



ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI

DOCTOR EN DERECHO PROFESOR PRINCIPAL E INVESTIGADOR FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LIMA Y UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

Desde sus orígenes hasta la actualidad, la hipoteca ha recorrido un largo camino hasta posicionarse como un eficiente instrumento del crédito, pero veamos dos posiciones que, si bien son antagónicas, marcaron una pauta para el impulso y construcción de lo que hoy conocemos como la garantía más eficiente para la facilitación del crédito.

Teoría crítica pura

La hipoteca tuvo sus detractores, quienes formularon una teoría crítica pura.

Para ilustrar la posición de esta corriente hago un resumen tomando como base el preciso y breve recuento de Fraga en sus *Direitos reais de garantia* (1933, pág. 403 a 408) quien, sobre el particular, comienza citando al filósofo Jenofonte (431 a 345 a.C.) que, al parecer, es el primer pensador que tuvo un criterio totalmente relegado a la concepción del instituto hipotecario al considerar que contiene, *per se*, la negación más completa del espíritu de justicia (pág. 403).

La hipoteca es una excepción al principio de razón natural de que todos los bienes del deudor, muebles e inmuebles, presentes y futuros, constituyen la garantía de todos sus acreedores (principio del patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores) y, sin ninguna duda, se presenta como una inmoralidad porque, quebrantando la igualdad que debe reinar entre todos los acreedores, consagra en la práctica una injusticia, tanto más clamorosa cuanto es principalmente hecha contra los que, simples e incautos, en una sociedad carcomida por el engaño y corrupción, confían aún en la palabra de sus semejantes y en la igualdad ante la ley. Una excepción odiosa al principio de igualdad de los acreedores en cuanto a la garantía común de los bienes del deudor - *pars conditio creditorum*.

La hipoteca es un mal económico, un atentado al crédito público y un obstáculo a la libre circulación de los bienes (pág. 404). Sus partidarios consideran a la hipoteca como el alma del crédito, instrumento poderoso de este, fuente de donde emanan los recursos de toda especie para la sociedad: es el estímulo para que el usurero abra su bolsa (pág. 405). Se dice que la hipoteca no es un instrumento fecundo del crédito (como pretende una falsa filosofía) es, *contrario sensu*, la negación del verdadero crédito ya que reposa la garantía prestada por la cosa - *plus cautions in re est quam, in persona*, la cosa da más protección que una persona (pág. 405). La ley proporciona al usurero, lleno de ambiciones sin límites, una herramienta para apoderarse de los bienes que coloca por precios misérrimos; es la cornucopia donde los desalmados recogen, gota a gota, los últimos alientos de los atrapados por la miseria; es un mal de los deudores, para todos los acreedores quirografarios (pág. 405).

IMPORTANCIA DE LA INSTITUCIÓN DURANTE LA HISTORIA

Hipoteca Eficiente instrumento del crédito

Se dice, en definitiva, que la hipoteca es fruto maldito del árbol de la imperfección humana – que muestra del avaro su aspecto más sombrío y feroz, de los pobres sus últimos bienes y de la sociedad el espíritu de justicia, no para incorporarlo sino para destruirlo – y un instrumento antagónico a la ética y al derecho natural (pág. 406).

Reina de las garantías reales

La hipoteca es la reina de todas las garantías reales (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2012, pág. 506).

A decir de López Díaz en el prólogo a la obra de Díez (2016, pág. 7) es “el contrato esencial en una economía de mercado fundamentado esencialmente en el crédito y en el circulante”.

Al interior del sistema de garantías, la hipoteca es la garantía por excelencia, la mejor de todas, el más perfecto derecho real de garantía de créditos, otorgando seguridad a la ejecución efectiva de una obligación, en interés del acreedor inmediato y del sistema de crédito en general. Es el esquema más familiar de

extraordinariamente rápido, desprovisto de excepciones y de incidentes (Díez-Picazo, 2012, pág. 373).

El derecho real de hipoteca alcanza el más alto nivel entre las garantías reales de que podía valerse el acreedor para asegurar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor (Hernández Canelo R., 2014, pág. 449). Es una institución jurídica que sirve como instrumento de crédito (Cueva Morales, 1986, pág. 64), es esa su función económica, revestir especial importancia en cuanto supone el instrumento del llamado crédito territorial.

Mediante la especialidad y la publicidad se ofrece mayor seguridad a los acreedores en la medida que se fortalecen las garantías de sus créditos y, en definitiva, las expectativas de cobro al estar perfectamente determinadas, tanto los bienes sobre los que se constituye, como su posición y preferencia frente a otros acreedores del deudor (Jiménez Clar, 1990, pág. 187).

Efectos importantes

Como garantía, la hipoteca ha permitido gran parte del crédito de la sociedad actual, a plazos más o menos largos y a intereses relativamente bajos. Este debe ser uno de los efectos más importantes de la hipoteca en la sociedad contemporánea. El que el préstamo garantizado con hipoteca permita el desarrollo de la actividad económica de toda la sociedad, sea en el campo de la construcción, de la industria o de la agricultura (Cuadros Villena, 1996, pág. 270).

Los sujetos de la relación obligacional encuentran en la hipoteca sus intereses perfectamente conciliados, porque el acreedor hipotecario no adquiere ni la propiedad ni la posesión de la cosa, pero sí un derecho que le permitirá oportunamente, cuando su crédito no sea satisfecho, entrar en posesión del bien, cualquiera que sea la persona que lo detente, para lograr con él la cancelación de la deuda, mientras que el deudor conservará la posesión sobre la cosa hasta que la deuda quede extinguida, pudiendo afectarla para garantizar a otros acreedores con nuevas hipotecas (Hernández Canelo R., 2014, pág. 449).

