

EL ROL DEL BANCO COMO INTERMEDIARIO FINANCIERO PARA LA ADQUISICIÓN DE INMUEBLES DENTRO DEL MARCO DE DESARROLLO DE PROYECTOS INMOBILIARIOS

THE BANK'S ROLE AS FINANCIAL INTERMEDIARY FOR THE ACQUISITION OF REAL ESTATE WITHIN THE FRAMEWORK OF REAL ESTATE PROJECT DEVELOPMENT

Mónica Jeanette Arteaga Reátegui*
Observatorio Inmobiliario y Mercantil

The purpose of this article is to enable the reader to understand the context in which a real estate project is developed, the existing financing alternatives, the legal relationships that arise in connection with it, as well as the various events that may occur and affect the end consumers.

For the analysis of this context, the bank will be a fundamental actor, since its role in the development of these real estate projects is not limited only to being a financial agent, but, in fact, it plays an active control role that will extend until the completion of the project. Notwithstanding the active role played by the bank, it is considered that it should not be held responsible for any event that may interrupt the normal development of the real estate project, proposing as an alternative for the protection of the end consumer, the constitution of an escrow deposit.

KEYWORDS: Bank; finance; real estate; projects.

El presente artículo tiene como objetivo que el lector pueda comprender el contexto en el que se desarrolla un proyecto inmobiliario, las alternativas de financiamiento existentes, las relaciones jurídicas que se originan en torno a este; así como también, los diversos eventos que pudieran presentarse y afectar a los consumidores finales.

Para el análisis de este contexto, el banco será un actor fundamental, pues su rol en el desarrollo de estos proyectos inmobiliarios no se limita únicamente a ser un agente financiero, sino que, en realidad este desempeña un rol de control activo que se extenderá hasta la culminación del proyecto. No obstante, reconocerse el rol activo que desempeña el banco, se considera que no debería atribuírsele responsabilidad por cualquier evento que pudiese interrumpir el normal desarrollo del proyecto inmobiliario; proponiéndose como una alternativa para la protección del consumidor final, la constitución de un depósito en garantía.

PALABRAS CLAVE: Banco; financiamiento; inmueble; proyectos.

* Abogada. Miembro del Observatorio Inmobiliario y Mercantil (OIM). Asociada en Barrios & Fuentes Abogados (BAFUR) (Lima, Perú). Contacto: monica.arteaga@pucp.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 17 de abril de 2023, y aceptado por el mismo el 26 de julio de 2023.

I. INTRODUCCIÓN

Una premisa innegable y con la que consideramos conveniente iniciar el presente artículo es que el mercado inmobiliario, desde hace algunos años atrás, se ha convertido en uno de los principales motores de la economía peruana y de varios países en Latinoamérica.

En efecto, el crecimiento que ha venido experimentado este sector ha sido acelerado, dando lugar a la presentación de distintos escenarios y a la interacción de diversos actores que han coadyuvado a los fines del tráfico inmobiliario. Sin embargo, como cualquier otro sector de la economía, el crecimiento acelerado que ha experimentado el sector inmobiliario no ha sido ajeno a los embates propios de esta actividad, habiendo experimentado una evolución que le ha permitido, hoy en día, contar con un escenario que brinda una mayor solidez y provee de mejores condiciones para su comercio.

Es en este punto en el que corresponde introducir a uno de los más grandes responsables del crecimiento del mercado inmobiliario: los proyectos inmobiliarios. Al respecto, cuando nos referimos a un proyecto inmobiliario, debemos partir de la idea de que se trata de una representación o proyección de lo que será una edificación con un diseño determinado y que será destinado para fines de vivienda, oficinas, almacenes, entre otros.

El responsable de este tipo de proyectos es el denominado promotor inmobiliario, quien tiene a su cargo el diseño y la ejecución de la obra hasta su culminación; sin embargo, estos proyectos inmobiliarios requieren de una fuente esencial para ser ejecutados: inversión. En efecto, se va a requerir de dinero para invertir en la construcción de un proyecto inmobiliario; en ese sentido, el promotor inmobiliario tiene dos opciones: (i) recurre al dinero proveniente de sus propias arcas; o (ii) recurre a un financiamiento otorgado por un tercero.

Al mencionar a un tercero, nos estamos refiriendo a cualquier persona, natural o jurídica o a un patrimonio autónomo que le preste al promotor inmobiliario los recursos suficientes para ejecutar su proyecto. Tal y como puede advertirse, los recursos pueden provenir de diversas fuentes; sin

embargo, resulta innegable que la fuente a la que la mayoría de los promotores inmobiliarios recurre es a una entidad bancaria¹.

Como ya hemos señalado, la inversión puede provenir de diversas fuentes; sin embargo, al igual que cualquier mercado, el mercado inmobiliario, ser rige por la ley de la oferta y la demanda; así como también, a la especialización propia del producto, resultando innegable que una de las mejores ofertas que tiene el mercado inmobiliario, es la ofrecida por los bancos.

Así pues, existe un factor fundamental y que produce que confluyan los intereses del promotor inmobiliario y los del banco: las ventas de los inmuebles que conforman el proyecto inmobiliario. Efectivamente, el promotor inmobiliario tendrá como uno de sus principales objetivos, el que se vendan los inmuebles y, por su parte, el banco buscará participar en las ventas de estos inmuebles, a través del otorgamiento de financiamientos a los compradores o consumidores finales.

Tal y como se podrá advertir hasta este momento, se puede identificar a tres actores claves: (i) promotor inmobiliario; (ii) banco; y (iii) consumidor final. Precisamente, las relaciones jurídicas que se generen como consecuencia de la interacción de estos tres actores durante el desarrollo de los proyectos inmobiliarios son las que serán objeto de análisis en el presente artículo; las mismas que serán enmarcadas, dentro de un escenario en que el mismo banco que financia el proyecto inmobiliario es el que otorga los financiamientos para las compraventas de los inmuebles con los consumidores finales.

Así pues, puede ocurrir que, durante el proceso de construcción del proyecto inmobiliario, que debería finalizar con la independización de cada unidad inmobiliaria, se susciten una serie de eventos que provoquen –entre otros– que la obra se pueda paralizar durante un periodo prolongado, que tenga defectos, que no se cumpla con la fecha de entrega de las unidades inmobiliarias o que, en el escenario más extremo, no se culmine con la obra.

Precisamente, ante la presentación de los eventos antes descritos, es que nos surgen los siguientes cuestionamientos: (i) ¿Cuál es el rol que desempeña el banco en los proyectos inmobiliarios que

¹ Sobre este punto es importante precisar que, a nivel del sistema financiero, son diversas las empresas que ofrecen financiamientos como son las Cooperativas de Ahorro y Crédito, las Cajas Municipales y las Cajas Rurales, y otras empresas sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Asimismo, dentro del mercado financiero, existen también otras alternativas como; por ejemplo, la obtención de un financiamiento a través de un fondo de inversión o mediante la emisión de instrumentos de deuda, entre otros.

financia?; (ii) ¿el banco sólo se encarga del financiamiento o tiene un rol más activo en el desarrollo del proyecto?; (iii) ¿se le podría extender algún tipo de responsabilidad al banco ante la producción de este tipo de eventos o la única responsable es la inmobiliaria?; (iv) ¿la imagen de solidez y confianza que proyecta un banco como entidad que financia un proyecto inmobiliario frente a un consumidor final es determinante para atribuirle responsabilidad?; y (v) ¿qué ocurre con el consumidor final que se ve comprometido a pagar un crédito por un inmueble que —en un escenario extremo— nunca le será entregado?

La absolución de las interrogantes planteadas son el objetivo central del presente artículo; las cuales tienen como correlato, el análisis de determinadas garantías. Analizaremos las garantías conocidas como ‘tradicionales’ como lo son la hipoteca y la fianza, y otra, no tan ‘tradicional’, el depósito en garantía. Ciertamente, consideramos que la presencia de todas estas garantías, así como también, la de una mayor regulación contractual; podría generar un mayor equilibrio de intereses entre el promotor inmobiliario, el banco y el consumidor final.

