



Las hipotecas de máximo en el sistema de garantías peruano. ¿Qué ocurre con los principios de accesoriedad y especialidad en cuanto al **crédito en las hipotecas de máximo**?^(*)^(**)

Maximum Mortgages in the Peruvian System of Guarantees. What happens to the Principles of Accessoriety and Specialty of Credit in the Maximum Mortgages?

Enrique Varsi Rospigliosi^(***)

Universidad de Lima

Marco Andrei Torres Maldonado^(****)

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Resumen: En el presente artículo los autores analizan, desde la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como comparada, el tratamiento de las hipotecas de máximo, su significado, principales caracteres, problemas en torno a su aplicación, y diversos aspectos propios de la función económica que cumple en el tráfico jurídico. La hipoteca de máximo supone que las partes establezcan, al momento de su constitución, un importe máximo de responsabilidad hipotecaria, lo cual dada su flexibilidad ha permitido nuevos productos financieros y de crédito. Ello ha generado un cuestionamiento a la existencia de los principios de accesoriedad y especialidad, pues cuando aquella se constituye no existe un crédito determinado.

Palabras clave: Hipoteca - Crédito - Gravamen - Accesoriedad - Garantía Real

Abstract: In this article, the authors analyze, from doctrine and jurisprudence, both national and international, the treatment of maximum mortgages, their meaning, main characters, problems surrounding their application, and various aspects of the economic role they play in legal traffic. Maximum mortgage supposes that the parties establish, at the moment of their constitution, a maximum amount of mortgage liability, which given their flexibility has allowed new financial and credit products. This has generated a questioning of the existence of the principles of accessoriety and specialty, because when it is established, there is no specific credit.

Keywords: Mortgage - Credit - Tax - Accessoriety - Property Guarantee

(*) Nota del Editor: el artículo fue recibido el 21 de octubre y aprobada su publicación el 20 de noviembre de 2018.

(**) Con la colaboración de Mariana Aguilar Ávila, estudiante de Derecho y asistente de investigación en el Instituto de Investigación Científica - IDIC de la Universidad de Lima.

(***) Doctor y Magister en Derecho. Docente investigador en la Universidad de Lima. Investigador Regina del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica - CONCYTEC, orcid.org/0000-0002-7206-6555. Socio del Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados. Lima- Perú. Correo electrónico: enriquevarsi@gmail.com.

(****) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Jefe de prácticas es investigador adjunto de la Universidad de Lima. orcid.org/0000-0001-9943-3890. Asociado del Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados. Lima-Perú. Correo electrónico: marcotorresmaldonado@gmail.com.

1. Introducción y planteamiento del problema

Las garantías reales representan un formidable instrumento para la difusión del crédito, con ventajas económicas y sociales, por lo que un buen sistema de crédito hipotecario, al brindar agilidad y seguridad al capital disponible para préstamos, disminuye su onerosidad y facilita los préstamos a largo plazo (Musto 2000, 247). El sistema de garantías reales brinda seguridad a las más diversas transacciones de crédito, regulando el valor de los bienes negociales a fin de evitar que se eleven por la falta de seguridad en el cumplimiento de las obligaciones que los contienen.

Cuando se habla de una garantía real se muestra como un dispositivo eficaz y beneficioso al brindar confianza a los sujetos intervinientes en el tráfico jurídico, lo cual ayudará al crecimiento y desarrollo. El legislador tiene la convicción que una sólida garantía para el acreedor contribuirá al otorgamiento de créditos y alentará la inversión de capitales, todo lo cual redundará en beneficio del desarrollo económico del país (Bigio Chrem 1991, 111).

En ese contexto, en un país con limitados recursos económicos, donde un sector importante de la población difícilmente puede acceder a la propiedad, la garantía hipotecaria cumple un rol trascendental como fuente de financiamiento, toda vez que facilita el acceso al crédito al garantizar al acreedor el pago de su deuda, alentando la inversión de capitales, lo cual resulta favorable en el desarrollo económico (Horna Zegarra 2000, 301).

Por ello, el instrumento más utilizado en el tráfico jurídico para garantizar el cumplimiento de una obligación es la hipoteca. Sin exageración puede afirmarse que como uno de los instrumentos de garantía recogidos en el Código Civil ha pasado de ser la garantía por excelencia (y casi exclusiva de las relaciones obligacionales entre particulares) a ser un fenómeno social que escapa del ámbito jurídico, convirtiéndose en uno de los pilares de la economía en la medida que es el motor que sirve para activar un sector económico tan esencial como la construcción de viviendas ya que el objeto de la garantía es parte de un bien inmueble destinado a vivienda personal o familiar (Serrano y Serrano Gómez 2005, 293).

Al interior del sistema de garantías, la hipoteca es la garantía tipo pues, de manera idónea, otorga seguridad a la ejecución efectiva de una obligación, en interés del acreedor inmediato y del sistema de crédito en general. Las formas de clasificar las hipotecas son diversas, a la luz de variados criterios en los que se puede incidir.

