

LA GARANTIA HIPOTECARIA Y SU EJECUCIÓN JUDICIAL

Christian Oscar Díaz Solís (*)

DÍAZ SOLÍS, Christian Oscar: LA GARANTÍA HIPOTECARIA Y SU EJECUCIÓN JUDICIAL En: IPEF, Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses, Año XV N° 81-1, Marzo 2021, pps. del 35 al 39.

Print ISSN: 2308- 5401 / Line ISSN: 2617- 0566
La revista indexada en LATINDEX (folio 22495)
www.latindex.org.unam.mx

RESUMEN:

La confianza es necesaria para el desarrollo del comercio y los negocios. Sin confianza no existirían las entidades financieras, los créditos, ni diversas figuras jurídicas que fomentan el desarrollo del comercio y economía. En tal sentido, resulta necesario garantizar el pago de los préstamos y acreencias, a efectos de fomentar el crecimiento económico y fortalecimiento de las relaciones económicas financieras. Es así, que la constitución de hipoteca, resulta la garantía idónea, para generar confianza al acreedor financiero, en el caso hipotético de incumplimiento de pago por parte del deudor hipotecario. Entiéndase, que garantizar el pago de una acreencia mediante la afectación de un bien inmueble, obliga al deudor hipotecado a honrar su obligación prestataria, según las condiciones de pago plasmados en el contrato principal de préstamo. Así mismo, la ejecución sumarísima de la garantía inmobiliaria, permite al acreedor hipotecario, la recuperación eficiente del préstamo pecuniario y facilidad de acceso crediticio.

ABSTRACT:

Trust is necessary for the development of trade and business. Without trust, there would be no financial entities, credits, or various legal figures that promote the development of trade and economy. In this sense, it is necessary to guarantee the payment of loans and credits, in order to promote economic growth and strengthen financial economic relations. Thus, the constitution of a mortgage is the ideal guarantee to generate confidence in the financial creditor, in the hypothetical case of non-payment by the mortgage debtor. It should be understood that guaranteeing the payment of a debt through the affectation of real estate obliges the mortgaged debtor to honor his borrowing obligation, according to the payment conditions set forth in the main loan contract. Likewise, the summary execution of the real estate guarantee, allows the mortgagee, the efficient recovery of the pecuniary loan and ease of credit access.

PALABRAS CLAVES:

Hipoteca, Garantía Hipotecaria, Ejecución de Garantía Mobiliaria, Acreedor Hipotecario

KEYWORDS:

Mortgage, Mortgage Guarantee, Execution of Movable Guarantee, Mortgage Creditor

Fecha de recepción de originales: 05 de Febrero de 2021.

Fecha de aceptación de originales: 26 de febrero de 2021.

* Abogado por la USMP.

Magíster en Tributación y Política Fiscal por la Universidad de Lima, Maestría en Ciencias Penales por la UNFV. Ex - Fiscal Provincial Penal del Distrito Judicial de Lima Este.

I. INTRODUCCIÓN:

El término hipoteca se deriva del vocablo griego *hypothekē*, antiguamente utilizado para poner en aviso que una cosa no se podía exhibir por estar oculto. En tal sentido, el uso de esta figura real, deviene en antigua data de los imperios grecos romanos. Sin embargo, fue perfeccionado en el antiguo roma, resultando una muy favorable para acreedor y deudor, toda vez, que no trasladaba el bien, el cual permanecía en posesión del propietario, pero avalando el préstamo otorgado.

Entiéndase, que antiguamente no existían los Registros Públicos donde se formalizan y registran las propiedades, así como sus cargas y gravámenes; Fue recién en la edad media, donde se instauraron los primeros registros, a efectos de ofrecer una mayor seguridad jurídica a los acreedores de los créditos a través de las hipotecas.

En el Perú, la hipoteca se instaura con la creación del Banco Central Hipotecario en 1933 (Gobierno del Presidente Luis Sánchez Cerro). Entiéndase, que el Banco Central Hipotecario fue creado casualmente para otorgar créditos de vivienda. Así mismo, esta institución financiera sobrevivió a las crisis económicas de esos años, lamentablemente, no logró superar, la crisis del quinquenio 1985-1990, donde cerró sus operaciones.

