

LA COBERTURA Y VIGENCIA EXTRAORDINARIA DE LA HIPOTECA SÁBANA

THE COVERAGE AND EXTRAORDINARY FORCE OF THE OPEN MORTGAGE

Luis Felipe del Risco Sotil*
Pontificia Universidad Católica del Perú

In Peru, there are legal figures that, despite of being abolished, continue having real effects. Such is the case of the “open mortgage”, which survives in our legal system.

In this article, in regard to a recent judicial decision by the Peruvian Supreme Court, the author explains the figures of the “open mortgage” and the “ordinary mortgage”, showing their differences and warning of the inadequacy of equating their jurisprudential treatment.

KEY WORDS: *Rights in rem; warrants; mortgage; open mortgage; abolished legislation; Civil Code.*

En el Perú, existen figuras legales que, pese a estar derogadas, continúan teniendo efectos en la realidad. Tal es el caso de la “hipoteca sábana”, la cual pervive en nuestro sistema legal.

En este artículo, a propósito de una reciente decisión judicial de la Corte Suprema del Perú, el autor explica las figuras de la “hipoteca ordinaria” y de la “hipoteca sábana”, mostrando sus diferencias, y advierte sobre lo inadecuado de equiparar su tratamiento jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: *Derechos reales; garantías; hipoteca; hipoteca sábana; legislación derogada; Código Civil.*

* Abogado. Socio del Estudio Jorge Avendaño Abogados. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

Pese a que se trata de una figura legal que ha sido derogada de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico, la denominada “hipoteca sábana” aún da que hablar.

Y es que, más allá de la discusión sobre si fue justificada o no su exclusión de nuestro sistema o si dicha figura cuenta con ventajas significativas que ameritan su regreso triunfante a nuestro ordenamiento, lo innegable es que muchas garantías se pactaron durante el régimen que admitía dicha fórmula de aseguramiento y se aplican hoy de forma ultractiva a la relaciones jurídicas entre los particulares –artículo 62 de la Constitución–, por lo que es común ver decisiones judiciales recientes que interpretan, con menor o mayor acierto, su naturaleza, sus alcances y sus causales de extinción.

Pervive entonces, aunque de manera ultractiva, la hipoteca sábana entre los que se sometieron voluntariamente a dicho régimen legal, por lo que es menester ocuparnos de tal figura, más aún cuando existen decisiones judiciales que equiparan indebidamente dicho aseguramiento especial al estatuto ordinario de la hipoteca civil.

La decisión judicial que motiva el presente artículo va en esa peligrosa dirección. Se trata de la Casación 1271-2013-Lima del 29 de noviembre de 2013, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, por la cual se declaró fundado el recurso de casación interpuesto por un deudor hipotecario y, en consecuencia, fundada la contradicción en el juicio de ejecución de garantías seguido por una entidad bancaria.

El referido caso es como sigue: Una sociedad conyugal constituyó una hipoteca sobre un inmueble de su propiedad a favor de una entidad bancaria, hasta por una suma determinada. Dicho gravamen cubría todas las deudas contraídas por el deudor con el banco, alcanzando tanto a las obligaciones directas e indirectas, así como a las deudas presentes y las futuras. Era, pues, una “garantía sábana”.

En el marco de la relación banco-cliente, se originó un crédito cubierto por la mencionada garantía, ascendente a la suma de US\$ 127,000.00. Este crédito fue cancelado oportunamente por el deudor. Posteriormente, la

sociedad conyugal sustituyó su régimen patrimonial de sociedad de gananciales a uno de separación de patrimonios, adjudicándose uno de los cónyuges la propiedad exclusiva sobre el inmueble.

Tiempo después, la misma entidad bancaria otorgó un préstamo a una compañía. La deuda se instrumentalizó en un pagaré, el cual fue garantizado por la sociedad conyugal en calidad de fiadores solidarios (deudores indirectos de dicho crédito).

El crédito descrito en el párrafo precedente no fue cancelado, por lo que la entidad bancaria interpuso una demanda de ejecución de garantías contra la sociedad conyugal.

Tanto la primera como la segunda instancia se pronunciaron a favor de la ejecución de la hipoteca, ordenando el remate del bien. Consideraron que la hipoteca cubría la obligación contraída por la compañía, toda vez que se trataba de una deuda indirecta de la sociedad conyugal, la cual estaba comprendida dentro de los alcances de la hipoteca sábana, conforme al artículo 172 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros [en adelante, la “Ley de Bancos”].

Ambas instancias judiciales consideraron también que, debido al carácter persecutorio de la hipoteca, la adjudicación a favor de uno de los cónyuges no enervó la vigencia de la garantía. No obstante lo expuesto, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación presentado por el deudor hipotecario y, actuando en sede de instancia, declaró fundada la contradicción. Sus argumentos fueron los siguientes:

“CUARTO.- Que, sin embargo, que la norma permita las hipotecas futuras no significa que éstas sean eternas y que puedan extenderse en el tiempo sin posibilidad de finalización alguna. Un análisis integral de los dispositivos del Código Civil permite afirmar que toda hipoteca es susceptible de extinguirse, bastando para ello que exista cualquiera de las causales enunciadas en el Artículo 1122 del señalado cuerpo legal, esto es: (i) Extinción de la obligación que garantiza; (ii) anulación, rescisión o resolución de dicha obligación; (iii) renuncia escrita del acreedor; (iv) destrucción del inmueble; o, (v) consolidación”.