No obstante, para el propósito que convoca el presente artículo, nos interesa la que distingue entre la hipoteca de tráfico (ordinaria) y la hipoteca de máximo (o de seguridad). La primera es aquella en la que se garantizan obligaciones ya nacidas y perfectamente determinadas en todos sus extremos, de manera que también están determinadas en la inscripción registral. En

otras palabras, no hay nada determinable, todo está determinado (Burgos Ávila 2017, 8). Frente a ello, en las hipotecas de máximo la existencia del crédito no se encuentra determinado, pero resulta determinable por una serie de medios que son ajenos a los Registros Públicos, lo que conlleva a atenuar, debido a necesidades propias del tráfico jurídico, los principios de especialidad y de accesoria, que constituyen pilares de la hipoteca en general.

En tal sentido, la finalidad de las siguientes líneas radica en analizar, desde el formante doctrinal, legal y jurisprudencial, tanto nacional como comparado, el tratamiento de las hipotecas de máximo, su significado, principales caracteres, problemas en torno a su aplicación, y diversos aspectos propios de la función económica que cumple en el tráfico jurídico.

2. Breve aproximación conceptual a la garantía real de hipoteca

La hipoteca es un derecho real de garantía.

Es accesorio e indivisible, constituido en forma solemne sobre un inmueble, en garantía del cumplimiento de obligaciones, propias o ajenas, que otorga al acreedor la acción real de perseguir la cosa hipotecada en cabeza de quien la posea y hacerla vender judicialmente para que, con el producto de la venta, se le pague de preferencia su crédito (Leuro 1972, 7).

Según Musto, la hipoteca es el derecho real convencionalmente constituido como accesorio de un crédito determinado, en función de garantía por un monto expresado en dinero, que recae sobre una cosa inmueble especialmente individualizada, que queda en poder del constituyente y que, debidamente registrado, en caso de incumplimiento del débito, da derecho al acreedor a perseguir la cosa en poder de quien se encuentre, ejecutarla y cobrarse con el producido con prelación sobre los demás acreedores (2000, 231).

Avendaño indicaba que la hipoteca solo puede garantizar una obligación de dar suma de dinero, no una obligación de hacer o no hacer dado que la hipoteca desemboca, en caso de incumplimiento del deudor, en la venta del bien gravado; en todo caso puede haber hipoteca en una obligación de hacer o no hacer pero no para garantizar la obligación



misma sino para garantizar el pago de la penalidad o multa en caso incumplirse la obligación (2011, 583).

Como todo derecho real de garantía, supone el aseguramiento de una obligación en el momento de su cumplimiento con un inmueble que queda en poder del deudor (Cuadros Villena 1996, 257), sujetando directa e inmediatamente dicho bien sobre los que se impone al cumplimiento de una obligación, para cuya seguridad fue constituida (Jiménez Clar 1990, 187). Ello entraña una especial relación entre el derecho real de garantía y el derecho de crédito (Díez-Picazo 2012, 381).

La hipoteca es considerada como el más perfecto derecho real de garantía de créditos al recaer sobre bienes inmuebles singularizados y sometidos al régimen de publicidad del registro inmobiliario. El deudor no pierde la posesión del bien, lo cual constituye una ventaja para él, ya que no se altera o disminuye la explotación normal a que están sometidos y, el acreedor, lo mismo que en la prenda, adquiere el derecho de realizar el valor del inmueble en pública subasta y pagarse preferentemente ante los demás acreedores del deudor, en caso de incumplimiento de la obligación (Valencia Zea y Ortiz Monsalve 2012, 506).

Cabe precisar que, la hipoteca es limitativo del dominio, más no desmembratorio. Todos los *ius*: el *uti*, el *fruti* y el *disponendi* permanecen con el deudor propietario. Solo es limitativo por cuanto el deudor no puede realizar ciertos actos que, indudablemente, perjudicarían los intereses del acreedor tales como demoler el bien o imponerle una servidumbre pasiva que, lógicamente, lo afecta de manera negativa y le restaría valor en un eventual remate (Maisch von Humboldt 1980, 147).

Esta limitación es consecuencia lógica de la garantía otorgada al acreedor, pero las facultades propias del dominio no se trasladan y el dueño las conserva intactas y, por ello, no se produce una desmembración (Arias Schreiber Pezet 2006, 647). Y es que, con razón se indica, la hipoteca no exige, como ocurre con otros derechos de garantía, que se produzca un desplazamiento de la posesión, siendo característica sustancial que los bienes continúen siendo poseídos por el hipotecante (Díez-Picazo 2012, 381). En tal sentido:

“(…) la característica fundamental de la hipoteca es la de conceder al acreedor, que no adquiere la posesión de la cosa, un derecho real en virtud del cual tiene la persecución del bien gravado, en poder de quien se halle, y la preferencia para ser pagado, con el producto de su remate” (Pérez Vives 1990, 77).

Queda claro, entonces, que la hipoteca es un derecho real de garantía en seguridad de cualquier obligación que afecta cosas inmuebles que permanecen en poder del constituyente (Cueva Morales 1986, 124), otorgando al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado (Palacios Castillo 2007, 90).

Nuestra jurisprudencia define a la hipoteca de la siguiente manera:

(1) Casación No. 1713-2007, Lima.

(2) Casación No. 2880-2000, Lambayeque.

(3) Casación No. 4413-2010, La Libertad.

