

LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES, LOS CERTIFICADOS DE INCOBRABILIDAD Y LAS GARANTÍAS CONSTITUIDAS POR TERCEROS

*Mario Castillo Freyre**

*Laura Castro Zapata***

*Verónica Rosas Berastain****

1. INTRODUCCIÓN

No es algo extraño que los negocios fracasen y las empresas terminen en un procedimiento concursal en el que todos sus acreedores «hacen cola» para poder cobrar. Tampoco es extraño que entre dichos acreedores se encuentre alguna empresa del sistema financiero cuyo crédito se encuentre garantizado, no por el propio deudor sino por un tercero. Menos extraño sería que el acreedor sea un Banco.

En un escenario como el descrito, el Banco acreedor tendría siempre dos caminos. Por un lado, luego de que su crédito fuese reconocido en el procedimiento concursal, esperar a que, según su orden de prelación, le paguen la acreencia de la que es titular. En caso de que el patrimonio del deudor en liquidación no alcance y, como consecuencia, se declare la quiebra de éste, el Banco recibiría un certificado de incobrabilidad. De otro lado, el Banco, también luego de ser reconocido como un acreedor en el respectivo procedimiento concursal, podría cobrar al tercero garante. Si el tercero le paga, se subrogaría de pleno derecho en la posición que tenga el Banco en dicho procedimiento.

Pero hoy en día, lamentablemente, es más común que los Bancos opten por un tercer camino. Así, las empresas financieras prefieren, en muchos casos, solicitar voluntariamente el certificado de incobrabilidad, castigar su deuda, y aun así ejecutar las garantías otorgadas por terceros.

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

** Laura Castro Zapata, abogada en ejercicio, socia fundadora del ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE. Catedrática de los cursos de Derecho de Obligaciones y Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE). Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima en convenio con la Universidad Autónoma de Madrid. Alumna del Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

*** Verónica Rosas Berastain, adjunta de docencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Abogada del Estudio Mario Castillo Freyre.

En realidad y como demostraremos en adelante, esta práctica habitual, no debería ser respaldada por los Tribunales de Justicia ya que, en estricto, la solicitud y obtención voluntaria del certificado de incobrabilidad extingue a la obligación y, por ende, la garantía que le es accesoria.

2. PROVISIONES Y CASTIGO DE OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS FINANCIERAS

Para poder entender cómo y por qué opera dicha extinción, en primer lugar, resulta relevante referirnos a las nociones de castigo y provisiones en el sistema financiero, pues ello nos permitirá entender por qué los bancos se encuentran obligados a provisionar y, asimismo, nos permitirá, más adelante, entender los alcances del castigo de una deuda que se realiza como consecuencia de la obtención de un certificado de incobrabilidad.

Debemos, entonces, empezar definiendo a la provisión como una proyección de gastos a futuro, que constituye, además, una manera de reconocer una posible obligación que surgirá de la concurrencia de uno o más hechos futuros e inciertos, que no están completamente bajo control de la empresa. Uno de estos hechos inciertos, consiste en la posibilidad de que el deudor no pague la deuda a la que se encuentra obligado.

Ahora bien, la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, Ley del Sistema Financiero), establece en su artículo 132 que las empresas del sistema financiero deben constituir provisiones genéricas y específicas de cartera, individuales o preventivas globales, por grupos o categorías de crédito, para la eventualidad de créditos impagos, y la constitución de las otras provisiones y cargos a resultados, tratándose de las posiciones afectas a los diversos riesgos de mercado.

La *ratio* de esta exigencia se encuentra justificada en el mismo numeral, ya que allí se establece que la constitución de provisiones es una forma de atenuar los riesgos para los ahorristas, finalidad que se persigue en aplicación del artículo 87 de la Constitución Política de 1993:

Artículo 87.- «El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias,

de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

El Poder Ejecutivo designa al Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones por el plazo correspondiente a su período constitucional. El Congreso lo ratifica». (El subrayado es nuestro)

Lo antes expuesto también se manifiesta en el artículo 354 de la Ley del Sistema Financiero, en el que se prescribe que para la elaboración y presentación de los estados financieros, la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, también, SBS) está autorizada para exigir a los supervisados que constituyan provisiones y reservas para los activos y contingentes que comporten riesgo crediticio o de mercado, de acuerdo a las normas generales que sobre el particular haya dictado.

Nuestro análisis sobre la conducta de los Bancos acreedores y la manera en que ella debe ser interpretada debe partir, entonces, de la premisa de que la exigencia de provisionar y, en general, de cumplir con todas las disposiciones de la Ley del Sistema Financiero, consiste —como se deja en claro en su artículo 2—, en propender al funcionamiento de un sistema financiero competitivo, sólido y confiable, que contribuya al desarrollo nacional.

Lo expuesto, entonces, nos permite afirmar que existen regulaciones que obligan a los Bancos a manejar su liquidez en forma conservadora y a mantener un *ratio* adecuado de liquidez con respecto a los pasivos de mayor exigibilidad. En tal sentido, las provisiones constituyen un método que garantiza la transparencia del sistema y protege a los usuarios que se encuentran en una posición de inferioridad respecto de las entidades financieras, debido a la asimetría de la información.

3. ¿QUÉ ES EL CERTIFICADO DE INCOBRABILIDAD?

Partiendo de esa transparencia con la que debe actuar el Banco, y habiendo aclarado el tema de las provisiones y el castigo, corresponde ahora entender los alcances del certificado de incobrabilidad, para lo cual debemos señalar que el tema se encuentra contemplado en dos artículos de la Ley General del Sistema Concursal, Ley n.º 27809, el 90 y el 99, no teniendo en la legislación nacional un desarrollo más profundo o detallado.

Los textos de las citadas normas son los siguientes:

Artículo 90.- «Derecho de los acreedores de separarse del Procedimiento Concursal Ordinario

Los acreedores por escrito y con firmas legalizadas podrán manifestar a la Comisión su intención irrevocable y definitiva de sustraerse del futuro procedimiento de quiebra y solicitar el correspondiente certificado de incobrabilidad a que se refiere el artículo 99.5. Tal solicitud podrá ser presentada por los acreedores una vez que la Junta haya adoptado el acuerdo de disolución y liquidación del deudor. Esta prerrogativa no alcanza a los derechos irrenunciables».

Artículo 99.- «Procedimiento judicial de quiebra

99.1 Cuando en los procedimientos de disolución y liquidación se verifique el supuesto previsto en el artículo 88.7 el Liquidador deberá solicitar la declaración judicial de quiebra del deudor ante el Juez Especializado en lo Civil.

99.2 Presentada la demanda el Juez, dentro de los treinta (30) días siguientes de presentada la solicitud, y previa verificación de la extinción del patrimonio a partir del balance final de liquidación que deberá adjuntarse en copia, sin más trámite, declarará la quiebra del deudor y la incobrabilidad de sus deudas.

99.3 El auto que declara la quiebra del deudor, la extinción del patrimonio del deudor y la incobrabilidad de las deudas, deberá ser publicado en el diario oficial El Peruano por dos (2) días consecutivos.

99.4 Consentida o ejecutoriada la resolución que declara la quiebra, concluirá el procedimiento y el Juez ordenará su archivo, así como la inscripción de la extinción del patrimonio del deudor, en su caso, y emitirá los certificados de incobrabilidad para todos los acreedores impagos. Asimismo, la declaración de la extinción del patrimonio del deudor contenida en dicho auto, deberá ser registrada por el Liquidador en el Registro Público correspondiente.

