligación principal. En otras palabras, cuando el deudor no cumple con el pago de la acreencia recibida, incumple la “prestación principal” y es ahí donde se habilita la posibilidad de cumplimiento a través de la “prestación accesoria”, es decir la ejecución de la hipoteca.

En ese orden, debe resaltarse que el cumplimiento de la obligación, sea a través de la prestación principal, sea a través de la prestación accesoria, el pago debe realizarse de forma oportuna, considerando los tiempos pactados, exigibilidad con el cual, la ejecución judicial no cumple, conforme ya se explicó anteriormente.

Es así que, descartando que la ejecución judicial sea medio de cumplimiento oportuno, Mejorada (2004, pág. 109) señala que la ejecución solo será necesaria cuando exista renuencia (entiéndase del deudor) y se haga necesaria la intervención judicial, de lo contrario debe primar el consenso de las partes en invocación de la libertad contractual, lo cual permitiría la ejecución extrajudicial

de la hipoteca, pero no se puede tergiversar tal postura, pretendiendo hacer ver que el pacto de ejecución extrajudicial sea una sustracción de la jurisdicción ordinaria, sino **una forma de pago diferente a la ordinaria** y aquí, nuevamente vemos que un jurista señala que la ejecución extrajudicial, tendría la misma naturaleza o efectos si se quiere, de la compensación, la dación en pago o la prestación accesoria en las obligaciones facultativas.

Sin embargo, la ejecución extrajudicial, no implicaría un convenio exclusivo y absoluto, ya que lógicamente, siempre se encontraría habilitada la vía judicial y por qué no arbitral, para cuestionar alguna contravención de lo pactado, de las leyes o la constitución, pero si sería una vía residual, luego de haberse cumplido el convenio de ejecución extrajudicial expeditiva realmente y por ende haberse cumplido con la prestación, por la venta o adjudicación directa, por ejemplo.

Por otro lado, justificar la imposibilidad de la ejecución extrajudicial de la hipoteca, con el argumento de una posible afectación al derecho fundamental de la propiedad, Mejorada (2004, pág. 110) con gran claridad ha señalado:

Se tiene la creencia de que el dominio sobre los bienes es más importante que la titularidad crediticia. Es decir, ¿es más importante proteger un predio que vale S/. 100 a proteger un crédito por importe de S/. 100?. La respuesta es negativa, no solo porque económicamente se trata de valores iguales, sino porque los derechos involucrados tienen exactamente la misma relevancia jurídica. Como adelantamos antes, tanto la propiedad como el crédito (que no es otra cosa que la propiedad en movimiento), son derechos fundamentales en el marco de un régimen

económico de libre mercado.

(...)

Es más, el crédito y la propiedad son lo mismo desde el punto de vista constitucional, y precisamente es la Constitución el escenario de lo sustancial e indiscutible en materia económica. (...). En la causa 008-2003-AI/TC (sentencia publicada en el Peruano el 14 de noviembre de 2003), por primera vez el Tribunal se ocupa del régimen económico de la Constitución y señala: “... *el concepto constitucional de la propiedad difiere y, más aun, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil. Así mientras en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda enclaustrada en el marco del dominio y de los derechos reales sino que abarca y se extiende a la pluralidad in totum de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica*”. La claridad de estas líneas nos liberan de mayor comentario sobre el particular: los créditos son expresiones del derecho de propiedad.

(...) Así como en la compraventa no se puede decir que el vendedor es privado de la propiedad por el comprador, en la hipoteca tampoco es válido afirmar que el dueño es despojado por el acreedor prendario que ejecuta la garantía.

De esta manera, como han señalado autoridades competentes de la Unión

Europea, México, Perú como el Ministerio de Economía y Finanzas, con mayor énfasis se viene sugiriendo optar por la ejecución extrajudicial, una forma interesante creemos, como el pacto comisorio, ya que esto permitirá promover un mayor dinamismo económico, privilegiando además métodos ágiles y seguros, tanto de otorgamiento o acceso para el deudor, cuanto de recuperación para el acreedor, de la obligación contraída.

Además, desde una perspectiva de la teoría económica del derecho, permitirá la disminución de costos externos, como la reducción en las tasas de intereses, mayor facilidad de acceso al crédito (a mayor dificultad de recuperación del crédito, mayores los costos de acceso), pago de tasas y aranceles judiciales, y menor detrimento de valor inmobiliario, entre otros, siempre en comparación con la ejecución judicial.

Mejorada (2008), en un estudio anterior, considera que la ejecución judicial, no cumple con su propósito principal, esto es facilitar la satisfacción del acreedor, puesto que “por más simple que sea el proceso siempre habrán costos mayores, demoras, dilaciones y articulaciones procesales que perjudican el cobro del crédito”, ello porque es lógico que el deudor y propietario del inmueble, harán lo imposible por contradecir y postergar la ejecución de la garantía, agrega además que, “esta actitud de los ejecutados es difícil de combatir y da lugar a una serie de incidentes procesales dilatorios que entorpecen el funcionamiento del sistema”.

Por ejemplo, Bejarano & Rodríguez (2011) destacan que la reforma en el derecho mexicano, como se mencionó en un párrafo anterior, luego de un

análisis similar al realizado en el Perú para el caso de las garantías mobiliarias, admite la inclusión del pacto comisorio en las garantías prendarias y para la reforma de este tipo de procedimientos, previamente se reconoció la necesidad de adoptar medidas que permitieran facilitar el acceso al crédito y abaratar los costos de tiempo y los invertidos en los procedimientos de ejecución de las garantías, señalan además que:

De una manera clara, lógica y abierta, los legisladores mexicanos reconocieron mediante un análisis de teoría económica del derecho, la importancia de permitir la ejecución extrajudicial de las garantías siempre y cuando haya un procedimiento claro y objetivo, como por ejemplo, el procedimiento para establecer el valor de los bienes garantizados. Los legisladores mexicanos analizaron los problemas que se presentaban por la dificultad en la ejecución de las garantías ante un caso de incumplimiento. Algunos de estos problemas son la falta de atracción de capital e inversión extranjero (¿quién va a querer invertir o realizar transacciones comerciales en un país donde ejecutar una garantía es un proceso costoso, lento y poco flexible?) y la disminución de la oferta crediticia que afecta especialmente a los sectores pobres de la sociedad y a las pequeñas y medianas empresas. La dificultad en la ejecución de las garantías genera un incremento en el riesgo para el acreedor, agregando un factor muy costoso al precio del crédito y por consiguiente reduciendo la oferta, que al final del día termina perjudicando a los deudores que requieren del crédito. (págs. 275-276)

Asimismo, doctrina como la española, en relación a su sistema de ejecución judicial, considera que ésta presenta desventaja en relación a la ejecución extrajudicial, por cuestiones de agilidad temporal, pero además porque en la segunda prevalecería la autonomía privada, quedando al libre albedrío de las partes optar por ella, resultando aún más beneficioso para ambas, si es que el valor de enajenación o adjudicación se acerca más al valor real del mercado.