- Por ella se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero, y que la garantía no determina la desposesión mobiliaria o inmobiliaria y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado⁽¹⁾.
- Es una garantía real, no es un contrato; siendo accesoria e indivisible, se constituye sobre inmuebles que no dejan de estar en posesión del deudor y que concede al acreedor el derecho de perseguir el bien gravado en poder de quien se halle, para hacerlo subastar en caso de que el deudor no pague el crédito principal, con el fin de que este sea cubierto con el producto de remate⁽²⁾.
- Es la afectación de un inmueble dado en garantía por el incumplimiento de una obligación, lo que otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado⁽³⁾.

En síntesis, la hipoteca es un derecho real de garantía frente a una obligación, propia o proveniente de un tercero, que otorga al acreedor un conjunto de facultades, tales como de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado. Debido a su importancia en el tráfico jurídico se presenta como la garantía real por excelencia, accesoria a una obligación que busca garantizar, con la capacidad de lograr afectar bienes inmuebles, sin afectar la posesión sobre el mismo que ostenta el deudor hipotecario.

3. Sobre la importancia socio-económica de la hipoteca

Toda institución cumple finalidad. Como indica Palacios Pimentel, “actualmente la hipoteca viene a ser un valioso e imprescindible instrumento de garantía para la concesión de créditos; para la garantía de cualquier obligación de dar, hacer o no hacer” (2004, 868).

La hipoteca es la figura estelar de los derechos reales de garantía (Lasarte 2010, 5) debido a la seguridad que otorga al recaer sobre un bien inmueble, cuyo valor, supuesto

Las hipotecas de máximo en el sistema de garantías peruano ¿Qué ocurre con los principios de accesividad y especialidad en cuanto al crédito en las hipotecas de máximo?

entendido es, que se mantendrá razonablemente alto durante toda la vida de la deuda y por la facilidad que otorga un procedimiento de ejecución extraordinariamente rápido, desprovisto de excepciones y de incidentes (Díez-Picazo 2012, 373).

Es una institución jurídica que sirve como instrumento de crédito (Cueva Morales 1986, 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, 187).

Así, 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, 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 2014, 449).

La función de la hipoteca, por lo tanto, radica en garantizar un derecho creditorio. El crédito es el principal y su accesorio es la hipoteca, que le procura seguridad. La suerte del derecho real está ligada a la obligación a la que accede. En consecuencia, si ésta nace, se transmite o se extingue, la hipoteca sigue el mismo cambio (Alberdi Imas 2016, 155).

Como iniciamos este punto, a la hipoteca se le ha denominado como la figura estelar de las garantías reales por su habitual seguridad, pero esta predilección financiera por ella ha empujado al mercado a abusar de ella, al emplearla como recurso financiero más y con un tráfico desligado de su primitiva función (Rams, Moreno y Rubio 2011, 165). Se concibe como un eficaz medio de garantía para el acreedor y como un instrumento que permita al deudor acceder al crédito (Santa María Mecq 2001, 262).

4. Sobre las hipotecas de máximo en el sistema de garantías peruano

4.1. ¿Qué son las hipotecas de máximo?

También denominadas como hipotecas de seguridad, flotantes o abiertas.

Son aquellas que, por asegurar obligaciones de cuantía incierta cuando se constituye, contiene una cifra máxima o tope de responsabilidad hipotecaria. En ese contexto, "la principal peculiaridad de la hipoteca de máximo, en contraposición con las hipotecas ordinarias, reside en que alguno de los elementos de la obligación garantizada no se encuentra determinado en el momento de la constitución de esta. Ello deriva en que la fe pública registral no se extiende al crédito garantizado, ya que la existencia de la cuantía de éste queda supeditada a la realidad jurídica extra registral" (Rodiles 2018, 7-8).

Como lo hemos visto, la hipoteca garantiza el principal del crédito, esto es, el capital. Esto es justamente el objeto de la hipoteca. Por lo general, el monto del gravamen (suma máxima hasta por la cual responde el bien hipotecado) coincide con el capital. Sin embargo, nada impide que la hipoteca cubra parte del capital. La responsabilidad hipotecaria sería entonces menor que el principal del crédito. En este caso, la hipoteca cubriría solamente la parte del capital que fue garantizado (Avendaño Arana 1993, 90).

Naturalmente, cuando nos referimos a las hipotecas de máximo, aquella supone que el objeto sobre el cual recae es un crédito abierto; no obstante, el gravamen ostenta un límite máximo, hasta donde puede responder.

La hipoteca de máximo es un tipo de hipoteca cuya finalidad es la de garantizar varias obligaciones a la vez. No es necesario que estas obligaciones existan en el momento de constitución de dicha hipoteca y tampoco es necesario determinar su importe. Lo que se indica es un máximo al que puede llegar la responsabilidad hipotecaria. De esta forma, se disminuye el coste necesario para la constitución de distintas hipotecas o préstamos, uno para cada obligación que tengamos en la misma entidad financiera (Escuela de Hipotecas 2016).

La principal utilidad de una hipoteca de máximo es el ahorro de costos, toda vez que no es necesario hacer una novación de la hipoteca para incluir nuevos inmuebles o solicitar una nueva hipoteca, que supondría más gastos. Además, esta hipoteca permite el ahorro en los gastos notariales o registrales (Escuela de Hipotecas 2016).

La hipoteca de máximo es una subespecie de las hipotecas de seguridad, destinada a



garantizar créditos eventuales; es decir, aquellos que carecen de existencia y eficacia, pero como derechos eventuales poseen un proceso de gestación que da lugar a una titularidad preventiva o provisional (Mazzucco Barthe 1983, 12).

