



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**La hipoteca inversa en el Perú como un mecanismo de
garantía no asistencialista**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Jesús David VÁSQUEZ VIDAL

ASESOR

Mg. Oscar Alberto HUERTA AYALA

Lima, Perú

2022



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Vásquez, J. (2022). *La hipoteca inversa en el Perú como un mecanismo de garantía no asistencialista*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Jesús David Vásquez Vidal
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	42122440
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-4677-5528
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Oscar Alberto Huerta Ayala
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	07646182
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-0674-4671
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Enrique Antonio Varsi Rospigliosi
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	09157393
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Oreste Gherson Roca Mendoza
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	42984159
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Segundo José Leyva Saavedra
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	25645967
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Héctor Raúl Huaranga Navarro
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	22420918
Datos de investigación	
Línea de investigación	E.1.1.5. Derechos Reales
Grupo de investigación	No aplica.
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento.
Ubicación geográfica de la investigación	Universidad Nacional Mayor de San Marcos y sus coordenadas geográficas.
Año o rango de años en que se realizó la investigación	Abril 2019 - febrero 2022 2019 - 2022
URL de disciplinas OCDE	Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los veintidós días del mes de junio del año dos mil veintidós, siendo las dieciocho horas, bajo la Presidencia del Dr. Enrique Antonio Varsi Rospigliosi y con la asistencia de los Profesores Mg. Oscar Alberto Huerta Ayala, Mg. Oreste Gherson Roca Mendoza, Mg. Segundo José Leyva Saavedra y Mg. Héctor Raúl Huaranga Navarro y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Bachiller don **Jesús David VÁSQUEZ VIDAL**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“LA HIPOTECA INVERSA EN EL PERÚ COMO UN MECANISMO DE GARANTIA NO ASISTENCIALISTA”**

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con la calificación de bueno con nota de dieciséis (16)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial al Bachiller en Derecho don **Jesús David VÁSQUEZ VIDAL**.

Se extiende la presente acta en dos originales y siendo las veinte horas con quince minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.

Dr. Enrique Antonio VARSI ROSPIGLIOSI
Presidente y Jurado Informante
Profesor Principal

Mg. Oscar Alberto HUERTA AYALA
Asesor
Profesor Auxiliar

Mg. Oreste Gherson ROCA MENDOZA
Jurado Informante
Profesor Auxiliar

Mg. Segundo José LEYVA SAAVEDRA
Miembro
Profesor Contratado

Mg. Héctor Raúl HUARANGA NAVARRO
Miembro
Profesor Contratado

A mi madre Marta Gladis.

ÍNDICE

RESUMEN.	10
PALABRAS CLAVE.	10
ABSTRACT.	11
KEYWORDS.	11
INTRODUCCIÓN	12
ASPECTOS METODOLÓGICOS	16
(i) Situación problemática.	16
(ii) Formulación del problema.	17
(ii. a) Pregunta principal:.....	17
(ii. b) Preguntas secundarias:.....	18
(iii) Hipótesis.	19
(iii. a) Hipótesis principal.....	19
(iii. b) Hipótesis secundarias.	19
(iv) Objetivos de investigación.....	21

(iv. a) Objetivo principal.....	21
(iv. b) Objetivos específicos de la investigación.....	21
(v) Definición del tipo de investigación.....	22
(v. a) Tipo de estudio.....	22
(v. b) Selección del universo de la muestra.....	22
(v. c) Técnica de análisis y recolección de datos.....	23
(v. d) Ámbito cualitativo, espacial y temporal.....	23
(vi) Matriz de consistencia.....	23
CAPÍTULO I: EL MERCADO DE CRÉDITOS, EL SISTEMA DE GARANTÍAS PATRIMONIALES Y EL ROL DE LOS ACREEDORES FINANCIEROS EN EL PERÚ	30
1.1. El sistema de garantías reales y la hipoteca en el ordenamiento jurídico peruano: ...	30
1.1.1. Antecedentes históricos.....	30
1.1.2. La necesidad de los mecanismos de garantía patrimonial para la eficacia del crédito.....	32
1.1.3. Clasificación de los mecanismos de garantías patrimoniales.....	36
1.2 El mercado de créditos en el Perú y los créditos hipotecarios.....	43
1.2.1. El mercado de créditos como un campo social.....	43
1.2.2 Los agentes al interior del campo del mercado de créditos (financieros) y sus problemas.....	47
1.2.3. Las patologías del mercado de créditos.....	53
1.2.4. Las estrategias y medidas para evitar las patologías del mercado de créditos....	54
1.2.5. La ubicación del sistema de garantías reales en el mercado de créditos.....	55
1.3. Los movimientos del capital financiero en el mercado de créditos y la necesidad de ponerle algunas limitaciones.....	57
1.3.1. El problema de los controles a las tasas de interés de los créditos financieros...	57
1.3.2. Descripción del círculo virtuoso de generación de riqueza a través del crédito.	59

1.3.3. Los mecanismos de obtención de ganancias o acumulación de capital.	60
1.4. Algunas conclusiones.	63
CAPITULO II: LA HIPOTECA COMÚN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	66
2.1. Definición de hipoteca.	66
2.2. La función, fases de garantía de hipoteca y su vínculo con el crédito.....	68
2.3. Presupuestos de la garantía hipotecaria (objeto y sujetos).	72
2.3.1. El objeto del acto hipotecario:.....	72
2.3.2. El sujeto hipotecante:	73
2.4. El contenido del acto jurídico hipotecario.	76
2.4.1. Obligaciones asegurables con hipoteca.	76
2.4.2. El monto del gravamen hipotecario (o el límite de la responsabilidad patrimonial).	79
2.4.3. Las cláusulas prohibidas en el negocio hipotecario (el pacto comisorio y la renuncia a gravar).....	80
2.5. La forma del acto jurídico hipotecario y su inscripción registral.	82
2.6. Las características jurídicas de la hipoteca como derecho real.....	86
2.7. La ejecución hipotecaria y sus particularidades.....	96
2.8. La extinción del derecho de hipoteca.	101
2.8.1. Los supuestos de extinción hipotecaria del artículo 1122° CC.....	102
2.8.2. La caducidad del asiento de inscripción de la hipoteca, su renovación y su reinscripción.	105
2.8.3. La cancelación de la hipoteca por la extinción de la persona jurídica acreedora.	114
2.9. Tipos de hipotecas reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico.	116
2.9.1. Por su origen causal (legales y voluntarias):.....	118

2.9.2. Por la intervención de uno o más sujetos en su formación (unilaterales y contractuales):	119
2.9.3. Por la regulación a la que están sujetas (comunes y especiales):.....	121
2.9.3.1. La hipoteca minera.	122
2.9.3.2. La hipoteca sobre concesiones e infraestructura y servicios.....	124
2.9.3.3. La hipoteca en la gestión forestal.....	126
2.9.3.4. La hipoteca en la gestión de fauna silvestre.	127
2.9.3.5. La hipoteca acuícola.....	127
2.9.3.6. La hipoteca naval.	130
2.9.3.7. El título de crédito hipotecario negociable.....	131
2.9.3.8. La hipoteca inversa.....	134
CAPITULO III: LA HIPOTECA INVERSA EN EL PERÚ	135
3.1. Definición.	135
3.2. Los antecedentes en el derecho comparado de la Hipoteca Inversa.	138
3.2.1. Estados Unidos.....	140
3.2.2. España.	143
3.2.3. México:.....	146
3.3. Los sujetos del acto jurídico constitutivo de la hipoteca inversa.....	148
3.3.1. El Titular o propietario del inmueble hipotecado.....	149
3.3.2. El beneficiario del crédito.	149
3.3.3. Las entidades del sistema financiero (las verdaderas beneficiadas con la hipoteca inversa).....	151
3.3.4. Las empresas de seguros (a cargo del seguro obligatorio contra todo riesgo y del seguro facultativo de renta vitalicia).	153
3.4. El objeto de la Hipoteca Inversa (el inmueble afectado).	155
3.5. Las especiales condiciones del contrato de Hipoteca Inversa.	157

3.5.1. El crédito asegurado con la HI: Deuda coberturada, el monto del gravamen y su responsabilidad limitada.....	159
3.5.1.1. La naturaleza financiera de la deuda y su cobertura.	159
3.5.1.2. El monto del gravamen hipotecario.	164
3.5.1.3. La naturaleza limitada de la responsabilidad patrimonial del crédito con HI.	166
3.5.2. El fallecimiento del titular o del beneficiario como condición de exigibilidad del crédito con HI: la muerte y la lógica del mercado.	167
3.5.3. La indeterminación del obligado a pagar la deuda: ¿Importa quién sea el deudor?	170
3.5.4. El problema de la valorización del inmueble: un diseño que incentiva la subvaluación.....	176
3.6. Los “derechos” del Titular de un crédito con HI.	178
3.6.1. Resolución de la hipoteca inversa por causa imputable al acreedor.	178
3.6.2. El derecho a prepagar la deuda.	180
3.7. Las características especiales del derecho real de HI.	182
3.7.1. La inscripción registral de la HI.	183
3.7.2. La interferencia injustificada en las facultades de disposición y administración sobre el inmueble gravado.....	183
3.8. La ejecución del gravamen hipotecario: exigibilidad de deuda garantizada, ejecución judicial, venta y apropiación directa del inmueble hipotecado.....	188
3.8.1. La exigibilidad de la deuda garantizada.	188
3.8.2. La dación en pago.	189
3.8.3. La resurrección del pacto comisorio hipotecario (¿o del pacto marciano?)......	191
3.8.4. Los problemas de una eventual (y no deseada) ejecución judicial de la HI.....	195
3.8.5. La ejecución extrajudicial a cargo de un tercero (un representante u otra entidad del sistema financiero).	196
3.9. Régimen de transparencia, suministro de información y asesoramiento.	198

CAPITULO IV: LA NECESARIA REFORMA DEL DISEÑO LEGAL DE HIPOTECA INVERSA (HACIA UNA FIGURA DE GARANTÍA REALMENTE ASISTENCIALISTA).	202
4.1. El derecho fundamental a una pensión digna y la hipoteca inversa.	202
4.2. El derecho fundamental de la vivienda adecuada y la hipoteca inversa.	207
4.3. Los problemas de la ejecución extrajudicial en la fase satisfactiva de la H.I.	214
4.4. Propuesta: hacia la creación de un contrato atípico de renta vitalicia onerosa para sustituir a la hipoteca inversa en el Perú.	219
EPILOGO: LA RECEPCIÓN DE INSTITUCIONES JURÍDICAS EXTRANJERAS EN EL PERÚ A PROPÓSITO DEL DISEÑO LEGAL DE LA HIPOTECA INVERSA	233
CONCLUSIONES	238
BIBLIOGRAFÍA	243
DOCTRINA	243
TESIS:.....	252
PRECEDENTES Y RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL REGISTRAL:	253
PLENOS CASATORIOS Y JURISPRUDENCIA JUDICIAL:.....	254
DOCUMENTOS:.....	254

RESUMEN.

La presente investigación trata sobre el mecanismo de garantía patrimonial especial denominada Hipoteca Inversa, la misma que se implementó en el Perú desde el año 2018 con la Ley N° 30741 y que tuvo como finalidad asistencialista explícita el otorgar un ingreso económico complementario a personas ancianas o afectadas de dependencia grave. Este “beneficio económico” se obtendría mediante un crédito de una entidad autorizada del sistema financiero, con la particularidad de que se pagaría después de que la persona beneficiada fallezca y se encontraría garantizado su pago con una hipoteca constituida sobre un predio destinado a la vivienda habitual del mismo beneficiado.

Sin embargo, las características con las que se ha configurado normativamente a esta hipoteca especial ponen en una situación de desequilibrio y absoluta desventaja al propietario del predio afectado así como a sus herederos, ya que se ha puesto particular énfasis en las facultades de apropiación directa por parte del acreedor financiero del predio utilizado como garantía y la ablación de las facultades de disposición y uso que el propietario puede darle al bien durante la vigencia crédito con hipoteca inversa, restringiéndolas única y exclusivamente a su vivienda habitual. Por esta razón, este mecanismo de garantía no tendría una finalidad asistencialista, sino meramente especulativa y crematística a favor de los acreedores financieros.

En tal sentido, la presente investigación parte de estudiar el sistema de garantía reales en el Perú y, especialmente, a la hipoteca común. Para después estudiar a la hipoteca inversa en todos sus aspectos legales y consecuencias jurídicas. Finalmente, se adopta una posición crítica con respecto a este mecanismo de garantía especial que tiene sus orígenes en el sistema jurídico del *common law* norteamericano y que ha sido trasplantado irreflexivamente al nuestro.

PALABRAS CLAVE.

Mercado de créditos, garantías patrimoniales, hipoteca común, hipotecas especiales, hipoteca inversa, empresas autorizadas del sistema financiero, créditos hipotecarios, derecho a la seguridad social y derecho fundamental a la vivienda adecuada.

ABSTRACT.

The present investigation deals with the special patrimonial guarantee mechanism called Reverse Mortgage, the same one that was implemented in Peru since 2018 with Law No. 30741 and whose explicit welfare purpose was to grant a complementary economic income to elderly people or severely dependent. This "economic benefit" would be obtained through a loan from an authorized entity of the financial system, with the particularity that it would be paid after the beneficiary dies and its payment would be guaranteed with a mortgage constituted on a property destined for the habitual residence of the same beneficiary.

However, the characteristics with which this special mortgage has been configured by law put the owner of the affected property, as well as his heirs, in a situation of imbalance and absolute disadvantage, since particular emphasis has been placed on the powers of direct appropriation by part of the financial creditor of the property used as collateral and the abolition of the faculties of disposition and use that the owner can give to the asset during the credit term with a reverse mortgage, restricting them solely and exclusively to their habitual residence. For this reason, this guarantee mechanism would not have a welfare purpose, but merely speculative and chrematistic in favor of financial creditors.

In this sense, the present investigation starts from studying the real guarantee system in Peru and, especially, the common mortgage. To then study the reverse mortgage in all its legal aspects and legal consequences. Finally, a critical position is adopted with respect to this special guarantee mechanism that has its origins in the American common law legal system and that has been unthinkingly transplanted to ours.

KEYWORDS.

Credit market, equity guarantees, common mortgage, special mortgages, reverse mortgage, authorized companies of the financial system, mortgage loans, right to social security and fundamental right to adequate housing.

INTRODUCCIÓN

El 28 de marzo del 2018 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 30741, en adelante la Ley de la Hipoteca Inversa o simplemente la Ley, mientras que su Reglamento¹ se aprobó -con mucha expectativa²- unos meses después, siendo estas normas las que regulan la Hipoteca Inversa (HI) en el Perú, como un mecanismo que tendría el propósito de beneficiar a un sector olvidado y vulnerable de la sociedad, como son los adultos mayores, quienes al no tener una pensión digna o simplemente no tener ninguna, podrían obtener un "crédito-pensión" de una entidad del sistema financiero -a lo que la Ley peruana denomina un "ingreso económico complementario"- dejando como garantía para el pago de este crédito algún bien inmueble del cual sean propietarios, con la particularidad de que la deuda -capital, intereses, seguros y gastos- sería "exigible recién al fallecimiento del titular o titulares del

¹ El Reglamento de la Ley N.º 30741 fue aprobado mediante el Decreto Supremo N.º202-2018-EF, publicado en el diario oficial El Peruano el 05.09.2018.

² De manera muy optimista se creía que los créditos con HI entrarían a operar en el mercado rápidamente. A despecho de aquellas premoniciones, hasta la fecha de la publicación del presente ensayo aún no se ha otorgado ningún crédito de esta catadura. Respecto a las expectativas que generó la aprobación de la Ley y su Reglamento puede consultarse la siguiente nota periodística publicada en la versión electrónica del diario Gestión del 22.08.2018: “Bancos empezarán a ofrecer la hipoteca inversa 90 días después de reglamentarse la ley”. <https://gestion.pe/tu-dinero/inmobiliarias/bancos-empezaran-ofrecer-hipoteca-inversa-90-dias-despues-reglamentarse-ley-227825>

crédito" (art. 1° de la Ley), lo cual no sucede en una hipoteca tradicional³, donde una vez desembolsado el crédito queda a cargo del deudor su inmediata devolución en cuotas o armadas por un tiempo más o menos extenso.

Si bien en la Ley peruana no se hace mención para qué clase de personas está dirigido este tipo de operación crediticia, ni la edad⁴ de los eventuales "beneficiados", es obvio que las entidades financieras, autorizadas a ofrecerla, direccionarán los créditos respaldados con este gravamen hacia aquellas que estén por razones naturales (ancianos) o accidentales (enfermos terminales) cercanas a la muerte, o por ambas causas a la vez⁵, lo cual sería una situación sumamente común, esto es una persona anciana con una enfermedad terminal.

³ Para QUESADA (2009) la denominación dada a este tipo de crédito responde a que en: "La hipoteca inversa, como su nombre sugiere, funciona de modo inverso a como lo hacen las hipotecas tradicionales: la entidad bancaria será la que abone las cantidades oportunas, no el propietario del inmueble, y dichos pagos van disminuyendo el valor de la vivienda. Al fallecer el titular, los sucesores decidirán entre abonar la deuda y mantener la propiedad de la vivienda, o bien enajenar dicha vivienda como modo de pagar la deuda. Queda en manos de los herederos la decisión sobre la cuestión, no es la entidad bancaria la que determinará cómo actuará.", p. 137.

⁴ Este aspecto de la HI si ha sido regulada en otros sistemas jurídicos como el español, donde se introdujo la figura hipotecaria bajo estudio mediante la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en cuyo literal a) del numeral 1 se establece como requisito de la HI "a) que el solicitante y los beneficiarios que este pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia."

⁵De acuerdo con la Exposición de Motivos del Reglamento, este producto financiero no solamente estaría dirigido a los adultos mayores sino también a los beneficiarios que este designe. Así se señala lo siguiente: "Se resalta que, la presente propuesta normativa se ha elaborado en coordinación entre el MEF y la SBS, acogiendo comentarios del sector privado, con el fin de encontrar mecanismos que permitan operativizar la ley de la Hipoteca Inversa, el cual como se ha mencionado, es un nuevo producto en el mercado peruano; que ha contemplado variantes a lo que se implementa internacionalmente, como no ser un producto sólo para población adulto mayor y contar con la intervención de Beneficiarios." Al respecto vale la pena hacer una aclaración muy pertinente, ya que en ningún extremo de la Ley o su Reglamento se establece que este producto sea para adultos mayores, como erróneamente se sostiene en la Exposición de Motivos, lo cual podría afirmarse si se hubiese establecido una edad mínima para acceder a este producto. El único criterio para identificar a los eventuales prestatarios, aunque la exposición de motivos no quiera reconocerlo, es su proximidad a la muerte, lo cual obviamente ocurrirá con los ancianos, pero también con los enfermos terminales independientemente de la edad que tengan.

Por la razón antes expuesta, una figura como la HI tendría que haber sido elaborada con especial cuidado y basarse tanto en principios éticos como en reglas económicas para su adecuado funcionamiento, dado el desproporcionado desequilibrio entre las partes contratantes (un ser humano próximo a la muerte sin medios suficientes de sustento y, del otro, las empresas que conforman el poderoso oligopolio financiero peruano⁶). Esto con la finalidad de no desnaturalizar la función asistencialista de este mecanismo de garantía y evitar posibles prácticas indebidas por parte de las entidades acreedoras o prestamistas⁷. Pero, sobre todo, para que sea un producto financiero social y económicamente exitoso⁸.

⁶ Uno de los problemas más graves de un mercado de créditos, que derivan en consecuencias tan perjudiciales como la elevación de las tasas de interés, el racionamiento de los créditos y la sobreexplotación de los consumidores de los servicios crediticios es el oligopolio financiero, esto es la falta de diversidad de empresas que provean este servicio público y su concentración en unas pocas manos, lo que les permite no solamente manipular el mercado en su beneficio sino también presionar a los centros de producción normativa y reglamentaria (Congreso, ministerios y entidades reguladoras) para generar modificaciones en las reglas jurídicas que benefician a sus intereses, creándose una profunda distorsión en la equidad que debe regir las normas de intercambio en un mercado saludable. Un claro mecanismo de presión sería, precisamente, negarse a prestar un servicio financiero hasta que se adecúe perfectamente al lado del oligopolio, que en este caso se comportaría como un verdadero cartel, lo cual, al parecer, no genera ninguna clase de rubor en el Perú. Así lo informaba la versión electrónica del diario económico Gestión, con la siguiente nota periodística: “Hipoteca inversa: Compañías no la ofrecerán hasta que se limite opción de prepago”. <https://gestion.pe/tu-dinero/inmobiliarias/hipoteca-inversa-companias-ofreceran-limite-opcion-prepagos-251446>

⁷ Refiriéndose a la hipoteca inversa implementada hace varias décadas en el sistema norteamericano, Yamila M. RODRÍGUEZ (2015) es categórica al afirmar lo siguiente: “Conviene desde ahora destacar que las hipotecas reversibles son muy costosas; exponen a los deudores a posibles abusos o actos fraudulentos por instituciones financieras, la posibilidad de perder su residencia principal, en caso de fallecimiento del prestatario, o a tener que ser relocalizados permanentemente en centros de servicios geriátricos por razones de salud.” pp. 1117

⁸ Al igual que otras innovaciones jurídicas relacionadas con el mercado inmobiliario, tal como el Leasing Inmobiliario peruano que ha sido un estrepitoso fracaso, el mismo destino parece esperarle a la Hipoteca Inversa peruana, no solamente por el hecho de que se haya creado una regulación que sea tan desproporcionadamente desventajosa para un eventual consumidor de este producto financiero, lo que inducirá a muchos a morir antes que tomar un crédito de esta naturaleza, tal como explicaremos en esta investigación; sino, porque ni siquiera resultaría atractivo para los acreedores institucionales y las empresas aseguradoras. Así ha sido reportado hasta marzo del año en curso (2019): “Hace más de seis meses se publicó el reglamento de la Ley que crea el sistema de hipoteca inversa, sin embargo, en sus términos actuales, continúa sin despertar el interés de las aseguradoras. Por ello, la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (Apeseg) presentó en febrero una propuesta a la Comisión de Economía del Congreso, para modificar dicha ley.” Publicado en la versión electrónica del diario Gestión: <https://gestion.pe/economia/aseguradoras-plantan-congreso-modificar-ley-hipoteca-inversa-despegue-262629>

Sin embargo, la Ley que Regula la HI en el Perú, muy a nuestro pesar, ha sido diseñada fundamentalmente como un mecanismo de transferencia patrimonial en perjuicio de personas que, probablemente, se encuentren en mayor estado de vulnerabilidad. Además, la HI peruana se desentiende de las reglas económicas y jurídicas básicas que han diseñado los mecanismos de garantías a lo largo de la historia⁹ y que sí han demostrado funcionar eficientemente en muchas sociedades.

Ahora bien, para entender plenamente las dimensiones jurídicas, económicas y sociales de este nuevo mecanismo de garantía que ha sido implementado en nuestro sistema jurídico, resulta necesario dar cuenta de la función económica y jurídica que los mecanismos de las garantías patrimoniales cumplen en nuestra sociedad, dentro de las cuales desatacan las garantías reales y, particularmente, la hipoteca en sus diversas clases como el modelo arquetípico de garantía real de naturaleza inmobiliaria. Por estas razones, comenzaremos por estudiar la génesis de los mercados de créditos y su relación con los mecanismos de garantías, para después estudiar la figura general de la hipoteca común y, finalmente, la hipoteca inversa como un tipo especial de hipoteca creada exclusivamente para ser ofrecida por las empresas del sistema financiero nacional a personas que requieren ingresos complementarios por estar en situación de vulnerabilidad o grave dependencia. Finalmente, concluiremos la presente investigación señalando cuales son los principales defectos de la HI peruana y las reglas (o principios) que deberían respetarse para hacer esta institución jurídica viable ética, social y económicamente.

⁹ Debemos recordar que “El orden de aparición de los tipos de garantías reales indica, de mayor a menor, el grado de perturbación de la garantía en la economía del propietario que la soporta: primero aparece la fiducia, después la prenda, después la hipoteca. En la fiducia hay transmisión de propiedad; en la prenda, hay transmisión de la posesión; en la hipoteca no hay, de momento, transmisión ni de propiedad ni de posesión (...) La aparición en la época moderna del Registro de la propiedad como sistema orgánico de publicidad, responde desde sus comienzos (...) más a la finalidad de dotar de publicidad a los derechos reales (hipotecas, censos) que a la de dotar de publicidad al dominio mismo. La Ley Hipotecaria de 1861 termina con las hipotecas generales y tácitas, es decir, implanta, en cuanto a las hipotecas, los principios de especialidad y publicidad.” (PEÑA Bernaldo, 1999, p. 48 – 49).

ASPECTOS METODOLÓGICOS

(i) **Situación problemática.**

Los mecanismos de garantía son instrumentos que en todo sistema jurídico han servido para dinamizar el mercado de créditos y, en el caso particular de la hipoteca, como un mecanismo de garantía sobre bienes inmuebles, que es utilizado para la expansión del crédito en la adquisición de viviendas. Lo que constituye uno de los campos económicos más importantes en nuestras modernas sociedades capitalistas, donde el costo del suelo aumenta permanentemente y, para acceder al mismo, se requiere, la mayor parte de las veces, contar con el financiamiento crediticio de una entidad del sistema financiero. Este crédito hipotecario será pagado durante un prolongado espacio de tiempo. Convirtiéndose un inmueble, así adquirido, en un valiosísimo activo al que las personas destinan, quizá, toda una vida de esfuerzos individuales y familiares.

Es por esta razón que el inmueble visto como el ahorro objetivado de toda una vida de trabajo constituye, también, un activo que puede garantizar un crédito que podría ser pagado después de la muerte de su propietario para facilitarle el acceso a un ingreso económico

complementario mejorando su calidad de vida. Esta es la idea central de la hipoteca inversa, ya que, si una persona ha invertido la mayor parte de su trabajo en adquirir un inmueble, resultaría lógico que se le permita obtener una prestación económica mensual hasta el día de su muerte sin que pierda el derecho a la utilización de su inmueble como casa habitación, dejando en garantía del pago de la deuda que se acumule, precisamente, ese bien inmueble que forma parte de su patrimonio.

Sin embargo, surgen muchas interrogantes de carácter socio familiar y ético en torno a los potenciales conflictos que una figura diseñada bajo aquellas premisas plantea, ya que en nuestro país las viviendas albergan a varias familias de diferentes generaciones, por lo que los titulares del predio muchas veces solo son portadores del capital inmobiliario original. Por lo que, crear esta figura sin establecer mecanismos de protección para los diversos sujetos que podrían verse afectados (entre quienes destacan los herederos del propietario del inmueble gravado) resulta muy peligroso.

Sin embargo, como se demostrará en la presente investigación, a esta situación, en si misma delicada, se agrega que la Ley que regula la hipoteca inversa en el Perú, ha establecido facultades unilaterales excesivas y totalmente injustificadas a favor de los acreedores financieros. Quienes pueden cuantificar la deuda, valorizar el inmueble gravado y apropiárselo unilateralmente, sin recurrir a ninguna clase de instancia jurisdiccional o arbitral, dejando abierta la posibilidad para que estas entidades acreedoras cometan toda clase de abusos y arbitrariedades.

(ii) Formulación del problema.

(ii. a) Pregunta principal:

¿Es la hipoteca inversa un mecanismo de garantía asistencialista que sirva para otorgar un ingreso económico complementario, a una persona anciana o en situación de pendencia severa, sin perjudicar significativamente su patrimonio?

(ii. b) Preguntas secundarias:

- ¿Cuáles son las características que un mecanismo de garantía patrimonial como la hipoteca inversa debería tener para conservar su naturaleza asistencialista?
- ¿La constitución de la hipoteca inversa sobre un predio perjudica las facultades de uso, disposición y, en general, de explotación económica que el propietario le puede dar al bien?
- ¿La hipoteca inversa afecta el derecho fundamental a la vivienda adecuada de los herederos del propietario constituyente del gravamen que habitan en el predio que ha sido afectado?
- ¿Cuál sería el mecanismo más idóneo para que los herederos del propietario que habitan en el predio afectado puedan conservar el derecho a seguir viviendo en el mismo bien sin sacrificar el legítimo derecho del acreedor a cobrarse la deuda?
- ¿Los mecanismos de ejecución extrajudicial de la hipoteca inversa han establecido situaciones paritarias y equilibradas para las partes implicadas que desincentiven la subvaluación del predio afectado y abusos por parte del acreedor financiero?
- ¿Cuál es el sistema para la valorización del predio afectado a efectos de realizar la ejecución extrajudicial en sus diferentes modalidades en el contexto de un crédito con hipoteca inversa?
- ¿En la regulación de la hipoteca inversa existe algún mecanismo legal que faculte al propietario o a sus herederos para cuestionar la valorización del predio para su apropiación o venta extrajudicial?
- ¿En la regulación de la hipoteca inversa se ha previsto algún mecanismo para la desocupación del predio afectado después de su ejecución extrajudicial, máxime si de hecho el predio puede estar siendo ocupado por los herederos del propietario o por algún tercero?
- ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas y económicas más importantes de haber cercenado las facultades de administración y disposición del bien afectado y qué relación tiene con la ejecución extrajudicial?
- ¿Es posible dentro del ámbito de la autonomía privada crear una figura contractual que cumpla funciones económicas equivalentes a la de una hipoteca inversa pero que, sin embargo, supere muchos de sus problemas?

(iii) Hipótesis.

(iii. a) Hipótesis principal.

La hipoteca inversa ha sido diseñada como un mecanismo de garantía que pone énfasis en las facultades de apropiación directa y ejecución extrajudicial a favor del acreedor financiero, perjudicándose además las facultades de disposición y explotación económica que tiene el propietario que constituye el gravamen.

(iii. b) Hipótesis secundarias.

- Para que un mecanismo de garantía patrimonial como la hipoteca inversa conserve su naturaleza asistencialista debería permitir que el propietario constituyente conserve un ingreso económico aun cuando el monto del crédito se haya agotado, mediante un mecanismo de seguro de naturaleza pública que no aumente desproporcionadamente la deuda y, además, conservar las facultades para continuar explotando el bien mientras se encuentre en su patrimonio.
- La constitución de una hipoteca inversa sobre un predio afecta significativamente las facultades del derecho de propiedad, ya que, sin la autorización del acreedor financiero, el propietario no podrá disponer del bien ni usufructuarlo, teniendo que usarlo únicamente para su vivienda habitual hasta que fallezca.
- La hipoteca inversa solamente otorga como derecho a los herederos del propietario constituyente, el pagar la totalidad de la deuda acumulada en un plazo sumamente corto o perder la titularidad sobre el bien. Por lo que sí se afectaría su derecho fundamental a la vivienda adecuada.
- Si bien la hipoteca inversa no otorga derecho alguno a los herederos para conservar la propiedad sobre el predio gravado, en los casos en los que se afecte su derecho fundamental a la vivienda adecuada debería dárseles el acceso a créditos especialmente garantizados con fondos públicos o con fondos privados garantizados por el Estado, para que puedan pagar la deuda de la hipoteca inversa.
- Al acreedor financiero se le han otorgado las facultades de apropiación directa en forma del pago del predio afectado o la de requerir que sea vendido

extrajudicialmente por un tercero. Sin ninguna facultad especial otorgada a los herederos para que puedan controlar estas actividades que afecta su patrimonio. Por lo que estamos ante una situación no paritaria y desequilibrada.

- El mecanismo de valorización del predio afectado en el contexto de un crédito con hipoteca inversa es el de la tasación por parte de dos peritos valuadores inscritos en el Registro respectivo de la SBS, quienes valorizarán el predio a requerimiento del acreedor financiero, quien además sufragará sus honorarios.
- No existe en la ley ninguna facultad especial o mecanismo específico para cuestionar la valorización efectuada del predio gravado para su apropiación o venta extrajudicial, lo que crea un grave riesgo de potenciales abusos por parte de la entidad acreedora.
- La regulación especial de la hipoteca inversa no ha establecido ningún mecanismo especial para desocupación o lanzamiento de las personas que de hecho puedan estar ocupando el predio que ha sido ejecutado extrajudicialmente. Razón por la cual, el nuevo propietario tendrá -en principio- que iniciar el proceso judicial de desalojo por precario.
- Para que la ejecución extrajudicial sea plenamente eficaz se requiere que no existan terceros a quienes no se les pueda oponer extrajudicialmente la adjudicación o venta del predio, como a un nuevo acreedor hipotecario o embargante, un usufructuario, un superficiario, un arrendatario, entre otros. Sin embargo, esto ha terminará afectando severamente las facultades del propietario y sustrayendo -de hecho- el predio del mercado inmobiliario hasta el momento de la ejecución del gravamen.
- El contrato de renta vitalicia onerosa en la que el vitalizado o rentista transfiere un predio a favor del vitalizante u obligado a cambio de una renta de por vida, al que se le tendrían que agregar las cláusulas de usufructo vitalicio a favor del vitalizando, la de recuperación del bien a favor de los herederos que paguen la deuda y la de preferencia de adquisición en la primera venta, cumpliría de manera más eficiente la función económica atribuida a la hipoteca inversa.

(iv) Objetivos de investigación.

(iv. a) Objetivo principal.

Determinar si la hipoteca inversa en nuestro sistema jurídico no tiene carácter asistencialista sino netamente civil, financiero y especulativo, en el sentido que se ha creado para que las entidades del sistema financiero puedan apropiarse al menor costo posible de los activos inmobiliarios de sectores de la población que se encuentren en estado de necesidad económica y próximos a fallecer.

(iv. b) Objetivos específicos de la investigación.

- Determinar cuáles son las características que debería tener la hipoteca inversa para mantener su naturaleza asistencialista, sin perjuicio de las facultades que le corresponde a todo mecanismo de garantía patrimonial hipotecario.
- Determinar qué facultades del derecho de propiedad son afectadas por la constitución de una hipoteca inversa sobre un predio.
- Determinar si los herederos del propietario que ha constituido la hipoteca inversa y que tienen como única vivienda el predio afectado pueden ser afectados en su derecho fundamental a la vivienda adecuada.
- Establecer un mecanismo que les permita a los herederos del titular, que tengan como única vivienda el predio gravado, continuar viviendo en ella sin afectar el derecho legítimo al cumplimiento de la deuda que posee el acreedor financiero.
- Determinar todos los aspectos de los mecanismos de ejecución extrajudicial previstos para la hipoteca inversa y establecer si regulan situaciones paritarias para los sujetos implicados.
- Establecer las características del sistema de determinación del valor del predio afectado en el contexto de la ejecución extrajudicial de una hipoteca inversa.
- Determinar si existe algún mecanismo especial previsto en la regulación de la hipoteca inversa para el control o determinación del valor del predio, cuando en la apropiación o venta extrajudicial haya sido subvaluado.

- Establecer cuál es la situación de los terceros que puedan estar ocupando de hecho el predio afectado y qué mecanismo ha establecido la regulación de la hipoteca inversa para el lanzamiento de aquellas personas.
- Determinar cuál es la relación entre las restricciones impuestas a las facultades del propietario como consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa sobre un predio y cuál es la relación con los mecanismos para la ejecución extrajudicial del gravamen.
- Determinar si dentro de los tipos contractuales previstos en el Código Civil existe alguno que pueda cumplir una función económica equivalente al de la hipoteca inversa, pero siendo más eficiente para resolver los problemas jurídicos creados por ella.

(v) Definición del tipo de investigación.

La investigación planteada tiene una naturaleza JURÍDICO – NORMATIVA, ya que pretende dilucidar las particularidades de la hipoteca inversa en la legislación peruana y los problemas jurídicos que enfrentará y creará su aplicación en nuestra sociedad. Igualmente, pensamos que la investigación planteada tiene una finalidad explicativa, crítica y prospectiva, para así alcanzar un nivel de propuesta para un mejor tratamiento sobre el tema.

(v. a) Tipo de estudio.

La investigación planteada se inicia con un análisis de carácter descriptivo, dogmático, crítico y prospectivo, que pretende dilucidar las particularidades del mercado de créditos, el rol de los mecanismos de garantía y su relación con los acreedores financieros, para después estudiar a la hipoteca común y a la hipoteca inversa.

(v. b) Selección del universo de la muestra.

Se define como universo para la investigación, el conjunto de jurisprudencias de la Corte Suprema de la República, de las Cortes Superiores Especializadas en materia Civil y Comercial y las resoluciones administrativas emitidas por el Tribunal Registral, que existan sobre la hipoteca común y las hipotecas especiales que existen en nuestro sistema jurídico.

(v. c) Técnica de análisis y recolección de datos.

La naturaleza de la investigación requiere que en un primer momento, hagamos una recopilación bibliografía y hemerográfica referente al tema de estudio, centrándonos en la hipoteca y sus diferentes modalidades especiales, así como también en la hipoteca inversa.

Asimismo, también tendremos que iniciar la búsqueda y recolección de información a nivel judicial y registral, lo cual será importante para determinar cuáles son los criterios establecidos en torno al mecanismo de la garantía hipotecaria.

(v. d) Ámbito cualitativo, espacial y temporal.

El ámbito cualitativo serán los procesos judiciales y los procedimientos registrales cuyas materias que estén relacionados con el tema objeto de estudio. Asimismo, el ámbito cuantitativo será la cantidad de estos que se logre identificar relacionados con la materia antes señalada.

De otro lado el ámbito espacial serán los Registros Públicos, la Corte Suprema de la República y las cortes superiores de justicia. Asimismo, el ámbito temporal está delimitado desde la fecha en la que entró en vigencia la Ley de la Hipoteca Inversa, hasta la fecha en que se inicia la presente investigación, a la cual denominamos fecha de cierre.

(vi) Matriz de consistencia.

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS
¿Es la hipoteca inversa un mecanismo de garantía asistencialista que sirva para otorgar un ingreso económico complementario, a una persona anciana o en situación de dependencia severa, sin perjudicar	Demostrar que la hipoteca inversa es un mecanismo de garantía patrimonial que no busca asistir a una persona anciana o en situación de dependencia severa, sino implementar un mecanismo de apropiación directa de un	La hipoteca inversa ha sido diseñada como un mecanismo de garantía que pone énfasis en las facultades de apropiación directa y ejecución extrajudicial a favor del acreedor financiero, perjudicándose además las facultades de disposición y

significativamente su patrimonio?	activo inmobiliario a favor de determinadas empresas del sistema financiero.	explotación económica que tiene el propietario que constituye el gravamen.
PROBLEMAS SECUNDARIOS	OBJETIVOS SECUNDARIOS	HIPÓTESIS SECUNDARIAS
¿Cuáles son las características que un mecanismo de garantía patrimonial como la hipoteca inversa debería tener para conservar su naturaleza asistencialista?	Determinar cuáles son las características que debería tener la hipoteca inversa para mantener su naturaleza asistencialista, sin perjuicio de las facultades que le corresponde a todo mecanismo de garantía patrimonial hipotecario.	Para que un mecanismo de garantía patrimonial como la hipoteca inversa conserve su naturaleza asistencialista debería permitir que el propietario constituyente conserve un ingreso económico aun cuando el monto del crédito se haya agotado, mediante un mecanismo de seguro de naturaleza pública que no aumente desproporcionadamente la deuda y, además, conservar las facultades para continuar explotando el bien mientras se encuentre en su patrimonio.
¿La constitución de la hipoteca inversa sobre un predio perjudica las facultades de uso, disposición y, en general,	Determinar qué facultades del derecho de propiedad son afectadas por la constitución de una	La constitución de una hipoteca inversa sobre un predio afecta significativamente las facultades del derecho de

<p>de explotación económica que el propietario le puede dar al bien?</p>	<p>hipoteca inversa sobre un predio.</p>	<p>propiedad, ya que, sin la autorización del acreedor financiero, el propietario no podrá disponer del bien ni usufructuarlo, teniendo que usarlo únicamente para su vivienda habitual hasta que fallezca.</p>
<p>¿La hipoteca inversa afecta el derecho fundamental a la vivienda adecuada de los herederos del propietario constituyente del gravamen que habitan en el predio que ha sido afectado?</p>	<p>Determinar si los herederos del propietario que ha constituido la hipoteca inversa y que tienen como única vivienda el predio afectado pueden ser afectados en su derecho fundamental a la vivienda adecuada.</p>	<p>La hipoteca inversa solamente otorga como derecho a los herederos del propietario constituyente, el pagar la totalidad de la deuda acumulada en un plazo sumamente corto o perder la titularidad sobre el bien. Por lo que sí se afectaría su derecho fundamental a la vivienda adecuada.</p>
<p>¿Cuál sería el mecanismo más idóneo para que los herederos del propietario que habitan en el predio afectado puedan conservar el derecho a seguir viviendo en el mismo bien sin sacrificar el legítimo derecho del acreedor a cobrarse la deuda?</p>	<p>Establecer un mecanismo que les permita a los herederos del titular que tengan como única vivienda continuar viviendo en ella sin afectar el derecho legítimo al cumplimiento de la deuda que posee el acreedor financiero.</p>	<p>Si bien la hipoteca inversa no otorga derecho alguno a los herederos para conservar la propiedad sobre el predio gravado, en los casos en los que se afecte su derecho fundamental a la vivienda adecuada debería dárseles el acceso a créditos especialmente garantizados con fondos públicos o con</p>

		fondos privados garantizados por el Estado, para que puedan pagar la deuda de la hipoteca inversa.
¿Los mecanismos de ejecución extrajudicial de la hipoteca inversa han establecido situaciones paritarias y equilibradas para las partes implicadas que desincentiven la subvaluación del predio afectado y abusos por parte del acreedor financiero?	Determinar todos los aspectos de los mecanismos de ejecución extrajudicial previstos para la hipoteca inversa y establecer si regulan situaciones paritarias para los sujetos implicados.	Al acreedor financiero se le han otorgado las facultades de apropiación directa en forma del pago del predio afectado o la de requerir que sea vendido extrajudicialmente por un tercero. Sin ninguna facultad especial otorgada a los herederos para que puedan controlar estas actividades que afecta su patrimonio. Por lo que estamos ante una situación no paritaria y desequilibrada.
¿Cuál es el sistema para la valorización del predio afectado a efectos de realizar la ejecución extrajudicial en sus diferentes modalidades en el contexto de un crédito con hipoteca inversa?	Establecer las características del sistema de determinación del valor del predio afectado en el contexto de la ejecución extrajudicial de una hipoteca inversa.	El mecanismo de valorización del predio afectado en el contexto de un crédito con hipoteca inversa es el de la tasación por parte de dos peritos valuadores inscritos en el Registro respectivo de la SBS, quienes valorizarán el predio a requerimiento del acreedor

		financiero, quien además sufragará sus honorarios.
¿En la regulación de la hipoteca inversa existe algún mecanismo legal que faculte al propietario o a sus herederos para cuestionar la valorización del predio para su apropiación o venta extrajudicial?	Determinar si existe algún mecanismo especial previsto en la regulación de la hipoteca inversa para el control o determinación del valor del predio, cuando en la apropiación o venta extrajudicial haya sido subvaluado.	No existe en la ley ninguna facultad especial o mecanismo específico para cuestionar la valorización efectuada del predio gravado para su apropiación o venta extrajudicial, lo que crea un grave riesgo de potenciales abusos por parte de la entidad acreedora.
¿En la regulación de la hipoteca inversa se ha previsto algún mecanismo para la desocupación del predio afectado después de su ejecución extrajudicial, máxime si de hecho el predio puede estar siendo ocupado por los herederos del propietario o por algún tercero?	Establecer cuál es la situación de los terceros que puedan estar ocupando de hecho el predio afectado y qué mecanismo ha establecido la regulación de la hipoteca inversa para el lanzamiento de aquellas personas.	La regulación especial de la hipoteca inversa no ha establecido ningún mecanismo especial para desocupación o lanzamiento de las personas que de hecho puedan estar ocupando el predio que ha sido ejecutado extrajudicialmente. Razón por la cual, el nuevo propietario tendrá -en principio- que iniciar el proceso judicial de desalojo por precario.
¿Cuáles son las consecuencias jurídicas y económicas más	Determinar cuál es la relación entre las restricciones impuestas a	Para que la ejecución extrajudicial sea plenamente eficaz se requiere que no

<p>importantes de haber cercenado las facultades de administración y disposición del bien afectado y que relación tiene con la ejecución extrajudicial?</p>	<p>las facultades del propietario como consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa sobre un predio y cuál es la relación con los mecanismos para la ejecución extrajudicial del gravamen.</p>	<p>existan terceros a quienes no se les pueda oponer extrajudicialmente la adjudicación o venta del predio, como a un nuevo acreedor hipotecario o embargante, un usufructuario, un superficiario, un arrendatario, entre otros. Sin embargo, esto ha terminado afectando severamente las facultades del propietario y sustrayendo -de hecho- el predio del mercado inmobiliario hasta el momento de la ejecución del gravamen.</p>
<p>¿Es posible dentro del ámbito de la autonomía privada crear una figura contractual que cumpla funciones económicas equivalentes a la de una hipoteca inversa pero que, sin embargo, supere muchos de sus problemas?</p>	<p>Determinar si dentro de los tipos contractuales previstos en el Código Civil existe alguno que pueda cumplir una función económica equivalente al de la hipoteca inversa, pero siendo más eficiente para resolver los problemas jurídicos creados por ella.</p>	<p>El contrato de renta vitalicia onerosa en la que el vitalizado o rentista transfiere un predio a favor del vitalizante u obligado a cambio de una renta de por vida, al que se le tendrían que agregar las cláusulas de usufructo vitalicio a favor del vitalizando, la de recuperación del bien a favor de los herederos que paguen la deuda y la de preferencia</p>

		de adquisición en la primera venta, cumpliría de manera más eficiente la función económica atribuida a la hipoteca inversa.
--	--	---

CAPÍTULO I: EL MERCADO DE CRÉDITOS, EL SISTEMA DE GARANTÍAS PATRIMONIALES Y EL ROL DE LOS ACREEDORES FINANCIEROS EN EL PERÚ

1.1. El sistema de garantías reales y la hipoteca en el ordenamiento jurídico peruano:

1.1.1. Antecedentes históricos.

La idea del crédito en el Derecho Romano llegó a tal grado de desarrollo que fue entendida como una entidad abstracta sujeta a eventuales actos de transferencia, pero también se llegó a desarrollar mecanismos jurídicos para asegurar su cumplimiento, tanto de naturaleza obligatoria (fianza, *sponsio fide promissio*, pena convencional y *arra*) como real. Dentro de estas últimas que afectan a objetos o cosas como cualquier otro derecho real, se utilizó originalmente la figura de la *fiducia cum creditore contracta* (enajenación con *fiducia*) y, tardíamente en el Derecho Pretorio, como derechos reales de garantía, a la prenda y a la hipoteca (IGLESIAS; 1979, p. 355).

La primera (enajenación con *fiducia*) consistía en la transferencia de la cosa con el compromiso de devolución por parte del acreedor una vez que la deuda fuera pagada¹⁰. Sin

¹⁰ En la actualidad este clase de negocio fiduciario también denominado venta en garantía se considera inválido por tener una causa ilícita y simulación absoluta, razón por la cual aparece de manera simulada a través de un contrato de compraventa

embargo, se sostiene que esta práctica era extremadamente gravosa para el deudor, ya que perdía la propiedad sobre el bien, así como todos sus frutos y beneficios, aun cuando podía quedarse con la posesión en calidad de arrendatario o poseedor precario. Incluso el acreedor en su posición formal de dueño podía enajenarlo a un tercero rompiendo el pacto de *fiducia* (devolución). En este caso, se le concedía al deudor una mera acción indemnizatoria en contra del acreedor, pero perdía definitivamente la propiedad sobre el bien (IGLESIAS; 1979, p. 356 - 357). Por esta razón, según CHIAUZZI (1979, p. 134), con Justiniano habría desaparecido este mecanismo de garantía para ser remplazado por la prenda y la hipoteca.

La primera implicaba una práctica más razonable, en donde se entregaba la cosa para que sea retenida por el acreedor hasta que la obligación sea cumplida, sin perder la propiedad o los frutos que produjera. Entonces, el acreedor prendario solo era un poseedor de buena fe con facultad de retener o recuperar el bien (excepción de dolo contra el propietario o el interdicto posesorio frente a tercera persona). Aún con estos beneficios la prenda seguía siendo perjudicial para el propietario que perdía el control físico sobre la cosa, por lo que se desarrolló la figura de la hipoteca con la misma función de garantía que la prenda, pero que no requería la transferencia de la posesión y, solamente, concedía un derecho de prelación sobre la cosa (CHIAUZZI; 1979, p. 135) debiendo constituirse por acto público para ser opuesta frente a otros.

En ambos mecanismos, prenda e hipoteca, el acreedor tenía la facultad de apropiarse directamente de la cosa (*Lex comisoria*) o venderla para satisfacer el crédito con el dinero recibido, devolviendo el excedente al deudor si este era su propietario. Una evolución posterior dada por Constantino implicó la nulidad de la *Lex comisoria* dejando únicamente la autorización de venta del objeto previa invitación al deudor a pagar la deuda. Si no se

con pacto de retro venta, donde el precio de recompra oculta en realidad la devolución del préstamo otorgado por el comprador - prestamista más los intereses que termina pagando el vendedor que no quiere perder definitivamente el bien que ha sido enajenado en garantía. Al respecto GALICIA (2012) sostiene que: “(...) no es que la venta en garantía sea nula por tratarse de un contrato simulado y que, en cambio, sea válido el pacto fiduciario de garantía subyacente; es que es nula la misma obligación atributiva que el fiduciante asume por vulneración de los artículos 1261.3º y 1274 CC [español], nulidad que, a su vez, conlleva irremediabilmente la del *pactum fiduciae*. He ahí precisamente la razón por la cual la venta en garantía no suele presentarse abiertamente en el tráfico; o, lo que es igual, he ahí la razón por la cual la venta en garantía suele simularse.”, p. 219.

presentaban compradores el acreedor podía solicitar al Emperador que le adjudicara en propiedad la cosa (CHIAUZZI; 1979, p. 137).

Posteriormente, durante la edad medieval europea la prenda e hipoteca permanecieron entremezcladas. Empero, fue durante el *Ius Commune* que en un “(...) sentido más estricto se designa *pignus* a la prenda de la posesión preferentemente en cosas muebles, *hypoteca* la prenda sin posesión sobre todo de inmuebles.” (COING, 1996, p. 409). Lo cual no evitó que en los diferentes derechos comunes europeos se presentaran problemas relativos a la existencia de hipotecas generales ocultas o privilegiadas. Lo que implicó una evolución final hacia lo que ahora conocemos como mecanismos de publicidad hipotecaria, desde la notificación hecha por los acreedores hipotecarios a una autoridad (*Conservatour d’Hypothèques*) realizada en el derecho francés, hasta su evolución definitiva en el derecho germánico. Así en la legislación prusiana de 1722, se estableció un sistema de inscripción en libros que debían ser organizados uniformemente de acuerdo con el principio de folios reales para cada finca (COING, 1996, p. 429) que le permitía a la hipoteca ser opuesta a terceros adquirentes y prelación para el cobro frente a otros acreedores.

Finalmente, los derechos de garantía, sobre todo los de naturaleza real, fueron incorporados a los diferentes códigos civiles decimonónicos europeos, destacándose siempre por su importancia y uso la prenda para bienes muebles con el requisito la entrega física o jurídica y la hipoteca como el arquetipo de derecho registral de garantía de naturaleza no posesoria. De allí fueron importados a Latinoamérica y a los códigos civiles de las nuevas republicas independientes de América posrevolucionaria.

1.1.2. La necesidad de los mecanismos de garantía patrimonial para la eficacia del crédito.

Las categorías de crédito, deuda u obligación evocan en el fondo una misma idea elemental, que es, simplemente, el de una relación jurídica de naturaleza patrimonial a la que comúnmente denominamos “relación obligatoria”. Esta relación jurídica que puede nacer de múltiples fuentes (un contrato, una promesa unilateral, un daño extracontractual, entre las

más comunes), siempre conectará dos situaciones jurídicas funcionalmente correlativas, a saber: (1) del lado activo, un derecho de crédito, cuyo titular es denominado acreedor, al que se le otorga la facultad de exigir la realización o ejecución de un determinado programa conductual más conocido como prestación; y (2) desde el lado pasivo, una situación de deuda, cuyo titular es un sujeto al que denominamos deudor y que es, precisamente, la persona que tendrá que ejecutarla. En otras palabras, la relación jurídica obligatoria, es un vínculo jurídico que conecta un crédito y una deuda y tiene por eje central la inmediata o eventual ejecución de una prestación (también denominada comportamiento o programa prestacional debido).

Sin embargo, el deber u obligación que se impone al Deudor requiere su cooperación voluntaria o coercitiva, ya que aquel sujeto *debe* entregar el bien que se ha comprometido a dar, pagar la indemnización a favor de la víctima del daño, prestar el servicio al que se ha obligado en un contrato, etc., por lo que normalmente su voluntad de cooperar media entre el momento en el que surge la obligación y el momento en que ejecuta lo prometido (GIORGIANNI; 1958). En otras palabras, entre el momento de la génesis del deber y la materialización del pago o cumplimiento, su voluntad de cooperar para que el acreedor reciba lo que espera es fundamental. Aun cuando lo haga libremente o por la amenaza de las sanciones jurídicas que pueden recaer sobre él. Pero en el fondo, el deber jurídico impuesto al obligado no es más que una promesa jurídica, en riesgo permanente de ser rota o incumplida como cualquier promesa humana. Entonces, el riesgo del incumplimiento es connatural a la existencia misma de cualquier obligación.

Si bien ante el incumplimiento nuestro sistema jurídico le ha reconocido al acreedor diversos mecanismos de tutela para la protección de sus intereses¹¹, que se derivan de la relación de

¹¹ En este sentido, el artículo 1219° del Código Civil menciona de manera genérica algunas de las facultades que el acreedor puede ejercitar: “1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado; 2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor; 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente; 4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.” Todas estas facultades definen de una manera muy general lo que un acreedor puede hacer para procurarse lo debido, resaltando que todas estas facultades están circunscritas a la esfera patrimonial del deudor y a los derechos que este tenga sobre las misma.

responsabilidad patrimonial ordinaria que acompañan a todo crédito dándole juridicidad¹². Si el deudor es reticente a ejecutar la prestación, al acreedor no le quedará otra vía que la ejecución forzosa, que no se refiere a su persona sino a su patrimonio exclusivamente (BELTRÁN DE HEREDIA, 1989, p.58). Por esto, la responsabilidad ordinaria que acompaña a cualquier crédito tiene las siguientes características:

- (i) Patrimonial, porque afecta solamente la esfera patrimonial embargable del deudor;
- (ii) Implícita, porque no requiere de un pacto adicional, sino que nace con cualquier obligación;
- (iii) Indeterminada o genérica, porque no tiene un objeto concreto sobre el cual recaer sino un universo delimitado de bienes (género) que está por ser determinado; y,
- (iv) Personal, porque solamente afecta a la esfera patrimonial personal del deudor y no a terceros.

Entonces, ante el incumplimiento de la obligación y la renuencia a pagar, el acreedor podría promover una acción judicial para cobrar coactiva y forzosamente la deuda, esto es embargar y vender cualquier bien del deudor para cobrarse lo que se le debe (o un sustituto en dinero). Pero existe un problema grave, que la eficacia sustancial de este tipo de responsabilidad parte del presupuesto de que existan activos realizables en el patrimonio del deudor. De lo contrario será del todo inútil.

En este orden de ideas, la responsabilidad crediticia ordinaria puede tornarse inútil cuando no existan bienes afectables del deudor, estos hayan sido enajenados o existan otros sujetos con derechos preferentes sobre los mismos (por ejemplo, un anterior acreedor embargante o

¹² Respecto a la naturaleza del vínculo de responsabilidad que se deriva de la constitución de una obligación, GIORGIANNI (1958) expresaba correctamente lo siguiente: “Se entiende, en general, por *responsabilidad* patrimonial el fenómeno por el que los bienes del deudor están sometidos a la acción ejecutiva del acreedor, dirigida a conseguir para este último a realización de su interés cuando este no haya sido por el incumplimiento del deudor. Como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico, el incumplimiento de la obligación no da lugar a medidas de coacción física sobre la persona del deudor, pero autoriza al acreedor, cuando disponga de título ejecutivo, a conseguir la satisfacción de su interés mediante la ejecución forzosa.”, p. 151.

uno garantizado). Por tal razón, como correctamente lo sostiene VEIGA (2015), siempre existe: “El temor a que el patrimonio del deudor se vea alterado o disminuido, no encontrando el acreedor bienes libres a la hora de proceder a la ejecución de la prestación debida por aquel, provoca la necesidad de una mayor protección, de unos mecanismos de fortalecimiento de la tutela del acreedor que, mediante la alteración legal o convencional de la responsabilidad universal, le permitan entablar relaciones crediticias eludiendo semejantes riesgos.”, p. 30.

Ante el riesgo medular del incumplimiento del crédito y que la simple responsabilidad ordinaria pueda tornarse ineficaz, surgen las garantías patrimoniales que no son otra cosa que situaciones o relaciones jurídicas accesorias que se van a yuxtaponer a la relación obligatoria y que sirven, sustancialmente, para ampliar o individualizar las facultades de agresión patrimonial del acreedor hacia determinados bienes, hacia otras esferas jurídicas distintas a las del deudor o exonerarlo de ciertas exigencias para que el deudor asuma una nueva obligación más eficaz¹³.

Estas situaciones jurídicas o facultades se adicionan al crédito como un elemento accesorio cumplen fundamentalmente las siguientes funciones:

- (i) Vuelven más probable la voluntaria cooperación del deudor (aseguramiento por coerción);
- (ii) Evitan la desaparición o la alteración económica del patrimonio del deudor que perjudique los intereses del acreedor (reduce el riesgo de insolvencia);
- (iii) Amplía las facultades de agresión patrimonial del acreedor hacia el patrimonio del deudor o, inclusive, al de terceros; y,

¹³ Para VEIGA (2015): “A modo de síntesis (...), podemos concretar las diferencias entre responsabilidad y garantía (en especial las reales): a) en cuanto al objeto, masa patrimonial indiferenciada y cosa singular; b) formalmente, la garantía real exige un acto expreso de constitución de la afección, mientras la responsabilidad general deriva naturalmente de la obligación contraída; c) en cuanto al sujeto, en la garantía el bien puede ser de otro, mientras que la responsabilidad patrimonial es siempre del deudor; d) estructuralmente, cabe un derecho subjetivo sobre una cosa: prenda o hipoteca, pero no sobre todo un patrimonio.”, p. 33.

(iv) Finalmente, en algunos casos da una posición preferente para el cobro frente a otros acreedores de manera anticipada a la insolvencia (VEIGA; 2015, p. 32).

En otras palabras, las garantías patrimoniales sirven para agregarle o sumarle facultades a la situación acreedora, que originalmente no las tenía y que cumplen la función psicológica de desincentivar el incumplimiento, y por función económica facilitarle al acreedor la recuperación del valor de la prestación a ser recibida. Además, en no pocos casos, recibir lo que originalmente esperaba (piénsese sobre todo en el caso de las obligaciones dinerarias). Razón por la cual VEIGA (2015, p. 30) sostiene que “(...) las garantías son un fenómeno de reforzamiento negocial de la tutela del crédito cuyo objetivo común es hacer más probable la realización de este.” En este mismo sentido, para DIEZ-Picazo y GULLÓN (2010), por garantía debemos entender “(...) toda medida de refuerzo que se añade a un derecho de crédito para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o unas nuevas facultades (p.ej., la simple retención de la cosa que debe entregar)”, p. 424.

Queda claro, entonces, que las garantías patrimoniales son relaciones jurídicas accesorias, que se agregan al crédito con el propósito de lograr la satisfacción del derecho del acreedor y la realización de sus intereses sean primarios (obteniendo lo mismo que se le debía) o secundarios (obteniendo algo equivalente a lo que se le debía), los cuales normalmente se ven afectados cuando el deudor incumple la obligación.

1.1.3. Clasificación de los mecanismos de garantías patrimoniales.

Los mecanismos jurídicos de las garantías patrimoniales pueden dividirse en dos grandes géneros: Las garantías reales y las garantías personales. Aquellas garantías cuyas facultades adicionales otorgadas al acreedor recaen sobre entidades materiales o inmateriales consideradas por el sistema jurídico como cosas, objetos o bienes son denominadas garantías reales, al tener un bien como su centro de referencia, entre las cuales tenemos a las

hipotecas¹⁴, las garantías mobiliarias¹⁵, la anticresis¹⁶, el derecho de retención¹⁷, el warrant¹⁸, la factura conformada¹⁹, el fideicomiso en garantía, la garantía mobiliaria sobre acciones o

¹⁴ La hipoteca común se encuentra regulada en los artículos 1097° al 1122° del Código Civil, mientras que el resto de las clases de hipotecas, si bien comparten rasgos comunes con la hipoteca común como su formación a través de escritura pública notarial, la naturaleza constitutiva de su inscripción en un registro de propiedad inmueble y su naturaleza inmobiliaria, se encuentran reguladas en sus respectivas leyes especiales.

¹⁵ La garantía mobiliaria que es un gravamen real que afecta sustancialmente a entidades calificadas, en nuestro ordenamiento jurídico, como bienes muebles, tiene como antecedente a la prenda civil que estuvo regulada en los artículos 1055° a 1090° del Código Civil, artículos que fueron derogados con la entrada en vigor de la Ley N° 28677 del 01/03/2006, que aprobó el régimen de la Ley de la Garantía Mobiliaria. Siendo este último cuerpo normativo donde vamos a encontrar las principales reglas que rigen la existencia de las diversas garantías mobiliarias en nuestro sistema jurídico. Asimismo, en la actualidad tenemos un nuevo régimen para las garantías mobiliarias regulado en el D. Legislativo N° 1400, publicado en el diario oficial E.P. el 10.09.2918, el mismo que, sin embargo, no entra aún en vigencia al estar este hecho condicionado a que la SUNARP ponga en funcionamiento el nuevo sistema para dar publicidad a las afectaciones sobre bienes muebles denominado Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias (SIGM).

¹⁶ La anticresis se encuentra regulada en los artículos 1091° al 1096° del Código Civil, siendo un tipo de garantía real que implica otorgar a favor del acreedor anticrético la facultad de usar y disfrutar de un bien inmueble, con la particularidad de que los frutos o rentas económicas obtenidas servirán para pagar la obligación asegurada.

¹⁷ El derecho de retención se encuentra regulado en el artículo 1123° al 1131° del Código Civil, el mismo que consiste en un mecanismo de autotutela privada dada a un acreedor que, por una causa conectada a la deuda, se encuentra en posesión de un bien mueble o inmueble de su deudor, facultándosele a aquel para negarse a la devolución del bien cuestión, hasta que la obligación haya sido cumplida o debidamente garantizada a satisfacción del mismo acreedor o de un órgano jurisdiccional.

¹⁸ El warrant se encuentra regulado en los artículos 224° al 239° de la Ley de Títulos Valores, Ley N° 27287. A través de este mecanismo de garantía, representado en un título valor, se le permite al propietario - depositario de determinadas mercancías en un almacén general de depósito, autorizado por la autoridad de ADUANAS, solicitar la emisión de un documento (warrant) que se servirá como garantía de cualquier operación de crédito en la que participe, bastando transferir vía endoso el título valor (warrant) a favor de su acreedor, quien tendrá derecho a cobrarse contra el valor de la mercancía depositada en el almacén general de depósito.

¹⁹ La factura conformada se encuentra regulada en los artículos 163° al 171° de la Ley de Títulos Valores, modificada por el artículo único de la Ley N° 28203, publicada el 13 abril 2004. De acuerdo con esta modificación, la factura conformada es un título valor derivado de la compraventa de mercancías y servicios no pagados que representa la deuda asumida por el comprador y un derecho de garantía sobre los bienes enajenados.

participaciones²⁰, entre otras. La nota común de estos derechos de garantía es la preferencia, que al acreedor se le otorga, para cobrar su crédito en caso de incumplimiento de la obligación contra esos bienes sean por vías judiciales o extrajudiciales. Este derecho de “preferencia” se manifiesta contra cualquier otro acreedor común, quirografario o no garantizado, así como también frente a otros acreedores garantizados sucesivos, los cuales, sin embargo, estarán

²⁰ La garantía mobiliaria puede tener una enorme diversidad de objetos, entre los cuales vamos a encontrar a las acciones de las sociedades de capitales y también a las participaciones de las sociedades mixtas o de personas. Con respecto a estas últimas, que abarcan desde las Sociedades Comerciales de Responsabilidad Limitada hasta las sociedades civiles simples y de responsabilidad limitada, tenemos que su capital se divide alcuotas iguales e indivisibles a las que denominamos participaciones y que dan a sus titulares derechos económicos a participar en las utilidades de la sociedad y políticos para intervenir en las juntas generales. Ahora bien, la titularidad sobre estos bienes muebles especiales (participaciones) se publicita en la partida registral de la sociedad en el Registro de Personas Jurídicas, por lo que también otros actos de disposición como una garantía mobiliaria u otras afectaciones (como un embargo) deberán incorporarse a este registro para obtener una plena oponibilidad y eficacia. Una situación muy distinta se presenta con la garantía mobiliaria sobre acciones, la cual por muchos años ha funcionado en base a las reglas contenidas en su ley especial (Ley General de Sociedades), esto es que las disposiciones y afectaciones sobre acciones se celebraban en acto privado comunicado a la sociedad para que se incorporen el libro matrícula de acciones, que es una suerte de registro privado a cargo del gerente general de la sociedad donde se anotan las transferencias y los derechos sobre las acciones emitidas por la sociedad, pero la situación se ha modificado profundamente desde la emisión de la Ley de la Garantía Mobiliaria (2006). En efecto, con respecto a la garantía mobiliaria o prenda sobre acciones (art. 109° de la LGS), la opinión de la doctrina es unánime al sostener que la actual LGM ha cometido un craso error al someter la oponibilidad plena de este gravamen a su inscripción en el Registro Mobiliario de Contratos (HUNDSKOPF E., Oswaldo, 2007, pp. 144; GONZALES Barrón, 2006, pp. 292; TARAZONA Alvarado, 2007, pp. 53, entre otros); por cuanto, de acuerdo a su regulación especial (art. 92° de la LGS) bastaba su registro en el libro matrícula de acciones a cargo de la misma sociedad anónima que, en buena cuenta, constituye un mecanismo por el cual la sociedad emisora de estos títulos nominativos, a través del Gerente General, realiza un control sobre la titularidad de las acciones a efectos de reconocerles el conjunto de derechos políticos y económicos que les concede a los accionistas, así como los derechos de preferencia, realización de valor o percepción de las utilidades que se hayan configurado sobre los mismos. Control que obviamente un Registrador Público no puede hacer ya que la publicidad registral sobre la titularidad de las acciones esta proscrita (art. 4°, literal b, del Reglamento del Registro de Sociedades). De otro lado, dar publicidad registral a los gravámenes mobiliarios sobre acciones implica romper con una de las funciones más importantes de las acciones de las sociedades anónimas, que es mantener la reserva con respecto a la titularidad del capital. Pasando por alto estas atendibles críticas, el D.L. 1400, que actualmente regula el sistema de garantías mobiliarias, ha vuelto a considerar a las acciones y participaciones como sujetas al régimen general de la garantía mobiliaria (art. 4, numeral 5.), mientras que su Reglamento ha concluido tan equivocada faena estableciendo en su artículo 30.2 lo siguiente: “30.2 La oponibilidad y prelación de la garantía mobiliaria sobre acciones o participaciones en sociedades o por contratos asociativos, surge a partir de su inscripción en el SIGM.” Al respecto solo queda recordar que errar es humano, pero reincidir es diabólico.

subordinados a aquel que tenga la “preferencia”²¹ de mayor rango permitiéndole a este cobrar primero lo que se le debe contra el bien en un escenario de ejecución forzosa.

De otro lado, vamos a tener a las garantías personales, las cuales tienen como referente objetivo una esfera patrimonial ajena o distinta a la del deudor del crédito garantizado, donde la ventaja que obtiene el acreedor asegurado es la posibilidad de contar con más de un patrimonio ejecutable en caso del impago de la deuda o, en todo caso, de contar con un sujeto especialmente solvente que asegure la ejecución de una determinada prestación de faltar la

²¹ El derecho de preferencia para cobrar primero o de manera preferente ante la realización judicial o extrajudicial del valor monetario de un bien, esto es ante su venta a terceros de manera forzosa, se configura propiamente como un derecho subjetivo frente a otros acreedores no garantizados o con una garantía de menor rango. Así, por ejemplo, en el caso de la hipoteca la preferencia, conocida para este derecho de garantía como rango, se determina en función a su presentación (y posterior inscripción) al Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda. Al respecto, nuestro Código Civil en su artículo 1112° dispone lo siguiente: “Las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha de registro, salvo cuando se ceda su rango.”

que se esperaba. Dentro de este tipo de garantías vamos a encontrar a la fianza²², el aval²³, la carta fianza bancaria²⁴, la solidaridad pasiva con función de garantía y las nuevas

²² La fianza como derecho de garantía nace del denominado contrato de fianza, cuya regulación se encuentra en los artículos 1868° al 1905° de Código Civil, el cual es el arquetipo base de las garantías personales. Si bien, la fianza es definida como la obligación de ejecutar una prestación a cargo de un tercero (fiador) en garantía del pago de una deuda ajena (Art. 1868° C.C.), es necesario tener en cuenta que este vendría a ser el efecto principal del contrato fianza el cual, visto como un acto jurídico, tiene las siguientes características: es bilateral, ya que es celebrado mínimamente por el acreedor y el fiador sin requerir o aun en contra de voluntad del deudor (art. 1869° CC); es formal, ya que debe realizarse por escrito bajo sanción de nulidad (art. 1871° CC); es conmutativo, porque el fiador responde por aquello a lo que expresamente se ha comprometido y dentro de los límites de la obligación principal afianzada (arts. 1873° y 1874° CC); y, accesorio ya que no puede existir fianza sin que esté referida a una obligación válida (art. 1875° CC) y, además, el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que correspondan al deudor de la obligación principal (art. 1885° CC). Quiere decir esto, entonces, que la fianza es un acto doblemente causado, ya que por un lado el fiador puede derivar efectos (o defectos) de su propio contrato de fianza, así como los que correspondan al deudor del contrato generador de obligación principal del cual la fianza es un elemento secundario. De otro lado, en la regulación de los efectos de la fianza vamos a encontrar la presencia de tres sujetos implicados (acreedor, fiador y deudor), lo cuales tienen derechos, obligaciones y cargas recíprocas. Desde la perspectiva del acreedor, este tiene fundamentalmente la facultad de exigir la prestación a cargo del fiador en caso de incumplimiento de la obligación principal, pero también a solicitar la sustitución del fiador cuando este haya caído en insolvencia o, de contrario, dar por vencida la obligación y exigir el cumplimiento (art. 1877° CC). Mientras que la carga que asume es exigir oportunamente el cumplimiento de la fianza si esta ha sido dada a plazo determinado (art. 1898 CC) o exigir el pago al deudor a requerimiento del fiador si esta ha sido prestada a plazo indeterminado (art. 1899° CC), se entiende que estas cargas se imponen como consecuencia del legítimo interés que el fiador tiene en su liberación de la fianza dada. Desde el punto de vista del fiador, este sujeto asume como obligación el ejecutar la prestación a la que expresamente se ha obligado, la misma que no puede ser más onerosa que la del deudor principal afianzado, aunque puede ser más eficaz (art. 1873° CC). Esta obligación, si no media limitación pactada, se va a extender a los accesorios de la obligación principal y a las costas del juicio después de que el fiador haya sido intimado a pagar (art. 1879°). Mientras que los derechos que tiene, el fiador, son sustancialmente los siguientes: el beneficio de excusión (arts. 1879°, 1880°, 1881°, 1882, 1883 y 1884° CC) que le permite oponerse al requerimiento de pago señalándole bienes libres ejecutables al acreedor, el cual sin embargo puede desaparecer si es que ha mediado renuncia, pacto de solidaridad o quiebra declarada del deudor; también le corresponde frente al acreedor, si ha sido pactado, el beneficio de la división entre varios fiadores de una misma deuda reduciendo su prestación a la parte que le corresponda (art. 1887° CC). Ahora bien, frente al deudor y a los otros cofiadores, si los hubiera, tendrá sustancialmente el derecho a la subrogación después de efectuado el pago (art. 1889° y 1893° CC), por lo que podrá requerir lo pagado contra el deudor y por la parte que le toca a cada cofiador. Asimismo, le asiste contra el deudor el derecho a una indemnización que cubra todos los daños que haya sufrido (art. 1890° CC). Siendo la carga fundamental para poder ejercer estos derechos la comunicación que debe formular al deudor antes de realizar cualquier pago (art. 1892° y 1894 CC), ya que si el deudor efectuó el pago o tenía excepciones que podía hacer valer contra el acreedor también se las podrá oponer al fiador que no ha efectuado la notificación.

²³ El aval es la garantía personal en el derecho cambiario por antonomasia, la cual se encuentra regulada en los artículos 57° al 60° de la Ley de Títulos Valores, Ley N° 27287, y es definida como la obligación que asume cualquier interviniente en

modalidades de garantías personales especiales que están apareciendo en nuestro sistema jurídico.

Nada impide, sin embargo, que, en una operación de financiamiento, los tipos de garantías se combinen pudiendo garantizar un mismo crédito de manera simultánea con varios tipos de

el título valor, a excepción del obligado principal, o un tercero de ejecutar una prestación propia o equivalente a la originaria que se agrega a alguna de las obligaciones cambiarias representadas en el título, en este sentido puede avalarse al obligado principal o aceptante, al girador, al endosante o, inclusive, a otro avalista. Esta garantía personal presenta las características propias de una obligación cambiaria, a saber: es documental porque debe constar en el título valor o en hoja adherida a este cumpliendo con las formalidades exigidas (art. 58° LTV); es unilateral porque basta la sola declaración del avalista en el instrumento (art. 58.1. LTV); es autónoma porque es independiente de la obligación originaria a cargo del avalado, subsiste aun cuando esta haya sido declarada nula y no otorga los derechos de oposición personales que pudiera tener el avalado (art. 59° LTV); es abstracta porque se desvincula de la relación causal que exista con el avalado por la que asumió la condición de garante frente al tenedor del título; y, es no recepticia ya que se contrae a favor de quien resulte como acreedor del título en el momento del pago (MONTROYA *et al.*; 2005, p. 253). Asimismo, si no se señala expresamente lo contrario el aval se presumirá que es por el importe total del título valor, otorgada a favor del obligado principal o del girador, de ser el caso y otorgada por el plazo señalado para la obligación originaria, salvo que se haya consignado la naturaleza “indefinida” o “permanente” del aval o el título valor contenga cláusula de prórroga (art. 49° LTV). Por su naturaleza de garante personal, el avalista que realiza el pago se subroga a la posición del tenedor del título contra el avalado y los obligados en favor de este, así como en los derechos y garantías que deriven del título (art. 60° LTV). Finalmente, también se admite la posibilidad de incluir a un fiador como garante personal en un título valor (art. 61° LTV), el cual, a diferencia de un fiador no cambiario, siempre es solidario y no tiene el beneficio de excusión, pero si puede oponer al acreedor los medios de defensa personales del afianzado (independientemente de quien sea este sujeto).

