

LA HIPOTECA

Emma Palacios Castillo

INTRODUCCION

Con el transcurso del tiempo, la economía y el sistema económico se ha ido desarrollando y evolucionando hacia nuevos tipos de negocios y transacciones. Este desarrollo se acentúa aun más en el mercado financiero, donde continuamente surgen nuevas variantes e innovaciones, ya sea en el aspecto del otorgamiento de financiamiento, como en las nuevas propuestas para las inversiones y prestamos dinerarios, y constatamos que la hipoteca es la figura jurídica más empleada para garantizar obligaciones crediticias.

El gran movimiento industrial y económico del mundo moderno que se inicia a partir de la segunda mitad del Siglo XVIII en Europa, produjo grandes cambios en la estructura de producción y comercialización de los bienes así como una modificación sustancial en el sistema de transferencia de los mismos en el mercado. Recordemos, sino, que los cambios impulsados por el maquinismo al aplicársele a la industria produjeron la Primera Gran Revolución Industrial.

La Revolución Industrial y el consecuente proceso de masificación de la producción de bienes y servicios, obligó a que la sociedad moderna modificara toda sus estructuras, a fin de adecuarse a los nuevos requerimientos de la época. El Derecho no fue ajeno a dichos cambios e implementó nuevos mecanismos que permitieron hacer efectivo el nuevo postulado basado en la necesidad de un tráfico fluido y seguro de los bienes en el mercado. Aparecen así la venta a plazos y el sistema de crédito, que se convertirían luego en verdaderos pilares del auge económico del nuevo orden.

La utilización del crédito y la venta a plazos en las transacciones del mercado en lugar de favorecer la fluidez del tráfico comercial de los bienes, terminó generando mayor lentitud, debido a que no eliminó la aversión al riesgo del vendedor, es decir, el temor del propietario a transferir un recurso en el mercado ante el posible incumplimiento en el pago del precio por el comprador.

A fin de corregir esta ineficiencia se revitalizó y modificó el sistema de garantías reales específicamente la prenda sobre bienes muebles. Este nuevo sistema tenía como finalidad corregir los desequilibrios causados por la aplicación del crédito en las transacciones, pues reducía la aversión al riesgo del vendedor al garantizarle el pago del precio.

El Perú y en especial sus legisladores fueron partícipes de los cambios antes descritos. Por ello es válido afirmar que nuestro modelo de Derecho Occidental Moderno plasmado en el Código Civil de 1984, tiene como finalidad contribuir al desarrollo de una sociedad con una economía social de mercado, lo cual "presume que los factores económicos son unidades independientes que permiten maximizar el interés individual, liberándose de toda intervención del Estado de concepciones morales y religiosas que limiten este libre juego de intereses" (1). En ese sentido la única función del Estado es suprimir las barreras al libre intercambio de bienes y servicios dentro de este sistema la economía de mercado, por medio del cual se abastece los bienes y servicios a la sociedad, los individuos actúan como agentes económicos logrando satisfacer sus diferentes

¹ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Citado por Bullard Gonzáles, Alfredo. La Relación Jurídico Patrimonial . Lluvia Editores, Lima, 1990.



necesidades mediante el libre intercambio de bienes y servicios. El valor de esos bienes y de estos servicios dependerá de los usos alternativos que se les pueda dar⁽²⁾, encontrando su mayor eficiencia cuando se aplican al uso que otorgan mayores beneficios sociales a la sociedad, y esta maximización del uso hacia el cual tiende inequívocamente el mercado se realiza a través de su constante intercambio.

El contrato es el medio fundamental para obtener la maximización de intereses dentro de una economía de mercado. Mientras más seguro sea el sistema contractual de una sociedad, más eficientes serán los intercambios y más beneficios obtendrán las partes. El sistema jurídico debe garantizar que la relación obligatoria que emana de estos contratos sea efectivamente tal, es decir, que las partes realmente estén obligadas a cumplir su prestación, para así asegurar a la parte contraria que su necesidad y expectativas sean satisfechas. Este es el punto principal ya que de no ser seguro el sistema contractual y puesto que la mayoría de contratos son de cumplimiento no simultáneo, las partes tendrán en cuenta la posibilidad de que su acreencia no quede satisfecha.

El temor al incumplimiento contractual es lo que se denomina "aversión al riesgo" el cual puede traer dos consecuencias, ambas negativas e ineficientes. La primera, que no se celebren contratos, es decir que se intercambie lo mínimo posible, lo indispensable, provocando un estancamiento en la dinámica de la economía de mercado, una frustración de los individuos al no poder satisfacer sus otras muchas necesidades no esenciales y la no utilización de los bienes y servicios en su uso alternativo más eficiente. La otra consecuencia sería que se celebrarían contratos, pero que por la aversión al riesgo los individuos valorarían en más de su costo real a los bienes y servicios que se intercambian, generándose de esta manera transacciones ineficientes.