II. MARCO DE DESARROLLO DE LOS PROYECTOS INMOBILIARIOS

Cuando se habla de la realización de proyectos inmobiliarios y de su financiamiento, no podemos hablar de un único esquema; sino que, en realidad, se pueden presentar una serie de esquemas que dependerán fundamentalmente de las dimensiones del proyecto y del capital que se requiera para su desarrollo.

Lo cierto es que, para todo proyecto inmobiliario, se debe tener presente lo establecido en la normativa vigente que regula los procedimientos de habilitación urbana y de edificación —Ley 29090 con su respectivo Reglamento— a partir de la cual, se pueden identificar dos etapas que abarcan el procedimiento administrativo de edificación: (i) la aprobación del proyecto edificatorio (que

culmina en la obtención de la licencia de edificación); y (ii) la conformidad de obra o declaratoria de fábrica.

Estos hitos son importantes en el desarrollo de todo proyecto inmobiliario, pues representan, su punto de partida y su conclusión; aspectos que son fundamentales, tal y como veremos más adelante, no solo para el promotor inmobiliario y el consumidor final, sino también, para el banco.

Pues bien, en esta primera sección, analizaremos los diferentes esquemas y el marco de las relaciones jurídicas que se originan a partir de la interacción de estos tres actores (promotor inmobiliario, banco y consumidor final) en las compraventas de inmuebles futuros que serán el resultado de la construcción de proyectos inmobiliarios.

A. Financiamiento de los proyectos inmobiliarios

Como punto de partida, consideramos conveniente iniciar con la definición de uno de nuestros principales actores, que es el promotor inmobiliario; al respecto, el artículo 9 del Reglamento Nacional de Edificaciones aprobado mediante Decreto Supremo 011-2006-VIVIENDA², lo define como la persona natural o jurídica, pública o privada, que de manera individual o en asociación con terceros, identifica oportunidades de inversión, obtiene el financiamiento, ejecuta la obra directamente o bajo contrato con terceros, administra, promueve y comercializa una edificación, para la posterior venta o alquiler a terceros.

A partir de esta definición es que podemos inferir que dependerá del promotor inmobiliario determinar si es que requiere o no del financiamiento de un tercero para el desarrollo del proyecto inmobiliario. En efecto, como ya habíamos adelantado, uno de los factores fundamentales para el desarrollo de un proyecto inmobiliario, es el contar con el financiamiento necesario para su construcción; es así que, según las características del proyecto y de los recursos que tenga el promotor inmobiliario

² Artículo 9.-

Es la persona natural o jurídica, pública o privada, que de manera individual o en asociación con terceros, identifica oportunidades de inversión, obtiene el financiamiento, ejecuta la obra directamente o bajo contrato con terceros, administra, promueve y comercializa una edificación, para la posterior venta o alquiler a terceros.

Para el desarrollo de su actividad, el promotor inmobiliario deberá contar con lo siguiente:

- a) Tener la titularidad del terreno sobre el que se ejecutará la edificación o tener un derecho que lo faculte a ello.
- b) Cumplir con las responsabilidades señaladas en el Capítulo I, para el propietario.
- c) Obtener las licencias y autorizaciones necesarias para la ejecución de la edificación.
- d) Responder ante los clientes o usuarios finales, por los daños que pudieran existir en la edificación, dentro de los plazos establecidos.
- e) Entregar al cliente final, la documentación completa relativa a la individualización de su derecho de propiedad.

nos podemos encontrar, básicamente, ante escenarios distintos, dependiendo si es que se requiere o no de un financiamiento o también, si es que se requiere o no de la intervención de una entidad bancaria para su obtención; puesto que, como ya habíamos precisado, existen diversas fuentes de financiamiento.

En la mayoría de los proyectos inmobiliarios resulta necesaria la participación de una entidad que los provea del capital suficiente para llevar a cabo su construcción; no obstante, lo señalado, debemos precisar que también existen proyectos inmobiliarios que son autofinanciados; es decir, que es el propio promotor inmobiliario el que cuenta con los recursos suficientes para llevar adelante la ejecución del proyecto.

Para fines del presente artículo, como ya habíamos adelantado en la parte introductoria, se analizará —únicamente— la intermediación financiera de los bancos, como agentes financieros que otorgan el financiamiento, tanto para la construcción de los proyectos inmobiliarios como para las compraventas de las unidades inmobiliarias a los consumidores finales.

En tal sentido, consideramos importante brindar un marco general para el otorgamiento de financiamientos y para el desarrollo de los proyectos inmobiliarios en el Perú, el cual nos permita tener una visión más amplia de la dinámica que se sigue al momento de realizar este tipo de operaciones.

1. Crisis financiera internacional y su impacto en la regulación bancaria

La crisis financiera que se desencadenó en el año 2008 fue el resultado del colapso experimentado por el sistema financiero de Estados Unidos debido a la explosión de una burbuja inmobiliaria sostenida, a su vez, por un 'boom crediticio'. Esta crisis tuvo su correlato en países como España, Irlanda y Reino Unido, originándose una gran crisis en las economías avanzadas que inevitablemente repercutió en las demás economías del mundo.

El origen de esta crisis se debió principalmente a los préstamos hipotecarios 'basura' que otorgaron los bancos, lo cual conllevó a una subvaloración del riesgo crediticio. Esto generó una cadena de incentivos incorrectos, al ser los mismos bancos los que impulsaron las hipotecas *subprime*, como una modalidad crediticia que se caracterizaba por contar con tasas de interés muy bajas, que fueron las que alimentaron la burbuja inmobiliaria.

Esta subvaloración del riesgo se vio agravada al no tenerse en cuenta el riesgo sistémico que podría producirse en un contexto como el detallado, utilizándose como base únicamente modelos mecánicos de valoración del riesgo que funcionan dentro de un rango de parámetros bastante limitados (Vives, 2010).

El escenario antes descrito se caracterizó por la toma de riesgos excesivos, reduciéndose —prácticamente eliminándose— la aversión al riesgo por parte de los agentes económicos. Esta aversión estuvo acompañada de comportamientos oportunistas que provocaron un efecto negativo en la reputación de los bancos.

Resulta posible advertir, entonces, que la crisis financiera mundial sería, fundamentalmente, el resultado de la liberalización financiera de las últimas dos décadas, la cual no se encontró acompañada de una nueva regulación adecuada³.

En este contexto, es en el que el Comité de Basilea cobra gran relevancia, pues se trata de una organización mundial que reúne a las autoridades de supervisión bancaria, teniendo como principal función, la de fortalecer a los sistemas financieros, mediante la instauración de principios y recomendaciones que, si bien carecen de fuerza legal, son directrices orientadoras cuyo objetivo es "propiciar la convergencia regulatoria hacia estándares más avanzados sobre medición y gestión de los principales riesgos en la industria bancaria" (Superintendencia de Banca y Seguros, s.f.).

Los Acuerdos de Basilea son los que recogen los referidos principios; los mismos que actualmente llevan la denominación de Basilea I, Basilea II y Basilea III, publicados en los años 1988, 2004 y 2010, respectivamente. Al respecto, se debe precisar que, en el caso de Basilea I y Basilea II, estas se encontraron vigentes antes de desatarse la crisis financiera; razón por la cual, se puede concluir que, en realidad, estas no fueron tomadas en consideración por los Estados Unidos.

En lo que respecta al Perú, los principios establecidos en Basilea II, se introdujeron a partir de julio de 2009, mediante el Decreto Legislativo 1028, siendo que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) es la encargada de determinar las metodologías para la medición (determinación) y gestión del riesgo de crédito que deben ser empleados por las empresas del sistema financiero.