El Código Civil de 1936 estableció diversas formas de hipotecas, en tal sentido, en su artículo 1010 y siguientes, describe a la hipoteca voluntaria, estableciendo que los inmuebles que se hipotecan son aquellos que pueden venderse, así mismo, con criterio rectificador, precisa que no se puede constituirse hipoteca sobre los créditos ni sobre el derecho de arrendamiento. En su artículo 1012, establece como se constituye hipoteca por medio de escritura Pública o por testamento; En tal sentido, nuestro Código Civil a de 1984, en su Artículo 1098, deroga la posibilidad de hipoteca testamentaria, estableciendo que la hipoteca sólo se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.

Nuestro actual Código Civil, en su artículo 1097, define a la hipoteca bajo el siguiente tenor: *“por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación,*

propia o de un tercero”. Al respecto, la presente descripción enfatiza que la hipoteca recae solo sobre inmuebles, generando marcada distinción con la prenda mobiliaria. Así mismo, mediante la hipoteca el deudor autoriza tácitamente al acreedor, a disponer del bien hipotecado, en el hipotético caso de incumplimiento de devolución de la acreencia.

Actualmente, nuestro ordenamiento jurídico, permite una gran variedad de hipotecas, siendo las más solicitadas, el crédito hipotecario tradicional y el crédito hipotecario compartido. La primera modalidad, tiene incidencia con la compraventa de un inmueble, a través de una entidad financiera (Crédito), hipotecando la propiedad adquirida a favor del acreedor financiero, permitiendo al deudor crediticio honrar el préstamo dinerario en cómodas cuotas. La segunda modalidad, se trata de una hipoteca Colectiva (fondos colectivos), conocidos como panderos, donde un grupo de personas, familiares o indistintos, puedan acceder al crédito. Existe una tercera modalidad de hipoteca, extendida para la construcción, remodelación o ampliación de una vivienda unifamiliar, modalidad usada por empresarios a fin de ampliar sus locales comerciales.

Finalmente, la hipoteca es un derecho real de garantía, el cual se inscribe en el rubro de cargas y gravámenes de la ficha del predio en los Registros Públicos, en tal sentido, al ser inscrita la hipoteca, se deberá consignar la siguiente información: el monto del gravamen, la constancia de la obligación que garantiza, fecha de vencimiento y de ser el caso, la ampliación de la hipoteca.

II. ENFOQUE DOCTRINARIO:

Según Orteaga Piana, la hipoteca: *“Es la garantía real por excelencia, configurándose como gravamen en la medida que la respectiva afectación haya sido inscrita, no admitiéndose generación alterna a través de otro mecanismo de publicidad.”*¹

Para el maestro argentino, Ernesto Clemente Wayar: *“La hipoteca es la garantía real por excelencia, configurándose como gravamen*

1 ORTEGA PIANA, Marco: “Garantía Hipotecaria en respaldo de obligaciones futuras o eventuales”, Tomo 183. Lima: Revista Actualidad Jurídica - Gaceta Jurídica, febrero 2009; pp. 41- 47.

