

LA HIPOTECA A LA INVERSA: LA DESTRUCCIÓN AXIOLÓGICA A CARGO DE LOS MERCADOS REGULATORIOS FINANCIEROS

THE REVERSE MORTGAGE: THE AXIOLOGICAL DESTRUCTION BY THE FINANCIAL REGULATORY MARKETS

*Sebastián A. Quiroz Muñoz**

Resumen

La conocida hipoteca a la inversa constituye hoy una de las innovaciones más grandes en lo que refiere a instrumentos financieros, esto sin dejar de lado que también se sitúa en una encrucijada doctrinal, ya que puede señalarse como la epítome del “*análisis económico del derecho*” como corriente de pensamiento, debido a que no se trata de una institución del todo nueva, sino del repensamiento de una ya existente, reemplazando el razonamiento cognitivo de las normas por el juicio sobre la base de la eficiencia de las mismas. Sin embargo, lo anterior ha estado presente (en su mayoría) en mercados regulados que son potestad del poder público y su reserva administrativa y legal, según corresponda. Será responsabilidad del Estado fijar los límites y alcances de este nuevo tipo de instituciones y explotar un mundo de innovación a través de la potestad reglamentaria dando paso al renacimiento de las viejas instituciones.

Palabras clave: hipoteca a la inversa, análisis económico del derecho, instrumentos financieros, derecho regulatorio, potestad reglamentaria, derecho económico.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Desarrollo, Las Condes, Chile. Académico y profesor de Historia del Derecho Universidad Finis Terrae, Providencia, Chile. Correo electrónico: squirozm@udd.cl

Artículo recibido el 30 de agosto de 2023 y aceptado para su publicación el 12 de marzo de 2024.

Abstract

The well-known reverse mortgage constitutes today one of the greatest innovations in terms of financial instruments, but it is also located at a doctrinal crossroads since it can be pointed out as the epitome of the economic analysis of law as a current of thought, since it is not about a completely new institution, instead, a rethinking of it, replacing the cognitive reasoning of the rules with the efficiency of them. But the above has been present (mostly) in regulated markets that are under the authority of the public power and its administrative and legal reserve as appropriate. It will be the responsibility of the State to set the limits and scope of this new type of institutions and to exploit a world of innovation through the revival of old institutions.

Keywords: Reverse mortgage, law & economics school, financial instruments, regulatory law, Economic Law.

Consideraciones preliminares

La investigación de la sociología en los últimos diez años ha arrojado datos cuanto menos preocupantes para el acontecer demográfico del país: la población ha demostrado un envejecimiento sin precedentes. Chile se encuentra en un espiral de vejez galopante y una tasa de natalidad que no cubre lo suficiente –ni aún con la inmigración– para que la población joven supere a quienes ya transitan o están prontos a entrar en la tercera edad.

En el ámbito latinoamericano, nuestro país es el que presenta la mayor tendencia a no tener hijos o, en su defecto, a tener uno solo. En 2011, la tercera edad representaba el 15 % de la población y las personas sobre sesenta años alcanzaban el 30 % de la población¹. Esta estadística implica un aumento del segmento etario de la tercera edad lo que genera una serie de preguntas en torno a la estabilidad financiera de quienes se encuentran o se encontrarán jubilados, o impedidos de ejercer actividades laborales en los siguientes años: en palabras simples, preguntas relativas a la posibilidad de verse privados de ingresos periódicos. No es ninguna novedad exponer que el sistema de previsión se ha mostrado cuestionado en su función de sostener las necesidades de quienes pretende asegurar, por lo que ha sido usual observar que muchas personas, después de su edad de jubilación, sigan ejerciendo su profesión o busquen realizar ciertos bienes (en la mayoría

¹ Sebastián FERNÁNDEZ DA COSTA, *Hipoteca a la inversa. Un nuevo producto financiero a partir de los bienes inmuebles para Chile*, p. 15.

de los casos inmuebles) con el objetivo de complementar su pensión. Y es en este último sentido en el que *la venta de ciertos productos financieros* por parte de las entidades bancarias ha salido al mercado en la búsqueda de satisfacer estas nuevas necesidades. Esta última afirmación requiere, desde ya, una exégesis adecuada, porque este nuevo producto financiero no es contratado como una compraventa, es decir, no se presenta como un contrato en los términos del art. 1793 del *Código Civil*, sino, más bien, como un derecho real, específicamente, la hipoteca. Llama la atención que una vuelta a la vieja guardia civilista nos trajo la idea más “innovadora” del siglo xx y lo que va del presente siglo en cuanto a productos financieros, cuestión que se vuelve relevante para los actores sociales y gubernamentales si tenemos en cuenta que en la agenda 2030 se encuentra señalada la creciente necesidad de un desarrollo de pensiones autónomas y paralelas al aparataje estatal, y en un mercado bastante regulado. Y es en este sentido que la regulación emanada de la administración, ya sea fundada de una reserva legal o de una estricta regulación administrativa, será quien venga a concretar la simbiosis de ciertas figuras contractuales privadas y las necesidades contingentes, con el fin de alcanzar sus pretensiones para con el cúmulo social en el amplio fenómeno que llamamos derecho regulatorio.