El sistema contractual de incumplimiento y de responsabilidad civil, así como las garantías reales están destinadas a brindar seguridad a los contratantes mediante la función disuasoria que señaláramos, la cual induce a la parte que se encuentra en posibilidad de no cumplir, a que cumpla haciéndole ver que más le costaría (indemnización, mora, ejecución de la garantía, etc.) no cumplir que cumplir; hasta la efectividad (es decir que la indemnización por daños y perjuicios cubra el total del daño emergente y el lucro cesante y los costos derivados del contrato) y rapidez (procesos expedito), con que deben estar dotados los mecanismos que entrarán en funcionamiento cuando se verifique el incumplimiento de una relación contractual.

En tal sentido las garantías reales constituyen una ventaja estratégica que el derecho otorga al acreedor de una relación crediticia, por encontrarse éste en una situación riesgosa ante el posible incumplimiento por parte del deudor.

La hipoteca y las garantías reales en general, se nos presentan como un medio de especial importancia para la consecución de esa finalidad liberal, esto es de brindarle al acreedor un medio efectivo para satisfacer sus necesidades ante un posible incumplimiento de su deudor.

Breve Reseña histórica.- La hipoteca surgió en el derecho romano como prenda sin desplazamiento, recaía indiferentemente sobre los muebles y los inmuebles y siguiendo a Valiente Noailles⁽³⁾ resumimos la historia de las garantías reales civiles:

Grecia. Existieron: 1) la venta con pacto de retroventa; 2) la prenda; 3) la hipoteca.

Roma. Sin perjuicio de lo expuesto por otros autores, puede decirse que los romanos

² TORRES LOPEZ, Juan. Análisis Económico del Derecho. Editorial Tecnos S.A. Madrid 1987. Capítulo 1. Este autor señala que donde hay alternativas, escasez y en su virtud, elección, será aplicable el método del análisis económico.

³ Derechos Reales y Privilegios. Cap. XI. Núm.160. Bogotá Colombia.



conocieron :1) el pignus; 2). La hipoteca; 3) la mancipatio fiduciae causa

España. En las Siete Partidas se llamó peño a la entrega o gravamen de cosas muebles o inmuebles para seguridad de un crédito: “ Peño es propiamente aquella cosa que un ome empeña a otro apoderándole della, e mayormente cuando es muble” (L. 1. tít. 13, parte 5). Y esto era así, maguer no fuese entregado della aquel a quien la empeñasen.

Alemania. Primero existió el derecho de prenda (Pfand), que podía recaer sobre muebles e inmuebles; pero esta ultima clase de garantía recibió luego el nombre especial de *Satzung*. Actualmente se conocen: 1) La hipoteca; 2) La deuda fundiaria o territorial; 3) La renta fundiaria o territorial; 4) La prenda.

Suiza. El código consagra las siguientes seguridades: 1) La hipoteca; 2) La cédula hipotecaria; 3) La carta de renta; 4) La prenda mobiliaria.

Inglaterra y Estados Unidos. 1) Mortgage: Transmisión de la propiedad de una cosa mueble o inmueble en garantía, con facultad de recuperarla el deudor; 2) La prenda; 3) La hipoteca (sin desposesion; 4) lien: se retiene una cosa del deudor o se la conserva gravada mientras este cumple su obligación; 5) Transferencia real de una cosa; acompañada de una obligación personal de restituirla en determinadas condiciones.

En cuanto a la ubicación legislativa de las garantías, cabe observar que los códigos se dividen en: a) Los que las legislan conjuntamente con las obligaciones, por considerarlas, al igual que la fianza, complementarias de ellas; b) los que tratan de la hipoteca y de los privilegios a un mismo tiempo; c) Los que regulan dichas garantías al establecer las normas sobre el dominio de muebles e inmuebles; d) los que consideran que la seguridades reales deben estar comprendidas dentro de las disposiciones referentes a los derechos reales.

Por otro lado, tenemos que en el antiguo **derecho francés** se abandonó la hipoteca mobiliaria y no instituyó ni la especialidad ni la publicidad de la hipotecas. Durante la Revolución se promulgó el Código Hipotecario y la Ley de Declaraciones Mobiliarias , inspiradas en el derecho alemán, con ánimo de atraer capitales del extranjero ; pero legislaron sobre la hipoteca en forma defectuosa, y aunque se estableció la publicidad, se omitió para algunas clases de hipotecas algo fundamental, como es la especialidad.

Al redactarse en 1804 el Código de Napoleón, las opiniones de los juristas que elaboraron ese cuerpo de leyes se dividieron en cuanto a la forma como debía considerarse la hipoteca; y se cuenta que para resolver el escollo insalvable en que se encontraban dichos legisladores tuvo que recurrirse al mismo Napoleón , quien dirimió la controversia adoptando un sistema transaccional, es decir, que estableció, de un lado, que la hipoteca convencional para su validez debía de ser publica y especial y, de otro lado, se admitieron hipotecas que podían ser generales es decir, que surtían efectos sin necesidad de inscribirlas, tal sucedió con las hipotecas legales y judiciales.

