

REFLEXIONES EN RELACION A LA HIPOTECA EN EL CODIGO CIVIL DE 1984

Jack Bigio Chrem

I. FUNCION ECONOMICA DE LA HIPOTECA

El legislador, dadas las limitaciones de recursos económicos del país, es consciente del importante rol que tocará desempeñar a la hipoteca en los años venideros.

Esta se concibe como un eficaz medio de garantía para el acreedor y como un instrumento que permita al deudor acceder al crédito.

El legislador tiene la convicción que una sólida garantía para el acreedor contribuirá al otorgamiento de créditos y alentará la inversión de capitales, todo lo cual redundará en beneficio del desarrollo económico del país.

Con este propósito, la regulación de la hipoteca se orienta a vigorizar el derecho del acreedor hipotecario, otorgándole los derechos de persecución, preferencia y venta judicial. Con esta misma línea de pensamiento se introduce el principio de la indivisibilidad de la hipoteca, en cuya virtud la totalidad del inmueble garantiza el saldo del crédito por diminuto que sea el importe de éste que aún subsista.

Al mismo tiempo, le interesa que el bien hipotecado siga siendo usado y explotado por el hipotecante, quien inclusive no pierde la facultad de enajenarlo. Igualmente, el propietario puede afectar en garantía varias veces el inmueble gravado, ya que se admite la coexistencia de pluralidad de gravámenes sobre el mismo bien.

Asimismo, el legislador se preocupa de los terceros a través de la inscripción constitutiva de la hipoteca en el registro, evitando así la inseguridad que conllevan las hipotecas ocultas, e introduciendo el principio de la especialidad, en cuya virtud deben estar claramente determinados el bien hipotecado así como la obligación garantizada. De ese modo se desechan las hipotecas generales, repudiadas por la doctrina y la legislación nacional y extranjera.

Es de notar que el código introduce reglas a fin de evitar los abusos en que podría incurrir el acreedor, en consonancia con el artículo 2 de la Constitución, inciso 12, según el cual se establece que "toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos. La ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho".

En esta línea de pensamiento, se incluye en el artículo 1109 del Código Civil una última parte destinada a poner límite a la facultad del acreedor de elegir cualquiera de los bienes hipotecados para su realización judicial. De consiguiente, el juez por causa fundada puede establecer un orden para su venta judicial distinto del propuesto por el acreedor.

Asimismo, se consagra el derecho del constituyente de la hipoteca para solicitar judicialmente la reducción del monto del gravamen hipotecario, cuando disminuya el importe de la obligación. La norma tiene por finalidad establecer una coincidencia entre la realidad y lo que expresa el respectivo asiento del registro. De modo que, si el acreedor se niega a la reducción voluntaria, la inexactitud registral podrá desaparecer por mandato judicial.

II. CLASES DE HIPOTECA

El Código Civil de 1984, al igual que el código anterior, no reconoce más hipotecas que la voluntaria y la legal.

El legislador no encuentra motivo para reimplantar la hipoteca judicial, que estuvo normada por el Código Civil de 1852. En este sentido, la Comisión Revisora hizo suyos los fundamentos del ilustre jurista doctor Manuel Solf y Muro, contenidos en su memorándum fechado en setiembre de 1927, que a la letra dice:

"La hipoteca judicial es una institución vieja, que
"ya no tiene defensores".

"Nuestro Código Civil de 1852 (art. 2036) reconoce
"la hipoteca judicial en tres casos: cuando a mérito
"de una controversia se declara que existe la
"hipoteca, cuando por alguna causa el acreedor
"teme no ser pagado de su crédito, y cuando el juez
"al imponer una obligación la asegura con hipote-
"ca".

"El caso primero es el de una sentencia que inter-
"preta un contrato o una ley, y en tal supuesto no
"hay creación de hipoteca. El segundo caso no debe
"dar lugar sino al ejercicio de la acción por parte
"del acreedor para el cumplimiento de la obliga-
"ción. El tercero otorga al juez una facultad excesi-
"va, esto es, la de constituir derechos reales sobre
"los bienes del deudor".