En ese sentido, resulta innegable que, para los operadores financieros, Basilea II, que introdujo la

³ Véase a Steinberg (2008).

medición (determinación) y gestión del riesgo de crédito, representó un fortalecimiento en la solidez del sistema financiero al coadyuvar a un mayor sinceramiento del riesgo y a promover que los bancos optimicen su capacidad de gestión de riesgos⁴.

Por lo tanto, podemos advertir que, si bien la crisis financiera no ocurrió en el Perú, sin embargo, esta fue muy relevante, pues sirvió para que los bancos tomen en cuenta que requieren tener un mejor y mayor control sobre los financiamientos que otorgan, a fin de poder evitar situaciones como las que se presentaron con la denominada ‘burbuja inmobiliaria’.

Los antecedentes descritos sobre la crisis financiera resultan bastante útiles para los fines del presente artículo, pues nos permite abordar un factor que es fundamental en este tipo de negocios y que es precisamente el de la medición de riesgos que realiza el banco al momento en que va a otorgar un financiamiento, ya sea al promotor inmobiliario para la construcción del proyecto o al consumidor final.

2. La gestión de riesgos de crédito del banco y el financiamiento de los proyectos inmobiliarios

Resulta importante señalar que la actividad realizada por los bancos es una de intermediación financiera, lo cual significa que el banco capta los excedentes de dinero del público a través de depósitos (agentes superavitarios) y los presta a aquellos que lo requieren a través de las colocaciones (agentes deficitarios). Evidentemente, los intereses que percibe por esta intermediación a través de las colocaciones son significativamente mayores a los que otorga por los depósitos que capta y precisamente este margen diferencial entre las dos operaciones es lo que representa su ganancia, denominado *spread*.

Por lo tanto, los bancos, como toda empresa, van a buscar competir en el mercado por tener el mayor número de operaciones posibles y de esa manera generar mayores ganancias. Sin embargo, existe un elemento fundamental y cuya omisión fue determinante para que se produjera la crisis financiera del año 2008, esta es la evaluación del riesgo crediticio; la cual es realizada por los bancos para poder determinar el perfil crediticio del agente que solicita el financiamiento, la medición de sus riesgos y respecto del cual determinarán,

dependiendo del apetito de riesgo de cada banco, si es que se le otorga o no el financiamiento y, con ello, la tasa de interés y la forma de pago que se fija para la operación.

Al respecto, se debe entender que el banco, al cuantificar el riesgo de crédito; tal y como puede observarse de lo dispuesto en el Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la Exigencia de Provisiones, aprobado mediante Resolución SBS 11356-2008, toma en cuenta como indicadores, su probabilidad de ocurrencia e incumplimiento y su impacto en la entidad (a estos indicadores se les asigna categorías). Sobre esta base es que se puede medir qué riesgo resulta ser más crítico.

La correcta medición de sus riesgos va a tener como correlato, una correcta gestión de los mismos; para lo cual, va a ser fundamental el empleo de un esquema de garantías que permitan la mitigación del riesgo en las operaciones. Este esquema de riesgos y de garantías es utilizado para todo sujeto de crédito. En este caso, será realizado tanto para el financiamiento de los proyectos inmobiliarios como para los consumidores finales.

3. Financiamiento del proyecto inmobiliario: relación entre el banco y el promotor inmobiliario

Como todo proyecto, un proyecto inmobiliario requiere de una evaluación financiera, económica y legal que permita determinar su viabilidad; la cual incluye, principalmente, un análisis del entorno (oferta y demanda), un presupuesto (costos del proyecto y valor de las ventas), y un plan de marketing y de ventas. Todos estos son factores que el banco toma en consideración al momento de la medición de sus riesgos, a fin de decidir si es que otorgará o no el financiamiento para la construcción de un proyecto inmobiliario.

En ese sentido, resulta fundamental y acorde a sus intereses, la evaluación que realiza el banco respecto a la viabilidad del proyecto inmobiliario. Como ya habíamos adelantado, en este tipo de negocios, el banco tiene como objetivo, no solo tener una única colocación (financiamiento del proyecto inmobiliario) sino el de obtener el máximo de colocaciones posibles respecto a cada una de las unidades inmobiliarias que se vendan, toda vez que el otorgamiento de los créditos hipotecarios a los consumidores finales va a servir, a su vez, para el pago del financiamiento otorgado para el

⁴ La finalidad de la regulación prudencial es que las empresas del sistema financiero sean más sólidas y no quiebren para proteger el ahorro del público: para estos efectos es que requieren de solvencia (a través de patrimonio efectivo) y la gestión de riesgos

desarrollo del proyecto inmobiliario. Esto último, ciertamente, dependerá de los consumidores finales, de su capacidad económica o de si deciden o no financiar la compra del inmueble a través del banco que financia el proyecto, pues bien podrían realizarlo con una entidad bancaria distinta, ya sea porque le ofrece una tasa de interés menor, porque las condiciones de la aprobación le convienen más o por otro tipo de razones.

Como se podrá advertir, para el otorgamiento de este tipo de financiamientos, se va a requerir de una evaluación crediticia, tanto de la empresa inmobiliaria, como del proyecto inmobiliario en sí. Ello con el objetivo de obtener un flujo que permita maximizar las ganancias y mitigue la mayor cantidad de riesgos posibles; de acuerdo con las condiciones particulares que se presenten para cada operación.

Otros factores que influyen para que el banco determine si financiará o no el proyecto inmobiliario, es la antigüedad y la experiencia del promotor en el mercado inmobiliario y el flujo de ventas proyectado. Dependiendo del cliente y del proyecto, entonces, es que se pueden pactar una serie de garantías o se puede determinar la constitución de estructuras que doten de mayor solidez a la operación; como sería, por ejemplo, la constitución de un fideicomiso inmobiliario. Al respecto, debemos precisar que el fideicomiso inmobiliario es una estructura que está teniendo –cada vez más– una mayor acogida en el mercado, sin embargo, su uso es aún minoritario y para un perfil de proyectos inmobiliarios que por su magnitud o por su experiencia requieren de una figura que permita una mayor mitigación de riesgos.

La estructura y la garantía que el banco utiliza por excelencia es la del crédito hipotecario; es decir, el banco otorga el financiamiento para la construcción de un proyecto inmobiliario y, como principal garantía, el propietario del terreno – comúnmente es el promotor inmobiliario– constituye una hipoteca sobre el predio matriz; es decir, constituye hipoteca sobre el terreno en el que se construirá el proyecto.

Como podremos inferir, al banco le va a interesar que todos los flujos que este otorgue para el desarrollo del proyecto sean efectivamente destinados para el avance de la obra de este y no se use para otros fines (incorrecta canalización de flujos). Al respecto, para asegurar esta correcta canalización de los flujos, el banco va a pactar una serie de términos con el promotor inmobiliario que le permitan –entre otros– supervisar de forma efectiva los avances de obra y en base a estos, ir desembolsando recursos para la construcción

del proyecto. En efecto, esto significa que el desembolso del financiamiento al promotor para la construcción del proyecto, no se da en una sola oportunidad, sino que este se va realizando de forma periódica, según el banco vaya supervisando los avances de obra, lo cual se realiza regularmente por un especialista, supervisor o perito (seleccionado por el banco).

A continuación, para poder graficar y tener un mayor alcance de las obligaciones que pactan el banco y el promotor inmobiliario, procederemos a presentar el tenor de algunas de las cláusulas más usuales en este tipo de contratos:

- La empresa se obliga a la apertura de una cuenta corriente en la cual depositará el íntegro de los ingresos provenientes de las ventas de las unidades inmobiliarias y constituye al banco como administrador exclusivo de esta cuenta recaudadora.
- La empresa tendrá la libre disponibilidad de los fondos existentes en la Cuenta Recaudadora una vez que: (i) la construcción del Proyecto haya culminado; (ii) haya obtenido el Certificado de Finalización de obra del Proyecto; (iii) haya cumplido con el pago íntegro de las Obligaciones; (iv) haya cumplido con las demás obligaciones previstas en el contrato.
- Una vez que se culmine con la construcción se mantendrá un porcentaje de las retenciones hasta la Independización e inscripción registral de las unidades inmobiliarias integrantes del Proyecto Inmobiliario.
- La empresa desarrollará el proyecto según los planos, el cronograma de obra y el presupuesto, sin poderlos modificar salvo que cuente con autorización expresa del banco.
- El banco estará facultado para dictar los lineamientos generales para el diseño de la estrategia publicitaria para la venta de las unidades inmobiliarias, así como para designar a una o más personas naturales o jurídicas que actúen como promotores de dichos actos con cargo a los fondos de la cuenta recaudadora.
- La empresa deberá proporcionar al banco información relativa al progreso en la venta de unidades inmobiliarias.
- La empresa deberá proporcionar al banco la información financiera del proyecto de forma periódica.