99.5 Los certificados de incobrabilidad también podrán ser entregados por la Comisión en aquellos casos en los que un acreedor manifieste su voluntad de obtenerlos una vez que se acuerde o disponga la disolución y liquidación del deudor. Dichos certificados generarán los mismos efectos que aquéllos expedidos por la autoridad judicial en los procedimientos de quiebra. En tal caso, la Comisión emitirá una resolución que excluya a dicho acreedor del procedimiento concursal.

99.6 La declaración de la incobrabilidad de un crédito frente a una sucursal que es declarada en quiebra, no impide que el acreedor impago procure por las vías legales pertinentes el cobro de su crédito frente a la principal constituida en el exterior». (El subrayado es nuestro).

Pinkas Flint Blanck,¹ comentando el artículo 90 de la Ley General del Sistema Concursal, señala que dicha norma otorga a los acreedores reconocidos en el procedimiento concursal ordinario, la posibilidad de sustraerse del procedimiento de quiebra del que sería objeto el deudor concursado, en caso los bienes materia de realización no alcanzaran para el pago del total de los créditos reconocidos.

Ello equivale a decir, que mediante el citado artículo se otorga la posibilidad al acreedor concursal, previa solicitud presentada ante la Comisión y luego de acordada la disolución y liquidación, de sustraerse definitivamente del procedimiento concursal.

El otorgamiento de tal facultad obedece a que, en tanto son dichos acreedores los principales perjudicados con el incumplimiento del deudor, deben ser ellos quienes, luego de evaluar las posibilidades de recuperación de sus créditos —tomando en consideración el patrimonio concursado, el total de créditos reconocidos en el procedimiento, y el orden de preferencia de los mismos—, opten por la alternativa menos onerosa, que consiste en castigar contablemente esta acreencia, y, finalmente, beneficiarse tributariamente al reducir —de este modo— la base imponible sobre la cual se calculará el impuesto a la renta que deberán pagar.

Martín Villanueva Gonzales,² respecto al procedimiento de quiebra, señala que al producirse la extinción del patrimonio de un deudor sometido a procedimiento concursal, el liquidador solicitará la declaración judicial de quiebra de dicho deudor.

Agrega que una vez presentada la demanda al Juez, éste deberá verificar la extinción del patrimonio del deudor y emitirá el auto que declara la quiebra del deudor, la extinción de su patrimonio y la incobrabilidad de sus deudas.

Indica Villanueva que una vez que la resolución que declara en quiebra al deudor haya quedado consentida, se entenderá por concluido el procedimiento de quiebra, y el Juez deberá ordenar la inscripción de la extinción del patrimonio del deudor en el Registro Personal y emitir los certificados de incobrabilidad para todos los acreedores que quedaron impagos.

¹ FLINT BLANCK, Pinkas. *Exégesis de la Ley General del Sistema Concursal*. Lima: Grijley, 2002, pp. 514 y 515.

² VILLANUEVA GONZALES, Martín. «¿Los acreedores pueden exigirle el pago al deudor luego de emitidos los certificados de incobrabilidad?». En: *Abogados Legal Report*. Lima: Gaceta Jurídica, n.º 21, año 2, septiembre de 2004.

Recuerda que los certificados de incobrabilidad emitidos por el Juez son los documentos que acreditan la incobrabilidad de los créditos como consecuencia de la extinción del patrimonio del deudor sometido al procedimiento concursal, y su finalidad es que los acreedores —tratándose de personas naturales o jurídicas generadoras de rentas de tercera categoría— puedan sustentar, para efectos tributarios, el castigo de los créditos que han quedado impagos.

Es evidente que el certificado de incobrabilidad tiene por objeto dejar constancia de que una determinada deuda no se ha podido cobrar.

Por otra parte, de las normas citadas³ se puede advertir que el otorgamiento de los certificados de incobrabilidad puede provenir tanto de un acto involuntario del acreedor, como de un acto voluntario de éste.

Estaremos en el caso de certificados de incobrabilidad otorgados sin que concurra la voluntad del acreedor, cuando los mismos sean otorgados por el Juez, al acreditarse la extinción del patrimonio del deudor.

Es claro que cuando nos encontramos ante certificados de incobrabilidad obtenidos por los acreedores de esta manera, resulta perfectamente posible que en la eventualidad de que el deudor recupere su solvencia en el futuro, los acreedores que hubiesen obtenido dichos certificados de incobrabilidad, podrán intentar el cobro de sus créditos.

Mal podría sostenerse que la existencia de un certificado de incobrabilidad obtenido por un acreedor de manera involuntaria pueda implicar un acto de renuncia al cobro de la deuda.

Ello, en la medida de que dicho acreedor jamás habría expresado su voluntad de no cobrar el crédito y el certificado de incobrabilidad únicamente acreditaría que sus esfuerzos por cobrar no tuvieron éxito.

En tal sentido, coincidimos con las expresiones de Villanueva Gonzales, cuando afirma que al no haberse establecido en la Ley General del Sistema Concursal la extinción de las obligaciones del deudor como resultado de la declaración judicial de quiebra, ni ser la quiebra uno de los modos de extinción de obligaciones contemplados en el Código Civil, los acreedores impagos

³ Los artículos 90 y 99 de la Ley General del Sistema Concursal.
www.radjuris.cisep Peru.com

conservarán su derecho de acción sobre los bienes que pueda adquirir el deudor con posterioridad a su declaración de quiebra. Es decir, los acreedores podrán iniciar acciones judiciales con la finalidad de recuperar los créditos impagos, producto de la extinción del patrimonio del deudor y la consiguiente declaración de quiebra.

Asimismo, en el caso en que los acreedores logren la recuperación de sus créditos impagos, deberán considerar —a efectos de la determinación de la base imponible para el cálculo del impuesto a la renta— el importe correspondiente al crédito recuperado, como un ingreso del ejercicio gravable en el que se produzca la cobranza respectiva.

Repetimos que esto resulta claro, pues el otorgamiento del mencionado certificado obedece a la extinción del patrimonio del deudor y a su consiguiente declaración judicial de quiebra; es decir, se debe a razones ajenas a la voluntad del acreedor. Éste aún confiaba en la posibilidad de ver satisfecha su acreencia, pero ello no sucedió debido a que el patrimonio de su deudor se extinguió satisfaciendo los créditos de otros acreedores de rangos preferentes.

Distinto es el caso en el cual el certificado de incobrabilidad es obtenido por propia voluntad del acreedor, conforme a lo dispuesto por los artículos 90 y 99.5 de la Ley General del Sistema Concursal.

Como ha sido dicho, la obtención del certificado de incobrabilidad en este caso resultaría ser un acto voluntario, de modo tal que esa obtención no habría dependido de la finalización del procedimiento concursal o de quiebra, ni de la constatación por parte de las autoridades administrativas y judiciales de la incobrabilidad de la referida deuda.

En estos casos, la obtención del certificado de incobrabilidad por solicitud del acreedor, determinaría su inequívoca voluntad de renunciar al cobro del crédito en el marco del respectivo procedimiento concursal.

Además, esa obtención voluntaria del certificado de incobrabilidad, va a revestir utilidad para el acreedor en materia tributaria, para sustentar el castigo de los créditos que hubieren quedado impagos.

Queda claro, entonces, que la facultad de emitir certificados de incobrabilidad no es exclusiva de los jueces, pues la emisión de éstos también está a cargo del INDECOPI, en el caso en que el acreedor solicite que se le

excluya del procedimiento concursal y, en consecuencia, se le emita el mencionado certificado.⁴

Es decir, en el caso en que el acreedor se retira voluntariamente, cuando aún se está llevando a cabo el procedimiento concursal —esto es, antes de que se inicie el procedimiento de quiebra— debido a que, al haber efectuado un análisis costo-beneficio, constató que retirarse del procedimiento, y castigar esa cuenta por cobrar contablemente (usando como medio probatorio el certificado de incobrabilidad) le resulta menos oneroso que continuar con un procedimiento en el que no tiene ninguna expectativa real de éxito para el cobro de su acreencia.