Lo anterior presupone una hipótesis cuanto menos interesante, ya que varias de las ideas innovadoras del siglo xx en adelante no pueden ser llamadas del todo “nuevas” cuando se han retrotraído a desenterrar ideas del pasado que se articularon en el derecho común, lo que, a su vez, nos permite concluir que el pensamiento que ha venido marcando las ciencias sociales de las últimas dos centurias ha echado mano de la reinterpretación de algunas ideas, y es que, a través del estudio de nuestra situación presente que confronta al pasado, podríamos encontrar las soluciones a nuestro futuro².

Ahora bien, lo relevante es que la potestad reglamentaria cuenta con herramientas que le permiten lograr estos objetivos con mayor facilidad de la que tendría el Poder Legislativo, pues al estar la administración del Estado por definición investida de poder, el ordenamiento jurídico le reconoce ciertas funciones que se traducen en actos imperativos para el ejercicio de las normas, en definitiva las reglas de la administración son manifestaciones de poder reconocidas por el ordenamiento jurídico y que se radican y ejercen para un bien público³. Con esta prerrogativa las distintas admi-

² Esto es relevante en el sentido de que muchas de las posibles opciones y soluciones a futuro pudiesen encontrarse en nuestro conocimiento en este preciso instante, sin que hayamos dado el enfoque adecuado que le permite a las ideas florecer y alcanzar sus matices más profundos, en torno a nuestro propio progreso como civilización.

³ Jaime Williams BENAVENTE, *Lecciones de Introducción al derecho*, p. 194.

nistraciones pueden crear normativas con rango reglamentario (es decir, subordinadas a leyes), pero al final independiente de su jerarquía, normas jurídicas que son aplicables a toda la sociedad, y mediante ellas podría, además, interpretar siendo y dichas interpretaciones, en principio, obligatorias. Ahora bien, estos fenómenos jurídicos están exentos en su formación de una serie de trámites y discusiones que las leyes traen aparejadas por nacimiento *ex ante* y por su control *ex post* y, aunque lo anterior no quiere decir que estas normas estén exentas de control, sí significa que gozan de una libertad de acción e interpretación mucho menos exhaustiva y lenta que las normas de rango legal. Con esto en mente, muchas problemáticas contingentes y de aparición imprevista en la sociedad encuentran su solución en una reglamentación rápida de la autoridad que es pertinente al caso antes descrito para la tercera edad, en la regulación de una figura que ha tergiversado a la hipoteca en su sentido original para poder dar una nueva propuesta: que el dueño de un bien raíz constituya un derecho real de hipoteca en favor de una institución financiera, generalmente un banco, quien se obliga, a su vez, a pagar una pensión periódica para completar el precio fijado con esa garantía. Ese pago se hace de forma vitalicia (lo que le da un carácter aleatorio), pudiendo o no ser acompañada por un contrato de seguro, que en última instancia dé un golpe de gracia a cualquier factor externo que impida el cumplimiento de las obligaciones⁴. Una vez el otorgante de esta garantía fallezca, surge para la institución financiera que hubiese pagado la pensión el derecho a cobrar la deuda, en calidad de acreedor hipotecario. Algunas legislaciones han optado por establecer más bien una “opción” a los herederos, quienes pueden ratificar pagando el precio de aquello que se hubiese dado a título de pensión por la hipoteca, para así conservar el inmueble o abandonar el inmueble a la suerte de las acciones del acreedor.