Por ello, autores como Serrano (2012, págs. 354-355), apuntan a señalar que es totalmente factible la admisión de la ejecución extrajudicial (notarial), de la hipoteca como medio de cumplimiento de la obligación impaga, ya que desfasada la judicial, que ocasiona una mayor dilación en la satisfacción del crédito y el incremento de intereses por la inseguridad en la ejecución judicial, es necesario aceptar propuestas como la inclusión del pacto marciano, que recordemos, es una forma del pacto comisorio. De tal manera, negar la validez de este tipo de pactos, va contra la autonomía de las partes, pero no se debe dejar de lado la promoción del equilibrio contractual jurídico y económico, idea que se apareja con los nuevos proyectos contractuales europeos y de desjudicialización, lográndose a través del pacto marciano, ya que el valor de la enajenación se acerca al precio de mercado. Esto no quiere decir que existirá predominancia absoluta del ejercicio de la autonomía privada, pues a fin de contrarrestar cualquier afectación del objetivo buscado o exista fraude a la ley, debe quedar abierta la posibilidad de accionar solicitando la nulidad, parcial del pacto marciano o del acto jurídico íntegro, según corresponda.

Igualmente, ya hemos visto que la ejecución extrajudicial no está del todo

impedida en nuestro sistema legal, verbigracia, la hipoteca inversa conlleva una serie de opciones para las partes celebrantes, pudiéndose dar paso al pacto comisorio *ex intervallo* con características del pacto marciano, por mediar una valoración justa del inmueble; en su defecto la posibilidad de ejecutar judicial o extrajudicialmente la garantía, como una especie del antes *ius vendendi* con entrega del sobrante denominado *superfluum o hyperocha* (De la Fuente, 2020, págs.. 43-45).

3.6.2. La dación en pago como encubrimiento mecanismo alternativo al pacto comisorio

Aunque el pacto comisorio se encuentre prohibido al momento de la celebración del contrato que incluya la constitución de la hipoteca, posteriormente y mediante otro negocio jurídico, las mismas partes podrían pactar la dación en pago del mismo inmueble, que tendría como efectos lógicamente, saldar la deuda impaga y así se cancelaría la hipoteca por ser accesoria al crédito o pagar la obligación de forma parcial, puesto que el artículo 1265° del Código Civil establece que “el pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse”.

Entonces, al celebrar la dación en pago, en el mejor de los escenarios, las partes podrían ponerse de acuerdo para realizar una tasación objetiva del inmueble y determinado su valor real, se entregue a favor del acreedor; adicionalmente, en caso exista un remanente se devuelva al deudor y de existir un saldo pendiente, la obligación no se extingue de conformidad con el artículo 1220° del Código Civil de 1984, no obstante, dicha tasación no sería requisito previo sino una

decisión de libre arbitrio, asimismo, siguiendo lo prescrito en el artículo 1266° del mismo cuerpo normativo y en aplicación de la libertad contractual, las partes podrían pactar que el valor del inmueble equivalga al precio adeudado.

Esta fórmula, para algunos autores considerado como un encubrimiento del pacto comisorio, porque se entrega el bien hipotecado como forma de pago, no constituiría una dación en pago, toda vez que se debería entregar una cosa distinta a la obligada y el inmueble hipotecado sería entregar lo mismo; sin embargo no compartimos ese criterio, ya que **para considerar que el pago es el mismo o distinto al pactado, debe circunscribirse a la obligación principal, verbigracia, en un mutuo dinerario, es la entrega del dinero, no de un inmueble, por más que éste garantice la obligación principal, en tal sentido, la dación en pago del inmueble gravado, en estricto, no encubriría el pacto comisorio, por lo que se encontraría dotado de legalidad, pero evidentemente sería “sacarle la vuelta a la norma prohibitiva”.**

Al igual que nosotros, dicho mecanismo (dación en pago) no es mal vista por Tudela (2015), ya que la ejecución del inmueble podría ser más gravosa económicamente para el deudor y obtendría un mayor rédito con la dación en pago, por eso señala:

(...) ante el descenso del precio de los inmuebles se ofrece el bien dado en garantía en pago de la deuda ya que si se ejecuta y se vende en pública subasta los gastos son tan elevados que resulta verdaderamente gravoso para el deudor y sus avales, ya que el valor del bien es inferior a la deuda sumados los gastos de la ejecución y sus intereses. (pág. 522)

En ese sentido, si tomamos en cuenta que la dación en pago es una figura totalmente lícita en nuestro ordenamiento jurídico, nada impediría que esta se utilice para cubrir una obligación ya garantizada con hipoteca, pues su ejecución judicial disminuiría el precio del inmueble e incluso el valor final de venta en el remate sería ínfimo respecto del valor real y cubriría la totalidad de la deuda primigenia, porque ésta se incrementa por los intereses, más las costas y costos del proceso.

En suma, la utilización de la dación en pago en estos casos, sería una fórmula más sana, que según las características descritas anteriormente, se asemejaría al pacto comisorio *ex intervallo*, **por ende al ser la primera, una institución jurídica admitida por el ordenamiento jurídico, lo debería ser la segunda**, puesto que de forma similar brindaría mayor beneficio al deudor, por consiguiente, pero haciendo la atinencia de que en ambos casos, siempre debería mediar una valorización objetiva del inmueble o la determinación de un precio justo, sino los mismos fundamentos prohibitivos del pacto comisorio, podrían servir para reprochar la dación en pago.

Aquí, cabe mencionar que la prohibición del pacto comisorio no implica que, en la práctica, no se intenten utilizar otros mecanismos (no solo la dación en pago) para que el acreedor se haga con la propiedad del inmueble cuando se configure el incumplimiento del deudor, citaremos dos casos, uno ocurrido en España y el otro en Costa Rica respectivamente:

- Una mercantil tiene pendiente una deuda vencida, líquida y exigible con otra, aquella realiza un pago parcial del total, como consecuencia de ello,

ambas elaboran un nuevo documento y pactan un derecho de opción de dación en pago de determinados inmuebles, a favor de la acreedora, fijando un precio para cada bien; para ello, determinan un nuevo plazo y si llegada a la fecha pactada, la deuda no ha sido pagada, la acreedora podrá adquirir las propiedades sobre las que se pactó el derecho de opción de dación en pago.

Al momento de realizar la inscripción del acuerdo, se genera un conflicto entre la registradora de propiedad y la notaría, ya que la primera alega la existencia encubierta de un pacto comisorio prohibido, por ende, no inscribible.

Al respecto, la dación en pago es una figura permitida en la legislación española, al igual que en nuestro país, pero aun cuando la practica antes descrita se realizó en virtud de una deuda vencida, líquida y exigible, lo cual permitía la celebración de la dación en pago, se distorsiona al momento de aplazar el pago de la deuda, ya que la modificación del vencimiento y el hecho de señalar que, llegado el vencimiento, de no cumplirse la obligación, la acreedora puede adjudicarse el inmueble, se dan los elementos del pacto comisorio *ab initio*, por ende su prohibición. (De la Fuente, 2020, págs. 73-75).

- Bejarano & González (2011, págs. 85-89) comentan un caso curioso sucedido en el Juzgado Quinto de San José en Costa Rica, donde encontrándose prohibido el pacto comisorio, dos personas celebran un contrato de cesión de derechos sobre inmueble adjudicado al deudor por

el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo; por dicho contrato, el acreedor otorgó un préstamo de cinco millones de colones a favor del deudor, la misma que debía ser pagada en el plazo de dos meses, con un mes de prórroga en caso lo consideren y con interés al cinco por ciento mensual; de configurarse el incumplimiento por parte del deudor, se procedería a realizar la cesión del derecho de adjudicación por parte del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo a favor del acreedor, al margen de los demás detalles que se presentaron en el proceso judicial donde el acreedor solicitó que se ordene la inscripción del inmueble a su nombre, debido al incumplimiento y conforme a las cláusulas pactadas en el referido contrato, el órgano judicial, señaló que su demanda era improcedente, debido a que la cesión de derechos encubría el pacto comisorio que se encuentra prohibido en la legislación costarricense.