“QUINTO.- Que, por consiguiente, la expresión ‘obligaciones directas o indirectas’ o ‘presentes o futuras’ no significa que la hipoteca perviva necesariamente; ella subsiste mientras haya una deuda vigente (que puede ser renovada, ratificada o modificada), pero cancelada esta o concurriendo cualquiera de las otras causales señaladas en el artículo 1122 del Código Civil, la hipoteca se extingue. Lo contrario originaría que la hipoteca se extendiera en el tiempo sin posibilidad alguna de extinguirla, con el consiguiente perjuicio del deudor y el favorecimiento impropio al acreedor”.

[...] “NOVENO: [...] Que la hipoteca [...] fue otorgada para garantizar el pagaré [...] por la suma de US\$ 127,000.00 [...]; (ii) que dicho pagaré fue cancelado [...]; (iii) que a esa fecha los deudores no tenían vínculo obligacional con el Banco [...]; y, (iv) que habiendo ocurrido el pago se había extinguido la obligación y no existiendo ésta se había extinguido la hipoteca, por mandato expreso de lo expuesto en el artículo 1104 del Código Civil”.

[...] “DÉCIMO.- Que, por consiguiente, si bien es verdad que existe otro pagaré que al parecer no ha sido cancelado y en la que intervienen los demandados como fiadores solidarios, no es menos cierto que tal deuda no está garantizada con una hipoteca que ya se extinguió”.

En opinión de la Corte Suprema, para que la hipoteca sávana subsista, deben existir necesariamente créditos pendientes de pago, pues de producirse la cancelación del último crédito garantizado se produce la extinción automática de esta garantía. Sostener lo contrario, a decir de la Corte Suprema, implicaría concebir un gravamen “eterno”, sin posibilidad alguna de finalización, en perjuicio del deudor y con el consiguiente favorecimiento “impropio” del acreedor.

Consideramos que la sentencia de la Corte Suprema es equivocada, pues asimila indiscriminadamente la naturaleza jurídica y los efectos de la hipoteca civil ordinaria a una figura legal que dista mucho de aquélla. Para probar este punto, es necesario tratar primero el régimen general de la hipoteca civil. Luego abordaremos el régimen especial que la Ley de Bancos estableció para la hipoteca sávana, actual-

mente derogado, pero que rige para las hipotecas que hayan sido pactadas en el marco de dicha legislación particular.

II. EL RÉGIMEN GENERAL DEL DERECHO DE HIPOTECA: LA HIPOTECA CIVIL

A. Concepto

El régimen general de la hipoteca está previsto en el Código Civil, en los siguientes términos:

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

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

La hipoteca es un derecho real de garantía que recae exclusivamente sobre inmuebles y se constituye con el propósito de asegurar el cumplimiento de una o más obligaciones, propias o de terceros. Es una garantía sin desplazamiento; esto es, no supone la desposesión del deudor. La seguridad en esta garantía no se da a través de la posesión del bien, sino mediante la afectación jurídica del inmueble vía registral, que permite su venta judicial y cobro preferente en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Diez Picazo y Gullón señalan que la hipoteca es “[...] un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles, y que asegura el cumplimiento y la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor de aquellos, enajenándolos y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido y cualquiera que sea en ese momento su poseedor o propietario”¹.

De acuerdo con el artículo 1097 del Código Civil, el acreedor hipotecario ostenta los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.

La **persecutoriedad** no es una característica exclusiva de la hipoteca, sino de todos los

¹ DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. “Sistema de Derecho Civil”. Volumen II. Tercera edición. Madrid: Tecnos. 1997. p. 494.

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.

Al respecto, Jossierand apunta que: “La enajenación de que ha sido objeto, no ha hecho desaparecer la hipoteca, que subsiste en toda su intensidad [...]; gracias al derecho de persecución que comporta, el acreedor va a poder dirigirse contra el propietario actual, contra el tercero detentador [...] sigue al inmueble encuéntrase donde se encuentre, dicho acreedor va a dirigir la acción hipotecaria contra el tercero detentador en lugar de ejercerla contra el constituyente, pero es siempre esta acción la que pone en juego: El derecho de persecución es, en definitiva, la hipoteca misma en cuanto afecta a un tercero detentador [...]. Siendo el derecho de persecución un atributo esencial de todo derecho real, va constantemente unido a la hipoteca”².

Como consecuencia de la persecutoriedad de la hipoteca, la venta del bien gravado no afecta la vigencia de dicha garantía; la hipoteca 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.

Por su parte, la **venta judicial** supone que el acreedor tiene derecho a solicitar y obtener la realización judicial del bien afectado, siempre que la obligación sea exigible y no se haya cumplido con el pago de la deuda. Es inválido el pacto por el cual se autoriza al propietario a adquirir el bien en caso de incumplimiento del deudor (artículo 1111 del Código Civil).

Junto a los derechos mencionados, el acreedor tiene **preferencia** sobre el precio que resulte de la realización de la hipoteca.

Adicionalmente a lo expuesto, la hipoteca tiene ciertos caracteres que delinear los contornos de su naturaleza jurídica. Estos rasgos están dados por su accesoriedad, especialidad, publicidad e indivisibilidad. Veamos cada uno por separado.

B. Caracteres

1. Accesoriedad

La hipoteca es un **derecho accesorio** al crédito. En efecto, dicha garantía se constituye con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación. Ambos van unidos: Crédito (principal) y garantía (accesorio). La hipoteca depende así de la obligación que asegura, ya que una garantía se justifica en la necesidad de ver satisfecho un crédito.

