

La Hipoteca: Una vieja garantía con modernas perspectivas

Luis M. Pizarro Aranguren

Alumno de 8vo. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC. Jefe de Prácticas del curso de Derechos Reales

"Una de las maneras de ver el sistema jurídico es considerándolo como un proceso (...), en estos términos, un estudio del sistema jurídico incluirá, primero, un estudio de las **demandas** que se le hacen a las instituciones jurídicas solicitándole una acción de algún tipo; segundo, la **respuesta** que dan las instituciones jurídicas; tercero, el **impacto** de esas respuestas sobre las personas que formularon las demandas; y cuarto, el **efecto** sobre la sociedad como un todo"¹

Mal hubiera podido dirigirme directamente al análisis de una institución como la hipoteca, con las modificaciones y ampliaciones que ha "sufrido", sin mencionar el planteamiento de Lawrence Friedman, del cual se puede desprender la primera conclusión de este artículo: las normas jurídicas no pueden mantenerse rezagadas ante la fuerza de los hechos y las **demandas** de la sociedad, porque en última instancia el Derecho positivo es un conjunto de **respuestas** que configuran un modelo necesario en un determinado sistema económico y político.

El Poder Ejecutivo, mediante D.Leg. 495, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 15 de noviembre de 1988, con el objeto de desarrollar una política de protección a los poseedores y propietarios de lotes y edificaciones construidas en pueblos jóvenes (PP.JJ.), ha creado una nueva modalidad de garantía hipotecaria: la **hipoteca popular**, que servirá como respaldo para que los pobladores de estos barrios pobres puedan solicitar créditos a fin de construir, ampliar o mejorar sus inmuebles, y para la inversión en actividades productivas.

El presente artículo, tiene por objeto resaltar su presencia, destacando sus ventajas sin olvidar sus in-

convenientes, pero por sobre todo, profundizar brevemente en el estudio de dos puntos fundamentales: la posibilidad de gravar con garantía hipotecaria la posesión que se ejerce sobre los inmuebles ubicados en PP.JJ., así como la facultad que se le otorga a los constituyentes de hipotecas, incluso civiles, de establecer una ejecución extrajudicial en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

1.- HIPOTECA SOBRE POSESION INSCRITA

Situación Anterior

El art. 2021 del Código Civil establece: "Los actos o títulos referentes a la sola posesión, que aún no han cumplido con el plazo de prescripción adquisitiva, no son inscribibles".

En relación al artículo transcrito, resulta interesante señalar algunos comentarios de la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, correspondiente al Libro de Registros Públicos²:

(...) "este artículo constituye otra novedad en el Código Civil. Se origina de la distinción admitida en doctrina y en nuestro Código entre el derecho a la posesión y el derecho de posesión".

(...) "el derecho de posesión, derivado del simple hecho de poseer, **por parte de quien no es propietario**, (...) no debe tener acceso al Registro de Propiedad Inmueble".

(...) "en España por ejemplo, se pasó de permitir la inscripción de la posesión a prohibirla de modo expreso; y este impedimento lo encontramos también

1. FRIEDMAN, Lawrence. Legal Culture and Social Development, in Friedman L.M. and Macauley S. - Law and the Behavioral Sciences. Bobbs-Merrill, U.S.A., 1969, pp. 1004-4, 1006-8. En INTRODUCCION A LA FILOSOFIA DEL DERECHO, Fernando de Trazegnies Granda, Materiales de Enseñanza de la Facultad de Derecho de la PUC, pp. 14.
2. EXPOSICION DE MOTIVOS OFICIALES DEL CODIGO CIVIL, Libro de Registros Públicos, El Peruano; Lima, Domingo 19 de julio de 1987.

en las normas registrales de Francia, Italia, Argentina, Venezuela, Colombia, Ecuador, Brasil, entre otros".

(...) "lo que el registro pretende es otorgar publicidad a derechos que de otro modo no lo tendrían".

(...) "pareciera que no existe razón alguna para la inscripción de la posesión por cuanto **no va a significar ninguna mejora de este derecho**, ni le va a otorgar una publicidad que de por sí tienen".

Las dos frases resaltadas serán utilizadas más adelante.

Situación Actual

No obstante lo categórico del art. 2021, así como de los fundamentos que lo sustentan, el art. 27 del D.Leg. 495 señala:

"Pueden ser objeto de hipoteca popular:

- a) La posesión de lotes y propiedad de las edificaciones construidas sobre ellas, inscritas en el Registro.
- b) La posesión de lotes cuyo derecho esté inscrito en el Registro"

El registro a que hace referencia la norma, es el Registro Predial de PP.JJ. y Urbanizaciones Populares, institución pública descentralizada con personalidad jurídica de derecho público interno y autonomía registral, creado por el mismo D.Leg. 495, recientemente reglamentado por los D.S. 001-90-VC y 002-90-VC de 20 de enero de 1990.

