

LA EJECUCION DE LA HIPOTECA

Francisco Avendaño Arana*
Profesor de Derecho Civil
Pontificia Universidad Católica del Perú

INTRODUCCION

Las garantías juegan un papel fundamental en el crédito, al hacer que disminuyan los riesgos de eventuales pérdidas por incumplimiento de los deudores. Su eficacia radica principalmente en la rapidez de la ejecución, lo que permite al acreedor la pronta recuperación de su crédito.

En materia prendaria el Código Civil permite que el acreedor y el deudor pacten la venta del bien prendado. En materia hipotecaria, en cambio, el pacto está prohibido; la venta del bien debe hacerse necesariamente a través de un proceso judicial.

El presente artículo tiene por objeto analizar los efectos de la venta judicial del bien hipotecado y proponer una modificación del Código Civil coherente con dicho análisis.

LA EJECUCION EN LA LEGISLACION PERUANA

El artículo 2078 del Código Civil de 1852 decía que el acreedor tenía derecho para hacer que se vendan en subasta los bienes hipotecados y se le pague con el precio.

El Código Civil de 1936 no se refirió a la venta del bien hipotecado. Sin embargo, la opinión imperante fue que el bien debía venderse necesariamente a través de un proceso judicial. Romero Romaña, por ejemplo, sostuvo que «la venta judi-

Con la dación del Decreto Legislativo N° 495, se creó en el Perú la hipoteca popular, por la que se permitió el otorgamiento de una garantía real de carácter inmobiliario, aun cuando el derecho del constituyente no se encontrara inscrito en los Registros Públicos. Esta norma introdujo, asimismo, la posibilidad de que las partes pactaran la ejecución extrajudicial de la hipoteca así constituida.

En la medida en que se extendió la posibilidad de la ejecución extrajudicial a todo tipo de hipotecas, se generó un clima de confianza en los potenciales acreedores hipotecarios, para los cuales se abría la posibilidad de una ejecución más ágil, lo que el Código Civil de 1984 les negaba. Con posterioridad, algunos sectores criticaron la amplitud de la norma, indicando que el Ejecutivo se había excedido en las facultades conferidas por la Ley que lo autorizó para legislar en materia de hipoteca popular, de modo que aun hoy persiste una discusión respecto de la admisibilidad de la fórmula.

El autor analiza en el presente trabajo los inconvenientes de la ejecución extrajudicial de la hipoteca, tal como está contemplada en el Código Civil vigente, utilizando conceptos tomados del Análisis Económico del Derecho. Su conclusión es clara: el sistema es altamente ineficiente y debe modificarse.

* Colaboró en la elaboración de este artículo Antonio Guariz Izquierdo, alumno del 5° ciclo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

cial debe hacerse de acuerdo con los trámites que señala el Código de Procedimientos Civiles [...]»¹. El proceso judicial era, por lo general, el juicio ejecutivo. Se interponía la demanda, se trababa embargo y una vez terminado el proceso con sentencia que mandaba pagar, se remataba el bien. En la práctica, dicho juicio era sumamente complicado y duraba muchos años, lo cual ocasionó que la hipoteca se devaluara como garantía.

Durante la vigencia del Código Civil de 1936 se expidió el Decreto Legislativo N° 215, creándose un procedimiento de ejecución de garantías reales al cual debían sujetarse la Banca Estatal de Fomento, las empresas de Derecho Público del Sector Economía, Finanzas y Comercio y las empresas estatales cuyas leyes orgánicas o de creación les concedían facultades especiales para la ejecución de las garantías reales otorgadas a su favor. El procedimiento de ejecución era breve y básicamente consistía en lo siguiente: producido el incumplimiento, el acreedor solicitaba al juez la venta en remate público del bien dado en garantía. El juzgado notificaba al deudor, quien disponía de cinco días para acreditar que había pagado. Caso contrario, el juzgado ordenaba el remate. Contra esta resolución procedía recurso de apelación, siempre que se acompañara con prueba instrumental que acreditara el pago de la deuda. Contra lo resuelto en segunda instancia no procedía recurso de nulidad.