El Decreto del 4 de Enero de 1955 ha suprimido enteramente la clandestinidad de las hipotecas ; pero ha dejado subsistente la generalidad de algunas hipotecas legales ;el inconveniente de esa generalidad está atenuado , por lo demás, mediante la especialidad de la inscripción (la inscripción debe mencionar los inmuebles gravados y los créditos garantizados).

En tanto que en la **legislación germana.-** En el derecho germano, la hipoteca reposaba en dos principios fundamentales: la publicidad y la especialidad.

En el derecho germano la transmisión de la propiedad y la constitución de gravámenes sobre ella se consideraba un acto de interés publico y no privado, por lo que no debía intervenir la autoridad para que tuvieran valor. Era necesario realizar ciertos actos solemnes ante



un consejo o un tribunal que debía aprobarlos, lo que determinaba que dichos actos fueran públicos. Pero posteriormente, en la misma Alemania se dejó sentir la influencia del derecho romano; derecho que llegó a adoptarse con él, las hipotecas dejaron de tener publicidad apareciendo también las generales y ocultas.

Reaccionando contra esta perjudicial influencia, fue en Prusia que se estableció el sistema germano, apareciendo en el Código Prusiano de 1774, por primera vez, la hipoteca con los caracteres fundamentales que la distinguen en el derecho moderno; a saber: como la especialidad, la legalidad, la publicidad y la prioridad.

En el derecho germano las relaciones de las personas con la cosa son de interés público, pues, para ser válidas esas relaciones tiene que intervenir la autoridad, vemos como la inscripción tiene valor sustantivo y es indispensable para la validez del acto. En el derecho germano la validez de la hipoteca subsiste mientras no se cancela la inscripción.

La hipoteca en la legislación peruana.-

Los redactores del código de 1852 se inspiraron en la legislación española y en el Código de Napoleón, muy defectuosas ambas en materia hipotecaria. De allí resultó que adoptaron el sistema mixto, pero con menos rigor que el código francés,

Para las hipotecas convencionales hizo obligatoria la especialidad y el registro mientras que se admitieron las hipotecas legales, sin necesidad de que fueran registradas esto es como hipotecas generales y ocultas. En cambio, no aceptó con ese mismo carácter a las hipotecas judiciales, como en derecho francés, pues exigió el registro para su validez.

Como en la época en que se promulgó el código de 1852 no existían los medios de publicidad suficientes o adecuados a las circunstancias, ni tan poco se habían creado los registros de propiedad se quiso salvar el

problema estableciendo que las hipotecas debían inscribirse en el oficio de hipotecas, que se estableció en cada capital de departamento a cargo de un escribano Público, como en esa época se llamaba a los actuales.

La Ley de 1888 creó el Registro de la Propiedad de inmuebles para la inscripción de los inmuebles, que no la hizo obligatoria sino facultativa, obligatoriedad que si se exigió para las hipotecas.

Como consecuencia inmediata de la creación del Registro de la Propiedad Inmueble, resultó que la propiedad que no aparecía inscrita en él no podía ser hipotecada sólo podía inscribirse sobre inmuebles que ya estuvieran registrados.

Entonces tenemos, que con la Ley de 1888 se obtuvo un positivo mejoramiento en nuestro régimen hipotecario.

Con el código civil de 1936 se reconoció el doble carácter que tiene la hipoteca voluntaria, que servía como derecho de garantía y como instrumento de crédito. A si pues, se autoriza la emisión de títulos hipotecarios al portador o transmisibles por endoso, sancionando una práctica establecida entre nosotros al margen de la ley, que si bien ha producido beneficios a la propiedad territorial ha dejado sentir la ausencia de control. Se suprimieron las hipotecas judiciales por que era una institución vieja que ya no tenían defensores, o por que las resoluciones judiciales interpretan los contratos o la ley, en cuyo caso no hay creación de hipoteca, u otorga al juez una facultad excesiva, como es la de constituir derechos reales sobre los bienes del deudor. Se mantuvieron las hipotecas legales.

Definición.-

En el Perú, el Código Civil vigente en su artículo 1097 define la hipoteca señalando que: "Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía por el incumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.



La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución preferencia y venta judicial del bien hipotecado”⁽⁴⁾.

La presente definición de hipoteca establece la naturaleza jurídica de ésta, es decir, un derecho real de garantía e indica sus notas consustanciales como son: su carácter exclusivamente inmobiliario, la de ser un derecho real sobre bien ajeno; el no implicar la desposesión del inmueble de manos del deudor y de garantizar cualquier obligación. Asimismo señala las facultades principales del carácter hipotecario como son el *jus persequendi*, el *preferendi* y el *vindicandi*.

De esta manera el Código Civil Peruano define al más perfecto derecho Real de garantía al mismo tiempo que recae sobre bienes inmuebles debidamente singularizados y sometidos al régimen de publicidad de registro inmobiliario, el deudor inmobiliario no pierde la posesión de ellas, lo cual constituye una ventaja para él ya que no se altera o disminuye el uso o la explotación normal del bien.