En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia del D.Leg. 495, es jurídicamente posible proceder a inscribir el derecho a la sola posesión sobre cierta clase de inmuebles, los ubicados en PP.JJ.

A fin de comprender esta novedosa institución es enteramente necesario mencionar dos puntos previos: primero, resaltar la importancia de la posesión, no sólo como derecho jurídicamente tutelado sino más aún como factor económicamente relevante en determinadas zonas de nuestro país; y segundo, intentar flexibilizar algunos conceptos jurídicos tradicionales frente a la específica y compleja realidad peruana.

Indaguemos frente a qué tipo de relación inmobiliaria nos encontramos.

En razón de diversos factores, que obedecen a su vez a multiplicidad de causas, que escapan al alcance de este trabajo, en nuestro país es relativamente frecuente que el acceso a una vivienda por

parte de algunos sectores sociales se produzca por intermedio de la "invasión" de terrenos desocupados de propiedad del Estado o de particulares.

Es así como, producida la ocupación, los invasores proceden a realizar una serie de actos respecto del inmueble, consolidándose en los hechos como si fueran los legítimos propietarios (construyen sus viviendas, forman asociaciones, se protegen de terceros, destinan zonas comunes a actividades educativas, recreacionales o deportivas, etc).

Es igualmente común, que en caso de terrenos pertenecientes al Estado, se efectúe una adjudicación de los mismos a quienes los ocupan, o bien tratándose de terrenos privados, se solicite, previo procedimiento de saneamiento físico-legal, su expropiación y posterior adjudicación.

El indicado proceso, se encuentra regulado por la Ley 13517 (Ley Orgánica de Barrios Marginales), del 14 de febrero de 1961, y por su Reglamento, el D.S. 23 de 21 de julio del mismo año, que constituyeron la necesaria respuesta del Estado peruano reconociendo la legalidad de los asentamientos establecidos, luego de una etapa de severa actuación de las fuerzas del orden y de imposición de diversas sanciones penales a los pobladores, en razón de las innumerables acciones de reivindicación interpuestas por los propietarios.

De tal manera, puede concluirse que **en los hechos**, los poseedores de inmuebles en los PP.JJ., sean asentamientos humanos o urbanizaciones populares, se convirtieron en verdaderos propietarios, a pesar de no tener los títulos formales correspondientes que acreditaran jurídicamente su cotidiano comportamiento.

Dicho en otros términos, considerando de la posesión como un hecho social con significancia económica, debe ser favorecida legalmente, toda vez que es mucho más útil que la formal titularidad del derecho el efectivo ejercicio de facultades sobre el inmueble.

El tratadista colombiano Arturo Valencia Zea, respecto de la posesión, llega a decir: "... ésta puede convertirse en titularidad puesto que socialmente es más útil que la simple titularidad." ³

Ahora bien, teniendo en consideración que sólo a través del crédito, por lo general, el poseedor de un inmueble en un PP.JJ. puede obtener los recursos suficientes para la construcción, ampliación o mejora de la vivienda que ocupa, o bien para la obtención de financiamiento para las actividades comerciales, artesanales o semi-industriales que realiza, y que a su vez, la confianza que genera un préstamo en su ca-

3. VALENCIA ZEA, Arturo. La Posesión. Editorial Temis. Bogotá, 1978, pp. 204.

pacidad de pago sólo se concreta con el debido respaldo de una garantía eficaz, la creación de la hipoteca posesoria permitirá que la millonaria inversión inmobiliaria que constituyen los terrenos y/o edificaciones ubicadas en PP.JJ., puedan garantizar efectivamente a las instituciones crediticias.

En este sentido, queda claro que es legislativamente admisible y, social y económicamente aceptable, el establecimiento de un registro de posesión para quienes **en los hechos son efectivamente propietarios**, y porque la inscripción consolidará jurídicamente sus actos, **mejorando** su derecho y permitiendo que puedan respaldar sus obligaciones a través de la garantía hipotecaria.

No obstante lo expuesto, debe advertirse que la hipoteca popular no tiene por objeto cualquier tipo de posesión, sino una que, por sus particularidades se encuentra en marcha a consolidarse como derecho de propiedad.

En efecto, la garantía recae sobre la posesión del lote y la propiedad sobre la fábrica, de existir esta última, constituyendo un todo inseparable mientras esté inscrita la hipoteca.