Dentro de tal orden de ideas —y como ya hemos señalado— debe quedar clara la distinción entre la obtención involuntaria del certificado de incobrabilidad y la obtención voluntaria del mismo.

En el primer caso (obtención involuntaria), el certificado de incobrabilidad llega a manos del acreedor como consecuencia de la incobrabilidad del crédito en el procedimiento de quiebra; en tanto en el segundo caso llega a sus manos como consecuencia directa de su voluntad y conveniencia de que se declare incobrable la deuda.

Dentro de tal orden de ideas, entendemos que el certificado de incobrabilidad obtenido involuntariamente deja intactos todos los derechos del acreedor para intentar cobrar la deuda tanto frente al deudor, hoy insolvente (cuando recupere su solvencia), como frente a terceros que hubiesen constituido garantías reales o personales a favor del referido acreedor.

Consideramos que lo antes indicado resulta incontrovertible.

Sin embargo, no podemos realizar la misma afirmación en lo que respecta a los certificados de incobrabilidad obtenidos de manera voluntaria por los acreedores.

Decimos esto, por cuanto en el caso del certificado de incobrabilidad obtenido involuntariamente, debemos entender que el acreedor realiza tales gestiones para que se asuma que su deuda tiene tal condición, es decir, que ella resulta incobrable.

⁴ Conforme a lo dispuesto por el artículo 99 de la Ley General del Sistema Concursal, oportunamente citado en este trabajo.

Se trata de una especie de reconocimiento voluntario de una situación cuya ocurrencia ha sido ajena a la voluntad del acreedor (en el sentido de no poder cobrar), pero dicho acreedor ha renunciado a esperar a la conclusión del proceso, es decir a saber —jurídicamente hablando— si su deuda va a ser cobrada o a esperar que se le otorgue el certificado de incobrabilidad, como consecuencia de la constatación jurídica de que no la puede cobrar.

La obtención voluntaria del certificado de incobrabilidad representa la asunción —en términos jurídicos— de la situación de hecho (pues todavía no correspondía ser reconocida en Derecho) de que la deuda es incobrable.

Ahora bien, lo que correspondería preguntar en este estado de nuestro análisis, es qué efectos jurídicos en el plano civil acarrea el certificado de incobrabilidad obtenido de manera voluntaria.

Resulta evidente que la obtención voluntaria del certificado de incobrabilidad no constituye un medio típico de extinción de las obligaciones.

Como se recuerda, el Código Civil Peruano regula en la Sección Segunda del Libro VI de Derecho de Obligaciones, los medios extintivos de las obligaciones, que podrían considerarse como medios típicos de extinción de las mismas.

Dentro de tal orden de ideas, en el Título II de la referida Sección Segunda, se trata acerca del Pago, medio extintivo idóneo y natural de las obligaciones.

Y en la misma Sección Segunda se regulan otros medios extintivos de las obligaciones, tales como la Novación (Título III), la Compensación (Título IV), la Condonación (Título V), la Consolidación (Título VI), la Transacción (Título VI) y el Mutuo Disenso (Título VIII).

Ahora bien, es evidente que los medios extintivos mencionados son solamente aquéllos de carácter típico, es decir aquellos medios a los que el Código Civil otorga expresamente la condición de tales.

Sin embargo, ello no implica que sean las únicas vías a través de las cuales se extinguen las obligaciones.

Y sólo para mencionar un caso emblemático y que se reitera a lo largo de todo el Código Civil, haremos referencia al supuesto de extinción de las obligaciones por imposibilidad sobreviniente del objeto, materia regulada en las normas de Teoría del Riesgo, tanto de Obligaciones (artículo 1138), como de Contratos Parte General (artículos 1431, 1432 y 1433).

Como es evidente, si estamos en presencia de una obligación cualquiera, y con posterioridad al momento de su nacimiento el objeto de dicha obligación deviniera en físicamente imposible, jurídicamente imposible o en ilícito, dicha obligación se extinguiría por imposibilidad o ilicitud sobreviviente del objeto.

Esta afirmación, no controvertida en doctrina, constituye —sin duda— un supuesto de extinción de obligaciones, evidentemente no considerado por el propio Código Civil como un medio típico extintivo de las mismas.

Dentro de tal orden de ideas, corresponde dilucidar la pregunta en el sentido de si el certificado de incobrabilidad, obtenido voluntariamente por el acreedor, podría constituir una causa de extinción de las obligaciones.

Decimos esto, en la medida en que el referido certificado reviste notoria semejanza con la figura de la renuncia de derechos, materia no regulada expresamente por el Código Civil Peruano, pero de amplio tratamiento en la doctrina extranjera y nacional.⁵

Como se sabe, el acreedor tiene la potestad de recurrir a las acciones que la ley le franquea en resguardo de sus derechos, pero podría no hacerlo, por las más diversas consideraciones.

En el entendido de que no se hubiera producido un acuerdo condonatorio entre el acreedor y el deudor, y aquél no realizara acto alguno encaminado al cobro de la deuda, podrían ocurrir situaciones cuya lectura no tendría —necesariamente— por qué ser única.

Se podría inferir que dicho acreedor, al no efectuar una manifestación de voluntad, simplemente no estaría haciendo nada. Recordemos que en virtud de lo dispuesto por el artículo 142 del Código Civil, el silencio únicamente importa

⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, tercera parte, vol. XVI, tomo IX, pp. 261-265.
www.radjuris.ciseperu.com

o conlleva manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

En tal sentido, la inacción del acreedor podría entenderse simplemente como un no hacer voluntario que nada implica. No sería posible, dentro de tal razonamiento, llegar a concluir en que dicha falta de acción por el acreedor equivale a una renuncia al cobro de la deuda.

Consideramos que podría hablarse de renuncia al cobro de la deuda cuando existen actos de manifestación de voluntad del acreedor que conduzcan inevitablemente a tal conclusión.

Un ejemplo sería que el acreedor expresara al deudor, de modo unilateral y sin recibir respuesta alguna, su voluntad de no cobrarle el crédito. Pero aun existiendo manifestación de voluntad en el sentido de no querer cobrar dicho crédito, y al no haberse producido un acuerdo condonatorio (en la medida en que no ha habido asentimiento por parte del deudor), podríamos llegar a la conclusión de que esa «renuncia» sólo implicaría una manifestación de voluntad temporal o momentánea, no necesariamente perpetua. Ello equivale a decir que, con el transcurso del tiempo, la misma podría variar y dicho acreedor —que en algún momento renunció o decidió no cobrar esa deuda— pudiese cambiar de opinión y actuar de manera opuesta, vale decir, cobrándola, acto a cuyo ejercicio antes había renunciado.

Sin embargo, a efectos prácticos, este razonamiento resultaría poco realista y hasta inadecuado, ya que si un acreedor, por ejemplo, expresara por escrito su renuncia formal al cobro de una deuda, liberando de esa forma a su deudor, y luego, merced a un cambio de parecer, le entablara a éste un proceso de cobro, el deudor —sin duda— presentaría como prueba de la extinción de dicha deuda el documento mencionado. No creemos factible que los Tribunales de Justicia consideren que no existió condonación debido a la falta de aceptación previa del deudor. Además, si se aceptara la posibilidad de no tomar como inamovible la renuncia formal de una persona al cobro de una deuda, la situación del deudor sería de una inseguridad jurídica sin sentido.