Parecería 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.

No obstante, de acuerdo con el artículo 1104 del Código Civil, “[l]a hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual”³. Es decir, el Código Civil admite que se pacten hipotecas para la cobertura de obligaciones no existentes a la fecha de constitución. ¿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. Se trata, pues, de un principio que revela el rol de la hipoteca: Este derecho es pactado en consideración y en seguridad de una obligación,

² JOSSERAND, Louis. “Derecho Civil”. Tomo II. Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América. Bosch y Cía, Editores. 1951. p. 687.

³ Son obligaciones futuras cuando no existen aún prestaciones, pero surgirán posteriormente en el marco de un contrato que ya existe y por montos conocidos o conocibles. Son obligaciones eventuales las obligaciones que pueden surgir o no, pero al igual que las futuras gozan de un marco contractual que explica los términos de la ocasional prestación.

por lo que no puede ser entendida como una titularidad autónoma al crédito.

Sobre el particular, Albaladejo enseña “[...] 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**”⁴ [El énfasis es nuestro].

Queda claro, entonces, que la hipoteca en garantía de obligaciones futuras 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.

Debemos anotar que nuestro Código Civil no ha sujetado la eficacia de la hipoteca sobre obligaciones futuras al nacimiento de los créditos, como sí lo ha hecho, por ejemplo, en el caso de las garantías mobiliarias. En efecto, de conformidad con los artículos 20 y 21 de la Ley 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria:

Artículo 20.- “Puede preconstituirse la garantía mobiliaria en los siguientes casos: [...]

3. Para asegurar obligaciones futuras o eventuales.

En los casos mencionados, deberá dejarse constancia en el acto jurídico constitutivo de la garantía mobiliaria del carácter ajeno o futuro del bien mueble o del carácter futuro o eventual de la obligación garantizada” [El énfasis es nuestro].

Artículo 21.- “**La eficacia de la garantía mobiliaria preconstituida quedará sujeta a las siguientes reglas:** [...]

3. Tratándose de una obligación futura o eventual, a que en efecto se contraiga tal obligación” [El énfasis es nuestro].

A diferencia de lo que sucede con la garantía mobiliaria “preconstituida”, el artículo 1104 del Código Civil no establece condición de ningún tipo para la validez y/o eficacia de la hipoteca que asegura obligaciones futuras, por lo que la hipoteca surge con todos sus efectos aún cuando las obligaciones garantizadas no hubieran nacido. Su eficacia no está atada al nacimiento de la obligación, sino que, por el contrario, existe un derecho real válido y eficaz desde su constitución.

Al respecto, Díez Picazo y Gullón afirman: “Se trata, por consiguiente, de **una hipoteca actual** en garantía de una obligación que es futura. En la medida que la hipoteca es ya actual, tiene acceso inmediato al Registro y es objeto de inscripción. La inscripción registral advierte la posibilidad de que se desplieguen los efectos normales de la hipoteca, que obviamente se encuentran subordinados al nacimiento de la obligación”⁵ [El énfasis es nuestro].

Por su parte, Roca Sastre y Roca Sastre Muncunill dicen: “[...] pendiente de nacimiento la obligación asegurada, **la hipoteca existe y toma rango o puesto registral.** [...]. Durante el tiempo en que subsiste esta situación, **la hipoteca sólo produce el efecto de perjudicar o afectar a terceros.** Aunque el hipotecante venda la finca o constituya una segunda hipoteca, **los adquirentes posteriores, no podrán desconocer aquella hipoteca, y deberán soportarla [...]**”⁶ [El énfasis es nuestro].

Sostener lo contrario –hipoteca condicionada– implicaría afirmar que no se tiene una garantía hasta que no se verifique el nacimiento de la obligación, interpretación que no se condice con el artículo 1104 del Código Civil. Una lectura en este sentido, además, restaría el carácter de garantía de la hipoteca a favor de obligaciones futuras, pues si el inmueble es enajenado antes de que exista el crédito, nunca habría nacido ni podría nacer la hipoteca, lo que a luz del artículo 1104 sería un despropósito.

Obviamente, la hipoteca que cubre obligaciones futuras no puede ser ejecutada hasta que no exista la obligación garantizada, porque así

⁴ ALBALADEJO, Manuel. “Derecho Civil”. Tomo III. Volumen II. Quinta edición. Barcelona: Librería Bosch. 1983. p. 276.

⁵ DIEZ PICAZZO, Luis y Antonio GULLÓN. “Sistema de Derecho Civil”. Volumen III: Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral. Madrid: Tecnos. 2002. p. 462.

⁶ ROCA SASTRE, Ramón y Luis ROCA SASTRE MUNCUNILL. “Derecho Hipotecario”. Séptima Edición. Tomo IV. Barcelona: Bosch. 1979. pp. 710-711.

lo exige el principio de accesoriedad. Sin embargo, mientras ello no suceda, permanece como una garantía real que despliega todos sus efectos legales. La hipoteca existe, es un gravamen actual desde su constitución, y, por tanto, persigue al bien en cabeza de quien se encuentre. Como señalan los autores citados, está fuera de duda que esta hipoteca tiene efecto de **“perjudicar o afectar a terceros”**; es decir, éstos deben soportar la ejecución, aunque después de su adquisición surja la obligación futura. Y es que los terceros habrían adquirido el inmueble con la hipoteca inscrita, por lo que conocían –sin admitir prueba en contrario⁷– que sobre el inmueble había una garantía que cubría un crédito potencial.