²⁴ La carta fianza bancaria, vendría a ser una operación de garantía derivada de un contrato atípico celebrado entre una entidad del sistema financiero y su cliente, por el cual la primera asume una obligación dineraria de realización automática a solo requerimiento en garantía de una o más obligaciones asumidas por su cliente a favor de un tercero. Esta garantía no tiene una regulación sistemática, solamente es mencionada como una operación autorizada a las entidades del sistema financiero (inciso 6 del art. 221 de la Ley General del Sistema Financiero), sin embargo, presenta normalmente las siguientes características: solidaria, irrevocable, incondicionada, de realización automática, por un monto determinado de dinero y sujeta a un plazo determinado. Al respecto al SBS, el 19 de octubre de 2001, aprobó la Circular N° B - 2101 – 2001, con la cual se pretendió regular la emisión de garantías (como avales y cartas fianzas) por parte de las empresas financieras de servicios múltiples y las empresas de seguros, para lo cual en su numeral 5 se definieron las características mínimas que debería tener una carta fianza, entre las que destacan las siguientes: “5.2 Las cartas fianza que contengan cláusulas que obliguen a su realización, ejecución o pago automático, inmediato o a simple requerimiento, u otras cláusulas equivalentes, deberán ser honradas por la empresa garante sin más trámite, a simple requerimiento del acreedor o beneficiario de la garantía, efectuado por escrito. En estos casos, las cartas fianza no deben contener condiciones o requisitos previos para que proceda el pago y se entiende que la empresa garante ha hecho renuncia al beneficio de excusión y a la facultad de oponer las excepciones de su afianzado señalados, respectivamente, en los artículos 1880° y 1885° del Código Civil.”.

garantías reales y personales, que le aseguren al acreedor una adecuada estructura de facultades que le permitan encontrarse suficientemente cubierto ante los riesgos de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones generadas en un acto contractual, sean deberes principales, complementarios o accesorios.

Pero no puede dejar de mencionarse que dentro de cualquier estructura de garantías que permitan gestionar la reducción del riesgo del incumplimiento o la recuperación de lo invertido, existen determinados créditos que cuentan con un régimen especial impuesto por ley que les da el privilegio de ser pagados, aun por encima de los garantizados, pero en un escenario especial derivado de una crisis sistémica de insolvencia que puede afectar al deudor. A esta clase créditos que se les da la preferencia para el cobro, se les denomina créditos “privilegiados” y tienen un tratamiento excepcional. A esta clase de acreencias se les atribuye una calidad especial, en atención a que la ley los considera conectados a la protección de intereses jurídicos superiores. Lo que justificaría romper con la regla general de dar trato paritario a todos los acreedores e, inclusive, por sobre los garantizados²⁵.

²⁵ De acuerdo con el texto vigente del artículo 42.1 de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, la prelación de créditos en un escenario de concurso de acreedores es el siguiente:

“Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administrados por la Oficina de Normalización Previsional - ONP, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley; deuda exigible al Seguro Social de Salud - ESSALUD que se encuentra en ejecución coactiva respecto de las cuales se haya ordenado medidas cautelares; así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse. Los aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones incluyen los conceptos a que se refiere el artículo 30 del Decreto Ley N° 25897, con excepción de las comisiones cobradas por la administración de los fondos privados de pensiones.

Segundo: Los créditos alimentarios.

Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, anticresis, warrants, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor, siempre que la garantía correspondiente haya sido constituida o la medida cautelar correspondiente haya sido trabada con anterioridad a la fecha de publicación a que se refiere el Artículo 32. Las citadas garantías o gravámenes, de ser el caso, deberán estar inscritas en el registro antes de dicha fecha, para ser oponibles a la masa de acreedores. Estos créditos mantienen el presente orden de preferencia aun cuando los bienes que los garantizan sean vendidos o adjudicados para cancelar créditos de órdenes anteriores, pero sólo hasta el monto de realización o adjudicación del bien que garantizaba los créditos.

Cuarto: Los créditos de origen tributario del Estado, incluidos los del Seguro Social de Salud -ESSALUD que no se encuentren contemplados en el primer orden de preferencia; sean tributos, multas intereses, moras, costas y recargos.

1.2 El mercado de créditos en el Perú y los créditos hipotecarios.

1.2.1. El mercado de créditos como un campo social.

Los mercados son campos sociales²⁶ donde concurren agentes, instituciones y una normatividad explícita o implícita a la que se encuentra sujetas sus comportamientos, empero, la función social de ese campo-mercado es proveer alguna clase de servicio o utilidad a quienes participan en él y, también, a la sociedad en su conjunto. Cuando se habla de un mercado de créditos, como cuando también se habla de otros mercados, tenemos que identificar a los agentes y las posiciones que ocupan, para identificar si concurren para proveer sus servicios o tomarlos. Si bien, esta es la función esencial de asignación de recursos que se les adosa a cualquier mercado independientemente de su naturaleza. Las interacciones que se realizan en su interior requieren de una imprescindible regulación, la existencia de instituciones públicas o privadas que regulen las actividades de los agentes y que, además, estén encargadas de cautelar su correcto funcionamiento²⁷. Este contexto institucional y

Quinto: Los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes; y la parte de los créditos tributarios que, conforme al literal d) del numeral 48.3 del Artículo 48, sean transferidos del cuarto al quinto orden; y el saldo de los créditos del tercer orden que excedieran del valor de realización o adjudicación del bien que garantizaba dichos créditos."

²⁶ Para el sociólogo francés Pierre BOURDIEU (*et al*, 2005; p, 150), "(...) un campo social puede ser definido como una red o una configuración de relaciones objetivas entre posiciones. Estas posiciones están objetivamente definidas en su existencia y en las determinaciones que imponen sobre sus ocupantes, agentes o instituciones, por su situación presente y potencial (*situs*) en la estructura de distribución de especies del poder (o capital) cuya posesión ordena el acceso a ventajas específicas que están en juego en el campo, así como por su relación objetiva con otras posiciones (dominación, subordinación, homología, etcétera)."

²⁷ En efecto, como los mercados son instituciones que existen para facilitar el intercambio reduciendo los costos de transacción entre los agentes que intervienen (COASE; 1994), sin embargo, para que se configuren las condiciones reales que permitan el intercambio se requiere de la existencia un conjunto de reglas sociales y regulaciones jurídicas, además de la intervención de instituciones especializadas. Por esto que "(...) cuando los economistas hablan de estructura de mercado no se refieren al mercado como institución, sino al número de empresas, diferenciación de productos, etc., e ignoran por completo la influencia de las instituciones sociales que facilitan el intercambio.", (COASE; 1994 p. 14). Entonces, "(...) para el funcionamiento de mercados como los existentes en la actualidad, se requiere algo más que la provisión de instalaciones físicas en las que puedan realizarse las compras y las ventas. También se necesita el establecimiento de las

normativo que constituye el tejido básico en donde se moverán los agentes (prestamistas o prestatarios) y entablarán sus relaciones²⁸, requiere ser explicado para que se entienda la función, alcances e importancia del campo social del mercado de créditos.

Para comenzar el análisis debemos señalar cual es la función social del mercado de créditos, que no es otra de constituir el tejido normativo, institucional y económico para que se puedan generar créditos en los mayores volúmenes posibles, por la mayor cantidad de fuentes, a los mayores plazos de retorno y a los menores costos, tanto para los proveedores de créditos como para tomadores de deudas. La expansión de un mercado de créditos bajo estas cuatro finalidades (volúmenes, fuentes, plazos y costos) permite a la sociedad dinamizar toda clase de actividades productivas, comerciales o de simple consumo. Esta es la función social del campo del mercado de créditos.

Para empezar el estudio del mercado de créditos debemos diferenciar, en primer lugar, los tipos de operaciones crediticias dependiendo del marco normativo al que estén sujetas:

- Los créditos del sector privado no financiero, que pueden ser concedidos por cualquier persona natural o jurídica, en condición de simple prestamista, inversor o proveedor de un deudor. Los cuales se encuentran regulados fundamentalmente por el Código Civil para las actividades rutinarias de préstamos entre privados (como los contratos de mutuo dinerario onerosos o gratuitos). Este sector también comprende a los “acreedores informales” que

normas legales que determinen los derechos y deberes de aquellos que llevan a cabo transacciones en esas instalaciones. Dichas normas legales pueden ser establecidas por los organizadores del mercado, (...)”, p. 16.

²⁸ Para BOURDIEU (2019): “Luego de decir que el pensamiento en términos de campo es una aplicación [del modo de pensamiento estructural] al espacio de las relaciones sociales y, a la vez, de las relaciones culturales, en la medida que expresan relaciones sociales, (...)”, p. 425. En este punto, deseo resaltar que para el autor francés citado, un campo es una estructura de relaciones sociales en permanente movimiento. Un campo social funciona bajo determinados patrones o principios fundamentales que permiten mantener la unidad de la estructura y moldean las posiciones que los sujetos ocupan al interior del mismo. Ahora será la energía acumulada de los sujetos posicionados en su interior lo que le permite al campo moverse, a favor de unos u otros, pero dentro de su propia racionalidad o principios estructurantes. Ese poder acumulado por cada agente posicionado se denomina capital particular del campo. Los comportamientos específicos de los sujetos están determinados (o estructurados) por su posición en el campo y el capital acumulado que tengan y la forma como lo movilizan para conseguir sus objetivos estratégicos.

otorgan “prestamos” usuarios cuyas actividades tienen naturaleza delictiva, por lo que se encuentran sancionadas en el Código Penal.

- Los créditos obtenidos de inversionistas en el Mercado de Valores, mercado regulado que permite a algunas empresas incorporadas a la lista de la Bolsa de Valores de Lima, negociar acciones (mercado primario) o emitir bonos (mercado secundario), fundamentalmente. Los créditos que se generan en este sector en el Perú no engloban a una gran cantidad de empresas. Razón por la cual su importancia es relativa para el conjunto del mercado de créditos.

- Los créditos del sector privado financiero, que son concedidos por empresas especialmente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Banca, Seguros y AFPs (en adelante S.B.S.). Para esta clase de créditos existe una fuerte regulación en cuanto a las restricciones de entrada tanto para prestamistas y prestatarios. Por su volumen, este sector del mercado es el más importante y del que depende, en gran medida, las actividades de crédito formales más importantes para el sector empresarial formal y en las actividades de consumo financiadas a través del crédito.

Por esta razón, nuestro análisis se centrará sustancialmente en el mercado de créditos vinculado al sector financiero, no solamente por su importancia en la vida cotidiana de cualquier persona y para el impulso de actividades empresariales, sino también porque dentro de él se pueden explicar mucho más fácilmente los hábitos de conducta de los agentes intervinientes, las estrategias que se plantean para obtener las utilidades o beneficios que ofrece el campo y el rol que se le asigna a las entidades o instituciones encargadas de mantener el campo en funcionamiento.

Comenzaremos, entonces por mencionar a las instituciones que regulan el campo y describir genéricamente sus funciones. Tenemos a las instituciones que se encuentran conectadas directamente a este campo social, como la S.B.S, encargada de regular las actividades de las entidades que generan créditos al interior del campo, controlando no solamente su acceso bajo una autorización administrativa, sino también su adecuado funcionamiento en la concesión o formación de los productos crediticio-financieros. Desde el cumplimiento de las normas que regulan la selección de deudores, hasta aquellas que le imponen mantener cuotas

de capital mínimos para asegurar el cumplimiento de obligaciones pasivas frente a sus ahorristas.

Otra institución que tiene un rol gravitante en este mercado es el Banco Central de Reserva del Perú (B.C.R.), cuya función sustancial es controlar la emisión de masa monetaria. Sin embargo, con relación al crédito esta entidad fija las tasas de interés activas máximas por los préstamos, tanto en ámbito no financiero como en el financiero²⁹. Las tasas de intereses activas son aquellas que cobran los acreedores por el dinero que prestan en compensación por el uso que de él permiten a sus deudores. Por ello, también se les denomina intereses activos compensatorios. Asimismo, también fija el B.C.R. las tasas de intereses pasivos mínimos que deberán pagar las entidades financieras por los ahorros que captan del público que es un costo por mantener estos fondos (o costo de fondeo). Este rol es de vital importancia para el mercado de créditos, ya que la tasa de interés activa es el principal y más importante costo del crédito.

Asimismo, también intervienen de manera complementaria otras instituciones como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), el cual tiene competencias dirigidas a dar cumplimiento a las normas que protegen a los consumidores de productos financieros. En este sentido, ejercen funciones sancionadoras contra los proveedores de por cobros indebidos, prácticas explotativas, publicidad engañosa, cláusulas abusivas, entre otras infracciones. Debe mencionarse, que esta entidad también intervendrá ante cualquier relación de consumo que implique el otorgamiento de crédito, por

²⁹ Al respecto debe tomarse en cuenta lo dispuesto en el artículo 1243° del Código Civil, según el cual las tasas máximas de interés compensatorio y moratorio son fijados por el Banco Central de Reserva. Siendo que cualquier exceso sobre estas tasas máximas da lugar a la devolución o a la imputación al capital a voluntad del Deudor. Esto, sin perjuicio de la responsabilidad penal que se haya configurado por el delito de usura tipificado en el artículo 214° del Código Penal. Si bien estas restricciones no eran aplicables a las empresas del sistema financiero, tal como lo establecía el texto original del artículo 9° de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero, actualmente con la emisión de la Ley N° 31143, se ha modificado el artículo antes mencionado estableciéndose taxativamente que: “La disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1243 del Decreto Legislativo 295, Código Civil, y el artículo 214° del Código Penal también se aplica a las operaciones de intermediación realizadas por las empresas financieras”. Resulta claro, entonces, que los controles o topes a las tasas de intereses cobradas por acreedores financieros se tendrán que sujetar a los límites establecidos administrativamente por el B.C.R. bajo responsabilidad administrativa, civil y penal.

lo que su alcance es mucho más amplio al de los créditos otorgados por las empresas del sistema financiero.

Finalmente, otra institución que interviene de manera complementaria e indirecta en este campo social es la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP). Esta entidad tiene la función general de crear la legitimación oficial para contratar y disponer de derechos sobre bienes. Para estos últimos ha implementado diversos registros jurídicos de bienes (Registro de Propiedad Inmueble y Registros de Bienes Muebles, fundamentalmente) que permiten dar publicidad jurídica formal sobre la titularidad o legitimación del sujeto que puede enajenar o gravar los bienes. Lo que implica, indirectamente, ejercer un rol fundamental para aquellos créditos que requieran un mecanismo de garantía real para ser otorgados, como los créditos hipotecarios para la adquisición de viviendas y los créditos con garantía mobiliaria vehicular para la adquisición de vehículos automotores, por ejemplo.

Pero el mercado de créditos no existe para servir a la burocracia institucional que interviene para regular su funcionamiento y verificar el cumplimiento de la normatividad objetiva emitida por los centros oficiales de producción normativa. Sino que su propósito fundamental es servir a la sociedad compuesta por ciudadanos e instituciones privadas, a favor de quienes el aparato institucional del Estado debería servir, por lo menos en teoría. Desde esta perspectiva, el mercado de créditos se manifiesta como un espacio social donde concurren agentes que asumen los roles de acreedores y deudores. Ocupando posiciones al interior del campo y de acuerdo con el tipo de capital que posean (económico, social o cultural, fundamentalmente) podrán plantearse estrategias y hábitos de conducta para movilizar las fuerzas en disputa a su favor, con la finalidad de obtener la utilidad que el campo ofrece a los participantes.

1.2.2 Los agentes al interior del campo del mercado de créditos (financieros) y sus problemas.

Desde esta perspectiva, entonces, en un lugar privilegiado del campo vamos a tener a las entidades del sistema financiero, tenedoras de un enorme capital económico, social y

cultural³⁰. A quienes no solamente se les ha concedido el privilegio de generar tipos especiales de créditos, sino también cobrar intereses (moratorios y compensatorios) por tasas superiores a las establecidas como el interés legal máximo admisible por acreedores no financieros. Siendo su objetivo estratégico fundamental conceder la mayor cantidad de créditos a las mayores tasas de interés posibles para maximizar sus ganancias. Siendo la acumulación de capital el objetivo principal de toda empresa en un mercado capitalista. Aun cuando, formalmente, la ley le asigne otras funciones.

Mientras que, de manera correlativa, al otro extremo del campo, vamos a tener a los deudores, quienes pueden ser clasificados por su dimensión cualitativa y el tipo de operaciones que realizan en los siguientes sectores: (1) corporativo, (2) medianas empresas, (3) pequeñas empresas, (4) microempresas y (5) personas naturales o consumidores³¹. En su condición de

³⁰ Los capitales dentro de un campo social constituyen medios que permiten acumular poder para movilizar las relaciones sociales con otros agentes y con las instituciones al interior del campo con la finalidad de obtener resultados concretos (esto es lo que reditúa el campo para sus agentes). En tal sentido, dependiendo del campo social en el que nos encontremos la acumulación de una clase de capital cobrará mucha más importancia con respecto a otros. Por ejemplo, en el mundo académico el capital cultural (conocimientos) y el capital simbólico (títulos oficiales) tendrá más importancia que un capital económico (esto es la riqueza acumulada por un agente). Mientras que en un campo en cuya centralidad se encuentre la obtención de utilidades o ganancias económicas, como el mercado de créditos por ejemplo, el capital económico que un agente o un grupo de ellos acumulen puede resultar determinante al intentar movilizar en función a sus intereses a las fuerzas del mercado, a las instituciones públicas y a otros agentes privados. Por esta razón, para BOURDIEU (2019, p. 438) en campo social el capital “(...) la energía específica que está en juego en el campo en consideración”.

³¹ Sobre el particular en BCR (2006) en el documento de trabajo, denominado “El costo del crédito en el Perú”, sostiene que: “El criterio dominante para la selección de los segmentos ha sido la práctica de gestión bancaria en lo referente al cálculo y proyecciones de costos y rentabilidades. / Sobre la base de estas consideraciones, es posible establecer, para el sistema financiero peruano, una partición del mercado de crédito en los siguientes segmentos: (1) Corporativo.- Constituido por empresas domésticas con ventas anuales mayores a US\$ 10 millones, así como filiales de empresas multinacionales. Al tener acceso a los mercados de capitales interno y externo, tienen un alto poder de negociación frente a los bancos; (2) Mediana Empresa.- Conformado por compañías con ventas anuales entre US\$ 1 y US\$ 10 millones. El poder de negociación de este segmento es variable y depende del acceso que tengan al mercado de capitales doméstico; (3) Pequeña Empresa.- Integrado por prestatarios con ventas anuales menores de US\$ 1 millón, que usualmente no tienen acceso al mercado de capitales; (4) Microfinanzas.- Este segmento tiene dos componentes: (i) microempresas, que son personas naturales o jurídicas con un endeudamiento con el sistema financiero menor a US\$ 30 000 o su equivalente en soles y demandan crédito para financiar actividades productivas, comerciales o de prestación de servicios; y (ii) personas de bajos ingresos que demandan crédito de consumo. (5) Crédito de Consumo.- Personas naturales de estratos de ingresos alto y medio, que demandan créditos para atender el pago de bienes, servicios de uso personal o gastos no relacionados con una actividad

deudoras o prestatarias, estos agentes del mercado tendrán el objetivo estratégico común de recibir créditos por las sumas más elevadas, a ser devueltos en plazos más extensos y pagando por ellos al menor costo posible (intereses activos, penalidades, seguros, membrecías y demás costos que puedan irrogarse).

Estos agentes, sin embargo, enfrentan problemas muy singulares para llevar a cabo sus actividades y conseguir las utilidades que el campo les ofrece. Para identificar estos problemas del campo social del mercado de créditos, vamos a dividirlos en dos categorías:

(i) los problemas que afectan a los prestamistas-acreedores quienes otorgan los créditos y negocian con los mismo (éstas posiciones pueden ser ocupadas por empresas del sistema financiero, proveedores de productos³² e inversores en el mercado de valores³³, fundamentalmente); y,

empresarial. Incluye a los usuarios de tarjetas de crédito y préstamos personales. (6) Préstamos Hipotecarios.- Personas naturales que demandan crédito amparado en garantía hipotecaria, destinado a financiar la construcción o adquisición de viviendas propias. Esta clasificación toma como base los tipos de crédito establecidos por la regulación de la SBS, con la excepción del segmento de microfinanzas, el cual ha sido definido como la unión del sector de microempresas y el subsegmento de créditos de consumo de bajos ingresos.”, p. 4-5.

³² Respecto a los proveedores como generadores de créditos, el MEF (2001), en el documento de trabajo “Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales” sostiene que: “Si bien un proveedor de productos no está en el negocio de prestar dinero, como es el caso de los bancos, sí es común que esté dispuesto a financiar a sus clientes con el objetivo de incrementar sus ventas. En ese sentido, los proveedores también otorgan financiamiento no como finalidad de su negocio sino como un medio para vender sus productos.”, p.12.

³³ Para el MEF (2001), en el documento de trabajo “Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales”, “Una fuente de financiamiento alternativa a las dos anteriores [bancos y proveedores] es el mercado de valores. Una empresa puede captar recursos a través del mercado de valores en lugar de tomar un préstamo bancario. En efecto, en el mercado de valores concurren quienes necesitan recursos (empresas, gobierno, entre otros) y quienes cuentan con recursos disponibles (inversionistas). El dinero captado por los emisores es destinado al financiamiento de proyectos de inversión, entregando a cambio valores mobiliarios (acciones, bonos, instrumentos de corto plazo, etc.), que según sea el caso, otorgan derechos en la participación en las ganancias de la empresa (dividendos), en la adopción de acuerdos sociales (derecho al voto en las Juntas Generales de Accionistas), y/o a recibir pagos periódicos de intereses (bonos). Al igual que un banco o un proveedor, el mercado de valores ofrece diversas alternativas de financiamiento e inversión de acuerdo con las distintas necesidades que puedan tener los emisores o los inversionistas, en términos de rendimiento, liquidez y riesgo.”, p.12.

(ii) los problemas que afectan a los prestatarios-deudores, quienes asumen la obligación de ejecutar las prestaciones que dan valor al crédito y sobre la cual tienen derecho los prestamistas-acreedores.

Desde el punto de vista del acreedor-prestamista, se debe solucionar en primer lugar un problema de asimetría de información relacionada a la capacidad económica de su deudor, esto es el nivel de ingresos que tiene o capacidad económica de retorno para pagar el crédito. Así como también, el destino que le dará al capital prestado, ya que en no pocos casos de esta circunstancia dependerá su menor o mayor capacidad futura de cumplir con su obligación³⁴. Estas dos informaciones relevantes, capacidad económica y destino del crédito, para determinar el nivel de riesgo de incumplimiento que el acreedor asume son perfectamente conocidas para el deudor, pero no para el acreedor. Este último agente se encuentra en una posición de desequilibrio o asimetría con respecto a esa información vital. De otro lado, existe otro aspecto de relevante que no se puede omitir, la voluntad secreta del deudor no pagar la deuda. En otras palabras, conciencia oculta y original del sujeto que será beneficiado con un crédito de no pagarlo, a lo que se denomina riesgo moral³⁵.

Mientras que, para el prestatario-deudor, los problemas que enfrenta son totalmente diferentes, los mismos que de manera muy concisa podríamos sintetizarlos como: (i) la ausencia de la información adecuada sobre las condiciones jurídico-económicas que tendrá el crédito, cuyos alcances son establecidos normalmente por el acreedor por su mayor poder

³⁴ Estos problemas que afectan al acreedor cuando va a generar créditos en el mercado se vuelven particularmente relevantes en los servicios financieros dirigidos al consumo, a los microcréditos o a las pequeñas y microempresas. Sobre el particular ROA y CARVALLO (2018) en un estudio realizado para el Banco Interamericano de Desarrollo – BID, llegaron a la siguiente conclusión: “La información sobre servicios de crédito revela que, en cuanto a elegibilidad, en el caso de los créditos al consumo, los microcréditos y el crédito a PyME, los factores considerados como muy importantes en toda la muestra de países fueron el ingreso del prestatario, la situación de empleo, y el historial bancario del prestatario con su institución o buros de crédito. Para el caso de microcrédito y de las PyME, es también importante el propósito del préstamo. Este resultado está ligado al hecho de que este tipo de créditos están vinculados a proyectos productivos concretos.”, p. 88

³⁵ Al respecto el B.C.R. (2006; p. 8), sostiene que: “La asimetría de información por el lado del prestamista surge del conocimiento parcial que tiene este sobre el potencial deudor y sobre el destino final del crédito, el cual limita la efectividad del primero para determinar la verdadera capacidad y voluntad de pago del prestatario. Ello origina que los prestamistas, ante un incremento en las tasas de interés de mercado, respondan racionando sus créditos.”

de negociación imponiendo las condiciones en las que concederá el financiamiento o a través de un contrato con cláusulas generales de contratación. Lo que implica un grave problema de asimetría de la información y el posible contrabando de cláusulas abusivas o explotativas³⁶ en los contratos de créditos; (ii) La ausencia de una suficiente oferta de proveedores de servicios financieros³⁷, esto sería consecuencia de la existencia de un cartel u oligopolio de empresas que controlan la mayor parte del suministro de créditos³⁸, cuyo poder de mercado

³⁶ Así, para la Gerencia de Estabilidad Financiera del BCR (2006; p.7): “La asimetría de información por el lado del prestatario se refiere a la desventaja de información que enfrenta éste con respecto al prestamista (entidad financiera) sobre las condiciones crediticias (tasas de interés, comisiones, penalidades por incumplimiento, monedas, impacto del cambio en la tasa de interés de mercado, etc.), conduciéndolo a tomar una decisión de endeudamiento ineficiente. Más aún, esta asimetría puede incrementar el costo efectivo del crédito que paga el prestatario, reducir la presión competitiva en el mercado, aumentar la rigidez en las tasas de interés activas y, con ello, dificultar la transmisión de la política monetaria.”

³⁷ A este problema también se le ha denominado concentración de mercado, lo cual facilita la realización de prácticas colusivas en torno a los costos de oferta financiera. Al respecto, HUANCA (2017) sostiene que: “En varios trabajos empíricos que se ha revisado (Corvoisier y Gropp, 2001; Espino y Carrera, 2006; Chortareas et al., 2012), la estructura de mercado aparece como una variable que sería explicativa de la diferencia del costo del crédito respecto al costo de fondeo. **Esos estudios señalan que la existencia de un mercado concentrado facilitaría la práctica de conductas no competitivas como la colusión entre las empresas dominantes, lo cual se reflejaría en un mayor costo del crédito (tasa de interés activa) o menor costo de fondeo (tasa de interés pasiva)**; Corvoisier y Gropp (2001) encuentran evidencia empírica que en el caso de diez países de la zona Euro un mercado concentrado permitiría fijar una tasa de crédito mayor entre 1.2% y 2.4%, igualmente Berger y Hannan (1989) encuentran evidencia para el caso de los Estados Unidos que un mercado concentrado permitiría fijar una tasa de interés de depósito menor de 0.5%. Degryse y Ongena (2008) realizan una revisión de los diferentes enfoques metodológicos de la medición del grado de competencia en un mercado señalando indicadores de competencia como el Índice de Herfindahl-Hirschman (IHH) o el ratio de concentración.”, p. 26 (el énfasis es nuestro).

³⁸ Al respecto es interesante la conclusión a la que arriban ROA y CARVALLO (2018) en un estudio que comprendió gran parte de la región latinoamericana en la que no pudieron determinar (o quizá no quisieron hacerlo) la causa por la que las tasas de intereses activas que pagaban los sectores más vulnerables de los deudores o prestatarios (consumidores y microempresarios) no tenían diferencias significativas, lo que se explique quizá por la concentración del mercado de proveedores de servicios financieros. Al respecto, los autores antes mencionados señalan lo siguiente: “En cuanto a la accesibilidad económica de los servicios de crédito, no existen diferencias significativas entre las tasas de interés promedio que ofrecen las instituciones bancarias y las no bancarias para los tres tipos de crédito. En general, no se encontró un patrón definido sobre los criterios con los que varía la tasa de interés de cada crédito.”, p. 89.

puede aumentar sustancial y abusivamente el costo del crédito³⁹; y, (iii) La posibilidad de que el oligopolio infiltre a la entidad reguladora del sistema y a los aparatos estratégicos del Estado, para controlar y dirigir los centros de formación del derecho objetivo a nivel legislativo y reglamentario para hacerse de privilegios legales desproporcionados.

Ahora bien, siempre los agentes del mercado más perjudicados serán las poblaciones de menores recursos, quienes cuentan con menor educación o asesoramiento financiero⁴⁰ y las pequeñas o microempresas que por su tamaño no tienen capacidad de negociación frente a un acreedor financiero oligopólico, que puede abusar de su posición de dominio en el mercado, de la ausencia de una oferta competitiva o del endeble control de la entidad que regula las actividades en el campo. En efecto, la poca (o nula) efectividad de las acciones de las entidades reguladoras, con respecto a uno de los problemas más importantes relacionados con la generación de créditos, esto es su costo o, en otras palabras, la tasa o cuantía de los intereses (compensatorios y moratorios) que pagarán los deudores, así como otros costos asociados al crédito⁴¹.

³⁹ Como lo explica STIGLITZ (2020): “(...) el poder de mercado permite a las corporaciones explotar directamente a los trabajadores con salarios inferiores a los que deberían pagar y aprovecharse de ellos de muchas formas. El poder de mercado se traduce en político. Las enormes ganancias que genera permiten a las corporaciones -en nuestra economía impulsada por dinero- adquirir influencia que en seguida refuerza su poder y sus beneficios, por ejemplo, debilitando a los sindicatos y las políticas relativas a la libre competencia, dando rienda suelta a los bancos para explotar a los ciudadanos de a pie (...)”, p. 86.

⁴⁰ Efectivamente para el BCR (2006): “El problema de la transparencia adquiere mayor relevancia cuando la población perteneciente a un segmento determinado no cuenta con la educación financiera adecuada para tomar decisiones eficientes de endeudamiento, característica presente principalmente en la población de bajos ingresos, ante la imposibilidad de realizar comparaciones entre los costos efectivos de sus distintas alternativas de financiamiento.” p. 8

⁴¹ Entre los factores determinantes de las tasas de interés en los créditos dirigidos a microfinanzas, de acuerdo con CAMPION (*et. alt.*, 2012, p. 8 -10), podemos encontrar algunos a los que se denominan internos o propios de la organización de la entidad que genera el crédito tales como los costos operativos (salarios, alquileres, servicios, depreciación de sus bienes, entre otros), las pérdidas generadas por los préstamos incobrables, utilidades esperadas por la entidad con fin lucro (sería un costo especulativo) y riesgos crediticios y operativos (datos perdidos, errores de cálculos, fraudes y malversaciones). Mientras que entre los costos externos a la organizaciones tendríamos a la falta de estabilidad macroeconómica del país, la falta de una infraestructura pública eficiente y adecuada, un entorno de negocios favorable, capital humano de bajo nivel, falta de garantías colaterales o sustitutos adecuados (al carecer los prestatarios de bienes

1.2.3. Las patologías del mercado de créditos.

Entonces, los problemas del mercado de créditos relacionados con las asimetrías de la información (capacidad económica deudor, destino del crédito y condiciones del financiamiento) son los que determinan el nivel de riesgo e inciden sustancialmente en el costo del crédito, mientras que el poder de mercado de algunas entidades del sistema financiero puede elevar anormalmente las tasas de interés que se pagan por los créditos. Si estos problemas del mercado de créditos no son resueltos, pueden generarse dos patologías de particular peligrosidad, a saber: (i) El racionamiento de los créditos; y, (ii) La selección adversa.

Si el riesgo es alto los prestamistas reducirán el volumen de los créditos, los montos prestados y acortarán los plazos de retorno, fenómeno al que se denomina “racionamiento del crédito”. Este problema del mercado de créditos podría generar una contracción de la oferta en el mercado de créditos y, probablemente, desemboque en una recesión de la economía si se estrecha el flujo de créditos hacia los sectores económicos que los necesitan.

Si sucede lo contrario, esto es si los prestamistas acreedores asumen masivamente el riesgo y continúan prestando indiscriminadamente, pero elevando considerablemente los costos del crédito (las tasas de intereses, por ejemplo), aumenta de manera correlativa la probabilidad de escoger a los peores deudores. En otras palabras, si no se selecciona a los deudores más que por el hecho de que están dispuestos a asumir un crédito excesivamente costoso, es muy probable que esos deudores no estén dispuestos a pagar (riesgo moral), no tengan recursos para hacerlo (falta de capacidad económica) o sean precipitados a la insolvencia por los altos intereses que tienen que afrontar (riesgo de quiebra)⁴².

debidamente titulados), escasa capacidad de velar por el cumplimiento de los contratos (por tener instituciones legales y operadores jurídicos débiles y/o corruptos) y riesgos políticos que implican la inestabilidad de las reglas de juego para los servicios financieros.

⁴² Algún autor sostiene lo siguiente: “El riesgo de selección adversa se origina por la asimetría informativa existente entre las partes al momento de celebrar el contrato. En términos simples, la asimetría en cuestión supone que una parte posee información superior sobre un recurso objeto del contrato o sobre algún factor esencial de la transacción. La existencia (monopólica) de la referida información genera un problema potencial: que el contrato no sea recíprocamente beneficioso

Un escenario, como el descrito en el párrafo anterior, produce una enfermedad terminal en el mercado créditos, a la que se le conoce como “selección adversa” que conlleva al peligro inminente de colapso de todo el sistema de endeudamiento al ser muy probable que se produzcan incumplimientos generalizados y masivos. No en vano escribió en el siglo XIX el gran jurista alemán Rudolf Von Ihering (1961; p. 143) que:

“El crédito se parece a los medios narcóticos. En el uso exacto son apropiados para estimular las energías del hombre, para animarlas, para acrecentarlas, pero si se utilizan en exceso provocan, en lugar de la renovación, al contrario, desgaste y enervamiento. En la misma medida se comporta el crédito comercial. Justamente aplicado, eleva las fuerzas del individuo sobre la medida corriente, anima la circulación; al ser empleado desmesuradamente, obra devastadoramente, arruinando al mismo tiempo al que lo toma y al que lo da.”

1.2.4. Las estrategias y medidas para evitar las patologías del mercado de créditos.

Los problemas del mercado de créditos que afectan a los acreedores son solucionados a través del desarrollo de hábitos sociales de reducción del riesgo del incumplimiento procurándose, fundamentalmente, información relevante sobre la capacidad económica de pago de los eventuales deudores, el destino que estos le darán a los financiamientos que reciban y sobre

(...).” (ESCOBAR, 2020; p. 237). Al respecto solamente cabe objetar que el autor citado confunde un problema de asimetría de información, con el comportamiento negligente o doloso de un contratante al asumir un excesivo riesgo deliberadamente por las potenciales ganancias a corto plazo que obtendrá en una operación meramente especulativa, en la que el riesgo se va trasladando desde el agente del acreedor que recibe un beneficio por “colocar” un crédito, hacia el acreedor institucional que se hace de un “producto financiero” (crédito) que promete un alto rendimiento y, a su vez, puede ser titularizado, lo que le permite, simultáneamente, trasladar el riesgo de no pago a un inversionista final que terminará adquiriendo un activo que formalmente tiene un gran valor pero que -realmente- vale poco (o nada), ya que es una promesa -crédito- que no será cumplida. La selección adversa es, entonces, una actividad fraudulenta que infecta un mercado, no por el desconocimiento de “cierta información relevante” para el contrato, sino por la voluntad consciente de sus agentes de cometer fraudes y obtener ganancias inmediatas, aun cuando puedan exponerse a un alto riesgo. Esto, por ejemplo, sucedió en la crisis del mercado hipotecario norteamericano del 2008 con las hipotecas de alto riesgo. Al respecto, KRUGMAN (2009; p. 177 - 178) explica la raíz del problema en los siguientes términos: “(...) la mayoría de las hipotecas de alto riesgo no las concedían los bancos que conservaban para sí los préstamos, sino agentes hipotecarios que rápidamente las vendían a instituciones financieras que, a su vez, dividían esas hipotecas en paquetes y las convertían en obligaciones de deuda garantizadas (CDO) que vendían a los inversores.”.

sus comportamientos históricos frente a otros acreedores pagando sus deudas. Las dos primeras estrategias de reducción del incumplimiento se materializan construyendo un perfil del deudor a través de técnicas de creación de información (por ejemplo, requerimiento de documentos que acrediten ingresos, visitas a las unidades comerciales del deudor, flujos contables de ingresos y egresos, prácticas de calidad de gestión, etc.) y tecnologías crediticias de la información (centrales de riesgo públicas y privadas que contengan un reporte y calificación del historial crediticio del prestatario).

La utilización de estas técnicas y tecnologías informáticas permite, no solamente generar confianza en el acreedor, sino reducir sustancialmente el riesgo del incumplimiento y, por lo tanto, deberían abaratar los costos generales del financiamiento y dinamizar el mercado de créditos. Siendo estas prácticas, en la realidad social concreta, las estrategias que pueden disminuir sustancialmente la aparición de los fenómenos indeseables de racionamiento del crédito, sobreendeudamiento y selección adversa.

Desde el punto de vista de los deudores, los problemas del mercado de créditos plantean soluciones diferentes sobre todo para aquellos sectores que carecen de capacidad de negociación (capital económico), no poseen vínculos sociales o negociales con las empresas que suministran créditos (capital social) o carecen de adecuado asesoramiento para conocer a cabalidad el conjunto de obligaciones adosadas a un producto financiero (capital cultural). Este es, precisamente, el sector de las microempresas, formales e informales, las cuales tienen un acceso muy limitado al mercado de créditos financieros y en las condiciones más gravosas. En este sentido una intervención del Estado promoviendo la apertura de nuevas fuentes públicas y privadas de acceso al crédito resulta esencial, así como fijar límites máximos a las tasas de intereses activas, como ha sido hecho con la introducción de la Ley N° 31143 publicada en E.P. el 18 de marzo de 2020, aunque con alcances muy limitados como será explicado más adelante.

1.2.5. La ubicación del sistema de garantías reales en el mercado de créditos.

Sin embargo, aun cuando se utilicen adecuadamente las técnicas de creación de información y las tecnologías crediticias, al ser cualquier crédito en el fondo una promesa humana con respaldo jurídico, pero promesa, a fin de cuentas, puede ser defraudada si es que el deudor no ejecuta voluntariamente el programa prestacional comprometido. En este escenario la respuesta convencional del ordenamiento jurídico es conceder al acreedor, víctima del incumplimiento, un conjunto de facultades genéricas que le permitan no solamente requerir el cumplimiento forzoso a través de los órganos jurisdiccionales competentes directamente al deudor o procurárselo a través de un tercero a costa de este, sino agredir su esfera patrimonial embargable con la finalidad de conseguir forzosamente lo que se le debía o un bien equivalente (dinero). Todas estas facultades genéricas de agresión patrimonial derivan de la relación de responsabilidad que un deudor asume juntamente con el crédito, pero su efectividad para satisfacer los intereses del acreedor está condicionada a la existencia de bienes apreciables en la esfera patrimonial deudora. Lo cual no siempre sucede, por lo que los mecanismos derivados de la responsabilidad patrimonial muchas veces serán insuficientes. Es, precisamente, en un escenario como este en el que surgen, como una necesidad práctica de mejorar la posición acreedora, las garantías reales para vincular las facultades de agresión y eventual realización de valor a determinados bienes, por regla general.

En efecto, los mecanismos de las garantías reales, como la hipoteca o la garantía mobiliaria, están dirigidos sustancialmente a la reducción del riesgo de recuperación del crédito para beneficiar al prestamista, más no para solucionar los principales problemas que afectan al mercado de créditos (asimetría de la información, riesgo moral, oligopolio financiero, racionamiento del crédito o selección adversa). Máxime si, por regla general, la garantía real de realización de valor actúa plenamente en un escenario patológico no deseado, a saber, después del incumplimiento de la obligación asegurada. Por esta razón, su rol es importante pero subsidiario y complementario a los otros factores que determinan el costo del crédito.

La gran ventaja de un crédito asegurado con una garantía real consiste en que se objetivan las facultades del acreedor en torno a una cosa que previamente ha sido elegida y valorizada por él mismo, y se considera cualitativa y cuantitativamente idóneo para que con su venta o su apropiación se obtenga un valor económico equivalente a lo que se le debía. Siendo que

la facultad de realizar el valor del bien y el cobro, ya no pasan por esperar la colaboración voluntaria de otro sujeto (sea el deudor o un tercero propietario del bien) sino que el titular del derecho real (acreedor garantizado) puede llevarlas a cabo unilateralmente.

Ahora bien, dentro del universo de las garantías patrimoniales que pueden facilitar el otorgamiento de créditos, en un lugar privilegiado tanto económica como legislativamente, tenemos a la Garantía Hipotecaria, en sus diversas modalidades especiales, ya que el cumplimiento de la obligación se asegura con un activo de valor estable y, normalmente, en constante apreciación. Además, por su propia naturaleza física imposible de ocultar o desaparecer. Así, los créditos denominados hipotecarios o garantizados con hipoteca, constituyen un subsistema, dentro del mercado de créditos, que se caracteriza por adosar bienes raíces a determinadas operaciones de financiamiento para que los créditos puedan generarse.

Por esta razón, cuando las operaciones de financiamiento están conectadas a la adquisición de una vivienda, el bien inmueble por antonomasia, la garantía hipotecaria es la natural acompañante para financiar la adquisición asegurando el pago del saldo del precio a favor del vendedor o la posición del acreedor que ha prestado el dinero para pagar el precio de adquisición. En uno u otro caso, la garantía hipotecaria sirve para dinamizar el funcionamiento del mercado de créditos en sectores especializados, pero no es un elemento idóneo para suprimir los otros problemas que el mercado de créditos presenta. Por lo que un crédito hipotecario será un activo muy valioso y estable, pero su “valor” no solamente depende del activo o subyacente al que está conectado por un vínculo de garantía, sino también por la calificación responsable que se haya realizado en el momento de su otorgamiento.

1.3. Los movimientos del capital financiero en el mercado de créditos y la necesidad de ponerle algunas limitaciones.

1.3.1. El problema de los controles a las tasas de interés de los créditos financieros.

La aprobación de la Ley N° 31143 que protege de la usura a los consumidores de los servicios financieros, publicada en el diario oficial E.P. el 18 de marzo de 2019, ha suscitado un debate

particularmente relevante en la sociedad peruana, ya que esta norma ha modificado algunas disposiciones legales que por años se han considerado como la piedra de toque del sistema financiero nacional, a saber, la potestad de las entidades del sistema financiero de establecer “libremente” las tasas de intereses pasivas que pagan a sus clientes por sus ahorros y, sobre todo, las tasas de intereses activas que cobran a sus deudores. A pesar de la tímida limitación que impone la Ley en comentario, restringiendo los topes de intereses activos máximos sólo para algunas clases de créditos (de consumo, de bajo monto y para las MYPES)⁴³, las entidades acreedoras han puesto el grito en el cielo por la restricción que se impondrá a las fabulosas ganancias que han tenido, inclusive, durante la crisis económica que atraviesa el Perú por la pandemia de COVID-19. También algunos sectores de las empresas de comunicación asociadas al poder corporativo de estas entidades han salido en defensa de las ganancias del sector bancario.

Lo que sí requeriría una explicación es la defensa cerrada del *statu quo* financiero por parte de los representantes de turno del Poder Ejecutivo y de la entidad pública que supuestamente “supervisa” y “regula” las actividades del sector. Inclusive, con el Oficio N° 19395-2020-SBS del 11 de agosto de 2020, la S.B.S. sostuvo como posición oficial ante el Congreso de la República, que en el Perú: “el mercado de créditos de consumo es competitivo” (a pesar de que 4 empresas concentran el 56% de la oferta crediticia), “la libertad de tasas de interés ha permitido el acceso al crédito formal y a mejores condiciones de financiamiento” (a pesar de que el Perú es uno de los países con más baja bancarización de su población y con los intereses más altos de toda la región suramericana); “que la experiencia internacional

⁴³ En efecto, el artículo 2° de la Ley N° 31143, que modificó el artículo 52° del Decreto Ley N° 26123, Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, establece en el nuevo texto de esta norma que el BCR tiene la facultad de fijar las tasas de interés máximas y mínimas de manera semestral en las operaciones del sistema financiero. Sin embargo, en el segundo párrafo de esta misma norma (art. 52° del Decreto Ley N° 26123) establece la siguiente limitación a esta facultad: “Las tasas de interés activas máxima fijadas serán exclusivamente para las operaciones de crédito referidas en el literal c) del inciso 3) del artículo 221 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros”. Ahora bien, el literal c) del inciso 3) del art. 221 de la LGSF, establece que las empresas de servicios financieros pueden realizar las siguientes operaciones: “c) Otorgar créditos de consumo, créditos de consumo de bajo monto y crédito para las pequeñas y microempresas. El crédito de consumo de bajo monto es el crédito cuyo monto es igual o menor a 2 UIT.” Es por esta razón, concluimos que la imposición de topes a las tasas de intereses será solamente para algunas clases de créditos (de consumo, de bajo monto y para las MYPES).

demuestra los impactos negativos de imponer topes a las tasas de interés” (a pesar de que países tan diversos como Colombia, Bolivia, Chile, Camboya, Kenia, Estados Unidos, entre muchos otros, han impuesto medidas de similar catadura). Es por esta razón, que consideramos necesario reflexionar sobre el rol de las entidades financieras en los círculos virtuosos de generación de riqueza, para determinar si la imposición de topes o controles a las tasas de interés activas, o mejor dicho a sus principales ganancias, pueden producir más beneficios que daños.

1.3.2. Descripción del círculo virtuoso de generación de riqueza a través del crédito.

Todo mercado dentro de una sociedad capitalista moderna es un campo social donde confluyen diferentes agentes económicos que buscan ofrecer un producto o servicio a otros sujetos que los requieren y están dispuestos a pagar por ellos. Entonces, al interior de este campo social se van a producir movimientos de intercambio de capitales (bienes y servicios a cambio de dinero) en torno a los cuales se van a establecer específicas relaciones sociales entre los agentes que confluyen en el campo, creándose hábitos de conducta y estrategias de comportamiento en torno a reglas que son aceptadas por consenso o impuestas por una autoridad externa como el Estado, el mismo que se encarga normalmente de constituir las instituciones encargadas de regular el adecuado funcionamiento del mercado (campo social).

En un campo social estructurado como el mercado de créditos, la génesis de un intercambio económico de capital, la encontraríamos hipotéticamente en el capital financiero o capital en su forma de dinero (D)⁴⁴, el mismo que en sí mismo no tiene un valor de uso, ya que no está en la aptitud de satisfacer por sí mismo ninguna necesidad humana material, biológica u objetiva y, tampoco, su sola tenencia implicaría su reproducción o aumento. El dinero físico en manos de su poseedor, en la bóveda de un banco, por ejemplo, no tienen ninguna utilidad económica real, por eso es un capital impotente o muerto. En otras palabras, el capital dinero

⁴⁴ Al respecto LUXEMBURGO (1967) señalaba con meridiana claridad: “Hasta ahora la circulación del capital total social, aun teniendo en cuenta la circulación del dinero, no ofrecía en sí nada extraordinario. Que para esta circulación es necesario que se halle en poder de la sociedad una cierta suma de dinero, ha de aparecer evidente de antemano por dos razones. En primer lugar, la forma general de producción capitalista es la producción de mercancías, lo que lleva consigo la circulación de dinero, y, en segundo lugar, la circulación del capital se basa en la transformación constante de sus tres formas: capital dinero, capital productivo y capital mercancía. Para que sean posibles estas transformaciones, es menester que exista dinero que pueda representar el papel de capital monetario.”, p. 66.

en manos del prestamista financiero (banco p.e.) no tiene ninguna aptitud para generar riqueza. Empero, hipotéticamente, puede iniciar un ciclo productivo, bajo la condición imprescindible de ser transferido a otro agente económico que sí esté en la capacidad de aplicar ese capital muerto -en su forma dinero (D)- a una actividad productiva o comercial a través de la organización de los elementos materiales (materias primas o productos), tecnológicos (informáticos), logísticos (transporte y distribución) y humanos (trabajo).

Finalmente, una vez organizados, los elementos para la generación de riqueza al interior de una unidad de producción o comercialización especializada, a la que denominamos normalmente Empresa, quien ejecutará las órdenes y consumirá sus energías físicas e intelectuales para la generación de la riqueza es el ser humano a través de su trabajo. Entonces, la entidad financiera, el empresario y el trabajador se encontrarían, teóricamente, imbricados en un ciclo de impulso, organización y generación de riqueza, respectivamente, que se manifestarán en el mundo a través de la aparición de mercancías (y servicios) para el consumo que serán intercambiados por dinero para reiniciar nuevamente el ciclo.

1.3.3. Los mecanismos de obtención de ganancias o acumulación de capital.

Como puede observarse, desde el punto de vista de cada uno de los agentes implicados en el ciclo de generación de riqueza, la ganancia que obtienen por la participación en el mercado es muy específica: quien impulsa el movimiento obtiene por su aporte una ganancia que se puede expresar como “d1”, que consistiría en el interés que cobra por haber prestado el capital “D” en su forma dinero. Así el movimiento de retorno que se genera para una entidad del sistema financiero es: “D+d1”, donde “d1” representa su ganancia. Pero, como puede advertirse, el prestamista financiero no organiza los elementos materiales para la producción o distribución de mercancías ni mucho menos su actividad genera riqueza alguna. Se limita a aportar un capital muerto, en su forma más primitiva e inútil -por su falta de idoneidad para satisfacer necesidades humanas directamente⁴⁵.

⁴⁵ La forma como el capital crediticio obtiene su “ganancia” al cobrar un interés, oculta en realidad la verdadera forma como las entidades financieras se hacen de utilidades apropiándose indirectamente del plusvalor generado por los trabajadores y detrayéndola directamente del sector empresarial. Así lo explica DUSSEL (2010; p. 440) al analizar el pensamiento de Marx: “Si se extrae interés como pluscapital es porque se extrae parte de la ganancia del capital industrial que produce ganancia porque originariamente, en el nivel oculto y profundo, produce plusvalor. Por ello el capital industrial

A su vez, el empresario participa en un movimiento absolutamente diferente, aunque integrado al ciclo mayor que ya se ha descrito, consistente en la organización de una unidad económica de producción, para la cual requiere el capital muerto “D” al que dará vida. Esto es, lo utilizará para activar los diferentes recursos materiales para que otros seres humanos cooperen en la ejecución del proyecto empresarial que ha diseñado en su rol de organizador de la fuerza de trabajo y de los recursos necesarios para ello (logísticos, tecnológicos y legales). Desde su perspectiva, el movimiento que se genera tiene la siguiente estructura, “D” que es el capital en su forma dinero que le ha sido prestado, “M” la mercancía que ha generado después de organizar la producción, “G” que es la ganancia que obtiene al realizar la mercancía en el proceso de circulación.

Empero, “G” está compuesto por “d1” que es el interés que se pagará al prestamista y “d2” que es, propiamente, el exceso de valor monetario obtenido descontando “D” y “d1”. Sin embargo, este “d2” no constituye la ganancia neta del empresario, ya que a este exceso deberá detracer los costos materiales de producción, denominados también costos fijos “c1”, y el salario pagado a los trabajadores denominados costos variables “s1”. Entonces, su ganancia neta (Gn) puede graficarse bajo la siguiente fórmula: $Gn=d2-(c1+s1)$ ⁴⁶.

De esto puede deducirse que, para el mantenimiento de una ganancia neta estable, el empresario debe reducir la tasa de interés que paga al acreedor financiero (d1) que aumentaría

es el “capital real”, y no el capital crediticio. El interés se funda en “una escisión en el plusvalor puesto por el capital” industrial (425,11-12;736,3-4). Esta “escisión (*Diremtion*)” significa que, para el capital industrial, el pago del interés debe extraerlo del plusvalor alcanzado, y su ganancia es el plusvalor menos el valor del interés pagado.”

⁴⁶ Es por esta razón que DUSSEL (2010; p. 427) al analizar el pensamiento económico de Marx en los *Grundrisse* sostiene lo siguiente: “Lo que acontece, en realidad, es que el costo de producción (expresión en dinero del capital constante y el gastado en los salarios) es menor al valor del producto (que se expresa posteriormente como el precio de la mercancía en la circulación). Por ello, Marx casi no da ninguna importancia a la cuestión del “precio” (expresión superficial del plusvalor) de la mercancía, e insiste (desde distintas vertientes o enfoques) sobre la cuestión del plusvalor. De todas maneras, la realización de la ganancia necesita previamente la determinación del valor en dinero (precio) para transformarse nuevamente en dinero.” El plusvalor es la riqueza que produce el trabajar humano al implicarse en el proceso productivo, de la cual el empresario en condición de patrón se apropia una parte que constituirá finalmente se ganancia. Desde la esclavitud y la servidumbre colonial nuestra civilización parece estar avanzado hacia un horizonte donde se reconozca una parte suficiente del plustrabajo (riqueza producida) al trabajador que le permita una vida digna (mediante un salario digno).

el volumen cuantitativo de “d2”, reducir los costos fijos (c1) o los salarios de los trabajadores (s1). Asumiendo, que el precio que se le pague por los productos o mercancías que suministra al mercado se mantiene constante. Entonces, el movimiento en el que está implicado un empresario podría describirse como: D(dinero)-M(mercancía)-D”(dinero). Empero este último movimiento (D”) contiene: D+d1+d2.

Finalmente, al interior de la unidad de producción quien consume sus energías físicas e intelectuales para la generación de la riqueza es el trabajador. Esta entidad viviente transforma el material inerte en algo diferente, apto para ser considerado una mercancía con un valor monetario mayor al que se ha utilizado para su producción. Desde esta perspectiva, su fuerza de trabajo es considerada aparentemente como una mercancía “T”, la cual intercambiará por dinero en su forma de salario “s1”, el cual a su vez intercambiará por otras mercancías “M” destinadas al consumo para el mantenimiento de sus necesidades humanas. El movimiento que un trabajador asalariado en cualquiera de sus formas será entonces: T(trabajo)-D(dinero)-M(mercancía).

De la descripción de estos movimientos podemos advertir que los momentos estelares del ciclo económico del capital para la generación de riqueza se encuentran, progresivamente en su importancia: (1) el primer lugar, en el trabajo vivo como fuente generadora de riqueza, (2) el capital empresarial, como organizador de las fuerzas y recursos productivos y, finalmente, (3) el capital muerto o financiero que es, solamente, y de manera potencial, el impulsor de los ciclos de producción y de generación de riqueza que pesa sobre los hombros de otros agentes de la sociedad⁴⁷.

⁴⁷ Así, para MARX (1971, T. II, pp. 550) “Al capital -trabajo materializado, autónomo y que existe por si mismo- no puede oponerse más que la fuerza de trabajo viva: el único cambio gracias al cual el dinero puede devenir en capital es el que efectúa el poseedor de capital con el poseedor de la fuerza de trabajo viva, o sea el obrero.” En efecto, tanto el capital empresarial como el capital financiero para transformarse realmente en capital que vivifique y dinamice la economía, y los procesos de producción y comercialización de los cuales este compuesto, requieren entrar en contacto con el trabajo vivo o la fuerza de trabajo, que es realmente el centro generador de la riqueza en una sociedad. Por eso, empresario o banquero, como tenedores de dinero uno como préstamo y el otro como crédito concedido, en realidad no tienen propiamente un capital sino hasta que compren fuerza de trabajo. Esto hace concluir a MARX (1971, T. II, pp. 552) que “Para que el dinero se transforme en capital, es preciso que el poseedor de dinero pueda cambiarlo por la fuerza de trabajo ajena, como mercancía.”

Desde esta perspectiva, las iniquidades y patologías de un sistema comienzan cuando se les permite a los tenedores del capital muerto, empresas financieras, particularmente, apropiarse excesivamente de la riqueza socialmente producida a través de la imposición de intereses depredatorios que exponen al capital empresarial a la quiebra y estimulan a la sobre explotación del trabajo vivo. Recordemos, que el empresario para mantener la tasa de ganancia neta no tiene muchas alternativas: (i) pagar menos intereses por los préstamos de capital; (ii) reducir costos en los procesos productivos mejorando la tecnología; o (iii) pagar menos salarios a sus trabajadores.

La primera opción está fuera de su ámbito de control jurídico, ya que depende de las tasas de interés que las empresas del oligopolio financiero decidan cobrarle. La segunda depende de las condiciones tecnológicas de desarrollo, la cual es un límite material muchas veces insuperable, mientras que la última si estará bajo su control. En efecto, si bien las sociedades actuales han puesto límites a la sobreexplotación del trabajo vivo (trabajadores) por parte del empresariado, aún no se han implementado los mecanismos de protección que limiten las prácticas explotativas de los tenedores del capital financiero (muerto) que parasitan todo el sistema.

1.4. Algunas conclusiones.

Desde el plano teórico, entonces, resulta falsa la afirmación de que el prestamista financiero resulta el agente que asume el mayor riesgo y en quien debe de ponerse el énfasis al momento de establecer una regulación⁴⁸ de sus intereses y actividades. Mas bien es el agente dentro

⁴⁸ En este punto no debe caerse en la falacia de sostener que dándole una absoluta libertad a los agentes que gozan de una posición privilegiada y de efectivo poder económico en una sociedad, se lograrán efectos socialmente beneficiosos. Toda vez que la experiencia histórica ha demostrado categóricamente lo contrario. Solo un desconocimiento absoluto de los procesos históricos que han sufrido los pueblos sometidos a la irrestricta “libertad” de los poderosos podría llevarnos a tal conclusión. Un error como este puede advertirse en una clásica obra del liberalismo económico, con respecto a lo sucedido durante los siglos XVIII y XIX, en donde se sostiene lo siguiente: “Sólo cuando la libertad industrial abrió la vía al libre uso del nuevo conocimiento, sólo cuando todo pudo ser intentado —si se encontraba alguien capaz de sostenerlo a su propio riesgo— y, debe añadirse, no a través de las autoridades oficialmente encargadas del cultivo del saber, la ciencia hizo los progresos que en los últimos ciento cincuenta años han cambiado la faz del mundo.” (HAYEK, 2008, 103). Cuando este autor se refiere a “todo pudo ser intentado” en nombre del “progreso” en los siglos XVIII y XIX, no toma en cuenta que en esa misma época en nombre de esas ideas se cometieron los más atroces y execrables crímenes en las colonias de los estados

del mercado de créditos más peligroso, por cuanto sus actividades no sujetadas a fuertes controles pueden contraer la economía real de un país, precipitando a las empresas a la insolvencia por los altos intereses que tienen que pagar por sus préstamos e induciendo, indirectamente, a la sobreexplotación de la fuerza de trabajo. En este sentido, el beneficio que obtiene el capital financiero no surge de la nada, sino que es extraído de la riqueza que generan otros agentes en el mercado, particularmente los trabajadores (que incluyen a los dependientes e independientes a través de los créditos personales)⁴⁹, a quienes literalmente se les succiona parte de su vida⁵⁰, y al empresariado que organiza las actividades que movilizan la economía.

modernos europeos, en donde no existía de hecho ninguna formación Estatal -o fue destruida- que pudiera evitar que la idea de “progreso” impuesta por la barbarie occidental se extendiera sobre millones de cadáveres. El autor en comentario sostiene, además, que en esa época se mejoró sustancialmente la situación del “hombre”. Lo cual es cierto si la noción de “hombre” se restringe al colonizador europeo blanco y a las metrópolis europeas hacia donde se drenaban inmensas riquezas a un costo bajísimo debido a la esclavitud y servidumbre impuestas a los pueblos sometidos de la periferia. El “hombre”, o mejor dicho el ser humano, de las poblaciones americanas, africanas y asiáticas víctimas del racismo, la esclavitud, la servidumbre, la explotación, la pobreza y el genocidio sistemáticos que, precisamente, eran las bases de la exuberante riqueza que acumularon por siglos en los estados centrales del sistema colonial no mejoraron su situación sino la empeoraron dramáticamente. Sólo despojando de su humanidad al otro colonizado, al otro dominado, al “abyecto” y “primitivo” salvaje americano, africano o asiático podrían tener validez las teorías de los beneficios sociales que para la humanidad habría traído el “liberalismo” europeo y sus “progresos”. Como es imposible que HAYEK desconozca la negra historia de la modernidad liberal europea que exuda lodo y sangre por todos sus poros, no cabe duda que sus teorías económicas y sociales, en realidad, ocultan una interpretación racista y deshumanizante de la historia.

⁴⁹ Este es uno de los rasgos más característicos del capital financiero desde hace varios siglos. En este sentido, para MARX (1972, T. II, pp. 726) “No es menos evidente que el beneficio de los banqueros no es otra cosa que una deducción de la plusvalía, (...)”.

⁵⁰ Si bien se habla del trabajo como un capital variable, se olvida convenientemente que el trabajo humano es una mercancía falsa o ficticia, por cuanto las horas que un ser humano dedica a trabajar son horas que son parte de su vida misma, que las consume para producir algo, ese algo no es para sí mismo, sino es para otros y por consumir su vida en ese proceso, se le paga en dinero. Vende su vida misma como dinero, por eso en nuestro sistema el trabajo es tratado como una simple mercancía para ser comprado y vendido, pero obviamente no lo es. Por tal razón, para MARX (1971, T. II, p. 554) “(...) la fuerza de trabajo forma parte de la propia vida del sujeto que manifiesta su actividad vital en lo externo. Evidentemente, la compra de la fuerza de trabajo o la adquisición de un título para su utilización sitúa, durante la fase de la utilización, al comprador y al vendedor en una relación enteramente diferente de aquella que se establece cuando se compra trabajo materializado, existente en un artículo exterior al productor. Pero esta diferencia es velada por la relación de cambio simple.”

Lo anterior no significa que las actividades de intermediación financiera no reporten utilidades y beneficios a la sociedad, ya que como se ha explicado pueden constituir el impulso originador para las más variadas clases de actividades productivas o de mero consumo, que permitirían dinamizar los ciclos de generación de riqueza. Por esta razón, la inclusión financiera⁵¹ (I.F.) de la mayor parte de los ciudadanos de un país es un objetivo de vital importancia para el bienestar común. Pero uno de los óbices más graves es, precisamente, el costo del crédito derivado de las altas tasas de intereses que por años se ha permitido imponer a los clientes de servicios financieros en el Perú.

Finalmente, cuando se diseñen y analicen los particulares mecanismos de las garantías es necesario tomar en cuenta los diferentes movimientos económicos en los que los sujetos se encuentran implicados y los centros de intereses que deberán ser protegidos, para evitar prácticas expropiatorias o explotativas, las cuales pueden convertir a los créditos en general y a sus garantías patrimoniales, en instrumentos nocivos para la sociedad. Drenando la riqueza socialmente producida o acumulada por los agentes sociales que la producen hacia los sectores menos productivos pero que de facto, directa o indirectamente, han llegado a tener tanto poder dentro de las estructuras Estatales, que muchas veces logran ponerlas a su servicio, consiguiendo toda clase de beneficios y privilegios que terminan dañándonos a todos.

⁵¹ Tenemos que tomar en cuenta que la inclusión financiera (IF) sería un instrumento sumamente útil para combatir la pobreza e los sectores más vulnerables, al extenderles créditos que les permitan iniciar alguna actividad económica, bajo la condición -obviamente- que el precio que se paguen por los mismos (intereses) no sean tan altos, ya que de ser así, este instrumento de IF se convierte, más bien, en un método perverso de esclavitud financiera manteniendo o precipitando a la quiebra a los sectores más pobres. Así para el Banco Interamericano de Finanzas, en el informe preparado por De Ollouqui y otros (2015), se arribó a la siguiente conclusión: “La evidencia sobre los modelos existentes de microfinanzas o microcrédito tradicional es mixta en cuanto a su potencial para incrementar el ingreso y consumo de los pobres, pero verifica su importancia para incrementar inversiones en activos que permiten empezar un negocio o hacerlo crecer, abrir mayores oportunidades y diversificar fuentes de ingresos para los hogares, así como mejorar la administración del consumo en el tiempo y la gestión de riesgos. Además, resulta en un mayor empoderamiento de las mujeres. **Sin embargo, la evidencia también indica que los altos costos operacionales y las elevadísimas tasas de interés efectivas en varios países son factores importantes que hacen que el impacto sea limitado respecto del ingreso, lo cual es relevante en un contexto de IF como la que describe este documento,** que justamente busca reducir estos costos y ofrecer nuevos modelos de negocio que podrían lograr un efecto transformacional.”, p. 5. (el énfasis es mío)

CAPITULO II: LA HIPOTECA COMÚN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

2.1. Definición de hipoteca.

La hipoteca común regulada en el Código Civil peruano (artículos 1097 al 1122°), es un derecho real de garantía que se constituye sobre bienes inmuebles, o derechos jurídicamente equivalentes a estos, que faculta a un acreedor a venderlos de manera forzosa en el caso que no se le haya cumplido una deuda garantizada. Asimismo, el inmueble hipotecado no quedará sujeto al control físico o jurídico del acreedor, por lo que su propietario conservará la posesión sobre los bienes hipotecados, así como las facultades de disposición jurídica, pudiendo enajenarlos o volverlos a gravar. Sin embargo, para que este derecho pueda existir válidamente requiere estar inscrito en un registro jurídico de bienes inmuebles (art. 1099° CC, inciso 3.).

En este orden de ideas, para PEÑA (1999; p. 110) la hipoteca es un “(...) derecho real de garantía, de los de realización de valor, constituido sobre bienes inmuebles y caracterizado porque no hay desplazamiento de la posesión sino sujeción registral.” Esta definición pone de manifiesto las características más saltantes de la hipoteca, a saber, su naturaleza

inmobiliaria, no posesoria, accesoria, registral y de realización de valor. Siendo los tres primeros, los rasgos inmemoriales de esta figura desde tiempos del Derecho Romano⁵², mientras que la publicidad registral a la que está sometida, así como la restricción de las facultades del acreedor a la venta judicial en caso de incumplimiento, constituyen una evolución de la concepción de esta institución que, finalmente, fue acogida en los principales códigos civiles europeos que sirvieron como matriz normativa a la legislación peruana⁵³.

⁵² Con respecto a la naturaleza no posesoria de la “*hypotheca*” romana IGLESIAS (1979) sostiene que: “Junto a la prenda manual *-datio pignoris-* existe en el derecho romano otra forma de garantía que puede constituirse por el simple *convenio*, es decir, sin traslado o desplazamiento posesorio.” (p.357). En este sentido, para el autor antes citado en aquella época prenda e hipoteca se diferencian en orden a la posesión (p. 359), en tal sentido para la constitución de la hipoteca “Es menester que la cosa se encuentre *in bonis* del propietario, o bien del tercero que tiene sobre ella un derecho real *-enfiteusis*, superficie- que faculta para gravarla.” (p. 359). Ahora bien, debemos recordar que en el derecho romano no existió para la hipoteca un sistema de oponibilidad de derechos de naturaleza registral, ya que su prioridad fundada en un privilegio o en un documento prevalecía sobre la prioridad temporal (IGLESIAS; 1979, p. 364) por lo que su eficacia no la obtenía de manera heterónoma (a través de su inscripción en un registro público) sino por el crédito (privilegiado o no) ante el cual se enfrentaba o por el instrumento en el que estaba documentada. De otro lado, la facultad de apropiarse de la cosa gravada ante el incumplimiento de la deuda garantizada era una facultad que originalmente la tenía el acreedor la cual fue proscrita. Así lo sostiene IGLESIAS (1979, p. 362): “Pacto frecuente es el de comiso *-lex commisorio-*, por virtud del cual el acreedor puede cobrarse con la cosa cuando la deuda no es pagada. Tal pacto fue prohibido por Constantino.”

⁵³ El Código Civil francés, describe a la hipoteca en su artículo 2114, en los siguientes términos: “La hipoteca es un derecho real sobre inmuebles sujetos al cumplimiento de una obligación. Es indivisible por naturaleza y subsiste totalmente sobre todos los inmuebles afectos, sobre cada uno y sobre cada parte de los mismos.” (NUÑEZ; 2005, p. 855). A su vez el BGB alemán define a la hipoteca en su parágrafo §1113 lo siguiente: “Contenido legal de la hipoteca. (1) Una finca puede ser gravada de forma que aquel cuyo favor se constituye el gravamen se le debe pagar una determinada cantidad de dinero a cargo de la finca para la satisfacción de un crédito existente a su favor (hipoteca). / (2) La hipoteca puede también ser constituida para garantizar un crédito condicional o futuro”. (LAMARCA; 2008, p. 290). El Código Civil italiano define a la hipoteca (*ipoteca*) en su artículo 2808° en los siguientes términos: “Constitución y efectos de la hipoteca. La hipoteca atribuye al acreedor el derecho de expropiar, aun en contra del tercero adquirente, los bienes vinculados en garantía a su crédito y de ser satisfecho con preferencia con el precio obtenido de la expropiación. / La hipoteca puede tener como objeto bienes del deudor o de tercero y se constituye mediante inscripción en el registro inmobiliario. / La hipoteca es legal, judicial o voluntaria.” (traducción libre). Finalmente, la Ley Hipotecaria Española define a la hipoteca en sus artículos 104 y 105 de la siguiente manera: “Artículo 104. La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.” y el “Artículo 105. La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil.”

2.2. La función, fases de garantía de hipoteca y su vínculo con el crédito.

Debe tenerse en cuenta que la hipoteca, como otros mecanismos de garantía, no se configura como un derecho independiente, sino que existe interconectado con un elemento mayor al que sirve, que no es otro que el crédito. Será, entonces, un crédito hipotecario uno al que se le adosa una hipoteca y, por lo tanto, el acreedor ante el incumplimiento de la deuda vera mejorada cualitativamente su posición, ya que no solamente podrá exigir el pago de deuda contra el deudor (y, eventualmente, contra los bienes que este pudiese tener), sino también, requerir judicialmente la ejecución del inmueble hipotecado con preferencia para el pago frente a otros acreedores y la oponibilidad del derecho frente quien sea su propietario o quien ejerza cualquier otro derecho real constituido con posterioridad a la inscripción de la hipoteca.

Como puede verse, entonces, la hipoteca como derecho real de garantía, existirá dentro de una relación jurídica heterogénea y compleja⁵⁴. Es heterogénea porque se encuentra dentro de una estructura conformada por dos diferentes clases de relaciones jurídicas claramente diferenciables, una relación de crédito-deuda de naturaleza personal y una relación “acreedor garantizado” – “propietario del inmueble gravado” de naturaleza real (hipoteca), las cuales están funcionalmente conectadas. Entre una y otra relación existe un vínculo dependencia u accesoriadad funcional, donde el crédito es el elemento principal de cuya suerte dependerá toda la estructura y la hipoteca con un elemento secundario o accesorio, pero que le da un sustancial valor económico y cualidades jurídicas muy diferentes. Entonces, el elemento principal consiste en la relación obligatoria garantizada, compuesta por el vínculo que se forma entre el crédito asegurado y la obligación del deudor; y un segundo elemento

⁵⁴ Efectivamente, para CASTILLO Martínez (1999) “La figura del crédito hipotecario implica la existencia de dos relaciones jurídicas heterogéneas. Una relación principal, de naturaleza obligatoria, que resulta asegurada. Otra real, de carácter accesorio, puesto que se trata de una relación que se constituye en garantía del cumplimiento de la anterior. La concurrencia de ambas especies de relaciones admite la intervención combinada de diversos elementos personales, cuya articulación genera diferentes ámbitos jurídicos de actuación que aparecen doblemente definidos.”, p. 33.

accesorio⁵⁵, conformado propiamente por la relación real que se establece entre la potestad del acreedor hipotecario (titular) y el propietario del inmueble gravado (garante hipotecario).

El vínculo que mantiene unida esta estructura es la función de garantía que cumple el elemento accesorio (derecho de hipoteca) con relación al elemento principal (crédito asegurado), ya que si este último es incumplido se activarán las potestades del acreedor no sólo para exigir el cumplimiento de obligación contra el deudor en ejercicio de la acción personal derivada del crédito, sino también para la realización del valor o venta forzada judicial contra el propietario del inmueble en ejercicio de la acción real hipotecaria (art. 1117° CC)⁵⁶. En efecto, como lo sostiene CASTILLO (1999; p. 36): “(...) el derecho real de

⁵⁵ En la Casación N° 1304-03 ICA, publicada el 30.04.2004, en la que se resolvió un caso relacionado a la correcta interpretación del artículo 1116° del Código Civil, que regula la facultad judicial del Deudor de solicitar la reducción del monto de la hipoteca cuando se haya disminuido sustancialmente el monto de la deuda garantizada, se justificó la decisión de excluir uno de los inmuebles afectados, ya que el valor de uno de ellos cubriría suficientemente el saldo de la deuda que se había reducido a su cuarta parte aproximadamente. Independientemente de no estar de acuerdo con la posición adoptada por la Corte Suprema, ya que la reducción del monto de la hipoteca obviamente está haciendo referencia al monto del gravamen y no a la exclusión de algunos de los bienes afectados, lo que resulta interesante es la justificación que se da a la existencia de esta facultad judicial -que constituye una excepción al principio de autonomía privada- vinculándola a la naturaleza accesoria del derecho real de hipoteca. En este sentido, en el “Cuarto” considerando de la Casación en comentario, se expresa: “(...) Que la hipoteca es un derecho real accesorio, que como tal depende de la existencia de una obligación principal que es la que respalda; característica por la cual, ante la eventual variación de las condiciones por las que se constituyó; esto es, de la disminución del importe de la obligación, a fin de evitar un perjuicio al deudor hipotecario, es que se justifica la institución de la reducción, en aras de la equidad que debe primar, pues lo contrario significaría un abuso en el ejercicio del derecho por el acreedor que aún con la reducción debe encontrar suficientemente respaldado su crédito, para lo cual es importante recordar que los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe. Así el principio del “pacta sunt servanda” encuentra su limitación en otro principio como es el contenido en el aforismo “rebus sic stantibus”;

⁵⁶ Así lo expresado la Corte Suprema de la República en la Casación N° 1525-2004 Lima, publicada el 30-03-2006, en los siguientes términos: “**Sexto:** Que el artículo 1117 del Código Civil, concede al acreedor hipotecario, una acción personal contra el deudor para exigir el pago, y una acción real dirigida contra cualquiera sea su adquirente, con la finalidad de hacerse pago con el precio que se obtenga en el remate, y en este caso, al haberse establecido en la instancia, que la acción de ejecución de garantías, que es la materialización de la acción real, reúne los requisitos exigidos legales para su procedencia, no se evidencia la aplicación indebida de dicha norma, como se aduce; y ya se ha establecido en sentencia ejecutoriada, citada en el segundo considerando de esta resolución, la validez de la hipoteca, como resulta de la constancia

hipoteca, del que es titular el acreedor hipotecario, otorga a este un poder sobre la cosa hipotecada, directo e inmediato, que despliega su eficacia en los dos momentos o fases de la relación jurídico real: en principio desde que la hipoteca se constituye, en la llamada fase de seguridad y, posteriormente, en el supuesto de que vencida la obligación garantizada esta resulte incumplida, durante la denominada fase de ejecución.”

De esto se observa, en el desenvolvimiento de la hipoteca, dos fases o etapas, una que corresponde a una suerte de estado de latencia mientras el crédito es pagado conforme al programa prestacional pactado, y otra que emerge en el momento patológico del incumplimiento, donde el acreedor podrá desplegar a plenitud las facultades que la garantía le concede para realizar el valor del inmueble hipotecado. Ahora bien, la primera etapa o fase va desde el momento de la constitución del gravamen hasta el cumplimiento (o incumplimiento) de la deuda garantizada, por lo que es llamada fase estática o asegurativa, ya que, normalmente, se reduce a acompañar pasivamente al crédito mientras es pagado por el deudor. Sin embargo, cuando se fractura la relación obligatoria como consecuencia de la inejecución de la obligación, se desata la llamada fase dinámica, ejecutiva, o satisfactiva⁵⁷, ya que en esta el acreedor hipotecario logrará realizar el valor inmueble y cobrarse lo que se le debe en dinero. Si bien en esta etapa o fase veremos a la hipoteca desenvolverse en su total esplendor, debemos aclarar que no solamente el incumplimiento puede desencadenar las facultades singulares del acreedor hipotecario, ya que de manera excepcional la afectación, deterioro, destrucción o peligro en el que se encuentre el inmueble gravado puede también

de su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, copiada a fojas doscientos sesenta y dos, y que es citada en la recurrida.”