Como lo veremos más adelante, la hipoteca de máximo presenta los siguientes caracteres: Necesidad de la fijación de un máximo de responsabilidad hipotecaria, indeterminación de la existencia o cuantía de los créditos garantizados por la hipoteca, necesidad de la individualización del crédito en sus líneas fundamentales, determinación por medios extrahipotecarios del crédito que en definitiva resulte garantizado (Mazzucco Barthe 1983, 12).

En la hipoteca de máximo el título constitutivo y el título ejecutivo se encuentran distanciados y son independientes entre sí, apareciendo sólo inscrito el título constitutivo de la hipoteca en el Registro, y según la naturaleza de las relaciones jurídicas aseguradas, contará el acreedor con un título ejecutivo o deberá proceder a la ejecución por la vía ordinaria (Mazzucco Barthe 1983, 13). Por ello, en la hipoteca de máximo es imprescindible que en el acto constitutivo, se declare el “valor estimativo” o monto máximo de responsabilidad hipotecaria, para cumplir con el principio de especialidad, el que se relaciona con el derecho real de garantía y no con el crédito garantizado (Mazzucco Barthe 1983, 13).

Naturalmente, por ser una hipoteca inmobiliaria tendrá que constituirse sobre bienes inmuebles y será un derecho de desarrollo registral, sujeto al Derecho de las Garantías Reales, cuyos principios informadores -de publicidad, legalidad, fe pública, legitimación, y tracto sucesivo- deberá respetar (Burgos Ávila 2017, 6).

Se utiliza el nombre de hipoteca abierta para indicar que el derecho real de hipoteca garantiza el cumplimiento de créditos eventuales o futuros. Así, en el marco de determinado tiempo, nacerán varias obligaciones entre el deudor y el acreedor, pero todas serán afianzadas por una única constitución de hipoteca. Ante la imposibilidad de individualizar cada uno de los créditos al momento del contrato constitutivo, pues aún no han nacido, se los denomina como *indeterminados* (Alberdi Imas 2016, 159).

Así se diferencia de la hipoteca comúnmente conocida, que asegura un crédito determinado de dar una suma de dinero. A la primera, se la denomina hipoteca abierta, de máximo, o que asegura créditos indeterminados. A la segunda, hipoteca cerrada o propiamente dicha y asegura créditos determinados al momento de su constitución (Alberdi Imas 2016, 159).

En síntesis, la hipoteca abierta o de máximo puede definirse como aquel derecho real que recae sobre un inmueble determinado, ya sea del deudor o de un tercero llamado constituyente, por el cual se garantiza el pago de créditos eventuales o futuros, que irán surgiendo en base a la relación comercial según se pacte en el contrato fuente, al tiempo del acto constitutivo o posteriormente (Alberdi Imas 2016, 159).

4.2. ¿Qué finalidad tienen las hipotecas de máximo y cuál es la cláusula modelo bajo la que se pacta?

A la luz de las nuevas prácticas corporativas y financieras, las hipotecas de máximo adquieren una notable importancia, pues, por su propia naturaleza, resultan más flexibles y dinámicas para el deudor, con la tranquilidad de que siempre existirá un tope, al cual sirve como garantía tanto para el acreedor como deudor hipotecario.

En realidad, lo único que el máximo determina es el límite (máximo) de riesgo de los terceros que adquieran derechos sobre la finca hipotecada. Obviamente, la inexistencia de un máximo de responsabilidad supondría un coste insoportable de inseguridad que desincentivaría a adquirir derechos sobre la finca hipotecada. Por la misma razón, la existencia de una cifra máxima supone también una norma en interés del deudor hipotecante, pues la certidumbre sobre la cuantía máxima que deberá soportar el tercero permite al deudor poner en el mercado un valor cierto que no está afectada a la garantía (Carrasco, Cordero y Marín 2002, 534).

Por lo tanto, como ha indicado Álvarez Caperochipi “podemos calificar la hipoteca de máximo como una hipoteca de seguridad en la que la indeterminación del crédito asegurado se sustituye por una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria” (2015, 401).

La mayor razón de ser de esta forma de hipoteca está en la movilización de crédito en los bancos, dado que un cliente puede formalizar la operación en garantía de los saldos deudores que puedan resultar en cualquier momento *por hasta cierta cantidad*, que es el máximo hasta el cual responde el bien hipotecado (Cano Llopis 1952, 71). Así, en la práctica, se acostumbra incluir la hipoteca de máximo con el siguiente tenor:

“Séptimo.- En el caso de incumplimiento por parte de la empresa Compradora S.A.C. del pago de una o varias facturas y con independencia de la responsabilidad personal e ilimitada de dicha sociedad en cuanto a sus propios bienes presentes y futuros, por medio de la presente, Compradora S.A.C. constituye a favor de Suministradora S.A.C., un derecho de hipoteca sobre el inmueble que se describirá en la cláusula siguiente, estableciéndose

Las hipotecas de máximo en el sistema de garantías peruano ¿Qué ocurre con los principios de accesoriadad y especialidad en cuánto al crédito en las hipotecas de máximo?

como límite máximo garantizado con la misma, la cantidad de US\$ 500,000.00 dólares americanos”

La implementación de este régimen de garantía, está directamente relacionado con la prevención de los riesgos que puede sufrir una relación comercial o financiera en un mediano plazo, en un país donde la economía fluctúa constantemente. Un factor que potencia la constitución de la hipoteca de máximo en la actualidad, es sin dudas la búsqueda de prevenir las contingencias económicas (Alberdi Imas 2016, 162).