Algunas definiciones:

JOSSERAND⁽⁵⁾ Define la hipoteca, “Como la garantía real e indivisible que consiste en la afectación de un bien del deudor al pago de una obligación sin desposesión actual del constituyente, y permitiendo al acreedor hipotecario embargar y hacer vender un bien al vencimiento, quien quiera que lo tenga, para hacerse pago de su precio, con preferencia a sus demás acreedores”.

Para **PLANIOL -RIPERT Y BECQUE⁽⁶⁾**. “La hipoteca consiste

esencialmente en la afectación con preferencia y su desplazamiento, de un bien particular separado del conjunto del patrimonio del que forma parte, al cumplimiento de una deuda determinada quedando ese bien por otra parte, sujeto al derecho de prenda genérico propio de todas las obligaciones del dueño”.

Asimismo, HENRY Y LEON MAZEAUD⁽⁷⁾, señala que, “La hipoteca es una garantía real que, sin llevar consigo desposesión actual del propietario de un inmueble, le permite al acreedor, si no es pagado al vencimiento, embargar ese inmueble en poder de quien se encuentre, rematarlo y cobrar el primero sobre el precio. Así pues, la hipoteca confiere el derecho de embargar y vender, el derecho de persecución y el derecho de preferencia”.

ROCA SASTRE⁽⁸⁾ “La hipoteca es un derecho real que, ya de momento sujeta lo hipotecado cualquiera que sea su titular, al poderle exigir eventualmente la realización de un valor así como la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo, todo en seguridad en garantía de la efectividad de alguna obligación dineraria, y cuyo derecho es de carácter accesorio, indivisible, de constitución registral y grava bienes inmuebles, ajenos, enajenables, que permanecen en posesión de su propietario o titular, y el cual implica un poderoso instrumento de crédito territorial”.

ALVARO PEREZ⁽⁹⁾ Define la hipoteca como, “La garantía real accesorio e indivisible constituida sobre bienes y muebles que no deja de estar en posesión del deudor y que concede al acreedor el derecho de perseguir el bien gravado en poder de quien se halle para hacerlo subastar en caso de que el deudor no pague el crédito principal con el fin de que sea cubierto

⁴ Código Civil de 1984. Normas legales. El peruano

⁵ Derecho Civil. Buenos Aires. 1951. tomo II. Volumen II. Contratos. Nero 1634. Pág. 523

⁶ Tratado Practico de Derecho Civil Francés. La Habana 1942. Tomo XII. Primera parte Nero 325. Pág 313

⁷ MAZEAUD Henry Y León. Derecho Civil. Buenos Aires. Pág 297

⁸ Derecho Hipotecario. 7ma. Ed. Barcelona. 1979. Tomo IV. Pág 203

⁹ Teoría general de las obligaciones. Bogotá. 1959. Vol. IV. Parte Tercera: De Las Garantías Civiles, Nero 602. Pág. 103



con el producto del remate, de preferencia a los otros acreedores”.

CASTAÑEDA JORGE E.⁽¹⁰⁾, define la hipoteca como, “Un derecho real que se localiza sobre un inmueble, el cual permanece en poder del constituyente, fuere este del deudor o tercero y que da el derecho de perseguir dicho inmueble en poder de quien se encuentre y pagarse con preferencia a otros acreedores con el valor que se obtuviese de la venta judicial “.

CUADROS VILLENA CARLOS FERDINAND.- Señala que, “La hipoteca es un derecho real de garantía, por el que se asegura el cumplimiento de una obligación de un inmueble que queda en poder del deudor”.

NATURALEZA JURÍDICA.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la hipoteca es menester estudiar el *ius distrahendi* y el *ius preferendi*, pues, el *ius distrahendi* esta destinado a demostrar que el acreedor, tiene una potestad de realización del valor de la cosa hipotecada, cuando la obligación pactada no ha sido satisfecha. Es esta realización de la cosa hipotecada la que determina asimismo el *ius perseguendi*; porque de nada le serviría al acreedor tener el *ius distrahendi*, si es que no tiene la potestad de perseguir el bien y recuperarlo del poder de quien lo tenga, la naturaleza de la institución hipoteca reside en el derecho que tiene el acreedor de sacar a la venta el bien dado en garantía y hacerse pago de su acreencia con el valor del bien rematado. La esencia de la hipoteca, no esta pues, en que su objeto sea el valor de la cosa hipotecada, la esencia de la hipoteca, está en que su objeto, es la garantía de la obligación y que esa garantía se obtiene, concediendo al acreedor la potestad de vender el bien del deudor, así se encuentre en manos de terceras personas ajenas al obligado; esto es, que se concede no sólo el *ius distrahendi*, sino también el *ius perseguendi*, Si

el bien dado en garantía, no pudiese ser enajenado, para pagar con su valor el monto de la obligación incumplida, carecería de objeto. El *ius distrahendi*.

CARACTERÍSTICAS.

El maestro Ferdinand Cuadros Villena⁽¹¹⁾, señala las características de la hipoteca.