Es así que aunque sean figuras distintas, unas están permitidas y la otra no, en todo caso la línea es muy delgada para distinguirlas unas de otras cuando son utilizadas sin determinarse correctamente de acuerdo a la naturaleza correspondiente en casos como los comentados y tomando en cuenta que nada acredita que, en nuestro país u otros, no se puedan realizar pactos similares que tengan por finalidad última, la adjudicación del inmueble a favor del acreedor, esquivando la proscripción comisorio, como la dación en pago o encubriéndola, como la cesión de derechos, incluso el pacto de retroventa que encubra un préstamo mercantil (el Código Civil lo sanciona con la nulidad cuando se imponen pagos u otras ventajas distintas o excesivas a favor del vendedor), por

ende es preferible, regular de forma adecuada el pacto comisorio, disminuyendo las posibilidades del fraude a la ley.

3.6.3. El Pacto Comisorio en las Garantías Mobiliarias

Anteriormente señalamos que el Ministerio de Economía y Finanzas, en el año 2001, elaboró el documento de trabajo denominado “Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales”, fecha en la que aún se encontraban reguladas dispersamente en nuestro sistema legal, como el caso de la prenda prevista en el Código Civil de 1984.

El documento se elaboró como consecuencia de la falta de acceso al crédito en nuestro país y planteó una propuesta con la finalidad de “(...) contar con un sistema de garantías reales eficaz, que contribuya de manera real a reducir el riesgo del acreedor en operaciones de financiamiento y, or ende, a facilitar el acceso al crédito” (Ministerio de Economía y Finanzas, 2001, pág. 5).

Así, se desarrollaron las formas de ejecución de garantías, entre ellas el remate judicial; la ejecución extrajudicial solo en el caso de las prendas y el pacto comisorio (indebidamente delimitando como una cláusula que solamente era aplicable de bienes muebles) y que en ese entonces estaba totalmente proscrito, tal como señalaba el antes vigente artículo 1066° en el caso de la prenda y el artículo 1111° ya mencionado, del Código Civil.

Luego del análisis realizado, se infirió que:

En la actualidad, los procedimientos para la ejecución judicial de las garantías son demasiado lentos y costosos, lo que desincentiva el crédito al hacerlo mucho más oneroso (mayor tasa de interés y menores plazos)

o incluso limitarlo al no aceptarse muchos tipos de bienes en garantía.

(...)

Además, deberá respetarse el derecho de las partes de celebrar con libertad convenios respecto a mecanismos alternativos en caso el deudor incumpla sus obligaciones de pago, como es el pacto comisorio, velando únicamente en contra del abuso de tal institución.

Por último, deberá permitirse la venta extrajudicial de los bienes afectados en garantía, dentro de un marco legal que establezca los requisitos de venta y las sanciones en caso de abuso, cubriendo de esa manera el interés de ambas partes de que se obtenga el máximo beneficio en la venta del bien en garantía. (Ministerio de Economía y Finanzas, 2001, pág. 41)

Más adelante, se publicó la Ley N.º 28677 de 2016 – Ley de Garantía Mobiliaria que unifica el sistema de garantías mobiliarias y entre otros, derogó el artículo 1066º del Código Civil, consecuentemente se reemplazó el pacto comisorio, por la denominación de adjudicación del bien por el acreedor, estableciendo una serie de requisitos y procedimiento a tomar en cuenta para la realización del bien mueble.

Luego, se publica el Decreto Legislativo N.º 1400 de 2018 – Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria en cuyos Capítulos I y II del Título V, dejan abierta la posibilidad de la ejecución judicial y extrajudicial, así como el pacto comisorio respectivamente.

Avendaño y Avendaño (2019, pág. 172), analizando la admisión del pacto

comisorio, señalan:

Es válido que las partes acuerden que el acreedor se adjudique la propiedad del bien en caso de incumplimiento – pacto comisorio -. Esto es una innovación en nuestro sistema de garantía. Parecería que con este pacto el acreedor podría abusar de su deudor, pero eso no es así. Si el valor del bien mueble fuera mayor que el monto de la deuda, el acreedor garantizado debe devolver la diferencia en un plazo relativamente corto (diez días). Vencido dicho plazo sin pagarse la diferencia, el deudor queda facultado para exigir en la vía sumarísima el pago de una multa no menor de cinco veces la diferencia, más intereses y gastos.

Creemos que los criterios que tuvieron como consecuencia la dación de la Ley de Garantías Mobiliarias, específicamente referidos a la admisión del pacto comisorio, son argumentos que también están relacionados con la admisibilidad del pacto comisorio en las hipotecas, ya que como se ha visto y como han sostenido una serie de juristas, la ejecución judicial se encuentra saturada, siendo más costosa e ineficaz, lo cual permite, con salvedades claro está, que algunas reglas de adjudicación directa establecidas para las garantías mobiliarias, también puedan ser utilizables en el pacto comisorio para la hipoteca, sobre todo la estimación de un precio justo del inmueble hipotecado, tal como se desarrollará con mayor detenimiento en el siguiente acápite.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

El Artículo 2° inciso 14) de la Constitución Política de 1993, establece que: “Toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público” y el artículo 62° prescribe:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato contemplados en la ley.

Como se ha sostenido en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en aplicación del Principio de Unidad de la Constitución, los preceptos sobre la libertad contractual, deben ser interpretados de manera conjunta y sistemática. El máximo interprete ha dicho además, que la libertad contractual se sustenta en el Principio de la Autonomía Privada, que ostenta un doble contenido:

a) la libertad de contratar – consagrada en los artículos 2°, inciso 14), y 62° de la Constitución Política del Perú – llamada también **libertad de conclusión**, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quien se contrata; y 2) la libertad

contractual, también conocida como **libertad de configuración interna**, que es la de determinar el contenido del contrato (Expediente N.º 2185-2002-AA/TC).

La autonomía privada es uno de los principales pilares que rige en un estado constitucional de derecho, por ende, aunque no contenga una protección irrestricta, como sucede en cualquier tipo de derecho fundamental, debe promoverse su protección, lo cual legitimaría la admisión del pacto comisorio, siempre que no se vulneren otros derechos de igual o mayor importancia.

No obstante, dado que el derecho no es un simple sistema aritmético o de lógica proposicional, donde ante dos enunciados, la conclusión será siempre la misma, sino todo lo contrario, toda prescripción debe encontrarse debidamente justificada y en armonía con la totalidad del sistema jurídico; para considerar la admisibilidad del pacto comisorio, se ha acreditado que no basta con la alusión a la autonomía privada sin dejar de ser uno de los ejes centrales, sino que además, debe velarse por la protección de los demás derechos constitucionales y verificarse que su aplicación no limite o sea contraria a la ley, el orden público, la moral y buenas costumbres, más aun si existiendo una relación de carácter bilateral, una de las partes ostenta superioridad sobre la otra, a la cual debe resguardarse con mayor cautela, sin que dicha protección resulte excesiva o contrariamente, desequilibre en demasía la relación en sentido opuesto, perjudicando sobremanera al acreedor como muchas veces sucede.