No está demás señalar que podría existir una inacción del acreedor de carácter voluntario, vale decir, consciente, en el sentido de no querer cobrar una deuda a la que tiene derecho. Sin embargo, a pesar de existir dicha voluntad, no podríamos considerar que estaría renunciando a ella, ya que resultan irrelevantes para el Derecho aquellas voluntades que no son

manifestadas ni expresa ni tácitamente. Tampoco podría estimarse que estamos ante una renuncia tácita, en la medida en que cabe la posibilidad de que no se trate de una pasividad consciente, sino de un simple olvido, caso —este último— en el cual resulta obvio que no podríamos hablar de renuncia.

De todo lo expuesto puede deducirse que la renuncia es un acto unilateral, ejercido sólo por el acreedor de la relación obligacional, pues si contara con el asentimiento oportuno del deudor —sin dejar de encontrarnos dentro del campo de la renuncia— se trataría de una condonación.

Aquello que hemos señalado en torno a la renuncia, nos lleva a pensar que ella podría ser reversible, en la medida en que el deudor desee cumplir con su obligación, ya que —como dijimos— la renuncia consiste tan sólo en la declaración unilateral del acreedor de que no cobrará su crédito. En otras palabras, la renuncia sólo obliga al acreedor a no cobrar su crédito, mas no al deudor a dejar de pagarlo, si ésta constituye su voluntad.

En cambio, la condonación, al integrar un acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, deviene en irreversible para ambas partes. En efecto, una vez producida la condonación, el deudor tampoco podrá imponer el pago al acreedor con quien convino en extinguir la obligación. Con la condonación se da por extinguida la deuda. Ya no existe obligación alguna.

La condonación puede ser seguida de un arrepentimiento por parte del acreedor, del deudor o inclusive de ambos, pero dicho arrepentimiento carecería de eficacia. Ni mediante acuerdo de voluntades podrían ambas partes «revivir» jurídicamente la obligación ya extinguida. Lo que podrían hacer es contraer nuevamente una obligación del mismo objeto (porque es esto lo que se tendría que hacer para lograr la creación de una obligación idéntica a la ya extinguida). En cualquier caso, si ambas partes decidiesen volver a crear tal obligación, ella, a pesar de tener el mismo objeto que la extinguida por condonación, sería una obligación distinta, nueva.

Por otra parte, cabría hacer una acotación, en el sentido de que, por lo general, la renuncia es un acto a título gratuito, es decir, que no requiere de contraprestación alguna. Esta característica resulta evidente, ya que siendo unilateral (si fuese bilateral estaríamos frente a una condonación), sería poco probable encontrar una renuncia que se plantee a título oneroso o con retribución al acreedor renunciante. Pero ello, teóricamente, podría producirse sin llegar a constituir un acto condonatorio, como sería el caso, por ejemplo, en

que el deudor acordase con el acreedor el pago de una suma de dinero o la realización de alguna prestación a su favor, a fin de que demore cualquier acción destinada al cobro de la deuda. En esta hipótesis estaríamos en presencia de una renuncia temporal y de carácter bilateral, pues habría sido acordada por acreedor y deudor.

Como puede apreciarse, la renuncia de derechos es un acto fundamentalmente unilateral y en materia de Derecho de Obligaciones, es el acreedor quien formula la renuncia.

Como se ha señalado, será el deudor quien tomando conocimiento de dicha renuncia, podrá valerse de ella para reclamar la extinción de la obligación.

En otras palabras, la renuncia de derechos como acto unilateral no genera la inmediata extinción de la obligación. Esta extinción sólo se producirá en el supuesto en que el deudor que tome conocimiento de dicha renuncia, decida hacerla valer a su favor.

Es evidente también, que en el caso descrito, los efectos de la renuncia del acreedor a cobrar un crédito, cuando ella hubiese sido aceptada por el deudor, generará efectos similares a los de la condonación, medio extintivo típico regulado en el Código Civil y que implica el perdón voluntario de la deuda.

Por otra parte, es necesario preguntarnos si los efectos de la obtención voluntaria —por parte del acreedor— del certificado de incobrabilidad, serían los mismos que los de la renuncia de derechos efectuada por el propio acreedor.

Si bien generalmente la renuncia constituye un acto recepticio, vale decir un acto dirigido por el acreedor al deudor, ello no tiene por qué ser necesariamente así.

Decimos esto, en la medida de que perfectamente podríamos encontrarnos ante supuestos en los cuales el acreedor formule renuncia a sus derechos, pero lo haga en un documento que no esté dirigido al deudor, sino a una tercera persona.

En ese caso, si el deudor por medio de esta tercera persona tomara conocimiento de dicha manifestación de voluntad del acreedor, resultaría evidente que podría hacer valer contra el acreedor la referida renuncia.

Y lo propio ocurre cuando nos encontramos en presencia de renuncia de derechos *mortis causa*, es decir, una renuncia de derechos efectuada vía testamentaria.

Es evidente que el testamento, por su naturaleza de acto de última voluntad, no está dirigido al deudor de la obligación; sin embargo, dicha renuncia vía testamentaria surtirá efectos a favor de ese deudor, quien, una vez tomado conocimiento de la misma, la podrá hacer valer frente a los herederos del acreedor.

Estimamos que la obtención voluntaria —por parte del propio acreedor— del certificado de incobrabilidad, constituye un caso de renuncia de derechos.

Decimos esto, ya que la solicitud de otorgamiento de dicho certificado implica la expresión de una manifestación de voluntad inequívoca, en el sentido de renunciar al cobro de la deuda en el respectivo procedimiento, por considerar que la misma resulta incobrable. Se trata, en buena cuenta, de asumir, voluntariamente, la situación de incobrabilidad, que jurídicamente aún no habría sido declarada ni tendría por qué haberlo sido antes de la conclusión del procedimiento de quiebra.

En otras palabras, no existiría alguna razón —jurídicamente sustentable— por la cual el acreedor obtuviera el certificado de incobrabilidad de la deuda antes de que concluya el procedimiento de quiebra.

La obtención voluntaria de dicho certificado implica, a nuestro modo de ver, «una capitulación innecesaria» por la cual no tendría que transitar un acreedor.

Sin embargo, en la hipótesis materia de análisis en este artículo, el acreedor decidió transitar por este camino para obtener —de manera anticipada— beneficios tributarios que recién hubiese podido obtener al concluir el procedimiento de quiebra.

Siendo ello así, el acreedor debería asumir las consecuencias de la obtención voluntaria del certificado de incobrabilidad, no sólo en el plano

tributario que —sin duda— fue aquél por el cual se interesó en obtenerlo, sino en los demás planos jurídicos, en donde ocupa lugar de privilegio el Derecho Civil.⁶

Precisamente, desde la doctrina civilista, específicamente desde la teoría del interés como elemento constitutivo de la relación obligatoria, es posible sostener que la solicitud del certificado de incobrabilidad conllevaría a la extinción de la relación obligatoria por haber desaparecido el interés creditorio.

El profesor italiano Masimo Bianca,⁷ respecto a la extinción de la obligación por pérdida de interés en el acreedor, ha señalado que «el decaimiento del interés es causa de extinción de la obligación. La relevancia del decaimiento del interés creditorio sobre la suerte de la obligación significa, concretamente, que el deudor no es responsable por el incumplimiento si por causa a él no imputable, el acreedor no continúa interesado en la prestación, sea porque haya procedido a reemplazarlo o porque no está más en grado de recibirla, o porque su interés ha devenido irrealizable por medio de la prestación debida».

Decimos esto, porque en el supuesto del que hemos partido, el acreedor ha solicitado su certificado de incobrabilidad, y dicha solicitud implicaría una manifestación de voluntad en el sentido de que él ha perdido interés en la ejecución de la prestación, lo que conllevaría a la extinción de la relación obligatoria, puesto que el interés creditorio constituiría una condición para la existencia de la obligación.