Finalmente, desde el punto de vista económico, las hipotecas de máximo resultan muy ventajosas, toda vez que permiten garantizar diversas obligaciones contractuales mediante una única hipoteca, lo cual tiende a disminuir los costos de transacción que originan tales operaciones. Desde la perspectiva del deudor, los créditos son otorgados con mayor celeridad, lo que hace más eficiente el tráfico comercial.

4.3. ¿Cuáles son las principales características de las hipotecas de máximo?

En atención a lo antes indicado, dentro de las principales características de la hipoteca de máximo tenemos:

- a) La indeterminación del importe asegurado; ello redundante en que en el momento de la constitución de la garantía, tan sólo se anotará el importe máximo del que deberá responder el bien hipotecado, independientemente de si el importe de la obligación garantizada acaba alcanzando dicha cantidad o no (Rodiles 2018, 8).

Se trata de una modalidad específica de la hipoteca que consiste en que en la escritura de constitución sólo se determina el monto máximo del crédito de que pueda responder una finca, pero sin poderse determinar la existencia del crédito. Al hacerse una comprobación de gravámenes que pesen sobre el predio, la escritura misma no puede especificar la responsabilidad junto con la causa que motiva el crédito, puesto que es corriente constituir esta clase de hipotecas en garantía de todos los créditos que resulten contra el deudor, en el futuro (Cano Llopis 1952, 71).

Sea cual sea la obligación asegurada, esa cifra máxima de responsabilidad hipotecaria tiene que expresarse siempre en moneda nacional. Los casos más frecuentes de hipoteca de máximo son los de aquellos que aseguran intereses variables o de demora, costas y gastos, la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, la hipoteca contra-aval y la hipoteca en garantía de obligaciones cuyo pago deba hacerse en moneda extranjera, donde su cuantía depende del tipo de cambio que en el momento de pago rija para la correspondiente divisa (Carrasco, Cordero y Marín 2002, 533-534).

- b) La necesidad de determinación por medios extra hipotecarios del crédito o créditos que vayan a resultar garantizados; de esta manera, el acreedor podrá obtener su título ejecutivo a partir de la prueba y determinación, por medios extra registrales, de la existencia, cuantía y vencimiento de la obligación garantizada (Rodiles 2018, 8).

4.4. ¿Tienen vigencia los principios de accesoriadad y especialidad en cuánto al crédito, en el caso de las hipotecas de máximo?

Como hemos visto en los puntos anteriores, las hipotecas de máximo tienen una particularidad, y es que, al momento de su constitución, no se encuentra determinado el monto exacto y preciso del crédito, que va a encontrarse respaldada por la garantía hipotecaria. Ello, según lo analizaremos a continuación, genera que los principios de accesoriadad y especialidad ostenten un matiz bastante particular.

Y es que, en virtud del principio de especialidad, la obligación garantizada por hipoteca deberá estar perfectamente determinada (Jiménez Clar 1990, 188). Si la hipoteca respalda una obligación, más allá que provenga del deudor o de un tercero, lo mínimo que puede esperarse razonablemente es que se identifique cuál es esa obligación garantizada, al margen que sea simple o modal (Ortega Piana 2013, 168).

Con frecuencia, la especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen, en efecto el artículo 2189 del Código Civil y Comercial argentino establece que “(...) el crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto”. De no poder individualizarse el objeto por ser indeterminado a la hora de la constitución de la hipoteca, se permitirá que pueda hacerse posteriormente; sin embargo, se le añade un requisito a la estructura del derecho real de hipoteca en caso de asegurar créditos futuros: el monto de la garantía valdrá como máximo del gravamen, sin poder éste ser aumentado bajo ningún concepto (Alberdi Imas 2016, 19).

El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas, u otros conceptos (Frontini y Malea 2018, 12). Ello, en nuestra opinión, supone que aun cuando la hipoteca de máximo establezca un monto límite de responsabilidad hipotecaria, el principio de especialidad se encuentre presente.



Según una atenta doctrina, el principio de especialidad requiere que la hipoteca asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable (Del Risco Sotil 2014, 200). Así, de conformidad con el numeral 2 del artículo 1099 del Código Civil, son requisitos para la validez de la hipoteca: “Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable”. La validez de la hipoteca, en tal sentido, radica en su aseguramiento de una obligación determinada o determinable, sea presente o futura, tal como ocurre con la hipoteca de máximo, en cuyo caso la especialidad del crédito quedará sujeta a que la obligación futura (definida por un tope máximo) se convierta en una obligación que tenga existencia, sea cierta y, por ende, exigible.

La hipoteca, como regla general, se constituye en respaldo de una obligación presente del deudor (Bigio Chrem 1991, 116). Sin embargo, nuestro Código Civil, recogiendo la orientación de la legislación moderna, permite que se constituya hipoteca para garantizar una obligación futura o eventual. Esto no desvirtúa el carácter accesorio de la hipoteca, ni de su especialidad en cuanto al crédito, porque sigue siendo un derecho real que surge como colateral de una obligación que si bien no existe todavía, es ya determinable (Cueva Morales 1986, 63).