⁵⁷ Al respecto VEIGA (2002) correctamente sostiene que: "La finalidad de los derechos de garantía, y en especial las garantías reales, se desarrollan en dos momentos: (i) una fase asegurativa o estática, que protege el bien gravado de las incertidumbres que pueden menoscabar o impedir la siguiente fase, y que consiste en la futura satisfacción del acreedor garantizado, y (ii) una fase satisfactiva o dinámica, en la cual se activan los específicos medios que tienden a permitir y hacer eficaz la ejecución forzosa sobre dicho bien. Ambas fases responden a una unidad de principio o función. La primera da vida a la segunda, expectante ante el devenir normal del curso del crédito, anterior al vencimiento y que dará paso a la segunda fase sólo en caso de incumplimiento del crédito.", p. 36 – 37.

implicar la exigibilidad del crédito y la ejecutabilidad anticipada de la hipoteca (art. 1110° CC).

Si bien se discute la naturaleza propiamente real de la hipoteca, por el hecho de que su titular, el acreedor hipotecario, no ejerza sus facultades directamente sobre la cosa⁵⁸, sino de manera indirecta a través de la venta judicial, no es menos cierto que el referente objetivo del derecho de hipoteca siempre será el inmueble, en torno al cual girarán las diversas fases que atraviesa este derecho en su normal desenvolvimiento⁵⁹. Así, desde su constitución por el propietario registrado, el derecho se mantendrá en estado de latencia hasta que el crédito sea cobrado, lo que conllevará a su natural extinción como un elemento accesorio de la relación obligatoria que ha desaparecido con el cumplimiento. Sin embargo, permanecerá durante todo este tiempo unido al inmueble a través del mecanismo de la publicidad registral inmobiliaria, que tiene como finalidad fundamental que el gravamen sea opuesto a nuevos adquirentes y a nuevos acreedores del propietario del bien, quienes deberán respetar la preferencia o rango de la hipoteca inscrita y someterse a sus efectos. Mientras que en la fase ejecutiva el poder que se ejerce sobre el bien gravado es mucho más evidente, ya que implicará la sustitución del propietario como consecuencia de la venta judicial.

⁵⁸ Por ejemplo, para ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ (1987, T. II, p. 141): “En realidad la hipoteca presenta una sustantividad propia y precisa frente a los demás derechos reales: Como preferencia sobre un valor tras la venta pública de la cosa y no como un derecho sobre la cosa (...) afectación real mediante la publicidad. La publicidad trasciende lo personal para incorporar lo real como auténtica ontología del derecho patrimonial.” Si bien resulta innegable, la importancia que tiene la publicidad registral para definir una de las características más saltantes de la hipoteca (naturaleza, ser o contenido ontológico si alguien cree que esto existe), no puede admitirse que la hipoteca sea solamente un derecho de “preferencia sobre el valor de la venta pública”, por cuanto en las diversas fases del vínculo hipotecario, así como en los tipos especiales de hipoteca que han ido surgiendo, ya vamos a ver que la afectación recae directamente sobre la cosa, no solamente como gravamen registrado -lo cual ya es algo evidente- sino interfiriendo directamente con las facultades propias del dominio.

⁵⁹ Al respecto RIGAUD (2004) señala categóricamente: “La hipoteca tiende, en definitiva, a hacer entrar en nuestro patrimonio una cantidad de dinero mediante una cosa determinada. La cosa misma responde con su valor. Si quien actualmente representa la cosa no quiere pagar, debe hacer dejación de la misma, romper los lazos que a ella le unen. Pero, desde luego, si él quiere continuar con la cosa, es preciso que pague. (Se hace un juego de habilidad, dando al concepto una forma u otra), pero el resultado es que en la hipoteca tenemos un derecho de contenido, *in faciendo*.” (p. 304)

2.3. Presupuestos de la garantía hipotecaria (objeto y sujetos).

2.3.1. El objeto del acto hipotecario:

El artículo 885° del Código Civil establece una relación cerrada de bienes que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico civil, pueden ser considerados inmuebles. Numerus clausus que, como la experiencia histórica demuestra, puede mutar ampliándose o reduciéndose. Sin embargo, de todos ellos, solamente algunos son aptos para constituir un gravamen hipotecario, debiendo presentarse de manera concurrente o copulativa las siguientes características: (i) estar incorporado a un registro jurídico de bienes inmuebles y (ii) ser susceptible de apropiación o concesión a privados. Así de la lista de inmuebles descritos en el artículo mencionado, los hipotecables serían: los predios (que abarcan el suelo, subsuelo y sobre suelo hasta donde sea útil), algunos derechos reales limitados constituidos sobre inmuebles inscritos en el Registro de predios (usufructo y anticresis), las concesiones para explotar servicios públicos, las concesiones mineras obtenidas por particulares y las naves y embarcaciones -aunque exista un interminable debate sobre la “naturaleza” esta última clase bienes-⁶⁰.

⁶⁰ Respecto a la pertenencia de este subregistro al Registro de Bienes Inmuebles, ha surgido un innecesario (y absurdo) debate, por cuanto para la SUNARP aquel aún pertenecería al Registro de Bienes Muebles, hasta que se llegue a implementar el Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias (SIGM) y entre en vigor plenamente el Decreto Legislativo N° 1400, norma que regula al nuevo sistema de garantías mobiliarias en el país. Esto sustentado en sendos informes legales emitidos por el sector justicia (N° 325-2018-JUS/DGDNCR y N° 331-2018-JUS/DGDNCR). Sin embargo, más allá de los malabares “jurídicos” que se hayan intentado en aquellos documentos, la Octava disposición complementaria final del D.L. N° 1400, textualmente establece que la vigencia de aquellas disposiciones relacionadas con garantías mobiliarias se encuentra condicionada a que entre en funcionamiento el SIGM, más no aquellas que están referidas a otras materias como por ejemplo la modificación del numeral 4 del artículo 885° del Código Civil sobre lista de bienes inmuebles y los literales c) y d) del artículo 3° de la Ley 26366 relativos a los subregistros que comprenden los registro de Bienes Inmuebles y Bienes Muebles, respectivamente. Lo cierto es que existe de *facto* la clara intención de la entidad que regula los principales registros públicos de no aplicar el D.L. 1400, aun cuando sea esta la entidad encargada formalmente de su implementación. Lo que podría explicarse por los graves daños que podría acarrear para el funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico civil (Ver: VÁSQUEZ; 2019).

De manera correlativa en el literal c) del artículo 2° de la Ley N° 26366, Ley de creación del Sistema Nacional y la Superintendencia de los Registros Públicos, vamos a encontrar que el Registro de Propiedad Inmueble, está integrado por los siguientes libros o subregistros: Registro de predios, Registro de Naves y Embarcaciones, Registro de concesiones para la explotación de servicios públicos, Registro de Áreas Naturales Protegidas y Registro de derechos mineros. En todos ellos se registran bienes considerados como inmuebles, sobre los cuales es posible constituir hipoteca salvo para aquellos incorporados al Registro de Áreas Naturales Protegidas, el cual tiene el propósito especial de coadyuvar a la protección de territorios o áreas que por su alta biodiversidad han sido declaradas áreas intangibles, donde no se admite la existencia de propiedad privada o, de preexistir, esta queda sujeta a severas restricciones, excluyéndose en principio la posibilidad de hipotecarlas a favor de privados.

2.3.2. El sujeto hipotecante:

El negocio jurídico hipotecario tiene un presupuesto subjetivo, consistente en que el interviniente en el acto de disposición sea el propietario o su representante legitimado (núm. 1 art. 1099 CC). Sin embargo, debe precisarse que disponer hipotecariamente del bien depende de un presupuesto formal imprescindible, a saber, que el propietario haya incorporado su derecho a un registro de la propiedad inmueble. Es por esta razón, que el sujeto hipotecante debe, no solamente ser el propietario, sino su propietario registrado. Ahora bien, la falta de correspondencia material con la formal - registral, no perjudica en absoluto al acreedor hipotecario de buena fe, ya que de tratarse de un supuesto como este operarían otras normas propiamente registrales para proteger su posición jurídica.

Así, de darse el caso de que el propietario hipotecante transfiera la propiedad con anterioridad a un tercero, pero conserve a su favor la publicidad registral, el acreedor hipotecario podrá alegar en su favor el principio de oponibilidad registral (art. 2022° C.C. primer párrafo) para conservar su derecho frente a un propietario no inscrito, independientemente, del momento en que este haya adquirido su derecho o procurado el instrumento en el que esté documentado. La inscripción registral de la hipoteca la hará oponible (eficaz o prevaleciente)

sobre cualquier otro derecho real⁶¹. En otro supuesto, si el propietario hipotecante pierde su derecho por algún vicio en el acto causal que lo sustenta (por la nulidad de su título material adquisitivo p.e.), el acreedor hipotecario también conservará su posición jurídica en su condición de tercer adquirente de un derecho derivado a título oneroso y de buena fe (art. 2014 C.C.)⁶². Como puede advertirse, la única condición que se exige al propietario del bien

⁶¹ Al respecto debe tomarse en cuenta lo expresado por la Corte Suprema de la República en el VII Pleno Casatorio Civil, publicado en el diario oficial E.P. el 07.12.2015, según el cual el primer párrafo del artículo 2022° del CC regula un supuesto de conflicto entre derechos reales en el que prevalecerá el primero que haya sido inscrito, esto es por prioridad registral. Así, podemos deducir que cuando un propietario no registrado se enfrenta a un acreedor hipotecario registrado, estamos ante un conflicto entre derechos reales que, necesariamente, será resuelto en favor del titular de la hipoteca. Una situación muy diferente se presenta cuando el acreedor tiene solamente un embargo registrado que oponer al propietario extraregistro, ya que en este caso se aplicará la regla del segundo párrafo del artículo 2022° antes mencionado, que remite la solución al derecho civil extraregistro (o “derecho común”), toda vez que el crédito que cuenta con un embargo trabado sobre un bien registrado no pierde su naturaleza de derecho personal y no cabe equipararlo con un derecho real (fundamento III.2). En una situación como esta, se produce un conflicto entre un derecho real (la propiedad) con un derecho personal (el crédito), prevaleciendo el primero de estos ya que por regla general el acreedor solamente puede actuar contra el deudor y su esfera patrimonial (inciso 1 del artículo 1219° CC) pero no contra los bienes que se encuentran en el patrimonio de un tercero quien ha adquirido por la sola celebración del acto enajenativo (art. 949° CC). Sin embargo, conforme lo precisa el precedente judicial, la propiedad no inscrita debe acreditarse en juicio mediante un instrumento de fecha cierta anterior en el tiempo al embargo registrado (precedente 1); y, además, debe verificarse de oficio por el juzgador la autenticidad (y legalidad) de la certificación que otorga certeza a la fecha del instrumento (precedente 2).

⁶² No encontramos justificación alguna para no extender los efectos de la protección del tercero registral de buena fe al acreedor hipotecario, ya que este es un sujeto que ha adquirido un derecho confiado en la publicidad registral, a título oneroso, desconociendo el vicio extra registral del título adquisitivo del propietario que ha constituido la garantía y, además, no es parte del acto que será declarado inválido. Por tal razón no compartimos la opinión de autores como ALVAREZ-CAPEROCCHIPI (1987; T. II, p. 147) para quien “el acreedor hipotecario no goza de la protección del artículo 34, LH [Ley Hipotecaria española]”.

para que pueda hipotecar eficazmente es una legitimación de naturaleza estrictamente registral^{63 64}.

En efecto, podemos concluir que la legitimación a la que se refiere nuestro Código Civil (art. 1099, inciso 1) como requisito del sujeto propietario que grava el inmueble, es una de naturaleza específicamente registral que normalmente coincidirá con la sustancial, empero

⁶³ En este punto, es importante mencionar lo resuelto en la Casación N° 1134-2007 Lima, del 10.07.2007, donde se rechazó la demanda de nulidad formulada por la cónyuge del propietario de un inmueble que había constituido el gravamen hipotecario sin su intervención, aprovechándose de la circunstancia de que en la partida registral del inmueble figuraba como único propietario. Si bien este acto disposición en vía de hipoteca celebrado por uno solo de los cónyuges sobre un bien que extraregistralmente es de naturaleza social, sería en principio ineficaz en aplicación del artículo 315° del C.C., la apariencia registral creada por el registro, la onerosidad de la operación y la buena fe presunta de acreedor hipotecario le hacen conservar su posición jurídica. Así lo ha considerado la Corte Suprema en la Casación en comentario en los siguientes términos: “**Cuarto.** Que, con respecto a los agravios descritos en el punto b), estos no resultan amparables, toda vez que: con relación al agravio (...) ii), referido a la inaplicación del artículo 315 del Código Civil, cuando se denuncia la inaplicación de una norma de derecho material, el recurrente debe de demostrar que el supuesto hipotético de ésta es aplicable a la cuestión fáctica establecida en autos y como su aplicación modificaría el resultado del juzgamiento, presupuesto que no se verifica en el caso de autos, en la medida que se ha establecido que la constitución de la hipoteca se ha celebrado constatándose que el codemandado Efigenio Honores Flores aparecía en el Registro de Propiedad Inmueble como único propietario, tal como se aprecia del asiento dos-c, de la ficha uno ocho cuatro tres dos uno del Registro de Propiedad Inmueble, razón por la que debe de desestimarse;”.

⁶⁴ Con respecto al supuesto de los actos de disposición sobre los bienes de una sociedad de gananciales realizados por uno solo de los cónyuges, en el VIII Pleno Casatorio Civil, publicado el 22.09.2020 en el diario oficial E.P., se estableció en el precedente vinculante “e)” que la transgresión del artículo 315° del CC en un acto de disposición constituye un supuesto de nulidad por incumplir una norma imperativa que interesa al “orden público” (inciso 8 del artículo 219° concordado con el artículo V del TP del mismo código sustantivo), pero los alcances de esta invalidez radical ceden ante la aparición de un tercer adquirente registral protegido al amparo del artículo 2014° del mismo código acotado. En efecto, en el fundamento E) del precedente judicial en cuestión textualmente se expresa: “Se puede concluir que, si el adquirente transfirió a su vez el bien en favor de tercero y este último lo inscribe registralmente, es de aplicación el principio de la fe pública registral. Ello significa que la pretensión de nulidad del acto de disposición de un bien social extraordinario por uno solo de los cónyuges, no puede ser amparada frente a un tercero, en aplicación de lo preceptuado por el artículo 2014° del Código Civil. (...)”. Más adelante concluye la Corte Suprema de la República: “Siendo ello así, resulta que el artículo 315° del Código Civil debe ser interpretado apreciando la conexión externa de la sociedad de gananciales con el tráfico. Esto permite afirmar que la disposición de un bien social por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro es un contrato nulo, pero no repercute contra el tercero que lo haya adquirido conforme a los requisitos establecidos en el artículo 2014° del Código Civil.”

que en casos excepcionales podrá divergir⁶⁵, siendo discrepante con alguna situación extraregstral pero que, en principio, no afectará al acreedor hipotecario con derecho inscrito en aplicación de los principios de oponibilidad (art. 2022° CC) o, en otros, de fe pública registral (art. 2014° CC), como ya se ha explicado.

2.4. El contenido del acto jurídico hipotecario.

2.4.1. Obligaciones asegurables con hipoteca.

En cuanto a su contenido, el acto constitutivo del gravamen debe tener como mínimo la descripción de las obligaciones aseguradas, las mismas que pueden ser determinadas o determinables (núm. 2 art. 1099° CC) -aun cuando estas sean condicionales, eventuales o futuras-. Lo cual no significa que para su constitución sea necesario acreditar la validez de las obligaciones aseguradas o que estén contenidas en el instrumento que formaliza el negocio hipotecario, ya que aquellas muchas veces habrán nacido de otros actos o contratos independientes. Por tal razón, se ha establecido mediante el Precedente de Observancia

⁶⁵ Por esta razón no comparto la opinión de RAMIREZ (2018, p. 337) para quien no existen supuestos de hipotecas constituidas por sujetos que materialmente no son sus propietarios, a las que podríamos denominar como “hipotecas constituidas *a non domino*”. Al respecto el autor citado sostiene: “Tan importante es este requisito [refiriéndose a que el bien sea afectado por su real propietario] que la hipoteca constituida *a non domino* es nula, y ni siquiera se convalida en el supuesto de que, luego de la constitución, el constituyente adquiera la propiedad del inmueble o el verdadero propietario lo suceda a título universal.” Desde nuestra perspectiva, esta opinión es incorrecta por cuanto omite los supuestos de adquisiciones hipotecarias excepcionales en aplicación de los artículos 2022° y 2014° del C.C., en donde se pueden configurar propias adquisiciones *a non domino* de una hipoteca a favor de un acreedor a título oneroso, de buena fe y con derecho inscrito. De otro lado, no se toma en cuenta que el acto o contrato de hipoteca antes de su inscripción solamente genera obligaciones, por lo que sería válido que sea celebrado por alguien que aún no sea el propietario real y registral, no acarreando ninguna invalidez estructural para el contrato sino su simple ineficacia al estar imposibilitado de inscribirse (por un defecto de tracto sucesivo). Si el constituyente adquiere posteriormente la propiedad del inmueble y la inscribe en el registro, no encuentro razón alguna que impida la incorporación al Registro del contrato de hipoteca celebrado antes de adquirir la propiedad.

Obligatoria (en adelante, POO) aprobado en el Pleno XII del Tribunal Registral⁶⁶, el siguiente criterio:

“No corresponde al Registrador verificar la existencia ni la validez de la obligación cuyo cumplimiento pretende asegurar, sino únicamente la constatación de que en el acto constitutivo de la hipoteca se ha enunciado al acreedor, al deudor y a la prestación. En cuanto a la prestación, ésta deberá ser determinada o determinable.”

Esta exigencia se desprende del carácter accesorio de la hipoteca con respecto al crédito, como un elemento que se adiciona a una relación obligatoria para asegurar (*garantizar*) la ejecución de la prestación. Al respecto el TR sostiene que:

“(…) se podría afirmar que, si es que no hay obligación vigente, no podría haber hipoteca pues no puede existir lo accesorio sin lo principal. En este punto, parecería que el carácter de accesoriedad de la hipoteca implica la necesidad que el crédito exista al momento de la constitución; sin embargo, conforme con el artículo 1104 del Código Civil, “[l]a hipoteca pueda garantizar una obligación futura o eventual”, con lo que se admite que se pacten hipotecas respecto a obligaciones no existentes a la fecha de constitución, no constituyendo este hecho una excepción al principio de accesoriedad. Es así que la accesoriedad de la hipoteca [visto como un requisito de eficacia] puede sostenerse válidamente que está siempre tendrá dicha característica aun cuando garantice obligaciones futuras o eventuales, pues la existencia e incumplimiento de la obligación resultan presupuestos imprescindibles para que se produzca la ejecución, esto es, para la eficacia total de la hipoteca, aun cuando al constituir la hipoteca dicha obligación no haya nacido.” (Res. N° 132-2017-SUNARP-TR-T del 29.03.2017. p. 5)

⁶⁶ XII PLENO, Precedente de Observancia Obligatoria aprobado durante la Sesión ordinaria del Tribunal Registral realizada los días 4 y 5 de agosto de 2005, el mismo que fue publicado en el diario oficial “El Peruano” el 13 de setiembre de 2005.

Pero, aun cuando el contrato de donde nacen los créditos garantizados y el negocio hipotecario puedan existir en instrumentos independientes, se impone como condición de validez que se establezcan las condiciones para la determinación de las obligaciones aseguradas. En otras palabras, se exige que los créditos garantizados sean “determinados” o determinables”. Ahora bien, una obligación determinada es aquella que se encuentra descrita en especie, cantidad y calidad en el acto hipotecario, por ejemplo, un contrato de mutuo dinerario con hipoteca, donde desde un inicio se sabe cuál es la precisa obligación del mutuuario que es garantizada, a saber, la devolución del dinero prestado más el correspondiente interés compensatorio -de haber sido pactado-. Mientras que, con respecto a la posibilidad de asegurar con hipoteca “créditos determinables”, los criterios de determinabilidad de las obligaciones asegurables con hipoteca han sido desarrollados en la práctica registral.

Así, el Tribunal Registral mediante el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado en el XXII PLENO, durante la Sesión ordinaria realizada los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2006 publicado en el diario oficial “El Peruano” el 24 de enero de 2007, ha establecido lo siguiente:

“Toda hipoteca, inclusive las constituidas a favor de entidades del sistema financiero, debe garantizar obligaciones determinadas o determinables. Son admisibles como criterios mínimos de determinabilidad de las obligaciones, que se haga referencia a cualquiera de los siguientes: a) A una relación jurídica ya existente, futura o eventual, que se especifica en el título; b) Uno o más tipos materiales de los cuales pueden surgir las obligaciones; y, c) A actividades habituales del acreedor, cuando éstas vengán determinadas por Ley”.

Puede concluirse que, para la formación de la hipoteca, no se requiere que los créditos asegurados estén contenidos en el acto de constitución del gravamen, ya que pueden derivar de un acto jurídico preexistente o generarse en el futuro, pero en cualquier caso siempre se va necesitar que estén descritos mínimamente en el negocio hipotecario, de tal forma que permita su identificación (relativa en el caso de las obligaciones meramente “determinables”) sin necesidad de recurrir a un nuevo acuerdo hipotecario.

2.4.2. El monto del gravamen hipotecario (o el límite de la responsabilidad patrimonial).

En el acto jurídico hipotecario debe establecerse, también, cuál es el límite cuantitativo de la hipoteca o, en otras palabras, hasta cuanto el acreedor hipotecario asegurado podrá cobrarse en caso de ejecución, una vez realizado el valor del inmueble, a lo que se le denomina normalmente como el monto del gravamen o afectación (núm. 3 art. 1099 CC). Esta exigencia implica, desde el momento de la constitución de la hipoteca, establecer la frontera de lo que como máximo podrá cobrarse el acreedor contra ese inmueble con la prioridad y rango que concede el gravamen, independientemente de cuanto sea el monto final de la deuda coberturada.

Esta exigencia tiene una doble finalidad, en primer lugar, permitir al propietario del bien utilizarlo nuevamente como una fuente de financiamiento volviéndolo a gravar, ya que los eventuales acreedores tendrán la seguridad de que alcanzado el límite máximo de la primera hipoteca (monto del gravamen) el valor económico restante será plenamente aprovechable para un segundo o ulteriores gravámenes. En segundo lugar, posibilita a terceros adquirentes, saber el límite de la afectación y la conveniencia o no de la operación adquisitiva que van a realizar sobre el inmueble. En este orden de ideas, para el TR en la Resolución N° 1027-2017-SUNARP-TR-L del 10.05.2017, “[s]e puede concluir que la exigencia de especificar el monto del gravamen responde al principio de especialización que informa a todo derecho real de garantía y, que la necesidad de establecer el monto del gravamen tiene importancia para el acreedor, el deudor, los otros acreedores hipotecarios, los acreedores quirografarios y el tercer adquirente.” (p. 6)

Asimismo, debemos tener en cuenta que el Código Civil exige que el monto del gravamen sea por cantidad “determinada o determinable” (inc. 3. Art. 1099°), a lo que el TR en el POO aprobado en el L Pleno⁶⁷, ha señalado lo siguiente:

⁶⁷ L PLENO, Precedente de Observancia Obligatoria aprobado durante la Sesión Ordinaria del Tribunal Registral realizada los días 3, 4 y 5 de agosto de 2009, el mismo que fue publicado en el diario oficial “El Peruano” el 13 de enero de 2011.

“El monto de la hipoteca debe ser expresado en forma numérica desde el momento de su inscripción. Dicho monto será determinado si es una suma fija claramente definida o especificada. Será determinable si se obtiene sobre la base de elementos objetivos o factores fijados por las partes, mediante simples operaciones aritméticas y sin necesidad de recurrir a acuerdos o convenios posteriores de aquéllas”.

La necesidad de identificar los límites del gravamen, respecto al objeto sobre el cual recaerá, las obligaciones que quedarán coberturadas y el alcance máximo de responsabilidad patrimonial sobre el inmueble (monto del gravamen), responde a un principio que informa todo el derecho de las garantías patrimoniales, como bien lo sostiene el TR, denominado especialidad, el cual permitiría “(...) proteger al deudor para que no se vea privado -de una sola vez- de todas las posibilidades de crédito (principio de especialidad referido a la obligación garantizada); protege al acreedor porque al singularizar el objeto de su garantía refuerza en su eficacia y en su oponibilidad (principio de especialidad referido al bien dado en garantía); proteger a los terceros, porque permite conocer cuál es el monto máximo hasta por el cual responde el bien dado en garantía (principio de especialidad referido al monto del gravamen).” (Res. N° 132-2017-SUNARP-TR-T del 29.03.2017, p. 5)

2.4.3. Las cláusulas prohibidas en el negocio hipotecario (el pacto comisorio y la renuncia a gravar).

Debe tenerse en cuenta que, en el diseño legal de la hipoteca común, se han proscrito sendas cláusulas, a saber: el pacto comisorio (o facultad de apropiación directa del bien por parte del acreedor en caso de incumplimiento) y la renuncia a continuar gravando el inmueble. Si bien estas cláusulas regulan situaciones muy disímiles, comparten un nexo común relativo a que, de no estar vedadas, el natural desequilibrio entre las partes que se da en una relación de financiamiento, donde el acreedor tiene normalmente mayor poder de negociación frente al deudor para imponer condiciones que le sean ventajosas, haría posible que se puedan configurar situaciones de potenciales abusos que parece conveniente evitar.

El artículo 1111° CC prohíbe la estipulación del pacto comisorio, disponiendo que, “Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario.” Pero ¿Cuál es la justificación para imponer esta limitación a la autonomía privada?, y ¿Por qué, si así lo quiere el propietario, el deudor y el acreedor el bien no puede servir para pagar el crédito en caso de incumplimiento, si no media algún tipo de vicio de la voluntad? La respuesta a estas cuestiones no es tan obvia como parece, más aún cuando otros tipos de gravámenes (garantía mobiliaria) e hipotecas especiales si lo admiten (hipoteca inversa, título de crédito hipotecario negociable y la hipoteca para programas de vivienda), razón por la cual debemos poner atención en la dinámica de la hipoteca en la fase ejecución para explicar la justificación de haber prohibido esta clase de pacto.

Como ya se ha dicho, esta facultad especial permitiría al acreedor, una vez acaecido el incumplimiento, apoderarse directa, unilateral y extrajudicialmente del bien, por lo que tendría que responderse, previamente, a una cuestión medular para ejercitar este poder, a saber, a cuanto se valorizará el inmueble afectado para su apropiación. Esta respuesta no es fácil, ya que, si bien podría pensarse que en el momento de la constitución de la hipoteca las partes le han dado un valor de consuno, también debe considerarse que los activos inmobiliarios normalmente se aprecian con el tiempo, por lo que el valor comercial del bien puede ser mucho mayor en el momento de la ejecución del pacto. Entonces, ¿Quién hará este control en estos dos momentos medulares (en la constitución y para la ejecución)? pues el acreedor de manera unilateral y sin ninguna vigilancia heterónoma, por lo que estaría incentivado a subvalorar el inmueble para apropiárselo a un precio vil y no verse en la obligación de pagar algún saldo al propietario, en el caso que la deuda y el monto del gravamen sean inferiores al valor real del inmueble. Si esto es así, queda claro que la razón de proscribir esta práctica es el normal desequilibrio en los poderes de negociación que beneficia al acreedor en el momento en el que se configura la hipoteca y la posibilidad de que termine apropiándose de un bien inmueble a un precio subvaluado. Ya que en nuestro ordenamiento jurídico está prohibido este pacto, la consecuencia de haberlo consignado en un contrato de hipoteca, sería la nulidad parcial, es decir, solo en este extremo o cláusula conforme lo regula el artículo 224° del C.C.

De otro lado, con respecto a que el propietario renuncie contractualmente a su derecho a gravar el inmueble, el artículo 1113° del CC dispone que “No se puede renunciar a la facultad de gravar el bien con segunda y ulteriores hipotecas”. Supuesto que de alguna forma también se encuentra regulado en el artículo 882° del mismo Código sustantivo, según el cual “No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita”. Estas dos normas tienen la finalidad concreta de permitir la libre circulación de los bienes, pero en el caso de la hipoteca responden a una exigencia natural de todo sistema de garantías, que es permitir que el propietario-deudor pueda utilizar sus activos para conseguir la mayor cantidad de financiamientos. Estas disposiciones, desde mi perspectiva, estarían dentro del grupo de normas imperativas que importan al orden público (esto es, a la circulación libre de los bienes) y, por lo tanto, pactar en contrario a ellas haría que el negocio jurídico caiga en el supuesto de nulidad virtual previsto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

2.5. La forma del acto jurídico hipotecario y su inscripción registral.

El acto jurídico hipotecario puede ser unilateral, si solamente interviene en el mismo el propietario-constituyente⁶⁸ o contractual, si intervienen dos o más partes (propietario constituyente, acreedor asegurado, deudor, fiadores, etc.), pero debe estar formalizado en una

⁶⁸ Sobre la posibilidad de constituir una hipoteca unilateralmente en el XII PLENO, Precedente de Observancia Obligatoria, aprobado durante la Sesión ordinaria del Tribunal Registral realizada los días 4 y 5 de agosto de 2005 y publicado en el diario oficial “El Peruano” el 13 de setiembre de 2005, se estableció que: “Procede inscribir hipotecas constituidas por declaración unilateral del propietario, sin necesidad de intervención del acreedor”. Asimismo, a nivel reglamentario en el segundo párrafo del artículo 118° del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, se dispone con respecto a las hipotecas unilaterales comunes lo siguiente: “En ningún caso la declaración unilateral del constituyente dará mérito para cancelar el asiento de una hipoteca, **salvo el caso en que se haya registrado la constitución de una hipoteca unilateral y no conste en la partida del predio su aceptación por el acreedor**. Estas disposiciones no rigen para las hipotecas unilaterales reguladas por leyes especiales.” (el énfasis es mío). Como puede advertirse la posibilidad de constituir hipotecas unilaterales comunes (es decir, sometidas a la regulación del Código Civil) o especiales (como el Título de Crédito Hipotecario Negociable regulada en la Ley de Títulos Valores, Ley N° 27287).

escritura pública notarial o un instrumento público equivalente (art. 1098 CC). Siendo esta la forma señalada por la Ley para que la manifestación de voluntad, que conforma el acto jurídico hipotecario, pueda expresarse en el mundo, como una etapa previa y necesaria al nacimiento del derecho real de hipoteca⁶⁹. En este sentido, debe entenderse que la formación de la hipoteca responde a fases sucesivas que se encadenan una tras otra: (i) comienza con el acto jurídico hipotecario de forma libre que genera la obligación de formalizar la declaración⁷⁰; (ii) seguida de una escritura pública notarial que constituye su segundo

⁶⁹ Debe tenerse en cuenta que el otorgamiento de la escritura pública no es solamente un medio de prueba de acto jurídico negocial, sino una condición previa y necesaria para la formación del derecho real. En este sentido, cuando el legislador señalar en el artículo 1098 del CC que la hipoteca se “constituye por escritura pública” obviamente nos está indicando el camino que debe recorrer el iter formativo del derecho real y no una condición para la validez del acuerdo negocial hipotecario. Ya que, de haber querido esto, habría sancionado la inobservancia de tal formalidad con nulidad (como lo exige el art. 143° del CC peruano). Debe entenderse, entonces, que el art. 1098° del CC está dirigido a establecer una etapa en la ruta formativa de un derecho real y no una condición de validez de la manifestación de voluntad. Antes de otorgar la escritura pública existe por parte del propietario la obligación de formalizar su declaración, después de la formalización solamente queda pendiente la inscripción registral como condición de eficacia real del negocio. Entonces, pueden resultar confusas afirmaciones como la de MENDOZA del Maestro (2017, pp. 1780) cuando sostiene que “(...) no es necesaria la escritura pública para la constitución de hipoteca, sino que puede otorgarse mediante, por ejemplo, documento privado.”, ya que, el autor olvida -incluso niega- que la hipoteca es un derecho real y para su constitución sí es necesario otorgar una escritura pública, empero para el nacimiento válido la obligación de formalizar la declaración sí sería suficiente la manifestación de voluntad emitida, por ejemplo, en instrumento privado.

⁷⁰ En este sentido, celebrar por ejemplo un contrato de mutuo dinerario oneroso con garantía hipotecaria sobre un bien inmueble por escrito, no solamente conllevará a la validez y eficacia de la obligación de restituir el dinero prestado como prestación principal del contrato mutuo, sino también la obligación del propietario constituyente de la hipoteca (sea el deudor o un tercero) de formalizar por escritura pública este negocio jurídico para que pueda concluirse con el proceso formativo del derecho real hipotecario. Entonces, el contrato de hipoteca entendido como negocio jurídico generará inmediatamente a su celebración la obligación por parte del constituyente de “formalizar” el acto ante un notario, efecto personal que no debe ser confundido con el derecho real de hipoteca que nacerá cuando se complete el supuesto de hecho complejo con la inscripción registral. Esto es con la suma de tres elementos sucesivos y encadenados: negocio jurídico hipotecario + escritura pública + inscripción registral. En tal sentido, si el constituyente se niega injustificadamente a formalizar el acto constitutivo de hipoteca podrá ser compelido al cumplimiento de esta obligación conforme lo exige el artículo 1412° del CC, según el cual: “Artículo 1412.- Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida. / La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente.” En efecto, en el presente caso, la obligación de formalizar el negocio hipotecario por escritura pública se encuentra en el artículo 1098° del mismo código sustantivo, según el cual la hipoteca -como derecho real- se constituye a

momento, para, finalmente, dejar el plano puramente negocial y obligatorio, y pasar a su eficacia real, que se da con el tercer y último momento, (iii) su inscripción registral.

En efecto, una vez cumplidos los requisitos o elementos relacionados a los presupuestos, contenido y forma, el *iter* formativo del derecho real concluirá con su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble (núm. 3 art. 1099 CC *in fine*). Siendo este uno de los pocos casos en el sistema jurídico peruano donde el Registro servirá para constituir el derecho⁷¹. Esto es, a diferencia de la mayor parte de actos registrados, donde se realiza una labor de comprobación administrativa de determinados datos para declarar a través de la inscripción su existencia potenciando efectos que ya habrían tenido que surgir en la realidad, así “(...): la inscripción no es el elemento esencial de la relación jurídica de que se trate y está al margen de los efectos jurídicos que de ella derivan. En cambio, en el acto de inscripción constitutivo es elemento esencial para el nacimiento de la relación jurídica y para la producción de los efectos que se producirán a partir de su existencia” (PEREZ, 2004, p.

través de esta clase de instrumento público protocolar de origen notarial, por lo que nada impediría a un acreedor promover la demanda de otorgamiento de escritura pública ante la negativa injustificada de formalizar el acto por parte del constituyente. Al respecto, en el IX Pleno Casatorio Civil, publicado en el diario oficial E.P. el 18.01.2017, sostiene en su fundamento N° 15: “Por medio del proceso de otorgamiento de escritura pública se petitiona mutar la forma de un negocio jurídico, de escritura privada a escritura pública, porque así lo determina o permite la ley o porque así lo han acordado las partes y, en ambos casos, siempre que la forma a la que se pretende mutar no constituya una forma solemne, así lo establece el artículo 1412 del Código Civil en su primer párrafo, el referido dispositivo establece, además, en su segundo párrafo, que esta pretensión se sustanciará como proceso sumarísimo.”

⁷¹ Por esta razón, no nos parece correcta la opinión del RAMÍREZ (2018, p. 337) para quien la inscripción de la hipoteca solo tiene efectos de oponibilidad *erga omnes*, lo que implicaría sostener que antes de la inscripción ya existía un derecho real. Lo cual es absolutamente erróneo, ya que va en contra de las reglas específicas que regulan la existencia de este derecho real (núm. 3 art. 1099 CC *in fine*) y su eventual ejecución (incisos 1 y 5 del art. 720° CPC). Según los cuales antes de su inscripción registral, el derecho real aún no tiene existencia. En tal sentido, si un contrato de hipoteca no se ha registrado, no podría oponerla a un nuevo comprador. En este caso, solamente le quedaría al acreedor requerir judicialmente la nulidad del acto de la compraventa alegando (y probado en juicio) que el comprador tenía conocimiento de la celebración del contrato de hipoteca en vías de formalización y, por ende, el negocio de compraventa perseguía la finalidad ilícita de privarlo de un derecho legítimo (a constituir la hipoteca). En tal sentido, la compraventa registrada podría ser declarada nula bajo el supuesto de nulidad por fin ilícito previsto en el inciso 4. Del artículo 219° del Código Civil y correlativamente podría cancelarse su asiento de inscripción, abriéndose la posibilidad de que la escritura pública de hipoteca ingrese al registro y pueda inscribirse para el nacimiento del derecho real hipotecario.

328). En este sentido, siguiendo al autor antes citado (PEREZ; 2004, p. 328): “El acto de comprobación relativo a la inscripción constitutiva tiene, por consiguiente, los tres caracteres siguientes: 1º) Ser un acto debido, no discrecional; 2º) Ser un acto innovador de la relación jurídica y productor de efectos jurídicos; 3º) Su función sustancial es la comprobación del cumplimiento de las condiciones dispuestas por el legislador para la innovación de situaciones jurídicas; es, precisamente, a través de esta comprobación como surge una nueva relación jurídica.” Esto es lo que sucede al registrar una hipoteca como el elemento culminante de su formación.

Pero ¿Cuál es el fundamento o razón para haber establecido esta excepción cuando estamos frente a un derecho de hipoteca? En otras palabras, porqué el Registro determina o constituye el gravamen con efectos reales no solamente para terceros sino, inclusive, para quienes han intervenido en los dos momentos anteriores, a saber, los contratantes en el negocio jurídico hipotecario y los otorgantes de la escritura pública de hipoteca. La justificación de la naturaleza constitutiva de la inscripción hipotecaria podríamos encontrarla en el carácter no posesorio de este derecho real de garantía⁷² (art. 1097 CC), ya que al no interferir con las facultades de uso, administración o disposición del propietario la forma más idónea de existir es a través de su publicitación en un Registro Jurídico de Bienes, lo que evitaría transferir un bien con cargas o gravámenes ocultos, lo cual no resultaría idóneo para el aseguramiento de créditos y la circulación de capitales (VALPUESTA; 2005, p. 1541)⁷³.

⁷² Ahora bien, para AMOROS Guardiola (1991) "(...) la razón de esa eficacia constitutiva reconocida legalmente a la inscripción de la hipoteca parece clara: la falta de apariencia posesoria en la relación jurídica de crédito hipotecario supone que no es posible el juego de la tradición como complemento del contrato originador para que nazca el derecho real (art. 609 CC [español]). Por eso en este caso la publicidad posesoria se sustituye por la publicidad registral, lo cual está perfectamente justificado si se recuerda que todo derecho real necesita de algún tipo de publicidad para producir efecto real o eficacia frente a terceros. (...), la publicidad en cualquiera de sus manifestaciones es requisito necesario para se produzca la oponibilidad o eficacia frente a terceros.", p. 32. Razonamiento que no sería aplicable a un sistema como el peruano, ya que la transferencia del derecho de propiedad inmobiliaria no está condicionada a la entrega, sino que el efecto real se adosa inmediatamente a la celebración del contrato enajenativo (art. 949º C.C.), razón por la cual la justificación aplicable a nuestro sistema sería simplemente el eliminar la posibilidad de gravámenes ocultos que perjudiquen las transacciones inmobiliarias.

⁷³ En efecto para esta autora: “En sus inicios la imposición de un sistema de publicidad registral se justificó en la necesidad de facilitar el crédito territorial como instrumento imprescindible para el desarrollo económico de la sociedad. El naciente

2.6. Las características jurídicas de la hipoteca como derecho real.

A partir del momento de la inscripción registral nacerá el derecho real⁷⁴ de Hipoteca con todas sus características singulares⁷⁵, las cuales pasamos a detallar a continuación:

capitalismo necesitaba allegar recursos con que financiar los diferentes emprendimientos, y para ello era imprescindible que se dotara de certeza a las hipotecas, pues éstas significaban un excelente instrumento para el aseguramiento de los préstamos y, como consecuencia de ello, para la circulación de capitales. Pero el discurso que se generó al hilo de la publicidad registral, como se ha visto, no se cernió exclusivamente a la extensión del crédito territorial como motor del crecimiento económico, sino que se anudó a la expansión de otros sectores, todo ello inserto en un proceso de cambio marcado por la industrialización; de estas transformaciones resulta que la rentabilidad de la propiedad inmobiliaria se residenció en su valor de cambio y no en los beneficios que su disfrute le podía proporcionar a su titular.” (VALPUESTA; 2005, p. 1541)

⁷⁴ Para MENDOZA (2017) la hipoteca no tiene naturaleza de derecho real, ya que las facultades del acreedor hipotecario al no recaer directamente sobre el inmueble carecerían del requisito de la inmediatez que es propio a los derechos reales, recurriéndose a la idea de la adherencia para justificar su aparente carácter “real” el cual, sin embargo, es compartido por otras figuras que no tienen tal naturaleza, como: la acción pauliana, las medidas cautelares, las cargas técnicas, entre otros. El autor en comentario concluye, entonces que: “Si bien la hipoteca en nuestro ordenamiento es regulada como derecho real, no se configura como tal, al no tener inmediatez, recurre a la figura de la adherencia.”, p. 1776. Sin embargo, no comparto esta opinión, por cuanto no resulta razonable sostener que un derecho subjetivo es regulado como derecho real ¡PERO NO ES UN DERECHO REAL!, como si las figuras jurídicas existieran en una dimensión diferente a la creada por el Derecho objetivo y las prácticas sociales, sino también porque el mencionado recurso a la “inmediatez” de los derechos reales no es atendible, ya que los derechos reales pueden subsistir, aun cuando pierdan tal característica. Como por ejemplo el nudo propietario que ha constituido usufructo, ¿Se podría sostener, acaso, que ahora dejó de ser propietario para convertirse en un simple acreedor que tiene una expectativa de recuperar la inmediatez de su derecho de propiedad? La respuesta es negativa, ya que su posición seguirá siendo considerada como la de titular de un derecho real, por cuanto el referente objetivo del mismo sigue siendo una cosa, al igual que en la hipoteca. Lo que no sucede con los derechos personales cuyo referente es una esfera jurídica patrimonial. En efecto, las facultades del acreedor hipotecario recaen sobre la cosa, de una manera tal que no solamente tiene el derecho a la realización del valor en la fase ejecutiva, sino también están encaminados a la conservación de su valor económico, durante todo el tiempo que dure la garantía, gozando de inherencia, persecutoriedad y oponibilidad frente a otros derechos de igual naturaleza.

⁷⁵ Respecto a las características del derecho real de hipoteca la Corte Suprema de la República en la Casación N° 4413-2010 La Libertad, las ha definido en los siguientes términos: “Segundo. - (...) la hipoteca es definida por el artículo 1097 del Código Civil como la afectación de un inmueble dado en garantía por el cumplimiento de una obligación, lo que otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado. Asimismo, constituyen caracteres jurídicos de la hipoteca: a) Es un derecho real sobre un bien determinado; b) Es un derecho accesorio puesto que se

(i) No interfiere con las facultades de disposición, administración, explotación o uso sobre el inmueble (artículos 1097°, segundo párrafo, y 1113° CC). Esta característica es de particular importancia económica para el propietario del bien gravado y explica, en buena cuenta, el éxito masivo de la hipoteca como mecanismo de financiamiento, ya que quien afectó el bien no pierde el control económico ni jurídico sobre el mismo, pudiendo transferirlo libremente a otros sujetos o volver a utilizarlo para un nuevo financiamiento. Mientras que desde la perspectiva del acreedor hipotecario estos actos serían inocuos, ya que la hipoteca es oponible frente a un nuevo propietario (o titular de cualquier otro derecho real) y, con respecto a sucesivos acreedores hipotecarios, mantendrá su respectivo rango de preferencia para el cobro ante una eventual realización de valor o ejecución del inmueble hipotecado.

(ii) Es un derecho accesorio (artículos 1097°, 1099° inciso 2, 1104°, 1107° y 1117° CC) a un crédito, al cual está vinculado funcionalmente mediante una relación de garantía. Así, la hipoteca como derecho real existe en una estructura compleja y heterogénea, que está compuesta por una relación obligatoria como elemento principal al que se le yuxtapone como elemento accesorio una relación real de garantía. El elemento personal de esta estructura es una situación crediticia vinculada con una deuda, esto es, un acreedor con un deudor, mientras que el elemento real, se encuentra una potestad crediticia con una sujeción hipotecaria, esto es un acreedor hipotecario con un propietario afectado. Si bien en el momento de la constitución de la hipoteca la relación accesoria puede ser algo difusa, ya que esta garantía puede asegurar créditos eventuales, futuros, sujetos a modalidad o plazo, en la fase de ejecución o satisfacción se manifiesta a plenitud esta característica, ya que no podrá ejercitarse la acción real derivada de la hipoteca si es que no se ejerce simultáneamente la acción personal para cobrar la deuda, debiendo acreditarse la existencia de una obligación cierta, expresa, líquida y exigible contenida en un instrumento que tenga la calidad de título ejecutivo.

constituye en seguridad del cumplimiento de una obligación; c) Es indivisible, de tal manera que recaer sobre el todo y cada una de las partes del bien.”

(iii) Recae sobre unos o varios inmuebles (art. 1109°) que se encuentren específicamente determinados (art. 1100° CC) y existan en el momento de su constitución (art. 1106° CC). Esta determinación objetiva característica del gravamen hipotecario, excluye la posibilidad de afectar categorías genéricas de activos inmobiliarios (lo cual sí se admite para otras clases de gravámenes como la garantía mobiliaria), pero además, supone que a la plena individualización física se adose su identificación registral en una partida electrónica abierta para ese específico bien que será gravado, en aplicación del principio de especialidad registral (art. 2017-A del CC⁷⁶), que, para los inmuebles, se manifiesta bajo el criterio del folio real. Esto es abrir una partida registral por cada bien inmueble incorporado al registro, en donde deberán inscribirse todas las situaciones jurídicas que lo afecten, entre las cuales se encuentra la hipoteca. Esto lleva implícito, también, la necesaria actualidad del bien, al estar vetada la posibilidad de constituir esta clase de gravamen sobre bienes futuros, aun cuando se encuentren en formación, en una partida temporal en el contexto de una pre -independización registral, por ejemplo.

(iv) Otorga persecutoriedad sobre el inmueble (art. 1097° CC), lo cual es una característica propia de todo derecho real, como lo sostiene DEL RISCO (2014; 197-198): “La persecutoriedad no es una característica exclusiva de la hipoteca, sino de todos los derechos reales. Se trata de una condición jurídica particular que asegura la continuidad del derecho frente a sucesivas adquisiciones, logrando cautelar de esta manera la exclusividad y eficacia del derecho real de garantía. Así, la hipoteca persigue al bien; son inseparables mientras dure la vigencia del gravamen, sin importar las transferencias de dominio o posesión que se hubiesen hecho (...)”, en efecto “Como consecuencia de la persecutoriedad de la hipoteca, la venta del bien gravado no afecta la vigencia de dicha garantía; la hipoteca

⁷⁶ Con la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 31309, publicada el 24 julio 2021, se incorporó el artículo 2017-A al Código Civil, que regula el principio de especialidad en los siguientes términos: “**Artículo 2017-A.-** Por cada bien o persona jurídica se abrirá una partida registral independiente, en donde se extenderá la primera inscripción de aquellas así como los actos o derechos posteriores relativos a cada uno. / En el caso del Registro de Personas Naturales, en cada Registro que lo integra, se abrirá una sola partida por cada persona natural en la cual se extenderán los diversos actos inscribibles. / Excepcionalmente, podrán establecerse otros elementos que determinen la apertura de una partida registral.”

subsiste y los terceros adquirentes tienen que soportar la ejecución legítima del gravamen. En otras palabras, el acreedor puede ejecutar la hipoteca en manos de quien se encuentre el inmueble. Repetimos: Al acreedor no le afecta la transmisión que realice el constituyente de la garantía ni las sucesivas transferencias del inmueble. La garantía es inmune a ellas.” Sin embargo, a esta opinión debería agregarse que la persecutoriedad característica de la hipoteca es exclusivamente registral, esto es el derecho perseguirá en estos términos al bien mientras se encuentre inscrita, ya que en situaciones como en el levantamiento por caducidad, aun cuando la hipoteca pueda reinscribirse, este acto es practicable sólo si la hipoteca había empezado a ejecutarse antes de que se cumpla el plazo de caducidad y, además, no haya sido transferida registralmente a un tercero. Ya que, si esto último ha sucedido, el derecho habrá perdido persecutoriedad sobre el bien y será inoponible frente al nuevo adquirente.

(v) Es indivisible, ya que recae y subsiste sobre todo el inmueble, aun cuando el monto de la deuda se haya reducido o el bien haya sido fraccionado (art. 1102° CC). En efecto, para el Tribunal Registral “8. (...) al ser la hipoteca de carácter indivisible cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas, están obligadas al pago de toda la deuda y cada parte de esta, no existiendo pagos parciales de la mismas. Es decir, mientras subsista la obligación garantizada o parte de ella, la hipoteca permanece inmutable pues así lo prevé el artículo 1102 del código sustantivo. El derecho real en buena cuenta siempre permanecerá tal cual se le configuró en el documento constitutivo, pese a que las condiciones del crédito puedan verse modificados de manera subsecuente, o si el inmueble mismo sufre alteraciones o modificaciones.”⁷⁷. Puede resumirse, entonces, que el pago parcial de la deuda no redundará en una desafectación parcial o proporcional del bien, así como tampoco el fraccionamiento físico-registral que este pueda sufrir, como consecuencia de una subdivisión e independización registral, debiendo entenderse que el derecho hipotecario se mantendrá incólume y seguirá alcanzado a todo el inmueble o a todas las partes que de él se hayan desprendido por toda la deuda mientras esta exista. Sin embargo, esta característica admite una excepción que se estudiará en la siguiente característica.

⁷⁷ Res. N° 266-2011-SUNARP-TR-A del 11.06.2012, p.12

(vi) El monto (de gravamen) puede ser reducido por acuerdo entre las partes (art. 1115° C.C.) o judicialmente a solicitud del deudor o propietario si ha disminuido [de manera relevante] la obligación asegurada (art. 1116°). En efecto, si bien en principio la reducción del monto del crédito garantizado, esto es el pago parcial de la deuda, no reduce correlativamente el monto del gravamen hipotecario, se contempla la posibilidad que las partes puedan modificar este rasgo de la hipoteca, quizá con la finalidad de que una porción mayor del bien quede económicamente liberada para facilitar un nuevo financiamiento. Empero, esta modificación no será oponible a terceros -nuevos acreedores o a un comprador del bien- mientras no haya sido inscrita en el Registro. Sin embargo, la característica más controversial (y mal entendida) es el de la reducción judicial, ya que esta sí constituye una excepción a la naturaleza indivisible⁷⁸ de la hipoteca y una limitación a la autonomía privada⁷⁹, ya que le permite al juez reducir correlativamente el monto del gravamen hipotecario hasta una suma que considere suficiente para proteger un crédito que ha disminuido, entendemos, considerablemente. Como ya se ha dicho, esta facultad judicial penetra o limita la autonomía privada para alterar el contenido del contrato bajo criterios genéricos de justicia (evitar un abuso de derecho), equidad (permitir al propietario recuperar el valor económico de su activo) o eficiencia (mantener el crédito protegido de manera razonable), que solamente en un caso concreto pueden singularizarse y que no es extraña a

⁷⁸ Aun cuando algunos autores nacionales consideren a la indivisibilidad en términos absolutos, como por ejemplo RISCO (2014), para quien: “No cabe duda, entonces, que la extinción parcial del crédito garantizado –si fuera uno sólo– o lo que es similar, la extinción total de un crédito y la subsistencia de otros créditos garantizados –pluralidad de créditos–, no implican una reducción o extinción parcial de la hipoteca, la cual, debido a su carácter indivisible, permanece vigente sin ninguna alteración. Sólo la cancelación del total del crédito, en el primer caso, o la cancelación de todas las obligaciones garantizadas, en el segundo, dan lugar a la extinción de la garantía.”, p. 201. Sin embargo, esta posición resulta errónea ya que el artículo 1116° es una clara excepción a la característica de indivisibilidad hipotecaria que relativiza su naturaleza.

⁷⁹ Así lo asume la Corte Suprema en la Casación N° 1304-03 ICA, según la cual el artículo 1116° CC : “**Tercero.-** (...) constituye, sin lugar a dudas, una limitación a la autonomía de las partes que prima en materia de contratos, que es la forma como se ha constituido la hipoteca de autos que se quiere reducir; lo que encuentra su justificación en las propias normas que regulan los contratos, como son los artículos mil trescientos cincuenticinco y mil trescientos sesentidós del Código Civil, que dispone que la ley por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, los mismos que deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes;”

nuestra legislación civil⁸⁰. Así, por ejemplo, hemos encontrado un caso en el que se solicitó judicialmente la “reducción del monto de hipoteca” pero con la finalidad de excluir uno de los inmuebles sobre los que recaía el gravamen (Casación N° 1304-03 ICA, publicado en E.P. el 30-04-2004⁸¹), pretensión que fue amparada por nuestra Corte Suprema. Sin embargo, esta

⁸⁰ En efecto, debemos reconocer que la autonomía privada y su manifestación más conocida que es la libertad contractual, no es un ámbito de absoluta indeterminación. Para comenzar el artículo 103° de la Constitución Política de 1993, proscribire el abuso de derecho, mientras que el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, agrega que “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho”. Pueden existir entonces, situaciones en las que el ejercicio de un derecho resulte ilegítimo y hasta un acto ilícito, no siendo diferente el caso del autonomía privada, derecho concedido a las partes para la autoconfiguración de sus relaciones privadas, pero que puede dar pie a situaciones de abuso y aprovechamiento contra uno de los contratantes que se encuentren en estado de necesidad (lesión) o que por una mutación del contexto socioeconómico una de las prestaciones se vuelve extraordinariamente difícil de ejecutar (excesiva onerosidad de la prestación). En estos casos, la solución prevista es la extinción del vínculo por rescisión (art. 1447° C.C.), resolución (art. 1440° C.C.) o la reducción equitativa de la contraprestación (art. 1440°, segundo párrafo, CC y art. 1452° CC), según sea el caso. Pero lo que queda claro es que la autonomía no es un ámbito de indeterminación absoluta ya que está acotada por las normas imperativas que se incorporan inexorablemente a los contratos y las facultades jurisdiccionales para reparar situaciones concretas consideradas como injustas. Una discusión diferente esta relacionada con lo previsto en el artículo 1355° CC, según el cual, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponerse reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos, y la interpretación que a esta norma debe dársele como consecuencia del texto del artículo 62° de la Constitución Política, que elevó a rango constitucional el derecho a la libertad contractual, según el cual: “Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.” Debe entenderse, entonces, que las modificaciones que autoriza el artículo 1355° están referidas a ese conjunto de normas imperativas que se integran obligatoriamente a los contratos, más no a los términos contractuales configurados por las partes (precio, renta, primas, etc.). Es, precisamente, dentro de esta categoría de “término contractual” donde ubicaríamos indefectiblemente al monto del gravamen hipotecario pactado por las partes, cuya modificación judicial se encuentra prevista en el art. 1116° CC, justificada sólo por el hecho de que la obligación garantizada ha disminuido. Tendrían que (re)evaluarse, entonces, si este dispositivo del Código Civil es aún compatible con la Constitución Política vigente (art. 62°) o, en todo caso, considerarse que esta modificación al contrato es viable siempre y cuando se esté contraviniendo otra norma de mayor jerarquía que se ha incorporado a nuestro orden constitucional (KRESALJA y OCHOA; 2009, p. 286).

⁸¹ En efecto en la Casación en comentario, Casación N° 1304-03 ICA; se resolvió un caso en el cual se había pagado parcialmente un crédito asegurado con una hipoteca que recaía sobre dos inmuebles, habiendo sido declarada fundada en primera instancia e infundada en segunda. Resolviéndose el caso en los siguientes términos: “FUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas ciento diecisiete; por Oscar Honorio Martínez Chuquin; en consecuencia NULA la resolución de vista de fojas ciento ocho, su fecha primero de abril del año en curso y actuando en sede de instancia; CONFIRMARON la apelada de fojas sesentisiete su fecha nueve de octubre del dos mil dos, que declaró **FUNDADA la demanda, sobre reducción de hipoteca; gravamen que debe subsistir únicamente sobre el inmueble de Conjunto Habitacional El Rosedal Manzana “J”, Lote trece, Prolongación Lima s/n, distrito de Pueblo Nuevo, excluyéndose el inmueble de Urbanización Julio Arboleda, Manzana “C”, Lote cinco, Distrito de Chincha Alta, Provincia de Chincha,**

posición nos parece incorrecta, ya que la disminución sustancial de la deuda asegurable está conectada con el monto del gravamen hipotecario, el mismo que en un caso concreto puede resultar desproporcionado o irrazonable en atención a la suma ínfima del crédito que terminaría asegurando, bajo un criterio de equidad (frente al propietario que desee vender o volver a gravar) y eficiencia (para el acreedor quien se mantendría igualmente asegurado con un monto de gravamen menor). Pero pasar de esto a la cancelación o extinción parcial de la hipoteca, es algo que estaría fuera de la previsión normativa, desde nuestra perspectiva.

(vii) Otorga preferencia para el cobro frente a otros acreedores comunes y tiene rango de prelación frente a otros acreedores garantizados, el mismo que es determinado por la fecha en la que ingresó al Registro. Al respecto debe de hacerse una necesaria distinción entre la preferencia a la que se alude en el art. 1097° CC, que está referida al derecho a cobrar primero por sobre acreedores comunes o quirografarios con el producto de la venta forzada el inmueble y, otro concepto relacionado pero diferente, que es el rango hipotecario regulado en los artículos 1112° y 1114° del CC, el cual regula la relación de preferencia para el cobro, pero entre acreedores garantizado con un mismo bien inmueble. El rango hipotecario se conseguirá con la inscripción registral, en el sentido de que el acreedor hipotecario que haya registrado primero gozará de un rango superior y, por lo tanto, del derecho a cobrar primero en un escenario de realización de valor del bien. Sin embargo, esta prescripción para obtener un rango prevaleciente debe ser interpretada conjuntamente con los artículos 2016° del Código Civil y el artículo IX del Título Preliminar del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, que regulan el principio registral de prioridad preferente, según el cual si bien la prioridad entre derechos compatibles se da por el tiempo de la inscripción, estos efectos deben retrotraerse a la fecha del ingreso de la solicitud de inscripción al Diario de la oficina registral competente, a lo que se ha denominado efecto “retroprioritario” de las inscripciones registrales.

Departamento de lca; con lo demás que contiene;” (el énfasis es nuestro) Como puede observarse, nuestra Corte Suprema entiende la reducción del monto de la hipoteca prevista en el 1116° CC, como también la posibilidad de excluir parcialmente al objeto sobre el cual recae. Posición que nos parece incorrecta.

(viii) Tiene una cobertura que abarca el capital, los intereses, seguros y los gastos del crédito garantizado (art. 1107 CC); si bien esta característica de la hipoteca indica cuáles serán los conceptos mínimos de la obligación que se encuentran cubiertos con la garantía y que, en un escenario de ejecución forzada y remate del inmueble, deberán ser pagados. Debe interpretarse este dispositivo, juntamente con el artículo 1099° CC, inciso 3, que fija como requisito de validez la determinación del monto del gravamen como límite máximo de la afectación cuantitativa sobre el inmueble, por lo que mientras la obligación coberturada (con todos sus conceptos) se mantengan dentro de los límites del gravamen, la deuda será pagada íntegramente de manera preferente. Pero si la deuda crece, más allá de esta frontera, el exceso quedará fuera del alcance de la hipoteca y se convertirá en deuda común o quirografaria, por lo que podrá ser cobrada frente al deudor con el saldo de la ejecución si este continúa siendo el propietario del bien dentro del mismo proceso (art. 724° CPC) y siempre que haya sido afectada con una medida cautelar o para la ejecución por el ejecutante. De lo contrario, si el bien inmueble pertenece a un tercer garante, el ejecutante deberá buscar otros bienes del deudor en condición de acreedor común y el juez deberá entregar el saldo de la ejecución - después de pagar el monto máximo del gravamen- a aquel tercero en calidad de propietario actual del inmueble⁸².

(ix) Se extiende no solamente sobre el inmueble afectado, sino también a todas sus partes integrantes y a sus accesorios, así como a las indemnizaciones que surjan a favor del

⁸² “Ver Pleno Jurisdiccional Civil de 1999: ¿Resulta exigible el cobro de capital, intereses, costos y costas, que constituyan suma mayor a la que se fijó en la garantía? CONSIDERANDO: Que el art. 1107° del C.C. define los alcances de la cobertura de la hipoteca, indicando que cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio. Que la norma precedente debe ser interpretada en concordancia con el arto 1099°, inc. 3. el cual prescribe que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable, de modo que el gravamen sólo cubra hasta el monto señalado. Que de la lectura de ambas normas se advierte que el inmueble hipotecado debe responder por los conceptos a que alude el arto 1107° pero siempre dentro del monto del gravamen. Que resulta exigible el cobro de suma mayor por los conceptos señalados sólo cuando se reúnan en una sola persona el deudor de la obligación y el garante hipotecario, mas no cuando la hipoteca la constituye un tercero, a menos que se haya garantizado el capital, sin pacto sobre intereses, costas y costos. EL PLENO ACUERDA: POR MAYORIA (41 votos) No resulta exigible la suma mayor a la que se fijó en la garantía. En otros términos, no se extiende más allá de la suma fijada en la garantía. En efecto, la hipoteca se extiende o afecta el bien sólo hasta el monto del gravamen, en virtud a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 1099 del Código Civil, de ahí que no resulta exigible un monto mayor al gravamen que pesa sobre el bien.” Citado por HURTADO (2012; p. 137)

propietario como consecuencia de la ocurrencia de un siniestro que afecte el inmueble y a la indemnización justipreciada en caso de expropiación, salvo pacto en contrario (art. 1101° CC). Al respecto debe tenerse en cuenta que una parte integrante es aquella que no puede ser separada del principal sin alterarlo (art. 887° CC), por lo que en el caso de un inmueble toda construcción o fábrica que se haga sobre el mismo tendrá la naturaleza de parte integrante hacia la cual se extenderá indefectiblemente el gravamen hipotecario. Esto, también, porque nuestro Código Civil no admite la posibilidad de que sobre esta clase de bienes (integrantes) puedan existir derechos singulares e independientes -en principio-. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que también el art. 1101° CC admite la posibilidad de pactar en contrario, estipulación que podría darse sólo si la parte integrante es susceptible de una eventual separación económica y jurídica. En tal sentido, de tratarse de un edificio por departamentos podría pactarse que la hipoteca no se extendería a ciertas unidades individualizables⁸³ que serán posteriormente independizadas y sometidas al régimen de propiedad horizontal regulado por la Ley N° 27157⁸⁴. Una situación diferente se le da al tratamiento de los bienes

⁸³ Esta es la opinión de AVENDAÑO (1993), para quien: “En nuestra opinión, sin embargo, el pacto en contra sí es posible en aquellos casos donde las partes integrantes sí pueden ser objeto de derechos singulares. En efecto, las partes integrantes siguen la condición jurídica del bien principal, pero la ley o el contrato pueden permitir su diferenciación o separación (artículo 889 del C. C.). Esto se permite justamente porque las partes integrantes pueden, por excepción, ser objeto de derechos singulares. Así, sería posible que se hipoteque un edificio de 10 pisos y que se excluyan de la garantía los pisos adicionales que se vayan construyendo. Si se tuviese que recurrir a la ejecución del bien hipotecado, se remataría únicamente el edificio de 10 pisos, más no así los pisos adicionales.”, p. 85 – 86.

⁸⁴ Esta idea de la extensión hipotecaria resulta, para algunos autores, difícil de entender. En tal sentido, vamos a encontrar opiniones en la doctrina nacional como esta: “(...) si el predio hipotecado recibe nuevas construcciones que sí pueden ser objeto de explotación separada, física y jurídicamente, entonces no estamos ante partes integrantes y la hipoteca no se extiende. Es el caso del predio hipotecado sobre el cual se construye un nuevo piso previamente independizado como parte de una Propiedad Horizontal, la hipoteca no se extenderá a la nueva construcción. Lo mismo el predio sobre el cual se había constituido una *Superficie*, la hipoteca tampoco se extenderá a la construcción superficiaria.” (MEJORADA; 2018, p. 58 – 59) No puede compartirse esta opinión por las siguientes consideraciones: (i) La construcción e independización (definitiva) de una o más unidades de propiedad exclusiva (UPE) sobre un predio sujeto al régimen de la Ley N° 27157, exige que todas las cargas y gravámenes preexistentes (incluidas las hipotecas) que pesan sobre el predio original sean trasladadas -por extensión- a las nuevas unidades independientes; (ii) Ahora bien, una vez independizadas las UPE el único que podrá gravarlas es su respectivo propietario, ya que el predio original (suelo y estructuras comunes) queda en condición de propiedad común; (iii) Si se da el caso de una pre-independización de las futuras UPE, la extensión de la hipoteca del predio original a esas futuras unidades dependerá de cómo se haya pactado la constitución de la hipoteca, máxime, si se admite pacto en contrario lo que permitiría excluir del objeto de la hipoteca a algunas UPE; y, finalmente, en el caso de la superficie

accesorios, los mismos que sin perder su singularidad están permanentemente afectados al principal con fines económicos u ornamentales (art. 888° CC), los cuales en principio estarían sujetos al gravamen hipotecario, pero al poderse constituir sobre ellos otros derechos singulares, sí podrían salir del radio de alcance de la hipoteca, si por ejemplo son enajenados a un tercero o gravados con una garantía mobiliaria y entregados, máxime si estos accesorios son sustancialmente bienes muebles. Así, por ejemplo, una maquinaria industrial al interior de un inmueble que ha sido hipotecado como una unidad de producción, podría ser separado del inmueble y vendido o gravado a otro acreedor y, además, ser inscrito en el Registro Mobiliario de Contratos para dar publicidad y oponibilidad registral al gravamen mobiliario. En el primer caso de la enajenación, el bien mueble ha perdido la calidad de accesorio y el tercero lo habría adquirido definitivamente; en el segundo caso de la garantía mobiliaria registrada, la solución no es tan clara, pero al final el acreedor que tendría derecho a cobrar primero con la venta del bien mueble accesorio sería aquel que haya inscrito primero, esto es por prioridad preferente registral (art. 2016 CC), siempre y cuando el bien mueble accesorio no haya sido separado definitivamente del inmueble hipotecado⁸⁵. Finalmente, aun cuando el inmueble se haya destruido físicamente por un siniestro (asegurado) o por haber pasado al poder del estado (por expropiación), los derechos pecuniarios derivados de estas situaciones que, en principio, corresponden al propietario, deberán quedar reservados de manera prioritaria a favor del acreedor hipotecario, dentro de los límites de la deuda coberturada y por el monto del gravamen.

que prexista a una hipoteca, esta hipoteca posterior no será oponible o eficaz frente la superficie previamente inscrita en aplicación del art. 2022 C.C. (y no por un tema de extensión que es absolutamente impertinente). Entonces, la hipoteca afectará solamente a la nuda propiedad hasta que el plazo de la superficie venza y el propietario recupere el dominio sobre lo construido.

⁸⁵ En esta misma línea de pensamiento GONZALES y QUINTANA (2018) sostienen lo siguiente: “La principal cuestión a dilucidar es la prioridad entre las garantías diferentes, inscritas en registros distintos, por lo que, normalmente los terceros solo habrían consultado uno de los registros. Por ejemplo, el acreedor que recibe la garantía mobiliaria, solo indagará en este registro, y se sentirá tranquilo con advertir que su garantía es de primer rango, sin haber conocido que ese mismo mueble accesorio de una hipoteca constituida con fecha anterior. Igual ocurrirá con el acreedor hipotecario, cuyo accesorio ya fue gravado con garantía mobiliaria. En ambos, es evidente que se produce un déficit de información entre los interesados en las garantías, sea el acreedor beneficiado, los otros acreedores o los sucesivos adquirente. Pese a todo, la única solución posible, aunque genere inseguridad, es admitir que el rango entre garantías diferentes se determina por la fecha de inscripción aunque uno u otro acreedor no se hayan conocido entre sí.”, p. 118.

(x) Otorga el derecho a la venta judicial del inmueble gravado en caso de incumplimiento (art. 1097° CC, segundo párrafo). Dentro de las potestades que otorga la hipoteca común destaca en la posibilidad de realizar el valor del bien inmueble gravado a través de un órgano jurisdiccional. Esta facultad de realización de valor indirecta, a través de un juez, será estudiada más adelante, sin embargo, no podemos dejar de mencionar que la actuación concreta de esta potestad que se activa ante el escenario del incumplimiento, y de manera residual ante el peligro de deterioro o destrucción del bien (art. 1110° C.C.), debe encausarse a través del proceso de ejecución de garantías regulado en el artículo 720° y siguientes del CPC.

2.7. La ejecución hipotecaria y sus particularidades.

La hipoteca común otorga la facultad principal de realizar el valor del inmueble gravado en caso de incumplimiento (art. 1097° CC), esto es, venderlo forzosamente a través de un órgano jurisdiccional⁸⁶ con la finalidad de convertirlo en su equivalente en dinero y permitir así que el acreedor hipotecario, que ha promovido la acción, se cobre lo que se le debe dentro de los límites del monto del gravamen. Entonces, la composición de la litis que se materializa al promoverse la actuación judicial de una hipoteca, debe reflejar, en cuando a las partes que se incorporan al procedimiento⁸⁷ de ejecución hipotecaria (art. 720° y ss. CPC), a aquellos

⁸⁶ De acuerdo con el último párrafo del artículo 690°-B del CPC: “Es competente para conocer los procesos de ejecución con garantía constituida, el Juez Civil.”

⁸⁷ Utilizo el vocablo procedimiento y no proceso, por cuanto el “proceso” aparece como un fenómeno único en el mundo jurídico, esto, precisamente, porque su concepto permanece inalterable no obstante que la autoridad ante la cual se inicia y desarrolla sea un juez o un árbitro o los pasos, etapas, actos o requisitos que la ley haya previsto para dar respuesta a una particular pretensión (en cualquier caso, la serie opera de manera abstracta en forma idéntica). De allí, como lo sostiene VELLOSO (2008; p. 247), que no quepa efectuar la clasificación de “procesos” pues la idea de proceso es unitaria, inclasificable e indivisible. En tal sentido, el proceso entendido como litigio se manifestará de maneras diversas a través de los diferentes procedimientos que el ordenamiento jurídico ha previsto, entre los cuales vamos a tener al arbitral y al judicial, teniendo en mira la naturaleza pública o privada de la autoridad que actúa; contenciosos o no contenciosos queriendo mostrar que en unos existe litigio y en otros no; declarativos, ejecutivos y cautelares, apuntando al resultado que quiere lograr el actor; ordinarios y especiales haciendo ver las diferencias de actividad de cognición del juez en cuanto a la pretensión

sujetos implicados en la estructura compleja y heterogénea que se tiende en esta clase de gravamen, esto es: acreedor hipotecario como el demandante en el lado activo, mientras que el deudor y el propietario del inmueble -en calidad de litisconsortes necesarios (art. 690º, primer párrafo, CPC)⁸⁸- se colocarán en el lado pasivo de la relación jurídico procesal⁸⁹. Eventualmente, también se pueden incorporar a terceros que pueden tener un legítimo interés a participar en la litis (como un fiador, un avalista o un poseedor del bien)⁹⁰.

El instrumento que permite ejecutar la hipoteca es, en todos los casos, un título ejecutivo que contenga la descripción de la obligación dineraria asegurada con cuatro características

deducida; y, singulares y universales, señalando que en estos está en juego todo el patrimonio de una persona y en aquellos no.

⁸⁸ Al respecto el primer párrafo del artículo 690º del CPC, dispone lo siguiente: “Están legitimados para promover ejecución quien en el título ejecutivo tiene reconocido un derecho en su favor; contra aquél que en el mismo tiene la calidad de obligado y, en su caso el constituyente de la garantía del bien afectado, en calidad de litis consorte necesario.”

⁸⁹ De acuerdo con el artículo 720º, in fine, del C.P.C. el “(...) En el mandato ejecutivo debe notificarse al deudor, al garante y al poseedor del bien en caso de ser personas distintas al deudor.” Por lo que queda claro que al referirse al “garante” se instituye la necesidad de incorporar al proceso al propietario del bien y constituyente del gravamen. En efecto, como correctamente los sostiene ARIANO (2003, p. 455) deudor y tercer propietario asumen ambos condición de ejecutados y, por ende, partes legítimas (pasivas) y necesarias de la ejecución, “(...) pero teniendo presente que el tercero no es deudor, pues no es sujeto de la relación obligatoria, sin embargo, sí *debe ser parte* (ejecutada) en la ejecución de garantías, porque sobre sus bienes se va a desplegar la actividad ejecutiva del juez.”

⁹⁰ Con respecto a los terceros el segundo párrafo del artículo 690º del CPC, dispone lo siguiente: “Cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a éste con el mandato de ejecución. La intervención del tercero se sujetará a lo dispuesto en el Artículo 101. Si se desconociera el domicilio del tercero se procederá conforme a lo prescrito el artículo 435.”

fundamentales⁹¹, esto es que sea cierta⁹², expresa⁹³, exigible⁹⁴ y líquida⁹⁵. Este instrumento que ya tiene un derecho crediticio declarado como cierto y busca simplemente el resultado práctico de la ejecución⁹⁶, puede estar contenido en la misma escritura pública que fue utilizada para la constitución de la hipoteca. En este caso, estaremos ante una ejecución hipotecaria con título ejecutivo simple, ya que el crédito y la hipoteca se encuentran representados en un solo instrumento (por ejemplo, una escritura pública de mutuo dinerario con garantía hipotecaria). Mientras que, si la obligación que se pretende cobrar está representada en un instrumento diferente de la escritura pública hipotecaria, por ejemplo, un título valor o cualquier otro documento que, de acuerdo con la ley procesal u otra, tenga

⁹¹ “Artículo 689 CPC.- Procede la ejecución cuando la obligación contenida en el título es cierta, expresa y exigible. Cuando la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética.”

⁹² De acuerdo con ARIANO (1998, p. 190) la obligación cierta “(...) es aquella que no ofrece dudas sobre sus elementos objetivos y subjetivos. En tal sentido, estaremos ante una obligación cierta cuando su objeto (prestación) esté señalado en el título. No lo será cuando el título contenga obligaciones alternativas o cuando estemos en presencia de obligaciones de dar bienes ciertos sólo en especie y cantidad. En ambos casos para que estemos ante un título perfecto es necesario integrarlo con el acto de la elección. En igual sentido, la certeza comprende también la determinación de los sujetos de la obligación, acreedor y deudor, que deben estar perfectamente señalados en el título.”

⁹³ De acuerdo con ARIANO (1998, p.190) si bien este requisito es una reiteración del elemento certeza, va encaminado resaltar que es expresa una obligación “(...) cuando figura en el título mismo y no sea el resultado de una presunción legal o una interpretación de algún precepto normativo.”

⁹⁴ Siguiendo a ARIANO (1998, p.191) “Una obligación es exigible cuando apareciendo del título que esté sometida a alguna modalidad (plazo o condición) o una contraprestación, el plazo haya vencido, se pruebe la verificación de la condición o que se ha cumplido con la contraprestación.”

⁹⁵ Si bien el concepto de liquidez esta circunscrita a las obligaciones dinerarias o pecuniarias, puede decirse que una de estas obligaciones es líquida cuando su monto cuantitativo ya está determinado. Sin embargo, este requisito no es exigible al título ejecutivo en el momento de su formación sino al inicio del proceso de ejecución, donde a través de operaciones aritméticas se calculará su exacta cuantía (ARIANO, 1998; p.191) .