III. DEFINICION

Artículo 1097.- "Por la hipoteca se afecta un inmueble en garan-
tía del cumplimiento de cualquier obligación,
propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión
y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y
venta judicial del bien hipotecado".

Siguiendo el criterio general de definir en lo posible las institu-
ciones del Código Civil, el precepto se encarga de hacerlo con la
hipoteca, cubriendo así el vacío que en este aspecto presentaba el
régimen anterior.

De dicha definición se desprenden, básicamente, las siguientes
notas componentes:

1. La Hipoteca sólo puede recaer sobre bienes inmuebles

La hipoteca es un derecho real de garantía que sólo puede
versar sobre inmuebles.

El legislador no ha creído conveniente, como lo hace el Código Civil boliviano (artículos 1395 y siguientes), regular la hipoteca sobre bienes muebles sujetos a registro.

Durante los debates para la aprobación de las normas relativas a la regulación de la hipoteca y de la prenda, quien escribe expresó que estando acordado por la Comisión Revisora que los bienes se clasifiquen en muebles e inmuebles, considerando entre éstos a algunos bienes muebles y habiéndose adoptado el acuerdo de regular la prenda con entrega jurídica, o sea sin entrega física, no consideraba apropiado regular la hipoteca mobiliaria, a fin de evitar posibles confusiones.

La Comisión Revisora, con el voto de los doctores Alva Orlandini, Fernández Arce, Haya de la Torre, Cáceres Velásquez, Zamalloa Loaiza y Bigio Chrem, acordó por unanimidad que la definición de este precepto establezca que la hipoteca sólo verse sobre inmuebles.

Por consiguiente, y como queda dicho, se estima inconveniente regular la hipoteca sobre bienes muebles sujetos a registro y se ha establecido que la hipoteca sólo pueda referirse a inmuebles y no que recaiga sobre bienes registrados, como se proponía en el artículo 1117 del Proyecto de Código Civil de 1981.

Por consiguiente, y como quiera que la hipoteca debe recaer sobre un inmueble determinado, es jurídicamente posible que puedan constituirla, por ejemplo, el propietario, el nudo propietario, el superficiario, y el titular del suelo.

2. La Hipoteca es un derecho real accesorio

La hipoteca se constituye en respaldo de una obligación. De modo que la hipoteca es un derecho accesorio que, como regla general, supone la existencia de una obligación.

Por consiguiente, la hipoteca subsiste y se extingue con el crédito.

En relación a la accesoriidad de la hipoteca, Ramón M. Roca Sastre y Luis Roca-Sastre Muncunill, prestigiosos juristas españoles especialistas en derecho hipotecario, sostienen lo siguiente:

"La hipoteca no es un derecho independiente, o sea, con existencia propia, sino que vive al servicio de un crédito; por ello no es concebible que la hipoteca pueda corresponder a persona distinta de la del titular del crédito garantido y, por tanto, que pueda transferirse independientemente del crédito. Está íntimamente ligada y subordinada, en su existencia, extensión y extinción, con el crédito. Por tanto, la hipoteca es un derecho conectado al crédito y que sigue su suerte".
(*Derecho Hipotecario*, tomo IV, página 273).

De modo que la extinción de la obligación por pago, condonación, compensación, prescripción, etc., determina la extinción de la hipoteca. De la misma manera que si la obligación garantizada es declarada anulable, igualmente se extingue la hipoteca que la asegura. Ello no es sino la aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

3. La Hipoteca puede ser constituida por el deudor o por un tercero

El numeral deliberadamente alude a la posibilidad de que la hipoteca sea constituida por el deudor o por un tercero.

En efecto, nada impide que un tercero ajeno a la relación obligatoria afecte un bien de su propiedad en garantía del cumplimiento de una obligación asumida por otra persona.

Sin embargo, es preciso hacer una distinción entre la situación del deudor hipotecario y la del tercero que constituye hipoteca por deuda ajena (al que la doctrina suele llamar, indistintamente, como dador de hipoteca o hipotecante no deudor), por cuanto su responsabilidad es diferente frente al acreedor.