Por otro lado, resulta pertinente precisar que existe una norma del Sistema Tributario nacional, que regula el procedimiento que deben seguir los Intendentes de Aduana para efectos de su actuación, cuando existan créditos tributarios de un deudor en un procedimiento concursal.

Nos referimos al Procedimiento IFGRA PE-27, contenido en la Resolución de la Superintendencia Nacional Adjunta de Aduanas n.º 000581-

⁶ No obstante lo expresado, de acuerdo con el criterio interpretativo que proponemos, admitimos que otra lectura del tema podría consistir en aquélla que sostenga que la relación obligacional subsistiría, a pesar de la decisión voluntaria del acreedor de obtener el certificado de incobrabilidad.

Dentro de este criterio interpretativo se podría sostener que la obligación existe, pero con carácter no exigible; vale decir, careciendo del rasgo de exigibilidad, razón por la cual, si una obligación deja de ser exigible, pero todavía existe jurídicamente, se convertiría en lo que se conoce con el nombre de «obligación natural», supuesto en el cual, si el acreedor decidiera ejercer pretensiones de cobro con respecto a sus acreedores o garantes, éstos podrían invocar en su beneficio la condición de obligación natural, es decir, que el pago para ellos sería voluntario.

⁷ BIANCA Masimo. «El interés». En: *Ius et Veritas*, Revista de Derecho, año V, n.º 9, Lima, 1993, vol. 4, p. 113.

2003/SUNAT/A («Aprueban nuevas versiones de diversos procedimientos de calidad»), publicada en el Diario Oficial «El Peruano», con fecha 4 de enero de 2004, en donde se establece que cuando la autoridad administrativa haya obtenido el certificado de incobrabilidad, deberá proceder a la extinción de las obligaciones tributarias, con lo cual se deja en claro que el efecto de la emisión del certificado de incobrabilidad es la extinción de esas obligaciones tributarias.

Así, la referida norma señala expresamente lo siguiente:

«Con la información obtenida, el área con competencia territorial, de corresponder, genera el documento electrónico informando a la intendencia generadora del adeudo respecto de los deudores que cuenten con Resolución Judicial de Quiebra expedida y consentida o ejecutoriada y/o mediante el Certificado de Incobrabilidad emitido por el Juzgado Especializado a cargo del auto de quiebra o Comisión Concursal que emite el Certificado de Incobrabilidad.

El área generadora del adeudo y/o área de recaudación y contabilidad que custodia los actuados, verifica la existencia de deudas pendientes de cancelación a cargo de los deudores comprendidos en el acápite F.1), a efecto de proceder a la extinción de las obligaciones tributarias que correspondan».

4. SOBRE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

Analizando el proceder del Banco de nuestro ejemplo, podríamos afirmar que, al solicitar, por un lado, que se le excluya del proceso concursal al que se hallaba sometido su deudor —y que como consecuencia de tal solicitud, se le emita el respectivo certificado de incobrabilidad—; y, por otro lado, continuar con un proceso civil de ejecución de una garantía para ver satisfecho el crédito al que renunció en el citado procedimiento administrativo, estaría contrariando la Teoría de los Actos Propios.

Con respecto a la Teoría de los Actos Propios, Enneccerus-Nipperdey⁸ señalan que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente, según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, permite concluir en que no se hará valer el derecho. Podemos entender que la Teoría de los Actos Propios es una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, impuesta por el deber de un

⁸ ENNECCERUS-NIPPERDEY. Citados por: CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *La teoría de los actos propios*. Lima: Palestra, 2006, p. 61.

comportamiento coherente con la conducta anterior del sujeto, la cual ha suscitado en otro una fundada confianza.

Asimismo, debemos recordar⁹ que para calificar a una determinada conducta como contraria a la teoría de los actos propios, es necesario que se configuren tres elementos; a saber: 1) Una conducta vinculante, es decir, que exista una conducta que sea «anterior» a la conducta contradictoria, que sea «relevante» para el Derecho, que sea «válida y eficaz» (razón por la cual esta teoría no podría aplicarse a los casos de nulidad, anulabilidad, resolución y rescisión); 2) Una pretensión contradictoria, es decir, que se ejerza una facultad o un derecho subjetivo, que cree contradicción entre ambas conductas; 3) El mismo sujeto, es decir, que se cumpla con la identidad del sujeto que realiza ambas conductas.

Analizando el caso materia de consulta, podríamos afirmar que en él se encuentran presentes los tres elementos necesarios para que resulte factible la aplicación de la Teoría de los Actos Propios a la pretensión del Banco de continuar con el proceso de ejecución de la garantía hipotecaria.

Veamos.

En primer lugar, existe una conducta vinculante del Banco, consistente en la solicitud —voluntaria— de la exclusión del procedimiento concursal y de la expedición —también voluntaria— del certificado de incobrabilidad de la referida acreencia.

Esta conducta es anterior a la actual pretensión de continuar con el procedimiento de ejecución de la garantía; asimismo, es válida y eficaz, pues el artículo 90 de la Ley General del Sistema Concursal lo facultaba para actuar de este modo.

En segundo lugar, su actual pretensión es contradictoria con su conducta anterior, pues al haber solicitado voluntariamente su exclusión del proceso —y la consecuente calificación de su acreencia como incobrable—, creó la confianza razonable —no sólo en su deudor, sino también en los demás acreedores— de que a él ya no le interesaba hacer efectivo el cobro de esa deuda y, por ende, que ya no iba a pretender cobrarla.

⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *Op. cit.*, pp. 81-96.
www.radjuris.cisep Peru.com

Finalmente, el último requisito también se ve satisfecho, pues el sujeto que solicitó que se declare incobrable su crédito, es el mismo que ahora pretende cobrarlo mediante la ejecución de la garantía hipotecaria.

A mayor abundamiento, podemos afirmar que si quien solicita a la Administración el referido certificado de incobrabilidad, lo emplea para castigar contablemente esa cuenta por cobrar —debido, justamente, a la imposibilidad de cobrarla— y, de este modo, beneficiarse con la deducción de la base imponible sobre la cual se calculará el monto al que ascenderá el impuesto a la renta que deberá pagar en ese ejercicio, entonces, se estaría asumiendo en un plano administrativo, en un plano contable, y en un plano tributario, que no se ha cobrado esa deuda y que ella no se podrá cobrar.

Por lo tanto, si en esos tres aspectos de la vida como empresa, se asume que no se puede cobrar esa deuda, entonces no sería posible sostener en el aspecto civil y procesal civil que sí puede hacerlo. En efecto, el acreedor estaría siendo absolutamente contradictorio consigo mismo, al afirmar en tres aspectos distintos de la vida que no es posible llevar a cabo cierta conducta, y en otro, que sí lo es. Ello significaría que una de las dos visiones es incorrecta.

Nosotros creemos que la visión errada es la que intenta sostener que aún cuando ya se renunció voluntariamente, dentro de un procedimiento concursal, a cobrar al deudor (obligación principal), se pueda ver satisfecha esa expectativa de cobro con la ejecución judicial de los garantes.

Pensamos que con la exclusión voluntaria del procedimiento concursal, el acreedor demuestra no tener expectativas jurídicas de cobro.

5. EL PAGO CON SUBROGACIÓN

Establece el inciso 3 del artículo 17 de la Ley General del Sistema Concursal, que la inexigibilidad de las obligaciones del deudor no afecta que los acreedores puedan dirigirse contra el patrimonio de los terceros que hubieran constituido garantías reales o personales a su favor, los que se subrogarán de pleno derecho en la posición del acreedor original.

5.1. Concepto

El pago con subrogación se halla regulado dentro de la Sección Segunda —Efectos de las Obligaciones—, Título II —Pago—, Capítulo Quinto, del Código Civil.