⁹⁶ Así los sostiene la Corte Suprema en el VI Pleno Casatorio, en los siguientes términos: "22. En síntesis, el proceso de ejecución es aquella actividad con la cual los órganos judiciales tratan de **poner en existencia coactivamente un resultado práctico**, equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto, en cumplimiento de una obligación jurídica. Es pues el medio por el cual el orden jurídico reacciona ante la transgresión de una regla jurídica concreta, de la cual surge la obligación de un determinado comportamiento a favor de otro."

mérito de título ejecutivo, deberá acompañarse a la demanda de ejecución tanto la escritura pública de constitución hipotecaria como el instrumento que contiene o representa la obligación con calidad de título ejecutivo. En este caso, estaremos ante una ejecución con título complejo, ya que estará compuesto, indefectiblemente, por la escritura pública hipotecaria y el título ejecutivo de la obligación.

Adicionalmente, al título ejecutivo, sea simple o complejo, la demanda de ejecución debe cumplir con los requisitos especiales señalados en el artículo 720° del C.P.C., entre los que destaca, por haber generado dudas entre los operadores judiciales⁹⁷, el denominado “saldo de cuenta deudor” (inc. 2 del art. 720° CPC), el mismo que es simplemente un cálculo unilateral efectuado por el acreedor ejecutante sobre el estado actual de la deuda. En otras palabras, la determinación del monto total de la deuda cobaturada al momento de formularse la demanda, que incluye el capital, los intereses aplicables, las primas de seguro, las penalidades y otros costos que hayan sido pactados y puedan imputarse a la obligación, teniendo en cuenta, además, las amortizaciones que el deudor ejecutado pueda haber realizado. Por esta razón, la determinación cuantitativa de la deuda no solamente está sujeta a cuestionamiento por parte del ejecutado en su contradicción, sino también al control de oficio por el juez de

⁹⁷ Al respecto ARIANO (2003, p. 449) da una pormenorizada relación de las “sorprendentes” respuestas que nuestra Corte Suprema formuló sobre la naturaleza del instrumento denominado “estado de cuenta de saldo deudor”. A continuación, reproducimos algunas de las casaciones más curiosas citadas por la gran procesalista peruana: “el proceso de ejecución de garantías es una acción real (¡sic!) que corresponde al titular de un derecho real de garantía, para hacer efectiva la venta de la cosa, por incumplimiento de la obligación garantizada, lo (sic) que se despacha en virtud del **título ejecutivo constituido por el documento perfecto que contiene la garantía, copulativamente con el estado de cuenta de saldo deudor**”; “en el proceso de ejecución, **el título de ejecución está constituido por el documento que contiene la garantía copulativamente con el estado de cuenta deudor**... y no por los títulos valores que se pueden anexar para acreditar el desembolso del dinero.”; “la exigencia contenida en el art. 720° del CPC [texto original] no incluye la de recaudar el pagaré o algún otro documento que acredite el saldo deudor que el ejecutado no haya pagado, **bastando con la presentación del documento que contiene la garantía y el estado de cuenta de saldo deudor**.”; entre otros. De los párrafos resaltados, la autora en comentario sostiene que nuestro órgano supremo no terminaba de decidirse si el “estado de cuenta de saldo deudor” era o no un instrumento que formaba parte “copulativamente del título ejecutivo que sustentaba el inicio del proceso. Actualmente, queda claro que dicho instrumento no es parte del título ejecutivo -salvo una excepción-, sino que es un instrumento emitido unilateralmente por el acreedor sujeto a calificación judicial y a cuestionamiento del ejecutado, que sirve para calcular el monto total de la deuda puesta a cobro.

la causa, quien deberá verificar que no se estén aplicando, al cálculo de la deuda, intereses prohibidos⁹⁸ o se incurra en prácticas proscritas de anatocismo (capitalización ilícita de intereses⁹⁹). Este instrumento es, entonces, solamente un requisito de la demanda más no forma parte del título ejecutivo, salvo en supuestos excepcionales que son exclusivamente aplicables a las entidades del sistema financiero¹⁰⁰ (inciso 7 del artículo 132° de la Ley N° 26702).

Al tratarse de un proceso de ejecución, la admisión de la demanda está fusionada con el acto de requerimiento del pago de la obligación adeudada, a través de la emisión del mandato de ejecución (art. 721° CPC), con el cual se emplaza al sujeto deudor, en su condición de obligado personal, y, también, al propietario del inmueble gravado en su condición de afectado con la ejecución. Ambos sujetos, en calidad de litisconsortes necesarios pasivos, como ya se ha dicho. El apercibimiento judicial contenido en el mandato de ejecución es por una suma líquida y debe cumplirse a los 03 días de recibido el emplazamiento, el mismo que contiene una orden muy sencilla: la exigencia al deudor para que cumpla con pagar toda la deuda coberturada o, de lo contrario, se procede a la ejecución forzada del inmueble gravado

⁹⁸ En efecto el Código Civil prescribe: “**Artículo 1243.-** La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. / Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor.”

⁹⁹ Así lo regula el Código Civil: “**Artículo 1249.-** No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.” Sin embargo, la capitalización de intereses también puede ser un acuerdo lícito siempre y cuando se sujeten a las limitaciones impuestas (“**Artículo 1250.-** Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.”).

¹⁰⁰ Al respecto en el literal b.3 del II Precedente del Observancia Obligatorio contenido en el VI Pleno Casatorio Civil, se señala lo siguiente: “b.3. Tratándose de operaciones distintas a las indicadas en los dos acápite anteriores [operaciones en cuenta corriente y operaciones materializadas en títulos valores], documento que contenga la liquidación de saldo deudor conforme a lo establecido en el artículo 132 inciso 7 de Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, suscrito por apoderado de la entidad del sistema financiero con facultades para liquidación de operaciones, detallando cronológicamente los cargos y abonos desde el nacimiento de la relación obligatoria hasta la fecha de la liquidación del saldo deudor; así mismo la parte ejecutante puede presentar prueba idónea y especialmente documental, para acreditar la obligación objeto de la demanda, teniéndose en cuenta para ello los fines de los medios probatorios previstos en el artículo 188 del Código Procesal Civil.”

(esto es, remate, adjudicación y pago al acreedor conforme a los arts. 725° y 726° del C.P.C., respectivamente). Dentro de aquel mismo plazo, 03 días, los ejecutados pueden contradecir la ejecución, pero sus posibilidades de defensa se encuentran acotadas o restringidas a la prueba documental de haber pagado, a la nulidad formal del título ejecutivo o a la inexigibilidad de la obligación (arts. 690-D y 722° del CPC). No habiendo sido cumplido el requerimiento de pago o habiéndose declarado infundada la contradicción realizada, se emitirá la orden de remate, procediéndose a la ejecución forzada.

Sin perjuicio de las diversas formalidades de publicidad y plazos que pueden acarrear la nulidad formal del acto del remate (arts. 733° y 734° CPC), debe tenerse en cuenta que una vez practicado, esto es, vendido el bien a un postor que haya participado en el acto público del remate, adjudicada la propiedad a este último (art. 739° CPC), levantados todos los gravámenes que pesaban sobre el inmueble y los derechos de uso y disfrute constituidos con posterioridad al gravamen ejecutado (inc. 2, art. 739° CPC), deberá efectuarse -finalmente- el pago al acreedor ejecutante (art. 746° CPC). En este punto, el órgano jurisdiccional deberá tener en cuenta, como límite cuantitativo, el monto del gravamen y el orden de preferencia o rango para hacer el pago (art. 747° CPC). Por lo que no necesariamente ordenará la entrega de un monto que equivalga al íntegro de la deuda coberturada al ejecutante de mayor rango, sino solamente aquella parte que esté dentro del monto máximo del gravamen hipotecario que haya sido pactado, cualquier exceso será deuda común, quirografaria o no garantizada y, si bien, podrá ser cobrada dentro del mismo proceso (art. 724° CPC) contra el saldo o remanente dinerario del precio remate, tendrá que ser afectada a solicitud expresa del acreedor ejecutante y siempre que el inmueble haya continuado perteneciendo al deudor hasta el acto del remate. Esto, precisamente, porque si el bien ejecutado es de un tercer constituyente o adquirente, el saldo -después de efectuado el pago- le corresponderá a este sujeto a quien deberá ser indefectiblemente entregado (segundo párrafo, *in fine*, art. 747° del CPC). El pago al acreedor ejecutante y el lanzamiento de quien se encuentre poseyendo el inmueble a favor del postor adjudicatario, serán los últimos actos por realizar en este singular proceso ejecutivo.

2.8. La extinción del derecho de hipoteca.

La hipoteca al ser un elemento accesorio al crédito comparte su naturaleza transitoria, esto es no tener vocación de perpetuidad como otros derechos reales. En tal sentido, el gravamen hipotecario nace para extinguirse en algún momento, pero los supuestos en los que se produce la muerte de este derecho real hipotecario son muy variados, desde situaciones que podríamos denominar fisiológicas o normales, donde la hipoteca se extingue como consecuencia del cumplimiento de la obligación garantizada, hasta circunstancias muy singulares que afectan únicamente al gravamen como la extinción de su objeto o la consolidación de sujeto acreedor y propietario en una misma persona. Inclusive, se van a presentar casos de extinción que no estaban contemplados originalmente en el Código Civil, como la caducidad hipotecaria que se encuentra regulada en una ley especial, y otros que han sido una creación de las decisiones vinculantes del Tribunal Registral peruano, como el levantamiento de la hipoteca por la extinción de la persona jurídica acreedora. En los siguientes párrafos trataremos de dar una visión muy sintética de todos estos supuestos.

2.8.1. Los supuestos de extinción hipotecaria del artículo 1122° CC.

En el inciso 1 del artículo 1122° C.C. se establece que, el gravamen hipotecario se acaba si es que se extingue la obligación que garantiza, lo cual nos reconduce al mecanismo fisiológico que le pone fin a una deuda, a saber, el pago o ejecución íntegra de la prestación debida por el obligado (art. 1220° CC). Sin embargo, esta no es la única modalidad para ponerle fin a una obligación, ya que esta relación jurídica puede extinguirse por dación en pago (art. 1265° CC), novación¹⁰¹ (art. 1277° CC), compensación¹⁰² (art. 1288° CC),

¹⁰¹ Mediante el acuerdo novatorio se crea una nueva obligación con la finalidad de extinguir una anterior, pudiendo sustituirse una prestación original por otra como objeto de la nueva relación obligatoria manteniéndose las partes (novación objetiva) o, manteniéndose la prestación original, se sustituye a alguna de las partes en nuevo vínculo (novación subjetiva). Sin embargo, independientemente de la clase de novación ante la que nos encontremos, no se transmiten a la nueva obligación las garantías que se hayan constituido para la primigenia (art. 1283 CC), salvo pacto en contrario y siempre que se cuente con el consentimiento de los constituyentes de las garantías.

¹⁰² Si bien por la compensación se pone fin a obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, que tengan acreedor-deudor y deudor-acreedor simultáneamente, en cuanto a las garantías el Código establece que: “**Artículo 1291.-** El garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor.” Si bien este artículo parecería estar directamente vinculado a las garantías personales (como la fianza p.e.), no veo obstáculo para que un garante hipotecario pueda oponerlo al acreedor que pretende ejecutar el inmueble gravado.

condonación¹⁰³ (art. 1295° CC), consolidación¹⁰⁴ (art. 1300° CC), transacción¹⁰⁵ (art. 1302 CC) y mutuo disenso¹⁰⁶ (art. 1313° CC). En todos estos supuestos, se pone fin al elemento principal que conforma la estructura jurídica de la cual la hipoteca es un elemento accesorio. En tal sentido, se cumple el conocido aforismo “la suerte de lo principal la sigue lo accesorio”, lo cual justificaría la extinción del gravamen hipotecario.

El segundo inciso del artículo del 1122°, en cuestión, también se enmarca en la lógica detallada en el párrafo anterior, ya que dispone que la hipoteca se acaba por “anulación,

¹⁰³ Con respecto a la condonación, debe tenerse en cuenta que la extinción de la obligación por voluntad del acreedor y con el asentimiento del deudor implica simultáneamente el fin de los elementos accesorios, como las garantías que se hayan prestado. Sin embargo, el Código también contempla la posibilidad de extinguir por condonación solamente los elementos accesorios manteniendo la obligación principal incólume. Así lo regula el Código: “**Artículo 1296.-** La condonación a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes. / La condonación efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó.”

¹⁰⁴ Si bien la consolidación puede extinguir una obligación, cuando la posición de acreedor y deudor en la relación es ocupada por la misma persona por cualquier causa, debe tenerse en cuenta que esta situación puede ser transitoria, ya que puede restituirse “la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona” (art. 1301° CC). Por esta razón, las garantías que se hayan prestado para el crédito que ha caído en situación de consolidación, se mantendrán mientras la consolidación sea transitoria y no se haya tornado definitiva, con la consecuente extinción del vínculo obligatorio.

¹⁰⁵ Una norma que es especialmente interesante es el artículo 1310° CC, según el cual la transacción es indivisible y si alguna de sus disposiciones es nula o se anulase, quería sin efecto todo el acto. Ahora bien, con respecto a las garantías prestadas para aquellas obligaciones que fueron extinguidas como consecuencia de la transacción, el segundo párrafo de esta norma establece lo siguiente: “En tal caso, se restablecen las garantías otorgadas por las partes pero no las prestadas por terceros.” En tal sentido, si la hipoteca, por ejemplo, había sido constituida por un tercero o el bien ha sido adquirido por un tercero, el gravamen hipotecario no podrá ser restituido aun cuando la obligación principal vuelva a existir entre las partes originales.

¹⁰⁶ De acuerdo con el Código Civil, “**Artículo 1313.-** Por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto. Si perjudica el derecho de tercero se tiene por no efectuado.” Al respecto debe tenerse en cuenta que pueden darse supuesto en los cuales el crédito hipotecario ha sido cedido a un tercero o, en todo caso, el rango hipotecario ha sido cedido a otro acreedor. En estos casos, cuando se haya derivado un derecho del vínculo obligatorio, el mutuo disenso celebrado entre las partes originales carecerá de efectos jurídicos frente al tercero que ya ostenta una posición de la que se ha apropiado.

rescisión o resolución de dicha obligación”. Sin embargo, vale la pena hacer una aclaración, ya que, si bien, en estos casos la obligación va a desaparecer, lo hace de manera indirecta al haberse privado de efectos al acto jurídico de donde aquella nace. Esto, precisamente, porque la ineficacia es una sanción que se impone a un acto jurídico, dependiendo de la gravedad y el momento de la configuración del vicio del cual adolece, podrá ser originaria o estructural, pero también puede ser de manera sobreviniente a la celebración del acto jurídico. En cualquiera de estos supuestos, a lo que se pone fin es al negocio jurídico y, consecuentemente, a sus efectos entre los cuales se encuentra la obligación, lo que termina afectando también a la garantía hipotecaria que se habría prestado como elemento accesorio.

Sin embargo, como cualquier derecho patrimonial, la hipoteca es renunciable por decisión de su titular, a saber, el acreedor sin necesidad de expresar causa o motivo. Si bien este supuesto de extinción es equiparable al abandono como causal de pérdida de derechos de propiedad, para hacerse efectiva deberá constar por instrumento público notarial y ser inscrita ante el Registro correspondiente. En aplicación del principio registral de titulación auténtica (art. 2010° CC) según el cual toda mutación en el registro debe efectuarse por regla general mediante un instrumento que tenga la naturaleza de público.

Un supuesto muy particular en torno a la extinción de la hipoteca como derecho real de garantía es la destrucción física del inmueble sobre el cual recae. Esta desaparición de la hipoteca se producirá cuando no subsista ningún derecho que esté vinculado al inmueble destruido, ya que de lo contrario la hipoteca cambiará de objeto o mutará de naturaleza para seguir protegiendo al acreedor. Por ejemplo, en el caso de un inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal, en un edificio, por ejemplo. Si la estructura física que lo sustenta se desploma, debemos tener en cuenta que la propiedad sobre las zonas comunes subsiste en el porcentaje de participación que le correspondía a cada uno de los propietarios de las unidades de propiedad exclusiva. En este caso, si bien la hipoteca se habría extinguido con respecto a la propiedad sobre un bien que ya no existe, mutaría de objeto hacia la alícuota que le correspondería al copropietario del suelo común. Asimismo, en el caso que el inmueble se encontrara asegurado, la hipoteca se extenderá a la indemnización que beneficia al propietario mutando de naturaleza, ya que se convertiría en una suerte de garantía mobiliaria

sobre dinero. Un supuesto semejante sucede para el caso de la expropiación, en el cual el gravamen hipotecario se extiende y toma por objeto a la indemnización justipreciada. Entonces, podemos concluir que la extinción por destrucción del inmueble se dará solamente cuando no subsista ninguna clase de derecho vinculado al bien que dejó de existir.

El último supuesto que prevé el artículo 1122° en su inciso 3., hace referencia a la consolidación hipotecaria, la cual se da cuando confluyen en una misma persona las calidades de acreedor hipotecario y propietario del inmueble gravado, independientemente de la causa de adquisición del derecho. En una circunstancia como esta, basta que el registrador público constate que en la partida registral de inmueble figure como propietaria la misma persona a favor de quien se otorgó la hipoteca, para que esta se extinga de pleno derecho¹⁰⁷. Se justifica la existencia de este supuesto en que no tiene razón de ser atribuir un derecho de realización forzosa o venta judicial del inmueble a una persona que lo tiene dentro de su patrimonio y, por lo tanto, puede disponer del bien a voluntad.

2.8.2. La caducidad del asiento de inscripción de la hipoteca, su renovación y su reinscripción.

La Ley N° 26639, publicada el 27.06.1996 en el diario oficial E.P., fue emitida con la finalidad de que los gravámenes y medidas judiciales inscritas, que no hayan sido ejecutadas

¹⁰⁷ En este sentido, el TR sostiene categóricamente que: “4. Por otro lado, cabe señalar que como se trata de un caso de extinción por imperio de la ley, y no por voluntad del acreedor, podemos afirmar que estamos frente a un caso de extinción automática de la hipoteca, provocada precisamente en virtud del acto adquisitivo de la propiedad que ingresa en el Registro. Por tanto, para la cancelación de la inscripción de la hipoteca extinguida no se requiere consentimiento cancelatorio alguno del titular. Lo esencial es que el acto constitutivo que origina la extinción por confusión, acuda al Registro, de modo tal que si se inscribe dicho acto, entonces, de los propios asientos registrales aparecerá tal extinción por confusión de la hipoteca. Dicho acto constitutivo será la adquisición de la propiedad por el acreedor hipotecario. / 5. El literal a) del artículo 94 del Reglamento General de los Registros Públicos, prescribe que “la cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas se extiende, cuando se extingue totalmente el bien, la persona jurídica o el derecho inscrito.”. En concordancia con este dispositivo, el artículo 98 del acotado Reglamento, prevé: “La extinción del derecho inscrito se acreditará mediante la presentación de título suficiente, o cuando del mismo asiento o título archivado se advierta que la extinción se ha producido de pleno derecho”. Conforme a lo señalado, habiéndose extinguido el derecho de hipoteca, procede la inscripción de la cancelación. Ello queda acreditado con el asiento de adquisición de la propiedad por parte del acreedor de la garantía.” (Resolución N° 176 -2021-SUNARP-TR-L del 28 de enero de 2021).

dentro de un plazo razonable, pudiesen extinguirse y los bienes afectados por ellas vuelvan a circular libremente. Sin embargo, esta Ley sufrió serias modificaciones y, actualmente, sólo se mantiene vigente el texto original de su artículo 3°, que a la letra dispone:

“Artículo 3°.- Las inscripciones de las hipotecas, de los gravámenes y de las restricciones a las facultades del titular del derecho inscrito y las demandas y sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles, se extinguen a los 10 años de las fechas de las inscripciones, si no fueran renovadas.

La norma contenida en el párrafo anterior se aplica, cuando se trata de gravámenes que garantizan créditos, a los 10 años de la fecha de vencimiento del plazo del crédito garantizado.”

Ahora bien, de acuerdo con el Tribunal Registral: “(...) la finalidad de esta Ley es limpiar las partidas registrales de aquellas garantías reales que se presume se han extinguido (en ese sentido. Caben distintas suposiciones, como por ejemplo que se haya cumplido con la obligación garantizada pero que; sin embargo, no se haya solicitado la cancelación del asiento respectivo o que no habiéndose cumplido con la obligación no se haya iniciado la acción correspondiente (personal o real) dentro del plazo legal, sancionando de este modo la inacción del acreedor hipotecario, etc.)” Por esta razón, la aplicación de este plazo de “caducidad” del asiento de inscripción de una hipoteca, ha sido precisado en el artículo 120^{o108} del RIRP y en diferentes decisiones adoptadas por el TR, ya que los supuestos para

¹⁰⁸ “Artículo 120.- Caducidad de la inscripción de los gravámenes.

La inscripción de los gravámenes a que se refiere el primer párrafo del artículo 3 de la Ley N° 26639 caduca a los 10 años de la fecha del asiento de presentación del título que los originó. Se encuentran comprendidas dentro de este supuesto las inscripciones correspondientes a gravámenes que garantizan obligaciones que no tienen plazo de vencimiento; en éstas deberá entenderse que la obligación es exigible inmediatamente después de contraída, en aplicación del artículo 1240 del Código Civil, salvo que el plazo se hubiera hecho constar en el Registro, en cuyo caso el cómputo se hará conforme al siguiente párrafo.

En el caso de gravámenes que garantizan créditos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley N° 26639, la inscripción caduca a los 10 años contados desde la fecha de vencimiento del crédito, siempre que éste pueda determinarse del contenido del asiento o del título. Tratándose de inscripciones correspondientes a gravámenes que garantizan obligaciones que remiten el cómputo del plazo a un documento distinto al título archivado y dicho documento no consta en

determinar el inicio del cómputo del plazo de caducidad se van a configurar, sustancialmente, en los siguientes casos:

- Para los gravámenes que garantizan obligaciones que no tienen plazo de vencimiento y, por ende, se entiende que ya son exigibles en aplicación del artículo 1240° del Código Civil, el cómputo para la caducidad de la hipoteca se inicia en la fecha del asiento de presentación del título con el que se solicitó la inscripción de la hipoteca.
- Las que garantizan obligaciones en las que el plazo de vencimiento consta expresamente en el asiento o en el título archivado y es posterior a fecha del asiento de presentación al Registro. Para este caso la caducidad se computa a partir del vencimiento del crédito¹⁰⁹. Dentro de este supuesto se encuentran aquellas obligaciones cuyo pago se realiza periódicamente en cuotas o armadas, donde el plazo

el Registro, así como las que garantizan obligaciones futuras, eventuales o indeterminadas que por su naturaleza o por la circunstancias que consten en el título no estén concebidas para asegurar operaciones múltiples, sólo caducarán si se acredita fehacientemente con instrumento público el cómputo del plazo o el nacimiento de la obligación, según corresponda, y ha transcurrido el plazo que señala este párrafo, contado desde la fecha de vencimiento de la obligación garantizada.

Lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley N° 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de las empresas del sistema financiero.”

¹⁰⁹ Un supuesto que se enmarcaría en este inciso, solo por el inicio del plazo del cómputo, es aquel en el que las partes han acordado que el dinero prestado será entregado a la fecha de la inscripción de la hipoteca. En tal sentido, puede advertirse que se trata en realidad de una obligación sometida a una condición suspensiva, esto es, no se generarán las obligaciones (de entregar y, consecuentemente, restituir lo prestado) hasta que no se cumpla con el hecho futuro e incierto de la inscripción registral, momento a partir del cual se presumirá que se ha cumplido la condición pactada por las partes y vencida la obligación de restitución para que pueda iniciarse cómputo del plazo de caducidad de la hipoteca. En este sentido, el PLENO N° 8-2004 del Tribunal Registral, realizado en la sesión ordinaria realizada los días 13 y 14 de agosto de 2004 y cuyos acuerdos fueron publicados en el diario oficial “El Peruano” el 1 de octubre de 2004, se adoptó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

“5.- LA CADUCIDAD DE HIPOTECAS CUANDO EL PLAZO DE VENCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA DEBE CONTARSE DESDE LA ENTREGA DEL DINERO MUTUADO

“Cuando se hubiera pactado que el plazo para devolver la suma mutuada se contaría desde la entrega, y ésta tendría lugar a la inscripción de la hipoteca en el Registro, se presume que la entrega se efectuó según lo acordado y en consecuencia resulta posible determinar la fecha de inicio del cómputo del plazo de caducidad a que se refiere el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley N° 26639”.

Criterio adoptado en las Resoluciones N° 292-2003-SUNARP-TR-L del 9 de mayo de 2003, N° 307-2003-SUNARP-TR-L del 16 de mayo de 2003 y N° 268-2004-SUNARP-TR-L del 30 de abril de 2004.”

de caducidad de la hipoteca se computará desde la fecha de vencimiento de la última cuota. Sin embargo, para cálculo del plazo de la obligación, esto es para determinar la fecha de vencimiento de la primera cuota mensual deberá atenderse a lo estipulado en el contrato o, en defecto de pacto, se presumirá que la primera cuota vencerá luego de transcurrido un mes de la fecha cierta de celebración del contrato¹¹⁰.

- Para las hipotecas que garantizan obligaciones que remiten el plazo a un documento distinto al título archivado y dicho documento no consta en el Registro, caducarán si se acredita fehacientemente con instrumento público el vencimiento o nacimiento de obligaciones, luego de haber transcurrido el plazo de 10 años¹¹¹.
- Igualmente, las hipotecas que garantizan obligaciones futuras, eventuales o indeterminadas que no contengan a su vez obligaciones ciertas u otros actos jurídicos, caducarán si se acredita fehacientemente con instrumento público el vencimiento o nacimiento de obligaciones luego de haber transcurrido el plazo. Sin embargo, el TR ha adoptado un criterio que precisa el sentido de esta disposición, para aquellas hipotecas que garantizan obligaciones indeterminadas, futuras o eventuales que no

¹¹⁰ Este es, precisamente, la posición adoptada por el Tribunal Registral en el X PLENO (10-2005) realizado en la sesión ordinaria realizada los días 8 y 9 de abril de 2005 y cuyos acuerdos fueron publicados en el diario oficial “El Peruano” el 9 de junio de 2005. En efecto, en el precedente número 14 se estableció lo siguiente:

“14.- CÓMPUTO DEL PLAZO PARA LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

Para el cómputo del plazo de caducidad establecido en el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 26639, cuando en un contrato se haya pactado que el vencimiento de las cuotas es mensual y no exista algún período de gracia para dar inicio al cómputo del vencimiento de la primera cuota, debe interpretarse que el pago de la primera armada se efectuará luego de transcurrida un mes de la fecha cierta de celebración del contrato.

Criterio adoptado en las Resoluciones N° 364-2003-SUNARP-TR-L del 13 de junio de 2003, N° 649-2003-SUNARP-TR-L del 10 de octubre de 2003, N° 423-2003-SUNARP-TR-L del 9 de julio de 2004 y N° 599-2004-SUNARP-TR-L del 14 de julio 2004.”

¹¹¹ En entre los acuerdos plenarios adoptados en el Pleno N° 60 (LX)-2010, realizado en la sesión extraordinaria modalidad no presencial realizada el día 17 de junio de 2010, tenemos el siguiente:

“2.- CADUCIDAD DE HIPOTECAS QUE GARANTIZAN OBLIGACIONES MIXTAS.

“Tratándose de hipotecas que garantizan obligaciones mixtas, una nacida con la hipoteca y otras futuras y/o eventuales, caducarán si se hace constar el nacimiento de la obligación y el vencimiento del plazo, conforme lo señala el segundo párrafo del artículo 87 del R.I.R.P”.

Como puede advertirse, cuando estemos ante una hipoteca que garantiza varios tipos de créditos (unos ciertos y otros futuros o eventuales), la caducidad se computará en función a todos y cada uno de los créditos garantizados. Debiendo cumplirse en cada caso el plazo de caducidad para cada tipo de crédito.

llegaron a nacer efectivamente y, por lo tanto, **no garantizan crédito alguno**. Estos casos se aplicará el plazo de caducidad previsto en el previsto en el primer párrafo del artículo 3° de la Ley N° 26639, esto es 10 años contados desde la fecha de presentación del título¹¹².

Cabe señalar que si bien, la caducidad de un gravamen inscrito resulta una sanción fuerte, sobre todo cuando estamos ante un plazo relativamente breve (solamente 10 años). También debemos tener en cuenta que los derechos patrimoniales de garantía están vinculados a la existencia de un elemento principal, esto es un crédito que también tiene naturaleza temporal, por lo que su transitoriedad le es connatural. De otro lado, mantener afectados bienes por muchos años sin que se efectivicen las facultades de realización de valor, termina perjudicando económicamente a propietarios y a eventuales adquirentes. Sin embargo, el

¹¹² Hace ya casi dos décadas el TR adoptó un acuerdo en el Pleno N° 7 (VII) - 2004, llevado a cabo en la sesión ordinaria realizada los días 13 y 14 de agosto de 2004, sobre la cancelación de hipotecas que garantizan obligaciones indeterminadas, en el siguiente sentido: **“Si una hipoteca se ha inscrito en garantía de obligaciones indeterminadas, procede su cancelación en virtud del primer párrafo del artículo 3 de la Ley 26639”**. Este primer criterio, a pesar del tiempo y después de tres reglamentos del Registro de Predios, se ha mantenido con ligeras modificaciones. En efecto, entre los acuerdos adoptados en el Pleno N° 100 (C) – 2012, en la sesión ordinaria modalidad presencial realizada los días 06 y 07 de diciembre de 2012, se aprobó el siguiente criterio:

“1. CADUCIDAD DE HIPOTECAS QUE GARANTIZAN OBLIGACIONES FUTURAS, EVENTUALES O INDETERMINADAS

“De no constar en la partida registral o en la declaración jurada del interesado el nacimiento de alguna obligación, el plazo de caducidad de las hipotecas que garantizan obligaciones futuras, eventuales o indeterminadas se computará desde la fecha de inscripción del gravamen, pues el artículo 87 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios sólo regula la caducidad de las hipotecas que garantizan obligaciones futuras, eventuales o indeterminadas que llegaron a nacer.

Tratándose de hipotecas que aseguren obligaciones mixtas (ciertas y futuras o eventuales cuyo nacimiento no conste de la partida o de la declaración jurada del interesado) sólo caducarán transcurridos íntegramente cada uno de los plazos aplicables a ambos tipos de obligaciones.”

Asimismo, ya durante la vigencia del RIRP vigente (del año 2013), el TR ratificó el criterio antes expuesto mediante un nuevo acuerdo plenario, esto es en el Pleno N° 110 (CX) -2013 llevado a cabo en la sesión extraordinaria modalidad no presencial realizada el día 26 de setiembre de 2013, en la que se aprobó confirmar la VIGENCIA DE ACUERDO ADOPTADO EN EL PLENO 100 (C) – 2012, en los siguientes términos: “El Art. 120 del nuevo Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios no ha modificado el acuerdo adoptado en el Pleno C, acerca de caducidad de hipotecas que garantizan obligaciones futuras o eventuales”.

mismo sistema registral ha dispuesto mecanismos administrativos para que un acreedor - mínimamente- diligente pueda evitar la caducidad de su gravamen (hipotecario), como son la renovación y la reinscripción. Lo que significa también que aun cuando la hipoteca se haya extinguido por la caducidad definitiva de su asiento de inscripción, el crédito puede seguir extendiendo, aunque ya no contará con la garantía que le daba prioridad y preferencia para el cobro sobre un inmueble determinado.

Finalmente, debemos mencionar que la caducidad no se aplica para determinados acreedores que -por una excepción expresamente establecida en una norma legal- evita que los gravámenes que se hayan extendido a su favor caduquen. Entre los diferentes supuestos especiales donde la caducidad no se aplica por la singular condición del acreedor¹¹³, el más

¹¹³ De acuerdo con el artículo 4° de la Ley N° 29770, Ley que optimiza la Gestión de los Recursos que Administra el Banco de Materiales SAC (BANMAT) publicada en el diario oficial El peruano el 26.07.2011, los gravámenes que fueron transferidos a esta entidad por otras (como FONAVI) o que hayan sido otorgadas por el BANMAT no están sometidas al plazo de caducidad establecido en la Ley N° 26639. Así se ha quedado regulado bajo las siguientes reglas aprobadas por norma antes mencionada:

“Artículo 4. Derechos reales de garantías. Las hipotecas u otras garantías reales pactadas o inscritas a favor del Banco de Materiales SAC (Banmat), así como aquellas otras hipotecas u otras garantías inscribibles en los registros de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp), que se hubieran pactado o inscrito a favor de las entidades que transfirieron o transfieran cartera al Banmat en virtud de la Ley 26969, Ley de extinción de deudas de electrificación y de sustitución de la contribución al FONAVI por el impuesto extraordinario de solidaridad; Ley 27044, Ley complementaria a la Ley 26969, Ley de extinción de deudas de electrificación y sustitución de la contribución al FONAVI por el impuesto extraordinario de solidaridad; Decreto Supremo 016-2003-VIVIENDA, Transferencia al BANMAT de inmuebles y carteras de créditos; Decreto Supremo 109-2003-EF, Reglamento de la ley de uso de los recursos de la liquidación del FONAVI; la presente Ley y demás normas complementarias y conexas, cualquiera sea su denominación o la razón con la que se hayan inscrito, reciben el siguiente tratamiento:

1. Si dichas garantías se encuentran dentro de los diez años de haberse inscrito, no pierden su vigencia con el transcurso del tiempo y su liberación y extinción solo se produce a solicitud del propio Banco de Materiales SAC (Banmat).
2. Las futuras hipotecas o demás garantías que se inscriban en los registros de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) a favor de Banco de Materiales SAC (Banmat) en virtud de los actos o contratos que celebre no pierden su vigencia con el transcurso del tiempo, son inextinguibles y su cancelación o levantamiento solo se produce a solicitud del propio Banmat.
3. Estas acciones comprenden las garantías que se refieran a créditos por contratos de mutuo con garantías reales, la inscripción de la hipoteca en garantía del saldo de precio de venta de los predios respectivos o en los casos de garantías mobiliarias, según corresponda.”

Al respecto el TR en el CCXX PLENO (220-2019), llevado a cabo en la sesión ordinaria modalidad presencial realizada los días 12 y 13 de diciembre de 2019, ha aprobado el siguiente criterio:

relevante lo encontramos cuando la acreedora hipotecaria tiene la naturaleza de entidad del sistema financiero, precisamente, porque el artículo 172° de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, Ley N° 26702, excluyó a los gravámenes constituidos a favor de estas empresas del plazo de caducidad en cuestión. Sin embargo, debe precisarse que la ley de bancos antes citada entró en vigor el 9 de setiembre de 1996, razón por la cual todos los gravámenes cuyo plazo de caducidad se cumplió hasta un día antes de la vigencia de esta norma si habrían caducado, aun cuando el acreedor sea una entidad del sistema financiero, debido a la irretroactividad de los efectos de las leyes. En otras palabras, si el plazo de caducidad del asiento de inscripción de la hipoteca constituida a favor de una entidad del sistema financiero se cumplió antes de la entrada en vigor de la Ley N° 26702, podrá aplicarse este supuesto especial de extinción hipotecaria¹¹⁴.

“3. REGLAS PARA LA APLICACIÓN DEL INCISO 1) DEL ARTÍCULO 4° DE LA LEY 29770

Toda garantía real constituida a favor de Banmat y demás entidades comprendidas en la Ley 29770 inscrita desde el 27.07.2001 en adelante, no caduca.

Si la garantía se inscribió hasta el 26.07.2001 debe verificarse si a la fecha de presentación del título con el que se solicita la cancelación, transcurrió el plazo de caducidad conforme a la Ley 26639.

Criterio sustentado en la Resolución N° 721-2019-SUNARP-TR-T del 25.09.2019 y N° 2514-2019- SUNARP-TR-L del 27.09.2019.”

Como puede advertirse el criterio de aplicación es bastante sencillo, ya que la Ley en cuestión (Ley N° 29770) entró en vigencia el 27/07/2011, todas las hipotecas del BANMAT cuyo plazo de caducidad de 10 años se cumplió hasta el 26/07/2011 se habrían extinguido ya que la exención no les sería aplicable por el principio de la irretroactividad de la ley. Esto significa que, remontándonos 10 años atrás solamente sería aplicable la caducidad a aquellas hipotecas del BANMAT constituidas (esto es, registradas) hasta el 26.07.2001 siempre y cuando se cumplan las condiciones para este tipo de extinción especial. Empero, para aquellas constituidas después de esta fecha (a partir del 27.07.2001) ya no será aplicable la caducidad en ningún caso porque el plazo ya no podría computarse por imperio de la Ley.

¹¹⁴ Al respecto en el PLENO (2-2003) del Tribunal Registral, realizada los días 29 y 30 de noviembre de 2002 y cuyos acuerdos fueron publicados en el diario oficial “El Peruano” el 22 de enero de 2003, se adoptó el siguiente Precedente de Observancia Obligatoria:

“14.- CADUCIDAD DE GRAVÁMENES CONSTITUIDOS A FAVOR DE ENTIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO. “Pueden cancelarse en mérito a la Ley N° 26639 los gravámenes cuyo plazo de caducidad se haya cumplido entre el 25 de setiembre de 1996 (fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 26639) y el 9 de diciembre de 1996 (fecha de publicación de la Ley N° 26702), aun cuando hayan sido constituidos a favor de entidades del sistema financiero”. Criterio adoptado en la Resolución N° 040-2002-ORLL/TR del 22 de marzo de 2002, publicada el 5 de abril de 2002.”

2.8.2.1. Renovación de hipoteca.

La última oración del primer párrafo del artículo 3° de la Ley N° 26639 prevé la posibilidad de renovar la hipoteca a secas. Sin establecer cuál es el mecanismo para la renovación, por lo que podría inducir a pensar que, al tener el gravamen un origen consensual (entre acreedor y propietario), la hipoteca requerirá para su “renovación” ante el Registro la intervención de ambos sujetos, máxime, si estamos ante un supuesto de caducidad. Sin embargo, esta no ha sido la interpretación que el TR y la SUNARP han asumido al respecto, ya que, para la renovación registral de la hipoteca, solamente se requiere la solicitud unilateral del acreedor con firma certificada, antes de que se haya cumplido el plazo de caducidad (artículo 125° del RIRP¹¹⁵). En un escenario como este, el plazo de 10 años, independientemente del supuesto en el que nos encontramos, se renovará automáticamente desde la fecha del asiento de presentación de la solicitud correspondiente (artículo 126° del RIRP¹¹⁶).

2.8.2.2. Reinscripción de hipoteca.

Aun cuando el plazo de caducidad del asiento de inscripción de la hipoteca haya transcurrido se puede solicitar la reactualización de la hipoteca, siempre y cuando esta no haya sido cancelada en el Registro bajo el supuesto de caducidad regulado en el artículo 3° de la Ley N° 26639¹¹⁷. Sin embargo, inclusive, si es que ya se ha inscrito el levantamiento de la

¹¹⁵ “**Artículo 125.- Renovación o Reactualización de los asientos de inscripción.** La renovación de los asientos de inscripción a que se refiere el artículo 3 de la Ley N° 26639, sólo procede cuando a la fecha del asiento de presentación del título de renovación no hubiera operado la caducidad. / La renovación a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en mérito a la solicitud formulada por la persona a cuyo favor se hubiera extendido la inscripción, en la que debe constar su declaración jurada con firma certificada en el sentido que la obligación garantizada no se ha extinguido. / El asiento de reactualización de las inscripciones de las sentencias y demás resoluciones a las que se refiere el artículo 3 de la Ley N° 26639, así como de las anotaciones de demanda y demás medidas cautelares a que se refiere el artículo 625 del Código Procesal Civil, sólo podrá ser extendido en mérito a mandato judicial expreso.”

¹¹⁶ “**Artículo 126.- Caducidad del asiento renovado o reactualizado.** El plazo de caducidad del asiento de inscripción renovado o reactualizado aludidos en el artículo 125 se cuenta desde la fecha del asiento de presentación del título de renovación.”

¹¹⁷ Al respecto debemos recordar que en un inicio el Tribunal Registral estableció un criterio según el cual la reinscripción no procedía cuando se hubiera levantado la misma por caducidad. Así en el PLENO (32-2008) realizado en la sesión ordinaria de fechas 3 y 4 de abril de 2008 (y cuyos acuerdos fueron publicados en el diario oficial “El Peruano” el 11 de junio de 2008), se estableció el siguiente criterio en el precedente número 4: “No procede la reinscripción de una hipoteca

hipoteca por caducidad, se puede solicitar la reinscripción de la hipoteca, siempre y cuando el inmueble aun pertenezca al propietario a quien la hipoteca caduca afectaba. Esto es, que no figure un tercer adquirente del bien después de registrada la caducidad del gravamen. La racionalidad tras la figura de la “reinscripción hipotecaria”, que es una creación del Tribunal Registral, la encontramos en la acreditación de una circunstancia muy particular, a saber, que el acreedor se encuentra en la fase final de la ejecución forzada de la hipoteca (remate) por lo que la acción real en pleno ejercicio no puede decaer por un acto administrativo. Recordemos que la caducidad es una suerte de sanción a la inacción del acreedor de no actuar los mecanismos judiciales de la hipoteca lo que no ocurre en este caso.

Así, con el PLENO N° 187-2018 del TR, llevado a cabo en la sesión extraordinaria modalidad no presencial de los días 11 y 12 de abril de 2018 (cuyos acuerdos fueron publicados en el diario oficial El Peruano el 13.05.2018), se estableció con respecto a la procedencia de reinscripción de hipoteca cuando se demuestra que está en ejecución, el siguiente criterio vinculante:

"Procede la reinscripción de la hipoteca extinguida por caducidad siempre que el predio siga siendo de propiedad del constituyente de la garantía y tendrá efectos desde la fecha en que se realiza, en mérito a solicitud del acreedor hipotecario invocando el título constitutivo del gravamen que obra archivado en el registro y que se encuentra en ejecución, lo cual se acreditará con las copias certificadas del auto de ejecución consentido y la resolución que ordena el remate del bien dado en garantía."

Criterio sustentado en la Resolución N° 851-2018-SUNARP-TR-L del 16.04.2018.

cuando ésta se canceló por caducidad de conformidad con la Ley N° 26639". Sin embargo, esta posición ha sido relativizada en atención a la finalidad misma de la institución de la caducidad hipotecaria, ya que como se ha explicado esta se da sobre todo como un efecto de la inacción de acreedor hipotecario en cuanto a la ejecución de su gravamen y para “liberar” el inmueble de la hipoteca, al presumirse que poco le interesa a su titular (el acreedor). Pero, como si se acredita que el acreedor ya ha iniciado las acciones para la ejecución forzada e inclusive ya se encuentra en etapa de remate judicial, el presupuesto de la caducidad habría desaparecido, esto es la “inacción del acreedor” y, más bien, todo apuntaría a restituir la vigencia de la hipoteca en el registro para que el proceso de ejecución hipotecaria no pierda sentido, salvo que exista el derecho de un tercer adquirente con derecho registrado.

En efecto, como puede advertirse los requisitos que el TR ha establecido para la utilización de este mecanismo, que permite una suerte de “resurrección registral” de la hipoteca, es que lo solicite el acreedor invocando el título archivado que sustentaba la hipoteca caducada, adjuntando, además, las copias certificadas de las actuaciones judiciales que acrediten que la hipoteca se encuentra en la última fase de ejecución (auto de ejecución consentido y la resolución que ordena el remate)¹¹⁸. Asimismo, debe tenerse en cuenta que no procederá la reinscripción si es que el inmueble ha sido adquirido por un tercero después de cumplido el plazo de caducidad¹¹⁹. Sólo en este caso deberá denegarse la solicitud por afectar el derecho de un tercero en aplicación del principio de oponibilidad registral.

2.8.3. La cancelación de la hipoteca por la extinción de la persona jurídica acreedora.

Independientemente de los supuestos de extinción antes estudiados, vamos a encontrar uno que en buena cuenta se sustenta en la aplicación de ciertos principios generales a los derechos subjetivos que han sido “reglamentados”, en un primer momento por la segunda instancia

¹¹⁸ CLXXXVII PLENO Sesión extraordinaria modalidad no presencial realizada los días 11 y 12 de abril de 2018. Publicado en el diario oficial El Peruano el 13.05.2018 PROCEDENCIA DE REINSCRIPCIÓN DE HIPOTECA CUANDO SE DEMUESTRA QUE ESTÁ EN EJECUCIÓN. "Procede la reinscripción de la hipoteca extinguida por caducidad siempre que el predio siga siendo de propiedad del constituyente de la garantía y tendrá efectos desde la fecha en que se realiza, en mérito a solicitud del acreedor hipotecario invocando el título constitutivo del gravamen que obra archivado en el registro y que se encuentra en ejecución, lo cual se acreditará con las copias certificadas del auto de ejecución consentido y la resolución que ordena el remate del bien dado en garantía." Criterio sustentado en la Resolución N° 851-2018-SUNARP-TR-L del 16.04.2018.

¹¹⁹ CCVIII PLENO Sesión ordinaria modalidad presencial realizada los días 10 y 11 de abril de 2019. Publicado en el diario “El Peruano” el 14.05.2019 1. PRECISIÓN AL PRECEDENTE SOBRE REINSCRIPCIÓN DE HIPOTECA ADOPTADO EN EL PLENO CLXXXVII DEL 11 Y 12 DE ABRIL DE 2018 **Procede la reinscripción de la hipoteca extinguida por caducidad siempre que el predio siga siendo de propiedad del constituyente de la garantía** y tendrá efectos desde la fecha en que se realiza, en mérito a solicitud del acreedor hipotecario invocando el título constitutivo del gravamen que obra archivado en el registro y que se encuentra en ejecución, lo cual se acreditará con la copia certificada de la resolución que ordena el remate del bien dado en garantía. Criterio sustentado en la Resolución 851-2018-SUNARP-TR-L del 16.04.2018.” (el énfasis es nuestro)

registrar y, posteriormente, incorporados en los reglamentos registrales del registro de predios. En este sentido, una antigua doctrina entiende que no puede existir en el “mundo de los conceptos jurídicos” un derecho subjetivo sin titular, esto es sin una voluntad que lo ponga en acción y sin un referente subjetivo cuyos intereses privados estén encaminados a ser realizados, lo cual sería particularmente relevante en el caso de una relación obligatoria (y correlativamente con la hipoteca que es su elemento accesorio), donde se requiere la presencia de un acreedor para que actúe las facultades crediticias frente al deudor¹²⁰.

Esta parece haber sido la razón de fondo, para que el Tribunal Registral en el PLENO N° 50-2009, llevado a cabo en la sesión ordinaria realizada los días 3, 4 y 5 de agosto de 2009 (cuyos acuerdos fueron publicados en el diario oficial “El Peruano” el 13 de enero de 2011), apruebe el siguiente criterio vinculante:

“9. CANCELACIÓN DE HIPOTECA CONSTITUIDA A FAVOR DE UNA PERSONA JURÍDICA EXTINGUIDA

“La extinción de la persona jurídica acreedora determina la extinción de la obligación y consecuentemente la extinción de la hipoteca.

En aplicación del principio *iura novit curia* procede disponer la cancelación de una hipoteca por extinción de la acreedora, aun cuando en la rogatoria se haya solicitado la cancelación por caducidad conforme a la Ley 26639”.

Criterio adoptado en las Resoluciones N° 1001-2009-SUNARP-TR-L del 26 de junio de 2009 y N° 095-2009-SUNARP-TR-L del 23 de enero de 2009.”

Ahora bien, actualmente, este criterio se encuentra incorporado al vigente Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado mediante Resolución N° 097-2013-SUNARP-S, en cuyo artículo 127° se establece textualmente:

¹²⁰ Al respecto el Tribunal Registral en la Resolución N° 303-2015-SUNARP-TR-L del 11.02.2015, hace suyo el siguiente concepto como premisa mayor de esta modalidad de extinción hipotecaria: “1. Para que una obligación exista, se necesita de la concurrencia de los siguientes elementos: los sujetos, la relación obligatoria, el objeto y la causa (en su doble acepción: objetiva y subjetiva). / En cuanto a los sujetos, que se denominan deudor y acreedor, toda relación obligatoria requiere de la necesaria presencia de dichos sujetos que vienen a ser las partes de la relación obligatoria. La usencia de uno de ellos determina la extinción de la obligación.”

“Artículo 127.- Garantías constituidas a favor de personas jurídicas extintas

Las garantías constituidas a favor de personas jurídicas extintas se cancelarán, a solicitud del interesado y con la sola verificación de la inscripción de su extinción en la respectiva partida del Registro de Personas Jurídicas, salvo que en virtud a dicha extinción la garantía haya sido adquirida por otra persona.

Lo dispuesto en el párrafo precedente será de aplicación también a las empresas extintas del sistema financiero.”

Como puede advertirse, el presupuesto para aplicar esta modalidad de cancelación hipotecaria es que la extinción de la persona jurídica acreedora se encuentre inscrita en el registro de personas jurídicas y, además, no conste que el patrimonio de aquella haya sido transferido a otras entidades, como podría darse cuando la extinción se ha producido como consecuencia de una reforma estructural (como por ejemplo una escisión, absorción, reorganización simple, entre otras) donde el patrimonio de la persona jurídica es transferido totalmente o en bloques a otras personas jurídicas pudiendo haberse producido una sucesión a título universal (o singular) que implicaría también la transferencia del activo crediticio vinculado a la hipoteca.

2.9. Tipos de hipotecas reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico.

A través del tiempo se han ido diseñando y apareciendo diversos tipos de hipotecas que se distinguirán por diferentes razones, sin embargo, la distinción más importante la vamos a encontrar por la legislación que le es aplicable, distinguiéndose en comunes y especiales. Las primeras son aquellas que se encontrarán sujetas a la regulación del Código Civil (o derecho común), mientras que las otras son aquellas que han sido creadas por normas especiales aplicándoseles supletoriamente, en cuanto no transgredan sus características singulares, las disposiciones del derecho civil codificado.

Inclusive, nuestros tribunales de justicia han intentado hacer algunas clasificaciones generales como la que encontramos en la Casación N° 4413-2010 La Libertad, publicada el

31.01.2012, en donde se clasifican la hipotecas voluntarias en tres categorías: “Sexto.- (...) 1) La Hipoteca Cerrada, que es la que se constituye en el mismo título al momento de su suscripción y persigue garantizar una varias obligaciones expresamente determinadas; 2) La Hipoteca de Seguridad o Abierta (tipo sábana) cuya finalidad es la de garantizar obligaciones determinables, es decir, obligaciones futuras devengadas o asumidas posteriormente, sean directas o indirectas; y 3) La Hipoteca Mixta, que se constituye para garantizar no sólo para garantizar las obligaciones determinadas al momento de la suscripción del título, sino además obligaciones determinables o futuras no previstas anteladamente. Así, el artículo 1104 del Código Civil, permite garantizar una obligación futura o eventual a través de una hipoteca.”¹²¹

Sin embargo, consideramos que la clasificación general antes planteada no establece criterios adecuados que nos permitan una correcta sistematización de los diferentes tipos de hipotecas que existen en nuestro sistema jurídico, razón por la cual hemos decidido clasificarlas, solo con fines metodológicos, en atención a algunas características comunes que comparten que, si bien, nos permiten agruparlas no evitan que una misma hipoteca pueda pertenecer a más de una categoría, como por ejemplo un título de crédito hipotecario negociable (TCHN), que es

¹²¹ El caso que fue resuelto por la Corte Suprema en la Casación N° 4413-2010 La Libertad, consistió en que se había declarado improcedente una demanda de ejecución de garantía hipotecaria, por la razón de inexigibilidad de la obligación puesta cobro, por la razón de que en el título constitutivo de las hipotecas (escritura pública) no se habían descritos las específicas obligaciones que serían cobaturadas con la garantía. Sin embargo, la Corte Suprema, conforme lo explica en el considerando “Quinto” de la Casación en comentario, llegó a la conclusión que la hipoteca puesta en ejecución era una de naturaleza abierta (o sábana), ya que en los actos constitutivos de la hipoteca “(...) las partes convinieron en que la garantía ofrecida a la mutuante respalda las obligaciones existentes o por adquirir, esto es, obligaciones determinadas o determinables”, en consecuencia la hipoteca se habría constituido “Sétimo.- (...) para responder por todas las deudas, directas o indirectas, contraídas por los ejecutados con la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S.A o por aquellas que contrajeran en lo sucesivo, es decir, nos encontramos frente a una de las denominadas hipotecas sábanas, constituidas no sólo para garantizar créditos específicos como erróneamente entiende la ejecutada, sino también, para garantizar de manera genérica todas las obligaciones que se pudieran mantener con el acreedor hipotecario, por lo que tratándose de este tipo de hipotecas no resulta requisito para su validez que se consigne la obligación que se garantiza, pues como resulta obvio, se están respaldando obligaciones que pueden ser contraídas en el futuro, las que no pueden determinarse a la celebración de la hipoteca, empero, ésta garantiza su cumplimiento si es que llegan a producirse.”. Por esta razón, se declaró fundado el recurso de casación revocándose la sentencia de vista que había confirmado la improcedencia de la demanda, ordenándose emitir un nuevo pronunciamiento.

simultáneamente un hipoteca voluntaria (ya que se origina en la autonomía privada), unilateral (al requerir sólo la manifestación de voluntad del propietario) y especial (sujeta a la regulación de la Ley de Títulos Valores y supletoriamente a la del Código Civil). En este sentido, plateamos la siguiente clasificación que no es excluyente (como ya se ha advertido):

2.9.1. Por su origen causal (legales y voluntarias):

Una hipoteca será legal “[c]uando el “título” se concede al acreedor directamente por la ley sin que se precise el concurso de la voluntad del deudor [propietario].” (TRABUCCHI, 1967; p. 152) Así, en nuestro sistema jurídico vamos a encontrar los tipos principales -por no decir los únicos- de hipotecas legales previstos en el artículo 1118° del Código Civil, los cuales comparten el rasgo común -además de prescindirse de la voluntad del deudor-propietario- de ser mecanismos de protección otorgados de oficio a créditos que de alguna manera directa o indirecta justifican o mejoran la posición del propietario del inmueble afectado. Esto se evidencia, por ejemplo, cuando se exige constituir hipoteca legal a favor del vendedor a quien aún no se le ha pagado el precio total o parcialmente, en este caso la propiedad que ostenta el comprador está conectada al crédito que ha surgido a favor de quien transfirió el derecho (inc. 1 art. 1118° CC). Acreencia que merece una especial protección con el mismo bien a través de la constitución de oficio de una hipoteca legal. Lo mismo sucede si es que el crédito surge en favor del tercero que prestó el dinero para pagar el precio de la venta (inciso 1, art. 1118 CC), del copropietario que transfirió su alícuota a quien consolidó la propiedad y espera una contraprestación a cambio que aún no ha sido cancelada (inciso 3, art. 1118 CC). Una situación equivalente la ostenta el contratista que ejecutó una obra poniendo los materiales o el trabajo que han mejorado sustantivamente el valor económico de inmueble, a favor de quien también se debe extender una hipoteca legal si no se ha cumplido con lo que se le debe (inciso 2, art. 1118 CC).

Esta clase de hipoteca se inscribe de oficio con la sola verificación de la configuración del supuesto legal y por un monto de gravamen equivalente a la deuda que se pretende asegurar bajo responsabilidad del registrador público que califica el acto jurídico de donde emanan (art. 1119 CC). Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que la hipoteca legal brinda una seguridad inferior a la que podría procurar una hipoteca voluntaria o contractual, donde el

acreedor puede exigir que el monto de gravamen sea superior a la deuda original, en atención a que esta puede incrementarse con el devenir del tiempo por la aplicación de intereses, alguna penalidad por incumplimiento o, simplemente, por los gastos judiciales derivados de su ejecución. Es por esta razón, que la hipoteca legal puede ser sustituida por una de origen contractual.

Asimismo, como cualquier otro derecho patrimonial la hipoteca legal también es renunciable en el momento de la celebración del acto de donde emanaría, incluyéndose una cláusula en tal sentido o, de lo contrario, mediante un acto posterior. En cualquier caso, la voluntad del acreedor debe constar por escritura pública notarial para evitar la constitución o extinguir la hipoteca legal ya registrada. Lo mismo sucede con el rango de una hipoteca legal ya constituida, toda vez que la ley admite la cesión de rango en favor de otras hipotecas legales o voluntarias (art. 1120 CC).

A diferencia de las hipotecas legales, el resto de las hipotecas tienen su origen en la autonomía privada de las partes que desean constituir las, aun cuando participe únicamente el propietario del inmueble que se pretende afectar con el gravamen. Razón por la cual, las siguientes clases de hipotecas siempre tendrán origen en la voluntad de los sujetos implicados en la operación crediticia que se busca asegurar.

2.9.2. Por la intervención de uno o más sujetos en su formación (unilaterales y contractuales):

La hipoteca de unilateral¹²² es aquella en la que para su formación solamente se requiere la manifestación de voluntad del propietario, la misma que deberá constar por escritura pública

¹²² Es importante recordar que para un sector de la doctrina nacional la posibilidad de constituir hipotecas unilateralmente tendría que haber requerido “una consagración legislativa” (MEJORADA Chauca, 2002, p. 301). Así por ejemplo MEJORADA (2002) sostenía lo siguiente: “A diferencia de lo que ocurre con los contratos, para los que se ha previsto una norma general (1351 del Código Civil) que legitima la creación libre y más o menos ilimitada de relaciones patrimoniales, no existe norma que habilite de modo general la creación de derechos a partir de la declaración unilateral. También desde esta perspectiva la hipoteca no podría generarse unilateralmente.” Sin embargo, no puede compartirse esta opinión, debido al uso generalizado de actos unilaterales para la constitución de hipotecas comunes, como por ejemplo el reconocimiento de deuda con constitución de garantía hipotecaria unilateral, acto que no requiere contar con la voluntad del acreedor para

notarial y, finalmente, inscribirse en la partida del inmueble. Sin embargo, para que el derecho real ingrese a la esfera jurídica de su titular (el acreedor) deberá ser aceptada por este mediante un acto también unilateral¹²³ que cumpla con la misma formalidad. Por esta razón, el art. 118 del RIRP, ha admitido la posibilidad de que el propietario revoque este gravamen hasta antes de dicha aceptación¹²⁴. A su vez, las hipotecas contractuales son aquellas que nacen de la declaración de voluntad conjunta de dos o más personas, entre las cuales debe estar necesariamente el propietario, debiendo someterse su regulación a las normas generales del contrato (artículos 1351° y siguientes del C.C.). Los ejemplos más recurrentes de hipotecas unilaterales comunes se pueden dar con un acto de reconocimiento de deuda para garantizar una obligación preexistente, pero, también, al garantizar una deuda a contraerse en el futuro. Lo que permitiría al acreedor, en este último caso, contar con una gravamen

su formación e inscripción. Empero, lo que sí puede sostenerse es que estas hipotecas unilaterales no ingresan directamente al patrimonio del acreedor mientras este no las acepte, ya que estamos ante una relación jurídica que interesa estrictamente a privados. Razón por la cual, hasta antes de dicha aceptación puede ser revocada unilateralmente por el propietario que ha constituido el gravamen, tal como lo prescribe el artículo 118° del RIRP.

¹²³ Esta facultad del acreedor se puede clasificar como una potestad jurídica, ya que su ejercicio es voluntario y unilateral, produciendo su ejercicio una modificación jurídica en una esfera jurídica ajena. Esta posición es, también, compartida para PAU PEDRÓN (2001), para quien: “Todos estos rasgos concurren en la situación jurídica del acreedor que aún no ha aceptado la hipoteca unilateral constituida en garantía de su crédito: aquel hace efectivo su derecho potestativo a través de una declaración de voluntad recepticia; el hipotecante se ha sometido, con la inscripción de la hipoteca, a las consecuencias de esa declaración -la irrupción del acreedor en su esfera jurídica-; el derecho potestativo del acreedor no es transmisible con independencia del crédito para cuya seguridad se ha constituido; pasa sin embargo, al cesionario o al sucesor de ese crédito sin necesidad de una transmisión separada o explícita.”, p. 610.

¹²⁴ Una posición contraria a esta regulación de la hipoteca unilateral común la encontramos en MENDOZA (2017), para quien “Si está aceptando el acreedor hipotecario la garantía unilateral, es porque no puede (o no desea) estar en el momento de la constitución de la hipoteca. Abrir la puerta a que el deudor pueda levantar la garantía, desincentiva al acreedor a desembolsar el crédito, aunque exista una hipoteca unilateral, dado que siempre tendrá el temor que el mismo pueda levantarla.”, p. 1794. No comparto esta opinión, por cuanto en los supuestos de formación unilateral de derechos a favor de terceros existe siempre un interés público claramente recogido en un supuesto normativo específico que justifica la prescindencia de la voluntad del beneficiario (MEJORADA, 2002, pp. 301), tal como en la gestión de negocios (art. 1950 CC), el reconocimiento de la paternidad (art. 386 CC) y las hipotecas legales (art. 1118 CC), norma que no existe para el caso de la hipoteca común, donde la configuración de estas relaciones jurídicas responde a intereses estrictamente privados por lo que no puede prescindirse de la voluntad del acreedor para que el derecho penetre en su esfera jurídico patrimonial.

eficaz y oponible en el momento que otorga el financiamiento bastando su aceptación para que la hipoteca se torne irrevocable.

Tal como ha sido aceptada jurisprudencialmente la hipoteca unilateral común, esto es a la que se aplica solamente la regulación del Código Civil y el RIRP, entre sus características fundamentales destaca ser vinculante para el propietario que la otorga, oponible frente a los terceros una vez que sea inscrita en el registro, preferente para cualquier otro acreedor garantizado o común y cancelable antes de que el acreedor beneficiado la acepte. Razón por la cual, para SERRA (2004; p. 59) estamos ante “un derecho perfectamente constituido, pero no adquirido”. Al respecto la autora antes citada sostiene: “La constitución unilateral de hipoteca está destinada a asegurar un crédito que pertenece al acreedor, el cual debe quedar determinado en la escritura pública, en virtud del principio de especialidad (o al menos, tratándose de obligaciones futuras, la relación jurídica que vincula al deudor), y podrá, mediante la aceptación, provocar el ingreso en su patrimonio de este derecho real de garantía.”.

Ahora bien, tanto el acto constitutivo de la hipoteca unilateral común con la sola declaración del propietario, así como la aceptación del acreedor deben constar por escritura pública para su inscripción, aun cuando se realicen en diferentes momentos y de manera sucesiva. El problema que salta a la vista es que puede prestarse a operaciones fraudulentas, por cuanto no existe un plazo de vigencia para la hipoteca unilateral inscrita pero no aceptada, lo que permitiría al propietario gravar sus bienes a favor de algún testaferro o una persona inexistente, creando una preferencia que evitaría actos de embargo o ejecución por parte de sus verdaderos acreedores con la enorme ventaja de poder levantar el gravamen en el momento que lo desee de manera unilateral. En este aspecto sí sería necesaria una reforma legislativa que imponga un plazo imperativo y precluyente para la aceptación por parte del acreedor beneficiado con una hipoteca unilateral.

2.9.3. Por la regulación a la que están sujetas (comunes y especiales):

Las hipotecas comunes son aquellas cuya regulación se somete, sustancialmente, a las reglas del Código Civil, a las normas de carácter administrativo que ha previsto el Registro para su inscripción y a las de carácter procedimental para su ejecución contenidas en el Código

Procesal Civil para el proceso de ejecución (de garantías). Mientras que las hipotecas especiales son aquellas que se apartan de esta regulación y, más bien, se someten a reglas singulares previstas en leyes especiales y que las hacen tener características divergentes en muchos sentidos. La justificación de la regulación especial va a depender de diferentes razones que van desde el objeto sobre el cual recaerá la hipoteca especial, los mecanismos de ejecución elegidos para su realización, la intervención del Estado para financiar los créditos asegurados, hasta la naturaleza de la operación económica que está detrás y que merecería una amplia explicación para cada uno de estos tipos especiales de hipotecas. Lo cual, sin embargo, excede los límites de esta investigación por lo que las explicaremos muy concisamente:

2.9.3.1. La hipoteca minera.

De acuerdo con el artículo 9° del TUO de la Ley General de Minería, Decreto Supremo N° 014-92-EM (en adelante el TUO de la Ley de minería), publicada en el diario oficial E.P. el 04.06.1992, la concesión minera otorga a su titular el derecho a la exploración y explotación de los recursos minerales concedidos, siendo la concesión minera un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicada, que se extiende a las partes integrantes y accesorias de la concesión minera que siguen su condición de inmueble aunque se ubiquen fuera de su perímetro. Son partes integrantes de la concesión minera, las labores ejecutadas tendientes al aprovechamiento de tales sustancias. Son partes accesorias, todos los bienes de propiedad del concesionario que estén aplicados de modo permanente al fin económico de la concesión. En este sentido, la concesión minera otorga a su titular un derecho real, consistente en la suma de los atributos que esta Ley reconoce al concesionario (art. 10° del TUO de la Ley de minería) y que es considerado por el Código Civil como un bien inmueble (inciso 8. Del artículo 885°).

En consecuencia, para la ley la concesión minera, si bien constituye una autorización administrativa para la explotación de un recurso natural, es también un derecho real inmobiliario separado del suelo sobre el cual recae. Por esta razón, la SUNARP ha implementado el Registro de Derechos Mineros que forma parte del Registro de la Propiedad Inmueble, donde se inscriben las concesiones y los actos y derechos mineros y que

actualmente se encuentra regulada en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros (RIRDM), aprobado por Resolución N° 052-2004-SUNARP-SN, publicada en el diario oficial E.P. el 12.02.2004.

Ahora bien, precisamente entre los actos que pueden ingresar a este registro tenemos al contrato de hipoteca regulada en los artículos 172° al 174° del TUO de la Ley de minería y en los artículos 138° al 145° del Reglamento de esta última norma, aprobado por Decreto Supremo N° 03-94-EM, publicado en el diario oficial E.P. el 15.01. 1994 (en adelante el Reglamento de la ley de minería).

De acuerdo con el artículo 144° del Reglamento de la Ley de minería, la hipoteca sobre los derechos mineros se rige por las normas contenidas en su legislación especial y, complementariamente, por las disposiciones del Código Civil. Sin embargo, al haberse derogado aspectos relacionados con la caducidad de la concesión y el remate del bien gravado, los artículos que subsisten en la legislación especial son escasos y, para efectos prácticos, gran parte de la regulación de la hipoteca común terminará aplicándose a la hipoteca minera en aspectos relacionados a su contenido, alcances y constitución registral.

Empero, no debemos olvidar que nos encontramos ante un derecho separado o independiente del suelo sobre el cual recae, por lo que las facultades concedidas al acreedor hipotecario se restringen a la concesión o concesiones sobre las cuales recae la afectación y solamente a aquellos bienes integrantes o accesorios que estén destinados a la concesión, salvo que se haya estipulado su diferenciación (art. 142° del Reglamento de la ley de minería).

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 33° del RIRDM el contrato de hipoteca para su inscripción debe contener, cuando menos, la siguiente información: La obligación determinada o determinable garantizada por la hipoteca, el monto del gravamen determinado o determinable, la fecha de vencimiento del plazo de la obligación garantizada y el interés pactado, cuando consten de título, en el caso de hipotecas que garantizan créditos, la valorización del bien para el caso del remate y el pacto de diferenciación de accesorios, si lo hubiere.

2.9.3.2. La hipoteca sobre concesiones e infraestructura y servicios.

De acuerdo con el inciso 7. del artículo 885° del Código Civil son considerados bienes inmuebles “las concesiones para explotar servicios públicos”, lo cual constituye una ficción por cuanto la concesión es en sí misma es una autorización dada por el Estado (concedente) a un particular para prestar algún servicio que puede estar o no conectado a otros bienes inmuebles o muebles. Ahora bien, aun cuando sea una ficción legal el derecho a la concesión (con sus partes integrantes y accesorias) son tratados como si fueran un derecho real inmobiliario sobre el cual se pueden realizar algunos actos de disposición equivalentes a otros derechos de la misma categoría, como la posibilidad de constituir hipoteca con la singularidad de que para este tipo de gravamen se tiene que contar con la autorización previa del concedente (Estado) y un eventual adquirente -si la hipoteca llega a ejecutarse- tendría que cumplir con los requisitos legales exigidos al concesionario original.

Ahora bien, precisamente por su naturaleza de derecho real inmobiliario, el literal c) del artículo 2° de la Ley N° 26366, Ley que crea el Sistema Nacional de los Registros Públicos, prevé la existencia del Registro de Concesiones para la explotación de Servicios Públicos como parte del Registro de la Propiedad Inmueble. Aquel Registro para concesiones se encuentra actualmente reglamentado mediante la Directiva N° 006-2011-SUNARP-SA, aprobada mediante Resolución N° 129-2011-SUNARP-SA publicada en el diario oficial E.P. el 29.12.2011 (en adelante la Directiva del RCSP). En la Directiva se prescribe que en este registro se inscriben las siguientes concesiones: a) Concesiones de obras públicas de infraestructura; b) Concesiones para la explotación de servicios públicos; y c) Otras concesiones que no sean inscribibles en registros especiales. En este Registro opera una suerte de folio contractual, ya que por cada contrato de concesión se va a abrir una partida registral y deberá hacerse en la Oficina Registral del lugar donde se encuentre la sede principal de la empresa concesionaria. En estas partidas registrales se registrarán no

solamente la concesión, las transferencias que se hagan sobre la misma y su extinción (o caducidad), sino también la constitución de derechos derivados como la hipoteca¹²⁵.

Como queda sobre entendido, en este caso el objeto del gravamen hipotecario es el derecho de concesión y sus partes integrantes y accesorias. La hipoteca es constituida por escritura pública donde interviene el concesionario en calidad de constituyente, pero acreditando que cuenta con la autorización previa de la entidad u organismo concedente (numeral 5.7 de la Directiva del RCSP). Esta autorización puede presentarse en copia certificada o inserta en la escritura pública de la hipoteca y se inscribe en la partida registral de la concesión respectiva (numeral 5.6 de la Directiva del RCSP).

Los datos que necesariamente constarán en el asiento de inscripción de una hipoteca sobre una concesión son los siguientes de acuerdo con 5.9 de la Directiva del RCSP: a) Los datos de identificación del constituyente de la hipoteca, del acreedor y del deudor garantizado, en caso éste sea distinto del titular de la concesión; b) El monto del gravamen o, en su caso, el criterio establecido para su determinación; c) La constancia de que la obligación garantizada es determinada o determinable; d) La fecha de vencimiento del plazo del crédito garantizado, cuando conste en el título y e) La forma de ejecución de la hipoteca.

Finalmente, cabe la posibilidad de que se constituya una hipoteca sobre una concesión que aún no se encuentra inscrita en el Registro de Concesiones para la explotación de Servicios Públicos, empero en este caso, juntamente con los documentos que servirán para registrar la hipoteca (escritura pública y autorización de la entidad concedente), tienen que presentarse los documentos que permitan registrar (de oficio) la concesión, tales como “(...) el parte

¹²⁵ En efectos de acuerdo con el numeral 5.3. de la Directiva en cuestión, los actos que pueden ingresar a este registro son los siguientes: a) Concesión, b) Hipoteca, c) Servidumbres reconocidas o impuestas a favor de la Concesión, d) La transferencia de la concesión, e) La caducidad de la concesión, f) La declaratoria de fábrica de las obras necesarias para la explotación o aprovechamiento económico de la concesión, g) Las transferencias fiduciarias del derecho de concesión y h) Los demás actos o contratos que regulen, modifiquen o extingan la concesión o demás actos inscribibles, de acuerdo con el Código Civil, normas especiales y la presente directiva.

notarial de la escritura pública del contrato de la concesión materia de la hipoteca y la copia certificada del acta o acuerdo de adjudicación respectiva o resolución autoritativa, (...)” (numeral 5.8 de la Directiva).

2.9.3.3. La hipoteca en la gestión forestal.

El proceso de mercantilización de la tierra en una sociedad capitalista como la nuestra ha llevado también a considerar a los bosques y a su fauna como objetos que pueden servir para el aprovechamiento económico, pero regulado y limitado para evitar su depredación, es por esta razón que en la legislación forestal se ha previsto la posibilidad de otorgar a particulares derechos de aprovechamiento económico sobre los bosques a los cuales el Decreto Supremo N° 018-2015-MINAGRI, Reglamento para la Gestión Forestal publicado en el diario oficial E.P. el 30.09.2015 (en adelante el Reglamento Forestal), denomina “Títulos habilitantes” y son definidos en el artículo 39.1 de esta norma reglamentaria de la siguiente forma: “39.1 El título habilitante es el acto administrativo otorgado por la autoridad forestal y de fauna silvestre, que permite a las personas naturales o jurídicas el acceso, a través de planes de manejo, para el aprovechamiento sostenible de los recursos forestales y de fauna silvestre y los servicios de los ecosistemas forestales y otros ecosistemas de vegetación silvestre.”

Como puede advertirse un “Título habilitante” constituye en realidad una autorización dada a un particular para explotar un recurso natural de propiedad del Estado, esto es una concesión y que de acuerdo con el literal h. del artículo 42° del Reglamento Forestal, mencionado en el párrafo anterior, lo faculta no solamente a explotar los recursos forestales de manera sostenible, sino también a “Constituir hipotecas o garantías reales sobre los títulos habilitantes”, siempre que el financiamiento obtenido mediante este gravamen tenga la finalidad exclusiva de invertir en la conservación y aprovechamiento sostenible de las áreas bajo manejo (art. 191° del Reglamento Forestal).

Esta clase de hipoteca deberá inscribirse en la partida abierta para la concesión forestal en el Registro de Concesiones de Servicios Públicos, para lo cual deberá presentarse la escritura pública de constitución de hipoteca a la que deberá adjuntarse la autorización de la entidad competente que actúa en calidad de concedente (SERFOR). Así mismo, para su ejecución tendrán que seguirse las normas procedimentales previstas en el Código Procesal Civil y el

adquirente deberá cumplir con los requisitos para asumir la condición de concesionario (art. 189° del Reglamento forestal).

2.9.3.4. La hipoteca en la gestión de fauna silvestre.

Con el Decreto Supremo N° 019-2015-MINAGRI publicado en el diario oficial E.P. el 30.09.2015 se aprobó el Reglamento para la gestión de fauna silvestre (en adelante, el Reglamento de fauna silvestre), con el que se les otorgó a los concesionarios de la explotación sustentable de este recurso natural la posibilidad de obtener financiamiento a través de la constitución de hipoteca sobre su concesión, la misma que se encuentra regulada en los artículos 175° y 176° de la norma en cuestión.

Al igual que en otras concesiones, el derecho o autorización para explotar y gestionar la fauna silvestre deberá inscribirse en el Registro de Concesiones de Servicios Públicos y estará sujeta a los requisitos establecidos en la Directiva del RCSP, por lo que para su constitución deberá presentarse la escritura pública de constitución de hipoteca y la autorización previa otorgada por la autoridad competente (SERFOR).

Si bien para esta clase de hipoteca se aplicará supletoriamente las reglas del Código Civil y para su ejecución las del Código Procesal Civil, su norma especial restringió la clase de créditos que pueden ser asegurados con este tipo de gravamen, condicionando únicamente para aquellos que estén orientados “(...) al manejo de fauna silvestre, proyectos integrales, proyectos o inversiones de promoción de fauna silvestre” (art. 175°), esto es que la inversión se destine exclusivamente “(...) a la conservación de la fauna silvestre bajo manejo y de su hábitat, así como de su aprovechamiento sostenible” (art. 176°).

2.9.3.5. La hipoteca acuícola.

Mediante el Decreto Legislativo N° 1195 publicado en el diario oficial E.P. el 30.08.2015, se aprobó la Ley General de Acuicultura (en adelante la Ley de acuicultura), norma que tiene por objeto fomentar, desarrollar y regular la acuicultura, en sus diversas fases productivas en

ambientes marinos, estuarinos y continentales¹²⁶. Con esta finalidad se conceden dos clases de derechos de explotación de los recursos acuícolas a particulares, a saber, las concesiones y las autorizaciones.