El deudor hipotecario responde con todos sus bienes si el precio de realización del bien hipotecado no fuere suficiente; en cambio, la responsabilidad del dador de hipoteca se limita al bien que sirve de garantía. El dador de hipoteca no se convierte en deudor de la obligación por consentir en la constitución de hipoteca, sino solamente tiene la calidad de responsable y esa responsabilidad tiene su expresión concreta en el valor de realización del inmueble afectado.

Por consiguiente, el acreedor frente al deudor hipotecario puede hacer ejercicio de la denominada prenda genérica sobre sus bienes (conocida también como responsabilidad universal de sus bienes), si la venta del bien hipotecado no alcanzare para cubrir su crédito. Por el contrario, el acreedor carece de dicho derecho ante el hipotecante no deudor, que precisamente limita su responsabilidad al bien hipotecado.

En relación a la hipoteca constituida por un tercero, Guillermo A. Borda sostiene:

"Puede ocurrir que la garantía hipotecaria no sea dada por el deudor mismo sino por un tercero. Este tercero puede intervenir en el contrato como fiador obligándose personalmente o bien puede gravar un inmueble que le pertenece en garantía de la deuda del tercero sin obligarse personalmente (art. 3121). En este último caso, el tercero no tiene el carácter de fiador; no hace otra cosa que otorgar una caución real en cumplimiento de la obligación contraída por otro. Por eso mismo, no es personalmente responsable..".
(*Tratado de derecho civil*, derechos reales, tomo II, pág. 288).

4. La Hipoteca puede garantizar el cumplimiento de cualquier obligación

La hipoteca, como regla general, se constituye en respaldo de una obligación presente del deudor.

Sin embargo, como resulta de lo dispuesto en el artículo 1104 del Código Civil, y como excepción, es posible constituir hipoteca en garantía de una obligación futura o eventual (ver Exposición de Motivos de dicho artículo).

La obligación garantizada generalmente es de dar una suma de dinero, aunque no hay obstáculo para que se constituya en seguridad de una obligación de hacer, de una abstención o de la entrega de una cosa mueble, sólo que en éstos últimos casos el monto del gravamen debe expresarse en dinero.

5. Naturaleza jurídica: La Hipoteca como Derecho Real

La hipoteca no conlleva el traspaso posesorio del inmueble afectado. A diferencia de la anticreŕsis, por la hipoteca no se concede al acreedor el uso ni el disfrute del inmueble otorgado en garantía.

Al respecto, Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón afirman:

"La hipoteca no exige, como otros derechos reales de garantía, que se produzca un desplazamiento de la posesión del bien gravado al acreedor garantizado. Por el contrario, su característica sustancial es que los bienes queden en poder del hipotecante a fin de que pueda continuar utilizándolos y sirviéndose de ellos, explotándolos y obteniendo sus frutos y sus rentas. La hipoteca tampoco coarta ni limita el poder dispositivo del propietario, que puede enajenar la cosa, si bien el adquirente, al que se suele llamar "tercer poseedor", recibirá, en su caso, el bien transmitido con la afección o carga real en que la hipoteca consiste y se verá en la necesidad de soportar el posible ejercicio del derecho de realización del valor por parte del acreedor hipotecario"
(*Sistema de Derecho Civil*, volumen III, Derecho de cosas, pág. 547).

No siendo requisito de la hipoteca el traspaso posesorio al acreedor, el deudor conserva el uso, disfrute y el poder de disposición y administración sobre el bien, toda vez que la hipoteca no constituye una desmembración de la propiedad.

Siendo el derecho real un poder jurídico inmediato que ejerce directamente el titular sobre la cosa, a primera vista pareciera que la hipoteca no sería un derecho real.

Sin embargo, debe expresarse que la hipoteca no deja de ser un derecho real por la circunstancia de que el bien permanezca en posesión del deudor y no sea entregado al acreedor.