Incluso, en el caso de urbanizaciones populares, se puede afirmar que esta modalidad hipotecaria es aplicada exclusivamente a la propiedad y no a la simple posesión, pues en razón del artículo 21 del D. Leg. 495, las primeras inscripciones en el Registro Predial corresponden al derecho de propiedad sobre los lotes ubicados en las urbanizaciones populares.

Estas limitaciones se justifican, en tanto pretenden otorgar la debida seguridad jurídica a los acreedores, con la plena identificación y determinación del bien objeto del gravamen, no con la simple posesión muchas veces variable o equívoca.

2.- EJECUCION EXTRAJUDICIAL

La eficiencia de una garantía depende de su rápida constitución, de que ejerza debido respaldo al crédito mientras éste subsista, pero por sobre todo a su eficaz ejecución en caso del incumplimiento del deudor de la obligación contraída.

Sin estas funciones, que debe poseer una buena garantía, la actividad crediticia se estancaría, dejando de cumplir su imprescindible rol financiero que permite la supervivencia de las actividades económicas en el mundo comercial de hoy.

En otras palabras, si bien el crédito es sinónimo de confianza en la voluntad de cumplir una promesa hecha o en la creencia en la capacidad de pago del deudor, sin un mecanismo de garantías que respalde adecuadamente las obligaciones, todo el movimiento mercantil quedaría pendiente de la buena voluntad de las partes, reinando la inseguridad jurídica.

El Título IV del D. Leg. 495, determina las normas aplicables para la ejecución de la hipoteca popular, creando en nuestro ordenamiento legal la ejecución extrajudicial (venta directa sin intervención de autoridad jurisdiccional) y estableciendo alternativamente una ejecución judicial con un trámite simplificado.

Lo inmensamente destacable del dispositivo, aparece de la lectura del art. 32 que a la letra dice: "Las normas del presente título se aplicarán a la ejecución extrajudicial y judicial de la hipoteca prevista en el Código Civil..."

De esta manera, la extensión de una ejecución extrajudicial para nuestra clásica hipoteca, ha aparecido silenciosamente en el ordenamiento jurídico, constituyendo una sustancial modificación al art. 1097 del Código Civil, que restringía la ejecución a la venta judicial del bien hipotecado.

Situación Anterior

Dado que el actual Código Civil, así como los Códigos anteriores de 1852 y 1936, no regulaban expresamente la situación generada con el incumplimiento de la obligación garantizada y la consiguiente ejecución del inmueble hipotecado, el acreedor debía recurrir a las normas del Código de Procedimientos Civiles (C.P.C.), pasando necesariamente por las instancias que describimos someramente a continuación:

- Plantear una demanda de juicio ejecutivo (pues la hipoteca consta en Escritura Pública),
- Obtener sentencia favorable en calidad de cosa juzgada, que declare se cumpla la obligación,
- Gestionar que los autos vuelvan al juez que conoció en primera instancia,
- Solicitar se trabase embargo,
- Proceder a la tasación judicial (en caso que no se estableciera el valor de ejecución al constituir la hipoteca),
- Orden de venta del inmueble,
- Publicaciones por 10 días,
- Venta judicial, y
- Otorgamiento de Escritura Pública al adquirente.

Es evidente que, en el mejor de los casos la ejecución descrita se extendería entre 16 y 18 meses; no obstante, considerando las deficiencias de la maquinaria judicial en el país, todo el proceso podía dilatarse hasta por más de tres años, lo cual se agravaba si tomamos en cuenta el excesivo costo legal y "extra legal" de litigar en el Perú.

Dicha situación, originó que la hipoteca fuera utilizada durante años, casi exclusivamente, para garantizar préstamos para viviendas (generalmente otorgados por el Banco Central Hipotecario, que posee un régimen legal protector especial), quedando prácticamente en desuso en el tráfico comercial.

La postergación de la hipoteca, se vió coadyuvada por las bondades que ofrece en la actividad crediticia la **fianza bancaria**, ordinariamente denominada carta de crédito o carta fianza.

Las ventajas de esta garantía sobre las civiles son evidentes, toda vez que, su ejecución no requiere el menor trámite pues se hace efectiva ("se honra") con la sola presentación al banco del documento en el que consta la fianza.

Situación Actual

Con la dación del D.Leg. 495, cumpliendo los supuestos que la norma prevé, puede obtenerse la ejecución del bien hipotecado (hipoteca civil o popular) y la correspondiente satisfacción de la obligación garantizada en escasos días, sin necesidad que la maquinaria judicial se ponga en funcionamiento.

En efecto, la norma comentada establece que en la Escritura Pública en que consta la hipoteca, que deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad del inmueble que garantiza el contrato, se puede convenir en otorgar un poder especial e irrevocable a un mandatario, con la facultad de que proceda a vender directamente el bien en caso de incumplimiento de la obligación.