- La empresa deberá informar al banco respecto a cualquier cambio en sus órganos de administración y/o en su composición accionaria.
- La empresa deberá obtener y mantener vigentes todas las licencias, aprobaciones, autorizaciones y permisos que sean necesarios para el desarrollo del proyecto.
- En caso de incumplimiento, la empresa deberá asumir las obligaciones comprometidas en los contratos de compraventa del proyecto de vivienda, suscritos con los beneficiarios, incluyendo la obligación de culminar la obra y entregar a estos las viviendas
- La empresa debe: (i) brindar al supervisor el acceso a toda la información relacionada con las ventas de las unidades inmobiliarias, así como del progreso de ésta; (ii) brindar al supervisor acceso permanente al inmueble y a las obras del proyecto a fin de que este lleve a cabo sus funciones así como las tasaciones mensuales a su cargo.
- Las partes acuerdan expresamente que, en caso se requiera, el banco pagará los honorarios del nuevo constructor con cargo a la cuenta recaudadora, los cuales, en principio, serán los necesarios para la conclusión del proyecto en función del presupuesto.
- La empresa autoriza de manera expresa al banco a sobregirar la cuenta de libre disposición o cualquier otra cuenta abierta a su nombre en caso de que los fondos existentes en la cuenta recaudadora no fuesen suficientes para cubrir los honorarios del nuevo constructor, estando la empresa obligada al pago del monto así sobregirado.

Tal y como podrá apreciarse de una lectura de estas cláusulas modelo, la entidad bancaria busca, a través del pacto de diversas obligaciones, garantizar la culminación del proyecto inmobiliario. Ante esta premisa, cabe formularse la siguiente pregunta: ¿Por qué para el banco resulta tan importante la culminación de la obra de un proyecto inmobiliario financiado por este?

Ante esta pregunta, resulta oportuno señalar que, para el banco, la importancia que le ha conferido a la culminación de un proyecto inmobiliario financiado por este, se ha traducido en la regulación de una serie de obligaciones y la estructura de diversas garantías dentro de cada operación que le han permitido una debida gestión de los riesgos a los que conllevan la construcción de

este tipo de proyectos; los cuales, desde su inicio hasta su culminación, se encuentran expuestos a una serie de riesgos inherentes al negocio. Pero esta gestión de riesgos realizada por el banco no siempre se ha presentado de la misma manera, sino que ha sido el resultado de una evolución y especialización que se ha venido dando con el transcurrir del tiempo y con las diferentes situaciones que se han presentado ante proyectos inmobiliarios inconclusos.

Pero, regresando a la pregunta planteada, las razones por las cuales, para el banco resulta fundamental la culminación del proyecto inmobiliario que es financiado por este, pueden reducirse al hecho de que la entidad bancaria –así como cualquier otra empresa– lo que va a buscar es proteger sus intereses, lo cual, a su vez, significa lo siguiente: (i) proteger el financiamiento otorgado al promotor inmobiliario; (ii) proteger el financiamiento otorgado a los consumidores finales; y (iii) proteger su reputación. Al respecto, se debe precisar que la protección del financiamiento tanto del promotor inmobiliario como de los consumidores finales consiste en asegurar que los préstamos (capital más intereses) sean repagados.

La protección de estos intereses por parte del banco –como veremos más adelante– se va a ver traducido en una serie de factores que van a contribuir con la culminación de los proyectos inmobiliarios.

D. Financiamiento de las unidades inmobiliarias del proyecto inmobiliario: relación entre el banco y el consumidor final

Como ya habíamos adelantado, cuando el banco financia un proyecto inmobiliario no busca una sola colocación (financiamiento al promotor inmobiliario) sino varias colocaciones (financiamientos a los consumidores finales). Al respecto, se podría inclusive afirmar que el verdadero negocio del banco es la colocación de estos créditos particulares para financiar las compraventas de cada una de las unidades que se construyen en estos proyectos inmobiliarios; pues se trata de colocaciones a plazos bastante más prolongados (promedio de 20 a 25 años) que permiten fijar tasas más altas que la de los financiamientos otorgados al promotor inmobiliario y que, en general, son bastante más atractivos a nivel comercial, pues permiten al banco la fidelización de estos consumidores para el otorgamiento de otro tipo de productos financieros.

Al igual que para el financiamiento del proyecto inmobiliario, para lo que concierne a los financiamientos de las compraventas de las unidades

inmobiliarias (para pagar la totalidad del precio de venta), el banco va a pedir el otorgamiento de garantías hipotecarias. En ese sentido, el banco tendrá dos garantías hipotecarias provenientes de dos distintos financiamientos: (i) financiamiento al promotor inmobiliario para lo cual se constituye una hipoteca sobre el predio matriz; y (ii) financiamiento a los consumidores finales para lo cual se constituyen hipotecas sobre cada una de las unidades inmobiliarias que se construirán sobre el proyecto inmobiliario (bienes futuros)

Sobre este financiamiento hipotecario, cabe precisar que, en sus inicios –hasta antes del año 2000– se trataba de un producto bastante exclusivo al que muy pocas personas podía tener acceso; sin embargo, en la medida que este producto se fue flexibilizando, un mayor número de personas pudo tener un mayor acceso a este, a lo cual también contribuyó, de forma sustancial, la creación del Fondo Mivivienda a finales de los años 90.

Asimismo, cabe precisar, que este tipo de financiamiento hipotecario al consumidor final se puede presentar en los siguientes escenarios: (i) para financiar la compra de unidades inmobiliarias construidas en el proyecto inmobiliario financiado por el mismo banco; (ii) para financiar la compra de unidades inmobiliarias construidas en el proyecto inmobiliario financiado por otro banco; o (iii) para financiar la compra de unidades inmobiliarias construidas en proyectos inmobiliarios autofinanciados. Sobre el particular, como ya habíamos adelantado, el desarrollo del presente artículo se enmarca en el primer escenario; sin embargo, también va a resultar importante describir las principales características de los otros dos escenarios a fin de poder tener una visión más integral de la problemática abordada.

El primer supuesto –que es en el que se centra el desarrollo del presente artículo– en el que el consumidor final decide adquirir la unidad inmobiliaria mediante un financiamiento del banco que financió el proyecto, se advierte la existencia de dos relaciones jurídicas distintas; siendo una de estas, la que se dará entre el banco y la empresa inmobiliaria para el financiamiento del proyecto –que ya hemos desarrollado en el acápite anterior– y la otra es la que surge de la relación entre el banco y el consumidor final por el financiamiento para la adquisición de la unidad inmobiliaria. Al respecto, mediante Resolución 375-2012/SC2-INDECOPI la Segunda Sala de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y

de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), señaló lo siguiente:

Existen dos relaciones contractuales que involucran al Banco respecto de los bienes del señor Baca. La primera, es el financiamiento del proyecto inmobiliario, que fue garantizado por Revolle con una hipoteca otorgada hasta por la suma de US\$ 936 000,00 a favor del Banco. La segunda, es la compraventa de los bienes inmuebles mediante préstamo dinerario entre el señor Baca y la entidad financiera, por la suma de S/ 150 000,00, con el otorgamiento de una garantía hipotecaria por parte del denunciante a favor del Banco.