El legislador considera suficiente conferir al acreedor hipotecario los derechos de persecución, de preferencia, y de venta del inmueble afectado, así como la publicidad obligatoria para su validez como derecho real, y no exige como requisito para su perfeccionamiento la entrega del inmueble al acreedor (situación que sólo se establece para la constitución de la anticresis).

Guillermo A. Borda sintetiza con claridad los fundamentos por los cuales considera a la hipoteca como derecho real, de la siguiente manera:

"En suma, pensamos que no puede dudarse que "la hipoteca es un derecho real. Aunque hay que "reconocer que se trata de un derecho real de "naturaleza peculiar, desde el momento que no "brinda ni la posesión ni el goce de ella. Es un "derecho real de naturaleza refinada, en donde el "poder o señorío sobre la cosa se ejerce, no a través "del contacto con ella, sino del juego de institucio- "nes jurídicas que equivalen a que el acreedor la "tenga en su poder para cobrarse de ella".
(*Op.cit.*, Derechos Reales, tomo II, pág. 220).

6. *Derecho de persecución*

La hipoteca otorga al acreedor un derecho persecutorio. De modo que si el constituyente de la hipoteca procede a enajenar

el inmueble a tercero, el acreedor tiene el derecho de perseguir el bien cualquiera sea su tercer adquirente y para hacerse pago con su precio de realización.

Guillermo A. Borda, al tratar el derecho de persecución, expresa:

"Lo que verdaderamente define el derecho del acreedor hipotecario es la posibilidad de perseguir el bien hipotecado, cualquiera sea su actual titular, hacerlo vender y cobrarse con preferencia a los demás acreedores del producto de la venta". (*Op.cit.*, tomo II, pág. 300).

Es de notar que el hipotecante tiene el derecho irrestricto de enajenar el inmueble, no obstante que éste soporte una hipoteca. Por consiguiente, el pacto en cuya virtud se establece el vencimiento anticipado de la obligación si se transfiere la propiedad del inmueble hipotecado, es nulo por atentar contra la norma imperativa contenida en el artículo 882 del Código Civil, según la cual se establece: "No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita".

7. Derecho de preferencia

La hipoteca también confiere al acreedor el derecho de preferencia, esto es, que se consagra el derecho del acreedor a una prelación frente a otros acreedores que intentaran cobrar sus créditos con el precio de subasta del inmueble hipotecado.

Marcelo Planiol y Jorge Ripert, respecto del derecho de preferencia, manifiestan:

"La cuestión del derecho de preferencia consiste en saber en qué orden han de ser pagados los acreedores que tengan una hipoteca sobre un inmueble determinado. Surge una vez vendido el inmueble, cuando se trata de proceder a la distri-

"bución del precio de la venta sobre los acreedores.
"El Derecho de preferencia supone, por tanto, un
"conflicto entre los acreedores del deudor y se
"ejercita sobre el precio del inmueble".
(*Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, tomo
XIII, Garantías Reales, pág. 216).

El derecho de preferencia se hace valer en relación a otros acreedores que pretendan concurrir al precio de realización del inmueble gravado. Por consiguiente, si sólo existiese un crédito a cargo del deudor al tiempo de la subasta, no tiene relevancia referirse a este derecho.

El derecho de preferencia está regulado por el artículo 1112 del Código Civil, a cuya Exposición de Motivos cabe referirse.

8. Venta judicial del bien gravado

La hipoteca permite al acreedor solicitar en el respectivo proceso de pago de la obligación respaldada con hipoteca, el derecho de subastar el bien gravado.

Sin embargo, es preciso destacar que la venta sólo es procedente cuando media proceso judicial y no puede ser efectuada sin que se haya debatido y reconocido debidamente el derecho del acreedor respecto de la obligación principal. Por consiguiente, en este precepto no se reconoce el derecho del acreedor a la venta extrajudicial del bien hipotecado, ni a la venta judicial sin que se discuta previamente si la obligación es exigible, si es nula, o si se encuentra extinguida o si está prescrita.

Eleodoro Romero Romaña, distinguido jurista peruano, expresa una tesis que ha servido de guía al legislador para consagrar expresamente el derecho del acreedor a la venta judicial del inmueble hipotecado.