1. Es un derecho real.

Como bien sabemos, los derechos reales son la organización jurídica de las relaciones de la propiedad del hombre sobre los bienes con las cuales atiende sus necesidades materiales y espirituales. Lo ejercita un titular y otro el valor de disposición, se presentan los derechos reales sobre bien ajeno. Tenemos entonces, que la hipoteca es un derecho real sobre bien ajeno, porque como en todo derecho real de garantía el hipotecante trasmite a favor del acreedor sus potestades de disposición del bien gravado. El derecho real nace en el momento en que se trasmite el acreedor las potestades dispositivas sobre el bien gravado.

Algunos tratadistas han impugnado la naturaleza de derecho real de la hipoteca y han sostenido, que no es un derecho real, Marcadé teórico francés, consideró que la hipoteca no era un *ius in rem*, sino solamente un *ius ad rem*, pero considerar a la hipoteca como un *ius ad rem* es quitarse su naturaleza de derecho real.

2. Es un derecho accesorio.

Cuando se señala que la hipoteca en un derecho real accesorio, se quiere indicar que la hipoteca está destinada a servir de garantía a un crédito, No existe la hipoteca sin el crédito al que garantiza, ni tendría objeto, La hipoteca es una garantía y como tal tiene que estar ligada al crédito que garantiza. No existe hipoteca autónoma, sin el crédito garantizado. Aún en el

¹⁰ Instituciones de derecho civil. Derechos Reales. Lima 1967. Tomo III. Los Derechos Reales de Garantía. Nero 65. Pág 168.

¹¹ FERDINAND CUADROS VILLENNA. Derechos Reales. Tomo Cuarto. Derechos Reales de Garantía.pág. 285



caso de que la hipoteca hubiese nacido antes del crédito, en el caso del artículo 1108 del C.C.

3. Es un derecho inmobiliario.

Efectivamente la hipoteca sólo puede ser constituida sobre inmueble. Siguiendo la doctrina clásica, nuestro código civil de 1984, establece que “Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación propia o de un tercero art. 1097 del C.C., y el art. 1100 en forma reiterativa y como para no dejar lugar a dudas establece que, “La hipoteca debe recaer sobre inmueble especialmente determinados”...

Nos dice nuestro código que clase de bienes inmuebles servirán para la hipoteca si las cosas o los derechos, el código utiliza únicamente el vocablo “inmuebles”, sin la calificación previa de cosa, derecho o bien pero es indudable que puede ser materia de hipoteca tanto las cosas inmuebles, como los derechos sobre inmueble., como en el caso de la propiedad en copropiedad, en el que no existe una parte material del bien sino cuotas ideales y que ante la negativa del deudor a pedir la división y partición para que el acreedor haga efectiva su acreencia, no le queda otra cosa a dicho acreedor sino a interponer la acción oblicua. o subrogatoria de partición, para de esta forma materializar las cuotas ideales de su deudor.

4. Es un derecho indivisible.

La hipoteca comprende en su integridad al bien en el que recae la garantía, por la totalidad de la obligación, el artículo 1102, esta norma está destinada a establecer que la garantía hipotecaria no se fraccionará y comprometerá todo o todos los bienes sobre los cuales recae, por muchos que la obligación haya sido reducida. La exposición de Motivos del C.C., dice que esta norma no tiene precedentes en el código de 1936. Pero la indivisibilidad, es carácter de todas las garantías reales.

La indivisibilidad, es el carácter creado en beneficio de los acreedores, la hipoteca será

indivisible y subsistirá por entero sobre todos los bienes hipotecados.

No obstante la indivisibilidad de la hipoteca, el deudor tiene derecho a las reducción del gravamen y adecuarlo al monto real de la obligación. Este derecho está normado en los artículos 1115 y 1116 del c.c. La reducción de la hipoteca puede ser voluntaria o judicial.

La reducción de la hipoteca, que modifica el principio de la indivisibilidad, responde a principios de equidad, pues no es justo seguir manteniendo un hipoteca solamente para garantizar una parte diminuta del crédito, porque este hecho linda con el abuso del derecho, pues, en atención a la indivisibilidad la hipoteca seguirá gravando la totalidad del bien sobre el que se instituyó la garantía.

Quiere decir, que el principio de la indivisibilidad de la hipoteca, admite que ella pueda ser reducida por voluntad contractual o por decisión judicial..

El titular de la hipoteca posee:

- a) Un derecho de preferencia en relación a los demás acreedores, los acreedores son pagados por su orden de gradación y el procedimiento lleva el nombre de procedimiento de orden.
- b) Un derecho de persecución contra el tercero adquirente del inmueble hipotecario.

Nuestra legislación rescata este carácter inmobiliario en el art. 1100 del C.C. de 1984, debiendo agregarse lo siguiente: Cuando la norma dice que debe “recaer sobre inmuebles específicamente determinados”, se entiende que el bien debe estar individualizado con la fijación del área, linderos u medidas perimétricas que deben coincidir con aquellas insertas en la ficha registral del registro de la propiedad inmueble



5. *La especialidad.*

La especialidad tiene por objeto determinar en forma inconfundible el bien, sobre el cual recae la garantía y el monto de la obligación que garantiza. La especialidad es un carácter fundamental que reviste dos aspectos:

- a) La especialidad del crédito, y
- b) La especialidad del bien dado en garantía.