I. La hipoteca como instrumento financiero

La hipoteca no es un concepto nuevo, pues se enraíza en los cimientos más antiguos de las obligaciones que se conferían por deudas en la civilización occidental. Es bien sabido que toda obligación personal confiere al acreedor

⁴ Lo anterior no quiere decir que la regulación económica sea artífice de esta solución, mucho menos en Chile donde aún no es una figura recogida con claridad. Este tipo de “soluciones” tienen su origen, como todos los contratos, en la autonomía privada, luego son normadas y regladas con cierta rapidez para lograr su inclusión en el sistema normativo de un país y evitar controversias o impedir atropellos aparejados a las entidades financieras cuando entran en relaciones con consumidores financieros.

el derecho a perseguir los bienes de su deudor, raíces o muebles, presentes o futuros (art. 2465 del *Código Civil*). Sin embargo, desde temprana edad de la civilización occidental, este tipo de derechos se hicieron insuficientes para garantizar su propia finalidad (esto es, la satisfacción de la deuda), pues muchas veces sucedía que los bienes no alcanzaban a satisfacer al acreedor, principalmente cuando era más de uno⁵. Surgen, entonces, a la vida de la ley instituciones capaces de gravar determinados bienes que quedan de continuo afectos al eventual cumplimiento forzado de la obligación. Se dice *permanente y eventual* porque en cuanto a su permanencia esa garantía no se extingue por el paso del tiempo y solo puede ser suplida por acuerdo mutuo de las partes, por lo que no podría alterarse ni aún por el cambio en la titularidad activa del dominio de ese bien. Y se dice *eventual*, ya que el cumplimiento forzado no es (ni debe ser) la regla general en el cumplimiento de las obligaciones, si no espontáneo, condicionado al incumplimiento del deudor negligente.

Este concepto abre, entonces, la idea de que pueden afectarse estos bienes en particular independiente del derecho de prenda general, y que dicha afección (que llamaremos caución) alcance a terceros, demostrando así niveles de seguridad sin precedentes que permitirían proliferar toda clase de contratos en virtud de garantías tan potentes y certeras como podía ser la hipoteca, capaz de llegar a los ahora llamados *terceros poseedores* quienes estarían afectos a la acción de desposeimiento sin siquiera haber formado parte de la convención primitiva entre las partes.

La hipoteca se ha definido por los tratadistas como:

“Un derecho real que se confiere a un acreedor sobre un inmueble, de cuya posesión no es privado su dueño, para asegurar el cumplimiento de una obligación principal y en virtud de la cual el acreedor, al vencimiento de dicha obligación, puede pedir que la finca gravada, en cualesquiera manos se encuentre, se venda en pública subasta y se le pague con su producto con preferencia a todo otro acreedor”⁶.

La anterior definición permitió a la hipoteca en Chile adoptar algunos presupuestos para convertirse en el epítome de las garantías financieras. En primer lugar, aunque la ley la haya tratado, a título general, como un con-

⁵ No son una salida a este fenómeno instituciones como la prelación de créditos o la moderna propuesta del procedimiento de liquidación concursal, ya que ellas suponen, de antemano, que el patrimonio será insuficiente, y nos orillan a la necesidad de crear un orden ficticio en el cual ordenar a dichos acreedores a llevar su parte en los bienes antes de declarar extinguida la deuda. Y esto aun cuando alguno de estos acreedores no haya accedido a pago alguno, o a uno incompleto y no perciban indemnización alguna por ello.

⁶ Fernando ALESSANDRI R., *La hipoteca en la legislación chilena*, p. 2.

trato en el art. 2407 del *Código Civil*⁷ lo cierto es que, dentro de este título se ha preferido usar palabras que permiten su práctica como un derecho real, lo que aumenta su maniobrabilidad⁸. ¿Qué estaba en mente del legislador? Se puede pensar de esto que, respecto de la hipoteca, no es menos cierto que proviene dada antes por la ley, que por la voluntad de los sujetos, lo que la constituye en un derecho real y que su constitución es una parte de las atribuciones de quien es dueño de un inmueble, en específico en la facultad de disposición. Hay que recordar que, para buena parte de la doctrina nacional, la *enajenación*, en un sentido amplio, también incluye el constituir hipotecas en favor de un tercero. En este sentido, no es en vano que el *Código Civil* alemán fuese más osado y la tratase sin rodeos como un derecho real, antes que como un contrato, lo que facilita el entendimiento de que es una de las facultades de cualquier dueño, evitando caer en la tentación (quizá errónea) de considerarla una convención y desvirtuar su fisonomía⁹.

En un segundo punto, que de la misma definición pueda concluirse que, para que exista una hipoteca es necesaria una obligación válida que la asista, lo que le da el carácter de accesoria y no un contrato principal (pese a las excepciones que algunos autores acentúan de ella), quedando, entonces, su carácter accesorio sellado en solo poder hacerla efectiva en el incumplimiento de la obligación principal, cuestión que se vuelve más atractiva para quien grava su inmueble, pues la ejecución de la hipoteca está condicionada y no puede darse a todo evento. Y, finalmente, en una tercera arista y como punto más popular para ser escogida desde la óptica de los deudores al momento de asumir obligaciones, es que no se les priva de la posesión ni de la facultad de enajenación jurídica ni en un sentido estricto ni amplio (es decir, ni de la transferencia del dominio ni de la constitución de otros derechos reales sobre el inmueble), disminuyendo la sensibilidad del riesgo a perder el inmueble por quien constituyó una hipoteca en cuanto a las dimensiones y alcances de esta.