"El código (se refiere al de 1936) guarda silencio sobre el derecho de hacer vender el inmueble no habiendo reproducido el artículo 2078 del código-

"go derogado, que hacía mención a la subasta pública. La Exposición de Motivos explica la supresión diciendo que era innecesaria la disposición, por tratarse de un derecho elemental que tiene todo acreedor. La argumentación no satisface, porque de ser así, ¿qué explicación puede tener el artículo 996 del código que refiriéndose a la prenda, señala el derecho de pedir la venta judicial de la cosa? ¿Por qué la diferencia? Lógicamente no existe motivo que la justifique, debiendo haberse consignado la disposición en el caso de la hipoteca, si se consideró necesaria tratándose de la prenda.

"La venta judicial debe hacerse de acuerdo con los trámites que señala el Código de Procedimientos Civiles, para el juicio ejecutivo (arts. 590 y siguientes). Se entabla el juicio ejecutivo con el testimonio de la escritura de constitución de hipoteca. Se traba embargo sobre el bien. El juicio termina con la sentencia que manda llevar adelante la ejecución y, como consecuencia, se lleva a cabo el remate del inmueble".

(entre paréntesis agregado). (*Los Derechos Reales*, tomo II, pág. 462).

Es necesario precisar que la venta judicial del bien gravado puede ser promovida por cualquier acreedor hipotecario, independientemente del rango de preferencia que ostente.

Finalmente, es importante advertir que los derechos de persecución, de preferencia y de venta judicial no son derechos actuales del acreedor hipotecario. Dichos derechos se encuentran latentes, a la espera del vencimiento e incumplimiento de la obligación. Por tanto, no hay razón para alegar el derecho de preferencia, ni para ejercitar el derecho de persecución ni se podrá solicitar la venta judicial del bien, si la obligación no está impaga.

La situación del acreedor hipotecario, en cuanto a los derechos referidos, es distinta, por ejemplo, a la del comprador de un

inmueble, a quien le asiste el derecho a la entrega del bien, de sus accesorios y de los títulos del bien vendido, derecho que surge inmediatamente con el perfeccionamiento del contrato y no requiere de incumplimiento del vendedor.

A propuesta del doctor Roger Cáceres Velásquez —quien advirtió que sí se reconocía en la última parte del precepto el derecho del acreedor a vender judicialmente el bien hipotecado— el legislador resolvió no mantener el artículo 1010 del Código Civil de 1936, según el cual se establecía que "Pueden hipotecarse los inmuebles que pueden venderse". Dicha regla estaba reproducida en el artículo 1117 del Proyecto de Código Civil de 1981.

IV. DERECHO DE PREFERENCIA

Artículo 1112.- "Las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha del registro, salvo cuando se ceda su rango".

La regla tiene como antecedente el artículo 1015 del Código Civil de 1936, luego de la modificación que en su texto introdujo el Decreto Supremo N° 015-68-JC, de 9 de agosto de 1968, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Poder Ejecutivo por la ley 17044.

En realidad este precepto constituye una expresión concreta del principio general contenido en el artículo 2016 del Código Civil, según el cual se establece la prioridad de rango, que es la que se produce respecto de derechos sucesivamente inscritos, con posibilidad de concurrencia registral. (Ver Exposición de Motivos del artículo 2016 del Código Civil).

Si bien es verdad que cuando se trata del derecho de propiedad no pueden concurrir válidamente dos personas que aleguen derecho de propiedad sobre el mismo bien, ya que se excluyen, tal situación no sucede con la figura de la hipoteca.

En efecto, está permitido, ya que no hay impedimento legal para

ello, que el deudor hipotecario constituya dos o más hipotecas sobre el mismo bien. Igualmente y por la misma razón, pueden coexistir una hipoteca voluntaria y otra legal.

Sin embargo, es preciso destacar que los acreedores tienen prelación según la antigüedad de los asientos de inscripción de las respectivas hipotecas, y tal preferencia determina que del precio de realización del bien se pague preferentemente al primer acreedor y luego a los sucesivos.