En efecto, en el escenario descrito, el tercero sabe que adquiere un bien gravado y que éste garantiza obligaciones futuras. El posterior nacimiento del crédito hace que la garantía se complete, transformándose en una hipoteca ordinaria, siendo plenamente oponible al tercero adquirente. La ejecución lo alcanza, sin excepción. Y es que la hipoteca sobre obligaciones futuras tiene eficacia real a partir de su constitución y desde ese momento rige plenamente la persecutoriedad.

2. Especialidad

La especialidad de la hipoteca tiene dos facetas: (i) Respecto de los bienes; y, (ii) respecto del crédito.

Respecto de los bienes, se exige que el gravamen recaiga sobre inmuebles específicamente determinados, de acuerdo a lo indicado en el artículo 1100 del Código Civil. Asimismo, que no puede haber hipoteca sobre bienes futuros (artículo 1106 del Código Civil). Como quiera que el principio de la especialidad se relaciona con la llamada “extensión” de la hipoteca, cabe indicar que según el artículo 1101 del Código Civil, “[l]a hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto”.

Respecto del crédito, el principio de especialidad requiere que la hipoteca asegure el cumplimiento de una obligación determinada o

determinable (numeral 2 del artículo 1099 del Código Civil).

En el primer caso –obligación determinada–, las partes han definido con certeza la obligación respaldada en el acto constitutivo del gravamen –por ejemplo, una hipoteca que garantiza un crédito de US\$ 70,000.00–. Mientras que, en el segundo caso –obligación determinable–, las partes no han fijado con certeza el contenido de la obligación en el acto constitutivo, pero se han establecido los elementos para que esta se determine en un momento posterior, sin que se requiera un nuevo acuerdo de voluntades –por ejemplo, las partes acuerdan que la hipoteca cubrirá el saldo derivado de una relación jurídica determinada entre dos contratantes específicos–.

En este orden de ideas, de acuerdo con el Código Civil, puede constituirse hipotecas en seguridad de obligaciones actuales o futuras, siempre que estas obligaciones sean determinadas o determinables. No se admite la indeterminación del crédito en la legislación civil, proscribiéndose fórmulas de aseguramiento generales, tales como aquellas destinadas a cubrir **“todas las obligaciones entre las partes, presentes o futuras, directas e indirectas”**. Dichas fórmulas sí son posibles con la hipoteca sávana, garantía de la que nos ocuparemos más adelante.

Finalmente, en cuanto a la extensión de la hipoteca sobre el crédito, el artículo 1107 del Código Civil establece que la “hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio”.

3. Publicidad

De acuerdo con el numeral 3 del artículo 1099 del Código Civil, uno de los requisitos para la validez de la hipoteca es que el gravamen se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble.

La **publicidad** de la hipoteca conlleva que ésta sea un derecho de constitución registral, porque al no existir desplazamiento de la posesión a favor del acreedor hipotecario, los terceros requieren de un mecanismo que les permita conocer la existencia del gravamen.

⁷ De acuerdo con el artículo 2012 del Código Civil: “Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

De lo contrario, existirían hipotecas ocultas que afectarían el derecho no sólo de potenciales adquirentes sino, además, de posibles acreedores que confieran créditos confiando en la situación “limpia” de gravámenes de los inmuebles del deudor. El comercio inmobiliario y el otorgamiento de créditos serían los principales afectados.

4. Indivisibilidad

La hipoteca es indivisible. Así lo dispone expresamente el artículo 1102 del Código Civil, según el cual “[l]a hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados”.

Este carácter puede apreciarse tanto con ocasión del inmueble hipotecado como con relación al crédito garantizado. En el primer caso, no importa la división del bien gravado, la hipoteca subsiste por entero en cada una de las partes divididas. Cada porción del inmueble responde por la totalidad de las obligaciones garantizadas, sin que su separación perjudique el derecho del acreedor.

En el segundo caso, la hipoteca no se divide por la extinción parcial de las deudas cubiertas por la garantía. Sobre el particular, Planiol y Ripert señalan que: “La obligación misma, representada por la acción personal, puede dividirse activa o pasivamente, pero la acción real hipotecaria no se divide, lo que determina las siguientes consecuencias: [...] 1. La extinción parcial del crédito garantizado por la hipoteca no trae como resultado la liberación de una parte correspondiente del inmueble hipotecado, que queda afectado en su totalidad al pago de la porción de la deuda todavía adeudada”⁸.

Por su parte, Chico y Ortiz destaca: “La indivisibilidad se manifiesta, pues, en el triple aspecto que señalaba De Diego: Del lado del ‘crédito’, ya que mientras subsiste parte de él queda íntegra de la hipoteca, aunque el crédito se divida entre los herederos del acreedor [...]; del lado de la ‘deuda’, toda vez que aunque ésta se divida entre varios herederos, ninguno de estos puede pedir la liberación de la finca mien-

tras la total deuda no esté pagada; y del lado de los ‘bienes’ puesto que la garantía, mientras no sea cancelada, subsiste íntegra sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido [...]”⁹.

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.

C. Extinción de la hipoteca civil

Sobre este asunto se ocupa el artículo 1122 del Código Civil. Según la norma:

Artículo 1122.- “La hipoteca se acaba por:

1. Extinción de la obligación que garantiza.
2. Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación.
3. Renuncia escrita del acreedor.
4. Destrucción total del inmueble.
5. Consolidación”.