4.1. Sobre la admisión del pacto comisorio

Siguiendo el orden de lo afirmado precedentemente, la protección a la parte más débil (deudor) está justificada en dos principios recogidos del derecho romano, *favor debitoris* como principio protector de la parte más débil, erigida

como una regla de interpretación de cláusulas contractuales que ante la duda, vaguedad o ambigüedad, debe interpretarse contra el que las dispuso (Alvarez, 2021, pág. 23) y la *par conditio creditorum* o igual condición de crédito, que exige la igualdad entre acreedores al momento de satisfacer sus acreencias frente al mismo deudor, pagándose en igual proporción, plazo y forma, siempre que ostenten la misma categoría o prioridad según ley (Corrales, 2018).

Es así que no bastará con la aprobación del uso del pacto comisorio en aquellas relaciones crediticias garantizadas hipotecariamente, como principal reflejo de la autonomía privada, sino que aunado a tal permisión, deben exigirse determinados requisitos que impidan su uso indebido en perjuicio de la parte más débil y por qué no, de la más fuerte, intentando conseguir la máxima igualdad de condiciones y protección de terceros ajenos a dicha relación.

En otras palabras, **la idea es mantener la proporcionalidad entre las prestaciones, traducida como la correspondencia entre el valor del bien y el precio de la obligación, principalmente mediante la valorización objetiva del inmueble, coetánea a la celebración del negocio jurídico y con la posibilidad de actualización cuando se incumpla la obligación**, lo cual permitirá una vía alterna (ejecución extrajudicial) a la judicial que, como se ha visto, se encuentra constantemente saturada y en ella se realizan prácticas que impiden la pronta ejecución de la hipoteca, disminución excesiva del valor del predio y sobreprotección desmedida del deudor que viene ocasionando que el riesgo de afectación patrimonial se traslade al acreedor sin causa suficiente, porque al momento de emitir el crédito, no sabe si su acreencia será satisfecha

o si la satisfacción se dará oportunamente sin acarrear costos adicionales. Además, una adecuada valorización hará posible que las posibles acreencias que el deudor mantenga con distintos acreedores se puedan ver satisfechas o cubiertas, porque podría tener mayor holgura dineraria.

Por otro lado, tal como se ha señalado en el acápite anterior referente a las razones prohibitivas y permisivas del pacto comisorio, tenemos que las primeras al ser de un corte moral en la actualidad han sido superadas, pues **incluso en el sistema actual se puede configurar el ejercicio abusivo contra la parte más fuerte por verse impedido de la recuperación pronta de su patrimonio, quien con motivos suficientes derivados de las practicas evasivas del deudor y proceso de ejecución judicial, encarece el crédito en perjuicio de la economía de la parte más débil y al llegar al remate se corre el riesgo de ejecutarse por un precio irrisorio también en su perjuicio.**

En otras palabras, tal como se explicó en el capítulo III, subcapítulo 3.5), la prohibición del pacto comisorio, no promueve la igualdad y/o proporcionalidad entre las partes, al contrario, en el afán de sobreproteger al deudor, se ocasiona un mayor perjuicio a éste, ya que la dificultad de recuperación del crédito a favor del deudor, mediante la vía de ejecución tradicional que rige en nuestro estado, incide en el sobrecosto de acceso al crédito y la exigencia de un inmueble con mayor valor, para cubrir dicho sobrecosto generado por los intereses, costos procesales y gastos adicionales, lo cual expone al deudor a verse en la insolvencia. Además, la “proclama de la lucha contra la usura” no se da, porque

en la mayoría de casos, los intereses son extremadamente elevados y se termina por cobrar hasta el doble del valor del crédito, justamente por la dificultad de cobro que se ocasiona por la falta de mecanismos más eficientes, menos onerosos y perjudiciales para las partes.

Así, superados los fundamentos sustantivos de la prohibición del pacto comisorio, también hemos visto en el capítulo III y consideraciones a tomar en cuenta del capítulo I de la presente tesis que, nuestro sistema de ejecución judicial de las garantías hipotecarias, no es la solución más conveniente para proteger los intereses del acreedor y del deudor, ya que a fin de cuentas es una vía que por prácticas procesales se dilata en demasía; ya se dijo, implica costos adicionales al crédito que las partes deben asumir; el procedimiento de ejecución ocasiona el detrimento desproporcional del valor del inmueble y finalmente, en caso no se concluya con el remate a favor de un tercero, se podría ocasionar una “adjudicación judicial” a favor del acreedor, pero por un monto considerablemente irrisorio en comparación con el valor real e incluso de la obligación principal, todo ello tiene incidencia en el costo y dificultad del acceso al crédito.

De igual forma, los aspectos procesales, que supuestamente impedirían la admisión del pacto comisorio, dejan de ser válidos, por cuanto no existe imposibilidad para permitir la autotutela en estos casos, máxime si se ha visto que existen mecanismos alternativos de resolución de conflictos y regímenes especiales como de la hipoteca inversa y las garantías mobiliarias que admiten el pacto comisorio y no se condicen con la reserva de coercitividad propia del

estado.

Asimismo, la prevalencia de la admisibilidad del pacto comisorio, tendrá que ir de la mano con un procedimiento estándar, previamente regulado en la normativa pertinente, a fin de que la autorregulación no exceda la discrecionalidad de las partes, sobre todo del acreedor, sin dejar de lado la posibilidad de utilizar los remedios preexistentes en nuestro ordenamiento jurídico, ante cualquier defecto que implique la ilicitud o abuso de derecho en el ejercicio del pacto comisorio.

De esta manera, tal como se explicó en el capítulo I y III (el capítulo II versa sobre la metodología utilizada en la investigación, por lo que no es preciso hacerlo alusión en éste capítulo), la ejecución extrajudicial a través del pacto comisorio, absolviendo el problema general de la tesis (¿es necesario admitir el pacto comisorio en la hipoteca a fin de promover un sistema de ejecución de garantías extrajudicial más eficiente, menos oneroso y perjudicial para las partes?) y dando por cumplido el objetivo general, se presenta como una solución menos lesiva para las partes, porque:

- i)** Es más eficiente en cuanto a plazos procedimentales y su ejecución es más pronta, sin necesidad de recurrir a un proceso judicial de por sí extenso y sin garantía de ejecución efectiva en un plazo oportuno;
- ii)** Es menos oneroso, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, ya que no se involucran costos (económicos y no económicos) procesales como las tasas y aranceles judiciales, honorarios del abogado, honorarios de los tasadores y martillero, entre otros, los cuales

tienen incidencia sobre la dificultad del crédito, siendo más complicado el acceso para un deudor común y las tasas de intereses se elevan considerablemente (hasta el doble de la obligación primigenia); y

- iii) Es menos perjudicial en términos generales, debido a que, el acreedor tendrá un retorno efectivo con mayor prontitud sin incurrir en gastos extra crediticios y el deudor tendrá mayor facilidad de acceder a un crédito menos costos, el valor del inmueble hipotecado, por efecto del proceso judicial, no se deteriorará en su perjuicio y al considerarse el precio objetivo de mercado, tendrá incidencias favorables en la extinción de la obligación. Máxime si la ejecución extrajudicial, para el caso de la hipoteca, no está del todo excluida en nuestro ordenamiento jurídico para el caso de la hipoteca, ya hemos visto los supuestos del Decreto Legislativo N.º 495; Ley N.º 28698 y la Ley N.º 30741.