Según la ubicación sistemática de la figura, regulada por los artículos 1260 a 1264 del referido Código, podríamos pensar que estamos en presencia de un medio extintivo de las obligaciones, toda vez que con el pago se extinguiría la obligación. Sin embargo, ello —en estricto— no es así.

Nos explicamos.

El pago con subrogación es una institución que difiere del pago ordinario, pues en lugar de extinguir la deuda, no hace más que cambiar a la persona del acreedor. El deudor se libera, sin duda, respecto a su acreedor, pero se convierte en deudor de aquél que ha pagado la deuda por él.¹⁰

Si bien es cierto que el pago con subrogación no siempre se presenta ante el pago efectuado por un tercero interesado, vamos a centrarnos en el hecho de que quien pague sea un tercero interesado.

Dentro de tal orden de ideas, tendríamos a la parte deudora cuya deuda constituye el objeto de la prestación, a la parte acreedora, que tiene el derecho sobre el crédito y, finalmente, al tercero —ajeno a la relación obligacional existente—, quien efectúa el pago de la deuda.¹¹

En este orden de ideas, siguiendo a Llambías,¹² diremos que el pago con subrogación es un pago *sui generis* que produce un desdoblamiento: se extingue el crédito en la persona del acreedor primitivo, quien resulta eliminado de la relación obligacional; pero subsiste la deuda a cargo del obligado y a favor de quien pagó al acreedor eliminado, explicándose así que pueda haber una sustitución de personas en la relación creditoria subsistente.

¹⁰ COLIN, Ambroise y Henri CAPITANT. *Curso de Derecho Civil*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955, tomo 2, pp. 202-204.

¹¹ Salvo lo dispuesto en el artículo 1260 inciso 1 del Código Civil, caso en el cual el denominado «tercero» no es —en estricto— un extraño a la relación obligacional ya existente, sino que es uno de los codeudores de la misma obligación que, luego de ejecutar el pago de la deuda como codeudor de una obligación indivisible o solidaria, se subroga en el lugar del acreedor, pasando de la calidad de codeudor a la de acreedor frente a sus antiguos codeudores.

Otro supuesto de pago con subrogación en donde quien paga no es un tercero, se presenta en el inciso 3 del artículo 1261 del Código Civil, precepto que establece que la subrogación convencional tiene lugar, cuando el deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos del acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresado su procedencia al tiempo de efectuar el pago.

¹² LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Derecho Civil. Obligaciones. Transmisión de las Obligaciones. Extinción de las Obligaciones. Pago*. Actualizado por Patricio Raffo Benegas. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1982, Tercera Edición, tomo II-B, pp. 336 y 337.

En tal sentido, a través del pago con subrogación se extingue la deuda pero no la obligación en sí, porque se extingue la deuda respecto del acreedor que recibió el pago, pero esa misma obligación sigue surtiendo efectos entre los mismos deudores (argumento del artículo 1260, incisos 2 y 3 del Código Civil) o deudores restantes (artículo 1260, inciso 1 del mismo cuerpo normativo) y el nuevo acreedor («tercero»).

De esta forma, para que el pago con subrogación surta efectos, es indispensable que la deuda que se pretende pagar forme parte de una obligación válida, existente y exigible; caso contrario, la parte deudora opondría la nulidad del acto jurídico, la imposibilidad de ejecutar la prestación o la prescripción del mismo, situación en la cual el «tercero» (nuevo acreedor) no tendría posibilidad alguna de subrogarse en la relación jurídica, viéndose imposibilitado de recuperar lo pagado, ya sea porque nunca existió la obligación, porque la obligación devino en imposible o porque la obligación es inexigible.

5.2. La subrogación de pleno derecho de quien por tener legítimo interés cumple la obligación

El artículo 1260 del Código Civil señala los supuestos en que la subrogación opera de pleno derecho, es decir, los supuestos en que la subrogación se da por impulso de la ley, siendo irrelevante —para que ella se produzca— la voluntad de las partes.

Veamos:

Artículo 1260.- «La subrogación opera de pleno derecho en favor:

1. De quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.
2. De quien por tener legítimo interés cumple la obligación.
3. Del acreedor que paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente».

A continuación solamente haremos referencia al segundo supuesto del artículo 1260, toda vez que el caso materia del presente estudio está referido a él.

El supuesto clásico previsto por la norma¹³ es el de la deuda cuyo pago está garantizado, y quien ha otorgado la garantía, ante el incumplimiento del deudor a quien garantiza, se ve obligado a satisfacer la prestación. En este caso, el fiador o garante real se subroga en el lugar del acreedor, a fin de cobrar al (a los) ex deudor(es) garantizado(s), que se convertiría(n) en su(s) deudor(es) «a secas».

Dentro de tal orden de ideas, podemos afirmar que el supuesto del inciso 2 del artículo 1260 comprende —como supuesto de excelencia— al garante que ha gravado con garantía hipotecaria un bien a fin de respaldar el cumplimiento de una obligación ajena.

Así, en el caso concreto, tenemos como sujetos de la relación obligacional y posibles «terceros» a las siguientes personas:

1. El Banco, como «acreedor»;
2. El Deudor principal,
3. El Tercero garante.

Los «terceros», como garantes hipotecarios, tienen —como se establece en el inciso 3 del artículo 17 de la Ley General del Sistema Concursal— legítimo interés en el cumplimiento de la obligación de la deudora, en la medida de que el incumplimiento de la misma conllevaría al inexorable remate del bien otorgado en garantía, situación en la cual el único derecho que tendrían los «terceros» sería el de subrogarse en la relación obligatoria en el lugar del Banco y sustituirlo en todos sus derechos, acciones y garantías, hasta por el monto de lo que hubiesen pagado (argumento del artículo 1262 del Código Civil).

A continuación analizaremos cuáles son esos derechos, acciones y garantías a los que tendrían derecho «los terceros», en el caso hipotético de que les ejecuten la garantía que ellos han constituido en favor del Banco y en resguardo del cumplimiento de la obligación del deudor.

Recordemos que, a decir de Ulises Montoya Manfredi, Ulises Montoya Alberti y Hernando Montoya Alberti,¹⁴ uno de los efectos del inicio del procedimiento concursal es la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones

¹³ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, vol. XVI, Segunda Parte, tomo VII, p. 453.

¹⁴ MONTOYA MANFREDI, Ulises, Ulises MONTOYA ALBERTI y Hernando MONTOYA ALBERTI. *Derecho Comercial*. Lima: Grijley, 2004, tomo I, 11ª edición, pp. 468 y 469.

a cargo del deudor, hasta que se haya aprobado el Plan de Reestructuración, el Acuerdo Global de Refinanciación o el Convenio de Liquidación, en los que se establezcan las condiciones referidas a la exigibilidad de todas las obligaciones comprendidas en el procedimiento y la tasa de interés aplicable en cada caso, lo cual será oponible a todos los acreedores comprendidos en el concurso.

Sin embargo, la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones del deudor concursado no afecta a los terceros que constituyeron garantías para respaldar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por dicho deudor. En tal sentido, los acreedores titulares de una garantía —sea cual fuere su naturaleza— podrán dirigirse contra el patrimonio de los garantes para hacer cobro de la deuda garantizada.

En este orden de ideas,¹⁵ y prescindiendo por un momento del caso bajo análisis, un acreedor, en principio, no se encontraría impedido de dirigirse contra los garantes (hipotecarios, pignoratícios, anticréticos, mobiliarios, fiadores, etc.), a fin de hacerse cobro del crédito concursado mediante la ejecución de la garantía.