Si el deudor constituye primera hipoteca en favor de "A" por I/. 100,000.00; segunda hipoteca a favor de "B" por I/. 300,000.00; tercera hipoteca en favor de "C" por I/. 600,000.00; y cuarta hipoteca en favor de "D" por I/. 300,000.00; y el inmueble hipotecado se realiza en subasta pública en I/. 500,000.00, debe procederse del siguiente modo:

- a) Se paga íntegramente el crédito de "A" consistente en I/. 100,000.00.
- b) Se cubre totalmente el crédito de "B" ascendente a I/. 300,000.00.
- c) Se cancela parcialmente en I/. 100,000.00 el crédito de "C", quien podrá obtener la satisfacción de la diferencia insoluta que alcanza a I/. 400,000.00 con el precio de realización de los demás bienes del deudor, si los hubieran.
- d) La obligación a favor de "D" queda insatisfecha, dada la desventaja que significa encontrarse en el último lugar y que el precio de subasta del inmueble no alcanza para cubrir todas las deudas garantizadas con hipoteca. También podrá dirigirse contra los demás bienes del deudor.

Sobre este particular es interesante reproducir la doctrina que formulan Ramón M. Roca Sastre y Luis Roca-Sastre Muncunill:

"Principio básico en materia de hipotecas —que de tan natural lo presupone el legislador— es que sobre un bien hipotecable pueden constituirse tantas hipotecas sucesivas cuanto se quiera. Jurídicamente no existe obstáculo o tope alguno acerca del número de hipotecas que puede soportar una cosa, pues la hipoteca, como derecho real

"que no implica posesión, tenencia o contacto material, hace que puedan coexistir sobre una misma cosa multiplicidad de hipotecas, inscritas unas después de las otras. Si algún obstáculo existe es de índole práctica, puesto que no tratándose de hipotecas legales, no es de esperar que el propietario de una cosa gravada con hipotecas que absorban su valor, encuentre quien admita esta misma cosa en garantía hipotecaria".
(*Op.cit.*, tomo IV, pág. 491).

Debe tenerse presente que la prelación no se determina por la antigüedad de la obligación, ni por la antigüedad de la fecha del acto constitutivo de la hipoteca, en su caso, sino que la preferencia se establece por la de la fecha de su inscripción en el registro.

De otro lado, la hipoteca no adquiere el rango por la designación de primera o segunda hipoteca que se efectúe en los respectivos contratos.

De consiguiente, la llamada por las partes "primera y preferencial hipoteca", prevista en escritura pública no inscrita, no tendrá esa condición si se adelanta otro acreedor hipotecario e inscribe su hipoteca con anterioridad a aquélla.

Sin embargo, es importante tener presente que la segunda hipoteca, a pesar de inscribirse en primer lugar, puede ser considerada como segunda, si se hubiese establecido expresamente la reserva de rango a favor de otra que se inscriba con posterioridad (figura que si bien no se encuentra normada en el Código Civil está permitida dentro del juego de la autonomía de la voluntad).

En doctrina se acepta la reserva de rango, siempre que:

- a) Se cuente con el consentimiento del acreedor hipotecario.
- b) Se determine el importe de la hipoteca posterior, materia de la reserva.
- c) Se inscriba en el Registro.

Debe advertirse que si bien los distintos acreedores tienen

preferencia de acuerdo a la fecha de las inscripciones de sus respectivas hipotecas, en relación al precio que se obtenga por la venta judicial del bien, el deudor no está obligado a efectuar un pago voluntario siguiendo el citado orden. De modo que puede pagar indistintamente a cualquiera, sin observar la prioridad que establezca el registro.

En lo que respecta a la cesión de rango, cuya posibilidad admite expresamente el numeral, procede remitirse a las Exposiciones de Motivos de los artículos 1114 y 1120 del Código Civil.