El artículo 1104 del Código Civil dispone que “La hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual”. A esto se denomina crédito abierto, dentro del cual podemos ubicar a las hipotecas de máximo, el cual no fue tratado en el Código Civil de 1936 y está destinado a favorecer el desarrollo del crédito, permitiendo que la garantía no solo cubra una obligación existente sino también una futura o eventual. Desde luego, y en aplicación del principio de accesoriedad, así como el de especialidad, la validez de la garantía estará sujeta a que la obligación futura o incierta se convierta en una obligación que en un momento determinado tenga existencia y sea cierta (Arias Schreiber Pezet 2006, 668).

Por otro lado, la hipoteca un derecho accesorio que, únicamente, se constituye cuando se quiere garantizar alguna obligación. Debemos tener en consideración el apotegma *accessorium sequitur principale* (Maisch von Humboldt 1980, 145). Es un derecho accesorio, o sea que depende de una obligación principal cuyo cumplimiento garantiza (Arias Schreiber Pezet 2006, 648). Esto es, al igual que la garantía mobiliaria o la anticresis, “la hipoteca depende del derecho creditorio al que garantiza; o sea, que la accesoriedad es en función de garantía” (Alterini y otros 2000, 2).

Parecería, entonces, que el carácter accesorio de la hipoteca demanda la necesidad de que el crédito sea existente al momento de su constitución. Si es que no hay obligación vigente, no podría haber hipoteca. Y es que no puede existir lo accesorio sin lo principal (Del Risco Sotil 2014, 198). No obstante, ello no es así, veamos:

“Artículo 1097.- Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de *cualquier* obligación, propia o de un tercero”.

Es decir, el Código Civil admite que se pacten hipotecas frente a cualquier tipo de obligaciones, para la cobertura de obligaciones existentes o no a la fecha de constitución, lo cual es corroborado con el artículo 1104 cuando menciona que “La hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual”.

¿Esto supone una excepción al principio de accesoriedad? Consideramos que no. El carácter accesorio no se confirma por la existencia del crédito al momento del nacimiento de la garantía, sino que establece que la hipoteca debe servir, en todos los casos y sin excepción, al aseguramiento de una obligación, ya sea ésta actual o futura (Del Risco Sotil 2014, 198).

Con acierto, Albaladejo (1983, 276) señalaba:

“(…) que exista ya una obligación, o que, como el caso de hipoteca en garantía de obligaciones condicionales, futuras, etcétera, no exista todavía, y pueda, sin embargo, existir ya la hipoteca que la garantizará (si llega a nacer), no prueba nada contra la accesoriedad entendida en el sentido de que la hipoteca se establece para (cuando proceda) asegurar tal obligación”.

En la hipoteca de máximo, se afirma, la garantía nace independiente del crédito; sólo cuando se determina el crédito (esto es, cuando se identifica el crédito concreto de entre los genéricamente asegurados), se produce la incorporación del crédito (o créditos) a la hipoteca y con ello, el efecto automático de la transformación de la hipoteca de máximo en hipoteca ordinaria (Azofra Vegas 2015, 268).

Queda claro que la hipoteca de máximos, que importa una obligación futura, no se opone al carácter accesorio de dicho derecho. También en estos casos existe accesoriedad pues los créditos que posteriormente se contraigan por el deudor estarán cubiertos por la garantía, en virtud a que dicha hipoteca fue constituida para tal fin y no para ser un derecho autónomo e independiente a la obligación (Del Risco Sotil 2014, 199).

Siendo ello así, en realidad existe un falso dilema en relación a que con ocasión de las hipotecas de máximo los principios de especialidad del crédito y de accesoriedad se relativizan. Ambos principios, en realidad, siguen presentes, tal como ocurre con una hipoteca de tráfico u ordinaria.

Las hipotecas de máximo en el sistema de garantías peruano ¿Qué ocurre con los principios de accesoriedad y especialidad en cuanto al crédito en las hipotecas de máximo?

4.5. ¿Cómo se encuentran reguladas, en el formante legislativo comparado, las denominadas hipotecas de máximo?

El tratamiento de las hipotecas de máximo, aun cuando se sustentan en la posibilidad de que se pueda constituir hipotecas sobre obligaciones futuras con un límite, previamente fijado por las partes, se trata de un tipo de garantía que ha tenido un reconocimiento expreso en ciertos ordenamientos jurídicos.

Así, por ejemplo, en el sistema español, el artículo 153 de la Ley Hipotecaria establece:

“Artículo 153.- Podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, determinándose en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca y el plazo de duración, haciendo constar si éste es o no prorrogable, y, caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta.

Si al vencimiento del término fijado por los otorgantes o de la prórroga, en su caso, el acreedor no se hubiere reintegrado del saldo de la cuenta, podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro en la parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca por el procedimiento establecido en los artículos 129 y siguientes. A la escritura y demás documentos designados en la regla 3ª del artículo 131 deberá acompañar el que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada.

(...)” (el resaltado es nuestro).

Según Azofra, con el referido artículo se supera toneladas de páginas escritas en artículos, recursos, resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y alguna sentencia sobre la aplicación de los principios de accesoriedad, determinación o especialidad y publicidad al ámbito de la hipoteca de máximo o global (2015, 14).