Precisamente por las razones descritas, creemos que la revisión de la legislación vigente sobre el pacto comisorio en el caso de las hipotecas, es inminente, para que a partir de ello, se realicen propuestas como la planteada en ésta investigación, destinadas a admitir el pacto comisorio, en las modalidades varias veces señalados, lo cual permitirá la inclusión y promoción de mecanismos extrajudiciales de ejecución inmobiliarios en búsqueda de una mejora jurídica-económica, sin dejar de lado la reducción del menoscabo excesivo de los derechos de las partes contratantes.

Consecuentemente, lo explicado anteriormente, nos conlleva a responder de manera afirmativa nuestro primer problema específico, donde se formuló si ¿los

fundamentos que prohíben el pacto comisorio en nuestro ordenamiento han sido superados?, pues desarrollando el primer objetivo específico, ha quedado verificado que los fundamentos sustantivos y procesales que originaron la proscripción estudiada, en la actualidad se encuentran desfasados y han sido superados.

Los fundamentos prohibitivos, generan retardo en la modernización y dinamismo de las transacciones comerciales y superados los mismos, se hace necesaria la utilización de un instrumento alternativo, como el pacto comisorio, en una de sus variantes más beneficiosas, el pacto marciano y por qué no, *ex intervallo*. Pero, no es ocioso reiterar, **siempre debe mediar la exigencia de predeterminados requisitos y el establecimiento de un procedimiento que disminuyan la posibilidad de abuso y se centre en una valorización objetiva a cargo de un tercero**, lo que, a criterio de los especialistas, tendrá como consecuencia una facilitación de acceso al crédito, menos costoso para el deudor y más atractivo rentablemente para el acreedor tomando en cuenta el posible incumplimiento.

Esta apreciación, no solamente tiene un perspectiva procesal y material tradicional, sino que **la importancia de contar con un sistema de ejecución extrajudicial de garantías va más allá de las regulaciones específicas de la prenda e hipoteca y además se inclina hacia un punto de vista desde el derecho económico** (inversión extranjera, mayor acceso al crédito, disminución del costo del crédito, seguridad jurídica, agilización y desconcentración del sistema judicial, entre otras), conforme señalan Bejarano

& González (2011) al citar lo mencionado por Kozolchyk en el caso de Honduras:

La ley debe proteger igualmente al acreedor, alcanzando un balance justo entre las dos partes. Ese balance entre los intereses de ambos lleva a una reducción de costos en el crédito. Si no se permite al acreedor ejecutar o entrar rápidamente en posesión de su garantía para su venta posterior, dicho acreedor se encontrará expuesto a riesgos que desconoce como la depreciación del bien en garantía o la insolvencia o la quiebra de su deudor.

Los riesgos en la ejecución están tradicionalmente asociados con procedimientos largos, costosos, excepciones dilatorias presentadas por el deudor y gravámenes ocultos que impiden determinar los grados de prelación. Por regla general, el costo de cualquier transacción comercial es determinado por el riesgo asumido en la transacción. El crédito comercial no es inmune a esta realidad económica. Por ejemplo, el Banco Central de Brasil recientemente estimó el riesgo del préstamo comercial (consistente en la dificultad de cobro) como contribuyente de un 30% del costo del prestamos reflejado en sus intereses. Por ello, entre más riesgos y obstáculos sea posible eliminar, más dispuestos estarán los acreedores a prestar en condiciones favorables. (pág. 310 y 311).

4.2. Parámetros estándar para el procedimiento de ejecución del pacto comisorio

De acuerdo a lo que hemos venido desarrollando, creemos que la admisibilidad

del pacto comisorio en las hipotecas como respaldo del derecho de crédito, no se trata de una simple permisión normativa, sino en principio habiéndose distinguido que el pacto marciano y *ex intervallo* son las modalidades más adecuadas para proteger los derechos del deudor, sin desproteger en demasía al acreedor, es importante tener en cuenta determinados criterios para su aplicación, tomando como referencia el procedimiento de adjudicación directa para las garantías mobiliarias, ya que la justificación principal en nuestro ordenamiento jurídico, para que el pacto comisorio se admita en uno y no en otro, radica que supuestamente el valor de los bienes muebles son menores a los de bienes inmuebles, pero siguiendo la distinción entre ellos, que nuestra propia normativa hace, dicha afirmación carece de asidero, por ello consideramos que la respuesta a nuestro segundo problema específico es afirmativa, por ende, siguiendo de la misma forma, el segundo objetivo específico, se ha determinado de forma favorable que, es posible aplicar los criterios genéricos de la Ley de Garantía Mobiliaria relacionados al pacto comisorio, al caso de las hipotecas, lo cual nos permite establecer los parámetros del procedimiento más conveniente a aplicarse conforme se propuso en nuestro tercer y último problema y objetivo específico planteados.

- a) Está demás señalar que el negocio jurídico, crédito garantizado con hipoteca, debe realizarse por escritura pública, bajo sanción de nulidad, pues no es intención de este trabajo modificar la formalidad debidamente exigida por el artículo 1098° del Código Civil de 1984.
- b) En el mismo acto, las partes deberían designar un tercero autorizado para

formalizar la adjudicación (pacto comisorio), creemos que sería idóneo un notario público cuyo deber radicaría en verificar la legalidad de la misma y no necesariamente tal adjudicación, se debería realizar mediante escritura pública, en aplicación de nuestro sistema consensualista de la transferencia de la propiedad. El deudor, podría oponerse a la adjudicación ante el tercero designado, solamente cuando haya cumplido con el pago de la obligación o que, en el plazo máximo razonable, por ejemplo de 20 días hábiles de notificado con la solicitud de ejercer el pacto comisorio, cumpla el pago, de no producirse el mismo en dicho plazo, automáticamente se continuaría con el trámite de adjudicación

- c) De forma coetánea a la celebración de la hipoteca, debe existir una tasación objetiva a cargo de un especialista designado por las partes o una entidad señalada por estos (por ejemplo, el Colegio de Ingenieros o Arquitectos del Perú), la cual podrá ser actualizada a solicitud del interesado cuando medie el incumplimiento de acuerdo a lo pactado en contrato, normas generales del Código Civil u otras pertinentes. Con ello se determinará un precio justo de adjudicación del cual ya se hablaba incluso en el Derecho Romano.
- d) El valor tasado del inmueble no debe ser superior en más del 30% al precio de la obligación, el cual podrá cubrir los intereses compensatorios y otros gastos, como la tasación, formalización de la adjudicación, etc., reduciendo así, el margen de un posible abuso por parte del acreedor, inflando el costo total de la deuda a un monto mucho mayor que resulte perjudicial para el deudor por el estado de necesidad en el que se encuentra al momento de

adquirir el crédito.

Verbigracia, si el préstamo asciende a \$ 100,000.00 d.a., se podrá celebrar el pacto comisorio (entiéndase pacto marciano o *ex intervallo*), solo si el valor del inmueble, como máximo asciende a \$ 130,000.00 d.a., en caso contrario, dicha cláusula se tendrá como no puesta o será nula, tratándose de una nulidad parcial del negocio jurídico, es decir que se mantendrá la validez estructural de las demás cláusulas contractuales.

Cabe resaltar que el porcentaje señalado se brinda a modo referencial, debido a que debería ser establecido previo estudio del mercado financiero por los especialistas y autoridades competentes.