En ese sentido, conforme a lo desarrollado, el banco otorga dos financiamientos diferentes, uno al promotor inmobiliario y otro al consumidor final. En ambos casos, estos préstamos son garantizados mediante la constitución de dos hipotecas que se otorgan en momentos distintos; una primera, sobre el predio matriz y la otra, constituida de forma posterior, sobre la unidad inmobiliaria independiente. Al respecto, se debe precisar que al momento en el que se celebra contrato de crédito hipotecario con el consumidor final, la unidad inmobiliaria tiene la calidad de bien futuro y; por lo tanto, según lo establecido en el artículo 1534 del Código Civil⁵, el contrato se encuentra sujeto a la condición suspensiva de que la unidad inmobiliaria llegue a tener existencia, lo cual se cumplirá cuando se otorgue la conformidad de obra al proyecto inmobiliario.

III. ALCANCES Y LÍMITES DE LA PARTICIPACIÓN DEL BANCO EN EL FINANCIAMIENTO DE LAS UNIDADES INMOBILIARIAS

Tal y como podrá advertirse de lo desarrollado hasta el momento en el presente artículo, al celebrar este tipo de contratos con los promotores inmobiliarios, los bancos lo que van a buscar es el resguardo de sus intereses; sin embargo, lo cierto es que, al hacerlo, indirectamente también se encontrarían resguardando los intereses de los consumidores finales, pues ambos intereses coincidirían.

Así pues, como ya se había indicado, podría ocurrir que, durante el proceso de construcción del proyecto inmobiliario, se susciten una serie de eventos que provoquen –entre otros– que la obra se pueda paralizar durante un periodo prolongado, que tenga defectos en la construcción, que no se cumpla con la fecha de entrega de las unidades

⁵ Artículo 1534.- En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia (1984).

inmobiliarias, o que, en el escenario más extremo, no se culmine con la obra. Estos eventos pueden producirse por diferentes razones, como son el de una desviación de los flujos del proyecto, por una deficiente administración de los flujos, por un sobredimensionamiento del proyecto inmobiliario, etc.

A nivel nacional, este tipo de eventos se han materializado en diferentes casos, que se han desarrollado en el marco de las relaciones de consumo en el que los usuarios o consumidores finales suelen atribuir responsabilidad, tanto a los promotores inmobiliarios como a las entidades bancarias, ante eventos o supuestos de incumplimientos en el desarrollo de los proyectos inmobiliarios; situaciones que son puestas en conocimiento del Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y Propiedad Intelectual, en su calidad de autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Al respecto, debemos precisar que, dentro de los alcances de la presente investigación, la problemática abordada en este artículo no ha sido objeto de tratamiento a nivel judicial; razón por la cual, hemos delimitado el desarrollo de este a la casuística abordada por el ente administrativo.

A. Entrega tardía y defectos en la construcción de las unidades inmobiliarias

Para tratar este punto, resulta oportuno citar como referencia, la denuncia seguida bajo el expediente 2343-2009/CPC presentado por el señor Marco Antonio Baca Calderón (consumidor final) contra Revolle Constructores S.A.C. (promotor inmobiliario) y el Banco Continental (ahora, BBVA), por presuntas infracciones al Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor (normativa vigente en ese momento).

Respecto a Revolle Constructores S.A.C., señaló que esta: (i) habría incumplido con entregar el inmueble en la fecha pactada; (ii) habría construido el inmueble de acuerdo un diseño distinto al ofrecido; y (iii) habría incumplido con realizar el pago de la penalidad acordada por el retraso en la entrega del inmueble. Asimismo, en lo que respecta al banco, señaló que este no se habría hecho responsable por el incumplimiento de la constructora, pese a ser el banco promotor del proyecto inmobiliario.

Mediante Resolución 698-2011/CPC, la Comisión declaró infundada la denuncia contra el banco, debido a que no había quedado acreditado que este

haya asumido responsabilidad frente a un eventual incumplimiento de las obligaciones asumidas directamente por Revolle respecto a los defectos en la construcción del proyecto inmobiliario. Al respecto, el señor Baca formuló un recurso de apelación contra la citada resolución indicando entre otros aspectos, los siguientes:

[...] la Comisión no tuvo en cuenta el contrato suscrito entre el Banco y Revolle, donde se demostraba la real y activa intervención de la entidad financiera en el negocio de la constructora [...]

[...] el Banco realizó diversos desembolsos directos a Revolle, en su calidad de Banco promotor del proyecto inmobiliario [...]

En atención a ello, mediante resolución 375-2012/SC2-INDECOPI la Sala de Defensa de la Competencia 2 desarrollo el siguiente análisis:

[...] Obra en el expediente el Contrato de Préstamo Contipiente – Conticasa mediante el cual el Banco otorgó un préstamo al señor Baca para la adquisición de los inmuebles. En dicho contrato se estableció lo siguiente:

[...] EL BANCO no asumirá responsabilidad alguna por la calidad, idoneidad, entrega o cualquier otro factor relacionado al bien inmueble que EL PRESTATARIO adquiriera con el monto del préstamo concedido [...]

[...] El Banco se limitaba a prestar el financiamiento para la adquisición de los bienes, sin que se haya establecido grado alguno de responsabilidad por parte de la entidad financiera en la ejecución de la misma obra. [...]

[...] A consideración de la Sala, ello no involucra capacidad de dirección alguna por parte del Banco en el proyecto inmobiliario, siendo que dicha facultad encontraría sustento únicamente en el hecho de que la entidad financiera necesita de una constructora que culmine el proyecto a efectos de inscribir las hipotecas establecidas en los contratos de financiamiento suscritos con cada uno de los adquirentes de las unidades inmobiliarias [...]

[...] Dicha facultad no fue ejercida, debido a que fueron los mismos adquirentes de los inmuebles los que negociaron directamente con Revolle, asumiendo la responsabilidad de la culminación de la construcción [...]

Respecto a esta primera resolución, se puede observar que el problema suscitado se debió respecto a tres supuestos que resultan ser bastante comunes durante el desarrollo de los proyectos inmobiliarios:

liarios: (i) defectos en la construcción; (ii) retraso en la entrega del inmueble; y (iii) el incumplimiento en el pago de la penalidad. Ante la ocurrencia de estos eventos es que el consumidor final interpuso una denuncia en contra de la vendedora (Revolle Constructores S.A.C.) y del Banco Continental (entidad que financiaba el proyecto) atribuyéndoles responsabilidad a ambos sujetos.

Resulta evidente en este tipo de casos, la responsabilidad contractual (contrato de compraventa) que existe entre la promotora inmobiliaria (vendedora) y el consumidor final (comprador) respecto a la entrega del bien; sin embargo, respecto al banco y al comprador (sea que este último haya o no celebrado un crédito hipotecario con dicha entidad) cabe formularnos la siguiente pregunta: ¿El banco es responsable?

Conforme al criterio esgrimido por la Sala, el banco no tendría responsabilidad de que se hayan suscitado estos eventos, pues no contaría con capacidad de dirección sobre el desarrollo del proyecto inmobiliario. Cabe precisar que, si bien la Sala no define lo que debe entenderse por capacidad de dirección, consideramos que esta debería entenderse como la capacidad de planificar, dirigir y controlar las actividades que desarrolla la promotora inmobiliaria durante la construcción del proyecto inmobiliario.

Al respecto, debemos señalar que, si bien coincidimos con la Sala en el hecho de que el banco no tiene —como tal— la capacidad de dirección respecto a la construcción de la obra; sin embargo, resulta innegable el rol activo que este tiene durante su desarrollo, lo cual incluye contar con supervisores en el proyecto, ostentar la facultad de cuestionar el avance de obras, tener acceso a la información financiera y del accionariado de la empresa (de forma periódica) y lo más importante, tener un control sobre los flujos que ingresan y los desembolsos parciales que van realizándose contra el avance de la obra.