Necesariamente, ambas formas de especialidad deben concurrir para perfeccionar la hipoteca. Si sólo una de ellas concurrese, el acto jurídico sería nulo.

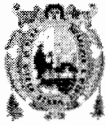
La especialidad de la hipoteca exige la exigencia actual del bien gravado. No se admite la hipoteca de bienes futuros, el artículo 1106 de nuestro C.C. dice "No se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros". La prohibición obedece a que la falta actual del bien hipotecario, lo hace indeterminable. El bien para ser hipotecado, debe existir actualmente y debe ser definido en el acto constitutivo de la hipoteca.

Sin embargo, la hipoteca se ha extendido a las construcciones por hacer. En el préstamo hipotecario de edificación, en el que no existe el bien dado en garantía, la hipoteca se constituye sobre un bien que recién tendrá entidad y se presta para construir. La garantía solamente existe en los planos de la construcción. Es decir, que se ofrece la garantía de una perspectiva de inmueble. Por eso, que el préstamo no significa la entrega total del monto objeto del préstamo, sino el pago de los gastos realizados en un determinado lapso. Se presta de acuerdo a las liquidaciones que se presentan por la obra realizada. Esto es que la cantidad prestada va teniendo como garantía la obra que se está construyendo. Se presenta de acuerdo al avance de la obra.

Hasta ese momento, el único bien que existe y es determinable, será el terreno sobre el que se a construido. De donde resulta que la norma del artículo 1106 del C.C. no se cumple tratándose de la hipoteca de construcción.

La especialidad de la hipoteca, exige asimismo la determinación del crédito de acuerdo con el artículo 1097 del C.C. Es pues requisito fundamental de la hipoteca, la determinación de la obligación y la cantidad por la cual se constituye el gravamen; sin embargo, la ausencia de especialidad en la hipoteca, determina la nulidad del acto jurídico constitutivo de la hipoteca. el asunto propone de inmediato al debate la siguiente cuestión: ¿si la hipoteca corresponde al campo del derecho privado, e inclusive las disposiciones del código civil, pueden ser alteradas por la voluntad de las partes, por qué la falta de determinación del objeto de la hipoteca y su cuantía, determinan la nulidad del acto jurídico? el problema de la determinabilidad de la hipoteca y del crédito, debiera corresponder al fuero privado de los contratantes, quienes podrían o no estipular las sanciones, sin embargo, la falta de especialidad de la hipoteca, sean en cuanto al inmueble, sean en cuanto al monto del gravamen determina la nulidad del acto jurídico y la norma que declara la nulidad, es norma de derecho público irrenunciable, entramos entonces en el campo de la filosofía del derecho en cuanto a la nulidad del acto jurídico. El acto jurídico, es el resultado de la manifestación de voluntad de las partes; sin embargo su eficacia o invalidez está librada a la disposición de la ley.

la nulidad por la falta de determinación del monto de la hipoteca o del inmueble sobre el que se constituye, es un a nulidad ipso- iure. si bien el artículo 140 del C.C., no exige la determinación del objeto del acto jurídico, el artículo 219. lo suple en su inciso 3, cuando establece la nulidad del acto jurídico, cuando no tenga un objeto individualizado, de otro lado, su inciso 8, sanciona con la nulidad los casos a que se refiere el numeral V del título preliminar, es decir, que son nulos los actos jurídicos contrarios a la ley y que interesan al orden público o a las buenas costumbres. La especialidad de la hipoteca corresponde al orden público, no puede establecerse hipoteca sobre un bien indeterminado, ni tampoco obligación alguna cuando el monto no haya sido señalado, la especialidad de la hipoteca, corresponde al



ámbito del derecho público, no es sólo resultado de la voluntad de las partes, sino de la exigencia irrenunciable de la ley,

el artículo 1099 del C.C., establece como requisito para la validez de la hipoteca, que afecte el bien su propietario o quien estuvo autorizado para hacerlo: que la hipoteca asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable, y que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable e inscrito en el registro de la propiedad inmueble. entonces, la omisión de cualquiera de esos requisitos, determinará la invalidez de la hipoteca. pero esa invalidez no será la mera anulabilidad, se tratará necesariamente de una nulidad ipso iure que podrá ser declarada de oficio si fuese manifestada (art. 220 C.C.); el artículo 1408 del C.C., señala que si falta la determinación de la obligación, que es objeto del contrato, y si las partes no se han puesto de acuerdo para sustituir al tercero que hubiese designado para que determine la obligación, el contrato es nulo, esa nulidad será pues, el resultado de la falta de determinación de la obligación objeto del contrato. y como hemos dicho, esa nulidad, no será la mera anulabilidad, sino la nulidad ipso iure del acto jurídico.