⁷ El mencionado artículo versa: “[...] es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”.

⁸ Esta característica es pragmática para los fines del acreedor. Ya que si es embargado un inmueble por decreto judicial no podrá ser gravado con una hipoteca, pues adolecen de objeto ilícito las enajenaciones de bienes embargados por decreto judicial o de aquellos cuya propiedad se litiga. Cuestión que sería diferente si la hipoteca fuese un contrato que solo diese origen a derechos personales toda vez que estos no suponen enajenación y, por consiguiente, no podrían ser nulos por la ilicitud del objeto, en este sentido el propio legislador en el art. 1815 menciona que la compraventa de cosa ajena es válida.

⁹ Si la privamos absolutamente de ser un derecho real, y solo la entendiéramos como una convención, no sería incorrecto suponer que solo podrían generarse derechos personales. Cuestión que resulta inadmisibles.

II. El impacto del Law & Economics School

Una vez que expuestos los matices básicos de la hipoteca, es necesario unir dichos planteamientos con la sustentación que llevó a este derecho real desde la posición de ser una garantía de ciertas obligaciones, a convertirla en instrumento para el mercado financiero regulado, y a desvirtuar su arquitectura diseñada para las relaciones entre particulares y llevarla a un escenario completamente distinto para satisfacer funciones que debieran corresponder a escenarios propios del sector público, como es el de las pensiones y el bienestar del adulto mayor.

En Estados Unidos ha venido formándose un movimiento complejo, de rasgos culturales e influencia doctrinal jurídica y teórica cercana al pragmatismo, estamos aquí refiriéndonos al Análisis Económico del Derecho o Law & Economics School. Se trata de un enfoque propio de la teoría, y del funcionamiento social y práctico del derecho, en el que abogados, juristas y jueces han optado por encontrar soluciones prácticas a las problemáticas abstractas que se presentan en el ejercicio de su profesión. En este punto haremos una precisión, ya que contrario a lo que tiende a pensarse, este método de razonamiento no busca alcanzar respuestas sobre un problema concreto, sino, más bien, medidas a través de las cuales puedan ser halladas las soluciones y justificadas por la misma vía¹⁰.

En términos precisos, se refiere a la utilización de principios y formas de interpretación, que son propias de la ciencia económica, pero empleados por los juristas en los problemas de su propia disciplina en las más variadas aristas, por ejemplo: en la interpretación de las disposiciones normativas o en la solución de lagunas legales, la definición de conceptos jurídicos y en la argumentación de sentencias judiciales¹¹. Ante tal fenómeno, aquellos que han adherido a este movimiento doctrinal y filosófico han adquirido el coloquial nombre de “juristas-economistas”, casi siempre caracterizados por una disidencia a la tradición romana y francesa del derecho, no solo en cuanto a sus normas de interpretación, sino a su enfoque estructural del lenguaje utilizado. Lo anterior no quiere decir que se desconozca el aporte de las tradiciones mencionadas (pues sería trabajar sobre un lienzo en blanco, cuestión que ni el sistema soviético intentó), sino que se trata de transmitir un ánimo de superación de postulados, los cuales no permiten un desarrollo

¹⁰ Pierluigi CHIASSONI, *El análisis económico del derecho. Orígenes y métodos del Law & Economics en los EE.UU.*, p. 11.

¹¹ Lo que quiere decir que la fundamentación del juez ante conflictos que la ley no indique cómo deben ser razonados, puedan permitirse razonamientos económicos que permitan llegar a una solución más eficiente.