El Código Civil de 1984 se refiere a la venta del bien hipotecado en el artículo 1097. Allí se dice que la hipoteca otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado. Al igual que con el Código Civil de 1936, la opinión prevaleciente es que la venta del bien supone necesariamente un previo proceso judicial. Avendaño, por ejemplo, señala que «[...] la mención que hace el artículo 1097 del Código Civil, al derecho del acreedor a vender judicialmente el bien hipotecado, es tan sólo una declaración de sus facultades respecto del bien hipotecado, en el mismo rango o nivel que los derechos de persecución y preferencia. No es una modificación de las normas procesales relativas a la ejecución de la garantía y no refleja, ni remotamente, la intención

del legislador en ese sentido»². Bigio, por su lado, dice que «[...] es preciso destacar que la venta sólo es procedente cuando media proceso judicial y no puede ser efectuada sin que se haya debatido y reconocido debidamente el derecho del acreedor respecto de la obligación principal. Por consiguiente, en este precepto (se refiere al artículo 1097 del Código Civil) no se reconoce el derecho del acreedor a la venta extrajudicial del bien hipotecado, ni a la venta judicial sin que se discuta previamente si la obligación es exigible, si es nula, o si se encuentra extinguida o si está prescrita»³.

A pesar de la promulgación del Código Civil de 1984, la corriente de opinión continuó siendo que la hipoteca en general, y no sólo la hipoteca otorgada a favor de empresas estatales, debía gozar de un proceso de ejecución expeditivo. La hipoteca sería realmente eficaz si el acreedor contara con un proceso que le permitiera vender rápidamente el bien y recuperar su crédito. Esta corriente de opinión fue canalizada por los estudios realizados por el Instituto Libertad y Democracia que se plasmaron en el Decreto Legislativo N° 495.

El Decreto Legislativo N° 495 creó la hipoteca popular y reguló la ejecución extrajudicial y judicial de la hipoteca prevista en el Código Civil y de la hipoteca popular. La ejecución extrajudicial consiste en términos generales en lo siguiente: al constituirse la hipoteca, el deudor, con asentimiento del acreedor, puede otorgar poder especial e irrevocable a un mandatario, que no puede ser el acreedor hipotecario, para que venda el bien en caso de incumplimiento. Producido el incumplimiento, el acreedor dirige una carta notarial al deudor y al mandatario dejando constancia del incumplimiento y este último procede a la venta directa del bien. La venta no puede realizarse en precio menor a las dos terceras partes del valor del bien establecido en el contrato de hipoteca, actualizado a la fecha de la venta, según los índices del Instituto Nacional de Estadística.

La ejecución judicial, por su lado, procedía a falta de pacto de venta extrajudicial, o si, en caso de pacto, hubieran transcurrido 30 días desde que el

¹ ROMERO ROMANA, Eleodoro. *Derecho Civil. Los Derechos Reales*. 2ª ed. t. II, p. 462.

² AVENDAÑO V., Jorge. "Ejecución de las Garantías Reales". En: *Derecho Civil. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 16 al 18 de noviembre de 1989, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Departamento de Impresiones de la Universidad de Lima, Lima, 1992, p. 386.*

³ BIGIO, Jack. *Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil. Hipoteca*. Separata especial publicada en el Diario Oficial El Peruano. Lima, 9 de noviembre de 1990. p. 7.

acreedor envió la carta notarial dejando constancia del incumplimiento y no se hubiera vendido el bien hipotecado. En cuanto al trámite judicial, era similar al procedimiento de ejecución regulado por el Decreto Legislativo N° 215.

El Decreto Legislativo N° 495 fue expedido por el Poder Ejecutivo al amparo de las facultades delegadas por el Congreso de la República mediante la Ley N° 24913. Esta ley facultó al Poder Ejecutivo para que legislara, entre otras materias, sobre posesión y propiedad de inmuebles ubicados en pueblos jóvenes, sobre la hipoteca popular y sobre el acceso al crédito de los informales, con el respaldo de garantías reales. El Decreto Legislativo N° 495, al regular el procedimiento de ejecución (extrajudicial y judicial) de la hipoteca prevista en el Código Civil, se excedió de las facultades otorgadas por la Ley N° 24913, ya que el Congreso no otorgó facultades al Poder Ejecutivo para que legislara sobre la hipoteca de inmuebles ubicados fuera de pueblos jóvenes. Por esta razón el Decreto Legislativo N° 495 ha sido tachado de inconstitucional. Murillo sostiene, sin embargo, que el citado Decreto Legislativo no viola la Constitución⁴.