en la medida que la respectiva afectación haya sido inscrita, no admitiéndose generación alterna a través de otro mecanismo de publicidad. No hay hipoteca sin inscripción registral, por lo que sin esta última el acreedor estará descubierto para fines de la recuperación de su crédito². Al respecto, no habrá hipoteca, sin inscripción registral. Así mismo, la inscripción obliga a cierta rigurosidad legal (Escritura Pública) y procedimiento registral. Prosiguiendo, Ernesto Wayar razona bajo el siguiente tenor: “Tratándose de las garantías reales, entre lo que podemos denominar como el acto constitutivo (acto dispositivo) y el gravamen real (acto adquisitivo), lo cual corresponde a su vez a la teoría general sobre el título y el modo. Mucho se ha escrito sobre la materia, pero de manera resumida cabe cuestionarse si lo concerniente al título y modo es un tema privativo de los contratos de cambio, sean onerosos o gratuitos, más allá que versen sobre bienes (cosas) muebles o inmuebles, de manera que se extiende a toda clase de negocios, actos y contratos relativos a bienes y que están orientados a generar efectos frente a terceros y que, requieren de publicidad para alcanzar la necesaria oponibilidad, exclusión. En materia de adquisición de derechos reales, el título es la causa inicial o supuesto negocial (contractual o convencional, conforme se entienda lo que es el objeto contractual, esto es, si demanda o no que su naturaleza sea necesariamente crediticia o no) del cual se derivará la traslación, siendo que el modo, o causa final, es lo que la permite. El título como acto jurídico corresponde al perfeccionamiento constitutivo, el modo corresponde más bien, como acto debido, al perfeccionamiento operativo u complementario. En Derecho son reconocidos dos modos o mecanismos para generar oponibilidad, exclusión, en función a la naturaleza de los bienes: posesión y registro. Sin título, por consiguiente, no hay modo. Conforme a ello, la adquisición de un derecho real principal, como la propiedad, o accesorio como la hipoteca, no está subordinada a la celebración del título (del acto jurídico dispositivo, más allá de la discusión en materia hipotecaria sobre si puede ser unilateral o si requiere ser bilateral), sino que demanda que se cumpla con el respectivo modo³”.

2 WAYAR, Ernesto: “Compraventa y Permuta”, Astrea de Ricardo y Alfredo De Palma, Buenos Aires, 1984; pp. 54 y 55.

3 WAYAR, Ernesto: “Compraventa y Permuta”, Astrea de Ricardo y Alfredo De Palma, Buenos Aires, 1984; pp. 54 y 55.

Por su parte, el jurista nacional, Manuel De La Puente sostiene: “La especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado significa determinar qué es lo que respalda. La hipoteca es por naturaleza un acto jurídico accesorio porque presupone una relación principal, sea actualmente existente o no, ella es la que es objeto de la especialidad hipotecaria⁴”. Así mismo, para Beatriz Arean: “El principio de especialidad del gravamen hipotecario respecto al crédito garantizado pretende destacar qué es lo que se garantiza. En ese sentido, la hipoteca debe respaldar una obligación principal identificada, cierta (determinada o determinable) conforme al respectivo título constitutivo. Se trata, por consiguiente, de un tema ligado estrechamente a la literalidad y al carácter expreso de la afectación, por su gravedad patrimonial. Dejamos constancia que cuando nos referimos a obligación principal no queremos contraponer dicho concepto al de obligaciones accesorias, sino al hecho que las garantías son, desde la perspectiva negocial, actos accesorios (a los cuales inclusive podríamos considerar originariamente coligados), ya que demandan de una relación principal, no son negocios de existencia autónoma. Si la hipoteca respalda, más allá que provenga del deudor o de un tercero, una obligación, lo mínimo que puede esperarse razonablemente es que se identifique cuál es esa obligación garantizada, al margen que sea simple o modal, actual o no⁵”.

Para Peña Bernaldo de Quiroz: “La hipoteca es una garantía constitutivamente registral, por lo que todas sus incidencias y vicisitudes deben constar publicitadas de igual manera, necesariamente, por la naturaleza jurídica de esta figura. El valor constitutivo de la inscripción se manifiesta en que el ejercicio de las facultades más típicas de la hipoteca presupone la previa inscripción⁶”.

Según nuestra legislación, la obligación garantizada mediante hipoteca, debe ser cierta: determinada o determinable, pudiendo ser no sólo presente sino además futura. Por tanto,

4 DE LA PUENTE, Manuel. Abriendo el debate. En: Themis. Segunda época, No. 15. Lima, 1989; pp. 86 y 87.

5 AREÁN, Beatriz. Curso de Derechos Reales - Privilegios y derecho de retención, tercera edición ampliada. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994; p. 573.