Finalmente, es preciso tener presente que el legislador no ha establecido excepciones al principio que consagra este precepto. Por tanto, no se ha considerado, como lo hace el Código Civil boliviano en su artículo 1394, la preferencia de la hipoteca en favor del arquitecto o contratista sobre la del vendedor o copartícipe, aunque la hipoteca de éstos se hubiera constituido con anterioridad.

V. *IRRENUNCIABILIDAD DEL DERECHO A CONSTITUIR NUEVAS HIPOTECAS*

Artículo 1113.- "No se puede renunciar a la facultad de gravar el bien con segunda y ulteriores hipotecas".

Este precepto tiene por objeto favorecer el estímulo al crédito y guarda consonancia con lo dispuesto en el artículo 882 del Código Civil, en el cual se prescribe que "no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita".

Ambas normas se inspiran en la libertad de comercio consagrada en el artículo 131 de la Constitución Política del Perú, mediante el cual se establece:

"El Estado reconoce la libertad de comercio e industria".

El precepto consagra, pues, el derecho del deudor a solicitar nuevos créditos con la garantía del mismo bien.

Sobre este particular Luis Diez-Picazo sostiene:

"La regla es, pues, que el derecho anterior es "preferente y de mayor rango que el posterior y "que la constitución posterior de un derecho real "de idéntica naturaleza, si bien no queda impedi- "da, y puede válida y eficazmente hacerse, no puede "limitar el derecho más antiguo".

(Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones jurídico-reales, volumen II, págs. 717 y 718).

Por consiguiente, el pacto en cuya virtud el hipotecante renuncia a su derecho de volver a hipotecar el bien es nulo en cuanto atenta contra la posibilidad de acceso al crédito, propósito que el legislador desea vigorizar, haciéndolo prevalecer, incluso, sobre la autonomía de la voluntad. Por este motivo este precepto es de carácter imperativo y no admite pacto en contrario.

VI. CESION, COPARTICIPACION Y PERMUTA DE RANGO

Artículo 1114.- "El acreedor preferente puede ceder su rango a otro acreedor hipotecario. Para que la cesión produzca efecto contra el deudor se requiere que éste la acepte o que le sea comunicada fehacientemente".

La norma contenida en el artículo 1112 del Código Civil, según la cual se establece el orden de preferencia de las hipotecas de acuerdo a la fecha de su ingreso al registro, no es de rigor absoluto ya que, dentro del libre juego de la autonomía de la voluntad, los distintos acreedores pueden efectuar convenios relativos a los rangos que respectivamente les corresponden.

De modo que el acreedor hipotecario de primer orden, esto es, el que ocupa el primer rango por haber registrado primeramente su hipoteca, puede ceder su preferencia al que ocupa un segundo lugar.

Igualmente, el primer acreedor puede ceder su jerarquía al tercer acreedor hipotecario, con el consentimiento del acreedor de

rango intermedio, o sea del segundo titular del crédito hipotecario. La permuta de rango, como es obvio, no puede perjudicar al acreedor de rango intermedio. Por ejemplo, supóngase que "A" es titular de una hipoteca por I/. 100,000.00; "B" tiene constituida a su favor una hipoteca por I/. 400,000.00; y "C" es acreedor hipotecario hasta por I/. 500,000.00, y la permuta de rango se realiza entre "A" y "C". Como quiera que tal cambio de rango importa un serio perjuicio para "B", el crédito de "C" sólo tiene preferencia ante "B" hasta por I/. 100,000.00 que era el importe de la hipoteca constituida a favor de "A". Todo ello independientemente de que en la relación interna entre "A" y "C" sea éste preferente frente a aquél.

Debe hacerse hincapié que no hay inconveniente en que la cesión de rango se pueda efectuar entre un acreedor con hipoteca legal y un acreedor con hipoteca convencional, o viceversa.

Es preciso tener en cuenta que respecto de la cesión de rango y de la permuta de rango, en su caso, no se requiere el consentimiento del constituyente de la hipoteca, por cuanto dichos actos no importan modificación alguna en el contrato de hipoteca y además porque resulta indiferente para el deudor el orden de preferencia en caso de realización del bien hipotecado.