Tal y como puede advertirse, este control y supervisión del que es partícipe el banco tiene un objetivo, sobre todo, de carácter financiero y que obedece —lógicamente— a su rol de intermediario para el

financiamiento del proyecto inmobiliario; por esta razón, es muy común que los bancos establezcan cláusulas en los contratos de crédito celebrados con los consumidores finales, en los que se eximen de todo tipo de responsabilidad respecto a la construcción de los inmuebles.

En efecto, dentro de las actividades realizadas por el banco, consideramos que se encuentran fuera de su campo de acción, el poder verificar los defectos en la construcción de los inmuebles o los acabados, así como tampoco, el poder verificar los retrasos en las entregas de los inmuebles o los pagos de las penalidades. Son estos supuestos en los que la vendedora es la única responsable.

Así pues, con relación a los tres supuestos analizados en el presente apartado, los cuales son bastante recurrentes ante INDECOPI y mediante los que se busca atribuir responsabilidad administrativa por una falta en el deber de idoneidad establecido en el artículo 18 del Código de Protección y Defensa del Consumidor⁶, consideramos que no podría extendersele responsabilidad al banco, no solo porque a nivel contractual, se establezcan cláusulas que así lo señalen de forma expresa, sino también, porque en la realidad, no se encuentran dentro de su campo de acción.

En efecto, si bien los bancos cuentan con la experiencia y los profesionales especializados para el desarrollo de sus actividades, no se debe perder de vista que su giro de negocio es el de la intermediación financiera; razón por la cual, si bien, como hemos señalado, ostentan una serie de facultades durante el desarrollo de un proyecto inmobiliario, estos no se encuentran orientados a garantizar el cumplimiento de este tipo de obligaciones inherentes propiamente a la construcción del proyecto, para las cuales hay un agente especializado (promotora inmobiliaria).

B. Obra no culminada y la no entrega de las unidades inmobiliarias

Para esta sección, nos plantearemos como escenario aquellos casos en los que la obra no es entregada a los consumidores finales debido a que esta no se culmina; para estos efectos, tomaremos

⁶ Artículo 18.- Idoneidad

Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor (2010).

como referencia la Resolución Final 1209-2016/CC1, mediante la cual, el INDECOPI resuelve declarar infundada la denuncia seguida contra el Banco Financiero del Perú S.A. (ahora, Banco Pichincha S.A.). Según se desprende de la citada resolución, la denuncia es formulada contra el banco bajo el siguiente argumento:

[...] la entidad bancaria habría otorgado, en forma indebida, un crédito hipotecario a los denunciantes para la adquisición de un inmueble, a sabiendas que este proyecto no se llevaría a cabo por problemas financieros de la empresa encargada de su construcción.

En atención a ello, el banco en sus descargos dedujo una excepción por falta de legitimidad para obrar alegando lo siguiente:

[...] la vinculación generadora de responsabilidad se originó de lo dispuesto en el contrato de compraventa celebrado entre los denunciantes y la Inmobiliaria.

[...] El Banco, como intermediario financiero, cumplió con lo establecido en el contrato de préstamo hipotecario, es decir, con la entrega del dinero a desembolsar. [...]

[...] El Banco no intervino en la construcción y/o financiamiento del proyecto inmobiliario de la Inmobiliaria, tan es así que en ninguno de los contratos suscritos se estipuló que iban a financiar el mencionado proyecto o se comprometió a la supervisión e idoneidad de la construcción. [...]

[...] Tampoco es responsabilidad del Banco que la Inmobiliaria no haya podido culminar con la construcción del inmueble. [...]

Por su parte, el INDECOPI, al realizar el análisis del caso, decidió resolver bajo las siguientes consideraciones:

[...] se aprecia que los denunciantes declararon que el saldo del precio lo iban a financiar mediante un crédito hipotecario otorgado por el Banco y, además, declararon conocer que el proyecto inmobiliario era financiado por el Interbank [...]

[...] existe una discrepancia entre las entidades que financiaron tanto la adquisición del departamento como la construcción del proyecto inmobiliario. Asimismo, de la revisión del mencionado contrato de compraventa no se estableció obligación alguna por parte de la entidad financiera denunciada respecto a la construcción del proyecto inmobiliario [...]

[...] ambas partes han coincidido en señalar que la falta de la construcción del bien inmueble se debió a que la Inmobiliaria no logró obtener financiamiento para su culminación, dado que Interbank revocó su decisión, habiéndole sido imposible a la vendedora obtener nueva financiación por alguna otra entidad financiera; por tanto, el Banco tampoco tendría responsabilidad por la paralización o falta de culminación del mencionado proyecto inmobiliario [...]

[...] ha quedado acreditado que el Banco no es responsable por el detenimiento de la construcción del departamento adquirido por los denunciantes [...]

Respecto a esta segunda resolución, resulta importante señalar que nos encontramos ante un supuesto distinto al analizado en el presente artículo; este supuesto es aquel en el que el banco que financia el proyecto inmobiliario (Interbank) es distinto al banco que otorgó el crédito al consumidor final (en ese momento, el Banco Financiero); razón por la cual, efectivamente, al no haber participado en el financiamiento del proyecto inmobiliario, no correspondería discutir si es que se le podría atribuir algún tipo de responsabilidad al Banco Financiero, pues su rol se limitó a otorgar el crédito al consumidor final para la cancelación del precio de venta de la vivienda.

En efecto, en este supuesto, la relación jurídica que vinculaba al banco y al consumidor final era únicamente respecto al financiamiento para la adquisición de la vivienda; en ese sentido, no podría atribuírsele al Banco Financiero –en este caso– la obligación de informarse respecto a supuestos problemas financieros que podría tener un proyecto inmobiliario financiado por otro banco y que debieron haberse tratado de forma confidencial.

No obstante, lo indicado, un punto que es importante analizar es que la defensa en la que se basó el Banco Financiero y que fue gran parte del razonamiento que siguió el INDECOPI fue precisamente el hecho que este no fue el banco que financió el proyecto; lo cual podría considerarse, *contrario sensu*, que el banco que financió el proyecto, que en este caso fue el Interbank, sí resultaría responsable.

En este punto, corresponde absolver la interrogante si es que ante este tipo de supuestos en los que la vivienda no llega a ser entregada al consumidor final, corresponde atribuírsele responsabilidad al banco que financia el proyecto inmobiliario. Al respecto, debemos señalar que, aunque resul-

te más complicado tomar una decisión ante este escenario, consideramos que tampoco bajo este supuesto, correspondería la atribución de responsabilidad al banco.

Si bien, como ya hemos señalado, el banco que financia el proyecto inmobiliario cuenta con una serie de facultades y atribuciones, establecidas a través de los contratos de financiamiento, que incluyen, fundamentalmente, el tener un control sobre los desembolsos que se van realizando dependiendo del porcentaje del avance de obra; lo cierto es que, precisamente el tener esta facultad es lo que permite al banco a ya no efectuar más desembolsos ante eventos de incumplimiento que se presenten con la promotora inmobiliaria; tal y como ocurrió, en el caso en el que el Interbank dejó de financiar el proyecto inmobiliario.

En efecto, como ya habíamos señalado, si bien el banco es una entidad con una amplia experiencia y con una serie de filtros que reducen el riesgo en este tipo de casos, ello no obsta para que existan situaciones que excedan de la capacidad de control del banco y que finalmente no solo le causan un perjuicio al consumidor final, sino también a la misma entidad.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el rol del banco en el desarrollo de los proyectos inmobiliarios va a depender, en gran medida, de la magnitud del proyecto, de la experiencia de la promotora inmobiliaria, del capital inicial de la obra y de un punto muy importante también que es de la experiencia del banco en el otorgamiento de este tipo de financiamientos y del personal que disponga para el control de determinado proyecto inmobiliario.

Es por esta razón que los bancos deben ser bastante diligentes con la publicidad que aprueban cuando financian un proyecto inmobiliario, así como también en la redacción de sus contratos, a fin de dejar claro al consumidor final de que, a pesar de que financien la obra, no son los responsables de su construcción.