6 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: “Derechos Reales. Derecho Hipotecario”. tomo II, tercera impresión, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999; p. 127.

resulta de aplicación, el principio de literalidad. En tal sentido, el gravamen se interpreta y aplica conforme a lo que consta expresamente en el título constitutivo. Por tanto, nuestro ordenamiento civil, no reconoce la hipoteca tácita o aquella que se hace extensiva a obligaciones que no estén específicamente señaladas en el respectivo título constitutivo. Así mismo, el gravamen debe ser expreso y rige por el principio de literalidad, lo cual significa, que sólo respalda a la obligación principal enunciada en su título constitutivo, sea presente o futura, por lo que no hay gravamen tácito, esto es, la hipoteca no puede extenderse en respaldo de obligaciones no consideradas en su título constitutivo.

Finalmente, la hipoteca se rige por la literalidad, por lo que conste expresamente en el título constitutivo, siendo pertinente el principio de especialidad del gravamen hipotecario respecto del crédito garantizado.⁷

III. CONSTITUCIÓN Y FORMALIDAD:

Conforme al artículo 1098 del Código Civil, su constitución debe exteriorizarse a través de una determinada formalidad, es decir, "escritura de gravar". Al respecto, en virtud del principio de fe pública registral los terceros que adquieran derechos del "titular registral" no propietario no deberán verse perjudicados por esa circunstancia; de allí que el artículo 2014 del Código Civil prescribe que: *"el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos"*. Así mismo, de conformidad con el artículo 1101 del Código Civil, la hipoteca se extiende a las partes integrantes del bien hipotecado. Así, si se hipoteca una casa se entienden también hipotecados los ladrillos, losetas, piedras, cemento que formen parte de la misma. Ello parece lógico atendiendo que si son partes integrantes se entiende que forman parte del bien hipotecado. Las partes integrantes se someten a la misma condición del bien del que forman parte.

Con respecto, a la indivisibilidad de la hipoteca, esta condición permite proteger de manera más eficiente la acreencia. En tal sentido, Borda -citado por Avendaño-, la indivisibilidad

⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. Óp. cit.; p.128.

no hace a la esencia de la hipoteca, sino a su perfección como garantía del pago de la obligación principal. Así mismo, Dumoulin -citado por Papañon con respecto a la indivisibilidad hipotecaria desarrolla el siguiente aforismo: "cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas, están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de esta".

Finalmente, el Artículo 1106 del Código Civil, prescribe: "que no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros", esta es una norma de orden público, por tanto, no existe pacto válido posible que establezca una hipoteca sobre un bien que se concibe como futuro. Al respecto, Torres Vásquez, señala: "que desde el momento en que para hipotecar se requiere ser propietario del inmueble la hipoteca de bienes futuros carece de sentido, pues mal pueden hipotecarse bienes de cuya propiedad se carece".

IV. LA EJECUCIÓN DE LA GARANTIA HIPOTECARIA:

Desde nuestra historia republicana, con el Código de Comercio de 1902, los que tenían la categoría de acreedores, eran los garantizados con prenda mercantil, y los específicos acreedores como los bancos hipotecarios, posteriormente la banca estatal de fomento, tuvieron un trato beneficioso para ellos porque fueron garantizados por la prenda o la hipoteca, otorgándoles el poder de auto tutela ejecutiva dándoles la facilidad de proceder, sin llegar a juicio con el deudor, a la venta del remate del bien o bienes. El acreedor solicitaba al juez de primera instancia que le de autorización para venderla, el juez sin oposiciones ni excepciones daba la potestad para que el acreedor vendiera la prenda. Hoy en días estas formas fueron eliminadas con la vigencia del C.P.C. del 93.

Posteriormente, con la vigencia del Código Procedimientos Civiles del 1912, el acreedor o prendario estaba sujeto a los parámetros del régimen general según el Código Procedimientos Civiles del 1912, teniendo la particularidad de que el embargo recaía sobre los bienes hipotecados. Se dieron libertades al acreedor para que este escogiera los bienes en los cuales recaería el embargo.

Entiéndase, que la prenda mercantil, fue derogada por el Código Civil de 1984, en su artículo 1069, respecto a la ejecución de la prenda establecía que, al vencimiento del plazo sin haberse

cumplido la obligación, el acreedor puede vender la prenda según la forma pactada, si no hubiera pacto, el acreedor procede a la venta previa notificación judicial antes de 8 días calendario, el juez podía admitir recurso de oposición del deudor. Esto quiere decir que ha falta de un pacto con carácter extrajudicial, el deudor recibía un trato de ejecución especial, pues el acreedor vendía la prenda, pero antes se daba a conocer al deudor del proceder, este podía oponerse impidiendo la venta siempre y cuando fundamentara con prueba instrumental, es decir con documentos, en este caso el juicio se limitaba a las reglas de menor cuantía.