Agrega el mismo autor “no fue preciso modificar nada más. Y nuestro apreciado sistema hipotecario siguió en pie, sin desmoronarse como castillo de naipes, como vaticinaban algunos guardianes de la ortodoxia registral” (Azofra Vegas 2015, 14-15). En el caso del *Code Napoléon*, la posibilidad de constituir hipoteca en garantía de varias obligaciones, aún futuras, recién fue incorporada a través de la Ordenanza No 2006-346, de fecha 23 de marzo de 2006. Sobre el particular, el vigente artículo 2421 del Código Civil francés dispone:

“Artículo 2421.- La hipoteca puede ser otorgada como garantía de una o más deudas, presentes o futuras. Si dichas deudas son futuras, deberán ser determinables. La causa se determina en el documento”.

La mencionada ordenanza ha supuesto una importante modernización del sistema hipotecario francés, hasta entonces rígidamente causalista. Dicha modificación permite cubrir con una única hipoteca una pluralidad de créditos (incluso créditos futuros), tal como puede ser hipotecas de máximo, así como reutilizar una hipoteca existente para garantizar una ampliación del préstamo originalmente garantizado, ya sea el nuevo crédito concedido por el mismo acreedor original,

o por uno nuevo, incluso una vez que el crédito original hubiera sido amortizado completamente (hipoteca recargable) (Azofra Vegas 2015, 65).

Por otro lado, el artículo 2189 del Código Civil y Comercial argentino dispone:

“Artículo 2189.- El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen.

El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas, u otros conceptos.

El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de diez años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia” (el subrayado es nuestro)

Por ser indeterminada la suma por la cual se generarán obligaciones, la ley impone que se prevea un monto máximo para la garantía real -por el cual responde el inmueble- y prevé que la vigencia no puede superar los diez años (Alberdi Imas 2016, 159).

Según una atenta doctrina argentina, la modificación más importante se da en materia de especialidad en cuanto al crédito, en donde se admite la doctrinalmente llamada hipoteca ‘abierta’ o ‘de máximo’. A través de ella, ampliando claramente la regulación actual, se permite que la constitución de derecho real señale el monto máximo que será garantizado con la hipoteca, pero sin necesidad de una enumeración precisa de la cantidad de actos jurídicos que podrán celebrarse entre deudor y acreedor para alcanzar esa suma (Dodda y Urbaneja 2012, 972).

No obstante, como hemos visto, se exige al momento de la constitución de la hipoteca, que se determine únicamente la cifra máxima de la que habrá a futuro de responder, de modo tal que constituye un mecanismo de seguridad tanto para el deudor, como para el acreedor que se vinculan con ocasión de una operación contractual y comercial, por lo general, duradera.



De esa manera, el artículo 2431 del Código Civil chileno dispone:

“Artículo 2431.- La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente; pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado (...).”

La referida norma, según Mery, consagra la hipoteca de máximo, pues para que esta exista sólo se necesita que las partes la acuerden y estipulen el límite máximo de responsabilidad hipotecaria (Mery Berisso 1958, 45). De esa manera, “se permite que una sola hipoteca garantice todas las obligaciones que lleguen a existir entre un deudor y su acreedor, con el alcance de que debe establecerse previamente un límite máximo a la responsabilidad hipotecaria” (Miles Castro 2010, 115).

5. A manera de conclusión

La hipoteca es el derecho real de garantía más importante de todos. Y es que, gracias a ser generada por el mecanismo de cognoscibilidad más perfecto que se conoce, como son los Registros Públicos, se constituye en una relación jurídica cuya oponibilidad supera incluso a la misma propiedad, considerada tradicionalmente como la más perfecta de las relaciones reales.

Con frecuencia se indica que, de los principios de especialidad y accesoriedad depende el crédito territorial. Su aplicación rigurosa genera una mayor seguridad jurídica, pero dificulta la satisfacción de nuevas necesidades, al no dar cabida a nuevas figuras hipotecarias. Frente a ello, una interpretación flexible mina esa seguridad jurídica, pero agiliza la concesión de crédito mediante la admisión de nuevas figuras, tal como son las hipotecas de máximo (Azofra Vegas 2015, 17).

En realidad, las hipotecas de máximo, que suponen que las partes establezcan un límite máximo de crédito al momento de su constitución, no constituyen una flexibilización ni del principio de accesoriedad, ni de especialidad en cuanto al crédito, pues, como lo hemos sostenido, los créditos que, con posterioridad, se contraigan por el deudor hipotecario estarán cubiertos por dicha garantía, en mérito a que dicha hipoteca fue constituida con tal objetivo, el mismo que fue causalizado al momento de su constitución.

Las hipotecas de máximo, que suponen la generación de créditos futuros, se convierten en instrumentos idóneos para el tráfico comercial, de larga duración, pues se adecua a los intereses de las partes, y brinda seguridad tanto al deudor -pues le evita un sobreendeudamiento y tiene un acceso rápido a diversos créditos-, como al acreedor, que cuenta con un bien inmueble en respaldo de las obligaciones que asume el deudor.

Se trata, en definitiva, de una figura útil, que debe ser difundida, a efectos de que en la práctica se consolide. Mientras tanto, estimamos que su balance, a la luz de las innovaciones

en el Derecho Comparado, resulta plenamente positivo.