Las concesiones acuícolas son derechos temporales con una duración máxima de 30 años renovables, que se otorga en terrenos públicos o en áreas acuáticas de dominio público y que comprende el uso de la superficie, el fondo y la columna de agua proyectada verticalmente desde la superficie del área concedida (art. 33° de la Ley de Acuicultura); mientras que las autorizaciones son los derechos que se le otorga al propietario de un predio o a su poseedor para explotar de igual forma los recursos acuícolas que se encuentren dentro de su propiedad, como una atribución derivada de su derecho real (art. 34° de la Ley de Acuicultura).

Ahora bien, el artículo 42° de la Ley acuicultura, admite la posibilidad de constituir hipoteca sobre concesiones y autorizaciones de acuicultura en los siguientes términos:

“Artículo 42.- Hipoteca acuícola

42.1 Los titulares de las concesiones y autorizaciones acuícolas podrán constituir hipoteca sobre los derechos de uso y goce inscritos en los registros respectivos, de acuerdo a lo señalado en el Reglamento de la presente Ley.

42.2 La hipoteca acuícola se constituye por escritura pública y se inscribe en los Registros Públicos. En el documento de constitución se debe consignar, además de los requisitos de ley, lo siguiente:

- a. Indicar la ubicación geográfica de la explotación económica.
- b. Consignar la superficie, los límites y la identificación de la explotación económica.
- c. Contener el extracto del acto administrativo que otorgó la concesión o autorización.

42.3 La hipoteca acuícola se extiende sobre todo el conjunto de bienes de la explotación económica. En el caso de la concesión, la identificación y detalle de la hipoteca acuícola tendrá sólo carácter referencial debido a que no recae sobre la superficie, ni el fondo ni la

¹²⁶ Esta Ley fue reglamentada con el Decreto Supremo N° 003-2016-PRODUCE, que aprobó el Reglamento de la Ley General de Acuicultura, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1195, la misma que fue publicada en el diario oficial E.P. el 25.03.2016.

columna de agua proyectada verticalmente desde la superficie del área concedida, ni sobre los bienes muebles e inmuebles otorgados por el Estado para su explotación.

42.4 La hipoteca acuícola en el caso de la concesión, sólo podrá garantizar los créditos destinados a financiar las inversiones en la actividad acuícola de la misma concesión.

42.5 Una vez constituida la hipoteca acuícola, no se podrá constituir garantía real sobre los recursos hidrobiológicos, ni sobre los demás bienes muebles e inmuebles vinculados a la explotación económica, salvo pacto diferente de las partes.

42.6 El acreedor hipotecario que notifique al Ministerio de la Producción o al Gobierno Regional respectivo, la constitución de la hipoteca acuícola, tendrá derecho a que se le notifique la solicitud de renuncia a la concesión o autorización acuícola o del acto de inicio del procedimiento de caducidad de la concesión o autorización acuícola.

42.7 En caso que el titular de la concesión o autorización transfiera su derecho, deberá comunicar en el plazo de cinco (5) días hábiles al acreedor hipotecario adjuntando copia certificada de la resolución de cambio de titularidad emitida por el Ministerio de la Producción o el Gobierno Regional, según corresponda. El incumplimiento de esta disposición, otorga al acreedor hipotecario el derecho de dar por vencidos los plazos del crédito otorgado y demandar la ejecución de la hipoteca acuícola.

42.8 El mandato de ejecución en el proceso de ejecución de garantías o la resolución de declaración de concurso del titular de la concesión o autorización acuícola o del deudor del crédito garantizado con la hipoteca acuícola, deberá ser notificado por el juez o la autoridad o la instancia que la emita al Ministerio de la Producción o al Gobierno Regional que otorgó la concesión o autorización respectiva.

42.9 Desde la fecha de notificación mencionada en el numeral anterior, no se podrá aplicar las causales de caducidad del derecho otorgado, pero sí se podrán aplicar multas en sustitución de dicha sanción. Este beneficio se prolongará por tres (3) años o hasta la fecha en que se notifique el acto administrativo de concesión o autorización al nuevo titular que se adjudique los derechos hipotecados en remate público o los adquiera por transferencia de parte del liquidador, lo que ocurra primero. Al adjudicatario o adquirente no le serán aplicables las causales de caducidad del anterior titular de la concesión o autorización acuícola.

42.10 Podrá aplicarse las causales de caducidad del derecho otorgado y las que hayan sobrevenido o sobrevengan al vencimiento del plazo señalado en el numeral anterior siempre que no se haya realizado la adjudicación en remate o la transferencia por parte del liquidador.

42.11 La ejecución recaerá sobre los derechos de uso y goce otorgados por la concesión. En el caso de la autorización acuícola, la ejecución también recaerá sobre los bienes sobre los cuales se extiende la hipoteca.

42.12 La emisión de la resolución de cambio de titularidad deberá ser solicitada al Ministerio de la Producción o al Gobierno Regional, según corresponda por el adjudicatario o adquirente de los derechos hipotecados en remate público o por transferencia por parte del liquidador, de acuerdo con las condiciones que establezca el Reglamento.

El adjudicatario o adquirente deberá comprometerse a cumplir con las condiciones del derecho otorgado al anterior titular de la concesión o autorización acuícola, debiendo designar un administrador con experiencia en la actividad de acuicultura en el plazo que señale el Reglamento. La experiencia exigida al administrador deberá ser similar a la que fue requerida al anterior titular de la concesión o autorización acuícola. El incumplimiento de esta disposición caducará su derecho.”

2.9.3.6. La hipoteca naval.

La hipoteca o garantía mobiliaria naval, es una de las instituciones que más dudas ha generado en cuanto a su naturaleza. Partiendo por el hecho que las naves (embarcaciones pesqueras y naves) son muebles por naturaleza, pero han sido considerados históricamente como inmuebles por ficción, siendo que, inclusive, en el texto actualmente vigente del artículo 885°, inciso 4., se les considera como tales, aun cuando para la SUNARP sigan siendo considerados como bienes muebles. Independientemente de esta disputa conceptual, las naves y embarcaciones pesqueras son bienes registrables y gravables, cuyo gravamen se encuentra sujeto a una doble regulación: (i) Una externa, constituida por la Decisión N° 487 de la Comunidad Andina de Naciones (Decisión N° 487) y el Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca de 1993 (Convenio 1993), ratificado por el Perú mediante el Decreto Supremo N° 010-2007-RE, de fecha 05 de febrero de 2007; y otra, (ii) a nivel interno, constituida por la Ley N° 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria, y el Reglamento del Registro de Inscripciones del Buques, de Embarcaciones Pesqueras y Naves

aprobado por la Resolución de Superintendente Adjunto de los Registros Públicos N° 022-2012-SUNARP-SA.

A efectos prácticos, lo que se busca es no privar de utilidad económica a una entidad naviera, cuando se le utilice como objeto de gravamen para garantizar un crédito a favor de un acreedor. En efecto, ya que los buques, embarcaciones o naves no pueden entregarse con el fin de prestar garantía, solamente bastará que el gravamen se inscriba (sea una hipoteca o una garantía mobiliaria) en el Registro Jurídico de Bienes que corresponda (Buques, Naves o Embarcaciones pesqueras) para obtener oponibilidad y preferencia frente a otros terceros sujetos, evitando así la existencia de cargas o derechos ocultos que puedan perjudicar al acreedor asegurado. Por esta razón, sostener que la hipoteca naval no se admite dentro de nuestra legislación (HUNSDKPOF, 2018; p. 205) resulta una apreciación exagerada, en todo caso, mientras se encuentre vigente a la Ley N° 28677, tendría que denominársele a este tipo de gravamen como garantía mobiliaria sin desplazamiento sobre naves o, simplemente, prenda naval (RAMOS, 2018; p. 233) y deberá utilizarse un instrumento público idóneo para su constitución.

2.9.3.7. El título de crédito hipotecario negociable.

El Título de Crédito Hipotecario Negociable (o TCHN) es un tipo de garantía hipotecaria que se encuentra regulada en la Ley de Títulos Valores (en adelante, la LTV) en los artículos 240° al 245° y en algunas disposiciones reglamentarias¹²⁷. Es calificado como un título valor que representa tanto al crédito garantizado como al derecho real de hipoteca. Se constituye por regla general mediante escritura pública unilateral otorgada por el propietario registral (art. 240.1 LTV), quien solicita al Registro de Predios la inscripción del gravamen en la partida del inmueble afectado y la emisión del TCHN en un formulario estandarizado¹²⁸.

¹²⁷ En efecto, actualmente la SBS ha aprobado el Reglamento del Título de Crédito Hipotecario Negociable, mediante Resolución SBS N° 685-2007, del 31 de mayo de 2007, y la SUNARP emitió la Resolución SUNARP N° 573-2003-SUNARP-SN, con la cual se aprobó el formato de TCHN.

¹²⁸ Debe tenerse en cuenta que el Artículo Único de la Ley N° 27640, publicada el 19 enero 2002, introdujo a la regulación del TCHN los numerales 245.4 y 245.5, mediante los cuales se ha previsto la posibilidad de que sean emitidos unilateralmente por los acreedores financieros (y residualmente por los notarios a solicitud de los anteriores), siempre y cuando cuenten con la autorización previa del propietario y sin requerir de una escritura pública para su inscripción. Si bien

Una vez realizada la inscripción de la hipoteca, el Registrador emitirá el formulario de TCHN con los datos señalados en la LTV (art. 243°), el mismo que será entregado al propietario solicitante para que este a su vez lo pueda transferir por endoso al acreedor que le otorgue el financiamiento garantizado por esta hipoteca. A partir de esta primera transferencia el título valor, que representa al crédito y a la hipoteca, circulará extraregistralmente (arts. 242.1 y 242.2 LTV). Esto significa que no es necesario en el momento de constituir el TCHN identificar al acreedor o las condiciones del crédito, será entonces en el momento del primer endoso donde se completará esta información. Sin embargo, si el primer acreedor es una entidad del sistema financiero el propietario-constituyente puede solicitar que el nombre de la entidad y las condiciones del crédito se consignen en el formulario del TCHN (art. 242.3 LTV).

Al tratarse de una hipoteca especial, la ley también ha condicionado su emisión al cumplimiento de particulares requisitos que debe cumplir el predio afectado, esto es que sobre el mismo no pese ninguna carga ni gravamen que pueda afectar la preferencia de primer orden del TCHN y que en la escritura pública de constitución se inserte la valorización realizada por un perito (art. 240.2 LTV). Asimismo, el monto del gravamen afecta la totalidad del valor comercial del predio calculado en el peritaje y no admite la constitución de otros gravámenes (hipoteca, anticresis, fideicomiso en garantía, etc.). Por estas razones, puede afirmarse que este gravamen inmobiliario es único y excluyente (art. 240.3 LTV), ya que no

en un primer momento la mencionada “autorización” dada por el propietario parecería una referencia muy difusa para que un banco pueda gravar un inmueble que no es suyo, las disposiciones introducidas en la LTV en realidad están haciendo referencia a la posibilidad de transformar una hipoteca común en un TCHN por voluntad unilateral del acreedor financiero. En efecto, como puede advertirse de esta particular regulación, la hipoteca (común) otorgada a una entidad del sistema financiero ya tendría que estar registrada y, entre sus disposiciones contractuales, la autorización para que el banco pueda emitir el TCHN cuando lo desee. Por esta razón, se establece que la emisión unilateral del del TCHN por la entidad acreedora se hará simultáneamente o con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, por lo que, en realidad, se están describiendo dos fases, la primera que implica la constitución de una hipoteca común con autorización de emisión de TCHN que ya se encuentra registrada y una segunda -simultánea o posterior- que implica la emisión del TCHN por la entidad acreedora que debe ser comunicada al Registro para su inscripción. Para cerrar esta segunda fase, solamente bastará presentar al Registro la comunicación simple que el emisor (o el notario) curse al Registrador, sin que se requiera para ello de instrumento público alguno.

admite la existencia de gravámenes previos ni posteriores a su constitución, a excepción de los embargos judiciales que puedan ser promovidos por algún acreedor del propietario, aunque en este caso se entiende que esta afectación procesal no depende de la voluntad del constituyente del TCHN.

A las características antes mencionadas, esto es su naturaleza de hipoteca especial, unilateral, única y excluyente debemos agregar que otorga al acreedor tenedor del título valor la facultad de venta directa y extrajudicial mediante la comisión a una entidad del sistema financiero autorizada a realizar actividades de confianza o fideicomiso, siempre y cuando no se trate del mismo acreedor que requiera la ejecución (art. 243.1. LTV). Las reglas para la ejecución extrajudicial del inmueble afectado con TCHN se restringen a exigir que la enajenación llevada a cabo por la entidad intermediaria sea por un precio no menor al 75% de la valorización señalada en el título valor (art. 243.1. LTV), que este se encuentre debidamente protestado o con la formalidad sustitutoria, siendo que esta última, para el caso de entidades financieras, se reduce a que estas consignen en el mismo título la falta de pago¹²⁹. Si después de la venta extrajudicial el precio obtenido no alcanza a cubrir la deuda generada, la entidad encargada de la ejecución dejará constancia de ello en el título, para que el acreedor en base a este instrumento pueda promover el cobro haciendo uso de acción cambiaria.

Finalmente, para la cancelación del TCHN deberá presentarse al Registro el título valor debidamente cancelado por el último acreedor endosatario o sin que haya sido endosado, por lo que no se necesitará de escritura pública. Sin embargo, el propietario que canceló el crédito conserva la facultad de solicitar la emisión de un nuevo TCHN manteniendo la inscripción hipotecaria, esto precisamente con la finalidad de obtener un nuevo financiamiento. Siendo el único requisito para esta nueva emisión que su solicitud conste por escritura pública unilateral (art. 244 LTV).

¹²⁹ De conformidad con el Artículo 9 de la Resolución SBS N° 020-2001, publicada el 17 enero 2001, cuando proceda la formalidad sustitutoria del protesto a que se refiere el presente Artículo, dicha formalidad consistirá en la constancia por falta de pago del crédito puesta en el propio título, por la empresa tenedora del mismo.

2.9.3.8. La hipoteca inversa.

El 28 de marzo del 2018 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley N° 30741, en adelante la Ley de la Hipoteca Inversa, mientras que su Reglamento se aprobó mediante el Decreto Supremo N° 202-2018-EF, publicado en el diario oficial E.P. el 05.09.2018. La finalidad de este tipo de gravamen sería otorgar un ingreso complementario a personas que por razones naturales o accidentales se encuentren cercanas a fallecer pero que en su patrimonio tienen un predio destinado a su vivienda. En este escenario, un acreedor financiero puede otorgarles un crédito garantizado con una hipoteca sobre dicha vivienda, el cual se cobrará después de que el propietario constituyente fallezca o el último beneficiario consignado en el contrato. Ahora, la recuperación de lo efectivamente entregado por el acreedor financiero se hará exigiendo el pago a los herederos del constituyente o, ante la negativa de estos, a través de la venta extrajudicial del predio hipotecado. Precisamente, por esta razón, esto es que el crédito otorgado se pagará después de que fallezca el titular predio y receptor del financiamiento, es que se denomina a esta operación como “hipoteca inversa”, toda vez que en un crédito hipotecario común el deudor es quien se encarga del pago durante la vigencia del contrato.

CAPITULO III: LA HIPOTECA INVERSA EN EL PERÚ

3.1. Definición.

La HI es una hipoteca especial regulada en la Ley N° 30741¹³⁰, Ley que regula la Hipoteca Inversa (en adelante, la Ley), su Reglamento aprobado en el Decreto Supremo N° 202-2018-EF¹³¹ (en adelante, el Reglamento), modificado por el Decreto Supremo N° 249-2019-EF, y el Reglamento de la HI para las entidades financieras acreedoras aprobado por la Resolución de Superintendencia de Banca y Seguros N° 4838-2019¹³² (en adelante el Reglamento S.B.S.). De acuerdo con esta normativa, la HI es un tipo de garantía que solamente puede ser constituida a favor de una entidad autorizada del sistema financiero (empresas de operaciones múltiples, las empresas de seguros y las administradoras hipotecarias), para otorgar un crédito a favor del propietario de un inmueble, el mismo que quedará afectado al pago de la deuda. Sin embargo, el crédito se hará exigible después de la muerte del propietario o titular del inmueble o de la última persona que haya sido designada como beneficiaria del crédito, por lo que quienes se harán cargo de la deuda serán los herederos del propietario o titular.

¹³⁰ Publicada el 28/03/2018 en el diario oficial El Peruano.

¹³¹ Publicada el 05/09/2018 en el diario oficial El Peruano.

¹³² Publicada el 21/10/2019 en el diario oficial El Peruano.

Entonces, el principal rasgo que diferencia a la HI de una hipoteca tradicional consiste en que esta última garantiza un crédito que será pagado por quien recibió el financiamiento (deudor o prestatario) de acuerdo con el cronograma acordado con la entidad acreedora, lo que no sucede en el caso de una HI donde el crédito será pagado después de la muerte de quien obtuvo el financiamiento. Razón por la cual, para MANZANO (et. alt., 2008):

“El término hipoteca inversa proviene del derecho anglosajón, al traducirse literalmente el concepto “reverse mortgage” (hipoteca delantera o avanzada). En las hipotecas ordinarias de amortización se obtiene un capital inicial, concebido generalmente para la adquisición de la vivienda, con lo que el valor líquido del inmueble queda reducido en la cuantía de la deuda, si bien en la medida en que se vaya amortizando el préstamo, y por tanto disminuya la deuda, el propietario irá recuperando el valor total de la finca. En cambio, en la hipoteca inversa o de endeudamiento ocurre lo contrario, el prestamista proporciona cantidades de dinero que van reduciendo el valor líquido del inmueble a medida que se acumulan los intereses. Esta modalidad de hipoteca puede ser un instrumento adecuado para movilizar patrimonios inmobiliarios de personas que por su edad, dependencia o insuficiencia de ingresos se hayan imposibilitadas para obtener recursos por otros instrumentos financieros.”, p. 380.

Asimismo, en la definición oficial de la hipoteca inversa (HI), que podemos encontrarla en el glosario de términos del artículo 2º de la Reglamiento S.B.S., en cuyo numeral “4.” se destacan los siguientes elementos:

“Se refiere a la operación en la que una empresa otorga un crédito (en una sola armada o mediante abonos o disposiciones periódicas) a favor del titular o titulares del derecho de propiedad sobre un inmueble o a los beneficiarios designados por este, contra la afectación en garantía hipotecaria del referido inmueble, siendo el reembolso del crédito exigible y la garantía ejecutable al fallecimiento del referido titular o titulares o del último de los beneficiarios, de ser el caso. La operación de HI puede incluir la opción de contratar una renta vitalicia u otro producto de renta.”

De esta definición legal, así como del tratamiento regulatorio que se les ha dado a las operaciones de crédito con HI, lo que más destaca no es lo que se ha prescrito, sino lo que se ha omitido regular, esto es, toda referencia a la situación personal del Titular (o de los eventuales beneficiarios) en el sentido que se encuentren en una avanzada edad o en situación de dependencia. Máxime si, supuestamente, esta figura jurídica estaría dirigida a dotar de ingresos complementarios¹³³ a personas en edad de retiro que son propietarias de inmuebles, pero que se encuentran en una situación de precariedad económica o dependencia grave o severa. En este sentido, la mayor parte de autores, ponen especial énfasis en esta característica de la hipoteca inversa para definirla. Así por ejemplo TORRES (2017, p. 4) esboza la siguiente definición:

“La Hipoteca Inversa es una deuda garantizada con una hipoteca especial para personas mayores o en situación de dependencia severa o gran dependencia, por la que el cliente recibe una cantidad única o cantidad periódica, que sirve generalmente de complemento a su pensión durante un tiempo limitado o vitalicia, surgiendo la obligación de restitución al tiempo del fallecimiento del deudor, quien en todo momento conserva la propiedad de su inmueble. La especialidad de este tipo de crédito reside, por tanto, en que la entidad cedente no podrá exigir la devolución de la deuda acumulada, es decir, la suma de todas las cantidades que los particulares hayan ido percibiendo a lo largo de los años, ni podrá ejecutar la garantía hasta que muera su titular o el último de los beneficiarios de este crédito si así lo establece el contrato.”

¹³³ Para ESCRIBANO (citado por TORRES; 2017, p. 5) al señalar cuales son los rasgos más característicos de la HI comienza por lo siguiente: “En cuanto al propósito, la hipoteca inversa tiene como principal y único propósito el generar ingresos periódicos para la manutención o subsistencia de los propietarios del inmueble que se afecta en garantía. En cuanto al público objetivo, la hipoteca inversa apunta a las personas en edad avanzada que carecen de una apropiada pensión de Jubilación u otras fuentes de ingresos suficientes para su manutención. Adicionalmente, comprende en sus alcances a aquellas personas con dependencia severa o grave dependencia.”

Como puede advertirse desde un inicio la regulación de la HI en el Perú revela su verdadero objetivo, que no es otro que el facilitar las acciones de apropiación directas sobre un inmueble de una persona que está al borde de la muerte, independientemente de que sean por causas naturales como la ancianidad o accidentales como el estar atravesando una enfermedad terminal, pudiendo inclusive quedarse sin ninguna “prestación económica complementaria” si sobrevive más allá de las previsiones realizadas por el acreedor, ya que el crédito-pensión puede darse en una sola cuota o armada o, si es de manera periódica, será sólo por el tiempo que pueda cubrirse con el financiamiento total aprobado en el contrato de crédito. Entonces, lo importante en la HI peruana, como se explicará más adelante, es que el propietario este por fallecer independientemente de otra circunstancia, para que el acreedor financiero pueda exigir la devolución de lo prestado y apropiarse unilateralmente del activo inmobiliario afectado en hipoteca. Es por estas razones, y otras más que se explicarán a lo largo de este capítulo, que la HI inversa en el Perú puede ser definida como un mecanismo de garantía meramente crematístico y no asistencialista.

Definida de esta manera sucinta la naturaleza jurídica de esta figura hipotecaria pasaremos a desarrollar cada uno de sus diferentes aspectos, ya que como se ha podido apreciar, esta garantía especial existe dentro de una estructura financiera heterogénea y compleja. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que estamos ante una figura jurídica importada y trasplantada a nuestro ordenamiento jurídico. Por lo que resulta necesario formular algunos apuntes sobre su tratamiento en algunos sistemas jurídicos foráneos donde viene siendo utilizada.

3.2. Los antecedentes en el derecho comparado de la Hipoteca Inversa.

La HI es una institución de garantía inmobiliaria que ha sido implementada en diversos países alrededor del mundo, tales como Reino Unido, Estados Unidos, Francia, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, México, Puerto Rico, Argentina, y China (GARCÍA; 2015). Sin embargo, sus orígenes claramente los encontraremos en los países del *commow law*, esto es en el Reino

Unido¹³⁴ y los Estados Unidos de Norteamérica, de donde ha sido importada por los países que los han incorporado a sus respectivos ordenamientos jurídicos.

Ahora bien, con respecto al origen de la HI, GARCÍA (2015) sostiene que:

“La hipoteca inversa, en su concepción moderna, empezó a comercializarse en Gran Bretaña en 1965, aunque desde los años 30 aparecieron las *home equity reversion*, figura similar a la de las hipotecas inversas. De hecho, en 2007, año en que se implanto en España, en Gran Bretaña las hipotecas inversas estaban muy extendidas, pues ascendían a 83.000 y por un valor que rondaba los 6.000 millones de euros. Concretamente, en el año 2004 se formalizaron 26.000 hipotecas inversas en Reino Unido, y en Estados Unidos (EEUU), en 2005, fueron 40.000. Así pues, observamos que en los países anglosajones la hipoteca inversa ocupa un lugar importante en el mercado financiero-crediticio.”, p. 51.

Es por esta razón, que hemos escogido al sistema de HI norteamericano para su estudio en la presente sección como “el” modelo del *commow law* que nos ha servido de referente normativo. Asimismo, por cada región del mundo -en atención a nuestros vínculos históricos y culturales- también analizaremos un sistema de la regulación que se ha dispensado para esta figura de garantía hipotecaria. En la Europa continental, hemos elegido al sistema español de HI, con el cual tenemos antiguos vínculos cuando se trata de importar instituciones

¹³⁴ En efecto, como lo sostiene ORTS (2012, p. 144): “Dentro de la Unión Europea el país cuyo mercado de hipoteca inversa está más extendido es Reino Unido, con 33.000 contratos en 2007, y comienza a ser significativo en Holanda, España y Suecia. De hecho en Europa, algunos países no han desarrollado un mercado de hipotecas inversas, bien porque no ha surgido esta figura en el mercado financiero, o porque sus marcos legales no contemplan esta posibilidad, como podrían ser Bélgica, Estonia, Grecia, Portugal, Lituania, Eslovenia, etc. Otros países, que sí tienen una regulación legal de la hipoteca inversa como son Francia y Alemania, aunque apenas cuentan con un mercado para estos productos, porque es pequeño el número de entidades que la ofrecen a sus clientes.”

jurídicas, y, en Latinoamérica¹³⁵, al mexicano por ser un país que como el Perú viene, desde hace un buen tiempo, sufriendo un proceso de norteamericanización¹³⁶ de su derecho civil.

3.2.1. Estados Unidos.

Como ya se ha mencionado, los antecedentes de la hipoteca inversa los vamos a encontrar en los sistemas del derecho anglosajón y, particularmente, en Estados Unidos, donde puede

¹³⁵ En Suramérica un país que ha puesto en funcionamiento un sistema similar al de la hipoteca inversa es Colombia con el Decreto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público N° 1398 del 26 de octubre de 2020. Con esta norma se ha incorporado al sistema jurídico colombiano instrumentos para obtener una “renta vitalicia” movilizandolos activos inmobiliarios de un propietario. En este sistema no se ha implementado un mecanismo de garantía hipotecaria, sino el de un contrato de seguro de renta vitalicia en donde el propietario de una vivienda transfiere a favor de una compañía de seguro la nuda propiedad en calidad de “prima única” reservándose el derecho de usufructo (a su favor o de algún beneficiario). A su vez la compañía de seguro se obliga a entregar una prestación dineraria mensual de manera inmediata (“renta vitalicia inmobiliaria inmediata”) o luego de un determinado plazo (“renta temporal cierta con renta inmobiliaria diferida”) hasta el momento del fallecimiento de los usufructuarios (esto es del asegurado o de los beneficiarios designados). Asimismo, luego del fallecimiento se le concede el derecho de retracto a los sucesores del asegurado, para que puedan recuperar la propiedad del inmueble pagando la todas de las rentas entregadas por la compañía aseguradora más la totalidad de los interés y gastos que se hayan devengado. Si los sucesores hacen uso del derecho de opción, la aseguradora en calidad de propietaria plena del inmueble podrá disponer del mismo a discreción.

¹³⁶ En este punto, es legítimo formularse una interrogante: ¿De dónde han salido las diversas figuras de garantías que se han implementado los últimos años en el Perú?, tales como la garantía mobiliaria de la Ley N° 28677, el más reciente Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias del D. Leg. N° 1400 o, inclusive, la hipoteca inversa que estamos estudiando. Será tal vez una epifanía de la alta tecnoburocracia de los centros oficiales de producción normativa, o responderá como -ya se nos tiene acostumbrados desde hace 500 años- a la importación de fracciones de sistemas jurídicos extranjeros, que son trasplantados en nuestro ordenamiento civil porque benefician a las élites que tienen capacidad de influenciar, precisamente, en esos centros del aparato estatal que generan normas jurídicas. Lamentablemente, la respuesta salta a la vista, si bien en un inicio la invasión colonial española impuso a sangre y fuego un sistema jurídico adecuado para administrar una colonia y saquearla (MATTEI y NADER; 2013, p. 49), con instituciones de inimaginable perversidad como la encomienda, la esclavitud y el trabajo forzado en las minas. La independencia, no cambió mucho las cosas, ya que el arsenal de instrumentos jurídicos para ordenar la vida civil siguió siendo importado por las élites criollas y sus “juristas”, que continuaron con prácticas coloniales, racistas y patriarcales hacia las poblaciones sometidas (mujeres, indios, mestizos y pobres). Así “nuestro” derecho civil se ha construido históricamente en base a modelos europeos que se consideraban los más avanzados, pasando de una fase de colonialismo violento español, al cultural francés, más recientemente al italiano, para terminar finalmente en una fase de neocolonialismo económico y cultural que ha derivado en la *americanization* o norteamericanización del derecho civil peruano en algunos sus más importantes sectores.

sostenerse que la figura habría tenido éxito al ser muy utilizada por la población de adultos mayores, quienes aceptan este tipo particular de créditos con hipotecas inversas (*reverse mortgage*¹³⁷) por razones de índole económicas, jurídicas y culturales. La primera debido a que un alto porcentaje de la población tendría la condición de propietarios de las viviendas que habitan, las cuales normalmente no son transferidas a sus herederos como casa habitación, ya que estos a su vez ya contarían con sus propias viviendas. Razón por la cual, un anciano al gravar su patrimonio inmobiliario único -casa habitación- no estaría poniendo en riesgo la seguridad habitacional de sus descendientes.

Asimismo, en el derecho norteamericano la figura de la *reverse mortgage* (hipoteca inversa o hipoteca revertida) tiene una clara vocación asistencialista debido la intervención no lucrativa del Estado en el aseguramiento de la operación, lo cual ha resultado vital para su relativo éxito. En efecto, si el propósito de implementar esta figura de garantía es otorgar créditos que sirvan como un ingreso complementario vitalicio a una persona que como único activo tiene el inmueble en el que vive, entonces uno de los principales riesgos a los que está sometido el titular – pensionista es que el crédito concedido por el acreedor se agote antes de su fallecimiento. Por esta razón, en el sistema norteamericano las hipotecas inversas más extendidas son aquellas en las que el Gobierno federal asegura el mantenimiento de la pensión aun cuando el crédito se agote, lo cual tiene por finalidad mantener la naturaleza asistencialista de la figura.

De acuerdo con VILLARROEL (2017; p. 28), en 1961 se contrató en EE.UU. la primera hipoteca inversa y el momento clave de su desarrollo habría sido en 1989 cuando el Congreso autorizó un plan piloto de 2,500 hipotecas inversas al Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano (*Department of Housing and Urban Development, HUD*). Sin embargo, actualmente

¹³⁷ De acuerdo con JAMES (1996) el origen del término “mortgage” para referirse a las hipotecas tendría el siguiente origen: “La palabra inglesa “mortgage”, que significa hipoteca, es extraña en aquella lengua. Se dice que se deriva de una antigua costumbre según la cual, el prestatario transmitía su tierra al prestamista adquiriendo este último el compromiso de devolvérsela siempre que aquel le cancelara la deuda a mas tardar en cierta y determinada fecha. En caso de que el deudor no pudiera cumplir con su obligación en esa fecha, la tierra se convertiría para él en “prenda muerta” (del francés *mort* = muerto y *gage* = dar en prenda) y pasaba a ser propiedad del prestamista. Esa palabra a seguido en uso hasta el día de hoy en el derecho inglés a pesar de que en la actualidad ya las hipotecas no se configuran de esa manera.”, p. 379

existen en el sistema norteamericano diversos tipos de hipotecas inversas entre las cuales vamos a tener las siguientes: (i) *Sigle reverse mortgage* (hipotecas que se otorgan para un objetivo específico y sin fines lucrativos para el acreedor); (ii) *Propietary reverse mortgage* (son aquellas otorgadas por los montos más altos, las más caras, están aseguradas por entidades privadas y no son sometidas a la regulación de la administración federal); y, finalmente, vamos a tener a las (iii) *Home Equity Conversion Mortgage* (HECM), las cuales constituirían un tipo de hipoteca inversa garantizadas por la Administración Federal de la Vivienda (*Federal Housing Administration* o FHA) y que, según el mismo VILLARROEL (2017) “(...) se caracterizan por ofrecer los mayores pagos iniciales, la mayor flexibilidad en cuanto a la forma de entregar el dinero, y el menor interés asociado (...). La cuantía del préstamo va a depender del valor de la propiedad y de la edad del propietario, y se puede recibir a través de una suma única o a través de pagos mensuales. Son las más populares en los Estados Unidos: en 2011 el 96% de hipotecas revertidas correspondía a las HECM.” p. 30.

Resalta VILLARROEL (2017; p. 30) que la característica más saltante y atractiva de este tipo de hipoteca inversa (HECM) consiste en que el Gobierno a través de la FHA se hace cargo de cubrir el déficit que puede existir entre el valor de la propiedad y la deuda, por lo que si esta última aumenta debido a que se prolonga la vida del Titular más allá de la previsión contractual y la deuda a cargo de la entidad financiera se agota, es el Estado el que se hace cargo de la prestación sin afectar al Titular o a sus herederos que no verán incrementada la deuda. Esto, precisamente, para que la figura no pierda un mínimo rasgo asistencialista. Algunos autores sostiene que esta característica singular explicaría su relativo éxito de la hipoteca inversa en los Estados Unidos (ORTS, 2012)¹³⁸.

¹³⁸ En efecto, para ORTS (2012, p. 151): “(...), la característica más destacable de las hipotecas HECM es el seguro hipotecario, único y específico de este programa. El seguro del HECM garantiza que el solicitante recibirá los desembolsos establecidos, de modo que en algún momento puede asumir las obligaciones del prestamista; garantiza que el deudor no deberá devolver el préstamo mientras ocupe la vivienda. Y estas dos garantías las tendrá el prestatario aunque la deuda total sobrepase el valor de la vivienda, el prestatario viva por encima de la media de edad de fallecimiento, o el valor de la casa no se revalorice, incluso disminuya. **Este peculiar seguro, podría ser la base del éxito de las hipotecas inversas en EEUU, porque supone una amplia protección, tanto para el propietario de la vivienda, deudor a su vez del préstamo, como para la entidad prestamista.**” (el énfasis es nuestro)

Finalmente, entre los requisitos generales para acceder a este tipo de crédito hipotecario se encontrarían los siguientes: a) Edad mínima de 62 años, b) Ser propietario del inmueble, que este se encuentre libre de gravámenes o que se tenga pagada una parte considerable del inmueble; c) Que la propiedad sea ocupada como la residencia principal. La propiedad debe cumplir con ciertos requisitos como, por ejemplo, que cumpla con todas las normas de propiedades de la FHA; d) No haber delinquido en temas de deudas federales; e) Disponer de recursos financieros para continuar con los pagos oportunos de impuestos a la propiedad y seguros entre otros; f) Recibir asesoramiento por parte del consejo de HECM aprobado por el HUD (VILLAROEL,2017; p. 30).

3.2.2. España.

En España se implementó la hipoteca inversa en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007 del 7 de diciembre de 2007, norma que introdujo modificaciones a la Regulación del Mercado Hipotecario español. En la sección VIII del Preámbulo de esta norma, el legislador español expresa lo siguiente sobre el propósito y necesidad de introducir esta figura hipotecaria al mercado inmobiliario ibérico:

“Hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida. La hipoteca inversa regulada en esta Ley se define como un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses. La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito. No cabe duda, pues, de que el desarrollo de un mercado

de hipotecas inversas que permitan a los mayores utilizar parte de su patrimonio inmobiliario para aumentar su renta ofrece un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales.”

Puede resaltarse que el propósito de esta norma es no desnaturalizar el verdadero objetivo de la figura, esto es su naturaleza prioritariamente asistencialista, más que meramente lucrativa para el acreedor financiero, máxime si entre el derecho a una pensión para una vida digna no proveída por la arquitectura de seguridad social, la hipoteca inversa se adopta como una medida extrema. Razón por la cual en la “Disposición adicional primera” de la norma española en cuestión vamos a encontrar requisitos muy específicos que delimitan claramente el supuesto en el que debe admitirse la figura. En efecto, el inciso 1. de la norma que regula la HI, como primer requisito se exige que el préstamo o crédito a ser concedido sea asegurado con “la vivienda habitual del solicitante”, y que este último (o los beneficiarios que él designe) “sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia”.

Asimismo, se exige que el crédito sea exigible, como regla general, “cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios” (inciso 1, literal b.), por lo que se garantizarían dos beneficios esenciales para un prestatario, el acceso vitalicio a un ingreso económico y la posibilidad de seguir utilizando su inmueble como vivienda hasta su muerte. Estos requisitos ponen énfasis en la naturaleza asistencial de la figura, orientada a adultos mayores en estado de dependencia. Sin embargo, también vamos a encontrar reglas que distorsionan esta finalidad para convertirla en un tipo de crédito que pone énfasis en la posición del acreedor y en su interés por apropiarse del bien objeto de gravamen como la forma directa de recuperación del capital prestado y la obtención de ganancias¹³⁹.

¹³⁹ Por estas razones, la HI española no tendría en realidad una naturaleza asistencialista en opinión de algunos autores. Por ejemplo, ORTS (2012; p. 87) sostiene lo siguiente: “En mi opinión la función social que cumple la hipoteca inversa es dotar a las personas mayores de 65 años de un instrumento jurídico-financiero más, al que pueden optar en un momento de su vida, dentro de un abanico de posibilidades. **Y aunque se le haya intentado adornar con ese matiz asistencial, podemos concluir que sería necesarios mayores apoyos para considerarla asistencial.**” (el énfasis es nuestro).

En efecto, si bien se justifica la imposición de seguros que cubran la eventualidad de los daños que puedan mermar el valor económico del inmueble gravado que constituye, en buena cuenta, el único elemento objetivo que asegura la recuperación de los prestado¹⁴⁰ y que los acreedores sean entidades especialmente solventes¹⁴¹, la regulación española dispone también que el crédito puede entregarse en “disposiciones únicas” lo que, obviamente, agotaría la función de asistencial del “crédito”, para convertirse en una operación meramente comercial o especulativa, ya que el dinero entregado en una sola armada podría diluirse por cualquier causa dejando al prestatario en una posición aún más vulnerable de la que se encontraba, ya que su inmueble quedaría sometido a las severas restricciones impuestas por el gravamen hipotecario especial; como es la inmovilización jurídica del mismo, ya que el acto de transferencia voluntaria del inmueble por el deudor hipotecario esta sancionado con el vencimiento anticipado del crédito y la ejecución de la hipoteca por todo lo adeudado hasta ese momento (inciso 5. De la norma española¹⁴²). Asimismo, la deuda generada como consecuencia de la hipoteca inversa alcanza a todo el patrimonio del prestatario, esto es se

¹⁴⁰ El inciso 1, en su literal d), de la norma española impone el siguiente requisito para el otorgamiento del crédito con hipoteca inversa: “d) que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.”

¹⁴¹ En efecto el inciso 2. De la norma española, imponen la siguiente calidad especial al sujeto que ocupará la posición activa en la relación creada por el crédito con hipoteca inversa: “2. Las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que, a las entidades aseguradoras, imponga su normativa sectorial.” Lo cual es entendible por la particular posición en la que se encuentra el deudor o prestatario, una persona anciana en situación de dependencia, a quien a través esta figura se le asegura un ingreso económico que no debería interrumpirse en ningún momento. Siendo la solvencia del acreedor una condición ineludible para cumplir con esta finalidad.

¹⁴² El inciso 5. De la norma española, establece lo siguiente: “5. Al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación. En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente.

extiende más allá del inmueble gravado, alcanzando inclusive a todos “los bienes de la herencia” (inciso 6. De la norma española¹⁴³).

3.2.3. México:

El 27 de marzo de 2017, en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, se publicó la modificación al artículo 2939° del Código Civil mexicano¹⁴⁴ que incorporó la figura de la

¹⁴³ “6. Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria.”

¹⁴⁴ ARTÍCULO ADICIONADO EN LA GOCDMX EL 27 DE MARZO DE 2017:

Artículo 2,939 Quinquies. Los términos de la contratación de la hipoteca inversa se establecen previo avalúo de la institución debidamente facultada para considerar el valor comercial de mercado del inmueble que deberá actualizarse cada dos años, para estar acorde con la plusvalía que el bien inmueble adquiera con el tiempo. El costo de dicho avalúo será cubierto por la entidad financiera. El contrato de hipoteca inversa, además de lo pactado, estará sujeto a lo siguiente:

- I. La cantidad pactada entre la entidad financiera y el adulto mayor debe ser suficiente para que éste último cumpla sus necesidades básicas; no podrá ser inferior al 70% de valor comercial del inmueble establecido en el avalúo;
- II. El solicitante o los beneficiarios que él designe deben ser personas de 60 años o más;
- III. El tutor, siempre que se encuentre en los supuestos señalados en el presente Capítulo, podrá, con autorización judicial, constituir hipoteca inversa para garantizar un crédito otorgado a favor de su pupilo o incapaz;
- IV. La persona adulta mayor dispondrá del importe del préstamo conforme a los plazos que correspondan a las disposiciones periódicas mediante las cuales podrá acceder al importe objeto de la hipoteca inversa;
- V. La persona adulta mayor o su cónyuge, concubina o concubinario de edad igual o superior a los 60 años, serán los únicos beneficiarios de los pagos periódicos a que hace referencia el Artículo 2939 Ter;
- VI. En su caso, cumplir las condiciones que se establezcan, para atender lo dispuesto en el Artículo 2939 Sexies;
- VII. La entidad financiera solo podrá exigir la deuda y la garantía ejecutable cuando fallezca la persona adulta mayor y el beneficiario si lo hubiere, respetando las condiciones que le concede la fracción II del Artículo 2939 Sexies, respecto a la amortización de la deuda;
- VIII. La persona adulta mayor podrá realizar un pago total o parcial anticipado, sin penalización alguna;
- IX. La persona adulta mayor habitará vitaliciamente el inmueble hipotecado, no obstante, la persona adulta mayor podrá arrendar de manera parcial o total el inmueble hipotecado, siempre y cuando, cuente con la autorización expresa de la entidad financiera y los términos y condiciones del arrendamiento se establezcan en el contrato correspondiente, sin afectar la naturaleza propia de la hipoteca inversa;
- X. Los intereses que se generen por el capital no podrán ser mayores al promedio resultante de la tasa de interés interbancario de equilibrio y las tasas de interés de los instrumentos hipotecarios tradicionales, y serán solamente sobre las cantidades efectivamente entregadas a la persona adulta mayor;
- XI. El contrato deberá incluir las especificaciones del incremento anual que tendrá la pensión otorgada a la persona adulta mayor;

hipoteca inversa a este ordenamiento jurídico. Si bien se cumplen las características básicas de este mecanismo de garantía como es el ser constituido sobre un inmueble destinado a casa habitación para respaldar un crédito que se concederá a favor del propietario quien es un adulto mayor de 60 o más años. Siendo que la deuda será solamente exigible después de que aquella persona -o el último beneficiario designado- fallezcan, debiendo asumir la obligación de restitución, por las cantidades efectivamente recibidas más los intereses y gastos, los

XII. La hipoteca inversa se sujetará a lo previsto en los artículos 2921, 2922, y 2923 de éste Código. Artículo 2,939 Sexies. La amortización del capital se sujetará a las siguientes normas:

I. Cuando fallezca la persona adulta mayor y su beneficiario, en caso de haberlo, sus herederos podrán abonar a la entidad financiera la totalidad del adeudo existente y vencido, quienes tendrán preferencia sobre cualquier cesión que se pretenda de dicho crédito hasta en tanto no se decidan en la forma de pago;

II. Cualquier cesión en contra de lo establecido en la fracción anterior será nula, sin compensación por la cancelación del gravamen y pago del adeudo;

III. Los herederos de la persona adulta mayor podrán optar también por reestructurar el crédito, ya sea conservando la garantía o incluyendo una adicional o a través de diverso financiamiento otorgado por institución pública o privada, con el consentimiento y autorización de la entidad financiera;

IV. Transcurridos 30 días hábiles después del fallecimiento de la persona adulta mayor sin que los herederos hayan efectuado el pago o manifestado la intención de reestructurar el crédito, se entenderá su intención de no pagar el adeudo, por lo que la entidad financiera estará en condiciones de ceder el cobro del crédito sin restricción alguna o solicitar su adjudicación o venta legal para efectuar el cobro hasta donde alcance el valor del bien inmueble hipotecado si el valor del inmueble fuera mayor que el adeudo se devolverá el remanente a los herederos.

Artículo 2,939 Septies. El inmueble hipotecado no podrá ser transmitido por acto inter vivos sin el conocimiento y autorización previo de la entidad financiera. El incumplimiento de esta obligación le conferirá a la entidad financiera el derecho de declarar vencido anticipadamente el total del adeudo y exigible a la fecha.

Artículo 2,939 Octies. La extinción de la hipoteca inversa tiene lugar cuando fallezca la persona adulta mayor beneficiada, así como su cónyuge, concubina o concubinario nombrado como beneficiario, se extinga el capital pactado y los herederos de la persona adulta mayor decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, en este supuesto la entidad financiera podrá obtener el recobro hasta donde alcance el bien inmueble hipotecado, pudiendo solicitar su adjudicación o su venta.

Artículo 2,939 Nonies. En caso de incumplimiento de la entidad financiera en las ministraciones pactadas, la persona adulta mayor o el fideicomiso a favor de la persona adulta mayor estarán en condiciones de solicitar la rescisión del contrato y exigir el pago de los daños y perjuicios, o en su caso, el pago de la pena pactada. Además, se tendrá la deuda como liquidada y no generará más interés; debiendo la entidad financiera liberar a su costa el gravamen correspondiente. Para el caso de que se constituya una nueva hipoteca inversa sobre el mismo inmueble, ésta tendrá prelación respecto de la anterior.

Artículo 2,939 Decies. En lo no previsto en este Código, la hipoteca inversa se regirá supletoriamente por lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable. (ARTÍCULO ADICIONADO EN LA GOCDMX EL 27 DE MARZO DE 2017) Artículo 2,939 Undecies. En materia de hipoteca inversa, no serán aplicables los artículos 2907, 2908 y 2909 de este Código.

herederos del propietario, bajo la amenaza de que el bien sea vendido o adjudicado a favor del acreedor bancario.

También existen algunas disposiciones especiales, que tratan de resaltar su función más asistencialista que de mera garantía y, además, para evitar que el inmueble termine siendo vendido a un precio vil. Así, por ejemplo, el valor del inmueble debe actualizarse cada dos años a efectos de recalcular la “pensión” que debe recibir el titular o el beneficiario. Asimismo, esta prestación a cargo del acreedor bancario debe ser suficiente para cubrir las necesidades básicas de quien lo recibe y el financiamiento total debe no ser menor al 70% del valor calculado del inmueble hipotecado. El titular durante su vida también tiene el derecho a prepagar el crédito total parcialmente, así como también los intereses compensatorios que se cobra por el financiamiento no deben ser superiores a los que se cobra en promedio por créditos hipotecarios. Finalmente, si bien el plazo que tienen los herederos es extremadamente corto para pagar el crédito, esto es solo 30 días, también se les da la oportunidad de gestionar la obtención de un nuevo financiamiento para reestructurar la deuda con la intervención de un nuevo acreedor financiero, sea público o privado.

En cuanto a las restricciones que se crean en torno al inmueble durante el tiempo en el que el contrato de hipoteca tiene vigencia, se imponen la posibilidad de prohibir actos de disposición (venta) o mera administración (arrendamiento), ya que para llevarlos a cabo deberá contarse con la aprobación o autorización del acreedor bancario. Ahora bien, transgredir esta restricción lleva el consecuente vencimiento de la obligación de restitución y activa el mecanismo para la realización del valor del bien hipotecado a través de la venta o la adjudicación.

3.3. Los sujetos del acto jurídico constitutivo de la hipoteca inversa.

La constitución de una garantía hipotecaria y, en general, de cualquier garantía real, implica la conformación de una relación jurídica compleja y heterogénea, por cuanto estarán conectadas dos relaciones jurídicas de naturaleza diferente: (1) una relación obligatoria principal asegurada; y, (2) una relación real de garantía. Pero en el caso específico, de la HI existen algunas limitaciones específicas en cuanto a los sujetos que ocuparan las posiciones

en los extremos de dichas relaciones. Vamos a encontrar a dos sujetos que obligatoriamente van a participar en el acto constitutivo de la hipoteca, el acreedor financiero y el propietario del inmueble, como partes principales del contrato de HI, mientras que también podrán intervenir de manera secundaria una empresa de seguros y, eventualmente, los beneficiarios del titular.

3.3.1. El Titular o propietario del inmueble hipotecado.

La posición de titular de la obligación, esto es del sujeto que contratará el crédito con hipoteca inversa y a favor de quien, en principio, se hará el desembolso y “propietario” del bien gravado necesariamente será ocupada por la misma persona, a quien se denomina como “Titular” (art. 3º, lit. a), de la Ley). Lo que implica una primera desviación del régimen general, por cuanto en la “hipoteca común” el inmueble afectado puede pertenecer a un tercero distinto del sujeto que recibirá el financiamiento (crédito). Esta limitación encontraría su razón de ser en la finalidad económica de este tipo de producto financiero, que consiste en asegurar un “ingreso complementario” para el propietario hasta su muerte, con un bien que debe permanecer en su patrimonio y estar en su posesión durante todo el tiempo que dure el contrato -tal como veremos cuando analicemos las restricciones impuestas al Titular en cuanto a sus facultades de disposición y administración- lo cual no sería posible si es que el bien perteneciese a otra persona.

Asimismo, otro requisito velado que, si bien no se ha consignado en las disposiciones normativas, se impondrá por la lógica económica de esta operación, es la proximidad a la muerte en la que deberá encontrarse quien o quienes reciban el financiamiento, sea el propietario del inmueble o los beneficiarios designados. Esto, precisamente, porque la obligación de restitución del dinero mutuado será exigible al fallecimiento de aquellas personas, por lo que el acreedor financiero solamente concederá el crédito si este suceso es cercano, máxime si el monto de aquel depende entre otros elementos principales de la “esperanza de vida del titular o titulares” (segundo párrafo del art. 2º de la Ley).

3.3.2. El beneficiario del crédito.

Si bien, en principio, las dos relaciones que conforman el vínculo están diseñadas para ser ocupadas por los mismos sujetos (Acreedor-autorizado y Titular-propietario), también se ha

establecido la posibilidad de que el dinero prestado sea entregado a una persona o personas distintas al propietario del inmueble afectado, a quienes, se denominará como “Beneficiario” o “Beneficiarios”. Al respecto, el Reglamento señala lo siguiente: “El o los Beneficiarios designados por el Cliente, pueden ser quienes libremente determine éste; pero requerirán ser aceptados como tales por la Entidad Autorizada acreedora” (art. 4.1).

Como puede advertirse, la determinación de los terceros beneficiados depende del consentimiento de la entidad acreedora, lo cual resulta esencial para el otorgamiento del crédito, por cuanto en estos casos -es decir cuando se haya designado beneficiarios- la exigibilidad del crédito estará condicionada a la muerte del último de estos. Por lo cual, tanto el Titular como el(o los) beneficiario(s) deberán estar en una condición cercana a la muerte¹⁴⁵. Entonces, la “aceptación” de beneficiarios ha sido dejada en realidad a las condiciones que imponga la entidad acreedora que es la portadora del poder performativo del contrato constitutivo de la HI¹⁴⁶.

Entonces, las partes del acto constitutivo de la HI serán: el Acreedor - Autorizado y el Propietario - Titular, mientras que el (o los) beneficiario(s) serán simplemente terceros¹⁴⁷

¹⁴⁵ Por esta razón no compartimos la opinión de quienes sostienen que este producto financiero puede ser tomado por cualquier persona que quiera “complementar sus ingresos económicos” pudiendo ser otorgada “a cualquier ciudadano que cuente con una propiedad propia” (BARDALES Siguan, 2018, p.70). Al respecto debe aclararse, que la determinación de los sujetos “beneficiarios” de este tipo de créditos correrá por cuenta de la decisión de los prestamistas institucionales y los incentivos económicos que tendrán para maximizar sus ganancias. Por tal razón, no cualquier “ciudadano que cuente con una propiedad” será un potencial cliente para el banco, sino solamente aquellos cuya muerte esté próxima independientemente de la edad que tengan.

¹⁴⁶ Sostener que los beneficiarios en el contrato de HI podrán ser designados si el titular lo “desea” es un error en el que algunos autores incurren, ya que de una interpretación literal de sus disposiciones normativas, claramente se desprende que la existencia o no de beneficiarios está condicionada a la aceptación de la entidad acreedora. Un ejemplo de este equivoco lo encontramos en PASCO (2019; p. 166) quien sostiene lo siguiente: “v) Si el propietario lo desea, puede nombrar en el Contrato de Hipoteca Inversa a los denominados “beneficiarios”, que son las personas a favor de quienes el banco deberá terminar de entregar el préstamo en caso el Propietario fallezca antes de que se le haya desembolsado la totalidad del mismo (el beneficiario puede ser una sola persona o varias queda ello a criterio del Propietario).”

¹⁴⁷ No puede dejar de mencionarse que estaríamos ante un contrato a favor de terceros por lo que corresponde aplicarles el restablecido en los artículos 1457° al 1469° del Código Civil. En este orden de ideas, la posición de estipulante la asume el prestatario que constituye la HI, mientras que la posición de promitente la ocuparía la entidad del sistema financiero que se

quienes recibirán los desembolsos periódicos del crédito otorgados hasta su muerte, con la particularidad de que su deceso determinará la exigibilidad de la deuda y, eventualmente, la ejecución del inmueble afectado. Es imperioso, entonces, analizar la importancia de este luctuoso suceso, pero de vital importancia para la entidad acreedora, que le abrirá las puertas para la recuperación del capital prestado y los beneficios obtenidos en la operación (esto es, los intereses compensatorios acumulados por los montos efectivamente entregados).

3.3.3. Las entidades del sistema financiero (las verdaderas beneficiadas con la hipoteca inversa).

Una de las principales críticas a la visión marxista del derecho es su excesivo determinismo, esto es, por ejemplo, que un sistema capitalista solamente creará una (super)estructura jurídica al servicio de las élites que mantienen el control de las instituciones económicas y del poder político. En tal sentido, el mismo MARX (2007, p. 8) sostuvo que "(...), toda forma de producción engendra sus propias instituciones jurídicas, su propia forma de gobierno, etc.". Perspectiva que me parece sujeta a críticas, ya que contiene una negación casi absoluta de los usos alternativos que se le puede dar al Derecho dentro de un sistema económico y a las instituciones que lo conforman, como mecanismos que también pueden servir al equilibrado funcionamiento de la sociedad y a la defensa del ciudadano común, de los excluidos o los desposeídos.

Sin embargo, en cuanto a cómo se han desarrollado las instituciones del derecho privado en las últimas décadas¹⁴⁸ y cómo los operadores y las instituciones estatales vienen aplicando el

hará cargo del pago de las prestaciones periódicas a favor de los terceros beneficiarios. Asimismo, una vez aceptado este derecho habrá penetrado en la esfera jurídica de los beneficiarios no podrá ser revocada por el prestatario estipulante (artículos 1458° y 1460°). Esta regulación que señalaría entonces algunos requisitos para que el tercero beneficiario pueda hacer uso de su derecho a recibir las rentas de manera plena e irrevocable hasta su fallecimiento.

¹⁴⁸ Así uno de los rasgos más característicos del fujimorismo como forma de organización estatal, desde el golpe de 1992, fue, en palabras de QUIJANO (1995, pp. 7-8), "La imposición de una política económica exclusivamente destinada a garantizar máximos beneficios al capital internacional y de sus asociados locales, especialmente el capital financiero. (...) El Estado ha vuelto a ser, (...), exclusivamente el garante y administrador de sólo uno de los términos de las relaciones de poder social básico en el país. Ahora, ha sido entregado al control monopólico y excluyente de los funcionarios del capital internacional y financiero, en primer lugar.". La aparición de esta clase de "instrumentos" jurídicos diseñados desde y para

Derecho, resulta sumamente difícil negar la certeza de la visión marxista -antes criticada-, ya que los mecanismos jurídicos que se vienen creando no son más que la expresión normativa de los deseos de los agentes más poderosos del sistema económico, como son las de las entidades del sistema financiero. Lo cual, desde mi perspectiva, constituye un uso pervertido del Derecho que está llevando a la irremediable descomposición del tejido social.

El caso de la HI es un claro ejemplo de cómo puede encarnarse en una norma especial un mecanismo jurídico que expresa las necesidades y los intereses de los agentes institucionales más poderosos dentro de un campo social, esto es de quienes poseen el suficiente poder económico no solo para influenciar en el mercado causando distorsiones, sino también influenciar en el campo político, esto es en los centros de producción normativa del Derecho estatal, para engendrar figuras legales a su imagen y conveniencia.

En efecto, en esta clase especial de hipoteca, solamente pueden ocupar la posición de acreedores hipotecarios las entidades del sistema financiero nacional, tales como: (a) las Empresas Financieras de Servicios Múltiples (Bancos, Financieras, Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, entre otras)¹⁴⁹; (b) las empresas de seguros¹⁵⁰ y (c) Las empresas administradoras de hipotecas¹⁵¹. Si bien, esto no significa -a priori- que la HI haya sido

beneficiar a un solo lado de las relaciones socio económicas que se establecen cuando se constituye una obligación, que no es otra que la clase social de las empresas del sistema financiero, implica la confirmación empírica que si bien el Fujimorismo y sus herederos han sido derrotados políticamente, no lo ha sido la forma fujimorista de gobierno que ha perdurado en los diferentes gobiernos "democráticos" que han sido elegidos desde la caída de la dictadura.

¹⁴⁹ De acuerdo con el literal A) del artículo 16° de la Ley 26702, dentro de las Empresas de Servicios Múltiples tenemos a las siguientes: Empresa Bancaria, Empresa Financiera, Caja Municipal de Ahorro y Crédito, Caja Municipal de Crédito Popular, Entidad de Desarrollo a la Pequeña y Microempresa - EDPYME, Cooperativas de Ahorro y Crédito autorizadas a captar recursos del público y Caja Rural de Ahorro y Crédito.

¹⁵⁰ Según el literal D) del artículo 16° de la Ley 26702, dentro de las Empresas de Seguros tenemos a las siguientes: Empresa que opera en un solo ramo (de riesgos generales o de vida); Empresa que opera en ambos ramos (de riesgos generales y de vida); Empresa de Seguros y de Reaseguros; y, Empresa de Reaseguros.

¹⁵¹ El primer párrafo del artículo 1° de la Ley N° 28971 textualmente dispone: "Las Empresas Administradoras Hipotecarias son empresas especializadas del sistema financiero, que tienen por objeto exclusivo otorgar y adquirir créditos inmobiliarios por cuenta propia y, en relación a ellos, emitir títulos valores, letras hipotecarias, cédulas hipotecarias, instrumentos hipotecarios y títulos de crédito hipotecario negociables, tanto en moneda nacional como extranjera."

diseñada a la medida de esta clase entidades. Tendremos que analizar las características especiales del gravamen hipotecario para poder concluir si resultan desproporcionadamente ventajosas para las entidades acreedoras e injustificadamente desventajosas para el Titular del inmueble gravado y para el eventual sujeto que se haga responsable del crédito que se encontrará sometido a las acciones ejecutivas contra su patrimonio inmobiliario heredado.

3.3.4. Las empresas de seguros (a cargo del seguro obligatorio contra todo riesgo y del seguro facultativo de renta vitalicia).

De acuerdo con la Ley N° 29946, publicada en el diario oficial E.P. el 27.11.2012, el contrato de seguro es aquel por el cual el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso que se produzca un evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar dentro de los límites pactados el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas. Asimismo, sobre este contrato rigen los principios de máxima de buena fe, indemnización, mutualidad, interés asegurable, causa adecuada y de interpretación más favorable al asegurado.

Ahora bien, quienes pueden ocupar la posición de entidad aseguradora son aquellas que tienen autorización expresa de la S.B.S., tal como lo establece el artículo 11°, literal b), de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero, según la cual requieren autorización expresa de esta entidad reguladora aquellas empresas que inviten “(...) al público a contratar coberturas de seguros, directa o indirectamente, o se invite a las empresas de seguros a aceptar su intermediación;” debiendo contar además con un capital mínimo que asegure su solvencia.

En el marco de una HI la empresa de seguros está autorizada, como ya se explicó a otorgar el financiamiento y asumir la condición de acreedor hipotecario. Pero también su participación se exige para prestar los seguros que la Ley prevé. Tanto el seguro obligatorio contra todo riesgo ante algún siniestro que pueda sufrir el predio gravado que implique su pérdida de valor, así como el seguro facultativo de renta vitalicia que cubre el siniestro de que el titular o los beneficiarios sobrevivan más allá de las previsiones establecidas en el

contrato de crédito, agotando prematuramente el monto del financiamiento. En este último caso, la empresa de seguro asume el pago de una renta vitalicia a favor de los sobrevivientes que ya no formará parte de deuda coberturada con la hipoteca.

Al respecto el artículo 8.1 del Reglamento de la S.B.S., establece literalmente lo siguiente sobre la participación de las empresas de seguro en un contrato de HI:

“8.1 Las empresas de seguro pueden participar de forma directa y/o complementaria dentro de una operación de HI, bajo cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Crédito desembolsado en una sola armada o mediante abonos o disposiciones periódicas.
2. Renta vitalicia u otro producto de renta, cuando la empresa otorga el crédito.
3. Crédito y renta vitalicia u otro producto de renta otorgados por la misma empresa de seguros.”

Ahora bien, la función principal de las empresas aseguradoras es otorgar seguros “contra patrimonio negativo” (RICRA; 2017, p. 47), que en otras palabras significa que el patrimonio que sirve para garantizar la obligación no alcance para cubrir la deuda total que se devengue. Lo cual podría deberse a los siguientes factores de riesgo: “1) la longevidad del prestatario, 2) la tasa de interés que se cobra por el préstamo y 3) el valor de la propiedad. Los tres factores de riesgo mencionados podrían originar una situación denominada patrimonio negativo, en la cual el valor de la deuda excede el valor de la vivienda.” Frente a estos riesgos que pueden presentarse en un contrato de crédito con HI es que se han previsto los dos principales seguros utilizables, de acuerdo a la Ley y su Reglamento, esto es el seguro facultativo de renta vitalicia y el seguro obligatorio contra todo riesgo.

El último de los mencionados tiene por función proteger la eventual destrucción o deterioro del inmueble que pueda producirse entre la fecha del otorgamiento del crédito y su exigibilidad. Máxime, si no existirá otro activo patrimonial con el cual cobrarse la deuda. Sin embargo, esto presupone que el valor comercial del predio previsto se mantenga o se incremente, ya que en base a este valor el acreedor financiero ha calculado el monto total del financiamiento. Es por esta razón, que el Reglamento de la S.B.S. exige realizar una tasación

comercial periódica del bien, para actualizar el valor y evitar que la deuda total devengada supere el valor comercial de una eventual ejecución. Sin embargo, en una situación patológica del mercado inmobiliario que implique una caída del precio de la vivienda podría darse el caso que el patrimonio asegurado (inmueble) resulte inferior a la obligación ya desembolsada¹⁵².

El otro gran riesgo que se asume con esta clase de operaciones es el denominado “riesgo de longevidad”, el cual para RICRA (2017; p. 49) consiste en: “(...) el riesgo que una persona se mantenga con vida más tiempo de lo esperado. Esta situación implica que no se podrá recuperar la vivienda hasta que el propietario la desocupe. Este riesgo es mitigado por las instituciones financieras a través de la adquisición de un seguro de renta vitalicia con una empresa aseguradora; de esta forma, la institución financiera se asegura realizar los desembolsos mensuales mientras dure el tiempo pactado al inicio de la operación de la hipoteca revertida. Si el individuo vive más tiempo, las rentas son pagadas por la aseguradora.” A estos efectos, la Ley ha previsto la posibilidad de contratar un seguro privado de renta vitalicia, como ya se ha explicado.

3.4. El objeto de la Hipoteca Inversa (el inmueble afectado).

Como bien sabemos la hipoteca común (así como las especiales) tienen por objeto bienes inmuebles pero que poseen determinadas características, tales como ser susceptibles de apropiación y explotación privadas y estar incorporados a un registro jurídico de bienes inmuebles. Es por esto que solamente algunos de los bienes inmuebles descritos en el artículo 885° del Código Civil son susceptibles de ser hipotecados. En este sentido, de acuerdo con el texto vigente del literal c) del artículo 3° de la Ley N° 26366, Ley de Creación del Sistema

¹⁵² JIMENEZ CLAR (citado por TORRES; 2017 p. 9) sostiene al respecto que: “Un elemento que afecta el atractivo de la operación concierne a los gastos de conservación del valor del inmueble, lo que está directamente relacionado a su conservación física respecto de su uso, el paso de los años, así como a su protección, respecto de amenazas que podrían deteriorar o incluso eliminar dicho valor: terremotos, incendios, etc. De ahí que contractualmente se requiere establecer obligaciones de mantenimiento y conservación, así como la contratación de un seguro del protección del inmueble contra todo riesgo, todo lo cual, naturalmente, puede desmotivar el uso de este instrumento (considerando los costos involucrados), máxime si quien lo habita (el solicitante de la operación) puede sentir que el inmueble ha dejado de ser suyo, dado que el destino natural de este es pasar a propiedad de un tercero”.

Nacional de los Registros Públicos, el Registro de Propiedad Inmueble comprendería los siguientes registros: Registro de predios, Registro de Naves y embarcaciones, Registro de concesiones para la explotación de servicios públicos, Registro de derechos mineros y Registro de Áreas Naturales Protegidas (ANP). De todos ellos solamente en este último no podrá constituirse hipoteca por las restricciones legales que se impone a la existencia o ejercicio de la propiedad privada al interior de un A.N.P.

Pero para la HI vamos a tener algunos requisitos adicionales que nos permitirán determinar el singular tipo de bien inmueble sobre el que puede recaer. Si bien el artículo 2° de la Ley nos hace referencia genéricamente a un “inmueble” que sea del titular, el literal f) del artículo 3° de la norma en cuestión hace la salvedad de que aquella persona debe encontrarse “habitando” el inmueble afectado. Razón por la cual, el abanico de bienes inmuebles se reduce solamente a aquellos espacios físicos delimitados que puedan servir para un uso específico, esto es, casa habitación.

A estos efectos, para BARRÓN (2016; p. 296): “El predio es el trozo de terreno, edificado a no, cerrado por una línea poligonal perteneciente a un solo propietario o a varios en común, que permite un aprovechamiento independiente. Empero, debe recordarse que el “suelo” no solo es el trozo de terreno, sino también, el subsuelo y el sobre suelo (art. 954 CC). Por tal motivo, también son predios las parcelas cúbicas edificadas (departamentos) o parcialmente futuras (aires), pero que sean susceptibles de aprovechamiento económico independiente.” En consecuencia, serán objeto de HI solamente los predios que de manera autónoma e independiente puedan ser objeto de una utilización económica específica (casa - habitación), descartándose, por ello todas las otras clases de inmuebles que pueden gravarse con hipotecas comunes o especiales (como los inmuebles por derivación, por incorporación, las concesiones de servicios públicos, las concesiones mineras, entre otras).

En este mismo orden de ideas, debe quedar claro que no todos los predios podrían ser susceptibles de afectación con una HI, ya que como se establece en la norma técnica G.040¹⁵³ del Reglamento Nacional de Edificaciones, un predio es definido como “Unidad inmobiliaria

¹⁵³ Aprobada mediante la Resolución Ministerial N° 029-2021-VIVIENDA, del 29.01.2021 en el diario oficial E.P.

independiente. Pueden ser lotes, terrenos, parcelas, viviendas, departamentos, locales, oficinas, tiendas o cualquier tipo de unidad inmobiliaria identificable.” Por lo que la entidad acreedora tendrá que verificar, antes de conceder el crédito con HI, que el predio afectado sea el lugar donde el Titular (y los beneficiarios designados) efectivamente vivan de manera habitual. Siendo que un local, una oficina o una tienda difícilmente podrían calificar para estos efectos.

3.5. Las especiales condiciones del contrato de Hipoteca Inversa.

El contrato de HI no ha sido sometido a ninguna formalidad específica bajo sanción de nulidad, razón por la cual el acuerdo al que arriben el acreedor financiero y el Titular del inmueble deberá transitar el mismo camino que se utiliza para constituir una hipoteca común u ordinaria. Esto es una fase consensual en la que se celebra el negocio jurídico hipotecario con meros efectos obligatorios, otra relativa a su formalización por escritura pública (art. 1098° C.C.) y, finalmente, una fase de su inscripción registral como elemento formativo final para la generación válida del derecho real de hipoteca (inversa).

Esta por demás decir que los contratos de HI serán por adhesión y con cláusulas generales de contratación, toda vez que estarán redactados íntegramente por el acreedor financiero quien incorporará las cláusulas contractuales que la Ley y el Reglamento, les permiten tales como la proscripción de actos de disposición y administración sobre el bien gravado, los intereses compensatorios a ser cobrados por las sumas efectivamente entregadas, el monto del crédito a ser desembolsado, la valorización de inmueble afectado y el seguro obligatorio contra todo daño o menoscabo que pueda sufrir este último. Inclusive, algunas cuestiones que la Ley parecería haber dejado dentro del ámbito de decisión del Titular, como la designación de beneficiarios, en última instancia quedará a potestad del acreedor financiero aceptarlos o no. Quizá el único aspecto del contrato en el que podrá decidir el Titular, además de dar su consentimiento, sería el recibirlo en una sola armada o a en cuotas periódicas.

El instrumento normativo que ha sido mucho más prolífico en cuanto a las características que tendrá este contrato de crédito con HI es el Reglamento S.B.S., en cuyo artículo 23° se dispone lo siguiente:

“Artículo 23.- Aspectos aplicables a la contratación.”

“23.1 Las empresas que ofrecen créditos de HI deben someter a aprobación administrativa previa de la Superintendencia, las cláusulas generales de contratación que regulan las características del producto, así como los derechos y las obligaciones de las partes de conformidad con el procedimiento de aprobación para productos y servicios financieros establecido en el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero y en la Circular sobre procedimientos para la aprobación y/o registro de cláusulas generales de contratación y modelos de póliza”

“23.2 El contrato de crédito con HI debe contener los aspectos señalados en el Reglamento de la Ley de HI, así como la siguiente información:

1. Modalidades de desembolso de crédito.
2. Procedimiento para efectuar pagos anticipados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 del presente Reglamento.
3. Canal o canales puestos a disposición del usuario para comunicar el fallecimiento del titular de crédito de HI.
4. Procedimiento de entrega de saldos a favor de herederos y/o legatarios, como resultado del proceso de liquidación del crédito vía adjudicación del inmueble por parte de la empresa.
5. Procedimiento para la liquidación del crédito y plazo para su cancelación de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 del Reglamento de la Ley de HI.
6. Otra que determine la Superintendencia.”

“23.3 Cuando se haya pactado que el desembolso del crédito de HI se realice mediante abonos o disposiciones periódicas, las empresas deben entregar un documento con un cronograma de abonos que contenga como mínimo, el número de abonos a realizar al cliente, su periodicidad y fechas, así como la cantidad total a desembolsar, lo cual debe ser igual a la suma de todos los abonos periódicos.”

Ahora bien, pasaremos, a analizar los aspectos más importantes del contrato de hipoteca inversa desde las características del crédito garantizado, el monto del gravamen, la responsabilidad patrimonial limitada que genera, las condiciones de ejecutabilidad del contrato en cuanto a la realización de la hipoteca y los criterios para la determinación de los eventuales deudores del préstamo.

3.5.1. El crédito asegurado con la HI: Deuda coberturada, el monto del gravamen y su responsabilidad limitada.

La cobertura de la hipoteca puede analizarse desde dos perspectivas, una relacionada con los conceptos que integrarán la deuda asegurada, a saber, capital, intereses, penalidades, seguros y otros costos; y, la otra, desde el límite cuantitativo de la afectación, lo que se conoce como “monto del gravamen”, que está relacionado con el alcance de la responsabilidad patrimonial que recae de manera privilegiada sobre el valor del bien. Entonces, el monto de la deuda asegurada y monto del gravamen, aluden a dos conceptos distintos y no siempre van a coincidir cualitativa y cuantitativamente.

En este orden de ideas, una situación ideal para el acreedor hipotecario común consistiría en que la deuda total puesta a cobro no llegue a sobrepasar el monto del gravamen, toda vez que cualquier exceso no podrá cobrarlo como un acreedor preferente sino como un acreedor común más contra el saldo del valor por el que ha sido vendido el inmueble o, si esto no alcanza, contra otros bienes que pudiese tener el mismo deudor. Pero esto se vuelve mucho más importante en un crédito con HI, ya que -como se explicará más adelante en el numeral 3.5.1.3.- la responsabilidad que se genera con esta acreencia esta exclusivamente limitada al predio afectado, razón por la cual, de no alcanzar su valor para cobrar el montante total de la deuda, el saldo quedará definitivamente insoluto y tendrá que extinguirse el crédito.

3.5.1.1. La naturaleza financiera de la deuda y su cobertura.

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 2° de la Ley, el monto del crédito o financiamiento otorgado al Titular se determina en función a tres factores fundamentalmente:

(i) el valor del inmueble, que servirá como instrumento de recuperación de lo invertido; (ii) la esperanza de vida del titular, o en última instancia de los beneficiarios con el crédito – pensión; y, finalmente, (iii) la tasa de interés compensatorio aplicable, que representa la utilidad o beneficio esperado por la entidad financiera al otorgar este crédito. Sin embargo, vamos a encontrar otros factores que en una operación de HI concreta tendrán que tomarse en cuenta. Al respecto, LIMÓN (2015; p.12) sostiene que el valor de los pagos o la suma del crédito dependen de las siguientes características: valor actual de la vivienda, edad del solicitante, tasa de interés promedio esperadas, tasa de apreciación de la vivienda, primas de seguro, costos de inscripción, servicio y cierre y utilidad esperada por la compañía que emite el producto.

Ahora bien, de acuerdo con el Reglamento de la S.B.S., los créditos con HI son considerados como créditos hipotecarios para vivienda a efectos de la normativa vigente (artículo 4°), pero no serán considerados para determinar el nivel del endeudamiento total del titular en el sistema financiero ni para determinar su clasificación de riesgo o endeudamiento (art. 5°). Salvo que se produzca alguno de los eventos que vuelva ejecutable el crédito, sea para el mismo titular, al incumplir alguna de las condiciones del contrato, o para los herederos, después de la muerte del titular, que pacten el repago de deuda. En estos casos, la deuda a nivel financiero será calificada como una simple deuda hipotecaria y recibirá un tratamiento equivalente a esta clase de créditos.

Asimismo, no debemos olvidar que el valor económico del crédito se encuentra conectado directamente al valor del inmueble afectado, ya que al no existir propiamente un deudor que se haga cargo de la deuda, antes que esta se haga exigible, su valorización o desvalorización dependerá del “valor neto de realización del inmueble” (art. 6.1. del Reglamento S.B.S.) el mismo que se ajustará periódicamente, ya que cada 5 años debe realizarse una valuación por un perito debidamente inscrito en el registro de peritos valuadores (REPEV) de la S.B.S. Esta circunstancia, a saber, la indeterminación originaria del sujeto deudor, implica que esta operación se considere altamente riesgosa al ser su cumplimiento un evento de dudosa realización y, por lo tanto, se exige que se le dé un tratamiento similar a las operaciones

sujetas a “riesgo crediticio” a que se refieren los artículos 300^{o154} y 304^{o155} de la Ley General del Sistema Financiero.

Finalmente, debe tomarse en cuenta que si bien el crédito con hipoteca inversa va a merecer a nivel financiero un tratamiento similar (art. 10° del Reglamento SBS), no puede olvidarse que antes de su ejecutabilidad y en el momento en que se genera el contrato representa a nivel contable para el acreedor un pasivo (ya que es una obligación asumida frente a un cliente) y que no va a ser devuelto o pagado por un largo tiempo. Pero una vez que empiezan a hacerse los desembolsos, surgirá la situación particular de que por cada suma entregada (y los intereses que vayan devengándose) se genera una cuenta por cobrar, mientras que la porción del crédito no desembolsado será una cuenta contingente (un pasivo).