El Código Procesal Civil, finalmente, derogó el Decreto Legislativo N° 215, así como todos los procedimientos preferentes o especiales para la ejecución judicial de garantías. El Código Procesal Civil ha tenido la virtud de unificar en un solo proceso la ejecución de todas las garantías reales y de simplificar el trámite, el cual en lo esencial es similar al procedimiento judicial contemplado en los Decretos Legislativos N° 215 y 495.

EFFECTOS DE LA VENTA JUDICIAL

¿Por qué siempre se ha exigido la participación del Poder Judicial en la venta de los bienes hipotecados? Varias razones podrían darse: en primer lugar, el deudor, apremiado por la necesidad de obtener un crédito, podría celebrar pactos contrarios a sus intereses. En segundo lugar, a través de un proceso judicial se aseguraría el derecho de defensa del deudor y que el bien fuera vendido en los mejores términos y condiciones. Esta es quizá la razón más importante. Finalmente, en caso de ejecución, el juez sería el único que podría

otorgar el título de venta al tercer adquirente, en rebeldía del deudor.

Nunca se ha analizado, sin embargo, cuáles son los efectos de la venta judicial del bien hipotecado. Para efectuar dicho análisis nos guiaremos por el criterio de eficiencia, para lo cual utilizaremos dos conceptos del Análisis Económico del Derecho⁵: las titularidades y el Teorema de Coase.

Para Calabresi y Melamed⁶ la titularidad es la decisión del ordenamiento jurídico por la cual se favorece a una de dos o más partes en conflicto. Diariamente se presentan conflictos de intereses entre dos o más personas: los que quieren hacer ruido y los amantes del silencio, los que contaminan y los que desean aire puro, los que quieren instalar fábricas en zonas residenciales y los que no lo desean. El Derecho interviene y decide cuál de las partes será favorecida. Así, prohíbe que en zonas residenciales se instalen fábricas, asignando una titularidad a favor de los que no desean que se instalen fábricas; o prohíbe la contaminación, determinando una titularidad a los que desean aire puro.

No es suficiente la sola asignación de las titularidades. La ley también debe establecer las reglas para protegerlas. Calabresi y Melamed hablan de tres tipos de reglas: reglas de propiedad, de responsabilidad y de inalienabilidad. Cuando la titularidad es protegida por una regla de propiedad, el Derecho la asigna inicialmente, pero luego ella puede ser removida por un precio voluntariamente establecido por las partes. De esta forma, si el derecho a no abrir fábricas en zonas residenciales fuera protegido con una regla de propiedad, tal derecho podría ser libremente negociado por las partes.

Cuando la titularidad es protegida por una regla de responsabilidad, su violación otorga a su titular el derecho a percibir una indemnización. La valuación del daño no es establecido por las partes, sino por el Estado. Si el derecho al silencio fuera protegido por una regla de responsabilidad, aquellos que hicieran ruido tendrían que indemnizar a los que gustan del silencio.

⁴ MURILLO, María de los Angeles. "Ejecución Extrajudicial de la Hipoteca". En: *Advocatus*, Año 1, Segunda entrega. Lima, 1990, p. 81.

⁵ La corriente del Análisis Económico del Derecho aplica el método del razonamiento económico al Derecho. Sobre el tema puede verse TORRES LOPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Tecnos, Madrid, 1987.

⁶ CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas. "Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un vistazo a la Catedral". En: *THEMIS - Revista de Derecho*. Segunda Época, 1992, n° 21. Lima, 1992. p. 63 ss.

Finalmente, si la titularidad es protegida por una regla de inalienabilidad, su transferencia no es posible. La ley prohíbe que se instalen fábricas en zonas residenciales. El derecho a no abrir fábricas no podría ser cedido por acuerdo de partes.