normativo que atienda al cumplimiento de metas, ni a la eficacia de los ciudadanos, los mercados o de los gobiernos en la era contemporánea. Ya había venido advirtiendo la sociología jurídica (aunque incipiente aún), sobre que las normas y cuerpos legales atienden a un momento concreto de la historia del grupo que las recibe o legisla, lo que quita legitimidad a las mismas con el pasar del tiempo o el transcurrir sus condiciones, siendo reemplazadas por otras. Un ejemplo nítido de esto podría ser el conocido principio de “protección a los inmuebles”, el cual fue gestado en una sociedad con características feudales, donde el ápice de la riqueza social y de la protección familiar, se encontraba recluida al bien raíz. Dicho principio es inducido a través de una serie de normas jurídicas que obligan a realizar todo tipo de solemnidades a la hora de contratar sobre bienes raíces, ya sea visto en la compraventa o en la imposibilidad de abordar los contratos mercantiles sobre inmuebles, siendo excluidos del *Código de Comercio* chileno, quedando privados de la celeridad que caracteriza a esta disciplina. Otras manifestaciones son las limitaciones relativas a la capacidad, la posibilidad de afectarlos como bienes familiares, entre otros ejemplos. Esta forma de interpretación corresponde al formalismo jurídico, el cual, a través de un cognoscitivismo interpretativo, entiende que el contenido del derecho puede conocerse a través de, valga la redundancia, la interpretación del derecho como un sistema armónico. Es decir, en la búsqueda del verdadero sentido y contenido del derecho, haciendo uso de los cuatro elementos interpretativos (gramatical, lógico, histórico y sistemático)¹². Es claro, entonces, que el análisis normativo formalista respeta y colabora con la axiología de las instituciones vigentes¹³.

Mientras tanto, el Análisis Económico del Derecho abandona esta idea, proponiendo que tal proceso interpretativo no es algo puramente cognoscitivo, sino que al igual que cualquier empresa, conlleva, también, a considerar la esfera de toma de decisiones en relación con consecuencias prácticas, ya sea en el diseño de técnicas interpretativas o en la utilización de soluciones concretas. A la larga esto implica elegir la solución más conveniente al caso concreto, conforme a los intereses y valores que quieran protegerse, siendo igual de válido en un momento diferente, seleccionar otro tipo de argumento para alcanzar otra solución distinta y volverla correcta.

La utilización de conceptos y sus respectivos razonamientos en sentido de *medio a fin*, tienen como resultado que las soluciones para los problemas jurídicos sean propuestas, cuyos fundamentos descansan en su re-

¹² CHIASSONI, *op. cit.*, p. 13.

¹³ Lewis KORNHAUSER, “Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions”, p. 68.

levancia social¹⁴. Es en este sentido que ciertas instituciones de las que hemos hablado, como la hipoteca, hayan perdido su sentido natural, el cual es resolver problemas jurídicos a nivel de garantía o caucionar obligaciones a las cuales acceden, pasando a un escenario del todo distinto en el cual dotan de forma a un instrumento financiero que, a su vez, da origen a una figura contractual diversa, como puede ser la llamada hipoteca a la inversa, que pretende satisfacer a través de subsidios los deberes del Estado para con los pensionados, comportándose como medio del tráfico comercial bancario y apuntar así las necesidades específicas de los consumidores financieros de tercera edad.

Entonces, ¿dónde está la problemática, si por la autonomía de la voluntad podríamos haber arribado al mismo resultado? Si bien es cierto que por dicho principio se podría confeccionar todo tipo de contratos, como el de la hipoteca a la inversa, sin haber transgredido necesariamente la tradición doctrinaria e interpretativa del contrato, la verdad es que las limitaciones regulatorias hubiesen puesto límite a tal proyecto, frustrando el “*iter* contractual”. Esto se debe a las limitaciones que afectan al mercado financiero, en especial al bancario –cada vez más saturado de regulación– que hayan forzado ciertas figuras desde el sentido que el legislador les dio, así puede verse, por ejemplo, que la discusión sobre la naturaleza jurídica que tenga una convención es una causal de casación en el fondo, por lo que si redactamos una operación de crédito de dinero y la titulamos como arrendamiento la justicia podría declarar que es una mera una operación de crédito de dinero.

El punto antes expuesto no es del todo negativo, ya que dichas regulaciones tienen por principal finalidad evitar fraudes, colusiones, liquidaciones concursales y la protección de los consumidores financieros, en resumidas cuentas, son una forma de alcanzar la certeza jurídica¹⁵. Incluso estas limitaciones pueden tener valores elementales (a veces constitucionales) que se buscan proteger, como la buena fe pública, la no discriminación arbitraria en materia económica o garantizar una igualdad entre los contratantes¹⁶. Se hace necesario ante tal escenario la presencia del poder público, de una soberanía que regularice esta clase de contrataciones, más que las cele como ámbito de sus propias potestades. En ese sentido, se han

¹⁴ Lo que implicaría, a su vez, que el derecho ya no se basta a sí mismo, pues debe estar de manera constante nutrido de una serie de informaciones que permitan estructurar hipótesis o conjeturas palpables en cuanto a la eficiencia de ciertas figuras.

¹⁵ Véase el actual funcionamiento del SERNAC financiero.