- e) De forma similar a lo que sucede en las garantías mobiliarias, se podría crear un sistema o una plataforma virtual administrado por la Sunarp, a fin de publicitar la celebración del pacto comisorio y actos subsecuentes a él, como la propia adjudicación, con la finalidad de que tanto acreedores del mismo deudor y terceros interesados tengan conocimiento al respecto y puedan hacer valer sus derechos, limitando dicha acción al ámbito judicial, como la interposición de demanda o medidas cautelares para cuestionar el pacto comisorio o paralizar la adjudicación.
- f) En caso existan terceros acreedores hipotecarios garantizados con el mismo inmueble, la procedencia de la adjudicación vía pacto marciano, está supeditada al pago por parte del acreedor beneficiario de la adjudicación, a favor de los terceros acreedores si estos ostentan una mejor situación de acuerdo al orden de prelación que el ordenamiento jurídico establece, hasta

por el monto del valor tasado del inmueble, luego de ello podrá proceder a la adjudicación.

- g) Los honorarios del tasador y notario público, así como los que sean necesarios, deben ser asumidos por el acreedor y deudor en partes iguales, salvo pacto en contrario para que dichos montos se agreguen al precio del crédito.
- h) Si luego de la adjudicación existe un remanente a favor del deudor, éste debe ser devuelto en un plazo prudencial, bajo responsabilidad; en sentido contrario, si existe un saldo pendiente a favor del acreedor, se entenderá que la obligación no se extingue por imperio del artículo 1220° del Código Civil, quedando habilitadas las acciones en la vía ordinaria para exigir el cobro del saldo.
- i) En virtud de la autonomía privada, las partes podrían establecer otras disposiciones o procedimiento de adjudicación, siempre que se respeten los principios generales de protección del deudor que antes hemos mencionado o sean menos lesivas.
- j) La celebración del pacto comisorio y de su adjudicación, podrían ser impugnadas judicialmente en la vía ordinaria y en caso el bien haya sido adjudicado al acreedor indebidamente, se podría solicitar la nulidad de dicha adjudicación, sin perjuicio de la responsabilidad civil contractual que se derive del acto irregular, siendo responsable solidario el notario que formalizó la adjudicación.

CONCLUSIONES

1. Podemos concluir que el sistema actual de ejecución judicial de garantías hipotecarias, no cumple la función satisfactiva, lo cual hace necesario admitir figuras alternativas, como el pacto comisorio, en la modalidad de *ex intervallo* (se entiende que el momento en el que se configura, el deudor ya no se encuentra en un estado de necesidad que lo haga sumamente vulnerable) o pacto marciano (se prioriza una valoración objetiva del inmueble hipotecado en relación al valor del mercado y a cargo de tasadores competentes), lo cual afianzará y promoverá un sistema de ejecución de garantías extrajudicial, más eficiente, menos oneroso y perjudicial para las partes.
2. Además, desde una perspectiva del análisis económico del derecho, se debería habilitar un sistema alternativo de ejecución extrajudicial como el pacto comisorio en las modalidades antes mencionadas, previo acuerdo de las partes, por el cual estas puedan maximizar la eficiencia económica y temporal de la relación crediticia y su incumplimiento; en consecuencia, consideramos que en los casos donde este tipo de obligaciones se encuentren respaldados con garantías hipotecarias, se debe promover la admisión del pacto comisorio, sobre todo en la modalidad del pacto marciano, por ser a nuestro parecer, la más beneficiosa.
3. El análisis efectuado en relación a la necesidad de admitir el pacto comisorio, entre otros, radica en que los fundamentos que sustentan su prohibición, que principalmente se sustentan en la tradición jurídica clásica romana que consideraba que su uso propiciaba el abuso de derecho, prácticas usurarias y la existencia de la prohibición de autotutela, han sido superadas, ya que se ha visto

tanto a nivel nacional, como internacional, que existen argumentos más sólidos, los cuales promueven un mayor dinamismo dentro del mercado; menores restricciones para el acceso al crédito; disminución del encarecimiento del crédito y disminución de costas y costos intra y extra proceso. Es así que la orientación contemporánea, se viene inclinando a admitir el pacto marciano como vía alternativa, tal como se da en disposiciones de obligatorio cumplimiento de la Unión Europea y ordenamientos como el francés, colombiano, italiano (parcialmente), no existiendo restricciones para que también sea admitido en el sistema jurídico peruano, como ya se ha legislado en el caso de la garantía mobiliaria.

4. Es posible aplicar algunos criterios generales del pacto comisorio regulado en la Ley de Garantía Mobiliaria y la Hipoteca Inversa, entendiendo que se trata realmente del pacto marciano, por ende, es totalmente factible que se regule en la hipoteca tradicional, aspectos como la voluntad de adjudicación; determinación de un precio justo del inmueble mediante una pericia técnica; la publicidad de la voluntad de adjudicación por parte del acreedor en una plataforma administrada por la Sunarp, entre otros.
5. En la presente tesis, además se ha determinado la necesidad de establecer parámetros generales para el procedimiento de aplicación del pacto comisorio, entiéndase pacto marciano, en caso de incumplimiento del deudor, donde se denote la protección de los derechos e intereses del deudor, y en segundo lugar del acreedor, entre los más importantes, destaca la adecuada tasación del inmueble hipotecado, por uno o más tasadores designados por ambas partes; el

retorno del excedente al patrimonio del deudor en caso corresponda y la ejecución del pacto marciano a través de un procedimiento notarial.

RECOMENDACIONES

1. Recomendamos modificar el artículo 1111° del Código Civil vigente, para que el pacto comisorio (*ex intervallo* o marciano) sea un acuerdo dotado de legalidad, como un medio de ejecución extrajudicial de la hipoteca, siguiendo un procedimiento que maximice los beneficios de dicha institución jurídica, para el deudor y acreedor.
2. Es importante promover investigaciones jurídicas sobre la materia, sea utilizando la misma u otra metodología de investigación, por lo que sugerimos que la academia, especialmente esta casa de estudios, impulsen el análisis de la modificación propuesta pudiendo complementarse mediante la dación de leyes especiales.
3. Aun cuando el trasplante jurídico de normas ha sido de gran utilidad en nuestro ordenamiento, recomendamos realizar un análisis lógico-crítico mas exhaustivo en el proceso de adaptación de normas, para coadyuvar a un mejor desarrollo económico-social y lógicamente jurídico local, como el caso del pacto comisorio en la modalidad del pacto marciano en las hipotecas, en beneficio de la sociedad y el mercado interno.

FUENTES DE LA INFORMACION

Referencias Bibliográficas

Libros

Álvarez, J. (2015). *Derechos Reales*. Lima: Jurista Editores.

Álvarez, J. (2017). *Derechos Reales*. Lima: Instituto Pacífico.

Avendaño J., & Avendaño, F. (2019). *Derechos Reales*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Beaumont, R. (2014). *Constitución y ejecución de la garantía mobiliaria*. Lima: Gaceta Civil & Procesal Civil.

Bejarano, A., & González, R. (2011). Tesis. *Análisis del pacto comisorio en los contratos de garantía real y otros contratos*. Costa Rica.

Castillo, M., & Chipana, J. (2015). *Las Garantías Sobre Bienes Muebles, comentarios críticos a la Ley de la Garantía Mobiliaria*. Lima: Gaceta Jurídica.

De la Fuente, M. (2020). *La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en el Derecho español*. Pamplona: Arazandi.

Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*. Pamplona: Thomson Civitas.

García, L. (2006). *Nulidad del Pacto Comisorio: Artículo 1111. En Código Civil Comentado Tomo V - Derechos Reales*. Lima: Gaceta Jurídica.

Gonzales, G. (2010). *Derechos Reales*. Lima: Ediciones Legales.

Gonzales, G. (2018). *Teoría General de la Propiedad y del Derecho Real*. Lima: Gaceta Jurídica.

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la*

Investigación. México D.F.: Mc Graw Hill Education.

Hurtado, M. (2014). *Las Garantías Reales*. Lima: Gaceta Civil & Procesal Civil.

Mejorada, M. (2014). *Las Garantías Reales*. Lima: Gaceta Civil y Procesal Civil.

Muro, M., & Torres, M. (2020). *Código Civil Comentado - Tomo V*. Lima: Gaceta Jurídica.

Pasco, A. (2017). *Derechos Reales: Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema*. Lima: Gaceta Jurídica.

Ramírez, E. (2016). *El Mercado Hipotecario y sus Vaivenes: Consideraciones Económicas y Jurídicas*. Lima: Gaceta Civil & Procesal Civil.

Varsi, E. (2019). *Tratado de Derechos Reales: Posesión y Propiedad*. Lima: Universidad de Lima Fondo Editorial.

Revistas

Ariano, E. (2016). La Ejecución de Garantías Reales en el Perú, Antecedentes Olvidados y Perspectivas de Reformas. *Docentia et Investigatio*, pp. 79-103.

Álvarez, M. (2021). Del favor debitoris romano a la protección del más debil en el código civil y comercial de la nación. Algunos supuestos. *Revista de Derecho Romano - Numero III*, pp. 22-47

Botesselle M. (2011). El pacto comisorio como manifestación de la facultad resolutoria. *Revista Chilena de Derecho Privado*, pp. 71-103.

Díaz, M. (2019). Pacto marciano. Repensando el sistema con la civilística italiana. *Anuario de Derecho Civil*, pp. 795-823.

Galindo, A., & Navarro, F. (2014). El pacto comisorio en el actual marco de los derechos de garantía. *Diario La Ley*, pp. 1-19.

- Guevara, G., Verdesoto, A., & Castro, N. (2020). Metodologías de Investigación Educativa. *Revista Científica Mundo de la Investigación y el Conocimiento*, pp. 163-173.
- León, C. (2016). El Pago Directo por parte del Acreedor Garantizado: Fundamentos de la transmisión de la propiedad. *Revista de Derecho Privado*, pp. 1-31.
- Mejorada, M. (2004). Ejecución Extrajudicial: El Valor "Científico" de la Obligación Garantizada. *Themis 48*, pp. 105-110.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2001). *Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales*. Lima.
- Ríos, S. (2006). La Reforma del Derecho de las Garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto. *Revista Chilena de Derecho Privado*, pp. 89-116.
- Tudela, S. (2015). La Prohibición del Pacto Comisorio en los Negocios Fiduciarios Cum Creditore. *Revista de Derecho UNED, Núm. 17*, pp. 511-532.
- Serrano, Á. (2012). Incumplimiento y Ejecución: Opciones Extrajudiciales Eficientes. *Garantías Reales en Escenarios de Crisis: Presente y Prospectiva*, pp. 338-357
- Urteaga, J. (2021). Tesis. *Regulación Uniforme del Pacto Comisorio en las Garantías Reales*. Chiclayo, Lambayeque, Perú.
- Wegman, A. (2009). Algunas Consideraciones sobre la Prohibición del Pacto Comisorio y el Pacto Marciano. *Revista Chilena de Derecho Privado*, pp. 95-122.

Referencias Web

- Corrales, R. (2018). LP Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/par-conditio-creditorum-vs-autoridad-cosa-juzgada/>
- Jara, B. (2015). Ius360. <https://ius360.com/consideraciones-en-torno-la-admision-del-pacto-marciano-modalidad-del-pacto-comisorio-como-mecanismo-de-ejecucion-extrajudicial-de-garantias/>
- Mejorada, M. (2008). Derecho & Sociedad. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/17/la-ejecucion-de-las-gsrantias-reales-el-momento-de-la-verdad/>
- Metodología de la Investigación. (2009). <http://ri.ufg.edu.sv/jspui/bitstream/11592/7841/5/362.829%202-B467f-CAPITULO%20IV.pdf>
- Santillán, D. (2020). Enfoque Derecho. <https://www.enfoquederecho.com/2020/03/13/tratamiento-de-la-figura-del-pacto-comisorio-en-el-derecho-comparado/>
- Serrano, Á. (2008). El Notario del Siglo XXI. <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-21/1872-la-admision-del-pacto-comisorio-como-alternativa-a-la-ineficiente-subasta-hipotecaria-judicial-o-notarial-0-3072183535501532>

ANEXOS

Anexo – Propuesta modificatoria del artículo 1111° del Código Civil

ANTEPROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 1111° DEL CODIGO CIVIL

El autor de la tesis antes desarrollada y a la que pertenece el presente anexo, con el importante apoyo del asesor, de conformidad con el derecho regulado con el último párrafo del artículo 107° de la Constitución Política del Perú, relacionado a la iniciativa legislativa, proponemos el siguiente Anteproyecto de Ley:

I. ANTECEDENTES

Luego del estudio de la institución jurídica del pacto comisorio y su prohibición en la legislación nacional, apoyado en fuentes bibliográficas, legislativas y jurisprudenciales nacionales e internacionales de gran solidez y notable envergadura, consideramos conveniente la elaboración de la propuesta legislativa modificatoria del artículo 1111° del Código Civil vigente, pues somos de la postura que tendrá un aporte significativo para dinamizar con mayor eficiencia el tráfico jurídico y la carga procesal judicial; por ello los antecedentes respecto a las razones de planteamiento de propuesta legislativa, recaen en el contenido de la tesis titulada: “La Admisibilidad del Pacto Comisorio en las Hipotecas como Respaldo del Derecho de Crédito en el Sistema Jurídico Peruano”.

II. EXPOSICION DE MOTIVOS

El actual artículo 1111° sanciona con la nulidad, cualquier acuerdo dentro de una

relación obligacional hipotecaria, por el cual el acreedor adquiera la propiedad del inmueble, so pretexto de incumplimiento de la deuda, es decir, que no se permite la adjudicación a favor del acreedor, por el valor de la obligación. Dicha prohibición legal, se origina en el derecho romano, básicamente por cuestiones éticas, ya que al existir la libre disponibilidad del acreedor, de establecer las condiciones contractuales de la obligación en su beneficio, se vulneraba el patrimonio del deudor, por la excesiva discrecionalidad al adjudicarse la propiedad del deudor, sin mediar proporcionalidad entre el monto de la obligación y el valor real del inmueble, lo cual se constituía como una practica usuraria que necesitaba ser extirpada del ordenamiento romano a fin de cautelar la protección de los derechos del deudor incumpliente.