¿Cuándo se debe proteger una titularidad con una regla de propiedad, de responsabilidad o de inalienabilidad? Para Calabresi y Melamed debe seguirse principalmente el criterio de eficiencia económica. «El concepto de eficiencia tiene un significado muy preciso en Economía. Una situación es eficiente u óptima cuando no es posible encontrar otra situación en que alguien pueda ver mejorada su posición, sin que para ello al menos otra persona vea empeorada la suya. Dado lo restrictivo de este concepto de eficiencia, también llamado criterio de eficiencia de Pareto, se ha propuesto un concepto más amplio y flexible que la entiende como toda situación en que lo que puede mejorar alguien es más que lo que han de empeorar otras personas para ello, o de otra manera, cuando sería posible «comprar» la aquiescencia de los perdedores con lo que obtienen los ganadores»⁷.

Ahora bien, según el Teorema de Coase⁸, cuando los costos de transacción⁹ son razonablemente bajos, no importa la solución que el Derecho adopte, pues las partes llegarán al resultado más eficiente mediante la negociación. El Derecho puede asignar la titularidad a cualquiera de las partes, pero éstas, mediante acuerdos, se reasignarán la titularidad de la manera más eficiente.

La solución de eficiencia que propone el Teorema de Coase por medio de la autonomía privada sólo es posible cuando la regla de protección de una titularidad permite su remoción y reasignación; es decir, cuando la titularidad está protegida por una regla de propiedad o de responsabilidad. Si lo que se adopta es una regla de inalienabilidad, la eficiencia -o ineficiencia- ya no dependerá del acuerdo de las partes, sino de lo «acertada» que haya sido la norma.

Volvamos a la hipoteca. ¿Existe realmente un conflicto de intereses entre el acreedor y el deudor

hipotecario? Ante el incumplimiento del deudor, el inmueble será irremediamente vendido. Los intereses de las partes son en principio compatibles: el acreedor quiere que el bien sea vendido rápidamente y a un buen precio, a fin de hacerse cobro de su acreencia; el deudor también desea que el bien sea vendido a un buen precio, para cumplir con su obligación sin ver afectados otros bienes de su propiedad y obtener un remanente a su favor, de ser el caso. El legislador, sin embargo, ha asumido que existe un conflicto insalvable de intereses al punto que protege el derecho del deudor a la ejecución judicial con una regla de inalienabilidad. El legislador no sólo asume que existe un conflicto de intereses insalvable, sino que lo protege con una regla que impide la solución de eficiencia del Teorema de Coase.

Si el Derecho hubiera protegido el supuesto conflicto de intereses entre el acreedor y el deudor a ejecutar judicialmente el bien hipotecado con una regla de propiedad o de responsabilidad, no tendría relevancia la asignación de la titularidad (derecho o no a ejecutar judicialmente el bien) porque el pacto podría removerla. Serían las partes, quienes están en mejores condiciones de establecer qué es lo que más conviene a sus intereses, las que decidirían si el bien es vendido judicial o extrajudicialmente.

¿Es eficiente la regla del Código Civil peruano? Veamos qué ocurre en la realidad.

- Los costos en tiempo y dinero que ocasiona la venta judicial del bien hipotecado exceden generalmente los beneficios que otorga la hipoteca.

Rematar un inmueble puede convertirse en una verdadera odisea. El trámite es teóricamente breve; sin embargo, en la práctica dura muchos meses -sino años- y significa cuantiosos gastos que sufraga el acreedor hipotecario. La consecuencia de estos excesivos costos es el desincentivo del uso de la hipoteca como garantía.

- La demanda de inmuebles en remates judiciales es reducida, por lo que la venta se produce por debajo de su valor real.

⁷ PASTOR, Santos. "Una introducción al Análisis Económico del Derecho". En: *Hacienda Pública Española*, n° 89. Madrid, 1984. p. 158.

⁸ Sobre el Teorema de Coase puede verse POLINSKY, Mitchell A. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Ariel, Barcelona. pp. 23 ss.

⁹ Los costos de transacción son aquellos costos [...] de identificación general de las partes con las que uno ha de tratar, los costes que implica el reunirse con dichas partes, los costes del proceso de negociación en sí y los costes de la puesta en práctica de cualquier acuerdo al que se llegue". POLINSKY, Mitchell. *Op. cit.* p. 24.

La poca demanda se debe principalmente a dos razones. De un lado, a la falta de transparencia en los remates y a las múltiples irregularidades judiciales que se producen, que agregan un elemento de imprevisibilidad en la adquisición. De otro lado, al propio desconocimiento y falta de información del público, que genera incertidumbre en la adquisición de bienes en litigio.