Ahora bien, sin perjuicio de las características financieras especiales que tenga el crédito con HI, una cuestión que debe tratarse también es aquella relacionada con su cobertura, que en principio no variará sustancialmente del régimen general de la hipoteca común (art. 1107° C.C.) según el cual la hipoteca cubrirá el capital, los intereses que devengue, las primas de seguro pagadas por el acreedor y las costas de juicio. Sin embargo, cuando estemos frente a una deuda garantizada con HI es necesario hacer las siguientes precisiones, ya que la lógica, en cuanto a forma como se compone la deuda total puesta a cobro en un supuesto fisiológico o normal de un crédito con HI sería la siguiente:

¹⁵⁴ “**Artículo 300.- PATRIMONIO EFECTIVO DESTINADO A CUBRIR RIESGO CREDITICIO.** Cuando la empresa de seguros otorgue las fianzas a que se refiere el artículo 304, otorgue financiamiento a sus asegurados para el pago de sus primas de seguro, o efectúe préstamos hipotecarios, procederá a destinar una porción de su patrimonio efectivo, en la parte que exceda a su patrimonio de solvencia, a cubrir el riesgo crediticio, con observancia de las normas que con carácter general expida la Superintendencia.”

¹⁵⁵ “**Artículo 304.- OPERACIONES SUJETAS A RIESGO CREDITICIO.** / Las operaciones a que se refiere el artículo 318, estarán sujetas a las siguientes reglas: / 1. Las fianzas, créditos para el financiamiento de primas y otros créditos están afectas a la aplicación de los factores de ponderación de riesgo crediticio establecidos en los artículos 188 y 195. Estas operaciones estarán afectas a las provisiones y a las normas sobre límites, conglomerados financieros y/o mixtos contenidas en la Sección Segunda de la presente ley y serán llevadas en cuentas separadas y debidamente identificadas respecto de las operaciones de seguros. / 2. Las subsidiarias que constituyan las empresas de seguros para la realización de operaciones financieras se encuentran sujetas a todas las normas de la presente ley.

- (1) El capital que ha sido desembolsado efectivamente hasta la fecha de la muerte del Titular o hasta la muerte del último de los beneficiarios aceptados por la Entidad Acreedora.
- (2) Por los intereses compensatorios que se han ido devengando con respecto a las sumas efectivamente entregadas al titular o a los beneficiarios, por lo que entendemos que a diferencia de un crédito hipotecario común, los intereses a cobrarse no se calcularán sobre el monto total del financiamiento, sino que el capital base para el cálculo del interés irá aumentando progresivamente conforme se entreguen las prestaciones periódicas, hasta que se haya desembolsado la totalidad del crédito o cuando se produzca cualquier otro hecho que implique la exigibilidad de la deuda. Por esta razón, este tipo de producto tendrá un carácter acumulativo ya que no se devuelve ningún importe hasta su cancelación (DEL POZO, DIAZ y FERNÁNDEZ, 2011, p. 91).
- (3) También a esta deuda se integrarán los seguros obligatorios y complementarios¹⁵⁶, que deberán ser contratados, los mismos que si bien son a costo del Titular, se

¹⁵⁶ Asimismo, existe un tipo de seguro que sería económicamente absurdo exigirlo en esta clase de operaciones, como el seguro de desgravamen que se contrata para cubrirse contra el riesgo de la muerte del deudor, en cuyo caso la aseguradora cumple con pagar el saldo del crédito pendiente. Este seguro de desgravamen no tiene razón de ser en un crédito con HI, donde la muerte del “Deudor – Titular” no es una eventualidad indeseada, sino uno de los objetivos principales de la operación, ya que le permitirá al acreedor exigir el cumplimiento y, consecuentemente, realizar el valor del inmueble para cobrarse la deuda. Lo cual no parece haberse entendido cabalmente, ya que he encontrado opiniones como esta: “Aquí surgen dos interrogantes. La primera referida al hecho de que en la actualidad todo préstamo otorgado por una entidad bancaria incluye la contratación, como mínimo, de un seguro de desgravamen (el mismo que, como se sabe, sirve para cancelar la deuda del titular cuando fallezca), de tal suerte que no entendemos a qué tipo de seguro hace referencia. (...)” (CHIPANA, 2018, pp. 120). Como ya se ha explicado, sería ilógico adosar a este tipo de crédito con HI un “seguro de desgravamen”, ya que la “muerte del titular” no es un siniestro asegurable, esto es, una eventualidad cuya ocurrencia no se espera que suceda, sino una condición necesaria para el desenvolvimiento normal del crédito. El “siniestro asegurable” del seguro vitalicio complementario -independientemente de lo que tenga en mente quien suscribe la opinión comentada- consiste en que el Titular o sus beneficiarios “vivan demasiado” y agoten el monto del crédito de manera prematura. Lo cual no es difícil de advertir. Pero, lo que sí salta a la vista, es que la HI por su naturaleza tan singular -en cuanto a su funcionalidad económica, social y jurídica- está generando verdaderos problemas de comprensión para los escribidores jurídicos locales.

entiende que para facilitar la operación serán sufragados por la entidad acreedora para ser cargados a la deuda total, tales como: (a) Seguro obligatorio contra todo daño que pueda sufrir el inmueble; y, (b) Seguro complementario de renta vitalicia, en el caso en el que el Titular o el (los) beneficiario (s) vivan más allá de las previsiones de la Entidad Acreedora, con la finalidad de que reciban una prestación complementaria vitalicia¹⁵⁷ a cargo de una aseguradora, si es que se ha agotado el crédito antes del fallecimiento¹⁵⁸.

- (4) Los costos de las tasaciones para la valorización del inmueble (a excepción de las valorizaciones periódicas dispuestas por el art. 6.1. del Reglamento S.B.S.). Al respecto, la regulación que se ha creado genera un claro incentivo para la subvaluación del inmueble afectado, lo cual será explicado más adelante, empero sólo cabe mencionar en este punto que los costos de la tasación para la valorización del inmueble cuando se otorgue el crédito, así como los que se practiquen a efectos de la ejecución del gravamen serán asumidos íntegramente por el Titular, por lo que lógicamente, la entidad acreedora los trasladará al monto resultante de la deuda.
- (5) Finalmente, los costos de la ejecución, judicial o extrajudicial, también serán cargados a la deuda garantizada (como los honorarios que deberán ser pagados a la persona que se encargue de vender el predio hipotecado, independientemente que sea

¹⁵⁷ Sobre el particular, la exposición de motivos del Reglamento es muy clara en expresar que este concepto se cargará al mutuo hipotecario. Así se expresa en los siguientes términos: “Las partes pueden acordar la contratación de un seguro que permita al Cliente recibir una renta vitalicia luego de que se haya desembolsado íntegramente el crédito pactado. En este caso, puede determinarse a la firma del contrato el monto que es destinado a la Entidad Autorizada a la contratación de una renta vitalicia para el Cliente, con la empresa de seguro elegida y bajo las condiciones que el Cliente haya acordado con la referida empresa. **El monto destinado a la contratación de una renta vitalicia es parte del crédito efectivamente desembolsado.**” (el énfasis es mío).

¹⁵⁸ Lo mismo sucede en el sistema español donde, como sostienen Del Pozo, Diaz y Fernández (2011), “En el momento de contratar una hipoteca inversa se realiza un cálculo de la esperanza de vida del individuo. Si el resultado obtenido determina que este vive más tiempo del estimado, seguirá recibiendo la renta mensual a través del seguro de rentas diferidas y cuando el titular la haya contratado (...)”, p. 90

un tercer representante del prestatario u otra entidad financiera distinta al acreedor hipotecario).

Como puede advertirse, entonces, los costos que serán cargados a la liquidación de un crédito con HI son mucho mayores al de un crédito asegurado con una hipoteca común, además, de ser una operación mucho más riesgosa al tener un único activo patrimonial (predio) con el que asegurar el retorno o pago del crédito, integrado -en última instancia- por muchos conceptos diferentes al monto que efectivamente será entregado al Titular o al Beneficiario. Esto llevará inevitablemente, a reducir esta suma a un porcentaje muy inferior al valor del predio hipotecado, ya que el acreedor financiero siempre deberá mantenerlo por debajo del valor total calculado para la deuda, lo que desincentivará su uso. Al respecto Jiménez Clar (citado por TORRES; 2017, p. 9), sostiene que:

“Otro factor que puede afectar el uso de este instrumento, es el monto efectivo de recursos que recibirá el titular del inmueble. La aplicación de los criterios de evaluación en una operación de hipoteca inversa (longevidad del prestatario, tasa de interés que se cobra por el préstamo y el valor de la propiedad) determina, usualmente, que el monto a recibir por el titular del inmueble se ubica entre el 25% y 30% del valor actual de este, lo que naturalmente genera una sensación de pérdida de valor y, probablemente no juegue como incentivo para el uso del instrumento.”

3.5.1.2. El monto del gravamen hipotecario.

El monto del gravamen o afectación señala la cifra máxima de responsabilidad preferente que asumirá el deudor con respecto al inmueble, siendo la determinación de este elemento un requisito esencial para la configuración válida del acto constitutivo de la hipoteca, conforme lo exige el numeral 3 del artículo 1099° CC. Su importancia está relacionada con la información que se proporciona a terceros¹⁵⁹ que pretendan derivar algún derecho de

¹⁵⁹ En este mismo sentido el Tribunal Registral ha considerado con respecto a la necesidad de indicar el monto del gravamen en el acto constitutivo de la hipoteca que: “9. (.) la exigencia de especificar el monto del gravamen responde al principio de especialización que informa a todo derecho real de garantía y, que la necesidad de establecer el monto del gravamen tiene

inmueble hipotecado, en el sentido que puedan conocer los alcances cuantitativos del gravamen y calculen si les es conveniente o es razonable adquirir el bien u otorgar un nuevo financiamiento, razón que justifica la publicitación de este dato en el Registro.

Ahora bien, como se ha explicado los conceptos que integran la deuda garantizada, podemos percibir que la suma a ser cobrada será sumamente elevada y su monto será mayor mientras más tiempo viva el Titular o los beneficiarios, por cuanto se irán recargando al capital los intereses compensatorios y los seguros contratados. Siendo estos últimos sumados totalmente a la deuda de la que se harán cargo los eventuales obligados. Sin embargo, lo que queda claro hasta este punto es que la deuda total generada será sumamente elevada al recargársele toda clase de conceptos que a lo largo de lo que le quede de vida al Titular o al beneficiario se irá convirtiendo en una suerte de bola de nieve (impagable).

Esto crea en las entidades del sistema financiero el incentivo a fijar un monto elevado para el límite cuantitativo del gravamen de la HI. Esto, precisamente, porque si la deuda cobturada excede al monto del gravamen fijado en el contrato, y el valor de realización del inmueble es superior a dicho límite, cualquier exceso deberá ser entregado a los herederos o, en todo caso, a otros acreedores comunes del Titular. Quedando el saldo insoluto de la deuda como una pérdida automáticamente, ya que como se explicará más adelante el acreedor financiero no podrá cobrarse contra otro bien que forme parte de la masa hereditaria dejada por el titular.

Ante esta situación, ya es una práctica común -aunque cuestionable- de las entidades financieras, establecer en el contrato de hipoteca como monto del gravamen, el valor comercial total del inmueble que el acreedor unilateralmente ha calculado, con la intención clara de evitar que el límite cuantitativo de la afectación sea superado por un crecimiento excesivo de la deuda garantizada, lo cual podría suceder si el Titular vive demasiado en el contexto de una HI.

En consecuencia, y ante una ausencia de regulación por parte del Reglamento de la S.B.S. y del Reglamento o la Ley, los acreedores financieros impondrán como monto del gravamen

importancia para el acreedor, el deudor, los otros acreedores hipotecarios, los acreedores quirografarios y el tercer adquirente.” Resolución N° 1027-2017-SUNARP-TR-L del 10.05.2017.

una cantidad límite que sea igual o mayor al valor comercial proyectado del inmueble en el momento en el que se prevea el cumplimiento de la condición de ejecutabilidad (esto es, a la muerte del Titular o del último de los beneficiarios). Monto que será sumamente inferior al valor total del crédito desembolsado y permitirá a la entidad acreedora asegurarse el cumplimiento total de deuda coberturada independientemente de la suma que pueda llegar a tener (siempre que no supere el precio de realización del predio en la fase de ejecución).

3.5.1.3. La naturaleza limitada de la responsabilidad patrimonial del crédito con HI.

De acuerdo con el literal h) del artículo 2º de la Ley, el cobro del crédito se ejecutará “única y exclusivamente contra el bien afectado en garantía hipotecaria”, esto significa que, si el monto de la deuda supera el monto del gravamen y el valor de realización del inmueble, el exceso de la deuda no podrá ser cobrado contra otros bienes que integren la masa hereditaria dejada por el Titular fallecido. Así, ante la imposibilidad de continuar el cobro de la deuda, la acreencia quedará extinguida.

Tal diseño implica la configuración de un supuesto de hipoteca de responsabilidad limitada¹⁶⁰ y una fractura al principio de accesoriedad hipotecaria¹⁶¹, que busca, sin embargo, crear un

¹⁶⁰ Sobre las ventajas que ofrecería una hipoteca de responsabilidad limitada, en el sistema español, CASTILLO (1999) sostiene acertadamente que: “(...) se autoriza el pacto de limitar la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados, cualidad está muy destacada en la deuda territorial, digna, además, de sanción legislativa. De este modo queda favorecido el crédito y mejorada la posición del deudor, sin quebranto alguno para sus posibles acreedores. Por otra parte como fundamento que justifica esta nueva modalidad de hipoteca “de responsabilidad limitada”, se estimó además de ciertas razones de tipo técnico que aconsejaban su admisión, el dato que esta nueva forma de hipoteca supondría importantes ventajas básicamente en un doble orden de situaciones. De un lado, se consideró que podría ser útil para aquellas personas jurídicas que, en defensa de sus propios fines, tan solo quisieran vincular ciertos bienes al cumplimiento de determinadas obligaciones. Asimismo, se le aseguró una futura operatividad en aquellas regiones donde, como consecuencia de una arraigada tradición, se tiende a transmitir íntegro y sin gravamen alguno el patrimonio familiar recibido de los ascendientes, distinguiéndose a tal efecto entre los bienes heredados y bienes adquiridos, a fin de evitar siempre y en todo caso respecto de los primeros su vinculación al cumplimiento de cualquier obligación, para poder preservar así su integridad.”, p. 47

¹⁶¹ Sobre el particular ZURITA (2014) señala lo siguiente: “Como sabemos, la accesoriedad es rasgo distintivo de la hipoteca, cuyo principal efecto se traduce en la dependencia de la garantía respecto del crédito garantizado. Tal carácter, sin

equilibrio adecuado de intereses en torno al crédito-pensión que se está otorgando y el referente objetivo único que tiene para ser eventualmente pagado, esto es, el predio hipotecado. Vincular la existencia de la obligación a un activo inmobiliario determinado y exclusivo, busca que la entidad acreedora tenga los incentivos legales correctos al valorizar el bien afectado y establecer el monto correspondiente para el financiamiento, ya que asume el riesgo en el caso que lo obtenido en la venta del bien no cubra el pago de la deuda garantizada, no pudiendo afectar o cobrarse contra otro bien del Titular. Mientras que, del lado del deudor, la afectación se concentraría en un solo objeto de su patrimonio sin alcanzar a los demás.

Esta naturaleza especial de la responsabilidad limitada del crédito asegurado con HI, encuentra su justificación en la necesidad de restringir las facultades de agresión patrimonial del acreedor hipotecario, para dejar a salvo el resto de los bienes que conforman la masa hereditaria. De esta manera, los herederos del titular podrán adquirir los demás bienes que integran el universo patrimonial causado del Titular fallecido, aun cuando hayan perdido la “casa familiar” como consecuencia de la ejecución de la HI y, aun cuando, la realización de este activo no haya alcanzado para pagar íntegramente el crédito. Lo cual también constituye un incentivo directo a las entidades autorizadas para evitar situaciones de sobre endeudamiento y realicen una adecuada tasación del predio, ya que cualquier exceso en el monto de la deuda que supere el valor comercial del inmueble afectado simplemente quedará insoluto.

3.5.2. El fallecimiento del titular o del beneficiario como condición de exigibilidad del crédito con HI: la muerte y la lógica del mercado.

embargo, se relaja en ciertas ocasiones, admitiéndose supuestos, o figuras exigidas en el tráfico o impuestas por la práctica bancaria, que hacen quebrar el principio tradicional de accesoriedad, según se apuntó cuando nos ocupamos de la configuración general de la hipoteca. Entre esos casos que parecen quebrar el principio de accesoriedad la doctrina cuenta la hipoteca de responsabilidad limitada, figura recogida por la propia Ley Hipotecaria [española], en su artículo 140: “No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán los demás bienes del patrimonio del deudor.”, p. 273.

Si bien la mayor parte de efectos obligatorios de este acto hipotecario no se encuentran condicionados al suceso de la muerte del propietario titular o a la del beneficiario que se haya designado, toda vez que el crédito asegurado será desembolsado íntegramente o de manera fraccionada por el acreedor autorizado; mientras que la hipoteca -como derecho real- nacerá con la inscripción registral del acto constitutivo formalizado en una escritura pública notarial. Por esto, tanto la obligación de la entidad financiera como el derecho real hipotecario serán plenamente eficaces y no están sometidas a condición alguna.

Sin embargo, la obligación relativa a devolver la suma prestada, si estará sometida a una condición suspensiva¹⁶², consistente en la muerte del titular (art. 2° de la Ley, primer párrafo) o, de ser el caso, la del último beneficiario designado por el primero y aceptado por la entidad acreedora. Mientras el titular o el beneficiario, de ser el caso, se encuentren recibiendo las prestaciones periódicas del crédito, la obligación o contraprestación relativa a la devolución del crédito se encontrará suspendida, empero por cada suma desembolsada se irán devengando intereses compensatorios que deberán ser pagados cuando el crédito se haga exigible¹⁶³. Así lo establece la Ley en los siguientes términos: “(...) *el pago del crédito será*

¹⁶² En el IX Pleno Casatorio Civil, publicado en el diario oficial E.P. el 18.01.2017, se definió a la condición suspensiva en los siguientes términos: “76. Dentro del control de eficacia (o exigibilidad) en los procesos de otorgamiento de escritura pública, es posible analizar la presencia de una condición suspensiva en el programa contractual, siempre que la parte demandada alegue la falta de verificación del evento futuro e incierto puesto como condición. Como se ha visto, la condición suspensiva puede determinar que el contrato no produzca ninguno de sus efectos o solamente alguno de ellos como podría ser la obligación de elevar a escritura pública el contrato. Respecto a esta última posibilidad es usual encontrar que las partes han convenido que la obligación de elevar a escritura pública el contrato, que tiene a su cargo una parte, se ejecutará una vez que la otra parte haya ejecutado una contraprestación a su cargo (por ejemplo, se supedita la obligación de elevar a escritura pública el contrato, que tiene a su cargo el vendedor, al hecho de que el comprador pague el precio de venta o una parte del mismo). Recuérdese que la condición suspensiva “tutela contra el riesgo que un evento, esperado por las partes (o por una parte) como de su propio interés, no se verifique o se verifique demasiado tarde” y, en este caso, ese evento sería el recibir la contraprestación (por ejemplo, el pago del precio).”

¹⁶³ Al respecto algún autor confunde la existencia de la obligación con su exigibilidad. Queda absolutamente claro que la Ley ha establecido una condición suspensiva para su exigibilidad, esto es la deuda total (capital, intereses, seguros y gastos) podrá ser requerida en el momento en el que se materialice la condición legal y contractualmente prevista. Lo cual parece no ser entendido por algún autor, por lo que vamos a encontrar esta estrambótica afirmación: “Al respecto estamos de acuerdo, ya que en cuanto se dé el desembolso parcial o total del crédito el deudor hipotecario o titular ya tendrá la obligación actual de cancelar el crédito, otra cosa es que la entidad autorizada únicamente podrá solicitar la cancelación del crédito al

exigible y la garantía ejecutable únicamente después del fallecimiento del último de los beneficiarios” (Art. 2°).

Ahora bien, como ya se ha anticipado, con respecto a la presencia de beneficiarios, debe tenerse en cuenta que la entidad acreedora pondrá serios reparos en “aceptar” la designación de uno o más en el acto de constitución del gravamen (art. 4.1 del Reglamento), ya que se evaluará necesariamente la posibilidad de que se pueda alargar el tiempo para la recuperación del crédito y la ejecutabilidad de la hipoteca, al tener que esperar no solo la “muerte del titular”, sino también la del “último beneficiario” declarado (y aceptado). Entonces, la estrategia, a la que se induce a los prestamistas autorizados, será exigir que aquel sujeto también se encuentre en una condición –natural o accidental- próxima a la muerte, para no alterar los cálculos económicos de la entidad bancaria en cuanto a la recuperación de lo prestado.

Por esta razón, la designación de un “beneficiario” no es en principio un acto de libre disponibilidad por parte del Titular constituyente, como de manera ingenua lo declarara el Reglamento al utilizar la palabra “libremente”¹⁶⁴, sino que se encuentra condicionada a la discrecionalidad de la entidad acreedora, razón por la cual una vez “designado y aceptado” un beneficiario “no es posible incluir o excluir a ninguno de ellos” (art. 4.2 del Reglamento), máxime si el fallecimiento de ellos es la condición para la exigibilidad de la obligación.

fallecimiento del titular o del último de los beneficiarios en caso de haberlos, por ello, la obligación de pago será transmitida a sus herederos. En caso de que la deuda no sea cancelada por los herederos se ejecutará el inmueble dado en garantía.” (OLIVERA; 2020, p. 66). Al respecto, solo cabe acotar que no se puede hablar de “obligación actual de pagar” cuando el crédito aún no es exigible.

¹⁶⁴ Al respecto debe tenerse mucho cuidado con los discursos sobre este tipo de productos financieros que, en lugar de informar sobre los verdaderos alcances de este instrumento crediticio, inducen convenientemente o por desconocimiento a alterar su fisonomía. Así, por ejemplo, se escribe al respecto: “(...) la hipoteca inversa también crea la figura de uno o más beneficiarios, que serán designados por los propietarios. Los beneficiarios podrían ser no solo familiares, sino también amigos, parejas, etc.”. En ningún extremo de esta nota periodística se advierte que esta “elección” estará condicionada al consentimiento de la entidad financiera autorizada, razón por la cual de “libre elección” no tiene absolutamente nada. Este comentario ha sido extraído de la versión electrónica del diario Gestión publicada el 06.08.2018: <https://gestion.pe/tu-dinero/inmobiliarias/hipoteca-inversa-derechos-tendran-herederos-propietario-inmueble-243641>

3.5.3. La indeterminación del obligado a pagar la deuda: ¿Importa quién sea el deudor?

¿Quién es el deudor que cumplirá la obligación principal garantizada con la HI? Esta interrogante, de medular importancia cuando se otorga cualquier crédito garantizado¹⁶⁵, especialmente en el campo del sistema financiero¹⁶⁶, resulta absolutamente irrelevante en una operación coberturada con HI¹⁶⁷. En efecto, en un crédito cualquiera, la identificación del deudor resulta esencial, ya que permite, entre otras cosas, determinar el riesgo que asume la entidad acreedora y, consecuentemente, la tasa de interés compensatorio aplicable al crédito¹⁶⁸. Precisamente, porque el nivel de riesgo de un crédito depende sustancialmente de

¹⁶⁵ En efecto para VEIGA Copo (2002): "Los distintos medios o formas de garantía son consecuencias de la necesidad de minimizar los riesgos asumidos por los acreedores. Viene a producirse así, una suerte de unión hipostática entre el crédito y la garantía: aquel es confianza en el deudor; la garantía, por el contrario, supone desconfianza que se mitiga con la búsqueda de seguridad. Las garantías son un fenómeno de reforzamiento negocial de la tutela del crédito cuyo objetivo común es el de hacer probable la realización del mismo.", pp. 30

¹⁶⁶ Al respecto, en el artículo 222° la Ley N° 26702, Ley general del sistema financiero y del sistema de seguros y orgánica de la superintendencia de banca y seguros, se prescribe que para la evaluación de las operaciones que integran la cartera crediticia de una entidad del sistema financiero "(...) deberá tenerse presente (...) los flujos de caja del deudor, sus ingresos y capacidad de servicio de la deuda, situación financiera, patrimonio neto, proyectos futuros y otros factores relevantes para determinar la capacidad del servicio y pago de deuda del deudor. **EL CRITERIO BÁSICO ES LA CAPACIDAD DE PAGO DEL DEUDOR.** Las garantías tienen carácter subsidiario." (el énfasis es mío)

¹⁶⁷ En este sentido CASTELARES (2018) sostiene: "Así, como señala expresamente la ley, el monto de crédito estará determinado sobre la base del valor del predio a hipotecar y no en la capacidad de pago ni en los ingresos financieros del deudor, quien no tiene obligación de pagar el crédito durante su vida por lo que su liquidez no tiene importancia.", pp. 20.

¹⁶⁸ Un método para la determinación de la tasa de interés a ser cobrado en una operación crediticia, que se desentiende del nivel de riesgo asumido por el acreedor, la encontramos en la siguiente opinión: "(...) la tasa de interés que no es sino como se le conoce al precio del dinero o el costo de oportunidad de no poder disponer de este dinero durante el tiempo que fue prestado. En tal sentido, una tasa de interés menor será aplicable si el monto prestado es también menor puesto que es poco el dinero del que se está privando la entidad financiera. Por el contrario, una cantidad exorbitante la tasa de interés aumentará." (BARDALES Sigüas, 2018, pp.73). No compartimos la opinión antes citada, toda vez que la determinación de los costos del crédito o las tasas de interés parten de situaciones muy concretas que solamente un estudio empírico puede aportar. Así, para la Gerencia de Estabilidad Financiera del Banco Central de Reserva del Perú: "(...) los bancos definen un objetivo de ganancia esperada, medida como rendimiento sobre el patrimonio, en función al segmento al cual orientan sus

la capacidad económica de retorno del deudor, su historial crediticio, el destino que se le dé al financiamiento -productivo o de consumo-y, complementariamente, de las garantías que pueda prestar¹⁶⁹. Siendo estas últimas, elementos accesorios que tienen la finalidad de asegurar el cumplimiento del crédito al que están yuxtapuestos, lo que es una característica esencial de la hipoteca, como lo expresa el Tribunal Registral en los siguientes términos:

“6. En cuanto al carácter de accesoriedad de la hipoteca se encuentra referida al crédito, pues dicha garantía se constituye con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación por lo que van unidos: crédito (principal) y garantía (accesorio). En consecuencia, la hipoteca depende de la obligación que asegura, toda vez que la garantía se justifica en la necesidad de ver satisfecho un crédito.” (Resolución N° 132-2017-SUNARP-TR-T del 29.03.2017)

Sin embargo, cuando estamos ante un crédito asegurado con una HI, la identidad de quienes serán efectivamente los que tendrán que pagar la obligación resulta irrelevante, ya que

colocaciones. Bajo este enfoque, la determinación de la tasa de interés cobrada se realiza por agregación de **los costos incurridos, el riesgo de crédito y el margen de ganancia esperado** (...).” (el énfasis es mío). “El Costo del Crédito en el Perú Revisión de la Evolución Reciente”, 2006, <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Documentos-de-Trabajo/2006/Documento-Trabajo-04-2006.pdf> , p. 23

¹⁶⁹ Al respecto resulta ilustrativo que estudios empíricos realizados sobre el otorgamiento de créditos con garantía llegan a conclusiones tales como: (i) La probabilidad de aportar garantías a líneas de crédito, disminuía al existir una larga duración de la relación prestamista prestatario; y, (ii) Las empresas con mayor número de años de operación (antiguas) se les exige con menor probabilidad aportar garantías, debido a que poseen un largo historial de registros y exhiben menos problemas significativos de información que las nuevas empresas. (ZORRILLA Saldagar y RODRIGUEZ Brito, 2010, pp. 83). En efecto, la relación de confianza entre el deudor prestatario y el acreedor prestamista reduce el interés compensatorio por la alta probabilidad del pago voluntario de la deuda. En este sentido, la plena identificación del deudor a cargo de la obligación y las relaciones de negocios que tenga o haya tenido con el acreedor u otros acreedores financieros, será un elemento determinante para calcular el nivel de riesgo que se asume en la operación. Estas conclusiones, sin embargo, no pueden extrapolarse a la operación que se instituye con la HI, ya que en este caso está excluido expresamente como uno de los elementos para establecer el nivel de riesgo la identidad de quien será efectivamente el deudor. Esto se debe, precisamente, porque el objetivo de este crédito no es el cumplimiento, sino la actuación del mecanismo de la garantía en la fase ejecutiva o de realización de valor, a través de la venta o la apropiación directa por parte del acreedor financiero.

simplemente es desconocida al momento de la configuración del vínculo obligatorio y la constitución del gravamen.

Al respecto, la Ley en el literal j) de su artículo 4° prescribe que al momento de la muerte del titular propietario -lo que es aplicable también para el caso en el que existan beneficiarios- la Entidad Acreedora solicitará a la "sucesión" o a los "legatarios" que cumplan con pagar el crédito coberturado (capital + intereses + gastos + seguros¹⁷⁰). Bajo apercibimiento, lógicamente, de ejecutar la HI. Siendo que para ello requerirá a los herederos o legatarios declarados al momento de firmarse el contrato (art. 4.4. del Reglamento) en un plazo de 30 días desde que se tuvo conocimiento del fallecimiento del titular (art. 11.1 del Reglamento), sin perjuicio de los derechos de terceros que no hayan sido designados en el contrato y después puedan apersonarse al procedimiento.

Esta regulación resulta muy lógica, ya que, si bien al momento de constituirse el gravamen, el Titular puede declarar quienes serán sus futuros sucesores -esto es quienes tienen vocación hereditaria- nada asegura que sean o tengan efectivamente tal condición en el momento del deceso del Titular. Así, pueden generarse diversas situaciones por las cuales una persona con vocación hereditaria pierda tal condición (divorcio en el caso del cónyuge, premoriencia o desheredación en el caso de los descendientes, entre otras), pueden aparecer nuevos sucesores (hijos no declarados, o que aún no habían nacido, un nuevo cónyuge, etc.) o, inclusive, puede no subsistir ninguno. Por esta razón, la declaración que haga el Titular, al constituirse la hipoteca, será meramente referencial y solamente servirá para que la entidad acreedora formule el requerimiento de pago (notificación). Esto significa, obviamente, que se desconoce de manera certera quien finalmente se hará cargo de la deuda garantizada.

Entonces, al desconocerse quienes serán los eventuales deudores, ya que los sucesores o legatarios podrían no haber sido designados o, inclusive, nunca aparecer, no existirán otros

¹⁷⁰ Al respecto debemos recordar que para la hipoteca inversa los seguros que serán contratados son los siguientes: (a) Un seguro potestativo para recibir una renta vitalicia una vez desembolsado íntegramente el crédito (art. 2° de la Ley, segundo párrafo); y, (b) Un seguro obligatorio que asegure el inmueble contra toda clase de daño (literal b) del art. 3° de la Ley).

elementos para calcular el riesgo que asume la entidad acreedora más que el valor del inmueble gravado y la esperanza de vida del titular (o la de los beneficiarios -de existir estos-). Dentro de esta lógica, el interés primario del acreedor que se cumpla voluntariamente con la obligación pasa a un segundo plano, ya que, en el caso de un crédito respaldado con HI el objetivo real de la entidad acreedora será la apropiación directa y/o la venta -extrajudicial- del inmueble gravado y la más pronta muerte del titular que, en buena cuenta, es la condición para la exigencia del crédito, la ejecutabilidad de la hipoteca¹⁷¹, la recuperación de lo prestado y la percepción de las ganancias esperadas con esta operación.

Aunque, sea desagradable admitirlo, la entidad acreedora se comportará como un verdadero buitre, que espera la muerte de su cliente para arrojarse sobre su patrimonio afectado por el gravamen, sin importarle significativamente que la deuda sea pagada o no, ya que ni siquiera se sabe quién será el o los deudores que asumirán el pago del total de la deuda en el corto plazo que el Reglamento ha establecido para su cancelación (60 días calendarios desde el requerimiento efectuado por el Banco acreedor según el artículo 11.1). Al respecto la Ley no ha tenido ningún escrúpulo en declarar su vocación necrófila, ya que, a diferencia de cualquier otro crédito no productivo¹⁷², los únicos elementos a considerar para otorgarlo

¹⁷¹ Al respecto vale la pena resaltar la honestidad intelectual de Castellanos, al reconocer el verdadero objetivo de este singular crédito: “Llevemos ahora este análisis de las fuentes de repago a una hipoteca inversa. No hay flujo de ingresos ya que un jubilado no tiene sueldo [digno], por lo que la principal fuente de repago se vuelve la ejecución de la garantía (vivienda).” CASTELLANOS, Enrique, “La hipoteca inversa: sólo un oasis en medio del camino”, publicado en la versión electrónica del semanario Semana Económica: <http://semanaeconomica.com/financiamiento/2018/09/27/la-hipoteca-inversa-solo-un-oasis-en-medio-del-camino/?ref=f-rt>

¹⁷² Debemos de tener en cuenta que el crédito asegurado con HI es uno de naturaleza no productiva, esto es, no se encuentra encaminado a la generación de riqueza a través de alguna actividad productiva, comercial o de servicios, sino simplemente al sostenimiento económico del tomador – prestatario del crédito, quien ni siquiera pagará el crédito, sino que deberían hacerlo, en principio, sus herederos. La solución para el alto riesgo que asumen los acreedores financieros, al otorgar un crédito que no se va a pagar, es tomar en garantía bienes existentes del prestatario y venderlos rápidamente. En términos económicos no se ha producido nada, sino simplemente se ha alentado un consumo mínimo -de mera subsistencia- mediante la enajenación de un activo. Esta clase operaciones económicas de suma cero, lamentablemente son cada vez más características de las operaciones bancarias, tal como lo señala HUDSON (2018): “Los bancos de hoy en día no financian inversiones significativas en fábricas, nuevos medios de producción o investigación y desarrollo. Han dejado de lado aquel “préstamo productivo” que se suponía debía proporcionar a los prestatarios los medios para devolver su deuda. Antes bien, los bancos prestan en gran medida tomando como garantía bienes ya existentes, sobre todo bienes raíces (que respaldan el

serán: (i) el valor del inmueble, (ii) la esperanza de vida del titular o titulares, y (iii) la tasa de interés aplicable (artículo 2º, segundo párrafo, de la Ley).

Lo anterior resulta cruel pero lógico, al no poder considerarse elementos tales como la capacidad económica de retorno del deudor, su comportamiento histórico frente a otros créditos dentro del sistema financiero, el destino que se le dará al crédito, entre otros. Simplemente, porque no se sabe -ni tampoco interesa para este tipo de crédito- quien asumirá la calidad del deudor. Lo que nos hace concluir, sin ninguna duda, que esta clase de producto financiero está enfocado directamente -esto es como interés primario de la entidad acreedora- a la venta rápida y a bajo costo del bien gravado. Lo cual será económicamente eficiente para las entidades acreedoras pero perjudicial para los prestatarios y para las reglas básicas que rigen todo mercado de créditos, donde los productos financieros deben otorgarse para verse realizados a través de la ejecución de la prestación debida por sus obligados -esto es para que puedan ser pagados-, mientras que las garantías como todo elemento accesorio, deberían activarse como una respuesta eventual y no deseada ante la patología del incumplimiento.

Sin perjuicio, que sea éticamente reprochable que el Estado se ponga del lado de las entidades de mayor poder económico en el mercado de créditos (acreedores institucionales)¹⁷³ creando mecanismos jurídicos que estén dirigidos directamente a transferir a su favor la propiedad inmobiliaria de las personas más vulnerables en toda comunidad humana (ancianos y enfermos terminales); desconocer la identidad de los eventuales deudores implicará que estos

80 por ciento de los préstamos bancarios), acciones y bonos. El efecto producido es el de transferir la propiedad de estos activos, no que se produzca más.”, pp. 42.

¹⁷³ Al respecto resulta particularmente preocupante las declaraciones de quien fue Ministro de Vivienda en el año de publicación de la Ley de la HI, Carlos Bruce, para quien el problema radica en que no sea un negocio suficientemente bueno para las entidades financieras, lo cual resulta paradójico por cuanto un funcionario “público” tendría que enfocar sus preocupaciones en el interés general de la sociedad y no en los beneficios que pueda obtener un grupo específico de empresas. Al respecto, el exministro y actual parlamentario, expresó: “Este sistema está enfocado en las personas de edad avanzada, que a los pocos años fallecerá. Entonces, el problema es que el negocio de los bancos no es hacerse de casas, sino prestar a largo plazo, por lo que puede ser que la hipoteca inversa no sea muy atractiva a los bancos”. Nota periodística publicada en la versión electrónica el diario económico Gestión del 28.03.2018: <https://gestion.pe/tu-dinero/inmobiliarias/carlos-bruce-hipoteca-inversa-sea-atractiva-bancos-230417>

créditos respaldados con HI, estén afectados del peor vicio o enfermedad que puede infectar un mercado crediticio, que no es otro que la selección adversa¹⁷⁴, donde los tomadores de los créditos son personas que no tienen medios ni voluntad de pagar pero aun así se les entrega el financiamiento por el alto beneficio que los prestamistas institucionales esperan recibir, es decir, se escoge a los peores deudores por su predisposición a aceptar el crédito a cualquier costo. El problema radica en que de esta manera se convierte al crédito en un producto basura¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Como ya ha sido estudiado ampliamente, entre los problemas que afectan estructuralmente a un mercado de créditos tenemos la selección adversa y el riesgo moral. Esta última también es conocida como “toma excesiva de riesgo” que consiste en la voluntad oculta de no pagar o la imposibilidad económica del prestatario de cumplir con su obligación, lo que implica para el prestamista asumir un elevado riesgo si es que no tiene información correcta sobre su deudor o los mecanismos adecuados de control o monitoreo en la calificación y seguimiento del crédito. Sin embargo, el verdadero cáncer del mercado de créditos es la selección adversa, que consiste en diseñar un crédito basura u operación financiera de valor crediticio cero, en el sentido que se otorguen acreencias a sujetos que objetivamente no estén en condiciones de pagarlo pero que lo asumen por la situación de oportunismo, desconocimiento o desesperación en la que se encuentren, aun cuando las condiciones les sean desproporcionadamente desventajosas. En estos casos, donde el crédito tenga un valor cero, porque nadie lo va a pagar, la solución económica es vincularlo a un bien subyacente que sí tenga valor, como un inmueble que será objeto de venta o ejecución, un típico crédito hipotecario basura o *sub prime*, trágicamente popular en la crisis inmobiliaria del 2008. Respecto a la selección adversa, Rebolledo y Soto han escrito: “(...) si el prestamista no puede observar las características del prestatario, entonces este puede tomar ventaja contractual. En particular, cambios en la tasa de interés especificada en el contrato pueden afectar las características de riesgo de los prestatarios, así como su demanda por recursos prestables. A cualquier tasa “i” existe un prestatario marginal cuyos beneficios esperados son cero. Estos prestatarios saldrán del mercado en este punto.” En problema se da, precisamente, cuando en vez de salir a esos prestatarios altamente riesgosos se les conceden créditos. REBOLLEDO Abanto, Paul y SOTO Chávez, Robert, “Estructura del mercado de créditos y tasas de interés: Una aproximación al segmento de las microfinanzas”, <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Documentos-de-Trabajo/2004/Documento-Trabajo-07-2004.pdf>, p. 3 del PDF.

¹⁷⁵ Respecto a los créditos basura o sub prime y su relación con la crisis hipotecaria del 2008, PÉREZ Salazar (2007) explica: “A esta crisis se la conoce como “crisis del subprime”. Pero este tipo de crédito es apenas uno de los varios productos financieros que mercadeaban los originadores y que en retrospectiva resultaron de muy alto riesgo. El subprime propiamente dicho es un crédito hipotecario a un deudor cuyo historial crediticio tiene problemas. Otro segmento del mercado, denominado Alt-A, está integrado por personas que no tienen malos antecedentes por mora pero que no podían (o no querían) demostrar su capacidad de pago, es decir, los ingresos requeridos para pagar el crédito. El deudor de subprime puede ser una persona de bajos ingresos y poca educación, que ha incumplido pagos y es seducido por el atractivo producto financiero que le ofrece un originador astuto: “No importa que sea pobre, con esto puede comprar vivienda”. El deudor Alt-A se ajusta mejor al agente económico “racional” que cae en el embrujo de la burbuja especulativa y cree en las profecías que se cumplen a sí mismas. Es más sofisticado, entiende las condiciones del producto financiero, pero parte de una premisa falsa: lo que compra se valoriza más de lo que crece su obligación financiera.”, pp. 35 - 36

3.5.4. El problema de la valorización del inmueble: un diseño que incentiva la subvaluación.

La valoración del inmueble afectado se da en dos momentos, al momento de conceder el crédito¹⁷⁶ y para la ejecución de la hipoteca. Los incentivos económicos que se presentan en ambas situaciones son diferentes, por cuanto en un primer momento la entidad acreedora que aún no aprueba la operación requiere saber el valor real del bien que será afectado, el mismo que constituirá un elemento central para determinar el monto del crédito, precisamente porque es el elemento objetivo que asegurará la posibilidad de retorno o pago de préstamo. Mientras que, en un escenario de ejecución, los incentivos pueden ser sustancialmente diferentes.

En principio, si el bien será vendido a un tercero de manera obligatoria, el acreedor estará interesado en que se venda al mayor precio posible, para cobrarse contra aquella la suma adeudada. Pero, si se le ha otorgado la facultad de apropiarse del bien, el incentivo que se crea es diametralmente distinto, ya que estará interesado en que la valorización del bien sea la menor posible, para que no supere el monto del gravamen, aun cuando, formalmente no cubra la deuda, ya que apropiarse de un inmueble a un precio vil o irrisorio siempre será un buen negocio. Por esta razón, históricamente, en la hipoteca común la valorización del bien para su ejecución se actualiza y está sometida al control jurisdiccional, proscribiéndose,

¹⁷⁶ De acuerdo con el artículo 5.1 del Reglamento, “5.1. La tasación del Inmueble para la firma del Contrato, debe ser realizada por profesionales debidamente inscritos en alguna entidad especializada o colegio profesional, de acuerdo con lo pactado en el Contrato.”; si bien esta redacción induciría a creer que se deja a la libertad de las partes determinar cómo y quien se hará cargo de las tasaciones, lo cierto es que el costo de esta tasación (así como la que se practicará para la ejecución del gravamen), es asumida íntegramente por el Titular – Cliente, conforme lo disponen los artículos 6.1, numeral 4, y 5.6 del Reglamento. Mientras que la forma como se practicarán, obviamente el control absoluto lo tendrán la entidad acreedora no solamente por la posición de poder negocial que detenta, frente a un cliente que es un anciano o un enfermo terminal sin fuentes económicas de subsistencia, sino también por hecho que quien selecciona, contrata y paga a los tasadores, estén inscritos o no en el REPEV de la SBS, es la misma entidad acreedora. En este escenario, resultaría muy poco probable que los tasadores no alineen sus intereses con los de su empleadora, para proteger a la parte de débil de la relación. Siendo una situación extremadamente peligrosa teniendo en cuenta que, de ejecutarse, extrajudicialmente el gravamen, no existirá control alguno a esta actividad de valorización.

además, el pacto de apropiación directa del bien gravado por el acreedor o también conocido como pacto comisorio¹⁷⁷.

Estas consideraciones económicas e históricas han sido descartadas en la regulación de la HI. Si bien, la tasación para la celebración del contrato no diferirá mucho a la que se practica en el otorgamiento de un crédito hipotecario común, salvo por la exigencia de que se practique por dos peritos valuadores o uno solo siempre que esté inscrito en el Registro de Peritos Valuadores (REPEV) de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; la situación se vuelve peligrosa cuando se requiera la valorización actualizada del inmueble para su venta o apropiación por el acreedor, ya que esta será efectuada necesariamente por dos peritos valuadores, aun cuando uno de ellos deberá estar inscrito en el REPEV¹⁷⁸, quienes serán contratados por la misma entidad acreedora.

La idea que se deduce de la regulación vigente es que al exigir una doble tasación existirán menos probabilidades de una subvaluación del bien, lo cual es bastante ingenuo y hasta ridículo, en una operación como esta. En efecto, si se ha concedido la facultad de apropiación unilateral del bien en pago de la deuda¹⁷⁹, quien contrata y paga por la labor de la tasación estará interesado en que el bien sea sub o infra valorado, para adjudicárselo a un precio miserable, ya que, si la valuación determina que el precio actualizado del inmueble es mayor que el monto de la deuda, la entidad acreedora tendría que entregar dicho exceso a los

¹⁷⁷ Nulidad del pacto comisorio. Artículo 1111° del Código Civil.- Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario.

¹⁷⁸ De acuerdo con el artículo 5.4 del Reglamento, “5.4. La tasación en caso de venta o adjudicación es obligatoria, para tener actualizado el valor del Inmueble; y, para esos fines se requiere de doble tasación, aun cuando los tasadores estén inscritos en el REPEV de la Superintendencia.”

¹⁷⁹ El art. 12.4 del Reglamento ha otorgado a la entidad acreedora la facultad de apropiarse unilateralmente del inmueble en pago de la deuda, estableciendo como únicas medidas de protección patrimonial para los actuales propietarios del bien (herederos), la doble valuación a ser realizada por dos peritos tasadores contratados por el mismo acreedor y que la apropiación se realice al 100% del valor comercial estimado. Esta regulación, crea severos peligros para la subvaluación del bien para su transferencia directa, práctica usuraria muy común que ha derivado en la proscripción de esta clase de convenios. Así, para WESTERMANN y otros (2007, Vol. II): “Tales cláusulas serían muy peligrosas para el propietario, pues las aceptaría en la confiada seguridad poder efectuar en tiempo el reembolso del crédito.”, pp. 1199.

sucesores del Titular. En tal situación, lo que resulta más probable, es que los tasadores alineen sus intereses con los de la entidad acreedora que los contrata y les paga, que con las de los sucesores del Titular, a quienes ni siquiera conocen. Descritas, así las cosas, la regulación ha dejado las puertas abiertas para que las entidades acreedoras se adjudiquen los bienes gravados con HI a precios subvaluados o viles, lo cual es económica y éticamente reprochable.

3.6. Los “derechos” del Titular de un crédito con HI.

3.6.1. Resolución de la hipoteca inversa por causa imputable al acreedor.

La Ley establece como supuestos remedios legales a favor del Titular-Cliente la facultad de resolver unilateralmente el contrato de crédito con HI, en el caso que la entidad acreedora no cumpla con los “desembolsos comprometidos” por dos períodos sucesivos o tres en un lapso que comprenda doce períodos, lo cual no era necesario regular, ya que ante un incumplimiento contractual relevante la parte afectada tiene la facultad de resolver el contrato. Por esta razón, el aparente mecanismo de tutela innecesariamente regulado¹⁸⁰ tiene, en realidad, otro propósito, esto es impedir la liberación del Titular aun cuando la entidad acreedora no cumpla con sus más esenciales prestaciones.

Efectivamente, quienes han diseñado la regulación de este tipo de crédito no son muy conscientes del extremo desequilibrio de poder de negociación que existirá, por tener de un lado a una entidad del sistema financiero y del otro a un ser humano que está próximo a la

¹⁸⁰ Al respecto, existen quienes han caído en la trampa discursiva de la Ley admitiendo que se trataría, propiamente, de “un derecho del beneficiario de la hipoteca inversa” al sostener que: “(...) el beneficiario puede desvincularse del contrato de hipoteca inversa con base al derecho de resolución otorgado por el artículo 7° de la Ley, (...)” (BARDALES Siguan, 2018, p.76). Al respecto, cabe sostener que la resolución contractual ante un incumplimiento tan esencial como es el desembolso de las prestaciones periódicas, asumiendo que estas pueden estar directamente relacionadas con la subsistencia física de la “Titular”, obviamente sería una consecuencia que naturalmente se desencadenaría. Lo que realmente hubiese sido necesario regular es un agravamiento de la responsabilidad patrimonial del acreedor financiero, imponiéndole por ley alguna clase de sanción o penalidad, como la pérdida de los intereses compensatorios devengados. Empero, tal como está regulado es un simple saludo a la bandera.

muerte y en estado de necesidad económica o dependencia severa, razón por la cual dejar a la “libertad de las partes” para que estipulen alguna “penalidad” en contra del acreedor¹⁸¹, significa inducir a estos últimos sujetos, que tienen el poder de preformativo de negociación, a no incluir en las cláusulas contractuales ninguna clase de sanción ante su incumplimiento o, de hacerlo, establecer mínimas consecuencias económicas.

De otro lado, la resolución unilateral del contrato por causa imputable a la entidad acreedora no exonera al Titular de restituir lo que le haya recibido hasta el momento del incumplimiento contractual, sino que tendrá que hacerlo en un plazo máximo de hasta 1 año (360 días según el Reglamento¹⁸²) más los intereses compensatorios que se hayan acumulado hasta la fecha de la resolución. Asimismo, mientras el crédito no sea rembolsado íntegramente la HI no podrá ser levantada. Por esta razón, esta Ley -tan “benevolente” con el Titular- ha tratado de darle una alternativa creando la posibilidad que se “reenganche” con una nueva HI, que serviría para pagar la anterior y obtener un nuevo crédito, cuya garantía “tendrá preferencia respecto de la anterior” (último párrafo del art. 7° de la Ley)

Por estas razones, resulta poco probable que se establezca alguna penalidad en el acto constitutivo del gravamen y, contrariamente a lo que podría esperarse, de nada serviría resolver el contrato si es que la hipoteca se mantendrá vigente¹⁸³ y el Titular tendrá la obligación de restituir lo prestado más los intereses compensatorios devengados en un plazo

¹⁸¹ En efecto el artículo 10.1 del Reglamento prescribe que: “10.1. En caso el Cliente invoque la causal de resolución automática del Contrato señalada en el artículo 7 de la Ley, debe solicitar a la Entidad Autorizada junto con la comunicación de dicha resolución automática, **el pago de la penalidad que correspondiere de haberse previsto tal penalidad en el Contrato** y el cálculo del monto a rembolsar incluyendo los intereses a la fecha en que se produjo el hecho que dio lugar a la resolución del Contrato como se precisa en el referido artículo de la Ley.” (el énfasis es nuestro).

¹⁸² El artículo 10.2 del Reglamento prescribe que: “10.2. En ningún caso, el cronograma de pago debe exceder de un plazo de trescientos sesenta (360) días calendario para rembolsar el monto total que le fue pagado del crédito a la Entidad Autorizada, incluyendo sus intereses corridos a la fecha de resolución. No aplica el cobro de cargas ni intereses para el periodo establecido en el cronograma de reembolso.”

¹⁸³ El artículo 10.4 del Reglamento prescribe que: “10.4. La hipoteca que el Cliente constituyó a favor de la Entidad Autorizada se levanta una vez que el Cliente haya cumplido con el pago del reembolso.”

relativamente corto, máxime, si tenemos en cuenta que la “prestación” a la que la entidad acreedora se ha comprometido puede ser el único medio de subsistencia del Titular, a quien además se le han cercenado las facultades para la explotación económica de su inmueble de manera sustancial. En este punto, la Ley olvida los posibles y sustanciales daños que se podrían haber producido en la esfera patrimonial del Titular -mínimamente el lucro cesante por haber perdido la facultad de usufructuar su inmueble-, sobre cuyo resarcimiento se guarda un absoluto silencio.

3.6.2. El derecho a prepagar la deuda.

Otra redundancia de la HI es el otorgar -supuestamente- el derecho a prepagar la deuda antes del vencimiento, lo cual es en realidad un derecho de cualquier deudor de una entidad del sistema financiero, de acuerdo con lo dispuesto por el Código de Protección y Defensa del Consumidor, por lo que la tanto la Ley como el Reglamento no agregan ni quitan nada al respecto, aun cuando las empresas aseguradoras no estén conformes¹⁸⁴.

En efecto, de acuerdo con el Código de protección y defensa del consumidor, Ley N° 29571 publicada en el diario oficial E.P. el 02.09.2010, es considerada una cláusula abusiva y sancionada con ineficacia absoluta “Las que excluyan o limiten los derechos legales

¹⁸⁴ Aunque parezca surrealista, el vocero de las empresas aseguradoras Eduardo Morón, presidente de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (Apeseg), sostiene que este producto financiero no despierta el interés de las empresas aseguradoras, precisamente, porque se les permitiría al Titular o los sucesores prepagar la deuda contraía, siendo el interés de la aseguradora que se cumpla con pagar todas las primas contratadas por el periodo de vida esperado del Titular. En este sentido, ha dicho que: “Esto promueve que la persona que contrató la hipoteca inversa o los hijos, si desean quedarse con la vivienda, paguen la deuda y concluya así el contrato. Esto hace que el producto no tenga sentido financiero.” Al respecto, parece no entenderse que el derecho a prepagar una deuda es una facultad esencial de todo consumidor de un producto financiero, así como también el desafectar un inmueble recuperando su libre disponibilidad. Lo que tal vez ha dejado de comprenderse es que toda institución jurídica debe establecer una adecuada regulación de intereses y no asegurar las ganancias de un solo polo de la relación, desconociendo uno de los derechos más esenciales de un deudor que es la liberación de la deuda a través del cumplimiento. Nota periodística publicada en la versión electrónica el diario económico Gestión: <https://gestion.pe/economia/aseguradoras-plantean-congreso-modificar-ley-hipoteca-inversa-despegue-262629>

reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, (...)” (art. 50º, literal e.). Asimismo, de acuerdo el artículo 86º del mismo cuerpo normativo:

“Los consumidores tienen derecho, en toda operación de crédito a plazos bajo el sistema de cuotas o similares, a efectuar el pago anticipado o prepagado de los saldos, en forma total o parcial, con la consiguiente reducción de los intereses compensatorios generados al día de pago y liquidación de comisiones y gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes, sin que les sean aplicables penalidades de algún tipo o cobros de naturaleza o efecto similar.”

En tal sentido, y en atención a que el crédito con HI es un servicio financiero, que el artículo 3º, literal e), de la Ley declare como requisito para de esta operación que “(...) el titular o titulares del crédito esté(n) facultado(s) a pagar el crédito anticipadamente, parcial o totalmente, sin penalidad alguna”, es simplemente una redundancia. Lo mismo sucede con el Reglamento, ya que se limita a repetir que el Titular – Cliente está facultado a prepagar el crédito conforme lo dispone la Ley y el Código del Consumidor, pero haciendo la precisión relativa a que será el Cliente interesado quien asuma los costos relativos al levantamiento del gravamen hipotecario en el Registro, esto es el otorgamiento de la escritura pública ante el Notario y los derechos registrales correspondientes (numeral 7.1 del art. 7º¹⁸⁵).

Sin embargo, en el Reglamento de la S.B.S. sí existe una precisión importante en el artículo 24º, relativa a los pagos anticipados. Si bien en el numeral 24.1.¹⁸⁶ se realizan algunas

¹⁸⁵ **Artículo 7. Del prepagado.** / 7.1. El Cliente está facultado a prepagar total o parcialmente el préstamo de acuerdo al literal e) del artículo 3 de la Ley según lo dispuesto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor mediante la Ley N° 29571 y a otras disposiciones de la Superintendencia. / 7.2. En caso el Cliente decida prepagar la totalidad del préstamo, debe correr con todos los gastos notariales y registrales derivados del levantamiento de la hipoteca inversa en los Registros Públicos de acuerdo a lo dispuesto en el literal d) del numeral 6.1 del artículo 6 del presente Reglamento.

¹⁸⁶ **Artículo 24.- Pagos anticipados.** / 24.1 El pago por un monto equivalente al total de la obligación y, en general, las amortizaciones de montos menores al exigible, realizados antes de la fecha en que el reembolso del crédito sea exigible, se aplican como pagos anticipados totales o parciales, respectivamente, generando la reducción de los intereses, las comisiones y los gastos derivados de las cláusulas contractuales al día de pago, sin que resulten aplicables penalidades o cobros de naturaleza similar.

precisiones irrelevantes sobre “(...) la reducción de los intereses, las comisiones y los gastos derivados de las cláusulas contractuales al día de pago, sin que resulten aplicables penalidades o cobros de naturaleza similar” cuando se pague total o parcialmente la deuda acumulada, lo cual es una simple repetición de la regulación establecida en el Código de Consumidor, antes mencionado. El verdadero problema del pago anticipado lo vamos a encontrar con respecto a los seguros contratados, ya que, en el numeral 24.2 se dispone lo siguiente:

“24.2 En caso el crédito de HI hubiese sido contratado conjuntamente con un seguro de renta vitalicia u otro producto de renta, la cancelación anticipada del primero a causa de un pago anticipado total, no conlleva la resolución del contrato de seguro.”

Como puede advertirse la renta vitalicia pagada cubre el siniestro relativo a que el Titular-Cliente o el último beneficiario designado sobrevivan más allá de la previsión de vida establecida en el momento en el que se otorgó el crédito. En otras palabras, que el monto total del financiamiento aprobado se agote antes de que se produzca el fallecimiento del cliente beneficiado, quedando este sin derecho a recibir la prestación económica complementaria. Verificado este siniestro, la compañía aseguradora se encargaría de otorgarle una renta vitalicia hasta su muerte. Sin embargo, de prepagar totalmente el crédito la posibilidad de este “siniestro” desaparece, razón por la cual no existe una justificación razonable para que todo el monto del seguro pagado por renta vitalicia se cargue a la deuda. Lo más equitativo sería que se fraccione dicho pago por la duración total del financiamiento y se cargue a la deuda un concepto que abarque solo hasta el momento en el que efectuó el pago anticipado. Pero la clara intención del Ente regulador es que la aseguradora -sin alguna justificación razonable en este caso- se apropie de la totalidad de prima pagada por el Titular sin asumir ningún riesgo al hacerse el siniestro de imposible ocurrencia.

3.7. Las características especiales del derecho real de HI.

3.7.1. La inscripción registral de la HI.

Al igual que una hipoteca común, los efectos reales del contrato de HI están condicionados a su inscripción registral. Esto es, el registro será el momento de nacimiento del derecho real hipotecario con todas las características que le son consustanciales, a saber, su persecutoriedad, oponibilidad, preferencia para el pago y, para el caso de la HI, el derecho a la venta extrajudicial y la ablación de las facultades de administración y disposición sobre el predio. Asimismo, el instrumento que daría mérito a la inscripción registral es el parte notarial que contenga el contrato de crédito con hipoteca inversa, esto es, el contrato de mutuo dinerario financiero con todas sus características especiales descritas en secciones anteriores.

3.7.2. La interferencia injustificada en las facultades de disposición y administración sobre el inmueble gravado.

Ahora bien, como históricamente ha quedado demostrado, uno de los rasgos económicos más atractivos de la hipoteca común y que constituye, en buena cuenta, la razón de su generalizada utilización como mecanismo de financiamiento para la obtención de un crédito, es el hecho de que el propietario que ha constituido la garantía no vea perturbadas sus facultades plenas de administración, uso y disposición sobre el bien¹⁸⁷. Esto es, la posibilidad de seguir poseyéndolo, arrendarlo, enajenarlo o volver a gravarlo. Lo cual, no perjudica al acreedor hipotecario, por cuanto su derecho de garantía, al constituirse a través la inscripción en un registro jurídico de bienes, tendrá no solamente existencia, sino persecutoriedad, oponibilidad, preferencia¹⁸⁸ y rango frente a otros derechos.

¹⁸⁷ En efecto, según PEÑA (1999), “Es característica de este tipo de derecho real de garantía que no haya desplazamiento de la posesión. Es desplazamiento de la posesión queda sustituido enteramente por la sujeción registral. Y aunque otra persona llegue a poseer en concepto de libre el bien hipotecado, el acreedor puede seguir ejercitando cada una de las facultades del derecho de hipoteca y entre ellas el *jus distrahendi*: la hipoteca sujeta los bienes sobre que se impone “cualquiera que sea su poseedor”, pp. 115.

¹⁸⁸ Debemos recordar que entre el elenco de facultades que un derecho de garantía real otorga a su titular, el que destaca por su importancia y sus diversas aplicaciones es el de preferencia. Al respecto VEIGA Copo (2002) ha escrito correctamente que: "La preferencia consiste en el refuerzo de la tutela ordinaria del derecho de crédito a través de la adición de un nuevo derecho de naturaleza personal que se ejerce no ya frente al deudor sino frente a los acreedores de éste. (...) en una garantía real confluyen un derecho real y un derecho de preferencia, cuya conservación se asegura gracias al derecho real. El derecho

Por lo que, no importará si el derecho de propiedad sobre el bien es transmitido o la posesión sobre el mismo ya no la tenga el constituyente, la hipoteca no se perjudicará¹⁸⁹ por estas circunstancias. Tales características, crean un adecuado equilibrio jurídico entre las posiciones de los sujetos implicados (acreedor-deudor-propietario), sino también los suficientes incentivos económicos para que la figura sea utilizada como fuente de financiamiento para la obtención y aseguramiento de los créditos, sin interferir con los usos que puedan dársele al inmueble para su explotación económica o como nueva fuente de financiamiento.

Tirando por la borda estas características fundamentales de la hipoteca común, en la HI se ha establecido como uno de los rasgos principales del derecho, que nace de este tipo de gravamen, la interferencia sustancial sobre las facultades de disposición, uso y administración del Titular-Propietario, toda vez que aquellas quedarán absolutamente restringidas¹⁹⁰. En efecto, se ha prescrito que para cualquier acto de disposición

real es el medio del que se sirve la ley para proteger el otro derecho conferido al acreedor, el derecho de preferencia. El derecho a satisfacerse con preferencia frente a otros acreedores no es una mera consecuencia de la existencia de un derecho real, sino de un derecho de preferencia, cuya eficacia es protegida por el derecho real.", pp. 43

¹⁸⁹ Al respecto debemos tener en cuenta que el derecho de hipoteca podría perjudicarse solamente cuando su referente objetivo (el inmueble) sea económicamente menoscabado o físicamente destruido, así como también cuando estas situaciones resulten inminentes configurándose el supuesto de "peligro". Esto se da, precisamente, porque el acreedor hipotecario tiene derecho a realizar el valor económico-pecuniario del inmueble gravado, por lo que cualquier afectación concreta o amenaza razonable a este valor económico afectará el corazón central de su derecho. En esta justificación se encuentra la razón de ser el artículo 1110° del Código Civil ("Si los bienes hipotecados se pierden o deterioran de modo que resulten insuficientes, puede pedirse el cumplimiento de la obligación aunque no esté vencido el plazo, salvo que se garantice ésta a satisfacción del acreedor."). Al respecto, WESTERMANN y otros (2007) sostienen: "El acreedor puede defenderse contra las actuaciones que entrañen una disminución del valor del bien objeto de la garantía y las enajenaciones de los componentes que no tengan justificación económica mediante una acción dirigida a la cesación y otra dirigida a la reposición de la garantía en su situación originaria. En caso de que se produzca un hecho que menoscabe la entidad económica de la garantía y el propietario no reponga la garantía ni ofrezca un complemento de esta, el acreedor tiene derecho a una ejecución anticipada. Si el perjuicio para la garantía proviene de una conducta dañosa, el causante estará obligado a la indemnización.", pp. 1192.

¹⁹⁰ Esta circunstancia, tan evidente en el diseño legal de la HI peruana, parece no haber sido percibida en su total dimensión por los operadores jurídicos locales. Así vamos a encontrar opiniones como esta: "La Ley informa cual es su objeto en el artículo 1, el cual no es otro que otorgar una fuente alternativa de renta a los propietarios de inmuebles, de modo que estos

(enajenación¹⁹¹, gravamen o constitución de cualquier derecho derivado) e, inclusive, de mera administración¹⁹² (cesión en uso, entrega de posesión o alquiler) se requiere la autorización expresa de la entidad acreedora (literal f. del art. 3° de la Ley). Es más, de producirse una venta, arrendamiento, comodato o la constitución de cargas o gravámenes no autorizados, la entidad acreedora está facultada a declarar el vencimiento anticipado del contrato, exigir lo adeudado y ordenar la ejecución de la hipoteca (artículo 6° de la Ley).

Incluso, el Reglamento ha llegado mucho más lejos y ha establecido como causal de resolución del contrato: “La interposición de un embargo sobre el Inmueble objeto de la hipoteca inversa” (art. 9, numeral 3.), la cual, estrictamente hablando, no constituye un acto de disposición y, en buena cuenta, depende absolutamente de la voluntad de un tercero (acreedor embargante) sobre el cual el Titular no tienen ningún control, por lo que no tendría una justificación razonable que un “embargo”-que no perjudica la preferencia o el rango de la HI- desencadene el vencimiento anticipado de la obligación y la ejecución del gravamen.

En esta misma línea, el Reglamento ha querido no solamente restringir las facultades de administración y disposición sobre el predio afectado, sino expresamente cercenarlas. Así, en el numeral 1. del artículo 6, se prescribe que las partes deberán incluir en el acto constitutivo de la HI:

“(…) las condiciones bajo las cuales la Entidad Autorizada concede su autorización para la enajenación, arrendamiento y/o constitución de cargas y gravámenes sobre dicho Inmueble, **siendo válido que se prohíba dichos actos. Los actos que se**

puedan complementar sus ingresos económicos convirtiendo en renta su patrimonio inmobiliario **sin perder el uso y disfrute del ese patrimonio.**” (el énfasis es mío). (ROSAS Berástein y SILVA Santisteban, 2018, pp. 28)

¹⁹¹ Artículo 9° del Reglamento, literal 1, “La enajenación del Inmueble objeto de la hipoteca inversa antes de que el reembolso del crédito sea exigible, salvo que, a satisfacción de la Entidad Autorizada, se sustituya la garantía o ésta lo haya autorizado.”

¹⁹² Artículo 9° del Reglamento, literal 2, “La entrega de posesión, el arrendamiento, usufructo, comodato o la constitución de derechos de superficie, fideicomisos y cualquier otra carga y/o gravámenes sobre el Inmueble objeto de la hipoteca inversa, sin el previo consentimiento de la Entidad Autorizada.”

realicen sin observar estas condiciones o con inobservancia de la prohibición, no surte ningún efecto, ni afecta la hipoteca inversa.” (el énfasis es mío).

Como puede advertirse, la prohibición contractual de realizar estos actos implicará una sanción de ineficacia absoluta¹⁹³ de cualquier acto de disposición o administración que se celebre con respecto al inmueble afectado¹⁹⁴. ¿Pero cuál es la explicación de esta obsesión por limitar y cercenar las facultades del Titular propietario que se supone ya se encuentra en un estado de necesidad económica?¹⁹⁵, acaso no se percatan de la generación de un daño

¹⁹³ Lamentablemente algún autor parece no haber leído el texto del Reglamento en este extremo, animándose a realizar afirmaciones como estas: “Consideramos que la Ley debió o prohibir la enajenación y demás actos mencionados sin la autorización expresa del acreedor, o establecer que se podrán realizar los referidos actos, siendo estos válidos, teniendo como única consecuencia la facultad del acreedor de solicitar el vencimiento anticipado, salvo que se sustituya la garantía.” (OLIVERA; 2020, p. 67) Como ya explicaremos más adelante haber impuesto esta clase de restricciones no tiene ninguna justificación y, probablemente, sea una de las razones del absoluto fracaso de la esta figura de garantía.

¹⁹⁴ Algún autor peruano olvidándose de estas severas restricciones se animan a plantear escenarios absurdos como estos: “Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede en caso el inmueble sobre el cual se constituyó una hipoteca inversa tenga a su vez una hipoteca de segundo rango inscrita con posterioridad. El acreedor de la hipoteca de segundo rango tendrá un tremendo problema para solicitar la ejecución de la misma, ya que deberá esperar la ejecución de la hipoteca inversa de primer rango, la cual tendrá preferencia por sobre la segunda hipoteca. Sin duda, ante esta dificultad será muy difícil que algún acreedor desee constituir una hipoteca de segundo rango en un inmueble que ya tenga inscrito una hipoteca inversa, pues en principio tendría que esperar a que fallezca el deudor hipotecario de la hipoteca de primer rango o el último de sus beneficiarios en caso de haberlos, salvo que se den alguno de los supuestos de vencimiento anticipado regulados por la Ley.” (OLIVERA; 2020, p. 76) La única posibilidad de que algo como esto suceda sería por un error registral, esto es que se constituya una segunda hipoteca por que el registrador público que calificó la solicitud de inscripción de este segundo gravamen no se dio cuenta que había una HI previa que es incompatible con cualquier otro gravamen o acto de disposición. En un escenario como este, el acreedor de la HI podría solicitar judicialmente la cancelación de la segunda hipoteca que no debió haber sido inscrita.

¹⁹⁵ Con respecto a la justificación de imponer esta clase de restricciones a las facultades de disposición y administración de un inmueble hipotecado, se sostiene lo siguiente: “Esta es una práctica contractual usual que las entidades del sistema financiero han venido tomando en obligaciones expresas en los contratos de préstamos, pues lo que se intenta es tratar de no afectar de alguna manera el derecho de propiedad del bien otorgado en garantía.” (ALIAGA Blanco, 2018, pp. 79). Esta justificación es equivocada, por cuanto los actos de disposición sobre el inmueble no afectan al derecho “propiedad”, ya que solamente implican la sustitución subjetiva del titular del derecho, a quien, además, le es plenamente oponible el gravamen hipotecario, o la constitución de un nuevo derecho que estará sometido al rango hipotecario de la HI. La práctica bancaria a la que se alude quien emite la opinión comentada, responde al interés de ejecutar extrajudicialmente los gravámenes a través de su incorporación a un Título de Crédito Hipotecario Negociable (TCHN) emitido unilateralmente por el banco, cuyo régimen especial si admite esta clase de restricciones. Sin embargo, la imposición de este tipo de

colateral que se expande a la totalidad del mercado inmobiliario¹⁹⁶ y no solo para el propietario, ya que el inmueble gravado quedará sustraído del comercio, al estar inmovilizado física y jurídicamente en las “manos muertas” de la entidad acreedora hasta que el titular-propietario fallezca.

Desde mi perspectiva, las razones de tales prohibiciones desproporcionadas, injustas y antieconómicas se encuentran en la intención de facilitar las acciones ejecutivas de la entidad acreedora en un escenario de realización extrajudicial del valor del inmueble. Para que este pueda venderse sin la interferencia de algún tercero (un arrendatario, un nuevo propietario u otro acreedor hipotecario), a quien no pueda serle oponible la ejecución "extrajudicial" del gravamen, ya que al no haber -en principio- un órgano jurisdiccional, tampoco existiría un ente legitimado a ordenar el lanzamiento de un tercero poseedor, la transferencia forzosa de la propiedad en contra del nuevo propietario o el levantamiento de sucesivos gravámenes o embargos constituidos sobre el mismo inmueble por otros acreedores. En otras palabras, para que la entidad acreedora pueda vender o apropiarse fácil y extrajudicialmente del inmueble,

limitaciones en una hipoteca común es simplemente una práctica indebida, por no decir abusiva, de los bancos y, por lo demás, jurídicamente inválida al transgredir las normas imperativas contenidas en los artículos 882° y 1113° del Código Civil.

¹⁹⁶ Al respecto, en la Exposición de Motivos del Reglamento se sostiene, en la sección del análisis costo beneficio de la norma, algo sumamente cuestionable con respecto a la HI: “Facilita el proceso de generación de ingresos para la población, luego de un periodo de ahorro y de inversión en vivienda, toda vez que con la HI se solicita financiamiento contra el derecho de propiedad del inmueble; lo cual permite obtener liquidez al momento de la mencionada solicitud, impactando positivamente en la generación de ingresos y continuar viviendo en el inmueble, siendo el reembolso del crédito exigible y la garantía ejecutable al fallecimiento de los titulares o los beneficiarios. **De esta forma, se contribuye en incrementar el financiamiento, impulsando y dinamizando la economía.**” (el énfasis es mío) Realizar un análisis “económico” calificando a una figura jurídica como beneficiosa, solamente desde la perspectiva de que se aumenta una fuente de liquidez, sin considerar los costos de oportunidad perdidos al sustraer el bien del mercado inmobiliario, como nueva fuente de financiamiento o restringiendo los usos comerciales que puedan dársele, resulta sumamente sesgado y erróneo. La economía integrada al mercado de créditos es algo más complejo que simplemente aumentar las fuentes de financiamiento a cualquier costo.

a costa de reducir sustancialmente el valor económico del bien para su propietario (y para toda la sociedad)¹⁹⁷.

3.8. La ejecución del gravamen hipotecario: exigibilidad de deuda garantizada, ejecución judicial, venta y apropiación directa del inmueble hipotecado.

3.8.1. La exigibilidad de la deuda garantizada.

Como ya se ha explicado, en un escenario normal o fisiológico, el evento desencadenante de la exigibilidad de la deuda garantizada es la muerte del Titular o de los beneficiarios pasando de la fase asegurativa del gravamen a su fase de satisfacción o ejecutiva¹⁹⁸. En este sentido, una vez ocurrido el fallecimiento y comunicada de alguna forma a la entidad acreedora, esta última en un plazo de 30 días debe requerir a los sucesores declarados en el contrato (probables herederos o legatarios) el pago del íntegro de la deuda, quienes a su vez tienen el

¹⁹⁷ Una “curiosa” explicación de esta extrema interferencia en las facultades de disposición y administración sobre el predio hipotecado, el mismo que terminará sirviendo solamente para la vivienda habitual del Titular, la encontramos en OLIVERA (2020, p. 75) para quien “(...) la Ley exige que el inmueble afectado y dado en garantía tenga que ser necesariamente la vivienda habitual del titular. Sospechamos que este requisito es solicitado por el legislador pensando en que el inmueble será más cuidado por el propietario que por otra persona que no lo sea, y así podrá conservar su valor. No obstante, esta sospecha no termina de tener sentido del todo, ya que basta con la exigencia del inciso b) (que establece que es obligatorio que el inmueble sea asegurado contra todo tipo de daño) del presente artículo en análisis para que se garantice el valor del inmueble.” Como puede advertirse de este enredado argumento, en realidad, el autor no tiene idea alguna de la razón por la que se ha impuesto esta restricción, cuando puede deducirse claramente del régimen de ejecución extrajudicial sancionado para este tipo de gravamen. Ya que de admitirse la interferencia de terceros sobre el bien las acciones ejecutivas - extrajudiciales- del acreedor se verían bloqueadas.

¹⁹⁸ Según DORAL García (2014): “La estructura básica de la hipoteca inversa se desenvuelve en dos fases, anterior desde la constitución y posterior al fallecimiento, que podemos llamar etapa de liquidación. Me recuerdan las fases de la hipoteca como gravamen, fase de seguridad y de ejecución, el resultado o cuenta final (...). La fase de seguridad implica conservación de la cosa hipotecada, cargas preferentes. El caso de impago con pasividad del deudor, que provoca el vencimiento anticipado, es excepcional (...). El deudor no está desprotegido, la obligatoriedad del máximo la pone el mercado. Como bien dice la autora “a mayor edad, el deudor podrá disponer de una cantidad mayor, y el acreedor asegurarse la devolución en un periodo breve de tiempo”. La inversa la fase de ejecución se inicia con el fallecimiento del solicitante. En ese momento vence la obligación (*mors omnia solvit*) y se transmiten los derechos a la sucesión (art. 657 del CC [español]). Es a partir de ese momento cuando se le plantean al acreedor problemas para hacer efectivo su derecho.”, pp. 1068.

corto plazo de 60 días para pagarla o, simplemente, dejar que el bien sea ejecutado¹⁹⁹. Lo mismo sucederá cuando el vencimiento de la deuda se produzca por una causa distinta de la muerte del titular -por ejemplo, si el inmueble ha sido objeto de algún acto de disposición, administración -o “embargo”- no autorizado por la entidad acreedora.²⁰⁰

3.8.2. La dación en pago.

Una vez puesta a cobro la deuda se abren diversos escenarios que podrían considerarse normales opciones que las partes implicadas en este conflicto podrían adoptar, tales como por ejemplo si los sucesores del Titular, como nuevos propietarios del bien, acuerdan celebrar con el acreedor hipotecario un contrato de dación en pago para transferir voluntariamente la propiedad sobre el inmueble a su favor y extinguir simultáneamente la deuda²⁰¹, evitando los gastos de la ejecución del gravamen, lo cual podría resultar beneficioso para ambas partes. Al respecto ZURITA (2014; p. 270) sostiene que:

¹⁹⁹ Reglamento artículo “11.1. La Entidad Autorizada cuenta con un plazo máximo de treinta (30) días calendario, computados desde el día siguiente de conocido el fallecimiento del Cliente o del último de los Beneficiarios, para realizar la liquidación del crédito y notificarlo al heredero y/o legatario registrado ante la Entidad Autorizada, quienes a su vez cuentan con un plazo máximo de sesenta (60) días calendario desde la fecha siguiente que son notificados para ejercer la opción de cancelación del crédito señalada en el literal j) del artículo 3 de la Ley. (...)”