Luis Diez-Picazo, a propósito de la cesión del rango hipotecario, expresa:

"El orden o jerarquía con que los derechos reales compatibles entre sí figuran en el registro, determinan una evidente ventaja en favor del derecho real que cuenta con un superior rango. Por ello, se ha dicho que esta ventaja tiene un valor o consistencia económica que le permite funcionar en el tráfico como un bien negociable. Se considera que el rango puede ser objeto de derechos o, por lo menos, materia sobre la que versen determinados pactos y contratos celebrados entre los particulares".
(*Op.cit.*, pág. 723).

Es interesante reproducir la doctrina de Ramón M. Roca Sastre y Luis Roca-Sastre Muncunill, quienes afirman:

"De aquí que pueda decirse que la hipoteca "primera actúa, respecto de la segunda o posteriores, a modo de una condición resolutoria, constituyendo ello una restricción bajo la cual nace o surge la hipoteca de bienes anteriormente hipotecados. El rango preferente de la hipoteca anterior provoca, pues, una importante limitación para las hipotecas posteriores, las cuales quedan a merced de las vicisitudes de aquella".
(*Op.cit.*, tomo IV, pág. 492).

La cesión del rango o del lugar de preferencia puede ser un contrato gratuito u oneroso. Aunque es preciso indicar que generalmente la cesión reporta un beneficio o ventaja económica para quien sacrifica el lugar de preferencia que le corresponde de acuerdo al registro.

Aunque la ley no regula la solemnidad escrituraria para hacer constar el contrato por el cual se transmite el orden de preferencia hipotecaria, a fin de inscribirlo en el registro deberá otorgarse escritura pública, salvo que la ley autorice lo contrario. Por consiguiente, la cesión de preferencia no será oponible a tercero si no está inscrita, en virtud del principio de publicidad negativa conforme al cual lo no publicado por el registro no perjudica a tercero.

Durante los debates para la aprobación de este precepto, el doctor Manuel de la Puente y Lavalle hizo llegar una sugerencia a la Comisión Revisora a fin de que la norma regule también la posibilidad de que, por acuerdo de partes, se pueda compartir el rango.

Quien escribe estas líneas expresó, en cambio, que la posibilidad de compartir el rango estaba sobreentendida en el texto del precepto aprobado, en virtud del aforismo jurídico según el cual "quien puede lo más, puede lo menos". Sostuvo que si se puede ceder el lugar de preferencia, no hay inconveniente en compartir el rango, lo que constituye un acto dispositivo menor, ya que el cedente no pierde su jerarquía sino que sólo la comparte.

De otro lado, el Presidente de la Comisión Revisora, doctor Javier Alva Orlandini, expresó que si bien estaba de acuerdo con el

convenio que podían celebrar los acreedores a fin de compartir el rango, tal acuerdo no podía perjudicar, en su caso, al acreedor de rango intermedio.

La Comisión Revisora, con el voto de los doctores Alva Orlandini, Fernández Arce, Haya de la Torre, Cáceres Velásquez, Zamalloa Loaiza y Bigio Chrem, acordó por unanimidad dejar constancia de los puntos de vista expresados por los doctores Bigio Chrem y Alva Orlandini en la Exposición de Motivos de este numeral.

La norma establece que la cesión del rango surte efecto respecto del deudor cuando es aceptada por éste o cuando le ha sido comunicada fehacientemente. Por comunicación fehaciente debe entenderse que se pone en conocimiento del deudor la cesión de forma inequívoca.

Es importante destacar que, siendo la cesión de rango un acto dispositivo, se requiere que el representante del acreedor cedente esté debidamente facultado para ello.

Si se trata de una sociedad conyugal acreedora, a cuyo favor se ha constituido una hipoteca, es imprescindible que la cesión de rango sea consentida por ambos cónyuges, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 315 del Código Civil.

Finalmente, cabe indicar que en cualquier caso que se extinga una primera hipoteca, la segunda hipoteca automáticamente adquiere el primer lugar y las hipotecas de rango posterior avanzan sucesivamente.