Cuando los bienes se venden por debajo de su valor real, lo que ocurre finalmente es que se produce una incorrecta asignación de recursos. Tanto el acreedor como el deudor sufren perjuicios: el primero no recupera todo su crédito; el segundo corre el riesgo de ver afectados otros bienes de su propiedad y deja de percibir el remanente del valor real de la propiedad.

- Existe una ineficiente asignación de los escasos recursos del Poder Judicial.

Los juicios aumentan y se tornan excesivamente largos. Los jueces ven aumentada su carga de trabajo y terminan ocupándose de vender inmuebles en innumerables remates sin postores, en lugar de encargarse de asuntos de su especialidad.

- El crédito se reduce o se encarece.

Las penurias que significa ejecutar judicialmente un bien y la falta de certeza absoluta de recuperar el crédito garantizando con la hipoteca, ocasionan que no se utilice la hipoteca como garantía o que se reduzca el valor del gravamen. El efecto en el crédito puede ser muy grave ya que, o se reduce (al no haber garantías) o se encarece (al aumentar el costo de recuperarlo).

Debe tenerse en cuenta que actualmente cuando las instituciones financieras otorgan créditos respaldados con hipotecas, deben considerar solamente el 50% de la valorización del bien hipotecado a fin de determinar el valor de cobertura de las garantías (Circular N° B-1964-94).

MODIFICACION DEL CODIGO CIVIL

La regla adoptada por el Código Civil peruano es altamente ineficiente, por lo que debe ser modificada. Debe darse al acreedor y al deudor hipotecario la facultad de pactar la venta extrajudicial del bien (regla de propiedad). De esta forma, las partes siempre llegarán mediante la negociación al resultado más eficiente: prescindir, por ahora, del Poder Judicial. Decimos por ahora, porque en las actuales circunstancias acudir al Poder Judicial es

ineficiente. Eso no significa, sin embargo, que en el futuro el proceso judicial pueda resultar lo más eficiente para las partes, por lo que ellas podrían optar por él.

Además de todo lo antes expuesto, existe una razón adicional que justifica la modificación del Código Civil: en el caso de la hipoteca popular y de la prenda con entrega jurídica, la legislación peruana permite que se pacte la venta extrajudicial.

La hipoteca popular recae sobre la posesión de lotes de terreno ubicados en pueblos jóvenes y sobre la propiedad de las edificaciones construidas sobre ellos. Los requisitos de su constitución son idénticos a los de la hipoteca regulada por el Código Civil, con la única diferencia de que el constituyente de la garantía debe ser el poseedor del lote. Entonces, ¿por qué permitir la venta extrajudicial en la hipoteca popular y no en la hipoteca civil? ¿Acaso no existen las mismas razones en una y otra hipoteca para permitir el pacto?

Debe tenerse en cuenta que la ejecución extrajudicial de la hipoteca popular no fue un invento del legislador peruano. Su antecedente lo encontramos en la Ley Hipotecaria española y en su reglamento. Allí se prevén dos procedimientos de ejecución: el judicial sumario y el ejecutivo extrajudicial. En este último procedimiento, al igual que en la hipoteca popular, la venta del bien hipotecado la efectúa un mandatario.

En la prenda con entrega jurídica se afecta un bien mueble, el cual queda en poder del deudor. La entrega jurídica sólo procede respecto de bienes muebles inscritos y la garantía surte efecto desde su inscripción. En cuanto a la ejecución, el Código Civil (artículo 1069) prevé la venta extrajudicial tanto de la prenda con entrega física como de la prenda con entrega jurídica.

La diferencia principal entre la prenda con entrega jurídica y la hipoteca es que en la primera se afecta un bien mueble, mientras que en la segunda un inmueble. En lo demás son similares; en ninguna de las dos hay desposesión y en ambas el acreedor sujeta el bien a través del registro. Casi podría decirse que la prenda con entrega jurídica es una hipoteca sobre bienes muebles. En estas circunstancias, ¿por qué permitir la venta extrajudicial en el caso de la prenda con entrega jurídica y no en la hipoteca civil? Al igual que con la hipoteca popular, ¿no existen acaso las mismas razones en las dos garantías para permitir el pacto?