Ahora, Conforme al costo de recuperación del crédito, las instituciones del sistema financiero quienes son los acreedores penalizaban a sus buenos y malos pagadores mediante una mayor tasa de interés, además los limitaban en el acceso a créditos. Por este motivo, se estableció una solución para reducir costos de transacción y desjudicializar las ejecuciones de garantías reales, esta solución se plasmó con la Ley de la Garantía Mobiliaria N° 28677 en el año 2006, seguida a esta se formalizó la Ley que facilita la constitución y ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias para programas mi vivienda Ley N° 28698.

Finalmente, la hipoteca es una figura jurídica que desarrolla su eficacia ejecutiva en concordancia con nuestro ordenamiento procesal civil. Ahora, nuestra regulación normativa de la hipoteca en el Código Civil no contiene una regla que determine una solución en caso que el monto del gravamen sea menor a lo adeudado y tampoco se encuentra una solución en el código Adjetivo. Por ello el contenido del artículo 1107 del código sustantivo debe entenderse en los conceptos que mínimamente deben cubrir la hipoteca, sin agotarlos y tampoco sin considerar el monto del gravamen. En ese sentido, son diferentes los conceptos del monto del gravamen y las obligaciones conjeturadas con esta. En el primer caso nos encontramos con el monto máximo, el límite del monto acordado por las partes; en el segundo caso nos encontramos con los conceptos que pueden ser cubiertos por la hipoteca. La incompatibilidad entre ambos es lo que ocasiona un proceso judicial.

V. CONCLUSIONES:

La hipoteca es el medio de garantía real, de mayor relevancia de nuestro ordenamiento jurídico, pues garantiza el cumplimiento de una

acreencia, afectando bienes inmuebles formales, mediante su inscripción ante el Registro de la Propiedad Inmueble. Así mismo, su constitución, deviene en rigurosa, a efectos de otorgar seguridad jurídica al acreedor hipotecario.

La ejecución sumaria de una garantía hipotecaria, en caso de incumplimiento de pago por parte del deudor, ofrece mayor seguridad jurídica al acreedor hipotecario, toda vez, que la recuperación mediata del crédito adeudado, dota de eficacia a dicha garantía mobiliaria generando mayor confianza para el otorgamiento de créditos y la extensión de hipotecas.

El derecho de acción del acreedor hipotecario, se encuentra limitado por el monto del gravamen del inmueble hipotecado. En tal sentido, el auto judicial solo podrá reconocer a favor del acreedor los costos y costas del proceso, mas no se podrá exigir el reconocimiento de otros conceptos económicos, por ejemplo, en caso del deterioro doloso del bien inmueble, por parte del deudor o terceros.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS Y NORMATIVAS:

- AREÁN, Beatriz. Curso de Derechos Reales - Privilegios y derecho de retención, Tercera Edición ampliada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- DE LA PUENTE, Manuel: "Abriendo el debate", en revista Themis Nro. 15, Lima.
- ORTEGAPIANA, Marco: "Garantía Hipotecaria en respaldo de Obligaciones Futuras o Eventuales", Revista Actualidad Jurídica - Gaceta Jurídica, Tomo 183. Febrero 2009, Lima.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: "Derechos Reales. Derecho Hipotecario". Tomo II, Tercera Impresión, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1,999.
- WAYAR, Ernesto: "Compraventa y Permuta", Astrea de Ricardo y Alfredo De Palma, Buenos Aires, 1,984.
- Ley Nro. 8305: Código Civil promulgado el 02 de junio de 1,936.
- Decreto Legislativo Nro. 295: Código Civil promulgado el 24 de julio de 1984.
- Ley Nro. 28677: Ley de la Garantía Mobiliaria promulgado el 01 de marzo del 2,006.