Sin embargo, tal como se expone en esta tesis, una serie de estudios de especialistas en la materia y legislación comparada pertinente, vemos que el paso del tiempo y nuestro sistema procesal de ejecución actual, demuestran que la cura es mas costosa que la afección, por aspectos como: la excesiva dilación del proceso único de ejecución; carga procesal inherente a todo nuestro sistema judicial; practicas evasivas de pago del deudor; y estrategia procesal dilatoria de los abogados patrocinantes. Los cuales ocasionan, por un lado, la imposición de barreras para el acceso al crédito por parte del acreedor, sobre todo de las entidades financieras (por ejemplo, mediante intereses altos), incrementen el costo del acceso al crédito y por otro lado, el valor del inmueble hipotecado, al final del proceso judicial de ejecución (remate), sea notoriamente muy infimo en comparación con su valor real o comercial. En suma, la protección que intenta dar

al deudor por cuestiones ya superadas, no tiene validez actual, ya que contrariamente, le ocasionan una afectación sumamente costosa y no solo en términos económicos, temporales, emocionales, etc. y lo mismo sucede con el acreedor.

En ese sentido, es necesaria la apertura de nuevos mecanismos de ejecución, especialmente extrajudiciales, retomando la permisividad del pacto comisorio, a través de sus modalidades menos lesivas, como el pacto marciano, donde se reduce la discrecionalidad del acreedor, exigiendo principalmente, la realización de una tasación actual al momento de la adjudicación a su favor y un procedimiento de ejecución que cautele apropiadamente los derechos de ambas partes, para que así exista mayor objetividad en la ejecución de las relaciones crediticias impagas respaldadas con hipoteca, lo cual a su vez, favorecerá al acceso al crédito con menos dificultades para el deudor y el acreedor verá satisfecha la obligación con mayor prontitud y satisfacción.

Como corolario, consideramos que el artículo 1111° debería ser modificado y de forma similar a las garantías mobiliarias, dejarse abierta la posibilidad de que las partes, si así lo deciden y proyecten al momento de la celebración obligacional, utilicen el pacto comisorio como un medio de ejecución extrajudicial válido, debiendo tratarse de un pacto expreso como requisito *ad solemnitatem*, caso contrario, no se admitirá la intención de adjudicación del inmueble hipotecado ante el incumplimiento del deudor.

La propuesta normativa es una regulación genérica que debería preverse a través de un procedimiento específico, mediante una norma especial por ejemplo, pero

tomando como referencia, los criterios expuestos en el nuevo texto normativo.

Por último, si bien el artículo 1130° también proscribía el pacto comisorio en el caso del derecho de retención, sobre ello al no ser objeto de estudio, la modificatoria no se extendería a dicho artículo por tratarse de otra institución jurídica, siempre que no esté relacionada a lo dispuesto en el artículo 1111° modificado

III. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

De acuerdo, al artículo 75° del Reglamento del Congreso de la República, procedemos a realizar el análisis costo-beneficio correspondiente de la modificación del artículo 1111° del Código Civil.

La propuesta legislativa, tiene como objetivo generar una mayor eficiencia y dinamismo a las relaciones crediticias garantizadas con hipoteca, a través de un mecanismo de ejecución extrajudicial, como el pacto comisorio, en su modalidad de pacto marciano, para así descargar la vía judicial de ejecución de garantías hipotecarias, pues las circunstancias actuales que la rodean, la han convertido en una vía saturada e ineficiente.

Los costos que implicará la modificatoria, no serán más que de mero trámite burocrático legislativo para su dación; necesidad de actualización de normas que estén relacionadas y de corresponder, la promulgación de una ley especial que regule con mayor especificidad el procedimiento para la ejecución del pacto comisorio en la modalidad del pacto marciano; así como la actualización dogmática de los operadores jurídicos que permita un mayor alcance socio-jurídico de las implicancias de la modificatoria.

Los beneficios en cambio, se traslucen en: i) reducir los costos de transacción inmersos en una relación crediticia con garantía hipotecaria, como los costos para acceder al crédito, que tienen implicancia negativa sobre la economía del deudor; ii) reducir los costos de ejecución, tanto económicos, pues la ejecución judicial implica la asunción de una serie de gastos para el acreedor demandante y deudor demandado (tasas y aranceles judiciales; honorarios del abogado y otros gastos judiciales) como de tiempo, ya que la dilación del proceso es considerable, lo que afecta las expectativas del interesado (en promedio dura dos años o más, cuando debiera ser de 6 meses); iii) impedir que la valorización del inmueble hipotecado sea irrisorio o a través del remate se convierta en irrisorio, en comparación con la deuda total que, indudablemente no es igual a la liquidez adquirida por el deudor, por el contrario puede llegar a ser el doble; y iv) liberar la sobrecarga procesal del proceso tradicional de ejecución y evitar prácticas “legales” que solo persiguen la demora en el pago, así como la utilización de otras instituciones jurídicas que encubran la prohibición del pacto comisorio.

Los beneficios antes descritos, además tendrán incidencia favorable sobre los intereses del acreedor, que podrá recuperar la acreencia de forma ágil y menos onerosa; y del deudor, quien tendrá menores dificultades de acceder a un crédito otorgado por acreedores formales, con menores costos e intereses, valuando de forma objetiva su predio hipotecado para una mayor correspondencia entre el valor del crédito (sin que se incremente excesivamente) y el valor del inmueble hipotecado, viéndose protegidos los intereses económicos de ambas partes.

En consecuencia, se obtendrá una mayor predictibilidad y seguridad jurídica sobre

las relaciones crediticias y su ejecución extrajudicial, mediante el pacto marciano, puesto que se reducirá la posibilidad de prácticas lesivas y evasivas, por el acreedor y deudor, respectivamente.

IV. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACION NACIONAL

Concretamente, la presente iniciativa de ley, busca integrar el pacto comisorio en la modalidad de pacto marciano, a nuestro ordenamiento jurídico, como un medio de ejecución extrajudicial de la hipoteca y para ello tiene por finalidad, modificar únicamente el artículo 1111° del Código Civil, el cual proscribe la celebración del pacto comisorio en estos casos.

V. FORMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 1111° DEL CODIGO CIVIL

Artículo 1.- Modificación del artículo 1111° del Código Civil

Modifíquese el artículo 1111° del Código Civil aprobado por Decreto Legislativo N.° 295, el cual quedará redactado en los términos siguientes:

“Artículo 1111°.- Pacto Marciano:

Por acuerdo expreso de las partes al momento de la celebración de una obligación con garantía hipotecaria y ante el incumplimiento del deudor, el acreedor puede adjudicarse el inmueble hipotecado mediante procedimiento ante notario público.

Dicha adjudicación tiene efectos de pacto comisorio en la modalidad de pacto marciano, es decir que solo procede cuando medie valorización justipreciada

de un perito designado por las partes al momento de la celebración contractual, sujeta a actualización a solicitud de la parte interesada; y cuando el valor del inmueble no supere en más del 30% al valor de la obligación primitiva más los intereses compensatorios, moratorios y demás gastos que como consecuencia del trámite de la ejecución contractual se generen.

El pacto marciano tiene efectos extintivos sobre la obligación principal y la hipoteca, pero en caso exista un remanente entre el valor del inmueble y el precio de la obligación, el acreedor debe restituir la diferencia al deudor, caso contrario se mantiene vigente respecto del monto de la diferencia por efectos de lo prescrito en el artículo 1220°.

Las partes pueden pactar un procedimiento específico, siempre que no sea contrario a las disposiciones descritas en los párrafos anteriores y a leyes especiales sobre la materia. Asimismo, dicho procedimiento, se debe circunscribir bajo los parámetros de la buena fe contractual, proporcionalidad y no generar un detrimento económico excesivo en perjuicio del deudor, bajo sanción de nulidad.”