No obstante, lo indicado, con relación a la importancia en la actividad que realizan los bancos, debe tenerse presente que estos, “en el ejercicio de la intermediación en el crédito desempeñan una función social que compromete el interés público” (Benelbaz, 2013); es decir, que la actividad bancaria, es de carácter privado, pero de interés público, precisamente porque la actividad de intermediación que realizan es con el ahorro del público (bien protegido constitucionalmente).

Ahora bien, resulta también relevante la generación de confianza creada por los bancos; la

cual es fundamental para las contrataciones que se llevan a cabo, no solo con los que inicia una relación jurídica obligacional, sino también con terceros que a causa de esta confianza generada deciden contratar.

En efecto, resulta innegable que, para un potencial comprador (consumidor razonable), el hecho de tener conocimiento que una vivienda que desea adquirir forme parte de un proyecto inmobiliario financiado por un banco, podría inclinar la balanza a que tome la decisión de comprarla o no. Sin embargo, consideramos que, a pesar de ello, no resultaría correcto atribuirle responsabilidad al banco por eventos que sean de responsabilidad íntegramente del promotor inmobiliario, salvo que se demuestre que se debió a un incumplimiento imputable al banco; como sería, el suspender los desembolsos del dinero contra los avances de obra, sin justificación alguna.

No obstante, lo señalado, consideramos que tampoco resultaría razonable un escenario en el cual, un consumidor final, además de verse perjudicado por una obra paralizada y una vivienda que no ha sido entregada, se vea obligado a pagar un crédito hasta por un plazo inclusive de 25 años (plazo máximo aproximado de duración de un crédito); por esa razón, consideramos que la forma más eficiente y que en la práctica comercial, muchas entidades bancarias realizan es la de establecer una óptima estructura de garantías que permitan una correcta distribución de riesgos entre cada una de las partes.

IV. ESTRUCTURA DE GARANTÍAS EN EL FINANCIAMIENTO DEL PROYECTO INMOBILIARIO

La estructura de garantías, como ya habíamos adelantado, resulta clave para una correcta distribución de riesgos entre cada uno de los actores. En tal sentido, se puede observar que, con la finalidad de garantizar todas las obligaciones que se generen en virtud del contrato de crédito celebrado entre el banco y la promotora inmobiliaria, se constituirán garantías que buscarán disminuir el riesgo del crédito; siendo la constitución de una hipoteca sobre el predio matriz, una garantía fundamental en este tipo de proyectos.

Respecto a la hipoteca, se debe tener presente que este “es un derecho real de garantía por el que se afecta un inmueble en respaldo del cumplimiento de una obligación propia o de un tercero” (Avendaño, 2019, p. 131). En ese sentido, en caso la deuda garantizada no sea satisfecha en el plazo pactado, el acreedor hipotecario (el banco) puede ejecutar la garantía para hacerse pago del crédito debido.

Corresponde señalar entonces, que en este tipo de proyectos se busca constituir dos hipotecas; una sobre el predio matriz y la otra sobre cada una de las unidades inmobiliarias que existirán en un futuro. Es decir que, al momento de la celebración del contrato de crédito hipotecario entre el banco y el consumidor final, este tiene la condición de bien futuro, requiriéndose para la inscripción de la hipoteca que este inmueble llegue a tener existencia, siendo que dicho momento se verificará con la conformidad de obra y la independización de las unidades inmobiliarias que forman parte del proyecto inmobiliario.

No existe duda alguna de que la garantía hipotecaria es una pieza clave en este tipo de operaciones; sin embargo, existe otra garantía que resulta también fundamental y que es utilizada continuamente en la práctica comercial; esto es el depósito en garantía, que resulta ser la constitución de una garantía mobiliaria sobre los depósitos dinerarios provenientes de las ventas de las unidades inmobiliarias que forman parte del proyecto.

Conforme a lo señala en el Decreto Legislativo 1400, Decreto Legislativo que aprueba el régimen de garantía mobiliaria, esta puede ser definida como la afectación que recae sobre cualquier bien mueble mediante acto jurídico constitutivo, con el fin de garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones.

Por lo tanto, el depósito en garantía tendrá como principal objetivo que el acreedor (la entidad financiera) mantenga un control pleno del íntegro de los ingresos provenientes de las preventas y las ventas de las unidades inmobiliarias; para lograr ello, previamente, las partes deberán acordar que el deudor (la promotora inmobiliaria) solicite la apertura de una cuenta recaudadora en la entidad financiera, nombrándola administradora exclusiva de esta. Cabe precisar que, a nuestra consideración, esta sería una de las características más relevantes y que dota de mayor eficacia a este tipo de garantía, pues permite al acreedor canalizar, de forma efectiva, los ingresos de su deudor, al ser estos depositados de forma directa en esta cuenta y tener la facultad de administrarlos conforme a la verificación del cumplimiento de las obligaciones que garantiza.

Para estos efectos, resulta importante poder distinguir los siguientes tres supuestos que son los más habituales en la estructura de garantías para la adquisición de unidades inmobiliarias en un proyecto:

- Un mismo banco es el que financia el proyecto inmobiliario y la adquisición de las

unidades inmobiliarias que forman parte de este: en este supuesto, se constituye una hipoteca sobre el predio matriz y un depósito en garantía, mediante este último se retiene un porcentaje de los montos que ingresan por las ventas de las unidades inmobiliarias.

- Es un banco distinto el que financia el proyecto inmobiliario y la adquisición de las unidades inmobiliarias que forman parte de este: en este supuesto, dado que el banco que se encontraría financiando la unidad inmobiliaria no cuenta con una garantía real sobre el predio matriz, se solicita al otro banco –que es el que financia el proyecto– que emita una carta fianza de fiel cumplimiento hasta la independización de la unidad inmobiliaria e inscripción de la hipoteca.
- El proyecto inmobiliario es autofinanciado, pero la adquisición de las unidades inmobiliarias, se financian mediante un banco: en este supuesto, el porcentaje de retención sobre los flujos (depósito en garantía) sería respecto a la totalidad del monto desembolsado producto del financiamiento de las unidades inmobiliarias.

Tal y como podrá advertirse, esta estructura de garantías son las que se utilizan hasta que se puedan inscribir las hipotecas sobre cada unidad inmobiliaria, lo cual ocurrirá, una vez finalizada la obra. Al respecto, debe precisarse que, en lo que corresponde a la línea para la emisión de cartas fianzas, estas garantizan ante la otra entidad bancaria, que se realizará la independización y el levantamiento de las hipotecas vinculadas a las ventas de las unidades inmobiliarias del proyecto.

En el caso de la constitución del depósito en garantía, existen una serie de obligaciones que esta asegura y que se encuentra fundamentalmente orientadas a la finalización del proyecto inmobiliario. En ese sentido, una vez que se verifique el cumplimiento de estas obligaciones, el promotor inmobiliario tendría la libre disponibilidad de los fondos existentes en la cuenta respecto de la cual se constituyó el depósito en garantía.

De acuerdo con lo indicado, a nivel práctico puede observarse que el flujo regular de este tipo de garantía se realiza de la siguiente forma:

- Retenciones: se retiene un porcentaje del precio de las ventas de las unidades inmobiliarias (el porcentaje dependerá de los términos en los que haya sido aprobada la operación)

- Liberaciones: se procederá con la liberación de porcentajes de las retenciones realizadas, conforme se vaya verificando el cumplimiento de una serie de etapas, como son la presentación del certificado de finalización de obra, la independización inscrita en SUNARP, la inscripción de las hipotecas individuales y devolución de cartas fianzas.