6. Referencias bibliográficas

Albaladejo, Manuel. 1983. Derecho civil. Número 5. Vol. 3. Barcelona: Bosch.

Alberdi Imas, Luana. 2016. “La hipoteca y sus caracteres en el Código civil y comercial de la nación”. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, número 46 (2016):152-167.

Alterini, Jorge Horario, Pablo María Corna, Elsa Beatriz Angelani, y Gabriela Alejandra Vásquez. 2000. *La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra. La acción revocatoria concursal*. Buenos Aires: La Ley.

Álvarez Caperochipi, José Antonio. 2015. *Derechos reales*. Lima: Jurista Editores.

Arias Schreiber Pezet, Max. 2016. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Vol. 2. Lima: Gaceta Jurídica.

Avendaño Arana, Francisco. 1993. La extensión de la hipoteca. *Themis*: 85-93.

Avendaño, Jorge. 2011. Definición de hipoteca. Vol. 5, de Código Civil comentado, de Walter Gutierrez y Manuel Muro, 583-587. Lima: Gaceta Jurídica.

Azofra Vegas, Fernando. 2015. *La hipoteca flotante*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Bigio Chrem, Jack. 1991. Reflexiones en relación a la hipoteca en el Código civil de 1984. *Derecho PUCP*, número 45: 111-129.

Burgos Ávila, Rafael. 2017. *Análisis de la hipoteca flotante*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.

Cano Llopis, Manel. 1952. *La hipoteca en el Derecho comparado*. Panamá: Imprenta Nacional.

Carrasco, Ángel, Encarna Cordero, y Manuel Marín. 2002. *Tratado de los Derechos de garantía*. Navarra: Aranzadi.

Cuadros Villena, Carlos Ferdinand. 1996. *Derechos reales*. Vol. 6. Lima: Fecat.

Cueva Morales, Carlos. 1986. “Hipoteca en garantía de una obligación futura o eventual”. *Themis*, número 5: 62-66.

Las hipotecas de máximo en el sistema de garantías peruano ¿Qué ocurre con los principios de accesividad y especialidad en cuanto al crédito en las hipotecas de máximo?

- Del Risco Sotil, Luis Felipe. 2014. "La cobertura y vigencia extraordinaria de la hipoteca sábana". *Themis*, número 66 (2014): 195-207.
- Díez-Picazo, Luis. 2012. Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Número 1. Vol. 6. Navarra: Aranzandi.
- Dodda, Zulma, y Marcelo Urbaneja. 2012. "Relación entre las ejecuciones hipotecarias y el registro inmobiliario en Argentina". *Revista notarial*: 972-1012.
- Escuela de Hipotecas. Hipotecas. 16 de noviembre de 2016. <https://hipotecas.com/blog/hipoteca-de-maximo/> (último acceso: 19 de noviembre de 2018).
- Hernández Canelo, Rafael. 2014. *Derecho romano. Historia e instituciones*. Lima: Jurista.
- Horna Zegarra, Zoila. 2000. La extensión de la hipoteca comentarios a la sentencia del tribunal constitucional. *Themis*, número 40: 301-304.
- Jiménez Clar, Antonio. 1990. *Introducción al Derecho civil patrimonial*. Alicante: Compas.
- Lasarte, Carlos. 2010. *Derechos reales y Derecho hipotecario*. Número 8. Vol. 5 de *Principios de Derecho civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Leuro, Alberto. 1972. *La hipoteca*. Bogotá: Temis.
- Maisch von Humboldt, Lucrecia. 1980. *Los derechos reales*. Lima: Sesator.
- Mazzucco Barthe, Edith. 1983. "Hipotecas de máximo". *Revista Notarial*, número 45: 1-13.
- Mery Berisso, Rafael. 1958. *Derecho Hipotecario*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Miles Castro, Sergio. 2010. *La cláusula de garantía general hipotecaria*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Musto, Néstor Jorge. 2000. *Derechos reales*. Vol. 2. Buenos Aires: Astrea.
- Ortega Piana, Marco. 2013. "El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado. Problemática relativa a las obligaciones (actualmente) inexistentes". **IUS ET VERITAS**, 46: 164-185.
- Palacio Pimentel, Gustavo. 2004. *Manual de Derecho civil*. Número 4. Vol. 1. Lima: Huallaga.
- Palacios Castillo, Emma. 2007. Diferencias existentes en torno a la garantía hipotecaria y la garantía mobiliaria. *Docentia et Investigatio* (2007): 87-95.
- Pérez Vives, Álvaro. 1990. *Garantías civil. Hipoteca, prenda y fianza*. Bogotá: Temis.
- Rams, Joaquín, Rosa María Moreno, y José Rubio. 2011. *Apuntes de Derechos Reales*. Madrid: Dykinson.
- Rodiles, Paola. 2018. "Hipoteca de máximo". *Inmueble*: 6-9.
- Santa María Mecq, Luis Carlos. 2001. "La hipoteca en el Derecho peruano". *Revista peruana de jurisprudencia*, número 7 (Setiembre): 257-308.
- Serrano, Eduardo, y Eduardo Serrano Gómez. 2005. *Manual de Derechos Reales*. Madrid: Edisofer.
- Valencia Zea, Arturo, y Álvaro Ortiz Monsalve. 2012. *Derecho civil. Derechos reales*. Número 11. Vol. 2. Bogotá: Temis. 