²⁰⁰ Reglamento artículo “11.3. En los casos de ocurrencia de cualquiera de las causales de vencimiento anticipado de Contrato referidas en el artículo 9 del presente Reglamento, la entidad autorizada cuenta con un plazo máximo de treinta (30) días calendario, computados desde el día siguiente de conocida la causal, para realizar la liquidación del crédito y notificarla al Cliente, quien cuenta con un plazo máximo de sesenta (60) días calendario desde la fecha siguiente de su notificación para realizar la cancelación.”

²⁰¹ Precisamente, la consecuencia más relevante del acuerdo de dación en pago sería la extinción del crédito asegurado y todos sus elementos accesorios, incluido -obviamente- la hipoteca cuya ejecución se pretende evitar. Así lo sostienen LÓPEZ y REQUENA (2014): “El efecto primero y principal que produce la dación en pago es precisamente el mismo que generan los demás medios de pago previstos en el artículo 1156 del Código Civil, esto es, el de la extinción tanto de la obligación primitiva como de todos los derechos accesorios que la acompañen (en virtud del principio de accesividad). Además, y tal y como ha quedado antes expuesto, cuando la dación consista en la entrega de una cosa (dación stricto sensu), se producirá la transmisión dominical de la propiedad de la misma a favor del acreedor.”, pp. 153.

“La dación en pago en sentido estricto, por el contrario, ha sido y sigue siendo una figura de uso común en el tráfico jurídico, utilizable sin complejos en el ámbito hipotecario. Nada impide al acreedor y deudor alcanzar un acuerdo de este tipo una vez producido el impago del préstamo garantizado con hipoteca. Otra cosa es que se produzca con la frecuencia deseada, especialmente en estos momentos de crisis. Los bancos solo negocian dación en pago cuando evidencian que jamás recuperaran el dinero prestado y conviene a sus intereses, en función de las circunstancias que concurren, quedarse con la vivienda hipotecada;”.

Esta situación que no requería ninguna regulación²⁰² ha sido, sin embargo, prevista en el Reglamento²⁰³, en donde se señala inútilmente la “formalidad”²⁰⁴ que debe cumplir este

²⁰² Sobre el particular BEAUMONT Callirgos (2018) expresa: “Se ha diseñado un mecanismo para que el crédito concedido mediante hipoteca inversa no sea necesariamente devuelto o reembolsado en vida, sino al fallecer, obvio por quienes resultaren ser los legítimos herederos y si estos no pudieran o no desearan pagar el crédito recibido y utilizado por sus antepasados, el mismo banco compraría el inmueble por una cifra previamente pactada o negociada con los nuevos sucesores.”, pp. 14. Lo que salta a la vista, es que al construirse nuestro sistema jurídico de derecho privado bajo los principios de la autonomía privada y la libertad de empresa, la posibilidad de que los herederos de un propietario acuerden con un acreedor financiero transferir voluntariamente el bien para pagar o extinguir la deuda garantizada, siempre ha existido, por lo que no se requería “crear” un mecanismo particular a estos efectos. Tal vez lo relevante hubiera sido que esta sea una potestad unilateral de los herederos para extinguir la deuda, máxime si estamos ante un tipo de gravamen de responsabilidad limitada.

²⁰³ Reglamento artículo “12.1. Tratándose de la situación contemplada en el numeral 11.1 del artículo 11 del presente Reglamento, alternativamente y dentro del plazo de sesenta (60) días calendario para la cancelación del crédito, los herederos y/o legatarios y la Entidad Autorizada, en sustitución al proceso de ejecución de la hipoteca inversa, pueden mediante Contrato elevado a escritura pública pactar la adjudicación del Inmueble objeto de la hipoteca inversa a favor de la Entidad Autorizada, acordando el precio del Inmueble, sin necesidad de actualizar su tasación, salvo que alguna de las partes lo exija.”

²⁰⁴ Esta disposición es claramente inútil, por cuanto para la inscripción de un acuerdo que modifica un derecho real inscrito en un Registro Jurídico de bienes, como el Registro de Predios, se requiere por regla general que el acto conste por instrumento público, tal como lo exige el artículo 2010° del Código Civil, que regula el principio de titulación auténtica, en los siguientes términos: “La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria.”.

acuerdo para su inscripción²⁰⁵, a saber, mediante Escritura Pública notarial -olvidando que en nuestro sistema registral rige el principio de titulación auténtica para la inscripción de los actos jurídicos- y el plazo máximo que tendrían para adoptar el acuerdo de dación en pago. Esto es, hasta 7 días antes del remate programado. Lo cual, sinceramente, no tiene ninguna justificación razonable, salvo por el hecho que determina también el límite que la entidad acreedora tiene para apropiarse unilateralmente del bien gravado²⁰⁶, como lo veremos a continuación.

3.8.3. La resurrección del pacto comisorio hipotecario (¿o del pacto marciano?).

Una vez vencido el plazo de 60 días para que los sucesores del Titular cumplan con pagar la deuda sin que lo hayan hecho, se inician las acciones para la ejecución del inmueble. Por lo que deberán realizarse las tasaciones obligatorias para calcular el valor actualizado del bien para que se proceda a su venta extrajudicial. Sin embargo, la ley ha concedido la facultad a la entidad acreedora de adjudicarse unilateralmente el inmueble al 100% del valor determinado por las tasaciones efectuadas para la venta, esto hasta 07 días antes de la fecha fijada para el remate.

Ahora bien, la actuación de este pacto comisorio obligatoriamente impuesto en este tipo de gravamen hipotecario requiere solamente que la entidad acreedora realice “(...) una declaración unilateral de adjudicación por escritura pública, insertando en ella las dos tasaciones practicadas; dejando en custodia el saldo del precio que corresponda, mediante

²⁰⁵ Reglamento artículo “13. De la inscripción en el registro de predios. La escritura pública de adjudicación del Inmueble a que se refiere el numeral 12.1 del artículo 12 del presente Reglamento es título suficiente para su inscripción en el registro público de predios.”

²⁰⁶ Respecto a esta facultad legalmente concedida para este tipo de hipoteca especial, debemos recordar que para el régimen común se encuentra proscrita (artículo 1111° del código Civil). Lo cual responde a una larga tradición histórica, que comprende también a otros sistemas jurídicos distintos al peruano. Así, en el parágrafo 1149 del Código Civil Alemán de 1900, a esta clase de facultades se le denomina textualmente “convenios de satisfacción ilícita”, estableciendo la siguiente proscripción: “Mientras el crédito a su favor no está vencido, el propietario no puede, con la finalidad de satisfacción, conceder al acreedor el derecho de reclamar la transmisión de la propiedad sobre la finca o efectuar la enajenación de la finca de otro modo que no sea en el curso de ejecución forzosa.” “Código Civil Alemán y ley de Introducción al Código Civil”, Traducción a cargo de LAMARCA Marquès (Dir.), Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2008, p. 298.

cheque emitido a la orden de los herederos y/o legatarios, o de quien corresponda tal excedente.” (art. 12.4 del Reglamento). Abriéndose, de esta manera, las puertas a posibles prácticas usurarias²⁰⁷ que subvalúen los inmuebles para apropiárselos directa y unilateralmente a precios viles²⁰⁸, como ha ocurrido históricamente con el pacto comisorio.

En efecto, se ha echado al basurero de la historia los siglos de evolución histórica de la figura hipotecaria²⁰⁹ y se está regresando a una época en la que esta clase de prácticas ilícitas se vuelven a incorporar a los mecanismos de la garantía, como si fuesen grandes innovaciones técnicas, cuando, en realidad, estamos volviendo atávicamente a tiempos arcaicos. En efecto, como correctamente lo sostiene ALVAREZ (1987, T.2, p. 109) la proscripción de esta cláusula “(...) nació y vivió ligada a la prohibición de cobrar intereses en el préstamo, y a la lucha contra toda manifestación de usura.” En este sentido, el mismo autor agrega que, “La prohibición se fundamenta esencialmente en la necesidad de salvaguardar la identidad de los derechos reales de garantía (como derechos públicamente constituidos), en aras de la tutela del crédito. Con la crisis de la libertad contractual en su sentido formal, la prohibición sirve

²⁰⁷ En el sistema italiano, TRABUCCHI (1967) sostiene categóricamente que la prohibición del pacto comisorio en la hipoteca se da precisamente para evitar prácticas usurarias impuestas unilateralmente por los acreedores a los deudores. En este sentido, el clásico autor italiano sostiene que: “El pacto comisorio serpa nulo, tanto se haga *in continenti* (coetáneamente a la constitución de crédito), como *ex continenti* (con posterioridad). La *ratio* de la prohibición se encuentra en impedir que el deudor sea constreñido a realizar un pacto usuario para obtener el préstamo o para conseguir una dilación en la restitución de lo adecuado.”, p. 145.

²⁰⁸ En el sistema jurídico alemán, WESTERMANN y otros (2007, Vol. II) sostienen que: “No cabe en ningún caso una cláusula contractual que tenga por efecto fortalecer la posición del acreedor con efectos reales; pero incluso los acuerdos de ese tipo de eficacia puramente contractual se ven vetados por el § 1136 [Limitación de disponer de carácter general]. El § 1149 [convenios de satisfacción ilícita], por su parte, prohíbe el pacto comisorio por tener casi siempre un carácter usuario; la prohibición del pacto comisorio hay que aplicarla incluso en los negocios de crédito que no tengan propiamente la naturaleza de garantía real.” pp. 1192.

²⁰⁹ De acuerdo con ALVAREZ (1987, T.2, p. 110): “Históricamente constatamos que el origen de la prohibición del pacto comisorio se encuadra en las luchas sociales de la república romana y en la reivindicación suprema de la tutela de deudor. Como señala Lajocondo, la prohibición formal del pacto comisorio por Constantino en el año 320 prueba el hecho - absolutamente excepcional en el derecho romano- de su aplicación retroactiva. La prohibición no puede considerarse sino una promulgación formal de una norma que era ya de aplicación general por equidad (*exceptio doli*).”

también como mecanismo de salvaguarda de la moralidad social de las convenciones (justiprecio y represión de usura).”, p. 109 -110. Para concluir que:

“A mi juicio, en el derecho moderno, la nulidad del pacto comisorio se fundamenta en la publicidad y especialidad de las cargas reales (posesión en la prenda e inscripción en la hipoteca) como único mecanismo efectivo establecido en la codificación para el desarrollo del crédito, la seguridad del tráfico y terminar con las cargas ocultas (y con el azote de la usura).” (p.114)

Queda claro que, en el caso de la HI, la facultad de apropiación se ejercita sin ninguna clase de control heterónimo (judicial), sino que se confía en las “buenas prácticas” de “autorregulación” de la entidad financiera, para evitar que sus agentes, dependientes o sujetos de quienes se sirve para tasar el inmueble antes de su ejecución, los peritos tasadores, calculen el precio o valor actualizado del bien para su apropiación. Evitando que este sea adquirido por la entidad acreedora a un valor por debajo del real (un precio vil), lo cual, como bien apunta ALVAREZ (T.2, 1987), no solamente afecta a los sucesores del titular que verán como la deuda devora el íntegro valor del inmueble, sino también a otros acreedores que perderán la posibilidad de cobrarse la deuda contra el valor residual del inmueble después de pagados créditos preferentes. En este mismo sentido, para ZURITA (2014):

“La prohibición del pacto comisorio obedece tanto a la protección del deudor como a la del resto de sus acreedores. Respecto del primero, se considera inmoral que el acreedor se apropie del bien gravado cuando este tiene un valor superior al importe de la deuda. O que se admita el pacto en tal sentido cuando el deudor ha de prestar su consentimiento en un momento en que se encuentra en la necesidad de pedir un crédito. Por su parte los acreedores del deudor verían perjudicado su derecho a cobrarse del sobrante, una vez enajenada la finca hipotecada, por medio de los procedimientos de ejecución de garantía legalmente establecidos, y satisfecho el acreedor hipotecario. No pueden considerarse, por ello válidos los pactos que permitan al acreedor hipotecario adquirir la propiedad de la finca satisfaciendo un precio previamente establecido, pues entonces se burlarían los procedimientos establecidos en la ley para la satisfacción forzosa de la deuda sobre el objeto de la garantía.”, p. 30

Ahora bien, en toda la regulación que se ha aprobado para la HI, no se ha establecido un solo mecanismo especial para la protección del patrimonio inmobiliario de los sucesores, ya que el único supuesto de nulidad de la adquisición en el ejercicio de la cláusula de apropiación directa se da cuando la entidad se hace del inmueble por debajo del 100% del valor calculado por sus peritos. Sin embargo, se olvida que los peritos no son terceros desinteresados, sino que estos han sido contratados por la misma entidad acreedora, por lo que se crea un riesgo muy grande de conductas de mala fe, negligentes o dolosas.

En este punto, la regulación dispensada por el Reglamento no nos parece la más adecuada, ya que si bien, no se ha dejado a la simple arbitrariedad del acreedor el cálculo del valor de apropiación, ya que esta función ha sido delegada a terceros. La elección de estos terceros, encargados de la valorización del bien, se ha atribuido exclusivamente a una sola de las partes, esto es el acreedor garantizado, sin ninguna clase de facultad de control atribuida a los propietarios actuales del predio afectado. Razón por la cual, resulta dudoso que se alcance una estimación equitativa²¹⁰ y justa del valor del bien ejecutado. Siendo, además, este mecanismo de determinación del precio a través de peritos, impuesto obligatoriamente por la Ley y no producto del consentimiento de las partes. Esto nos lleva a sostener, que esta facultad de apropiación directa se asemeja más a una suerte de pacto comisario disimulado, que al conocido y antiguo pacto marciano²¹¹.

²¹⁰ Cuando la determinación del precio es delegada un tercero, este debe hacerla de manera equitativa. Sobre el particular ROPPO (2009; p. 334) sostiene que: “La determinación según apreciación equitativa es aquella por la cual el tercero debe determinarse mediante el equilibrado y racional empleo de criterios objetivos, teniendo en cuenta las circunstancias relevantes que específicamente caracterizan el caso concreto; y debe hacer controlable el respeto de este modo de proceder, explicando las motivaciones de su elección.”

²¹¹ Para ZURITA (2014; p. 272): “Por medio del llamado pacto marciano se permite al acreedor, incumplida la obligación, hacer suya la cosa pagando su valor real, evaluado utilizando medios objetivos y seguros, como la estimación pericial o la referencia a índices también objetivos. Este pacto, por tanto, introduce forma ejecutivas extrañas a los causes formales preestablecidos, aspecto en que quiebra con la prohibición, pero a partir de su justo precio, lo que conlleva que los derechos del deudor y de los demás acreedores queden salvaguardados, máxime cuando los resultados económicos suelen ser mucho más fructíferos que en los procedimientos de ejecución. La ejecución de la obligación incumplida no estaría, pues a cargo del Estado, sino que se basaría en un acuerdo de las partes, que la condicionan a una justa estimación; el bien constituido en garantía se transmite al acreedor, surgiendo para éste la obligación de desembolsar al deudor una suma igual a la diferencia entre el valor del bien y el montante de la deuda que se satisface.”

3.8.4. Los problemas de una eventual (y no deseada) ejecución judicial de la HI.

Para el caso que la entidad acreedora no haya ejercitado su facultad unilateral de adjudicación, le quedaría la vía residual de la ejecución judicial, cuya regulación es la más deficiente, redundante y contraproducente que puede haberse imaginado. Estableciendo prescripciones del todo inútiles, tal como establecer un plazo inexistente para accionar el proceso civil e indicar que la ejecución se sujetará a las normas del Código Procesal Civil²¹² (como si existiera otra regulación para el proceso de ejecución de garantía hipotecaria). Pero lo más desastroso es haber establecido que aquellos actos de disposición, gravamen o administración autorizados por la entidad acreedora subsistirán a la ejecución, como si el consentimiento para su realización consistiera, propiamente, en una cesión de rango o una renuncia a la preferencia hipotecaria. En efecto, increíblemente el artículo 14.3 del Reglamento prescribe un despropósito de esta catadura:

“14.3. En caso de remate judicial del Inmueble, el nuevo propietario posee el legítimo derecho de solicitar el desalojo y la entrega en posesión del inmueble, como dar término al arrendamiento, usufructo, comodato o la constitución de cargas y/o gravámenes que se haya constituido sobre el Inmueble objeto de la hipoteca inversa, en fecha posterior a la constitución de la hipoteca inversa, **sin el previo consentimiento ni la participación de la Entidad Autorizada o de los herederos y/o legatarios**, recurriendo ante el mismo Juez que dispuso a la adjudicación en remate.”(el énfasis es mío)

A contrario sensu, aquellos actos de arrendamiento, usufructo, comodato o la constitución de cargas y/o gravámenes que se hayan constituido con el consentimiento y participación de la entidad acreedora pervivirán, no pudiendo ser canceladas como consecuencia de la ejecución

²¹² Reglamento artículo “14.2. La acción de ejecución judicial de la hipoteca inversa se debe plantear dentro del plazo señalado en el numeral 11.2 del artículo 11 del presente Reglamento conforme al proceso civil de ejecución de garantías regulado en el artículo 720 y siguientes del Código Procesal Civil o la norma que la sustituya en el futuro. De no efectuarse dentro del mencionado plazo, sólo se puede aplicar el proceso de ejecución extrajudicial.”

judicial. Lo que no ocurre cuando estamos ante una hipoteca común, ya que cualquier afectación sobre el inmueble que se haya constituido de manera posterior al gravamen que es ejecutado es levantado por el juez de la causa juntamente con la orden de adjudicación del inmueble después del remate. Ahora bien, la regla de marras, impuesta de manera contraproducente, creará el perverso incentivo en las entidades acreedoras de jamás autorizar acto de disposición, gravamen o administración alguno posterior a la HI, ya que implicaría ceder su rango y perder su derecho de preferencia, como ya se ha dicho.

3.8.5. La ejecución extrajudicial a cargo de un tercero (un representante u otra entidad del sistema financiero).

Sin embargo, pese a la absurda regulación planteada para la ejecución judicial, la verdadera vía prevista en la Ley para la ejecución de la HI es la extrajudicial, así lo expresaba lacónicamente su artículo 8º, en donde se dejó íntegramente la regulación de este procedimiento al Reglamento, que, para ser coherente, no podría haberlo hecho de peor manera.

Así, de la regulación prevista en el artículo 15º del Reglamento se percibe que han tratado de mezclar malamente dos procedimientos de ejecución extrajudicial existentes en otras leyes

especiales, la famosa ejecución por “representante del constituyente”²¹³ de la agonizante²¹⁴ Ley de la Garantía Mobiliaria y la ejecución extrajudicial por “Entidad del Sistema Financiero distinta del acreedor” prevista para el Título de Crédito Hipotecario Negociable (TCHN). En tal sentido, existen dos formas cómo podrá ejecutarse extrajudicialmente la HI:

- (1) Mediante un Representante designado por el Titular en el acto constitutivo de la hipoteca, “cuyo encargo y representación se mantiene plenamente vigentes y válidos, para los fines de esta venta extrajudicial”, por lo que deberá entenderse que se ejercer un poder irrevocable; y, en defecto de este mecanismo;

²¹³ El artículo 47° de la Ley N° 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria (LGM), prevé un mecanismo de ejecución de la garantía mobiliaria muy particular, consistente en designar en el acto constitutivo del gravamen a un “Representante” del propietario – constituyente, a quien se le otorga un poder irrevocable para la venta del bien afectado en caso de incumplimiento del crédito asegurado. En tal sentido, este representante del propietario con poder irrevocable actuará en interés del acreedor y no de quien es formalmente su poderdante. El objetivo de la LGM fue muy obvio y práctico, si queremos prescindir de un órgano jurisdiccional para la venta forzada del bien mueble, ya que el único que podría transferir legítimamente el bien para su venta extrajudicial es el mismo titular o propietario a través de un representante. Esta lógica tan sencilla, contiene un error de diseño legal sumamente grave. Al nacer la legitimidad del apoderado -representante con poder irrevocable- de un acuerdo privado, las facultades no pueden oponerse extrajudicialmente a terceros adquirentes de derechos sobre el inmueble (nuevos acreedores garantizados o embargantes) ya que sus derechos han surgido de otros contratos o actos jurídicos. Razón por la cual su “poder de ejecución extrajudicial” es sumamente precario y puede ser fácilmente burlado por la constitución sucesiva de un nuevo gravamen o un simple embargo. Así lo advirtió el Tribunal Registral en un caso donde el representante de una garantía mobiliaria de primer rango, que había sido ejecutada extrajudicialmente, solicitó el levantamiento de las garantías constituidas sucesivamente, lo cual fue denegado precisamente porque: “10. (...) no puede el representante de la primera garantía, nombrado de consuno entre las partes contratantes, extralimitar el marco de las facultades que por Ley le están concedidas para regular las situaciones jurídicas sobrevinientes respecto de la segunda garantía en la que no ha sido autorizado por las partes contratantes mediante su nombramiento como representante, ni por la Ley 28677 para levantar los gravámenes ulteriores a aquella en la que interviene en el proceso de ejecución en su condición de representante.” Resolución N° 265-2010-SUNARP-TR-L, del 19.02.2010.

²¹⁴ La actual Ley de la Garantía Mobiliaria quedará sin efecto muy pronto, toda vez que su derogación está condicionada a la implementación y el funcionamiento del nuevo Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias, -SIGM-, creado por el Decreto Legislativo N° 1400, Decreto Legislativo que aprueba la Garantía Mobiliaria. Así lo regula la Octava Disposición Complementaria Final de la norma antes en cuestión (“**Octava.** -A partir del día hábil siguiente del funcionamiento de las bases de datos del SIGM, son aplicables y exigibles las disposiciones sobre garantía mobiliaria reguladas en el presente Decreto Legislativo.”).

- (2) La entidad acreedora designará a una empresa del sistema financiero distinta de ella, facultada a prestar servicios de fideicomiso o de comisiones de confianza, para encargarse de dicha venta directa, la cual estará facultada a suscribir la transferencia en representación del Titular o de la sucesión.

Los requisitos comunes a ambos tipos de ejecución extrajudicial es que el bien no podrá ser vendido a un precio menor a las 2/3 partes del valor determinado por las dos tasaciones practicadas, en un plazo de 90 días y mediante el mecanismo de remate o subasta al mejor postor²¹⁵. De no lograrse la venta hasta en tres convocatorias a remate, la entidad acreedora podrá adjudicarse directamente el inmueble mediante una declaración unilateral en escritura pública, en donde inserte los documentos en los que se hayan declarado desierto los remates frustrados²¹⁶. En este punto el error de técnica legislativa es gravísimo, ya que, si el Representante o la Entidad Fiduciaria están llevando a cabo el procedimiento de ejecución extrajudicial, lo idóneo hubiese sido que estas intervengan en el otorgamiento de la escritura pública de transferencia a favor de la entidad acreedora, y no solamente que esta última lo haga de manera unilateral. Lo cual podría prestarse a innumerables abusos o, incluso, fraudes.

3.9. Régimen de transparencia, suministro de información y asesoramiento.

²¹⁵ Reglamento artículo “15.2. El Representante o la Entidad Autorizada señalada en el numeral anterior procede a la venta directa del bien hipotecado en el plazo de noventa (90) días calendario a través del mecanismo de remate o subasta al mejor postor a cuyo efecto puede emplear los servicios de terceros privados de remates, de martillero público o del Sistema de Remates Virtuales (REM@JU) del Poder Judicial, pudiendo el Titular señalar en el Contrato el servicio de remate que se empleará en caso de ejecución. Esta venta y adjudicación directa del Inmueble, no puede hacerse por monto menor a las dos terceras partes de las tasaciones que previamente se practiquen, conforme al numeral 5.4 del artículo 5 del presente Reglamento.”

²¹⁶ Reglamento “15.3. En caso que se produzca la declaratoria de desierto hasta en tres (3) convocatorias de remate, la Entidad Autorizada puede adjudicarse el bien como pago total de la liquidación del crédito, en precio no menor al precio base. A dicho efecto, debe realizar una declaración unilateral de adjudicación por escritura pública, insertando en ella los documentos de acreditación de la declaratoria de desierto de la convocatoria a remate respectivos que el notario público debe verificar.”

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, por las características especiales de los potenciales clientes de las entidades financieras, por su edad o su situación de salud, existe un alto riesgo que les impida comprender adecuadamente²¹⁷ el universo de consecuencias jurídicas y económicas que se desencadenarán de someter su vivienda familiar a una HI. Este grado relativo de incompreensión, obviamente, no debe ser de tal nivel que afecte su capacidad y, consecuentemente, la validez del acto jurídico hipotecario. La situación descrita, altamente probable cuando se otorgue un crédito con HI, exige la creación de un régimen especial de transparencia, suministro de información y asesoramiento como condición para la viabilidad del crédito.

Por esta razón, el artículo 9° de la Ley ha impuesto deberes concretos de información a cargo de la entidad acreedora para que explicité manifiestamente todos los alcances jurídicos y económicos de la operación a sus eventuales clientes²¹⁸. Así también, se exige que estos últimos cuenten con el asesoramiento especializado por parte de un profesional acreditado por la SBS que no dependa de la eventual entidad acreedora²¹⁹. Sobre esta última

²¹⁷ Para QUESADA (2009; p. 143): “Al estar ante un producto que va dirigido a personas mayores (con unas facultades mentales que, posiblemente, no pasen por su mejor momento) o con grave discapacidad, y que resulta tan novedoso y hasta cierto punto, extraño a nuestra mentalidad jurídica, la claridad sobre el mismo se hace imprescindible. Nuevamente debemos recordar cómo, además de ser una figura con interés social, la hipoteca inversa es un producto económico que se oferta a los interesados, que deben ponderar adecuadamente qué oferta resulta más beneficiosa para sus intereses.”. Respecto a esta opinión es importante aclarar qué si el Titular-Deudor de la HI se encuentra en un estado de discapacidad o capacidad disminuida, dependiendo de la intensidad de estas situaciones, el acto jurídico mismo podría invalidarse, defecto que no podría ser subsanado por la simple intervención de un “asesor acreditado independiente”. En todo caso, quien debe verificar la capacidad del Titular será el notario, ante quien se otorgue la escritura pública de constitución de la HI, en aplicación del deber de la función notarial de consignar en la introducción de todo instrumento público “La fe del notario de la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los otorgantes” según el literal h) del artículo 54° del Decreto Legislativo 1049 del Notariado.

²¹⁸ “**Artículo 9 de la Ley. Régimen de transparencia, suministro de información y asesoramiento.** (...) La transparencia implica, al menos, la publicidad de las características del producto, incluyendo los riesgos que este implica; el suministro de información comprende, al menos, la entrega de folletos, modelo de contrato y demás información que requiera el consumidor, incluyendo la absolución de consultas que formule.”

²¹⁹ “**Artículo 9 de la Ley. Régimen de transparencia, suministro de información y asesoramiento.** (...) El asesoramiento del cliente implica que previo al otorgamiento del crédito, el solicitante deberá acreditar que ha recibido asesoría de un profesional especializado, registrado ante la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de

circunstancia, el Reglamento no ha establecido en qué condiciones será prestado dicho asesoramiento especializado e independiente, por lo que es probable que los costos del asesoramiento los asuma el mismo acreedor que concederá la HI, cargándolos finalmente al monto total de la deuda que será cobrada.

Ahora bien, en el Reglamento de la S.B.S., se ha destinado el capítulo IV para regular algunas actividades “DE LOS ASESORES” en las operaciones de HI. Cabe destacar que conforme al numeral 20.5 de este instrumento normativo -y siguiendo la pauta del artículo 9° de la Ley- el servicio de asesoramiento se convierte en una suerte de requisito administrativo obligatorio, ya que culminada esta actividad el asesor debe emitir “una constancia al solicitante”, sin la cual no podrá recibir de la entidad del sistema financiero el crédito con HI.

Las personas que pueden asumir la condición de “asesores” para prestar este servicio son los “corredores de seguros de personas con inscripción hábil en el Registro de Intermediarios y Auxiliares de Seguros, Empresas de Reaseguros del Exterior y Actividades de seguros transfronterizas” (art. 19° Regl. S.B.S.). Quienes deben tener los conocimientos y capacitaciones adecuadas sobre los alcances de las operaciones con HI (art. 19° Regl. S.B.S.), presentar una declaración de intereses ante sus potenciales clientes (art. 20.2 del Regl. S.B.S.) y, una vez contratados sus servicios, brindarlos de forma objetiva y sin inducir la toma de decisión en un sentido particular, debiendo constar todas sus recomendaciones por escrito (art. 20.3 del Regl. S.B.S.).

Si bien el Reglamento de la S.B.S. incide en que el asesor debe informar de manera integral al eventual Titular sobre los alcances del crédito con HI, esto es, sobre todos sus costos (intereses, seguros y gastos administrativos), la afectación que sufrirá el inmueble en aspectos tanto económicos como jurídicos, las obligaciones que deberán cargar sus herederos para

Pensiones, el mismo que deberá ser ajeno a la entidad autorizada que sea parte en la operación. El asesoramiento tendrá en cuenta, entre otros, la edad y situación financiera del solicitante así como los riesgos y consecuencias económicas de la operación.”

evitar la venta o apropiación del bien por parte del acreedor financiero, entre otros aspectos de vital relevancia (art. 20.4 Regl. S.B.S.), queda claro que todo este servicio deberá ser sufragado por el mismo cliente y, de aprobarse el crédito, será cargado al costo total de la deuda.

Se ha perdido, entonces, la oportunidad de crear un sistema público de asesoramiento especializado en HI a cargo de la S.B.S., ya que dejar que esta asesoría sea prestada por “profesionales acreditados” independientes, generará el mismo incentivo económico perverso de alinear los intereses del “asesor” con el del banco que pagará de manera indirecta sus honorarios a nombre de su “cliente” o, lo que podría ser peor, que los asesores reciban alguna clase de beneficio de las entidades financieras para convencer a los eventuales clientes a contratar el producto financiero. De otro lado, por la finalidad social que tiene este tipo de operación, dirigida a un sector de la población con ingresos deficientes o sin ellos, lo más adecuado sería que el Estado absorba los costos del asesoramiento especializado y, también, evite los eventuales conflictos de intereses que podrían tener los “asesores privados” contratados -de facto- por el acreedor financiero.

CAPITULO IV: LA NECESARIA REFORMA DEL DISEÑO LEGAL DE HIPOTECA INVERSA (HACIA UNA FIGURA DE GARANTÍA REALMENTE ASISTENCIALISTA).

4.1. El derecho fundamental a una pensión digna y la hipoteca inversa.

En nuestro país existen fundamentalmente tres sistemas de pensiones, dos de naturaleza contributiva y uno de naturaleza no contributiva. Los dos primeros están constituidos por el Sistema Nacional de Pensiones (S.N.P.), regulado por la Ley N° 19990, y el Sistema Privado de Pensiones (S.P.P.), regulado en la Ley N° 27328, en ambos casos la principal fuente de financiamiento son los aportes que hacen los trabajadores a un fondo común solidario administrado por el Estado para uno y, en el caso del otro, a una cuenta individual de capitalización (C.I.C.) administrada por una entidad privada Administradora de Fondos de Pensiones, respectivamente. Mientras que el último gran sistema de pensiones es el denominado “Programa Pensión 65”²²⁰ el cual otorga una pensión a población mayor de edad

²²⁰ El Programa Nacional de Asistencia Solidaria, Pensión 65, fue creado el 19 de octubre del 2011 con el Decreto Supremo N° 081-2011-PCM. Tiene por la finalidad de otorgar protección a los adultos a partir de los 65 años de edad que carezcan de las condiciones básicas para su subsistencia. Para este fin se le asigna una pensión bimensual que asciende actualmente a la suma de S/.250.00. Esto es en los hechos, se la asigna una “pensión” a este sector vulnerable de la población de adultos mayores que asciende a S/125.00 mensuales, que equivale al 13.44% de una remuneración mínima vital (que al presente año 2021 asciende a S/.930.00).

en estado de pobreza económica que no cuente con una pensión en el S.N.P. o el S.P.P., siendo su única fuente de financiamiento el presupuesto que directamente le asigna el Estado a costa del erario nacional, no requiriéndose ninguna clase de aporte o colaboración previa de sus eventuales beneficiarios.

Sin bien estos son los más importantes sistemas de pensiones en nuestro sistema jurídico, por la cantidad de personas que se encuentran afiliadas a ellos, debe tomarse en cuenta que la cobertura que otorgan con relación a la población económicamente activa (PEA) a nivel nacional es muy baja²²¹, siendo las principales causas de esta situación el alto porcentaje de trabajadores independientes que decide voluntariamente no aportar a ningún sistema, así como también, la situación de informalidad laboral en la que son mantenidos por sus empleadores. Lo cual significa que existe una gran parte de la población que llegada a una edad de retiro, no contará con ningún ingreso económico de naturaleza previsional o, de tenerlo, será insuficiente para permitirles vivir su periodo de jubilación dignamente²²².

²²¹ De acuerdo con un informe elaborado el 2019 por encargo del Banco Interamericano de Desarrollo – BID uno de los principales problemas de nuestro sistema de pensiones es su baja cobertura, describiéndose esta dramática situación de la siguiente manera: “El mercado laboral peruano se caracteriza por una alta informalidad laboral. Hoy sólo el 22% de peruanos cotiza en un momento dado al sistema pensional (43% de los asalariados) (SIMS, 2018). Esta situación afecta relativamente más a las personas de menores ingresos y a las mujeres, lo que expone a esos grupos a una situación de vulnerabilidad. Esta baja participación en el sistema de pensiones peruano hace que la cobertura sea baja hoy - solo el 26% de los adultos mayores de 65 años tiene una pensión contributiva - y también sea limitada en el futuro, (...). El mercado laboral peruano se caracteriza por una alta informalidad laboral. Hoy sólo el 22% de peruanos cotiza en un momento dado al sistema pensional (43% de los asalariados) (SIMS, 2018). Esta situación afecta relativamente más a las personas de menores ingresos y a las mujeres, lo que expone a esos grupos a una situación de vulnerabilidad. Esta baja participación en el sistema de pensiones peruano hace que la cobertura sea baja hoy - **solo el 26% de los adultos mayores de 65 años tiene una pensión contributiva** - y también sea limitada en el futuro, Bosch, Melguizo y Pagés (2013) estiman que la cobertura en pensión será de alrededor del 30% en el 2050.” (ALTAMIRANO, Álvaro, et al.; 2019, p. 4 – 5)

²²² Debe de tenerse en cuenta que nuestra constitución en su artículo 10 reconoce al derecho a la seguridad social como un derecho social universal en los siguientes términos: “Artículo 10.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.”. Seguidamente la Constitución en su artículo 11 establece la obligación del Estado “(...) garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.”. Sin embargo, para algunos autores la seguridad social es un derecho fundamental a obtener prestaciones positivas del poder público bajo los principios de universalidad, integridad, unidad, internacionalidad y solidaridad, los cuales no serían cumplidos cuando las prestaciones

En ese orden de ideas, el hecho de pertenecer a alguno de los sistemas previsionales actualmente existentes no asegura, tampoco, tener un ingreso económico suficiente o adecuado que permita un sustento objetivamente razonable. En tal sentido, la pensión no contributiva a cargo del “Programa pensión 65” asciende en promedio al 13.44% de una Remuneración Mínima Vital (R.M.V.), es decir S/.125.00. Mientras que en el S.N.P. se han fijado topes mínimos y máximos para otorgar una pensión, siendo la más baja S/.415.00 y la mayor S/.857.00, lo cual implica que en ningún caso la pensión otorgada llega a una R.M.V. Finalmente, en el caso de las pensiones otorgadas por el S.P.P. al estar vinculadas a una cuenta individual de capitalización (C.C.I.) conformada con las aportaciones realizadas por cada trabajador afiliado, la pensión que este perciba va depender de la rentabilidad que ha generado su fondo individual en el momento de su retiro, perjudicando así a los afiliados de menores ingresos, a quienes no se les garantiza que vayan a obtener una prestación económica mínima, sino simplemente lo que “alcance” y hasta donde “alcance” su fondo individual. Pudiendo quedarse en algún momento sin ningún ingreso económico.

Ante este panorama, la alternativa de poder utilizar un predio -que en buena cuenta podría objetivar el principal ahorro de una persona o una familia- para obtener un ingreso económico complementario y, así, tener un periodo de retiro que permita una subsistencia digna, no parece una mala idea. Así, lo determinó la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República (Dictamen, 2017, p.3), al reproducir la opinión del B.C.R. sobre la propuesta de implementación de la HI en el Perú:

“(…) el diseño e implementación de la hipoteca inversa se ve apoyado por los importantes niveles de riqueza acumulados por los hogares de diferentes niveles socioeconómicos en nuestro país. Dicha riqueza está expresada en la adquisición de vivienda propia. Así, por ejemplo, la Encuesta Nacional de Hogares 2013 (ENAHOG, 2013) revela que el 16% de los hogares pobres cuenta con vivienda propia (sea

son asumidas por empresas privadas guiadas por ánimo de lucro y en base a una cuenta individual de aportaciones que no tiene naturaleza solidaria (OCHOA; 2020, p. 360).

totalmente pagada, adquirida a plazos o vivienda de hecho por invasión). Asimismo, el 21,5% de los hogares rurales cuenta con vivienda propia.”

A esta situación, relativa a que la riqueza acumulada de una apersona (o familia) puede objetivarse en un inmueble, debe agregarse que una gran parte de la población no cuenta ni contará con una pensión al no haber contribuido a ninguno de los sistemas previsionales o, en todo caso, de recibir una pensión esta será menor a una R.M.V. Lo cual justificaría ideológicamente²²³ la existencia de un servicio financiero como el crédito con HI, ya que traslada la responsabilidad del Estado con respecto al cuidado de las personas en situación de dependencia hacia su propio patrimonio y a sus posibles herederos²²⁴. Sin embargo, esto

²²³ Efectivamente, la creación legislativa de esta figura responde a una visión neoliberal de la responsabilidad del Estado frente a sus ciudadanos, donde estos últimos deben procurar por su subsistencia y mantenimiento por sí mismos sin ninguna clase de ayuda, debiendo recibir las prestaciones sociales a través mercado con cargo a su propio patrimonio y no mediante alguna clase de subvención o intervención del Estado que asegure un sistema solidario de reciprocidad intergeneracional. Al respecto, con mucha razón algún autor ha sostenido, con referencia a la HI implementada en España, lo siguiente: “La decisión legislativa encierra una enorme carga ideológica. La lectura que se concluye de la norma es que el Estado Social no tiene que garantizar unas pensiones dignas, o unos servicios públicos que aseguren las mayores necesidades de salud, cultura u ocio de las personas de mayor edad. Basta que se facilite, con este producto financiero, la realización del patrimonio familiar sin necesidad de enajenar la vivienda propia. (...) En definitiva, se hace descansar en el esfuerzo familiar de los herederos el abono de este crédito, con la garantía del patrimonio inmobiliario del causante, aligerando así al Estado ante la insuficiencia de las pensiones y prestaciones públicas a las que estaría obligado. Ese gran problema socio económico que supone el incremento de las necesidades de renta, en palabras del legislador, no se afronta con el reparto de la riqueza que suponen la garantía de un sistema público de pensiones suficientes o con la mejora del sistema público de salud, unos adecuados servicios sociales o prestaciones suficientes al dependiente. Se tira del ahorro familiar facilitando al tiempo un sustancioso negocio de las entidades financieras. Si las hipotecas ya eran, antes de la reforma, prácticamente vitalicias, ahora superan incluso la esperanza de vida del prestatario.” (RODRIGUEZ; 2008, p. 28)

²²⁴ Debemos recordar que como lo sostiene una autorizada opinión, una de las condiciones para el “éxito” de la hipoteca inversa en un sistema jurídico, esto es que los privados la utilicen regularmente, es que exista un deficiente sistema de pensiones, en el sentido que exista incertidumbre o certeza de que no se recibirá una prestación de jubilación adecuada o suficiente para cubrir las necesidades en la etapa de retiro o que existan requisitos demasiado exigentes como una prolongado tiempo de aportación y una edad muy avanzada para pasar al retiro. En tal sentido, ORTS (2012, p. 144) sostiene de manera acertada lo siguiente: “Otro dato que aumenta la contratación de hipotecas inversa es el grado de seguridad que cada ciudadano tenga en que su gobierno va a ser capaz de mantener las pensiones de jubilación, y los importes de las mismas. Es obvio, que cuanto mayor sea la incertidumbre, mayor va a ser el número de hipotecas inversas. Además, la mayoría de los Estados han ampliado el número de años para alcanzar la jubilación, y el número de años cotizados para obtener la pensión máxima, lo que en parte añade desconfianza al sistema.”

no justificaría privarla de su función fundamentalmente asistencialista, ya que, de lo contrario, si sólo se busca que el acreedor financiero obtenga el mayor rédito posible a los menores costos y a costa del patrimonio inmobiliario de una persona natural en estado de vulnerabilidad física y económica, la figura terminaría convirtiéndose en un servicio absolutamente especulativo, que podría perjudicar gravemente a un individuo en edad de retiro y, en general, a toda su familia²²⁵.

Ahora bien, para que la HI conserve su naturaleza asistencialista debe estar encaminada a asegurar que el propietario del predio no vea mermadas sus fuentes de ingresos, entre las cuales se encuentra este mismo activo inmobiliario que ha sido afectado con el gravamen hipotecario. En tal sentido, los mecanismos de garantías reales han evolucionado históricamente hacia reglas que permiten al propietario multiplicar sus fuentes de financiamiento con un mismo bien (como lo demuestran las reglas que determinan la prioridad por rango entre acreedores garantizados) y la facultad irrenunciable del propietario a continuar utilizándolo o explotándolo económicamente a pesar de la afectación real. En tal sentido, la naturaleza no posesoria de la hipoteca común y la proscripción a imponer restricciones a los sucesivos actos de disposición (transferencia, gravamen o mera administración) sobre el mismo bien afectado, así lo demuestran²²⁶. Pero esto no ha venido

²²⁵ En efecto, para RICRA (2017; p. 30): “En el Perú, muchos afiliados al Sistema Nacional de Pensiones, pese a haber realizado aportaciones, podrían no recibir una pensión de jubilación si no cumplieran con los requisitos necesarios para acceder a una (como el número mínimo de años de aporte). En estos casos, la hipoteca inversa podría permitir que estas personas puedan acceder a una renta periódica (o anualidad) que sustituye a la pensión o que complementa la pensión recibida y así mejoren su calidad de vida, utilizando el valor de la vivienda sin tener que abandonarla. Sin embargo, su uso requeriría una regulación adecuada que evite abusos contractuales por parte de las instituciones financieras y que las personas estén informadas sobre las responsabilidades que conlleva solicitar la hipoteca inversa.”

²²⁶ Contrariamente a la evolución histórica de esta institución de garantía inmobiliaria, relativa a permitir actos de disposición sobre un bien hipotecado, para algún autor los actos de transferencia hacia terceros serían hechos, en principio, de “mala fe, a fin de burlar el derecho del acreedor hipotecario” (RAMIREZ; 2018, p. 333). Esta singular perspectiva, no puede compartirse, ya que la admisión de actos de disposición (en sus diferentes formas de enajenación o gravamen) se permiten precisamente porque el diseño institucional de la hipoteca -como derecho real de garantía- no se ve mermada en absoluto por esta clase de actos. Esto con la finalidad de generar el menor menoscabo posible en la esfera económica del propietario constituyente. En tal sentido, sostener que un acto de transferencia sobre el bien implica “burlar al acreedor” - como lo señala el autor citado- implica desconocer los efectos de oponibilidad y persecutoriedad de la hipoteca.

sucedido con las nuevas figuras de garantías que se comenzaron a implementar desde la época de la revolución neoliberal en el Perú, cuyo inicio podemos situar con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1993.

Por esta razón, consideramos que deben derogarse las disposiciones que restringen las facultades de disposición y administración sobre el predio, para que el “crédito-pensión” concedido a favor del Titular (o cualquier beneficiario) cumpla realmente su función asistencialista. Esto es, un verdadero ingreso económico complementario que no dañe el patrimonio actual de la persona que va a recibir el financiamiento. Asimismo, también la Ley, o en todo caso el Reglamento, tendrían que haber establecido claramente que esta “renta adicional” no es propiamente una utilidad a la que se le pueda gravar con algún impuesto²²⁷, ya que constituye, en realidad, un mutuo oneroso que en algún momento tendrá que ser devuelto contra el bien afecto o por los herederos del propietario.

4.2. El derecho fundamental de la vivienda adecuada y la hipoteca inversa.

La Constitución Política de 1993 no ha previsto, expresamente, entre la relación de derechos fundamentales, el derecho a la vivienda adecuada, lo cual constituye una grave omisión en el elenco de situaciones jurídicas que resguardan la dignidad de la persona humana²²⁸. Esto,

²²⁷ En efecto, para LUMBI y GONZÁLES (2009), “Se debe tener claro que el hecho de que la renta mensual no se deba declarar en la autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a diferencia de la pensión de jubilación que sí se declara, no debe llevar a equívoco y deducir que se goza de algún beneficio fiscal en dicho impuesto. La renta mensual de la hipoteca inversa no es renta, a efectos del impuesto, sino que se está ante una deuda que va acumulando el contribuyente y las deudas no se incluyen en esta declaración. Cuestión distinta se plantea respecto al Impuesto sobre el Patrimonio donde la renta percibida no se declara pero la deuda generada forma parte del pasivo del contribuyente.”, p. 243 – 244.

²²⁸ Esta omisión es una lógica consecuencia de la ideología de los autores de la Constitución Política de 1993, que como los sostiene OCHOA (2020, p. 126) tenían una clara intención de restringir o minimizar los derechos fundamentales. Inclusive al definirse a la República peruana como social, democrática, independiente y soberana (art. 43 de la Const. Política), su sentido social se diluye entre el conjunto de normas que privan al Estado de facultades imprescindibles para que los derechos fundamentales sean realmente efectivos para la comunidad viviente de ciudadanos en el Perú. Al respecto OCHOA (2020, p. 134) es categórico al sostener que: “El mantenimiento de la Cláusula del Estado Social en la Constitución de 1993 en el

precisamente, porque desde tiempos inmemoriales un lugar donde desenvolver la existencia de todo ser humano es una condición *sine qua non* para que su vida individual y comunitaria sea digna y viable. A pesar de esta omisión, en el texto constitucional vigente, que representó un retroceso con respecto a la regulación dispensada en la Constitución Política de 1979 -que sí había elevado el derecho a la vivienda a la categoría de un derecho fundamental²²⁹-, la situación se ha resuelto de alguna manera al haberse incorporado a nuestro ordenamiento jurídico el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Naciones Unidas (en adelante el Pacto)²³⁰, el cual textualmente dispone:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y **vivienda adecuados**, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.” (el énfasis es nuestro)

artículo 43 que declara que: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana” no fue una concesión de la mayoría del denominado “Congreso Constituyente Democrático”. Así como se apropiaron del concepto de “democracia” para denominar al congreso constituyente surgido del golpe de Estado de 1992, siendo partícipes de un proyecto autoritario, también se apropiaron del Estado Social como quien asume un pleonismo. Como todo Estado es social, si por social se entiende lo atinente a la sociedad, no le atribuyeron ninguna vocación de transformación de las relaciones socioeconómicas ni de tutela de los derechos económicos, sociales y culturales.”

²²⁹ En efecto, en el artículo 18° de la Constitución Política de 1979 se disponía lo siguiente en relación al derecho fundamental a la vivienda: “Artículo 18°.- El Estado atiende preferentemente las necesidades básicas de la persona y de su familia en materia de alimentación, vivienda y recreación. / La ley regula la utilización del suelo urbano, de acuerdo al bien común y con la participación de la comunidad local. / El Estado promueve la ejecución de programas públicos y privados de urbanización y vivienda. / El estado apoya y estimula a las cooperativas, mutuales y en general a las instituciones de crédito hipotecario para vivienda y los programas de autoconstrucción y alquiler – venta. Concede alicientes y exoneraciones tributarias a fin de abaratar la construcción. Crea las condiciones para el otorgamiento de créditos a largo plazo y bajo interés.”

²³⁰ Este Pacto, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y en vigor a partir del 3 de enero de 1976, de conformidad con su artículo 27, el mismo que fue incorporado al ordenamiento jurídico peruano mediante el Decreto Ley N° 22129.

Asimismo, la existencia y vigencia de este derecho fundamental a la vivienda adecuada ha sido reconocido también por el Tribunal Constitucional (Expediente Nro. 0007-2012-PI/TC) en los siguientes términos:

“Por lo demás, la necesidad de otorgar fundamentalidad al derecho a la vivienda deriva también de la importancia de incorporar a este bien, con la prioridad que corresponde, en el debate público a efectos de significar un límite en el accionar de las autoridades estatales, como la obligación constitucional de tomar medidas tendientes a satisfacer las distintas necesidades habitacionales que tiene la población. En países como el nuestro, donde las necesidades habitacionales son amplias y un gran sector de la población carece de las condiciones mínimas de calidad en su vivienda (viviendas jurídica y geográficamente inseguras, viviendas sin servicios básicos como agua, desagüe y electricidad, viviendas no adecuadas a las condiciones climáticas, o viviendas pequeñas e insalubres), la consideración de la vivienda digna como derecho fundamental debe suponer una priorización de esta necesidad básica en las políticas públicas estatales, sobre todo a favor de los sectores más vulnerables de la población.”

Ahora bien, a pesar de que el derecho fundamental a la vivienda adecuada tiene en nuestro país una vigencia continuada desde hace más medio siglo, las acciones que el Estado ha llevado a cabo para permitir que la población, en su mayoría, acceda a este derecho en su vida material, no parecen suficientes. Sobre todo, desde la vigencia de la Constitución Política de 1993, que estableció como principio rector de la actuación del Estado el de subsidiariedad²³¹, dejando que sean las empresas inmobiliarias y financieras las únicas

²³¹ Respecto al régimen económico de la Constitución Política de 1993 y el principio de subsidiariedad se sostiene acertadamente lo siguiente: “El régimen económico constitucional no solo suprime todas aquellas disposiciones de principio o de dimensión axiológica, como la del artículo 110 de la Constitución de 1979, sino que suprime todas las habilitaciones del Estado que la Constitución de 1979 con tenía, facultándolo para intervenir en las relaciones económicas en procura del bien común. Así, se replica la definición del sistema económico como “economía social de mercado”, pero el articulado del régimen económico constitucional vacía de contenido a su componente social. / En una regresión al siglo XIX se consagra la rancia doctrina de los derechos adquiridos en materia contractual, que no asumía no solo la Constitución de 1979 sino

encargadas de proveer la oferta de inmuebles para vivienda, desatendiendo necesarios programas de viviendas comunitarias, créditos hipotecarios públicos a bajas tasa de interés, promoción de asociaciones y cooperativas de vivienda, entre otras medidas, donde el objetivo primario no sea especular con la tierra en busca de aumentar la tasa de ganancia de una empresa privada, sino permitir que la población en su conjunto y, sobre todo, la que se encuentra en estado de vulnerabilidad económica y pobreza puedan acceder a viviendas adecuadas y dignas a costos razonables²³².

Existe un grave problema de acceso a la vivienda en nuestro país, no por falta de espacio físico que pueda ser habilitado para estos fines, sino por el elevado precio de una vivienda formal que impide a muchas familias acceder a este preciado y necesario bien. Cuya adquisición está mediada por la especulación de las empresas inmobiliarias y financieras, las cuales han contado por muchos años con el decidido apoyo del aparato estatal. Así, por ejemplo, el Ministerio de Vivienda ha implementado programas de “ayuda” a través de subvenciones públicas otorgadas directamente a las empresas inmobiliarias y no a las personas, lo cual termina elevando artificialmente el precio de acceso a la vivienda. A esto se suma una absoluta desregulación de los créditos hipotecarios para vivienda, lo que ha

tampoco el Código Civil de 1984, ni el de 1936. Así, el artículo 62 proclama que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. / Se limita la actividad empresarial del Estado al extremo de que solo autorizado por ley expresa, el Estado subsidiariamente desarrollará “directa o indirectamente, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional” (artículo 60). Se recoge el principio de subsidiariedad previsto en el numeral 21 del artículo 19 de la Constitución chilena de 1980, modelo de constitucionalismo neoliberal y autoritario, impuesto por la dictadura militar pinochetista.” (OCHOA; 2020, p. 126)

²³² Este es un problema histórico que afecta a toda sociedad moderna, sobre todo en las grandes metrópolis. En este sentido, HATTENHAUER (1981) describe la situación de la vivienda durante el siglo XIX en Berlín: “Las circunstancias de la vivienda en las ciudades siguieron siendo pavorosas. En 1890 se contaron en Berlín 28.265 viviendas subterráneas con 117.702 moradores. En las otras grandes ciudades, las circunstancias eran análogas. Pero la vivienda normal de las grandes ciudades tampoco era precisamente espaciosa. Se componía de una cocina, una sala de estar y una alcoba. En esta unidad de vivienda tenía que instalarse la mayoría de las familias de las grandes urbes, con relación a lo cual muchas de ellas, en razón de su pobreza, solían arrendar la alcoba. También aquí comenzó la lucha por la seguridad social por la vía de la autoayuda, se convirtieron en una necesidad las compañías de construcción de beneficio común. El intento de mantener la especulación del suelo fuera del problema de la vivienda condujo, bajo la enérgica dirección de Adolf DEMASCHKE (AD 1865 – 1935), al movimiento de los partidarios de la reforma agraria y a la idea del hogar familiar edificado en suelo arrendado a largo plazo.”, p. 273 – 274.

llevado no solamente a que las personas naturales (y las familias) paguen un precio artificialmente elevado por sus viviendas, sino también que se hagan cargo de créditos hipotecarios que terminan duplicando o triplicando el precio original que la vivienda tenía.

En este contexto, donde el acceso a la vivienda formal es posible mayoritariamente para aquella parte de la población que tiene ingresos medios y altos, se han presentado los fenómenos crónicos de la propiedad informal o también como conocidos como las ocupaciones en la periferia de las grandes ciudades. Situación a la que ha sido empujada una enorme parte de la población que no ha tenido otra opción que vivir en lugares tugurizados, sin planeamiento urbano, careciendo de acceso a servicios básicos y que, en no pocas ocasiones, es víctima de la extorción, la usurpación y el tráfico de terrenos. Así como también, ha surgido el fenómeno del arrendamiento para vivienda en situación de informalidad, en el que miles de personas arriendan pequeños espacios al interior de una casa o un edificio, y son potenciales víctimas de toda clase de abusos por parte de los propietarios, quienes no les extienden ningún documento que acredite la legitimidad de su posesión y, por ende, los pueden lanzar informal y extrajudicialmente en cualquier momento.

Ahora bien, a pesar de todo esto, a saber, que el Estado neoliberal peruano solamente se ha preocupado por crear condiciones para la absoluta especulación con las viviendas para uso particular, el número de estas ha crecido significativamente en los últimos años²³³, lo que implica que, a pesar de altos costos de adquirir una vivienda en el Perú, millones de personas y familias han invertido los ahorros de una o varias generaciones en la adquisición de un

²³³ De acuerdo con “Los Censos Nacionales 2017: XII de Población y VII de Vivienda revelan que en el país existen 10 millones 102 mil 849 viviendas particulares. En relación al Censo de 2007, las viviendas particulares se incrementaron en 2 millones 536 mil 707 viviendas, lo que representa una variación intercensal de 33,5% y una tasa de crecimiento promedio anual de 2,9% para el periodo 2007 – 2017.”, (INEI, 2018, p. 277). En el área urbana existen 7’330,445 viviendas particulares, mientras que en el área rural existen unas 2’772,404. En principio cualquiera de las estas viviendas particulares podría servir como objeto de una HI si es que se cumplen con los demás requisitos subjetivos (estado de necesidad y el tiempo de esperanza de vida del titular y beneficiarios) y objetivos (precio de realización del inmueble y tasa de interés activa a cobrar).

inmueble destinado a vivienda particular²³⁴, sobre todo en las áreas urbanas de las grandes ciudades de nuestro país²³⁵. Esto implica, que una gran parte de la riqueza acumulada por las personas naturales se encuentra objetivada en esta clase de activos, lo que permitiría pensar en la viabilidad de generar rentas vitalicias a favor de sus propietarios a costa de estos bienes a través de un sistema adecuado de créditos garantizados con H.I.

Pero, no debemos olvidar que, en muchos casos, un inmueble puede estar siendo ocupado simultáneamente por varias generaciones de familiares. Situación que se presentaría, por ejemplo, si es que fue la primera generación la que logró consolidar la propiedad de alguna manera, adquiriéndola formalmente de sus anteriores propietarios, de una urbanizadora privada, una empresa inmobiliaria o de manera informal a través de una invasión que luego fue formalizada. Lo cual resulta más recurrente cuando la propiedad crece de manera horizontal, por lo que las diferentes generaciones de familias se reparten pisos o departamentos al interior de un mismo edificio o fábrica²³⁶. Entonces, si el bien inmueble

²³⁴ Debemos tomar en cuenta que una vivienda particular pueden ser casas independientes, departamentos en edificios o, inclusive, viviendas rústicas tipo chozas o cabañas. Así lo señala el INEI (2018): “Según el Censo 2017, del total de viviendas particulares en el país, 8 millones 763 mil 360 son casas independientes, lo que representa el 86,7% en términos relativos; 820 mil 605 viviendas son departamentos en edificio, que representa el 8,1%; 166 mil 374 viviendas son de tipo choza o cabaña, lo que representa el 1,6%; y en porcentajes menores se observan viviendas en quinta, viviendas en casa de vecindad, viviendas improvisadas y locales no destinados para habitación humana o de otro tipo.”, p. 285. Asimismo, “El Censo del 2017 los departamentos con mayor porcentaje de viviendas de tipo casa independiente son: Piura (97,2%), Cajamarca (96,8%), Tumbes (96,4%), Áncash (95,5%), Huánuco (95,0%), Huancavelica (93,8%), La Libertad (93,8%), Lambayeque (93,6%), Ayacucho (93,6%), San Martín (93,4%), entre los más altos. En relación a las viviendas de tipo departamento en edificio, en la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao el porcentaje está por encima del promedio nacional que es de 8,1%.” p. 287.

²³⁵ En efecto de acuerdo con el INEI (2018): “A nivel departamental, es importante destacar que el mayor número de viviendas particulares se encuentran en Provincia de Lima (2 millones 607 mil 366), Puno (605 mil 503), Arequipa (565 mil 799), Piura (558 mil 102), La Libertad (549 mil 365), Cajamarca (503 mil 426), Cusco (444 mil 986), Junín (439 mil 270) y Áncash (412 mil 339).” p. 279.

²³⁶ En efecto, de acuerdo con el INEI (2018): “Las viviendas del tipo departamento en edificio fueron las que experimentaron mayor crecimiento, después de las viviendas catalogadas como casa independiente, en los últimos diez años. Según el Censo 2017, en relación a las viviendas particulares en departamento en edificio, se empadronó 820 mil 605 lo que representa un aumento de 441 mil 679 viviendas que en términos relativos es de 116,6%, respecto a los registrado en el año 2007. En

formalmente pertenece a los ascendientes más antiguos (abuelos o padres, por ejemplo), actualmente, el predio podría ser ocupado por las siguientes generaciones de hijos, nietos y hasta biznietos, quienes también podrían haber puesto su esfuerzo y dinero para construir el inmueble familiar que alberga a varias familias en diferentes vivienda particulares, pero que formalmente -en el Registro- es una sola y pertenece a una o a un par de personas.

Es, precisamente, este dato de la realidad el que ha sido omitido al regular la HI, a saber, que, si se le permite a una persona constituir un gravamen sobre un inmueble porque formalmente figura en el Registro como único propietario, pero el mismo inmueble constituye la vivienda de varias familias de los herederos de dicha persona. Podría estarse poniendo en riesgo el derecho a la vivienda adecuada de estas últimas, ya que al fallecer el propietario - titular constituyente de la HI, no solamente tendrán que hacerse cargo de una enorme obligación que no los ha beneficiado en absoluto, sino que deberán -en un plazo extraordinariamente corto de 60 días- pagarlo o, de lo contrario, perderán de manera definitiva su inmueble y serán desalojados por el acreedor financiero o el nuevo adquirente del predio. Siendo que el único “derecho” que les reconoce la Ley a estos sujetos es pagar la totalidad de la deuda casi inmediatamente o desocuparlo para facilitar las acciones ejecutivas del acreedor. Esta situación absolutamente desventajosa, podría estar incidiendo en la falta de utilización de esta figura, ya que los adultos mayores al constituir este gravamen podrían estar sintiendo que en lugar de heredar un inmueble están heredando una peligrosa deuda²³⁷ a sus familiares.

tanto, el crecimiento de este tipo de vivienda en el periodo 1993-2007 fue de 166 mil 195 viviendas, que representó una variación del 78,1%.”, p. 289.

²³⁷ Al respecto CASTRO y GUTIERREZ (2017), sostienen que: “Sin embargo, (...) se observan algunas desventajas en la utilización de esta figura como lo es la aceptación de la misma por parte de las personas adultas mayores, que sienten que en vez de heredar un inmueble están heredado una deuda, y de parte de las entidades financieras es la posible paralización del capital por un plazo incierto cuando la persona solicitante sobrepase la expectativa de vida prevista lo que encarecería el monto final a pagar (principal más intereses) y, con ello, la posibilidad de que las personas herederas prefieran no la cancelar la deuda y dejen que se remate el bien, viéndose la entidad en la disyuntiva de adjudicarse los bienes, lo cual se traduce en términos de rentabilidad en disminuciones susceptibles de la ganancia en cada periodo, al elevarse los gastos relacionados con inmuebles adjudicados, como, por ejemplo, por el costo por mantenimiento de estos.”, p. 116.

Como puede advertirse, en realidad, los herederos que tienen como única vivienda el inmueble ocupado y que se harán cargo de la deuda, no tiene ningún derecho efectivo que les permita de manera excepcional conservar el inmueble, refinanciar la deuda u obtener facilidades para pagarla. En tal sentido, se estaría vulnerando su derecho fundamental a la vivienda adecuada, solamente para satisfacer los intereses crematísticos -aunque legítimos- del acreedor financiero de recuperar su inversión y obtener las utilidades esperadas con la operación financiera de HI.

Por esta razón, considero necesario establecer algunas normas dentro del régimen de la HI que estén dirigidas a proteger a aquellos herederos que tengan como única vivienda el predio que haya sido afectado con una HI. Pero no será posible sin la intervención del Estado, que posibilite la protección de este derecho fundamental a las personas que realmente lo necesiten por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad en cuanto a su derecho a una vivienda adecuada, esto es, los herederos que tengan como única vivienda el predio hipotecado.

4.3. Los problemas de la ejecución extrajudicial en la fase satisfactiva de la H.I.

La hipoteca común ha generado un intenso debate en la doctrina en torno a su naturaleza de derecho real o no, por su falta de inmediatez sobre la cosa a la que está conectada, característica singular de esta clase de derechos, y por no atribuir facultades directas de realización de actividades sobre el mismo bien sino mediadas por la actuación de un órgano jurisdiccional encargado de la realización de valor o venta forzosa en la fase ejecutiva. Estas dos características ausentes -falta de inmediatez y ausencia de facultades directas sobre el bien- han llevado a un sector de la doctrina a cuestionar la naturaleza real de la hipoteca. Sin embargo, a diferencia de la propiedad y los derechos reales limitados (usufructo, superficie, uso, habitación, servidumbre, entre otros), que sí otorgan facultades directas e inmediatas sobre el bien, la hipoteca por su propia naturaleza también tiene como referente objetivo central al inmueble sobre el cual recae, pero de una manera diferente.

En efecto, la hipoteca se manifiesta como una situación de sujeción del bien a una potestad de realización de valor que se adhiere de manera permanente e inescindible al mismo y es

ponible a todos, tanto a un nuevo adquirente de la propiedad como a eventuales titulares de derechos reales limitados y, también, a otros acreedores comunes o garantizados. Teniendo frente a estos últimos preferencia para cobrarse contra el valor de realización del bien en una eventual venta forzosa. Desde esta perspectiva, entonces, la situación hipotecaria se manifiesta como una carga real²³⁸ por su adhesión y persecutoriedad sobre el bien que, sin embargo, no afecta o fracciona las facultades esenciales de la propiedad, ni interfiere con las facultades de disposición derivadas del vínculo de titularidad, sino que se agotan en una situación de sujeción²³⁹ con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una deuda o, en su defecto, a instar su venta judicial.

Pero lo anterior no sucede con la HI, ya que ha sido configurada como un derecho real de garantía que sí interfiere con las facultades de administración y disposición sobre el inmueble. Lo cual se vuelve mucho más evidente en la fase satisfactiva de la garantía donde al acreedor financiero no solamente se le ha dado la facultad de vender -extrajudicialmente- el bien gravado sino de apropiárselo directamente, de manera unilateral y a su sola voluntad, solamente con el cumplimiento de algunos requisitos formales, tales como que su declaración de adjudicación conste por escritura pública notarial, se inserten las dos tasaciones de valorización efectuadas por dos peritos donde por lo menos uno de ellos esté inscrito en el Registro de Peritos Valuadores de la Superintendencia (REPEV) y la apropiación unilateral se efectúe al 100% del valor calculado (de conformidad con los artículos 5.4 y 12.4 del Reglamento de la Ley). Asimismo, también la adjudicación directa cabe en un escenario más convencional cuando las ventas extrajudiciales hayan fracasado hasta en tres oportunidades.

²³⁸ Para CERDEIRA (2018, p. 365) las cargas reales son “(...) situaciones pasivas que gravan, afectan, vinculan y limitan un determinado bien, en todo o en parte, y la propiedad o titularidad que se tenga sobre el mismo destinándolo a un determinado poder o a un específico fin; ambos -poder y finalidad- siempre ajenos, referidos a una persona distinta del dueño. Son las denominadas cargas reales.”

²³⁹ En efecto, siguiendo a CERDEIRA (2018, p. 366) hay “(...) cargas reales que únicamente implican la restricción o limitación del derecho real afecto o gravado, pero que no significan que su titular participe del contenido de poder en la cosa; limitan excepcional y extraordinariamente dicho poder, se adhieren a la cosa gravada incrustándose en ella cual peso o estigma, siendo así eficaces *erga omnes*, en concreto reipersecutorios frente a terceros adquirentes del bien trabado -*res transit cum onere suo*-; puro, a diferencia de los derechos reales, no implican fraccionamiento del poder *in re*, sino simple limitación y sujeción al mismo.”

En este supuesto, la entidad acreedora se puede adjudicar directamente el predio a través de una “declaración unilateral de adjudicación por escritura pública” a un valor no menor de las dos terceras partes de las tasaciones que previamente se han practicado (de acuerdo con los artículos 15.2 y 15.3 del Reglamento de la Ley).

Como puede advertirse, la HI es el primer mecanismo de garantía en el ordenamiento jurídico peruano, donde al acreedor hipotecario se le ha otorgado la facultad de apropiación directa por declaración unilateral y sin la intermediación de ningún otro sujeto (como un juez, un representante designado por el propietario u otra entidad del sistema financiero). Como sí ocurre en los supuestos de ejecución extrajudicial de otros mecanismos de análoga naturaleza como la garantía mobiliaria donde la regla general²⁴⁰ es que la ejecución sea encomendada a un tercer representante del propietario del bien afectado, quien es su apoderado con facultades permanentes e irrevocables para disponer del bien a requerimiento del acreedor garantizado. Entonces, bajo este modelo se requiere la intermediación de un tercero con legitimidad extrajudicial y voluntaria (representante) para enajenar efectivamente el bien gravado. Lo mismo sucede en el caso del TCHN donde su mecanismo de ejecución extrajudicial, al tratarse de una hipoteca especial, pasa por designar como encargada de la ejecución a una entidad financiera distinta del acreedor y que este autorizada para asumir la posición de entidad fiduciaria. En este caso, también se requiere de la intervención de un tercero (esto es, de otra entidad del sistema financiero) que pueda asumir una legitimidad extraordinaria, extrajudicial y de origen legal para vender efectivamente el inmueble.

²⁴⁰ Debe dejarse constancia que por regla general la ejecución de la garantía mobiliaria se realizará a través de un representante del propietario constituyente designado en el acto constitutivo de la garantía. Sin embargo, este sujeto que intermedia para la venta extrajudicial será formalmente un representante del propietario del bien gravado pero, sustancialmente trabajará para realizar los intereses del acreedor, siendo, no pocas veces, un sujeto que goce de su plena y absoluta confianza (como su mismo abogado que ha redactado e impuesto las condiciones en las que se ejecutará la garantía). Empero, si bien esta es la regla general, también se admiten excepciones por la misma naturaleza del tipo de garantía mobiliaria donde se haga inviable o absurda la designación de un “tercer representante” como en el caso de la garantía mobiliaria sobre dinero en cuentas de depósito en entidades del sistema financiero, por ejemplo. En donde, al estar en bien afectado en estado líquido -esto es, una suma de dinero cuantificada en el momento de la ejecución- la entidad acreedora lo único que deberá solicitar en su entrega o descuento directo a fines de pagar la deuda insoluta.

Sin embargo, como ya se ha dicho, en la HI se ha dejado de lado esa histórica restricción a las facultades de apropiación directa en forma de pago, para atribuírsele la facultad al acreedor asegurado, con todos los peligros que pueden surgir de esta clase de situaciones. Siendo el más importante, el riesgo de subvaloración del inmueble afectado cuando el acreedor decida unilateralmente quedarse con el mismo en un escenario de ejecución extrajudicial ante el incumplimiento de la deuda. Máxime, si cualquier valoración del inmueble por encima del monto de la deuda deberá ser compensada inmediatamente por el acreedor a favor de los herederos del propietario (a los que el Reglamento de la Ley denomina erróneamente Beneficiarios). Así lo prescribe el artículo 15.4 del Reglamento de la Ley, según el cual:

“15.4. Si el valor del bien fuera mayor que el monto de la liquidación del crédito, la Entidad Autorizada consigna judicialmente, y dentro de treinta (30) días calendarios desde la fecha de la escritura pública de la adjudicación, el cheque por el saldo a favor respectivo a favor de los Beneficiarios del Cliente, y a la falta de éstos a favor de la sociedad de beneficencia pública del lugar del inmueble.”

Para enfrentar estos problemas de subvaluación o subvaloración del predio objeto de la apropiación directa, la Ley (y el Reglamento) han considerado que es suficiente encargar esta vital tarea a dos sujetos que funcionalmente no dependerían de la entidad acreedora, como dos tasadores independientes. Lo cual, supuestamente, “solucionaría” el peligro de la determinación subvaluada del precio de adjudicación. Sin considerar que, de hecho, aquellos tasadores van a prestar sus servicios a requerimiento, en favor y remunerados por la entidad acreedora y sin ninguna clase de control heterónomo. Lo cual implica un grave conflicto de interés que pone en duda la imparcialidad imprescindible que deberían tener estos sujetos en el momento de practicar la valorización comercial actualizada o, mejor dicho, la determinación del precio de venta a terceros o de apropiación directa.

En efecto, como se ha sostenido, los peritos tasadores trabajarán -de hecho- para satisfacer los intereses del acreedor financiero y no los del propietario del predio gravado, por lo que hubiera sido imprescindible dotar a los herederos del Titular de alguna facultad jurídica para

revaluar la valorización comercial efectuada en las tasaciones de naturaleza heterónoma y un régimen de sanciones a los peritos que realicen “mal” su trabajo. Esta acción si bien no tendría que anular la transferencia efectuada en la venta extrajudicial (o por la apropiación unilateral), sí les tendría que dar la facultad de recuperar la diferencia entre el valor comercial real al que debió transferirse el bien y el que finalmente fue utilizado para la transferencia. Esto permitiría, además, que los herederos puedan reclamarle al banco acreedor la entrega de la diferencia del “valor real” y el “valor de adjudicación” a través de una acción judicial sumaria que tenga como único objetivo el calcular de manera imparcial y rápida el “precio comercial real” del predio adjudicado. Pero ni siquiera esto ha sido previsto en la Ley ni en el Reglamento.

Sin embargo, esta reflexión nos lleva a considerar las tremendas dificultades de una ejecución extrajudicial, ya que, al prescindir de un órgano jurisdiccional para el control imparcial de la valorización del predio a ser ejecutado, se crean graves e históricos peligros de los abusos que los acreedores podrían cometer en contra del propietario. Asimismo, debe tenerse en cuenta que, conforme ya se ha explicado en secciones anteriores, insistir en los mecanismos de ejecución extrajudicial ha implicado imponer severas y desproporcionadas restricciones a las facultades de disposición y administración sobre el predio, volviendo excesivamente onerosa para el propietario la constitución de esta clase de gravamen especial. En efecto, al final el predio hipotecado solamente le servirá al propietario para que lo utilice como su vivienda habitual hasta sus últimos días, no pudiendo obtener algún ingreso adicional arrendándolo, por ejemplo, u obteniendo otro financiamiento a través de una nueva garantía se rango inferior (por ejemplo, otra hipoteca, una anticresis, un fidecomiso en garantía, entre otros) o, simplemente, cediéndolo en uso, usufructo, superficie o habitación a favor de terceros.

Pero estas restricciones se imponen draconianamente con la única finalidad de evitar que cualquier tercero tenga algún derecho sobre el predio que pueda interferir con la ejecución extrajudicial, bajo la ingenua idea de que una vez muerto el Titular o el último beneficiario el predio estará física y jurídicamente a plena disposición del acreedor. Lo cual, obviamente, es irreal ya que por más prohibiciones legales o contractuales que la HI haya concebido,

siempre, de hecho, podrá haber alguien poseyendo el predio y, seguramente, con alguna facultad para hacerlo. En tal caso, aun cuando haya operado la venta extrajudicial o la apropiación directa por parte de la entidad financiera, siempre se requerirá proceder al lanzamiento de quien se encuentre en el predio. La pregunta, que salta a la vista es la siguiente ¿Cuál es la vía para solicitar el lanzamiento y entregar el predio a su nuevo propietario? El proceso de ejecución hipotecaria no podrá ser, ya que no existirá garantía que ejecutar, por lo que única vía que le quedará al nuevo propietario es el desalojo por poseedor precario. Lo que implica nuevamente judicializar esta materia, pero por una vía que quizá sea mucho más engorrosa. Al respecto la Ley y el Reglamento guardan un negligente silencio que demuestra la pésima técnica legislativa al regular esta institución.

En atención a todos los argumentos antes expuestos, consideramos que la HI para funcionar no requiere contar con un mecanismo extrajudicial de ejecución y que, más bien, le genera problemas irresolubles que terminarán llevando a las partes a diferentes litigios cuya resolución uniforme o predecible en casos concretos resulta dudosa. De otro lado, las restricciones a las facultades de uso y disposición impuestas para que la ejecución extrajudicial de la HI funcione son tan desproporcionadas que pueden desincentivar su utilización por parte de los propietarios de inmuebles a quienes podría resultar atractivo contar con una renta vitalicia.

4.4. Propuesta: hacia la creación de un contrato atípico de renta vitalicia onerosa para sustituir a la hipoteca inversa en el Perú.