Pero, en el caso concreto, de hacerse efectivo el remate del bien, la deuda principal se extinguiría, pero por mandato expreso de la Ley General del Sistema Concursal y del Código Civil, los garantes se deberían subrogar en el lugar del acreedor original, es decir, en el lugar que antes ocupaba el Banco, sustituyéndolo en todos los derechos, acciones y garantías que éste hubiere adquirido frente al deudor principal.

Por lo tanto, todo aquello que beneficiaba o perjudicaba al Banco, como acreedor del crédito concursado, beneficiará o perjudicará a los garantes como nuevos acreedores, en virtud de la subrogación legal o de pleno derecho.

De ello se desprende que la relación obligacional que existía entre el Banco y el deudor principal se vería integrada ahora por los garantes y el referido deudor, bajo las mismas condiciones y circunstancias en que ella existía cuando el Banco la integraba. Ello equivale a decir que el crédito reconocido a favor del Banco por la Comisión de Procedimiento Concursal¹⁶ y el orden de prelación en el pago de los créditos, serán las condiciones que rijan

¹⁵ Dejando a salvo nuestra posición en torno a la renuncia de derechos efectuada por el Banco, cuando solicita, tramita y obtiene —voluntariamente— el certificado de incobrabilidad.

¹⁶ Hasta por el monto pagado por los garantes.

para los nuevos acreedores (ex garantes) hasta por el monto de la deuda que ellos hubieren pagado.

Sin embargo, en la hipótesis materia de este artículo, podemos afirmar que de ejecutarse el bien otorgado en garantía, los garantes (futuros subrogantes) no tendrían derecho alguno que exigir frente al deudor principal, toda vez que el Banco, habría solicitado—voluntariamente— su exclusión como acreedor del proceso concursal y habría obtenido —también voluntariamente— el respectivo certificado de incobrabilidad.

Ahora bien, a pesar de que no existe una norma expresa al respecto en sede de hipoteca, prenda, garantía mobiliaria o anticresis, en el Código Civil Peruano, pensamos que resultaría de plena aplicación lo dispuesto sobre el tema en materia de fianza.

Se trata del artículo 1902 del propio Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 1902.- «El fiador queda liberado de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no pueda subrogarse».

Sobre esta norma, Max Arias-Schreiber Pezet y Carlos Cárdenas Quirós¹⁷ indican que ella debe ser concordada con el numeral 1889 del Código Civil, precepto que señala que el fiador que paga la deuda queda subrogado en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor.¹⁸

Indican Arias-Schreiber y Cárdenas que debe tenerse en cuenta que el garante asume su obligación en el entendido de que si se ve precisado a realizar el pago, podrá luego accionar contra el deudor en virtud de la subrogación legal, y dirigirse, por ejemplo, contra las demás garantías que éste hubiese constituido a favor del acreedor.

Para explicar lo que se debe entender por la imposibilidad de subrogación como causal de liberación del fiador, Arias-Schreiber y Cárdenas citan la opinión de Planiol y Ripert, cuando indican lo siguiente:

¹⁷ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y Elvira MARTÍNEZ COCO. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1997, tomo III, pp. 319 y 320.

¹⁸ Como hemos visto a lo largo de este trabajo, la subrogación del fiador no sólo se basa en la norma indicada por los autores citados, sino fundamentalmente en la norma general del artículo 1260, inciso 2 del Código Civil, precepto que señala que la subrogación opera de pleno derecho en favor de quien por tener legítimo interés cumple la obligación; y éste —entre otros— es el caso del fiador.

«El fiador no puede quedar liberado cuando no ha sufrido ningún perjuicio como consecuencia de actos que reprocha al acreedor; si el acto o la negligencia reprochados al acreedor no han impedido más que parcialmente el reembolso del fiador, éste sólo queda liberado en la medida del perjuicio sufrido».

Citan también la opinión del maestro León Barandiarán, cuando afirmaba que «La extinción de la fianza puede no ser total, sino sólo en tanto el hecho del acreedor haya causado el respectivo perjuicio al fiador, en cuanto le priva de la acción subrogatoria».

En tal sentido, Arias-Schreiber y Cárdenas consideran que el artículo 1902 del Código Civil «debe ser aplicado teniendo en cuenta el grado de imposibilidad o impedimento para la subrogación del fiador, y el perjuicio efectivamente irrogado a éste por causas imputables al acreedor».

Como se puede apreciar, el artículo 1902 del Código Civil Peruano se halla estrechamente vinculado con lo establecido por el artículo 1262 del propio Código Civil, precepto que establece que la subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado.

En tal sentido, consideramos que no existiría razón alguna que justifique su no aplicación al caso de una garantía real o, simplemente, de cualquier otra garantía.

Decimos esto, pues, sería de aplicación al tema el viejo aforismo romano *Donde hay la misma razón, hay el mismo derecho*. Si el fiador puede liberarse, también el deudor hipotecario, pignoraticio, mobiliario o anticrético debería estar en la posibilidad de hacerlo.

Pero nuestros argumentos no terminan aquí, pues el Código Civil Italiano de 1942, fuente de inspiración constante del legislador peruano de 1984, contiene una norma específica que señala que la hipoteca constituida por el tercero se extingue, si por hecho del acreedor no puede tener efecto la subrogación del tercero en los derechos que le correspondían.

Se trata del artículo 2869, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 2869.- «Extinción de la hipoteca por hecho del acreedor.—

La hipoteca constituida por el tercero se extingue si por hecho del acreedor no puede tener efecto la subrogación del tercero en los derechos, en la prenda, en las hipotecas y en los privilegios del acreedor».

Sobre el referido numeral, Francesco Messineo¹⁹ señala lo siguiente:

«El tercero dador tiene repetición contra los fiadores del deudor y contra los eventuales terceros dadores, por su respectiva porción; y puede ejercitar, también frente a los terceros adquirentes, el subingreso previsto por el segundo apartado del art. 2866 [...]. Pero la hipoteca del tercero dador se extingue —y éste queda liberado de las consecuencias de la garantía constituida— si, por hecho del acreedor, no puede tener lugar la subrogación de él, tercero dador, en los derechos, en la prenda, en las hipotecas y en los privilegios del acreedor, a tenor del art. 1203, n.3 [...] (art. 2869). Se trata, como advierte la *Relación* del Guardasellos n. 1169), de la extensión —a la materia de la hipoteca— del llamado *beneficium cedendarum actionum*, válido ya en derecho romano en materia de fianza [...]».

En adición a lo expuesto, podemos citar la opinión del profesor italiano Domenico Barbero,²⁰ cuando afirma que:

«[...] Y en cuanto a la conducta del acreedor, consecuencia más grave todavía es que se extingue, a entera ventaja del tercero dador, la hipoteca otorgada por él si, *por hecho del acreedor*, no puede tener lugar la subrogación del tercero dador en los derechos y en las garantías, privilegios, prendas e hipotecas del mismo acreedor, referentes —se entiende— al mismo crédito (art. 2869), que es la realización práctica del llamado *beneficium cedendarum actionum*».

Y éste es precisamente el caso que venimos analizando.

Decimos esto, en base a lo sostenido por nosotros en lo que respecta a la renuncia de derechos que habría efectuado el Banco, al solicitar, tramitar y obtener —voluntariamente— su exclusión del procedimiento concursal y el certificado de incobrabilidad.

Todo lo anotado nos conduciría a afirmar que la garantía hipotecaria (al igual que cualquier otra garantía) se habría extinguido por aplicación del viejo aforismo romano de que *Lo accesorio sigue la suerte de lo principal*.

¹⁹ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, tomo IV, Derecho de las Obligaciones, Parte General, p. 278.

²⁰ BARBERO, Domenico. *Sistema del Derecho Privado. Obligaciones*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967, tomo III, p. 255.