La función de la hipoteca es garantizar un crédito, el derecho real que protege el derecho personal. Pero, esta función de garantía emerge cuando la deuda no es cumplida por el deudor, pasándose a extraerse el valor de la cosa inmueble para ese fin (Lóbo, pág. 277).

Si ocurre el cumplimiento se extingue la hipoteca y su función habrá sido meramente intimidativa (Nader, pág. 521). Al ser la hipoteca una restricción sobre el valor de la cosa gravada y no sobre el provecho económico, el derecho del acreedor hipotecario se mantiene en suspenso hasta el plazo fijado para el

Como garantía, la hipoteca ha permitido gran parte del crédito de la sociedad actual, a plazos más o menos largos y a intereses relativamente bajos. Este debe ser uno de los efectos más importantes de la hipoteca en la sociedad contemporánea.

Trabajos citados:

Fraga, A. (1933). *Direitos reais de garantia*. Penhor, anticrêse e hipoteca. São Paulo, Brasil: Saraiva.
Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, A. (2012). *Derecho civil*. Derechos reales (11 ed., Vol. II). Bogotá, Colombia: Themis.
Díez Duarte, R. (2016). *La hipoteca*. (3. Ed.) Santiago de Chile, Chile: El Jurista.
Franco Regio, E. (2005). *La regulación unitaria de las garantías funcionales como requisito para alcanzar un verdadero sistema de garantías en el Perú*. *Ius et veritas* (30), 123 a 144.
Lasarte, C. (2010). *Derechos reales y Derecho hipotecario*. Principios de Derecho civil (8 ed., Vol. V). (M. Pons, Ed.) Madrid, España: Díez-Picazo, L. (2012). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* (1 ed., Vol. VI). Navarra: Aranzandi.
Hernández Canelo, R. (2014). *Derecho romano*. Historia e instituciones. Lima: Jurista.
Cueva Morales, C. (1986). *Hipoteca en garantía de una obligación futura o eventual*. *Themis*(5), 62-66.
Jiménez Clar, A. (1990). *Introducción al Derecho civil patrimonial*. Alicante: Comptos.
Cuadros Villena, C. F. (1996). *Derechos reales* (Vol. IV). Lima: Fecat.
Lóbo, P. (2015). *Direito civil: Coisas*. São Paulo, Brasil: Saraiva.
Nader, P. (2016). *Curso de Direito civil*. *Dereito das coisas* (7 ed., Vol. 4). Rio de Janeiro, Brasil: Forense.
Farias, C. C., & Rosenthal, N. (2018). *Curso de Direito civil*. Reais (14 ed.). Salvador, Brasil: JusPodivm.
Alberdi Imas, L. (2016). *La hipoteca y sus caracteres en el Código Civil y Comercial de la Nación*. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*(46), 152-167.
Rams, J., Moreno, R. M., & Rubio, J. (2011). *Apuntes de Derechos reales*. Madrid: Dykinson.
Gestión. (15 de 9 de 2013). *¿Cómo se originó la peor crisis financiera de la historia?*. Recuperado el 13 de 1 de 2018, de https://gestion.pe/economia/origen-peor-crisis-financiera-historia-48101
Santa María Mecq, L. C. (Setiembre de 2001). *La hipoteca en el Derecho peruano*. *Revista peruana de jurisprudencia*(7), 257-308.

cumplimiento de la obligación (Farias & Rosenthal, 2018, pág. 977).

El crédito es lo principal y su accesorio lo es la hipoteca, que le procura seguridad. La suerte del derecho real está ligada a la obligación a la que accede; lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero este último no se afecta por alteraciones en el accesorio. En consecuencia, si esta nace, se transmite o se extingue, la hipoteca sigue el mismo cambio (Alberdi Imas, 2016, pág. 155).

Uso responsable

A la hipoteca se le ha denominado la reina de las garantías reales por su habitual seguridad, pero esta predilección financiera por ella ha empujado al mercado a su abuso, empleándola como un recurso financiero más y con un tráfico desligado de su primitiva función (Rams, Moreno, & Rubio, 2011, pág. 165). Téngase en cuenta la crisis financiera de la historia cuando, el 15 de septiembre del 2008, el banco de inversión Lehman Brothers fue declarado en bancarrota. Debemos recordar que todo comenzó en el 2002 cuando el presidente norteamericano de dicha época, G.W. Bush, manifestó que parte de cumplir el sueño americano era tener una casa propia. Para ello solicitó ayuda al sector privado a fin de que el mercado de capitales facilite el financiamiento hipotecario a personas de ingresos más bajos. Se redujeron las tasas de interés del 6 al 1% lo que permitió que los créditos lleguen a ciudadanos no calificados, sin ingresos, sin activos, sin capacidad de pago generando un alto nivel de riesgo de impago superior a la media del resto de créditos. A este tipo de hipotecas se les denominó hipotecas subprime –hipotecas de alto riesgo– que, básicamente, eran activos tóxicos, con alta probabilidad de no pago, creándose la famosa una burbuja inmobiliaria (Gestión, 2013).

Ya superado este hecho y con la experiencia financiera, hoy la hipoteca se concibe como un eficaz medio de garantía para el acreedor y como un instrumento que permite al deudor acceder al crédito (Santa María Mecq, 2001, pág. 262), pero este acceso al crédito debe ser responsable y cumplir la aspirada función social.