6). La publicidad.-

La publicidad registral es carácter esencial de la hipoteca : La hipoteca no inscrita no es un derecho real

Nuestra legislación la regla en el art. 1099 C.C. cuando señala : “Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble”, lo que quiere decir, que si por alguna razón este derecho no se inscribe, no ha nacido la hipoteca, y no es factible entonces un proceso de ejecución de garantías, como lo señala el C.P.C.

La solemnidad de la hipoteca.- Como bien sabemos la hipoteca, es un contrato

solemne. Esa solemnidad se la conceden dos elementos: El documento y el Registro. No se concibe una hipoteca oral, pues, la seguridad en la contratación exige que las condiciones de la hipoteca consten por escrito.

Clases de hipoteca:

Voluntarias o consensuales.- Son voluntarias las establecidas por negocio jurídico, es decir, contrato entre hipotecante y acreedor hipotecario; pues todo propietario tiene derecho a disponer de su inmueble, tiene igualmente el derecho de constituir una hipoteca a favor de tercero. La hipoteca se crea en el momento del nacimiento del crédito, y en la mayoría de los casos, para garantizar un préstamo; de donde viene el nombre de préstamo hipotecario; o como decían los romanos : “en seguridad de las deudas”.

Hipotecas legales.- (Art. 1118) En el Perú, la hipoteca es legal porque emana de la ley; no lo es porque existe de pleno derecho. En otras legislaciones las hipotecas legales tienen eficacia si se encuentran inscritas o no surten sus efectos ipso iure, por simple declaración legal. Entre nosotros, la hipoteca legal no registrada carece de virtualidad alguna frente a los acreedores del deudor; no otorga derecho de persecución respecto a los adquirentes del inmueble hipotecado

Las hipotecas legales no se entienden perfeccionadas por ministerio de la ley solamente; para los terceros nada valen si no han sido registradas.

La fuente normal de la hipoteca es el contrato; por excepción, la fuente de la hipoteca es la ley. La hipoteca legal la crea la ley, independientemente de cualquier contrato entre las partes, sólo existirá hipoteca legal en los casos que la ley determine; no en otros, aunque fuesen análogos o semejantes.

SECURITIZACION DE HIPOTECAS⁽¹²⁾.- Es

¹² Monografias.com – securitizacion de hipotecas. Pág 1- 6. Toda la prensa a tu alcance



conveniente referirnos a la securitización por ser un tema novedoso.

Se puede definir la securitización de hipotecas: como la emisión de títulos valores a través de un vehículo, que se colocan en el mercado de capitales, cuyo respaldo esta conformado por una cartera de prestamos con garantía hipotecaria de características similares.

Este nuevo contrato, de marcadas características financieras, tiene una variada gama de ventajas, como por ejemplo: Aumentar la liquidez de las entidades emisoras de créditos, ya que permiten la transformación de activos de menor liquidez, como son créditos a cobrar, en disponibilidades.

Como consecuencia de lo anterior, se potencia la capacidad prestable de las entidades financieras, es decir, que tienen una mayor cantidad de fondos para aplicar al otorgamiento de nuevos préstamos.

Se eliminan los descargos financieros, producidos por la captación de fondos a corto plazo, como por ejemplo depósitos a plazo fijo (que tienen un plazo por lo general menor a un año), y la salida de fondos a través de los créditos (que son en su gran mayoría por periodos mayores a un año según el monto).

La mayor liquidez, permite el financiamiento de grandes proyectos de inversión. Se mejora la estructura patrimonial de todo el sistema financiero, ya que los patrimonios están respaldados por activos de mayor liquidez. Se reduce el riesgo crediticio, ya que el título valor esta generalmente garantizado por un conjunto de créditos, por lo que existe una diversificación del riesgo para el inversor.

Por otro lado, como principales desventajas podemos nombrar: La complejidad de las transacciones y requerimientos de organización, ya que la puesta en marcha de un proceso de securitización importa la actuación de un equipo interdisciplinario, lo que acarrea costos y gastos asociados al desarrollo de la estructura.

El marco normativo es incierto o incompleto. Aunque ello depende de las características de cada derecho positivo aplicable, aun en los países que cuentan con una regulación legal de la securitización o un desarrollo importante de su mercado de capitales, aquella no siempre es completa, y no abarca todos los aspectos importantes de la estructuración del proceso.

La securitización tuvo sus orígenes en la década del 70, como consecuencia de las altas tasas de interés en el otorgamiento de créditos y de la necesidad de las entidades financieras de reducir costos para la obtención de fondos. Por este motivo muchos préstamos se transformaron en instrumentos negociables, a los que denominó Securitización del Crédito. Así nacieron los títulos de dudas respaldados, es decir garantizados por un activo real, como ser sobre prendas de automotores, con garantía de facturas conformadas, hipotecas, etc.