¹⁶ Cosa que a diferencia de los cuerpos normativos clásicos como el *Código Civil* daban por sentado, aquí es algo a lograrse, ya que la diferencia entre contratantes es evidente y a veces abusiva, haciendo necesaria la presencia de un organismo que cuando menos ejerza facultades fiscalizadoras.

generado algunas instituciones gubernamentales cuyo poder normativo es difícil de explicar, como la CMF cuyas interpretaciones se vuelven, en principio, obligatorias, pues son entendidas como una presunción legal, lo que resulta (al igual que ocurre con la Contraloría General de la República) en que mientras no haya una sentencia judicial que haya contradicho esa interpretación quienes lo hagan no están desobedeciendo a la CMF, sino a la ley misma¹⁷.

Es así como estas nuevas corrientes doctrinales encuentran su cabida más rápida y certera, primero, en los claustros universitarios, luego, en el ámbito normativo, en las fuentes reglamentarias e interpretativas que muestran una mayor flexibilidad y se encuentran en “primera línea” a la praxis, pues su naturaleza es aplicar casos concretos. En consecuencia, la actual manera de poder diseñar una figura contractual que desafíe los postulados valóricos existentes de esta época, y de no ser declarada inconstitucional en el intento, radica en acudir a otros recursos interpretativos en campos normativos que no están obligados a seguir las interpretaciones de la vieja guardia, y que, a la larga, dismantelen las barreras clásicas de la interpretación que estancan las ricas corrientes de la innovación humana¹⁸.

III. La hipoteca a la inversa como tal

Con todo lo anterior puesto sobre la mesa, nos corresponde analizar, a continuación, una de las manifestaciones más nítidas de este fenómeno y que dio el nombre y el origen a esta investigación: la hipoteca revertida. Como ya adelantamos, consiste en un contrato por medio del cual el propietario del inmueble constituye a título oneroso un derecho real de hipoteca en favor de una institución financiera autorizada por el Estado, a fin de que esta, a su vez, entregue cierta suma de dinero o una pensión periódica hasta el fallecimiento del contratante, generando, entonces, el derecho para el contratante prestamista a cobrar la deuda.

Algunas legislaciones agregan a esta definición que, una vez fallecido el contratante, surge para los herederos del beneficiario una “opción” para ratificar el contrato del causante, esto es, pagar lo que este percibió en vida

¹⁷ En el caso de los funcionarios de la administración del Estado, toma más peso aún, pues la Corte Suprema ha venido diciendo en este sentido que los actos administrativos deben sujetarse al principio de legalidad y que las facultades interpretativas de la Contraloría están otorgadas por ley y que, por lo tanto, les son obligatorias y no les es lícito contradecirlas, de lo contrario su actuación sería anulable por la ilegalidad del mismo y le cabría la responsabilidad administrativa y civil correspondiente.

¹⁸ Lewis KORNHAUSER, “Legal Philosophy: The Economic Analysis of Law”, pp. 25-35.

como pensión, manteniendo el inmueble dentro de la masa hereditaria. Esto puede ser considerado errado, porque no nace una opción en sí para los herederos, sino que lo que ocurre tiene una claridad más simple: una vez fallecido el propietario, nace la facultad para la institución financiera de cobrar la deuda a sus herederos, quienes de no pagar arriesgarían la salida inmueble a una subasta pública para alcanzar el precio de la deuda. Este instrumento financiero no es nada nuevo, puesto que se encuentra implementado desde hace algunos años en varios países y al amparo de sus legislaciones. Su origen se remonta a Inglaterra en la década de 1960, y su antecedente moderno latinoamericano se encuentra en Perú, con la Ley n.º 30741^{19, 20}.

No obstante la disparidad cultural entre estas naciones, la fórmula resultó idéntica (por los antecedentes doctrinales ya explicados), siendo necesario, por lo tanto, la emanación de reglamentos y promulgación de leyes específicas al respecto que rompiesen con la legislación común, y que fundamentasen este actuar, no como una abstención estatal de su deber de cuidado para con los adultos mayores, sino como la utilización de una figura existente orientado la subsidiariedad del gobierno. Si pudiésemos ver el enfoque desde el Law and Economics School resultaría más fácil prescindir de este tipo de instituciones para lograr una solución directa, pero en la medida que existan deberes constitucionales y materias regulatorias sujetas a una jerarquía de supremacía valórica resulta esencial una regulación económica específica y concreta que tantee el terreno de lagunas legales y que abriese camino, pero que también blindara a la hipoteca invertida preparándola para ser un proyecto de ley y desafiar abiertamente a sus detractores. Pero, dichas regulaciones en ciertos países tomaron matices diversos (aunque igual de regulados desde el principio), pues no todas las naciones enfrentan los mismos problemas, como planteaba Jean Carbonnier: el derecho solo es la superficie de un conjunto de relaciones humanas mucho más complejas que le trascienden.