Las causales enunciadas tienen aplicación inmediata entre las partes del negocio jurídico hipotecario; esto es, son plenamente oponibles inter partes en la relación jurídica generada entre el constituyente de la garantía y el acreedor. Así, verificadas las causales previstas en el artículo 1122 del Código Civil, la garantía peca de manera automática.

Ahora bien, en el entendido que estamos frente a un derecho de constitución registral, los efectos de dicha extinción hacia terceros están supeditados a su inscripción –cancelación–, tal como lo dispone el artículo 91 del Reglamento General de los Registros Públicos¹⁰.

⁸ PLANIOL, Marcelo y Jorge RIPERT. “Tratado Práctico de Derecho Civil Francés”. Tomo XII: Garantías Reales. Primera Parte. La Habana: Cultural S.A. 1940. p. 325.

⁹ CHICO Y ORTIZ, José María. “Estudios sobre Derecho Hipotecario”. Tomo II. Cuarta edición. Madrid-Barcelona: Marcial Pons. 2000. p. 1326.

¹⁰ De acuerdo con esta norma, “[l]as inscripciones se extinguen respecto de terceros desde que se cancela el asiento respectivo, salvo disposición expresa en contrario. Ello sin perjuicio que la inscripción de actos o derechos posteriores pueda modificar o sustituir los efectos de los asientos precedentes”.

Las dos primeras causales del artículo 1122 del Código Civil están vinculadas estrechamente con la vigencia de la obligación garantizada; son consecuencias del principio de accesoriedad de la hipoteca, mientras que las demás causales extinguen el derecho real de hipoteca en sí mismo, con independencia de la vida del crédito asegurado.

Así, en cuanto a la primera causal, la hipoteca se pierde cuando se cancela totalmente el crédito garantizado o cuando éste se extingue por completo mediante cualquier otra modalidad (novación, compensación, condonación, consolidación, transacción y mutuo disenso).

Al respecto, Borda señala que “[...] la hipoteca se acaba por la extinción total de la obligación principal sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones. Es una consecuencia del carácter accesorio de la hipoteca; desaparecida la deuda que ella garantizaba, es natural que también ella quede extinguida”¹¹. El mismo autor agrega que “[a]dviértase que la ley exige para que se opere la extinción de la hipoteca, que se haya producido la extinción total de la obligación principal; porque si se produce solamente una extinción parcial, la hipoteca se mantiene sobre la totalidad del inmueble”¹².

El segundo numeral del artículo 1122 también está asociado con la accesoriedad de la hipoteca y consiste en que ésta decae si la obligación garantizada se encuentra afectada por alguna circunstancia que invalida o resta efectos a la relación jurídica que le sirve de fuente. Incurra la obligación asegurada en una causal de anulación, rescisión o resolución, la hipoteca deja de existir. Aunque la norma no lo diga, el mismo efecto se produce con la nulidad de la obligación principal. Aquí también no habrá hipoteca, puesto que no hay un crédito válido resguardado.

Como mencionamos, los demás supuestos previstos en el artículo 1122 afectan el dere-

cho real de garantía con independencia del crédito. Así, la hipoteca pierde vigencia cuando el acreedor renuncia por escrito a este derecho (numeral 3) o cuando el bien se destruye totalmente (numeral 4), lo que comprende tanto la destrucción material del bien como la pérdida jurídica de él. También se desvanece la hipoteca por consolidación (numeral 5), supuesto en el cual una misma persona reúne la condición de acreedor hipotecario y propietario del inmueble. Y es que la hipoteca es un derecho real sobre cosa ajena al acreedor.

Adicionalmente a los supuestos señalados, debemos advertir que la hipoteca también se extingue por caducidad, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley 26639¹³.

Finalmente, la doctrina recoge de manera pacífica otras formas de extinción de la hipoteca. Entre ellas encontramos la venta judicial del bien hipotecado, el cumplimiento de una condición resolutoria que pone fin al gravamen, el vencimiento del plazo estipulado para la garantía, el ejercicio de una facultad resolutoria a cargo de una de las partes, entre otros supuestos. En todos estos casos, la hipoteca fenece.

Hasta aquí hemos mencionado a grandes rasgos los aspectos característicos de la hipoteca civil. A continuación, nos ocuparemos del régimen particular de la hipoteca sábana.

III. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA LEY DE BANCOS: LA GARANTÍA SÁBANA

A. Concepto y cobertura especial

Respecto al régimen legal de las garantías otorgadas a favor de entidades del Sistema Financiero, existen normas cuyo contenido ha variado a lo largo del tiempo. Veamos.

Originalmente, el artículo 172 de la Ley de Bancos, publicada el 9 de diciembre de 1996, dispuso lo siguiente:

¹¹ BORDA, Guillermo. “Manual de Derechos Reales”. Cuarta edición. Buenos Aires: Editorial Perrot. 1994. p. 553.

¹² *Ibidem*.

¹³ Ley por la cual: “Precisan aplicación de plazo de caducidad previsto en el artículo 625 del Código Procesal Civil”. Según esta norma: “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 diez 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 diez años de la fecha de vencimiento del plazo del crédito garantizado”.

Artículo 172.- Garantías respaldan todas las obligaciones frente a la empresa

“Con excepción de las hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios, los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant en favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien los afecte en garantía o por el deudor, salvo estipulación en contrario.

La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La extinción dispuesta por el artículo 3 de la Ley 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa”¹⁴.