En nuestro ordenamiento jurídico existen otras figuras contractuales²⁴¹ que toman como referente objetivo la vida de una persona para la ejecución de una o más prestaciones, entre

²⁴¹ Debemos de tomar en cuenta que son muchas las figuras jurídicas que de alguna forma comparten funciones con una hipoteca inversa y que podrían servir en contextos parecidos para obtener una prestación complementaria durante la vejez con cargo a afectar un bien inmueble. Al respecto ORTS (20g12, p. 87) sostiene lo siguiente: “En primer lugar creemos que contratar una hipoteca inversa es una opción más, igual que vender su casa, o alquilarla y mudarse a una residencia de la tercera edad, alquilar algunas habitaciones o vender la vivienda conservando el usufructo. Es decir, existen diversas y numerosas posibles elecciones entre los negocios jurídicos existentes. Todas las opciones están a disposición del propietario de una vivienda que puede ejercitar la libre disposición de sus bienes de muchas formas para obtener el mismo resultado, unos ingresos para su vejez. Dependiendo del tipo de contrato de disposición de sus bienes que realice obtendrá unas ventajas

ellas tenemos al contrato de seguro de vida y, el menos utilizado, contrato de renta vitalicia. Los cuales son marcos contractuales que nos permitirían diseñar desde la autonomía privada, una alternativa a la fallida hipoteca inversa que, hasta la fecha, presenta tan serios problemas para su eficacia social, que no se justificaría su existencia como una figura legal especial.

Ahora bien, en el caso de un contrato de seguro de vida²⁴² ya sabemos que es un contrato bilateral y aleatorio en el que una persona, en condición de asegurado, paga una prima de seguro ante la posibilidad de que ocurra su muerte bajo determinadas circunstancias, luego de la cual los beneficiarios que haya designado en el contrato de seguro recibirán una contraprestación única o periódica a cargo de la compañía aseguradora. En este caso hasta antes de la muerte, la aseguradora nada entrega y solamente recibe una prestación (prima). Sin embargo, cabe la posibilidad de que la muerte del asegurado no se produzca dentro de unos de los siniestros asegurables o simplemente haya dejado de pagarse la “prima”, lo que es propio de este tipo de contratos aleatorios, en los que la aseguradora muchas veces no termina ejecutando ninguna prestación. Es por esta razón, que el marco contractual de este

u otras, pero todas válidas para obtener unos ingresos y, *a priori*, unas no van a ser mejores que otras, sino que el éxito en la elección de una fórmula dependerá de las características de cada propietario particular, de cómo la solución contractual se adapte a las necesidades o deseos concretos de la persona mayor.”

²⁴² El contrato de seguro de vida está regulado en los artículos 120 al 131 de la Ley N° 29946, Ley del Contrato de Seguro, publicada el 27 de noviembre de 2012. En esta norma se le define como el seguro por el cual el asegurador “(...) se obliga, mediante el cobro de la prima estipulada y dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a satisfacer al beneficiario un capital, una renta u otras prestaciones convenidas, en el caso de muerte o de supervivencia del asegurado.”. Si bien el contrato de seguro en su modalidad de renta vitalicia limitada a un determinado plazo sería la modalidad más próxima a la función que cumple una hipoteca inversa, solo en el sentido que la compañía aseguradora entrega al asegurado una pensión a cambio del pago de prima o ahorro que este ha efectuado, las diferencias radican en que esta prestación a cargo del asegurado normalmente es en dinero y es entregado en propiedad a la aseguradora, la cual la invertirá o la dispondrá para que genere la rentabilidad que cubrirá la pensión o renta de la que se hace cargo hasta la muerte de la persona cuya vida se ha contemplado para la finalización del contrato (que puede ser el asegurado o un tercero). Es, precisamente, en este aspecto que la figura difiere de una hipoteca inversa, ya que en esta lo que el prestatario afecta es un inmueble que será liquidable después de su muerte reservándose el derecho de uso. Asimismo, también tiene la facultad de recuperar el capital entregado (predio) prepagando el préstamo o a través del pago total de deuda por parte de los sucesores del prestatario, lo cual difiere con la facultad de rescate que otorga el contrato de seguro que implica la recuperación de un porcentaje de la prima entregada siempre y cuando el siniestro coberturado no se haya producido. En tal sentido, a diferencia de un contrato de seguro la compañía de seguro no ha recibido objetivamente ninguna prima que pueda destinar para generar la pensión de la que tendría que hacerse cargo.

negocio jurídico no nos va a servir para construir un esquema adaptable a la situación que se presenta en un contrato con hipoteca inversa, donde el contratante requiere tener una prestación efectiva durante sus últimos años de vida utilizando para ello el valor económico potencial de su vivienda habitual. Sin perjuicio de que en otros sistemas jurídicos sí exista el “contrato de seguro de renta vitalicia con derecho de retracto”²⁴³ a favor de los sucesores del propietario, como en caso del Derecho colombiano²⁴⁴, vamos a ver que en nuestro sistema

²⁴³ El derecho de retracto en nuestro país se encuentra regulado en los artículos 1592 al 1601 del Código Civil, como un derecho de origen o fuente legal que se reconoce a algunos sujetos para subrogarse a la posición jurídica de un comprador en un contrato de compraventa o de dación en pago (art. 1592° y 1593° CC). Para ello el retrayente que ejercita el derecho debe reembolsar al adquirente el precio, los tributos y los gastos pagados por este y, de ser el caso, los intereses pactados. Al haberse diseñado esta figura como un supuesto de subrogación legal en la posición de un comprador, las partes no podrían otorgar este derecho a cualquier sujeto distinto a los indicados en el artículo 1599° del CC (esto es al copropietario, al litigante, al usufructuario, al superficiario, al propietario del suelo urbano cuyo predio este sometido a servidumbre o domine a otro con el mismo derecho, al propietario de la tierra colindante de naturaleza rústica siempre que no exceda la unidad mínima agraria). Así como tampoco podrían modificar el plazo para su ejercicio esto es de 30 días desde la comunicación fehaciente que se haga al titular del derecho de retracto o desde la fecha de la última publicación cuando se desconozca su domicilio (art. 1596° CC). En todo caso, este plazo podrá computarse desde el momento en el que el titular del retracto toma conocimiento por cualquier medio de la transferencia realizada o después de un año de que esta ha sido inscrita en el registro correspondiente (art. 1597° CC). En este último caso, la presunción legal de conocimiento general de las inscripciones contenida en el artículo 2012° CC, también conocido como principio de publicidad material, comienza a operar luego de un año de la inscripción. Una facultad como esta no podría utilizarse en un contrato de renta vitalicia para que algún sujeto pueda “readquirir” en predio enajenado, ya que se encuentra restringido a la compraventa y a la dación en pago, además, de que el retrayente es un sujeto que se subroga en la posición del adquirente en la transferencia que haga el propietario (que en este caso sería el vitalizante) y no en el contrato de renta vitalicia que ya se habría extinguido con la muerte del vitalizado.

²⁴⁴ Efectivamente, el 26 de octubre de 2020 se emitió el Decreto Reglamentario 1398 de 2020 que modificó el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con las condiciones de operación de la renta vitalicia inmobiliaria y se dictan otras disposiciones. Con esta norma se creó en el derecho colombiano la figura del “contrato de seguro de renta vitalicia” a través del cual el propietario de un inmueble transfiere en calidad de prima la nuda propiedad a favor de una compañía de seguros reservándose el derecho de usufructo para sí mismo o a favor de un tercero (beneficiario), asimismo como contraprestación la aseguradora entrega una prestación dineraria mensual inmediatamente o de manera diferida luego de un plazo de por vida, a la que se denomina “renta vitalicia inmobiliaria”. Como todo contrato de seguro no pierde su naturaleza aleatoria, ya que el riesgo de longevidad la asume la aseguradora, así como el de la insuficiencia del valor de la vivienda para cubrir todas las prestaciones ejecutadas. Asimismo, se le otorga el derecho de retracto a los sucesores del propietario, para que puedan recuperar la vivienda pagando la totalidad de la deuda que se ha devengado (rentas entregadas, intereses y gastos). Sobre la función económica de este contrato se seguro en Colombia GOMEZ et al. (2021, p. 59), sostienen lo siguiente: “La función económica que cumple el seguro de renta vitalicia inmobiliaria es que funge como herramienta de liquidez y ahorro. De acuerdo, con las consideraciones del Decreto 1298 de 2020, esta figura genera ingresos, a partir del movimiento de inmuebles, permitiendo convertir en dinero el valor patrimonial que representa el bien. Además, funciona para que una

jurídico sería mucho más viable diseñar una figura contractual atípica²⁴⁵ bajo el esquema organizativo del contrato de renta vitalicia previsto en nuestro Código Civil, pero con una regulación especial que se ajuste a la finalidad económica y asistencial que las partes estarían buscando al celebrar un negocio jurídico como este.

En efecto, otro contrato que pone como referente objetivo la vida de una de las partes o de un tercero para la ejecución de las prestaciones pactadas, es el contrato típico de renta vitalicia regulado en los artículos 1923° al 1941° del Código Civil de 1984. Si bien los efectos de esta figura contractual también pueden conseguirse a través del otorgamiento de un testamento (art. 1941° CC), esto es un acto unilateral, vamos a ver que el entramado de relaciones jurídicas que crea tiene grandes similitudes con el contrato de hipoteca inversa por lo menos en su modalidad onerosa²⁴⁶, por cuando se afectará un bien de la persona que percibirá una renta periódica hasta su muerte a cargo de quien la ha recibido²⁴⁷. En el caso de la renta

persona asegure una renta futura para sí mismo o para un tercero. Finalmente, es una herramienta para que los adultos mayores obtengan liquidez y una renta asegurada durante el final de su vida, mientras el beneficiario y el tomador la habitación de su inmueble, pero sin ser propietarios.”

²⁴⁵ Como correctamente lo sostiene GETE-ALONSO (1979) existen tres manifestaciones de la tipicidad contractual: la de origen legal que se refiere al tipo general del contrato (tipo primario) y a los tipos de contratos (tipos secundarios) regulados en el Código Civil y en las leyes especiales; la tipicidad social que surge del uso reiterado y constante de un esquema organizativo contractual, esto es de la costumbre; y, finalmente, la atipicidad que se manifiesta, en palabras de la autora antes mencionada, “(...) en relación a las concretas y específicas figuras contractuales: los tipos de contratos. Tipos de contrato que, en este supuesto, necesitarán de una regulación especial y que podrá o no encontrarse en la prevista para los tipos legales o sociales que puedan ser más afines a la nueva figura.”, p. 24 a 25.

²⁴⁶ En efecto de acuerdo con BARANDIARÁN (1975; T. II, p. 322): “Es fundamental la distinción de la renta vitalicia según que se haya constituido a título oneroso o título gratuito. En el primer caso el deudor se obliga a pagar la renta sin haber obtenido prestación alguna en cambio. En el segundo caso el deudor ha recibido un capital o un bien en propiedad, y el abono de la renta es la obligación recíproca al anterior hecho, que es así precedente a la obligación del pago de la renta.”

²⁴⁷ En este mismo sentido ORTS (2012, p. 124) sostiene que: “(...), la hipoteca inversa se podría considerar como una evolución de la institución de la renta vitalicia adaptando la esencia o razón de ser de esta figura de forma que las entidades de crédito puedan ser parte en este tipo de negocio jurídico sin incurrir en la prohibición del pacto comisorio previsto en el artículo 1858 del Código Civil. El legislador ha querido dejar la hipoteca inversa, debido a su complejidad, en manos de profesionales, de instituciones con una regulación muy reglada y supervisada, con una solvencia probada, y verdaderos

vitalicia, la afectación del predio será en propiedad mientras que en la hipoteca inversa será en garantía. Estando condicionada la extinción de la pensión o renta a la muerte del propietario del bien afectado o de la última persona que se haya designado como beneficiario (art. 1937° C.C.).

Efectivamente, la renta vitalicia como contrato típico y solemne²⁴⁸ admite dos modalidades una gratuita y otra onerosa (art. 1925 CC). En la modalidad gratuita el deudor, obligado o vitalizante se compromete en un acto de liberalidad a ejecutar la prestación periódica dineraria (o la entrega de otra clase de bien fungible) a favor de un vitalizado, rentista o acreedor. Que puede ser la misma persona con quien se ha celebrado el contrato o un tercero, ya que la renta vitalicia puede estipularse en beneficio de varias personas²⁴⁹ (art. 1931 CC). Ahora bien, esta prestación deberá ser ejecutada hasta la muerte de aquella persona cuya subsistencia ha sido considerada o contemplada como la condición extintiva de la relación contractual (art. 1926° CC). La vida contemplada como termino de duración del contrato

especialistas tanto en préstamos o créditos, como en rentas y en seguros; y al mismo tiempo ha convertido la hipoteca inversa en un contrato que nace en el mundo mercantil, alejado del mundo civil y privado de los contratos entre particulares.”

²⁴⁸ El contrato es solemne por cuanto debe ser celebrado por escritura pública bajo sanción de nulidad (art. 1925° CC). Por esta razón, en la escritura pública en la que se formalice este contrato deben constar las estipulaciones relativas a la identificación del deudor que asumirá la obligación vitalizante o renta, la identificación del acreedor vitalizado esto es del sujeto o sujetos que recibirán la renta; las vidas contempladas que pondrán fin a la relación contractual, el capital que se transfiere a favor del deudor de la renta si el contrato es oneroso.

²⁴⁹ Al respecto al comentar el Código Civil de 1936, cuya regulación en cuanto al contrato de renta vitalicia es muy semejante a la que actualmente tenemos en el código de 1984, BARANDIARÁN (1975; T. II, p. 324) sostiene: “La renta vitalicia puede originarse de una estipulación en favor de tercero, es decir (...) El acreedor de la renta, el beneficiario, viene a obtener el goce de la renta, por acto constitutivo por otra persona, que obtiene de su promitente la asunción por este de la obligación del pago de la renta. La operación jurídica es doble, aquí. En lo que hace a la relación entre rentista y deudor de la renta, hay un negocio gratuito: el primero nada da ni a nada se obliga frente al obligado al pago de la renta. En lo que hace a la relación entre estipulantes y promitente, el negocio tiene carácter oneroso (será lo más común) si el primero entrega el capital, o algún bien, al segundo, en compensación de la obligación que asuma de pagar una renta para tercero.”

puede ser la de la misma acreedora, un tercero o, inclusive, la del mismo deudor²⁵⁰ de la renta.

A su vez en la modalidad onerosa de este contrato, el rentista o vitalizado transfiere en propiedad un capital a favor del obligado y, este a su vez, en contraprestación, le devolverá una renta periódica hasta la muerte del propietario enajenante o de un tercero que haya sido designado como beneficiario en el contrato. Como puede advertirse, esta segunda modalidad, sí contempla un supuesto análogo al de un crédito con HI, ya que “(...) hay una previa obligación a cumplir por el rentista en favor del obligado a pagar la pensión, y esta obligación estriba en la transferencia en propiedad de un determinado capital por el acreedor de la renta en favor del obligado a ésta.” (BARANDIARÁN; 1975, T. II, p. 330). En efecto, el constituyente de una HI también atribuye a la entidad financiera que otorgará el crédito un derecho patrimonial (de garantía) que tiene la finalidad principal de producir una transferencia de propiedad para pagar la deuda generada una vez que esta se haga exigible. Empero los elementos diferenciadores, entre ambas figuras, radicarían en los siguientes aspectos:

1. El tipo de afectación: mientras que en la renta vitalicia se transfiere en propiedad el predio (lo que se ha entendido como una enajenación en favor del vitalizante obligado a pagar la renta), en la HI solamente se constituye un gravamen que no implica una transferencia de propiedad.
2. La naturaleza no aleatoria de un contrato con HI: en efecto, mientras que en la renta vitalicia el obligado asume una obligación cuya cuantía y duración no se encuentra preestablecida en el contrato, lo que implica el componente de albur propio de todo

²⁵⁰ Al respecto de la vida contemplada en este contrato típico, BARANDIARÁN (1975; T. II, p. 326 - 327) ha sostenido que: “La renta es vitalicia porque su pago ha de durar mientras dure una o varias vidas, que es la vida contemplada o son las vidas contempladas. No siempre la vida contemplada (o sea, aquella referente a un individuo que sirve para determinar la duración de la renta, de modo que ésta última se extingue con la muerte de tal persona), es la vida del deudor o del acreedor de la renta.”

contrato aleatorio (CANALES; 2011, p. 536)²⁵¹. En el caso de la HI, la entidad autorizada, en el momento de la celebración del contrato, sabe exactamente el monto del financiamiento aprobado en función al valor tasado del inmueble, la esperanza de vida del titular y/o del beneficiario y la tasa de interés compensatorio a cobrar.

3. Las consecuencias de la muerte: Para el caso del contrato de renta vitalicia la muerte de aquella persona cuya vida había sido contemplada como condición extintiva del contrato implica la finalización del mismo y la liberación del deudor encargado de pagar la renta; mientras que en la HI, la muerte del titular o del último beneficiario designado es la condición de liberación de los efectos obligatorios restitutorios de la suma total entregada por el acreedor más los intereses y demás costos del crédito que es exigible a los herederos del titular.

Si bien las diferencias jurídicas entre una y otra figura son sustanciales, también es cierto que el contrato de renta vitalicia oneroso con transferencia de un inmueble por parte del vitalizado a favor del vitalizante, donde como contraprestación de la atribución patrimonial este último sujeto se compromete a dar una renta de por vida al enajenante, cumple una función parecida al de una HI. En efecto, en el contrato de renta vitalicia onerosa se produce una atribución económica de un derecho a cambio de una contraprestación periódica en dinero, lo cual también sucede en el caso de la HI, donde el acreedor financiero recibe una atribución patrimonial (derecho de garantía hipotecaria) a cambio de una renta a favor del constituyente que se dará hasta que este fallezca o se agote el financiamiento.

En este orden de ideas, desde un punto de vista estrictamente económico la renta vitalicia onerosa con transferencia inmobiliaria cumple una función similar al de la HI, sin embargo carecería de cuatro importantes características que sí tiene este gravamen hipotecario

²⁵¹ En efecto, esta autora sostiene lo siguiente en relación a la naturaleza aleatoria del contrato de renta vitalicia: “(...) la renta vitalicia es por esencia aleatoria. No se sabe cuánto tiempo durará la obligación de parte del deudor de la renta, pues ello depende del incertus cuando representado por el día de la muerte de la persona en cuya cabeza se ha constituido la renta. No se puede saber, pues, de antemano lo que venga a importar en definitiva cuantitativamente la prestación a cargo del deudor de la renta, comparándolo con lo que importe (y cuyo valor si está predeterminado) la posible prestación de parte del rentista.”

especial, a saber: (i) Que el vitalizante pierde el derecho a continuar viviendo en el inmueble que ha transferido, lo cual no sucede en la HI que implica solo la afectación mediante un gravamen de naturaleza registral; (ii) los herederos del vitalizante pierden definitivamente la posibilidad de adquirir y/o recuperar el inmueble que ha sido enajenado; (iii) si las rentas acumuladas que efectivamente se entregaron con todos sus costos asociados no llegan a cubrir todo el valor del predio transferido, este exceso redunda en beneficio exclusivo del vitalizante al ser el propietario actual del predio; y, finalmente (iv) la muerte de la persona (o personas) cuya(s) vida(s) se ha(n) contemplado para la duración del contrato de renta vitalicia, implica la extinción de la relación contractual, mientras que en el HI el cumplimiento de dicha condición desencadena los efectos restitutorios del financiamiento otorgado, en otras palabras vuelve exigible el crédito otorgado por la entidad autorizada acreedora.

Sin embargo, no existe ningún obstáculo para que en ejercicio de la autonomía privada se puedan incluir en el contrato de renta vitalicia onerosa algunas cláusulas que le permitan cumplir también con esas funciones, que no son desde ningún punto de vista impropias para la arquitectura contractual de la renta vitalicia o que pudieran contravenir alguna norma imperativa que regule su existencia. En tal sentido, lo primero que tendría que modificarse es la duración de la prestación a cargo del deudor de la renta vitalicia, que no solamente tendría que contemplar la vida de determinadas personas (el titular vitalizado o los beneficiarios) sino también el agotamiento del monto máximo de financiamiento aprobado, toda vez que en un contrato como este entre la renta y el capital entregado existiría un vínculo funcional y recíproco²⁵². Mientras que, de sobrevivir los vitalizados más allá del monto

²⁵² Si bien la renta vitalicia gratuita sería normalmente una modalidad contractual aleatoria, ya que el deudor no sabría de antemano cual es el riesgo de sobrevivencia del vitalizado que deberá soportar y la cantidad de prestaciones periódica que deberá hacerse cargo, nada impide que se fije un plazo de duración del vínculo contractual. Con mayor razón este contrato admitiría una modalidad conmutativa cuando el vitalizado entregue un capital que será la causa directa de la obligación de renta que asume el vitalizante deudor. En otras palabras, nada impide que se pueda crear una modalidad onerosa y conmutativa, que fije los límites de la obligación del solvens en la prestación que originalmente ha recibido. En este sentido, puede citarse la opinión de CANALES (2011), para quien: “El capital se expresa si el contrato es oneroso. Aquel es el presupuesto de la asunción de la obligación de pago de la renta por el que ha obtenido dicho capital. La determinación de la renta, o sea el quantum de esta, es esencial, pues ello determina a lo que se obliga esta es una de las condiciones necesarias que constará en la escritura pública.”, p. 540.

máximo del financiamiento, tendría que incluirse un seguro público o privado de renta por sobrevivencia a cambio del pago de una prima periódica²⁵³. Empero, también puede darse lo contrario, esto es que los acreedores mueran prematuramente antes de agotar el monto del financiamiento. En este caso, debería contemplarse la posibilidad de que los sucesores del prestatario puedan recibir el saldo del financiamiento, lo que implicaría la renuncia expresa (o tácita) a recuperar el bien o pagar deuda.

Con respecto a la renta o pensión que deba ser pagada cuando exista pluralidad de sujetos en el lado activo de la relación, esto es cuando la entidad financiera deudora deba cumplir su contraprestación a favor del vitalizado y/o a favor sus beneficiarios, tendría que establecerse una regulación diferente a la dispuesta en el artículo 1931° del Código Civil, según el cual cuando la renta se dé a una pluralidad de acreedores se paga en partes iguales, salvo pacto en contrario²⁵⁴. En efecto, debería contemplarse la posibilidad de que los acreedores la reciban de manera solidaria, para que la muerte alguno de ellos no implique el decrecimiento de la renta pactada o, en todo caso, de haberse establecido la mancomunidad -esto es que la renta se divida en cuotas iguales o diferentes para cada uno de ellos-, tendría que estipularse la posibilidad de que la muerte de alguno de los vitalizados permita a los otros acumular las cuotas a favor del sobreviviente. Sin embargo, desde mi perspectiva, lo óptimo sería pactar

²⁵³ Como ya se ha explicado anteriormente, una de las razones de la utilización de la figura de hipoteca inversa en otros sistemas jurídicos (como el norteamericano), lo constituye el hecho de que algunas clases de créditos con esta garantía se encuentran asegurados por una entidad del Estado. En efecto, según ORTS (2012): “La intervención pública en este tipo de operaciones es del 90% del mercado de las *reverse mortgages*. El programa federal Home Equity Conversion Mortgage (HECM, Hipoteca de Conversión del Patrimonio de Vivienda) a través de la *Housing and Community Development Act* de 1987, establece las condiciones específicas para los prestatarios, los importes que pueden percibir en función de la edad de los mismos y cuál debe ser el valor de la vivienda que garantiza la hipoteca inversa, igualmente limita los costes del préstamo. Esta hipoteca se encuentra garantizada por la Administración Federal (*Federal Housing Administration, FHA*) que pertenece al Departamento de la Vivienda y Desarrollo Urbano, *Department of Housing and Urban Development, HUD*, quien garantiza que las entidades financieras cumplan con sus obligaciones.”, p. 150.

²⁵⁴ Comentando este artículo CANALES (2011, p. 556) sostiene que estamos ante una evidente norma dispositiva, por lo que las partes pueden establecer una regulación absolutamente diferente, esto es que los acreedores reciban la renta en partes o cuotas diferentes de manera mancomunada o en todo caso de manera solidaria, empero si sería necesario pactar expresamente la forma en que se pagará la renta a favor de los acreedores designados en el contrato.

expresamente la solidaridad activa de la renta (art. 1183 del CC) para que cualquiera de los acreedores tenga el derecho a recibirla íntegramente independientemente del momento en que fallezcan cada uno de ellos.

Asimismo, tendría que incluirse una cláusula de usufructo a favor del constituyente y de los terceros que puedan incorporarse como beneficiarios y, además, una facultad de recuperación del inmueble a favor de sus herederos que implique la devolución de la totalidad de lo adeudado al fallecimiento del constituyente o del último beneficiario. Esta última cláusula cumpliría la función análoga de una facultad de retroventa, solo que en este caso los sujetos que podrían hacer uso de ella serían los herederos del enajenante y no este último (que ya habría muerto)²⁵⁵. Si bien la recuperación del inmueble transferido por el vitalizado es una regulación que va en contra de lo dispuesto por el artículo 1937° del CC, al no tratarse de una norma imperativa, la facultad de recuperación o devolución del bien está condicionada a la ejecución de una prestación a favor del vitalizante por lo que no existiría un desequilibrio contractual que desnaturalice la esencia del contrato de renta vitalicia. En este orden de ideas, al comentar el artículo 1937° del CC CANALES (2011) sostiene que: “(...) se entiende que este numeral admite pacto distinto siempre y cuando no se desnaturalice el contrato de renta vitalicia. Por ejemplo, en tal situación podría pactarse la devolución de los bienes dados en contraprestación, en un supuesto de renta vitalicia onerosa, (...). No existe impedimento, por lo tanto, para que en un contrato de renta vitalicia onerosa se pacte la obligación de devolver la contraprestación, pues el precepto contenido en el artículo 1937 no corresponde a una norma imperativa, por lo que admite el pacto distinto.”. p. 573.

Finalmente, también tendría que incorporarse una cláusula que le otorgue a los herederos un derecho de preferencia para comprar el predio cuando el acreedor financiero decida venderlo

²⁵⁵ No podría ser calificada esta facultad de recuperación como una de retroventa, precisamente porque no estamos ante un contrato de compraventa sino una renta vitalicia, a pesar de que ambos implican la transferencia de propiedad de una parte hacia a otra a título oneroso. Empero, es análoga la función ya que a través de su ejercicio en este caso los sucesores del enajenante pueden recuperar el dominio, sin embargo, es diferente por cuanto para el ejercicio de la retroventa no puede imponerse al vendedor alguna obligación adicional más allá que no sea para conservar el valor adquisitivo del precio pagado por el comprador (art. 1587 CC), por lo que no podrían cobrarse “intereses compensatorios” como condición para el ejercicio de la facultad de retroventa.

para recuperar su inversión. Así como también para cobrar el exceso generado entre la deuda acumulada y el precio de venta, en el caso de que este último monto sea superior al primero. Estas facultades evitarían que el predio sea vendido o apropiado por la entidad vitalizante a un valor inferior al que realmente tiene en el mercado inmobiliario, ya que de subvalorarse los sucesores del vitalizado podrían adquirirlo en perjuicio de la entidad que pretende enajenar el bien transgrediendo la buena fe contractual. Bajo la misma lógica si la entidad del sistema financiero logra vender el predio a una suma superior al total de la deuda o financiamiento devengado, para evitar un enriquecimiento injustificado tendría que cancelar este acceso a favor de los sucesores del vitalizado.

Con respecto al pacto que otorgue un derecho de preferencia para la primera venta consistiría en que una parte, esto es la entidad financiera vitalizante, se obligue a preferir a un determinado contratante, en igualdad de condiciones, si este decide contratar (FERRI; 2004, p. 88). Por lo que no tendría la naturaleza de una facultad de retracto (art. 1592 C.C.) ni de retroventa (art. 1586° C.C.), los cuales son incompatibles con la esencia de la renta vitalicia. En efecto, el retracto es de origen legal y tiene como efecto principal la subrogación en la posición jurídica de un comprador y solamente puede operar en una compraventa o en una dación en pago (art. 1593° C.C.), mientras que el derecho de preferencia de este contrato atípico de renta vitalicia sería, simplemente, la obligación que la entidad financiera tiene de ofrecer a los sucesores la adquisición del predio, esto es no existe aún venta efectuada en la cual subrogarse y, además, esta facultad no puede ser otorgada a sujetos diferentes a los previstos expresamente en la ley (art. 1599 C.C.). De otro lado, tampoco podría utilizarse un pacto de retroventa no solo porque esta sea una cláusula propia de la compraventa (y no de la renta vitalicia), sino por que la contraprestación que debe pagarse para ejercerla no admite incluir alguna clase de “interés compensatorio” u otro tipo de ventaja económica o suma adicional a favor de quien soporta la retroventa que no sea para conservar el valor de la adquisición original (art. 1587° C.C.). Al no haber en la renta vitalicia un “precio” y al permitirse la posibilidad de cargar intereses compensatorios a las rentas entregadas, sería imposible aplicarle el régimen del pacto de retroventa.

Ahora bien, un contrato de “renta vitalicia onerosa con reserva de usufructo” con estas cláusulas cumpliría la misma función económica de la HI, sin pasar por los complejos vericuetos de la regulación establecida para esta garantía especial, que implican una ejecución extrajudicial con el riesgo de la subvaluación del inmueble gravado y la elevación considerable de los costos de la operación, que terminarían siempre aumentando el monto total de la deuda. De otro lado, se evitaría cercenar las facultades de administración y, en general, de explotación económica que el titular original tiene sobre el bien inmueble transferido a favor de la entidad financiera, ya que esta última tendría la nuda propiedad y el primero conservaría las más amplias facultades económicas de explotación sobre el bien.

Sin embargo, el único obstáculo normativo que existe para que un contrato con estas características pueda ser celebrado entre un propietario y una entidad del sistema financiero, es que la ley especial que regula actividad bancaria no la ha autorizado como un servicio que aquellas puedan realizar u ofrecer a sus clientes. En tal sentido, bastaría con autorizar la operación mediante una modificación de la Ley General del Sistema Financiero (esto es agregando un inciso a su artículo 221°) para que las entidades autorizadas con la guía de una simple directiva o circular de la SBS puedan configurar de manera más adecuada esta operación sobre la base del contrato de renta vitalicia onerosa previsto en nuestra legislación civil, como ha sucedido con la muy conocida y utilizada carta fianza bancaria que tomó como base a la fianza civil, pero dotándola de características específicas que cumplan con la función económica y jurídica que se busca dentro del mercado de servicios financieros.

En este orden de ideas, en un eventual contrato como este, que sirva para que un propietario obtenga una renta hasta su muerte a cambio de transferir un inmueble, tendrían que agregarse las siguientes cláusulas para crear un adecuado equilibrio de intereses entre los sujetos implicados (a saber, el acreedor financiero, el propietario vitalizado y los herederos de este último):

- *“Cláusula de usufructo vitalicio.- El acreedor de la renta o vitalizado tendrá derecho a usar y disfrutar del predio utilizado como contraprestación durante toda*

su vida, así como también los terceros beneficiarios de este incluidos en el contrato, de haberlos.”

- **“Cláusula de recuperación del inmueble.-** *Los herederos del acreedor de la renta o vitalizado, después del fallecimiento de este, tienen el derecho a recuperar la propiedad sobre el predio pagando la liquidación que la entidad del sistema financiero haga del monto total al que asciende el financiamiento por las rentas efectivamente entregadas incluidos los intereses pactados, los gastos administrativos y demás costos. Este derecho se ejerce en un plazo de 60 días calendarios de haber sido requeridos de manera fehaciente por la entidad financiera, luego del cual se extingue automáticamente.”*

- **“Cláusula de adquisición preferente y restitución del saldo por enriquecimiento excesivo.-** *La entidad del sistema financiero que disponga la primera venta del predio deberá ofrecerla de manera preferente a los sucesores del acreedor de la renta o vitalizado señalados en el contrato, los cuales tendrán un plazo de 30 días calendarios para aceptarla y realizar el pago del precio. Luego de este plazo el predio podrá venderse a cualquier tercero.
En el caso que el predio sea vendido a terceros y el precio obtenido exceda el monto total de las rentas efectivamente entregadas incluidos los intereses pactados, los gastos administrativos y demás costos, dicho exceso deberá ser entregado a los herederos del acreedor de la renta o vitalizado.”*

- **“Cláusula de pago anticipado y extinción del contrato por mutuo disenso.-** *Las partes podrán ponerle fin al contrato por mutuo acuerdo, bastando que el vitalizado devuelva íntegramente las rentas percibidas, los intereses devengados, los seguros pagados y los costos administrativos que se devenguen hasta ese momento, poniendo fin al contrato y restituyéndose el predio a su favor.”*

Finalmente, como ya se ha indicado para que un contrato atípico con estas características pueda funcionar tiene que autorizarse expresamente a las entidades del sistema financiero a

celebrar con sus clientes este tipo de operaciones y, además, exonerarla del pago de cargas fiscales²⁵⁶. Esto es el impuesto a la renta contra el vitalizado por las prestaciones percibidas al tratarse -en realidad- de una contraprestación por un préstamo y no una ganancia y, además, el impuesto predial que podría cargarse a la entidad financiera vitalizante que ha adquirido la propiedad temporal sobre el predio. Esto último con la finalidad de que mantener el activo inmobiliario bajo la titularidad de la entidad financiera no irroque gastos adicionales que se carguen a la deuda final y la figura no pierda su finalidad o función asistencialista.

²⁵⁶ En efecto, como lo sostiene correctamente ORTS (2012, p. 144) la experiencia en el derecho comparado demuestra que para esta clase de operaciones se requiere de exoneraciones fiscales para que las partes implicadas puedan hacer uso de estos mecanismos jurídicos que buscarían suplir la asistencia social que el Estado debería proveer a sus ciudadanos que se encuentran en un estado de dependencia. Al respecto la autora antes mencionada sostiene lo siguiente: “Uno de los factores que influyen en que este negocio se popularice es también la política fiscal de cada país. Por ejemplo en países como Holanda los incentivos fiscales a la compra de vivienda, hacen que los holandeses lleguen a su edad de jubilación con el préstamo hipotecario destinado a la compra de la vivienda pendiente de pago, porque no tienen alcances fiscales para la adquisición de vivienda, al igual que en Finlandia o Bélgica, mientras que en Hungría la situación es la contraria, la política fiscal alienta la adquisición de la vivienda, por lo que no es de extrañar que sea más fácil el desarrollo de esta segunda hipoteca, inversa en la jubilación.”

EPILOGO: LA RECEPCIÓN DE INSTITUCIONES JURÍDICAS EXTRANJERAS EN EL PERÚ A PROPÓSITO DEL DISEÑO LEGAL DE LA HIPOTECA INVERSA

Como lo sostiene claramente DUSSEL (2009, p. 189) las instituciones “(...) son relaciones intersubjetivas que forman sistemas necesarios para la producción, reproducción y desarrollo de la vida humana.” Esto, precisamente, porque permite a los sujetos plantear acciones estratégicas dentro de un campo social del cual pueden tomar alguna clase de capital o recurso en su relación con otros sujetos, donde todos obtienen alguna clase de provecho si la institución está adecuadamente regulada, lo que le permite al campo seguir operando, para que no solamente un individuo pueda seguir existiendo sino todos los demás que están implicados con él de manera intersubjetiva. Para el caso de las instituciones jurídicas, diseñadas por un centro formal de producción normativa, el hecho de estar válidamente “emitidas” le da a su institucionalidad un carácter mucho más claro y objetivo al aparecer inequívocamente en la esfera pública poseyendo una cierta “universalidad” que tanto el juez como el juzgado no puedan tergiversar a su antojo circunstancial (DUSSEL; 2009, p. 189). Pero, la institución socio – jurídica siempre tiene que estar al servicio de la vida humana de una comunidad de lo contrario su existencia perderá legitimidad y eficacia en la sociedad.

Ahora bien, cuando las instituciones se degeneran (o son diseñadas desde un inicio de manera degenerada) no se podrán al servicio de la reproducción de la vida humana de la comunidad, sino que buscarán otras finalidades como por ejemplo la acumulación desproporcionada de beneficios hacia un lado de la relación intersubjetiva que la presupone, justificando su existencia no en su capacidad para aumentar el potencial de vida de la comunidad, sino en el

poder o influencia que poseen para imponerla aquellos que resultan ganando con el funcionamiento de la institución degenerada que ha sido impuesta por el Estado, aun cuando sea perjudicial para la vida de la comunidad. En este punto, la institución socio jurídica será válida, pero estará al servicio de la muerte (DUSSEL, 2009, p. 193), tornando al ordenamiento jurídico que la crea y mantiene en injusto.

Extrapolando estos razonamientos hacia las antiguas instituciones de las garantías reales, cuyos rasgos se remontan en los siglos hasta las épocas del Derecho Romano y, seguramente, mucho más atrás, su evolución y éxito como mecanismos aseguradores del cumplimiento de obligaciones y, por tanto, su potencia como dinamizadores de las relaciones de créditos, están profundamente relacionadas con el tratamiento equitativo de los sujetos implicados en el vínculo y la protección de su integridad personal y patrimonial. En otras palabras, una comunidad política donde los deudores sean cercenados en pedazos o esclavizados por sus acreedores si no pagan sus deudas, es tan inviable como otra en la que se permita a los acreedores fagocitar el patrimonio del deudor sin ningún control heterónimo efectivo. La falta de equidad en la regulación de una institución jurídica, en el sentido de tratamiento no paritario que le permite a un lado de la relación acumular enormes poderes y posibilidades de acción sobre la otra, no funcionará a largo plazo como la historia lo ha demostrado.

El caso de la hipoteca no es muy diferente. Es innegable que desde su aparición y su regulación en los sistemas jurídicos occidentales. Esta institución jurídica de derecho real ha circulado alrededor del mundo, compartiendo rasgos que la han hecho fácilmente reconocible y comparable. Su ubicuidad está relacionada, obviamente, con su conexión al crédito territorial y al mercado inmobiliario. Siendo uno de los mecanismos de garantía real más utilizados para la adquisición de viviendas, lo cual no es poca cosa si dentro de nuestro sistema jurídico el derecho a la vivienda es un derecho fundamental y un activo patrimonial de alto valor. Pero su éxito, en el sentido de su masiva eficacia social y uso universal, depende de algunas características que la hacen atractiva o mutuamente beneficiosa a todos los sujetos intervinientes en ella.

Para el acreedor que se desprende de un determinado capital, tener la facultad preferente de vender un activo inmobiliario previamente determinado y valorizado por el mismo, es una ventaja que le permite reducir directamente el riesgo de recuperación de su inversión e, indirectamente, el incumplimiento por ser un estímulo objetivo para el deudor quien se sabe permanentemente amenazado con perder un activo inmobiliario valioso sea propio o ajeno. Pero esta amenaza no llega a castrar la función económica de la propiedad, ya que el acreedor hipotecario no está facultado para interferir con la posesión o con los actos de disposición que se celebren sobre el bien, ya que la existencia, oponibilidad y preferencia de las facultades hipotecarias están conectadas a su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble. Si esto es así, la constitución de una hipoteca no resulta excesivamente gravosa para el propietario, sea este sujeto el deudor del crédito o no, ya que podrá continuar con la explotación económica normal del inmueble dándole el uso que desee (utilizarlo para su vivienda habitual, arrendarla, venderla, prestarla gratuitamente o hasta dejarla abandonada). Este diseño equilibrado ha sido producto de una evolución cultural de las civilizaciones y pueblos que han hecho uso de esta institución jurídica de garantía y que hemos heredado, poniéndola exitosamente en funcionamiento.

Lo anterior no ha sucedido con la HI peruana, ya que su arquitectura legal crea grandes desequilibrios entre los sujetos que intervienen en la operación financiera, otorgando facultades excesivas, unilaterales y descontroladas a la parte con mayor poder de negociación, esto es el acreedor financiero²⁵⁷ en desmedro de una persona natural en estado de ancianidad o dependencia severa (o grave). Lo cual resalta, particularmente, en el caso peruano, ya que, si bien la incorporación de esta institución responde a un proceso

²⁵⁷ Refiriéndose a la hipoteca en el contexto del mercado inmobiliario europeo MANZANO, ed. Alt., (2008), señala categóricamente lo siguiente: “Por otro lado, la figura [hipotecaria] nunca puede ser concebida en función exclusivamente de los intereses de las entidades financieras, imponiendo cláusulas abusivas, como prohibición de cancelación anticipada, restricción absoluta de las causas de oposición a la ejecución, sobre garantías, etc. Hay que evitar la vinculación indefinida de un inmueble a una hipoteca, que determinaría su amortización y la convertiría en un producto agobiante para la vida familiar. / Deben armonizarse, en fin, todos los aspectos básicos del crédito hipotecario: información precontractual, oferta vinculante, formalización documental, inscripción en el Registro y contenido inscribible, eficacia de la garantía, armonización de los privilegios y preferencias con eliminación de hipotecas legales tácitas, derecho de amortización anticipada, subrogación y novación, y ejecución hipotecaria.”, p. 312 – 313.

interminable importaciones²⁵⁸ y trasplantes jurídicos, las características singulares de la HI peruana como la posibilidad de apropiación directa del inmueble gravado con la sola declaración unilateral del acreedor hipotecario y la ablación casi total de las facultades de disposición y administración que sufre el propietario, la vuelven muy desventajosa para quienes podrían estar interesados en hacer uso de ella, constituyendo una mutación muy peligrosa de la idea típica que, históricamente, tenemos sobre un mecanismo de garantía inmobiliario²⁵⁹.

Es por esta razón, que se hace imprescindible repensar la manera como se importan, diseñan e implementan las figuras legales ya que muchas de ellas terminan en el más absoluto y rotundo fracaso. En este sentido, delegar la función pública de intervenir en el campo jurídico a abogados, grupos políticos o instituciones privadas cuyos intereses se encuentran absolutamente alineados con uno de los lados de la relación intersubjetiva que es la base real en torno a la cual se va construir la regulación, termina afectado la eventual funcionalidad social de la institución jurídica, al no tomar en cuenta los intereses de los sujetos que no tienen el capital social, económico o cultural suficiente para sean tomados en cuenta cuando se diseña una nueva figura jurídica.

²⁵⁸ Este es un rasgo histórico del Derecho peruano, a tal punto de ser calificado como un “mosaico de importaciones”. Al respecto BASADRE (1956; p. 387 – 388) sostiene con respecto al proceso de transición de la colonia a la república los siguiente: “No hay vacío jurídico al producirse la transición de una época a otra. Hay una esencial continuidad, es decir prosigue una trayectoria unilinear. Ciertamente es que el Derecho, que, de un lado, se nacionaliza al concretarse (en el caso de nuestro país) a lo peruano, perdiendo el carácter “indiano”, de otro lado se extranjeriza mediante un proceso gradualmente más complejo de recepción que lo convierte, al parecer, en un mosaico de importaciones. Pero junto con dichas importaciones, al lado de elementos modernos o nuevos, suele también alentar, a veces, la influencia de elementos formativos ya operantes y también un impulso creador.”

²⁵⁹ En efecto, como sostiene acertadamente GALICIA (2012): “(...) las garantías tal cual son configuradas por el legislador, nunca representan un desplazamiento patrimonial en el sentido de transferir inmediatamente bienes de un patrimonio a otro y nunca suponen “una pérdida inmediata para el garante”; “no hay, entonces, por tanto, desplazamiento de bienes a consecuencia de la celebración del contrato: el desplazamiento no es un elemento actual en los de garantía. Estos negocios de acuerdo con su finalidad, simplemente preparan la *eventualidad* de un desplazamiento, eventualidad que dependerá de un *alea*, cual es el de que el deudor pague o no, ya que si en efecto, hubiese incumplimiento, el derecho de garantía permitirá al acreedor resarcirse del quebranto entonces padecido en la medida que lo haya sufrido.”, p. 211

Si bien la aprobación sucesiva de normas e instituciones de derecho civil decodificado que benefician excesivamente a uno de los lados de la relación jurídica, que es el que normalmente tiene mayor poder económico, es una constante desde hace muchos años. Tampoco puede decirse que las elites de políticos, burócratas y profesionales que se ponen al servicio de esos intereses tengan éxito, ya que muchas de esas normas no llegan nunca a tener una eficacia social significativa, lo cual quizá sea el más evidente fracaso en la forma como actualmente están diseñados los centros de producción normativa, esto es de manera elitista, burocrática, autoritaria, vertical y, en no pocas ocasiones, corrupta. Creando un ordenamiento jurídico éticamente repugnante e injusto, al cual es un deber moral oponerse y resistir en salvaguarda de la sociedad y del bien común²⁶⁰.

²⁶⁰ Como lo escribió hace más de un siglo en gran jurista alemán Rudolf Von Ihering (1974): “Resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral; es un deber para con la sociedad, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo más que cuando es general.”, p. 25.

CONCLUSIONES

- (i) El diseño legal de la Hipoteca Inversa (HI) ha omitido toda referencia a la situación personal en la que debería encontrarse el sujeto que será “beneficiado” con el crédito-pensión. En tal sentido, no se ha considerado como requisito para acceder a la misma ser un adulto mayor. Asimismo, tampoco es imprescindible para el funcionamiento de la operación que el Titular o Beneficiario reciban una prestación dineraria hasta su muerte, sino solamente hasta donde alcance el financiamiento aprobado o, de lo contrario, la recibirán solo si es que han contratado -a su costo- un seguro de renta vitalicia facultativo. Por estas razones, la HI ha sido concebida en el Perú, como un tipo de mecanismo de garantía no asistencialista y meramente especulativo, ya que centra toda su regulación en la transferencia o apropiación del patrimonio inmobiliario usado como aseguramiento para la recuperación del crédito a favor de la entidad financiera acreedora.

- (ii) Entonces, para que la HI tenga una finalidad asistencialista se debe asegurar que el Titular (o el beneficiario designado) conserven un ingreso económico complementario, aun cuando el financiamiento se haya agotado. Siendo que el sistema previsto para cubrir este riesgo, consistente en el pago de una prima única por seguro facultativo de sobrevivencia no resulta el más idóneo y termina aumentando desproporcionadamente de deuda total contraída. Por esta razón, si se va a recargar o

aumentar la deuda total a ser pagada con una prima de seguro -para el caso en el que el Titular sobreviva más allá de la previsión efectuada por el acreedor financiero-, lo más adecuado sería que el riesgo y el aporte por este concepto sea asumido y recibido, respectivamente, por una entidad del Estado (como la O.N.P. que administra los fondos del Sistema Nacional de Pensiones), ya que, como la experiencia en otros sistemas jurídicos lo demuestra, solamente la intervención estatal en el otorgamiento del crédito con HI lo convierte en un servicio financiero atractivo para sus eventuales usuarios.

- (iii) No debe olvidarse, asimismo, que el inmueble afectado con una HI es, en sí mismo, un activo de gran valor que no solamente puede ser destinado a la vivienda habitual del mismo Titular, sino también un bien sobre el cual se pueden realizar diferentes actos de explotación económica que no deberían estar prohibidos, ya que pueden constituir significativos ingresos económicos para el titular o sus beneficiarios. Máxime, si la hipoteca ha sido diseñada desde tiempos inmemoriales, como un tipo de garantía que no afecta los actos normales de disposición y administración que el propietario puede realizar sobre el inmueble. Condenar al Titular (o al beneficiario designado) a vivir hasta su muerte en el predio gravado, sin poderle dar ningún otro uso económico, constituye un perjuicio excesivo que la Ley no debió haber prescrito.

- (iv) Debe asegurarse que no se prive de manera irrazonable del derecho a una vivienda adecuada a los herederos del titular, cuando tengan como única vivienda el predio que ha sido afectado con la HI. En este sentido, debe dárseles a estas personas la oportunidad de continuar viviendo en el inmueble y pagar la deuda en un plazo más razonable a los 60 días que actualmente prevé la Ley, desde la fecha del requerimiento de pago. Pero, tampoco puede sacrificarse el derecho de crédito de la entidad financiera a cobrar la deuda, ya que el plazo para que esta sea exigible se ha cumplido y, en no pocos casos, será muy extendido de acuerdo al tiempo de sobrevivencia del Titular o del último beneficiario.

- (v) Por esta razón, la única opción viable para que los herederos puedan conservar su vivienda, radica en la intervención del Estado en su condición de garante de la realización y protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Entonces, deberá crearse la posibilidad de que en los casos excepcionales en los que un heredero tenga como única vivienda el predio afectado, pueda acceder a un crédito hipotecario extendido con fondos públicos o fondos privados garantizados por el Estado, en el que se le otorgue un plazo mayor para pagar el financiamiento que recibió el Titular del predio en su momento.

- (vi) La HI ha dotado de manera extraordinaria al acreedor financiero con la legitimidad legal para apropiarse directamente del predio gravado, adicionalmente a los mecanismos de venta extrajudicial por un representante designado por el propietario en el acto de constitución del gravamen o, a través, de otra entidad del sistema financiero. Sin embargo, al estar los inmuebles sujetos a revalorización a través del tiempo, cualquier mecanismo ejecución debe prever un sistema equitativo e imparcial para la determinación del valor del bien para no perjudicar a los herederos que serán los propietarios del predio en el momento de la ejecución de la HI.

- (vii) El único mecanismo para la determinación del valor del predio, en la fase de ejecución de la HI prevista en el Reglamento de la Ley, es la tasación efectuada por dos peritos valuadores independientes, exigiéndose -además- que uno de ellos se encuentre registrado en el REPEV de la S.B.S. Sin embargo, estos sujetos van a prestar sus servicios a favor y por encargo de la entidad acreedora, sin ninguna clase de control heterónimo, más allá de la confianza -ciega- que la ley deposita en el acreedor financiero, en el sentido de que no realizará actos de mala fe o se aprovechará de las facultades de venta o apropiación directa para hacerse del bien a un precio vil o subvaluado.

- (viii) El propietario actual del predio (los herederos del titular) deberían tener la facultad de iniciar un proceso para la determinación del valor comercial real del predio en el momento de la adjudicación, con la finalidad de solicitar la restitución de la diferencia

del valor determinado en la ejecución extrajudicial del predio y el que realmente debió haber tenido. Esta pretensión, tendría naturaleza resarcitoria, a efectos de que la entidad acreedora pague a los ex - propietarios el menoscabo que han sufrido por la subvaluación del bien. Sin perjuicio de la responsabilidad solidaria que pueda atribuirse a los peritos tasadores que hicieron un trabajo negligente o de mala fe.

- (ix) La ejecución extrajudicial de la HI no resuelve el problema de la desocupación del predio, ya que, si bien se ha establecido la posibilidad de proscribir toda clase de actos de disposición y administración, para evitar la interferencia de terceros durante la fase satisfactiva de la hipoteca -realizada exclusivamente en el ámbito privado-, esto no significa que de hecho no pueda haber alguien poseyendo el predio. Razón por la cual, será el nuevo propietario el que deberá promover el lanzamiento judicialmente, a través del proceso de desalojo por precario. Lo que reconducirá la pretensión del nuevo propietario para tomar posesión del bien, a un proceso judicial que reviste cierta complejidad.
- (x) La obsesión de la Ley y el Reglamento por reconducir la fase de ejecución de la HI inversa hacia un cause no jurisdiccional, ha conllevado a la proscripción de todo acto de disposición y administración diferente a la sola utilización del predio para la vivienda habitual del Titular o sus beneficiarios consentidos en el contrato de crédito. Lo que termina sustrayendo -de hecho- este activo de la esfera económica del propietario, lo que privaría a este mecanismo de garantía de todo atractivo para sus eventuales usuarios. Consideramos, entonces, que deben derogarse todas las disposiciones relativas a la ejecución extrajudicial y a las restricciones impuestas al propietario que constituya una HI. Debiendo reconducirse la fase ejecutiva de este gravamen especial hacia el proceso de ejecución de garantías regulado en el artículo 720° y siguientes del Código Procesal Civil.
- (xi) Finalmente, concluimos que dentro de nuestro ordenamiento jurídico sería posible crear un figura contractual atípica que cumpla funciones económicas equivalentes al de la HI, sobre la base del contrato de renta vitalicia onerosa, al cual sin embargo

tendrían que agregársele algunas cláusulas que le permitan el propietario original continuar usufructuando en bien de manera vitalicia y, otras cláusulas, relativas a los derechos de los herederos del propietarios original, dándoles a estos la facultad de recuperar la propiedad pagando la deuda, así como también un derecho de preferencia para comprar el predio cuando este sea vendido por el acreedor financiero. Sin embargo, se requeriría que se autorice a determinadas entidades del sistema financiero (empresas de servicios múltiples, aseguradoras o administradoras de hipotecas) a realizar este tipo de operaciones.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

1. ALIAGA Blanco, Luis (2018), “Problemática práctica de la denominada hipoteca inversa”, en: Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 59, Mayo, pp. 79 – 88.
2. ÁLVAREZ- CAPEROCHIPI, José A. (1987), “Curso de derechos reales”, T. I y II, Editorial Civitas, S.A., Madrid.
3. AMOROS Guardiola, Manuel (1991), "La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada.", en: Hipotecas y Seguridad Jurídica, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.
4. ARIANO Deho, Eugenia:
 - (2003), “Problemas del proceso civil”, Jurista Editores, Lima.
 - (1998), “El proceso de ejecución. Tutela ejecutiva en el Código Procesal Civil peruano”, Editorial Rodas, Chiclayo.
5. AVENDAÑO Arana, Francisco (1993), “La extensión de la hipoteca”, en: Thémis, revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 26, p. 85 – 93.

6. BARANDIARÁN, José León (1975), “Contratos en el derecho civil peruano”, Tomos I y II, Imprenta de la Universidad Nacional mayor de San Marcos, Lima.
7. BARDALES Sigwas, Luis, “¿La hipoteca como complemento de la jubilación? Una primera aproximación a la reciente Ley de la Hipoteca Inversa”, en: Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 59, Mayo, 2018, pp. 67 – 78.
8. BASADRE, Jorge (1956), “Los fundamentos de la historia del derecho”, Librería Internacional del Perú S.A., Lima.
9. BELTRÁN DE HEREDIA y Onis, Pablo (1986), “La obligación (concepto, estructura y fuentes)”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
10. BEAUMONT Callirgos, Ricardo, “Una norma importante: la Ley de la Hipoteca inversa”, Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 59, Mayo, 2018, 13 – 17.
11. BOURDIEU, Pierre:
 - (2014), “Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France”, Editorial Anagrama, Barcelona.
 - (2019), “Curso de sociología general 1. Conceptos fundamentales”, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
 - (2005), “Una invitación a la sociología reflexiva”, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
12. CANALES Torres, Claudia (2011), “Comentarios a los artículos 1923° al 1941° del Código Civil de 1984”, en: Código Civil Comentado, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 533 al 584.
13. CARRASCO Perera, Ángel, CORDERO Lobato, Encarna y MARIN López; Manuel Jesús, “Tratado de los derechos de garantía”, Editorial Aranzandi, Navarra, 2002.
14. CASTELARES Aguilar, Rolando, La hipoteca inversa: ¿Crédito o renta vitalicia?, en: Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 59, Mayo, 2018, 19 – 26.

15. CASTILLO Martínez, Carolina del Carmen, “Responsabilidad Personal y Garantía Hipotecaria”, Editorial Aranzandi, Navarra, 1999.
16. CERDEIRA Bravo de Mansilla, Guillermo (2018), “Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca (una relectio a modo de recuerdo y de réplica)”, en: Tratado de la Hipoteca, coord. Günther Hernán Gonzales Barrón y Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Jurista Editores, Lima, pp. 355 - 392
17. CHIPANA Catalán, Jhoel, “Comentarios críticos a la Ley que regula la hipoteca inversa”, En: Gaceta Civil y Procesal Civil, N° 60, junio de 2018, Lima.
18. CHIAUZZI, Onorato (1979), “Derecho Romano”, Ediciones Peisa, Lima.
19. COASE, R.H. (1994), “La empresa, el mercado y la ley”, Alianza Editorial, Madrid.
20. COING, Helmut (1996), “Derecho privado europeo”, Fundación Cultural del Notariado, Madrid.
21. DE OLLOQUI, Fernando; ANDRADE, Gabriela; y, HERRERA, Diego (2015), “Inclusión financiera en América Latina y el Caribe Coyuntura actual y desafíos para los próximos años”, Banco Interamericano de Desarrollo. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/publicacion/13894/inclusion-financiera-en-america-latina-y-el-caribe-coyuntura-actual-y-desafios>
22. DEL POZO García, Eva, MARTINEZ Díaz, Zuleyka y FERNÁNDEZ Sevilla, Lidia “La hipoteca inversa en España: un estudio comparativo con otros países de la Unión Europea y Estados Unidos”, en: Revista Universitaria Europea, N° 15, Julio-Diciembre, 2011, pp. 85 – 106.
23. DEL RISCO Sotil, Luis Felipe (2014), “La cobertura y vigencia extraordinaria de la hipoteca sábana”, en THĒMIS-Revista de Derecho 66. 2014. pp. 195-207.
24. DIEZ-Picazo, Luis y GULLÓN, Antonio (2010), “Sistema de derecho civil”, Vol. III, Editorial Tecnos, Madrid.

25. DORAL García, José Antonio (2014), Comentario al Libro: “La hipoteca inversa en el derecho español de Inés Sánchez – Ventura Morer”, en: Anuario de Derecho Civil, tomo LXVII, fasc. III, p. 1068.
26. DURAND, Francisco, CÁRDENAS, Julián y SALCEDO, Emilio (2022), “Las crisis de las AFP. Poder y malestar previsional”, Fondo de Cultural Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
27. DUSSEL, Enrique (2010), “La producción teórica de Marx”, Fundación editorial el perro y la rana”, Caracas.
28. ESCOBAR Rozas, Freddy (2020), “Contratos. Fundamentos económicos, morales y legales”, Palestra Editores, Lima.
29. FERRI, Luigi (2004), “Lecciones sobre el contrato”, Trad. Nélvor Carreteros Torres, Editora Jurídica Grijley, Lima.
30. GALICIA Aizpurua, Gorka (2012), “Causa y garantía fiduciaria”, Tirant lo Blanch, Valencia.
31. GETE-ALONSO y Calera, María del Carmen (1979), “Estructura y función del tipo contractual”, Bosch, Casa Editorial, Barcelona.
32. GOMEZ Jaramillo, Ema, GARCÍA de Silvestri, Ana Katrín, HARTMANN Melo, María Camila (2021), “Hipoteca inversa y seguro de renta vitalicia inmobiliaria: opciones para el adulto mayor”, en: Univ. Estud, Bogotá, N° 24, diciembre, pp. 47 a 70. En:

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/58313/3.%20G%F3mez%20y%20otros.pdf?sequence=5>
33. GONZALES Barrón, Günter H.
 - (2006), “Hay que derogar la Ley de la Garantía Mobiliaria”, en: Actualidad Jurídica N° 152, Lima, pp. 282 – 295.
 - (2016), “Tratado de derecho registral inmobiliario”, Jurista Editores, Lima.

34. GONZALES Barrón, Günter H. y QUINTANA Livia, Rosa Isabel (2018), “Hipoteca y bienes muebles”, en: Tratado de la Hipoteca, coord. Günther Hernán Gonzales Barrón y Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Jurista Editores, Lima, pp. 95 - 124
35. GARCÍA-AMIGO, M. (1969), “Condiciones generales de los contratos”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
36. GIORGIANNI, Michele (1958), “La obligación”, Trad. Evelio Verdera y Tuells, Bosh Casa Editorial, Barcelona.
37. HATTENHAUER, Hans (1981), “Los fundamentos histórico – ideológicos del derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
38. HAYEK, F.A. (2008), “Camino de servidumbre”, Vol. II., Madrid.
39. HUNSDKPOF Exebio, Oswaldo (2018), “La hipoteca naval en el Perú”, en: Tratado de la Hipoteca, coord. Günther Hernán Gonzales Barrón y Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Jurista Editores, Lima, pp. 183 – 206.
40. HUDSON, Michael, “Matar al huésped. Como la deuda y los parásitos financieros destruyen la economía global”, Capitán Swing, S.L., Madrid, 2018.
41. HURTADO Reyes, Martín Alejandro (2012), “Proceso de Ejecución de Garantía Hipotecaria ¿La Cobertura de la Hipoteca tiene como Límite al Monto del Gravamen?”, en: Derecho & Sociedad, revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 38, Lima, p. 132 - 137.
42. IHERING, Rudolf Von,
- (1961), “El fin en el derecho”, Editorial Cajica, Puebla, México.
 - (1974), “Estudios jurídicos. La lucha por el derecho. Del interés en los contratos. La Posesión.”, Editorial Heliasta, Buenos Aires.
43. IGLESIAS, Juan (1979), “Derecho Romano. Instituciones de Derecho Romano”, Editorial Ariel, Barcelona.

44. JAMES, Philip (1996), "Introducción al derecho inglés", Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá.
45. KRESALJA, Baldo y OCHOA, Cesar (2009), "Derecho Constitucional Económico", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
46. KRUGMAN, Paul (2009), "El retorno de la economía de la depresión y la crisis actual", Crítica, Barcelona.
47. LAMARCA Marquès, (Dirección y Traducción), "Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil", Traducción a cargo de, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2008, p. 298.
48. LÓPEZ Mejía, María y REQUENA Torrecillas, Cristina, "La dación en pago como medio de extinción de las obligaciones derivadas de préstamos con garantía hipotecaria". En: Cuadernos de Derecho y Comercio. Extraordinario, 2014.
49. LUXEMBURGO, Rosa (1967), "La acumulación del capital", Editorial Grijalbo S.A., México D.F.
50. MANZANO Solano, Antonio y MANZANO Fernández, M.º del Mar (2008), "Instituciones del derecho registral inmobiliario", Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.
51. MARX, Karl:
- (2007), "Elementos fundamentales para la crítica de la economía política", Siglo XXI Editores, México.
 - (1971), "Fundamentos de la crítica de la economía política", Tomo I y II, Editorial de Ciencias Sociales, La Habana.
 - (1972), "El Capital. Crítica de la Economía Política", Tomo I y II, Ediciones EDAF, Madrid.
52. MATEI, Hugo y NADER, Laura (2013), "Saqueo. Cuando el Estado de Derecho es ilegal", Traducción de Roger Merino y Álvaro Bonilla, Palestra Editores, Lima, 2013.

53. MEJORADA Chauca, Martín,
- (2002), “¿Se puede constituir una hipoteca unilateralmente? Comentarios a la Resolución N° P003-ORLC/TR del Tribunal Registral de la ORLC”, en: *Ius Et Veritas*, N° 24, pp. 297 – 301.
 - (2018), “La hipoteca y sus integrantes”, en: *Tratado de la Hipoteca*, coord. Günther Hernán Gonzales Barrón y Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Jurista Editores, Lima, pp. 49 – 60.
54. MENDOZA Del Maestro, Gilberto (2017), “El negocio jurídico hipotecario”, en: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 762, pp. 1767 – 1828.
55. MONTOYA Manfredi, Ulises, MONTOYA Alberti, Ulises y MONTOYA Alberti, Hernando (2005), “Comentarios a la Ley de Títulos Valores”, Editorial Grijley, Lima.
56. OCHOA Cardich, César (2020), “El Estado Social en la constitución de 1993. Evolución, interpretación y proyección garantista en el Perú.”, Palestra Editores, Lima.
57. PAU Pedrón, Antonio (2001), “La publicidad registral”, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.
58. PASCO Arauco, Alan (2019), “Análisis Civil de la Hipoteca Inversa y su implicancia en su calificación e inscripción registral”, en: *La caducidad de la hipoteca y otros problemas claves sobre esta garantía real*, Gaceta Jurídica, Lima, p. 159 – 186.
59. PEÑA BERNALDO de Quiroz, Manuel (1999), “Derechos Reales. Derecho Hipotecario”, Tomo II, Madrid.
60. PÉREZ Pérez, Emilio (2004), “La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral”, 2da. Edición, Barcelona.
61. PÉREZ Salazar, Mauricio (2017), “El origen del pánico de 2008: la crisis del mercado de crédito hipotecario en Estados Unidos”. En: *Revista de economía institucional*, vol. 9, N° 19, segundo semestre, Bogotá, p. 19 -54

62. QUESADA Sánchez, Antonio José (2009), “La hipoteca inversa: ¿una opción realmente atractiva?”, en: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, N° 81, Madrid, p. 135 – 148
63. QUIJANO, Aníbal, "El fujimorismo y el Perú", SEDES - Seminario de Estudios y Debates Socialistas, Lima, 1995.
64. RAMIREZ Cruz, Eugenio María (2018), “Hipoteca y Ejecución de garantía real, luego del sexto pleno casatorio”, En: Tratado de la Hipoteca, coord. Günther Hernán Gonzales Barrón y Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Jurista Editores, Lima, p. 327 – 352.
65. RAMOS Nuñez, Carlos (2018), “La hipoteca naval en el Perú: ¿Mueble o inmueble? Un debate que no acaba”, en: Tratado de la Hipoteca, coord. Günther Hernán Gonzales Barrón y Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Jurista Editores, Lima, pp. 207 - 234
66. REBOLLEDO Abanto, Paul y SOTO Chávez, Robert, “Estructura del mercado de créditos y tasas de interés: Una aproximación al segmento de las microfinanzas”. Disponible en: <<http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Documentos-de-Trabajo/2004/Documento-Trabajo-07-2004.pdf>> [consulta: 27 de marzo de 2020]
67. RIGAUD, Luis (2004), “El derecho real. Historia y teorías”, Editorial Reus, Madrid.
68. ROA, María José y CARVALLO, Oscar (2018), “Inclusión financiera y el costo del uso de instrumentos formales: Las experiencias de América Latina y el Caribe”, Banco Interamericano de Desarrollo, Washintong D.C.
69. RODRIGUEZ Achútegui, Edmundo (2008), “Crisis económica y crisis de la legalidad”, en: Jueces para la democracia, N° 62, julio, Madrid.
70. RODRÍGUEZ, Yamila M., “La hipoteca revertida, un estudio conceptual: la gran dicotomía, entre el sueño y la pesadilla de sus posibilidades en el mercado financiero”, en: Revista Jurídica, Vol. 84, Issue 4, p. 1115-1136, Recinto Río Piedras, 2015, pp. 1115 – 1136

71. ROPPO, Vincenzo (2009), “El contrato”, Trad. Eugenia Ariano Deho, Gaceta Jurídica, Lima.
72. ROSAS Berástein, Verónica y SILVA SANTISTEBAN Amésquita, Massiel (2018), “Comentarios sobre la Ley que regula la hipoteca inversa”, en: Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 59, Mayo, p. 27 - 40.
73. SÁENZ De Jubera Higuero, Beatriz (2017), “Consecuencias de la evaluación de solvencia del prestatario”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 764, p. 3266-3281.
74. SERRA Rodríguez, Adela (2004), “La hipoteca unilateral”, Thomson – Civitas, Madrid.
75. SOTOMAYOR, Narda, TALLEDO Jacqueline y WONG, Sara (2018), “Determinantes de la inclusión financiera en el Perú: Evidencia Reciente”, Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, SBS Documentos de Trabajo, Lima. Disponible en: [https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/DDT_ANO2018/DT-001-2018%20\(esp\).pdf](https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/DDT_ANO2018/DT-001-2018%20(esp).pdf) > [consulta: 27 de marzo de 2020]
76. STIGLITZ, Joseph E. (2020), “Capitalismo progresista. La respuesta a la era del malestar.”, Pinguin Random House Grupo Editorial S.A.U., Madrid.
77. TARAZONA Alvarado, Fernando (2007), “Comentarios a los principales problemas prácticos de la Ley de la Garantía Mobiliaria”, en: Actualidad Jurídica N° 165, agosto, Lima, pp. 47 – 53.
78. TRABUCCHI, Alberto (1967), “Instituciones del derecho civil”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
79. VALPUESTA Fernández, Rosario (2005), “Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social”, en: Anuario de Derecho Civil, Año 2005, Vol. 58, N° 4, Ministerio de Justicia, España, pp. 1509 – 1574.
80. VÁSQUEZ Vidal, Jesús David:

- (2019), “La reforma del sistema de garantías reales sobre bienes muebles y la tecnología para su implementación”, en: Actualidad Jurídica, N° 309, agosto, Lima, pp. 44 - 76
 - (2019), “Reflexiones sobre la Ley que Regula la Hipoteca Inversa”, en: Actualidad Jurídica N° 306, mayo, Lima, pp. 47 - 76.
81. VEIGA Copo, Abel B. (2002), "La prenda sobre acciones", Editorial Civitas, Madrid.
82. VELLOSO, Adolfo Alvarado (2008), “Introducción al estudio del Derecho Procesal”, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires.
83. VILLARROEL Araya, José Luis D. (2017), “La hipoteca revertida. ¿Es factible su aplicación para mejorar las pensiones en Chile?, Santiago. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/146459/La%20hipoteca%20revertida-%C2%BFes-factible-y-conveniente-su-aplicacio%CC%81n-para-mejorar-las-pensiones-en-Chile.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [consulta: 4 de febrero de 2020]
84. WESTERMANN, Harry, WESTERMANN Harm Peter, GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter, “Derechos reales”, Volumen II, Madrid, 2007.
85. ZORRILLA Saldagar, Juan Pablo y RODRIGUEZ Brito, Gracia, "El uso de la garantía en los mercados de crédito: una revisión de la literatura empírica", publicado en: Análisis Económico, N° 59, Vol. XXV, Segundo cuatrimestre de 2010.
86. ZURITA Martín, Isabel (2014), “Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago”, La Ley, Madrid.

TESIS:

1. CASTRO Alfaro, Maureen Priscilla y GUTIÉRREZ Baltodano, Andrea Marcela (2017), “Implementación de la hipoteca inversa como herramienta legal de acceso al crédito que propicie una mejor calidad de vida a la persona adulta mayor”, Tesis para

- optar la licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Liberia.
2. GARCÍA Mares, Sara (2015), “La hipoteca inversa”, Tesis doctoral, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad Jaume I De Castellón, Castellón de la Plana.
 3. HUANCA Luque, Alexander Iván (2017), “El costo del crédito en el mercado peruano: ¿Determinantes microeconómicos o macroeconómicos en el periodo 2005-2015?”, Tesis para optar el grado de magister en Economía, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
 4. LIMÓN Astudillo, Edgar (2015), “Beneficio potencial de las hipotecas inversas en México”, Tesina para obtener el grado de maestro en Economía, Centro de Investigación y Docencia Económicas A.C., México D.F.
 5. LUMBI Sequeira, Jenny Teresa y GONZÁLEZ Paniagua, Andrea (2009), “La hipoteca inversa criterios para su regulación, en Costa Rica”, Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.
 6. OLIVERA Aravena, Gonzalo Alonso (2020), “Hipoteca Inversa: Oportunidades y desafíos a propósito de su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano mediante la Ley N° 30741”, Tesis para optar el Título de Abogado, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Lima.
 7. RICRA Escudero Nancy Haydee (2017), “Incorporación de la hipoteca inversa al Código Civil peruano y sus consecuencias jurídicas acogiendo el seguro contra el patrimonio negativo y el seguro de rentas diferidas”, Tesis para optar el Título de Abogado, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz.
 8. TORRES Lagos, Elizabeth Manuela (2017), “Incorporación normativa de la hipoteca inversa en el sistema peruano”, Tesis para optar el Título de Abogado, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima.

PRECEDENTES Y RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL REGISTRAL:

1. XXII PLENO, Precedente de Observancia Obligatoria aprobado durante la Sesión ordinaria realizada los días 18, 19 y 20 de diciembre de 2006, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 24 de enero de 2007.
2. XII PLENO, Precedente de Observancia Obligatoria aprobado durante la Sesión ordinaria del Tribunal Registral realizada los días 4 y 5 de agosto de 2005, el mismo que fue publicado en el diario oficial “El Peruano” el 13 de setiembre de 2005.
3. L PLENO, Precedente de Observancia Obligatoria aprobado durante la Sesión Ordinaria del Tribunal Registral realizada los días 3, 4 y 5 de agosto de 2009, el mismo que fue publicado en el diario oficial “El Peruano” el 13 de enero de 2011.
4. XII PLENO, Precedente de Observancia Obligatoria, aprobado durante la Sesión ordinaria del Tribunal Registral realizada los días 4 y 5 de agosto de 2005 y publicado en el diario oficial “El Peruano” el 13 de setiembre de 2005.
5. Resolución del Tribunal Registral N° 1027-2017-SUNARP-TR-L del 10.05.2017.
6. Resolución del Tribunal Registral N° 265-2010-SUNARP-TR-L, del 19.02.2010.
7. Resolución del Tribunal Registral N° 132-2017-SUNARP-TR-T del 29.03. 2017.
8. Resolución del Tribunal Registral N° 1027-2017-SUNARP-TR-L del 10.05.2017.
9. Resolución del Tribunal Registral N° 266-2011-SUNARP-TR-A del 11.06.2012.
10. Resolución del Tribunal Registral N° 303-2015-SUNARP-TR-L del 11.02.2015

PLENOS CASATORIOS Y JURISPRUDENCIA JUDICIAL:

1. VIII Pleno Casatorio Civil, publicado el 22.09.2020 en el diario oficial E.P.
2. VII Pleno Casatorio Civil, publicado el 07.12.2015 en el diario oficial E.P.
3. IX Pleno Casatorio Civil, publicado en el diario oficial E.P. el 18.01.2017.
4. Casación N° 1304-03 Ica, publicada el 30-04-2004.
5. Casación N° 4413-2010 La Libertad, publicada el 31-01-2012.
6. Casación N° 1134-2007 Lima, del 10-07-2007.
7. Casación N° 1525-2004 Lima, publicado: 30-03-2006.

DOCUMENTOS:

1. BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ (2006), “El Costo del Crédito en el Perú Revisión de la Evolución Reciente”, Lima. Disponible en:

- <<https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Documentos-de-Trabajo/2006/Documento-Trabajo-04-2006.pdf>> [consulta: 27 de febrero de 2022]
2. COMISIÓN DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 570/2016-CR, Ley que crea la Hipoteca Inversa. Presentado el 27 de junio de 2017.
 3. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS – MEF (2001), Documento de Trabajo “Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales”, Lima. Disponible en: <http://derechonotariayregistrarbm.weebly.com/uploads/7/3/2/8/7328378/facilitando_el_acceso_al_credito_mediante_un_sistema_eficaz_de_garantias_reales.pdf> [consulta: 27 de febrero de 2022]
 9. SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDOS DE PENSIONES (2017), “Encuesta Nacional de Demanda de Servicios Financieros y Nivel de Cultura Financiera en el Perú”, Departamento de Análisis de Microfinanzas - Superintendencia Adjunta de Estudios Económicos, Lima. Disponible en: <<https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/ESTUDIOS-SOBRE-INCLUSI%C3%93N-FINANCIERA/Informe-de-Resultados.pdf>> [consulta: 27 de febrero de 2022]
 10. Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (2020), “Informe N° 008-2020-SAEE / N° 040 -2020-SABM / N°121-2020-SAAJ/ N° 015 -2020-SACMIF del 08 de agosto de 2020” <https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/opinion_proy_leg/Oficio_19285_2020_SBS.pdf> [consulta: 27 de febrero de 2022]
 11. CAMPION Anita, KIRAN Ekka, Rashmi y WENNER, Mark (2012), “Las tasas de interés y sus repercusiones en las microfinanzas en América Latina y el Caribe”, Banco Interamericano de Desarrollo, Documento de Trabajo del BID N° IDB-WP-177, en: <<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Las-tasas-de-inter%C3%A9s-y-sus-repercusiones-en-las-microfinanzas-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf>> [consulta: 27 de febrero de 2022]

12. ALTAMIRANO, Álvaro, BERTEIN, Solange, BOSCH, Mariano, CABALLERO, Gustavo, GARCÍA-HUITRÓN, Manuel, KELLER, Lukas, SILVA-PORTO, María Teresa (2019), “Diagnóstico del sistema de pensiones peruano y avenidas de reforma”, Banco Interamericano de Desarrollo, <
[https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Diagn%C3%B3stico_d
el_sistema_de_pensiones_peruano_y_avenidas_de_reforma_es.pdf](https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Diagn%C3%B3stico_d_el_sistema_de_pensiones_peruano_y_avenidas_de_reforma_es.pdf) > [consulta: 27
de febrero de 2022]