En Estados Unidos, por ejemplo, se exigió garantizar, en este caso, que el valor de la vivienda no sea menor que el de la deuda, o también puede señalarse la exigencia de un contrato de seguro obligatorio en Inglaterra. Este último país fue quien fijó las bases más sólidas de la hipoteca invertida, ya en el año 1965 se regularon varios puntos entre las instituciones financieras, por ejemplo: que el cobro solo se devengue en la medida que fallezca el

¹⁹ FERNÁNDEZ DA COSTA, *op. cit.*, p. 20.

²⁰ Aunque existen antecedentes más antiguos que en Inglaterra como, por ejemplo, en Estados Unidos, ya era de uso común en el año 1961, es bien cierto, también, que no fue un contrato formalizado y reconocido hasta fines de la década de 1980.

usuario del crédito y su cónyuge²¹; que un análisis de tasación de la vivienda no la haga ser inferior en promedio de años al valor de la deuda²²; que dicha convención solo pueda pactarse cuando el dueño del inmueble supere los cincuenta y cinco años, entre otros.

En cuanto a su clasificación legal se trata de un contrato y no de un derecho real, sin perjuicio de que incluya, entre sus elementos esenciales, al derecho real de hipoteca. Resulta difícil ubicarla entre una operación de crédito de dinero, un contrato de hipoteca o un contrato atípico, puesto que comparte muchas características de ambos, y en teoría comienzan a aflorar las complejidades de esta figura. Sin embargo, conviene, cuando menos, intentarlo para analizar ante qué clase de contrato nos encontramos. Si tratáramos cada uno por separado sus diferencias serían evidentes, por lo que la tesis del contrato atípico o una postura unitarista sería la opción más pacífica. Al recorrer los arts. 1439 a 1443 del *Código Civil* (a saberse de la clasificación legal del contrato), nos detenemos de inmediato al dar cuenta que puede ser clasificado tanto unilateral como bilateral; esto dependerá de la modalidad en que se pacte, ya que, por regla general, el único obligado, en principio, es la institución financiera, y será bilateral cuando el constituyente se obligue a realizar ciertas abstenciones. Siguiendo con el art. 1440, es un contrato oneroso, teniendo por objetivo la utilidad de ambos contratantes. Esto puede no quedar claro cuando la hipoteca es pagada por los herederos, pues solo son obligados al precio de lo que el causante recibió a título de su pacto, aunque, no está de más recordar que las operaciones de crédito de dinero siempre generarán intereses, significando a todo evento una ganancia para la institución financiera. Es, además, un contrato aleatorio, aunque esto pueda ser fuertemente discutido por los análisis previos exigidos antes de otorgar el contrato, a fin de asegurar a la institución financiera que no le significará una pérdida. Pese a ello, no es más que una manipulación de datos y cifras que no están en la necesidad de cumplirse, aunque sean cálculos racionales, no menos lo son las estadísticas, y no por eso la contingencia deja de ser incierta. Por ende, se mantiene la incertidumbre de ganancia o pérdida, lo que a nuestro juicio quita toda duda sobre su carácter aleatorio. Siguiendo con la clasificación, procederá determinar si es principal o accesorio. Esta problemática vuelve sobre la base principal del problema de si es un solo contrato o dos. Se ha opinado que debe de seguirse la regla general del mutuo hipotecario y, por ende, la operación de crédito de dinero aquí presente es principal, siendo la hipoteca accesorio²³.

²¹ ¿Buscaba esto garantizar una integridad familiar por cuestiones estatales?

²² Punto que hace cuestionar su aleatoriedad, misma cuestión ya ha sido discutida en los contratos de seguros.

²³ María Ester FUENTES SÁNCHEZ y Daniel Alejandro MORIS ORELLANA, *El futuro de la hipoteca a la inversa en Chile*, p. 75.

Es también un contrato solemne, pues solo se perfeccionará por los medios señalados por la regulación estatal, a saber, por escritura pública. No deja de ser curioso mencionar que, entre sus formalidades más extrañas, algunas legislaciones, como la española o la estadounidense (entre otras), exigen que el usuario de este crédito sea antes asesorado por un profesional que le permita entrar en conocimiento del contrato, siendo de modo contradictorio (con la innovación que se promulga) uno de los rituales tratados con mayor celo en los reglamentos bancarios modernos. Esto último es cuestionable, ya que la clasificación del *Código Civil* se hace en torno a la formación del consentimiento, y no de las ritualidades que pueden acompañar al contrato, lo que de todas formas (de ser omitido) no le privaría de su carácter de solemne, puesto que el consentimiento debe constar en una escritura pública.

Se trata, en fin, de un contrato dirigido, pues solo se ha concebido al alero de una fuerte regulación estatal, sin la cual no podría ser (como ya vimos) más que una confusión terminológica sin características propias.

Conclusión

La hipoteca, y en general cualquier institución tratada en el derecho, puede cambiar su fisionomía y su estructura teleológica para alcanzar fines y soluciones prácticas para las cuales jamás fueron concebidos. Corresponde a la comunidad de juristas alcanzar y esbozar los límites por los cuales el legislador, los juristas, jueces y abogados puedan reinterpretar a gusto estas instituciones, dándoles un fin práctico y estableciendo parámetros mínimos para su fundamentación. Fue este el caso de la hipoteca revertida: ante las necesidades de la seguridad social de los adultos mayores, y la creciente tercera edad en países desarrollados y algunos en vías de desarrollo surgió la necesidad de incluirla, para no generar el declive de un sistema previsional agotado. Para este brusco despertar interpretativo, que opta por desechar las tradiciones clásicas, no fue menos importante el surgimiento del Law and Economics School y el pragmatismo estadounidense, mediante el cual se opta por las soluciones prácticas repudiando las técnicas axiológicas cerradas o predeterminadas.

En particular, la propuesta de la hipoteca a la inversa no pretende, en caso alguno, hacerse con la responsabilidad estatal de la seguridad social, muy por el contrario, es complementaria a esta, y como tal resulta siempre supervigilada. A pesar de todo, no deben olvidarse los problemas en cuanto a su naturaleza jurídica, puesto que su dificultad para esbozar su identidad genera problemas muy diferentes a los que pretende solucionar.

La hipoteca a la inversa no ha tenido recepción formal hoy en el sistema chileno, si bien, ha habido intentos por preparar su recepción. Sea cual sea el caso, la evidencia habla de un éxito en cuanto a lo que se refiere a instrumentos financieros y al complemento al sistema de pensiones. Con todo, muestra esa misma experiencia la necesidad de una fuerte regulación, que impida desde abusos contractuales a lagunas interpretativas que no puedan satisfacer los fines propios que tiene la figura. Entonces, es principalmente un desafío para la autoridad en su recepción, colocación y funcionamiento, pues exigirá (por el momento) su constante presencia. Sin duda, un reto de la innovación humana y, quizá, una oportunidad de explorar en la realidad una nueva generación de instituciones, en la teoría y en la práctica del derecho privado y público.

Bibliografía

- ALESSANDRI R., Fernando, *La hipoteca en la legislación chilena*, memoria de prueba para optar al grado de Licenciado, Santiago, Universidad de Chile Facultad de Leyes y Ciencias Sociales, 1919.
- BENAVENTE, Jaime Williams, *Lecciones de introducción al derecho*, 13ª ed., Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2022.
- CHIASSONI, Pierluigi, *El análisis económico del derecho. Orígenes y métodos del Law & Economics en los EE.UU.*, traducción de Félix MORALES LUNA, Lima, Palestra Editores S.A.C., 2013.
- FERNÁNDEZ DA COSTA, Sebastián, *Hipoteca a la inversa, Un nuevo producto financiero a partir de los bienes inmuebles para Chile*, tesis para optar al grado de Magister en Dirección y Administración de Proyectos Inmobiliarios, Santiago, Universidad de Chile, 2019.
- FUENTES SÁNCHEZ, María Ester & Daniel Alejandro MORIS ORELLANA, *El futuro de la hipoteca a la inversa en Chile, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado, 2014.
- KORNHAUSER, Lewis, “Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions”, in Martin P. GOLDING, William A. EDMUNDSON, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2001.
- KORNHAUSER, Lewis, “Legal Philosophy: The Economic Analysis of Law”, in STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY: *A fifth claim is also implicit in the literature: (V) on the best interpretation of law, common law doctrines promote efficiency*, 2010. Disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/legal-econanalysis/> [fecha de consulta: 10 de marzo de 2024].

Siglas y abreviaturas

art.	artículo
arts.	artículos
CMF	Comisión para el Mercado Financiero
ed.	edición
EE.UU.	Estados Unidos
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
Ltd.	limited
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
SAC	sociedad anónima comercial
SERNAC	Servicio Nacional del Consumidor