Ello, pues la doctrina concuerda —y así ha sido consagrado en diversas legislaciones— en que la hipoteca (y también la prenda y la anticresis) es un derecho real de garantía, cuya finalidad es —precisamente— la de garantizar una relación jurídica de carácter obligacional, es decir, la finalidad última de la hipoteca (y de la prenda y la anticresis) es servir de garantía a un crédito, no pudiendo existir hipoteca si es que ésta no garantiza alguna obligación.

Esta característica de los derechos reales de garantía es explicada en doctrina a través de los principios de especialidad de la hipoteca y de accesoriedad de la misma.

El principio de especialidad, según explica Messineo,²¹ se refiere a que la hipoteca no puede afectar sino a «bienes determinados» y por una «suma determinada». En sede nacional, Francisco Avendaño Arana²² precisa que de acuerdo con el principio de especialidad, sólo se pueden gravar bienes determinados y existentes (especialidad en cuanto al bien) y en garantía de obligaciones individualizadas y hasta por montos determinados (especialidad en cuanto al crédito).

La accesoriedad de la hipoteca implica que ella sólo es posible debido a un crédito al cual garantiza, y sigue el destino o suerte del derecho o crédito garantizado, se extingue o cede con él. En otras palabras, la hipoteca al surgir con el crédito garantizado sigue su curso, pudiendo desaparecer con él: *accessorium sequitur principale* (lo accesorio sigue la suerte de lo principal), decían los romanos.

En nuestra legislación no puede existir hipoteca sin crédito que garantice.²³ Así, el artículo 1097 del Código Civil estipula que «Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero».

Asimismo, el inciso 2 del artículo 1099 del Código Civil establece como requisito de validez de la hipoteca, el que la misma asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable. Es decir, la hipoteca sólo será

²¹ MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, p. 100.

²² AVENDAÑO ARANA, Francisco. La cobertura de la hipoteca. En: Diario Oficial «El Peruano» de fecha 23 de julio de 2003, p. 18.

²³ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. Con la colaboración de ARIAS-SCHREIBER MONTERO, Ángela y Elvira MARTÍNEZ COCO. *Exégesis del Código Civil de 1984. Derechos Reales de Garantía*. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, tomo VI, pp. 169 y ss.

válida si es que tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.

Así como la accesoriedad de la hipoteca influye en el nacimiento y desarrollo de la propia hipoteca, por obvias razones también lo hace en la extinción de la misma. La hipoteca se extingue cuando se extingue la obligación garantizada. Por ello, en consideración al carácter accesorio de la hipoteca, si es que la relación jurídica obligacional ha quedado extinta, la hipoteca (al igual que cualquier otra garantía) debe seguir su misma suerte, por lo que ella debe extinguirse también. Como señala el profesor español José Puig Brutau,²⁴ la hipoteca no tiene razón de ser por sí misma, aisladamente considerada, sino como garantía de un derecho de crédito. Por ello, se extingue en todo caso con la extinción de la obligación garantizada, pero además puede extinguirse por causas que sólo se refieran a este derecho real de garantía, quedando entonces el derecho de crédito como lo que es por sí sólo: un derecho personal.

Así lo establece el artículo 1122 del Código Civil Peruano, precepto que recoge como causa de extinción de la hipoteca, la extinción de la obligación que garantiza.

Y, como hemos señalado anteriormente, las posibilidades de que los garantes se subroguen en el lugar del Banco para cobrar la deuda son nulas, en la medida en que el Banco solicitó, tramitó y obtuvo —voluntariamente— su exclusión como acreedor del proceso concursal y el respectivo certificado de incobrabilidad.

Esa situación, como hemos dicho, constituye una renuncia al cobro, la misma que para surtir efectos contra el acreedor debería ser aceptada por el deudor de la obligación. En tal caso, no existiría relación obligacional alguna en la cual los garantes se puedan subrogar, ya que el Banco, al haber manifestado —voluntariamente— su intención irrevocable y definitiva de sustraerse como acreedor del procedimiento concursal ordinario y la emisión del certificado de incobrabilidad, habría renunciado —en ese proceso— a su calidad de acreedor.

Todo lo expuesto nos conduce a afirmar que si el tercero que garantiza la obligación del deudor no tiene la posibilidad de subrogarse en el lugar del acreedor primigenio, debido a un acto de este último (como la voluntaria

²⁴ PUIG BRUTAU José. *Fundamentos del Derecho Civil*. Barcelona: Editorial Bosch, 1978, vol. I, tomo II, 2da. edición, pp. 301 y ss.

solicitud de exclusión del procedimiento concursal y del certificado de incobrabilidad), entonces, el acreedor original no podría dirigirse contra el patrimonio del garante.

Ello equivale a decir que se debería permitir que los acreedores puedan exigir el pago de las obligaciones garantizadas por terceros, siempre y cuando éstos puedan sustituirse —por el monto pagado— en el lugar del acreedor a quien se le pagó, para así —luego— exigir el pago efectuado a quien fuera su deudor garantizado; de lo contrario, el acreedor originario no podría dirigirse contra el patrimonio del garante.

En suma, si la subrogación no puede producir todos sus efectos,²⁵ entonces el acreedor originario no podría dirigirse contra el patrimonio del garante, por la sencilla razón de que éste, luego de pagar, no podrá dirigirse contra el deudor.

Por último, no debemos olvidar que el mecanismo de subrogación legal o de pleno derecho, constituye un conjunto de normas de orden público, que representan una garantía para quienes encontrándose en cualquiera de los supuestos de los incisos 1, 2 y 3 del artículo 1260 del Código Civil, se ven en la necesidad de pagar la obligación de otro.

Específicamente, en el supuesto del artículo 1260, inciso 2, quien efectúa el pago es un tercero que tiene directo interés en el mismo, pues de no hacerlo, sufriría un daño inminente en su esfera patrimonial, la que tendría que responder por una deuda ajena.

En otras palabras, lo que busca el Derecho a través del mecanismo de la subrogación legal o de pleno derecho, es que el tercero que pague siempre tenga la posibilidad —aunque sea sólo en el plano jurídico— de subrogarse en el lugar del acreedor en el marco de la relación obligatoria. Se pretende, pues, que tenga expedito su derecho para cobrar al deudor original, cuya deuda pagó el tercero.

6. CONCLUSIONES

6.1 A entender nuestro, la obtención voluntaria —a requerimiento del acreedor— del certificado de incobrabilidad en el marco de un

²⁵ Que son extinguir la deuda del deudor frente al acreedor originario y, además, permitir que el ex garante (nuevo acreedor) pueda sustituirse en el lugar del acreedor para cobrar al deudor lo pagado.

procedimiento concursal, a la par que su utilización frente a la Administración Tributaria, con el objeto de castigar una deuda, representa un supuesto de renuncia de derechos.

- 6.2 Habida cuenta de que toda garantía es siempre accesoria de la obligación principal, resulta aplicable al caso el principio por el cual *Lo accesorio sigue la suerte de lo principal*.

De este modo, si se extingue la obligación principal, se extingue también la hipoteca (así como cualquier otra garantía real o personal), siendo aplicable lo dispuesto por el inciso 1, del artículo 1122 del Código Civil.

- 6.3 Resulta de aplicación a la hipoteca (y a las demás garantías) el principio dispuesto por el artículo 1902 del Código Civil, cuando establece que «El fiador queda liberado de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no pueda subrogarse». Ello, en razón del viejo aforismo en el sentido de que *Donde hay la misma razón, hay el mismo derecho*.

La obtención voluntaria del certificado de incobrabilidad en el marco de un procedimiento concursal, determina que por un hecho imputable al acreedor, el garante que paga la deuda principal, no pueda subrogarse en el lugar del acreedor.

En razón de ello, el garante que se encuentre en tal condición, debería quedar liberado de su obligación.

Lima, mayo del 2008.