El artículo citado recogió la denominada hipoteca sábana, también conocida como hipoteca general, abierta, ómnibus, global o flotante.

Esta garantía implicó una modificación sustantiva en la cobertura tradicional de la hipoteca ordinaria, la cual, en observancia del principio de especialidad, sólo puede respaldar obligaciones determinadas o determinables (artículo 1099 del Código Civil). Con la sábana se dio autorización para que, en garantía de los créditos bancarios, se pudieran emplear fórmulas generales de aseguramiento, admitiéndose la **indeterminación del crédito** en dichas relaciones jurídicas: La garantía incluye **todas** las obligaciones que el constituyente o deudor garantizado puedan contraer con el banco, sin tener la necesidad y/u obligación de describirlas. Todo crédito que se genere estará protegido por esta garantía, ya sea directo o indirecto, presente o futuro. Nada se escapa.

Por eso se emplea el calificativo de “sábana” para esta garantía. Y es que postula un sistema de cobertura que permite que **todas** las obligaciones con una empresa del sistema financiero estén comprendidas en el gravamen, sin tener que identificar cada obligación garantizada. Con este tipo de garantía: (i) Se dota de un alcance extraordinario a las obligaciones garantizadas –comprende una gama indeterminada de deudas–, procurando una óptima recuperación de los créditos otorgados con

fondos provenientes del ahorro público; y, (ii) se reducen de manera notable los costos de transacción, impidiendo que por cada operación bancaria se tengan que celebrar nuevos aseguramientos, pues con uno genérico basta.

Con fecha 9 de marzo de 2002, se publicó la Ley 27682, la cual modificó el primer párrafo del artículo 172 de la Ley de Bancos en los siguientes términos:

“Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant en favor de una empresa del sistema financiero, sólo respaldan las deudas y obligaciones expresamente asumidas para con ella por quien los afecta en garantía. Es nulo todo pacto en contrario”.

Como se puede apreciar, con esta modificación las garantías de créditos bancarios se orientaron nuevamente hacia el principio de especialidad del Código Civil, pues requería que se precisasen expresamente las deudas garantizadas en el acto constitutivo de la garantía, sancionando con nulidad todo pacto en contrario.

Posteriormente, con fecha 22 de octubre de 2002 se publicó la Ley 27851, que modificó la Ley 27682, disponiendo un nuevo texto del primer párrafo del artículo 172 de la Ley de Bancos:

“Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía, siempre que así se estipule expresamente en el contrato.

Cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta al deudor, éstas sólo respaldan las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía”.

Con este nuevo cambio, se permitió nuevamente la indeterminación del crédito en las operaciones bancarias, pero sólo cuando se garanticen deudas y obligaciones **propias**.

¹⁴ Los antecedentes de la “Garantía Sábana” se remontan a 1931; sin embargo, las fórmulas más próximas a la actual Ley de Bancos estuvieron contenidas en el artículo 187 del Decreto Legislativo 637 (vigente desde el 26 de abril de 1991 hasta el 31 de octubre de 1993) y el artículo 175 del Decreto Legislativo 770 (vigente desde el 1 de noviembre de 1993 hasta el 9 de diciembre de 1996).

Cuando se garanticen obligaciones de terceros, la garantía se contrae tan sólo a las deudas que hubiesen sido expresamente señaladas en el acto constitutivo. Asimismo, a diferencia del texto original del artículo 172 de la Ley de Bancos, la sábana debía ser expresamente estipulada en el contrato respectivo, no se aplicaba de manera supletoria a las garantías bancarias.

Finalmente, de acuerdo con la Sexta Disposición Final de la Ley de la Garantía Mobiliaria, se derogaron las Leyes 27682 y 27851, eliminándose de esta manera la garantía sábana de nuestro ordenamiento jurídico.

Debemos anotar que el segundo párrafo del artículo 172 de la Ley de Bancos se mantiene vigente, el cual regula la forma de extinción de dicha garantía, tema del cual nos ocuparemos a continuación. Antes de ingresar a esta materia, debemos advertir que, al momento de resolver un caso concreto sobre hipotecas que cubren créditos bancarios, debe ubicarse el régimen aplicable según la fecha de celebración del negocio jurídico, atendiendo a los cambios normativos expuestos en el presente acápite.

Y es que las modificaciones normativas no afectan los negocios celebrados válidamente. Las normas no tienen efectos retroactivos (artículo 103 de la Constitución), por lo que cada contrato se rige ultractivamente por las disposiciones vigentes al tiempo de su celebración (artículo 62 de la Constitución).

B. Extinción de la hipoteca sábana

El segundo párrafo del artículo 172 de la Ley de Bancos dice lo siguiente:

“La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora. La extinción dispuesta por el artículo 3 de la Ley 26639 no es de aplicación para los gravámenes constituidos en favor de una empresa”.

A diferencia del régimen general de la hipoteca, y con miras a fortalecer las garantías que respaldan el crédito bancario, el artículo 172 de la Ley de Bancos ha dispuesto **dos privile-**

gios en cuanto al fenecimiento de la hipoteca sábana. El primero de ellos consiste en que a esta hipoteca no se le aplica el régimen de caducidad previsto en el artículo 3 de la Ley 26639. Es decir, estas hipotecas no decaen por el paso del tiempo, como sí lo hacen las hipotecas ordinarias.

El segundo privilegio concedido a este tipo de garantías consiste en que su liberación y extinción requieren ser expresamente declaradas por la empresa acreedora. De acuerdo a la disposición legal comentada, cancelado el crédito garantizado, **la hipoteca sábana subsiste**, no se extingue automáticamente como la ordinaria. Nótese que no hay otro modo de interpretar el artículo 172 de la Ley de Bancos sin restarle eficacia.

Los privilegios mencionados son parte de un régimen jurídico especial aplicable exclusivamente a las garantías bancarias, que tiene como propósito dotarlas de una fortaleza y vigencia particular, pues se entiende que dichos gravámenes protegen créditos otorgados con el ahorro público, el cual el Estado tiene el deber constitucional de fomentar y garantizar (artículo 87 de la Constitución).

Así, se ha dicho con acierto que: “La intención de la Ley de Bancos es dar un tratamiento especial a las hipotecas constituidas a favor de los bancos. El fundamento de esto radica en que las instituciones bancarias son depositarias del ahorro público y que parte muy importante de lo que prestan es precisamente ese dinero del público y no de recursos propios”¹⁵.

En este sentido, la hipoteca sábana no se extingue automáticamente cuando los créditos han sido cancelados, ya que así lo manda la ley (artículo 172 de la Ley de Bancos). Se requiere un pronunciamiento expreso del acreedor en este sentido. Pero además dicha exigencia legal se deriva de la propia naturaleza jurídica de la hipoteca sábana.

En efecto, toda vez que la hipoteca sábana permite la cobertura de obligaciones indeterminadas, esto es, puede ingresar cualquier crédito dentro su esfera global de aseguramiento (presente, futuro, directo o indirecto), la cancelación de uno de ellos no extingue la

¹⁵ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. “Exclusión del mercado hipotecario del bien sobre el que recae una hipoteca a favor de un banco”. En: Revista Peruana de Jurisprudencia 8. Trujillo: Editora Normas Legales. 2001. p. 10.

garantía, pues la finalidad de dicho gravamen precisamente es continuar abierto, permanecer vigente aún cuando se hayan cancelado todas las obligaciones por parte del deudor, con miras a asegurar cualquier operación bancaria que pueda celebrarse en el futuro. Es por esto que no puede aplicárseles el régimen ordinario de extinción previsto en el numeral 1 del artículo 1122 del Código Civil, sino que el legislador, con buen criterio y en atención a la naturaleza jurídica de esta institución, ha dispuesto que dicha garantía deba ser cancelada expresamente por parte del acreedor.

No debe perderse de vista que la hipoteca global no cubre una o varias obligaciones específicas, sino que su manto comprende potencialmente muchos créditos aún no determinados ni determinables, por lo que la extinción de una o de todas las obligaciones en un momento específico en la vida de la garantía no genera su extinción. Juzgar esta garantía con los cánones tradicionales de la hipoteca ordinaria es entonces un grave error, pues atenta contra la propia esencia y razón de la institución.

Por tanto, cuando se trate de una hipoteca sujeta al régimen general, la cancelación de la obligación garantizada extingue la garantía de manera automática. Mientras que en el caso de hipotecas sábanas, será necesaria la declaración expresa del acreedor para su fenecimiento. ¿Esto significa que las garantías sábanas tienen vida eterna luego de la cancelación de todos los créditos? Por supuesto que no.

En caso se hayan cancelado los créditos cubiertos y no se quiera contraer más obligaciones con el banco, el antiguo deudor tiene el derecho de solicitar el levantamiento del gravamen. Con ello se entenderá que no se desea realizar más operaciones con la entidad financiera y, por tanto, ya no tendría sentido mantener un gravamen abierto. Se perdería aquí, pues, la esencia de la accesoriedad, por lo que la hipoteca legalmente tendría que desaparecer. Es por ello que, verificada la inexistencia de obligaciones pendientes, el banco no podrá rechazar el pedido de levantamiento, ya que ello supondría un ejercicio abusivo del derecho proscrito por nuestro ordenamiento (artículo II del Título Preliminar del Código Civil¹⁶).

Ahora bien, como hemos visto, el régimen de la Ley de Bancos se contrapone al régimen general en dos aspectos: En cuanto a la extinción de la obligación garantizada y a la caducidad del gravamen. Los demás supuestos de extinción de la hipoteca ordinaria son plenamente aplicables a la garantía sábana.

Es decir, siguiendo el artículo 1122 del Código Civil, este gravamen decae: (i) Cuando se anule, rescinda o resuelva la relación jurídica que sirve de fuente de las obligaciones garantizadas (numeral 2); (ii) cuando el acreedor renuncie por escrito al gravamen (numeral 3); (iii) cuando se produzca la destrucción total del inmueble (numeral 4); y, (iv) por consolidación (numeral 5).

La ley especial no postula excepciones a las mencionadas causales, por lo que el régimen general despliega sus efectos sobre dichas garantías. Si dichos supuestos se constatan en un caso particular, la hipoteca bancaria decaerá automáticamente.

Podría decirse que, aún en esos casos, se requeriría la declaración expresa del acreedor, puesto que la norma postula que: “La liberación y extinción de toda garantía real constituida en favor de las empresas del sistema financiero requiere ser expresamente declarada por la empresa acreedora”, sin distinguir la causa del decaimiento de la garantía.

Sin embargo, creemos que dicha exigencia (declaración del acreedor) está orientada únicamente a que la hipoteca subsista luego del pago de las deudas pendientes, en razón de la naturaleza de la garantía. De lo contrario, se llegaría al absurdo de sostener que en el caso de la destrucción del bien, la hipoteca persiste porque el banco no la ha liberado, o que la nulidad del contrato de crédito no determina la extinción de la hipoteca, hasta que ello sea expresado por la entidad acreedora.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: COMENTARIO A LA CASACIÓN 1271-2013-LIMA

En la Casación 1271-2013-Lima, la Corte Suprema considera que, cuando se trata de una hipoteca que cubre obligaciones futuras, dicha

¹⁶ De acuerdo con esta norma, “[l]a ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

garantía subsiste mientras exista al menos una deuda vigente. Si esta última deuda es cancelada, la hipoteca se extingue de manera automática. De lo contrario, habría una hipoteca eterna, lo que supondría un “favorecimiento impropio al acreedor”.

A nuestro juicio, el razonamiento expuesto es equivocado, pues no toma en cuenta la naturaleza jurídica y las normas que regulan la hipoteca sábana, condición que tiene la garantía que se presenta en la casación comentada, pues la hipoteca fue constituida en el año 2000, durante la vigencia del artículo 172 original de la Ley de Bancos.

La hipoteca sábana asegura una gama de obligaciones indeterminadas a futuro, por lo que, naturalmente, la cancelación de una o todas ellas en un momento determinado no afectan la vigencia de esta hipoteca especial que, como apuntamos anteriormente, no puede ser juzgada como una hipoteca ordinaria. El pago de una obligación no la extingue automáticamente; por el contrario, se requiere que su extinción sea declarada expresamente por la empresa acreedora. Así lo manda el artículo 172 de la Ley de Bancos, sobre el cual la Corte Suprema guardó absoluto silencio.

Como toda hipoteca sábana, el gravamen que se constituyó en este caso fue concebido para permanecer abierto, para continuar en el tiempo, y no para respaldar una obligación específica. Este elemento tampoco es examinado por la Corte en ningún extremo de su decisión, limitándose a señalar escuetamente que no pueden existir “garantías eternas”, como justificación suficiente para dar por extinguido el gravamen.

Para la vigencia de la hipoteca sábana no se requiere mantener créditos pendientes de pago pues, como vimos, aquella garantía no cubre una o varias obligaciones específicas, sino que su manto comprende potencialmente muchos créditos aún no determinados ni determinables. Ello hace que la extinción de una o de todas las obligaciones en un momento determinado en la vida de la garantía no genere su extinción, porque tal garantía nació para ser abierta, continua, comprensiva de todos los créditos futuros que contraiga el deudor.

Así, la posición de la Corte Suprema no sólo no tiene amparo legal, sino que inobserva uno

expreso (artículo 172 de la Ley de Bancos) y se contrapone contra la esencia misma del gravamen global.

La hipoteca sábana no es una afectación eterna ni una herramienta para convalidar situaciones abusivas. Si es que se cancelaron todas las deudas pendientes y no existía intención de continuar la relación con el banco, el cliente pudo exigir el levantamiento de la garantía. No es un favorecimiento impropio a una de las partes en detrimento de la otra, sino la consecuencia jurídica de la ley y del correcto entendimiento de un gravamen global. El banco no habría podido negarse si el levantamiento hubiera sido solicitado por el cliente luego de cancelada la deuda pendiente, ya que ello importaría un abuso de derecho.

Por lo demás, la hipoteca sábana también puede cancelarse por las demás causales del régimen general previstas en el artículo 1122 del Código Civil, lo que niega, pues, que estemos en presencia de un derecho eterno en manos de un acreedor abusivo.

Debemos advertir que el argumento de la Corte Suprema no sólo es errado, sino también nótese que es inconsistente. Si para la vida de una garantía que respalda obligaciones futuras es necesario que al menos una exista y se encuentre vigente, ello se exigiría también para su nacimiento; sin embargo, el artículo 1104 del Código Civil permite la constitución de hipotecas que garanticen obligaciones puramente futuras. Si no hay inconveniente que la garantía nazca de este modo, por qué tendría que haberlo durante su vigencia. La decisión judicial comentada no explica ni aborda este aspecto.

La decisión de la Corte Suprema también irrumpe contra el carácter indivisible de la hipoteca. Recuérdese que, según este principio, común a todas las hipotecas, la cancelación de un crédito no implica la extinción parcial o total de la hipoteca, si es que subsisten otros créditos garantizados. En el caso materia de análisis, si bien fue cancelado un crédito pendiente, la garantía cubría otras obligaciones adicionales (precisamente los créditos futuros), por lo que mal puede considerarse extinguido el gravamen por esta razón.

No debemos dejar de mencionar que la hipoteca sábana en seguridad de obligaciones futuras (puramente futuras o en las que exis-

ta una mezcla entre créditos futuros y otros existentes) es un garantía real actual desde su constitución y, por tanto, persigue al bien en cabeza de quien se encuentre (persecutoriedad). Está fuera de duda que este tipo de hipoteca tiene el efecto de “perjudicar o afectar a terceros”; es decir, éstos deben soportar la ejecución, aunque después de su adquisición surja recién la obligación futura. Los terceros habrían adquirido el inmueble con la hipoteca

inscrita, por lo que conocían que sobre dicho bien había una garantía que cubría un crédito potencial.

Por las consideraciones expuestas, consideramos que los argumentos utilizados por la Corte Suprema en la Casación 1271-2013-LIMA son errados e inconsistentes, y no pueden servir para juzgar válidamente a la hipoteca sábana.