A. Experiencia Española

En España, mediante la Sentencia 733/2015 de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 21 de diciembre de 2015, se aborda el tema de la responsabilidad de la entidad bancaria que financia la construcción y que tiene abierta una cuenta por el promotor en el que los interesados ingresan las cantidades anticipadas por el futuro precio de la vivienda. En tal sentido, el fundamento quinto de la citada sentencia establece lo siguiente:

La aplicación de la línea inspiradora de esta doctrina jurisprudencial al presente recurso determina que proceda su estimación, porque la «responsabilidad» que el art. 1-2^a de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial **deber de vigilancia sobre el promotor** al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad, pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de «exigir». En suma, se trata de una **colaboración activa de las entidades de crédito** [el énfasis es nuestro].

Al respecto, debe precisarse que la referida Ley 57/1968, Ley sobre el percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en base a la cual se resolvió el anterior pronunciamiento fue derogada con fecha 01 de enero del 2016, mediante esta se estableció:

con carácter general normas preventivas que garantizaban tanto la aplicación real y efectiva de las cantidades anticipadas por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda, como su devolución en el supuesto de que ésta no se lleve a efecto (Villatoro, 2015).

Concretamente, esta ley garantizaba dos cosas: (i) la devolución de las cantidades entregadas, más un seis por ciento de interés anual, para el supues-

to de que la construcción no se iniciara o no llegara a buen fin por cualquier causa en el plazo acordado; y (ii) que las cantidades anticipadas sean depositadas en una cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para la construcción de las viviendas; para la apertura de las cuentas, la entidad financiera, bajo su responsabilidad, debía exigir la contratación del seguro o aval solidario.

Los diversos comentarios respecto a esta ley son realmente positivos, pues según se indica, tuvo una respuesta verdaderamente efectiva y útil, sobre todo, ante la crisis financiera del 2008 que tuvo un gran impacto en España, fue en este contexto y ante la desaparición de numerosos promotores lo que motivó que se fuera generando jurisprudencia en el sentido que se condenaba a las entidades financieras a devolver el dinero adelantado por viviendas que no se llegaron a construir.

Han surgido muchas críticas alrededor de la derogación de esta ley, pues ha suplido su regulación una serie de dispositivos que tienen un carácter más flexible respecto a las exigencias que imponía la ley derogada. Sin embargo y a pesar de que actualmente no se encuentre en vigencia la referida ley, la regulación española igualmente busca conservar este esquema mediante el cual se garantizan las cantidades anticipadas para la construcción de viviendas futuras.

B. El depósito en garantía como una alternativa de solución

Las cuentas especiales a las que hacía referencia la derogada ley española pueden muy bien equipararse a los depósitos garantía o cuentas garantías que abren las promotoras inmobiliarias en nuestro país y en el que deberían ingresar todos los fondos provenientes de las ventas.

Como ya hemos señalado, el principal objetivo de estos depósitos en garantía es que la entidad bancaria posea un control íntegro de los ingresos provenientes de las ventas de las unidades inmobiliarias; permitiendo al acreedor canalizar, de forma efectiva, los ingresos de su deudor.

A diferencia de la experiencia española, aquí no existe una ley que, de forma imperativa, ordene a las entidades bancarias la apertura de una cuenta que garantice que los fondos provenientes de las ventas de las unidades inmobiliarias sean utilizados, efectivamente, para la culminación de la construcción de la obra ni que le ordene al banco la devolución de estos fondos a los compradores de las futuras unidades inmobiliarias.

No obstante, lo indicado, como hemos señalado, en la práctica comercial, estos depósitos en garantía son utilizados precisamente para asegurar una correcta canalización de flujos, siendo una herramienta bastante importante y cuyo uso en este tipo de financiamientos consideramos que debería ser de carácter obligatorio.

En ese sentido, consideramos que lo que actualmente se realiza como una práctica comercial, debería ser de obligatorio cumplimiento –bajo una adecuada regulación– para las entidades bancarias que se encargan de financiar los proyectos inmobiliarios; de forma tal que no desincentive el financiamiento otorgado por parte de las entidades bancarias pero que a la vez proteja al consumidor final ante un supuesto en el cual la obra no se finalice, debiendo servir este depósito en garantía para la cancelación de la deuda y también para la devolución de los aportes que haya realizado el consumidor final.

Por lo tanto, creemos que esta alternativa de solución a la problemática abordada podría ser canalizada como una disposición de protección al consumidor, a fin de que se puedan establecer obligaciones regulatorias que permitan corregir fallas en el mercado, como ocurriría en el presente caso.

V. CONCLUSIÓN

Resulta innegable el rol activo que tiene el banco en el desarrollo de los proyectos inmobiliarios; sin embargo, consideramos que ello no debería significar que se le atribuya responsabilidad por distintos eventos que puedan afectar la culminación de la obra.

Sin perjuicio de lo indicado, existen alternativas que permiten proteger al consumidor final, como es el de la constitución de un depósito en garantía; a través del cual, ante un supuesto en el que la obra no se finalice, con estos fondos se pueda realizar la cancelación total de la deuda que este tenga frente al banco y también le permita la devolución de los aportes que haya realizado para la adquisición de la unidad inmobiliaria. 

BIBLIOGRAFÍA

- Avendaño, J. & Avendaño, F. (2019). *Derechos reales*. Fondo Editorial de la PUCP.
- Benelbaz, H. (2013). La responsabilidad de las entidades financieras. *Revista de la Universidad de Mendoza*, (14), 17-71.
- Espinoza, J. (2005). La tutela jurídica del consumidor frente a la responsabilidad civil y adminis-

trativa de los bancos. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (50), 313-322.

Mato M. & Ángel, M. (2009). El Fideicomiso. En M. Mato & M. Ángel (coords.), *Los fideicomisos en los tiempos modernos* (s.p.). Cengage Learning.

Porthé, L. (2005). Responsabilidad de las entidades bancarias ante el consumidor. *Lecciones y Ensayos*, (84).

Steinberg, F. (16 de octubre de 2008). *La crisis financiera mundial: causas y respuesta política*. Portal del Real Instituto el Cano. <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/la-crisis-financiera-mundial-causas-y-respuesta-politica/>

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (s.f.). *Basilea II y Basilea III*. Página web de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. <https://www.sbs.gob.pe/regulacion/basilea-ii-y-basilea-iii>

Villatoro, T. (17 de mayo de 2015). Responsabilidad de las entidades bancarias ante el consumidor. *Ius Aequitas*. <https://iusaequitas.net/efectos-de-la-derogacion-de-la-ley-5768-se-reduce-la-proteccion-de-las-entregas-a-cuenta-de-adquirentes-y-cooperativas-de-viviendas/>

Vives, X. (2010). *La industria financiera y la crisis: el papel de la innovación*. (Occasional paper 178). <https://media.iese.edu/research/pdfs/OP-0178.pdf>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Comisión de Protección al Consumidor sede Central, 13 de abril de 2011, 698-2011/CPC, Expediente 2343-2009/CPC (Perú).

Comisión de Protección al Consumidor sede Central, 15 de junio de 2016, 1209-2016/CC1, Expediente 11062015/CC1 (Perú).

Decreto Legislativo 1028, Decreto Legislativo que modifica la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1400, Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria, Diario Oficial *El Peruano*, 07 de setiembre de 2018 (Perú).

Decreto Supremo 011-2006-VIVIENDA, Aprueban Reglamento Nacional de Edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, de 05 de mayo de 2006 (Perú).

Ley 26887, Ley de regulación de habilitaciones urbanas y de edificaciones, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de septiembre de 2007 (Perú).

Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, Diario Oficial *El Peruano*, 2 de septiembre de 2010 (Perú).

Ley 57/1968, Ley sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (B.O.E. 1968, 181) (Esp.).

Resolución 375-2012/SC2-INDECOPI la Segunda Sala de Defensa de la Competencia

Resolución SBS 11356-2008, Reglamento para la evaluación y clasificación del deudor y la exigencia de provisiones, 19 de noviembre de 2008 (Perú).

S.T.S., 21 de diciembre de 2015 (No. 733/2015) (Esp.).

Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 15 de diciembre de 2011, Resolución N° 375-2012/SC2-INDECOPI, Expediente 375-2012/CPC-INDECOPI-LAL (Perú).