Para el otorgamiento del mandato con facultades de venta extrajudicial, se requiere únicamente su inscripción en la partida registral del inmueble, conjuntamente al constituir la hipoteca; en consecuencia, se convierten en un todo inseparable la hipoteca y el mandato, para efectos de posibles transferencias del bien:

Llegado el caso del incumplimiento, el acreedor se limitará a remitir dos cartas notariales: una al deudor moroso y otra al mandatario designado, el cual procederá **inmediatamente** a la venta directa del bien, con la única limitación de que el precio de venta sea superior a las dos terceras partes del valor comercial actualizado del inmueble, establecido al momento de la constitución de la hipoteca.

En caso de no producirse la venta directa, queda expedito el derecho del acreedor para ejecutar judicialmente el bien, pero dentro de un trámite más breve detallado en los art. 38 y siguientes del D.Leg. 495. El referido procedimiento no considera necesario, como absurdamente se aplicaron las normas del C.P.C., la interposición de un juicio previo para que se declare la existencia y obligatoriedad de la prestación incumplida.

Con la nueva regulación, el juez notifica al deudor para el pago, en caso contrario y al término de 5 días, ordena el remate judicial del inmueble hipotecado, aplicándose supletoriamente las normas del C.P.C., en lo no previsto específicamente por el D.Leg. 495.

Expuesto esto, es claro que con la ejecución extrajudicial, la hipoteca adquiere nuevas perspectivas y atractivos económicos, constituyéndose como interesante alternativa de respaldo crediticio, incluso frente a la fianza bancaria.

Sólo a manera de ejemplo, actualmente los bancos cobran por las cartas de crédito una tasa que fluctúa entre 4% y 9% sobre el importe de la fianza, monto que resulta enteramente superior al costo normal de los derechos notariales y registrales de constitución de una hipoteca.

3.- ALGUNAS OBSERVACIONES

La nueva regulación hipotecaria establecida por el D.Leg. 495, cuyas bases fueron elaboradas por el Instituto Libertad y Democracia, podrá convertirse en un eficiente medio de colocación de capitales, extendiéndose un puente entre los sectores formal e informal y, redundando, en última instancia, en beneficio de la economía del país.

Sin embargo, deberán tenerse presente las siguientes observaciones:

(a) Existe un problema de carácter constitucional, en razón de que la Ley 24913 que delegara en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar el D.Leg. 495, **no autorizó expresamente**, como lo exige el artículo 188 de la Constitución, la posibilidad de modificar el Código Civil, introduciendo la ejecución extrajudicial.

En consecuencia, el dispositivo estudiado, en lo que respecta a la ejecución extrajudicial de la hipoteca civil, podrá ser objeto de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, o bien ser inaplicable por una autoridad jurisdiccional en un procedimiento concreto, por su incompatibilidad constitucional (control difuso establecido en el artículo 236 de la Constitución).

(b) Siendo los créditos hipotecarios generalmente de largo plazo, en una época de inestabilidad económica como la que vive el país, el valor de los inmuebles puede variar bruscamente, distorsionándose en los hechos, cualquier previsión antelada de las partes, por lo que los bancos siempre preferirán los créditos a corto plazo.

(c) Al ser garantía inmobiliaria, la hipoteca popular (como cualquier tipo de hipoteca), no tiene las conveniencias que posee el crédito documentario para efectos de transacciones internacionales.

(d) Teniendo en consideración que las actividades económicas que efectúan los informales son realizadas generalmente en los inmuebles que les sirven a la vez de viviendas, podrá existir una

justificada aversión de sus poseedores en arriesgarlos como garantía de sus obligaciones, pues en virtud de la ejecución extrajudicial podrán ser desalojados en un corto período.

- (e) De la revisión de los Decretos Legs. 495 y 496, no queda claro cómo se compatibilizará el Registro Predial con los registros existentes.
- (f) No obstante ciertas importantes mejoras en los últimos años, subsisten deficiencias técnicas, económicas, administrativas y jurídicas en nuestro sistema registral.

El presente artículo ha intentado dar a conocer, de manera general, los alcances de una institución jurídica reestructurada legislativamente, a partir del reconocimiento de nuestra realidad social y económica, por lo que resulta pertinente ponerle fin también con Lawrence Friedman:

“Si una comunidad quiere aplicar un programa de drásticos cambios políticos y económicos, tiene que llevar a cabo drásticos cambios en sus leyes. Si quiere modernizarse, el sistema jurídico tiene que ser radicalmente modificado o incluso sustituido”.⁴

4. FRIEDMAN, Lawrence. Ob. Cit. pp. 16