El gobierno de los Estados Unidos creó un organismo que inició el mercado de securitización, desarrollando un título garantizado por prestamos hipotecarios para viviendas; de esta manera se incentiva a las entidades financieras a otorgar ciertos tipos de préstamos hipotecarios que se financian con la emisión de títulos respaldados por dichas hipotecas y garantizados por el gobierno. Posteriormente se incorporan en la operatoria los bancos comerciales y las sociedades de ahorro y préstamos para la vivienda; en la actualidad existen entidades mayoristas dedicadas exclusivamente a la securitización.

En Europa, el mercado más desarrollado en cuanto a la securitización es Inglaterra, ya que en Francia se estableció el marco legal apropiado recién el año 1988, con la creación de los Fonds Commens de Créances.

En Latinoamérica el país con mas experiencia es México, donde se conoce este fenómeno con el nombre de titularización o titulización.



IMPORTANCIA ECONOMICA DE LA HIPOTECA

La hipoteca es una de las instituciones de mayor trascendencia en el desarrollo económico y social de las sociedades que nos encontramos inmersos dentro del sistema capitalista. La hipoteca empieza a tomar importancia en la sociedad contemporánea, y es cuando las necesidades de capitales perfeccionan el instituto y lo hacen cada vez más solicitado.

Los avances de la industria, el comercio y la necesidad del crédito son causas que exigen la presencia de capital y es con la industria que llega la necesidad del crédito, los mismos que se aseguran con la propiedad inmueble, la hipoteca afecta principalmente a los predios urbanos. de este modo los bienes inmuebles son los que garantizan ingentes cantidades de dinero, que son los capitales requeridos para la construcción, la industria, la agricultura, la minería, el comercio, la sociedad capitalista ha desarrollado la importancia de los bienes raíces. y es entonces la propiedad inmobiliaria la que adquiere importancia social y económica.

La ventaja que tiene el deudor hipotecario, es que el bien inmueble queda en su poder, el mismo que sigue, usando y disfrutando o explotando a fin de cubrir las obligaciones del préstamo, este hecho a dado como consecuencia que la hipoteca, se la considere la "**reina de las garantías**", además permite que el deudor, pueda obtener otros préstamos con el bien dado en garantía pero de otro lado, junto a la industria de la construcción, nacieron también las instituciones de crédito para la construcción (bancos estatales de vivienda, cooperativas de vivienda y otras), constatamos así el préstamo hipotecario de edificación, en el que se puede obtener un préstamo para construir un edificio. esta forma de hipoteca, se considera en contra de la característica de la especialidad objetiva de la hipoteca, que exige que la garantía exista en el momento del préstamo, pues, en estos préstamos hipotecarios de edificación, la garantía no existe en el momento del préstamo más irá adquiriendo los caracteres señalados en

los planos y proyectos conforme vaya avanzando la obra.

Esta clase de préstamo hipotecario, no sólo permite multiplicar las viviendas o los locales comerciales, con su renta baja para cubrir el préstamo; sino que permite sobre todo al Estado, solucionar el problema de la vivienda social que es una de sus múltiples obligaciones, no resuelto hasta la fecha.

pero donde de advierte con mucha mayor intensidad la trascendencia económica y social de la hipoteca, es a través de los créditos especializados, oficiales o particulares, que se otorgan en los ámbitos comerciales, minero, naval agrícola, industrial, etc.

Es conveniente hacer presente que el país que a desarrollado un estudio científico de la institución Hipoteca es Alemania.

BIBLIOGRAFÍA

1. Peña Farfan Saúl. Código Civil. 1era Edición 1996. Cultural San Marcos.
2. Jossierand. Derecho Civil. Buenos Aires. 1951. Tomo II. Vol. II. Contratos. N° 1634. Pág. 523.
3. Mazeaud Henri y Leon. Derecho Civil. Buenos Aires. Pág. 297.
4. Planiol, Marcelo y Ripert, George. Tratado Practico de derecho civil Frances. Tomo XIII. Garntias reales. Edición Cultural S.A. La Habana 1940.
5. Roca Sastre, Ramón Derecho hipotecario. Tomo I. Ed. Bosch S.A. Barcelona España. 1969.
6. Castañeda, Jorge E. Los Derechos Reales de Garantía. Tomo III. Ed. Talleres Gráficos Villanueva. Lima - Perú 1963.



7. Aníbal Torres Vásquez. Código Civil, Actualizado, Títulos de los Artículos, Antecedentes, Concordancias, Jurisprudencias, Comentarios, Ed. Luis Alfredo. Lima – Perú 1994.
8. Cuadros Villena Carlos. Derechos Reales. Tomo IV. 1era Edición 1996. Edi. Fecat E.I.R.L
9. Días Guillermo. Hipoteca Sobre Inmueble Ajeno. Revista de la Ley N° 94. Junio de 1959.
10. Pérez Vives. Garantías Civiles. Fianza, Prenda, Hipoteca. Edi. Temis. Bogota - Colombia 1990.
11. Vásquez Ríos Alberto. Los Derechos Reales de Garantía. Edi. San Marcos. 2da Edi. 1995.
12. Avendaño V. Jorge. Garantías. Materiales de enseñanza 1991. Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho.