

Jorge **Avendaño** Valdez<sup>(\*)</sup> y Francisco **Avendaño** Arana<sup>(\*\*)</sup>

# Apuntes sobre la **extensión objetiva de la hipoteca** y la oponibilidad de los actos de disposición sobre el bien hipotecado

«LA HIPOTECA ES UNA GARANTÍA QUE SIRVE PARA FACILITAR EL CRÉDITO INMOBILIARIO. USUALMENTE, EL DUEÑO DE UN TERRENO PIDE DINERO PRESTADO PARA CONSTRUIR SU CASA E HIPOTECA INICIALMENTE EL TERRENO. DESPUÉS CONSTRUYE. RESULTA ENTONCES DE LA MAYOR IMPORTANCIA QUE LA HIPOTECA SE EXTIENDA A LAS CONSTRUCCIONES».

## 1. Introducción

El constituyente de una hipoteca sigue siendo propietario del bien hipotecado, y como tal conserva los atributos o facultades de la propiedad, pudiendo disponer del bien. En tal sentido, el constituyente puede vender el bien, arrendarlo o constituir otros derechos reales sobre él, tales como derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbres, superficies e inclusive otras hipotecas. Todos esos actos de disposición no son oponibles al acreedor hipotecario.

De otro lado, el constituyente también puede realizar construcciones en el bien. En esos casos, la hipoteca se extiende a tales construcciones.

No obstante lo anterior, existe una posición jurisprudencial según la cual los actos de disposición realizados por el constituyente sí son oponibles al acreedor hipotecario<sup>(1)</sup>. Además, esta posición señala que la hipoteca no se extiende a las construcciones.

En el presente artículo analizaremos en términos generales si los actos de disposición que eventualmente realicen los deudores pueden afectar las hipotecas constituidas previamente por ellos. Además, determinaremos si la extensión de la hipoteca comprende las construcciones que se realicen sobre el bien.

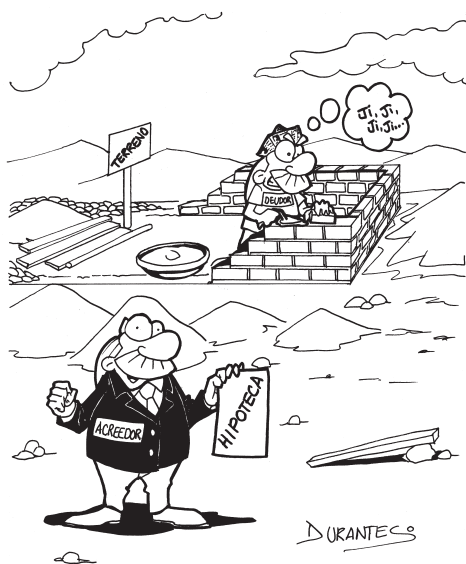
---

(\*) Abogado. Miembro del Comité Consultivo nacional de la Asociación Civil **ius et veritas**.

(\*\*) Abogado.

(1) Como veremos más adelante, esta posición se refiere al caso específico de un derecho de superficie constituido por el deudor hipotecario.

## Apuntes sobre la extensión objetiva de la hipoteca y la oponibilidad de los actos de disposición sobre el bien hipotecado



Hemos dividido el presente artículo en cuatro partes. En la primera nos referiremos al concepto de hipoteca. En la segunda analizaremos sus caracteres, en particular a la especialidad. En la tercera desarrollaremos la llamada extensión objetiva de la hipoteca. En la cuarta, por último, nos pronunciaremos sobre los actos de disposición y su oponibilidad frente a los acreedores hipotecarios.

### 2. Concepto de hipoteca

La hipoteca puede ser definida como «(...) un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles, y que asegura el cumplimiento y la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor de aquellos, enajenándolos y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido y cualquiera que sea en ese momento su poseedor o propietario»<sup>(2)</sup>.

El artículo 1097 del Código Civil se refiere a la hipoteca en los términos siguientes: «Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.

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

«ES EVIDENTE QUE NADIE COMPRARÍA UN TERRENO SI NO TIENE DERECHO A LO CONSTRUIDO. QUÉ FÁCIL SERÍA PARA LOS DEUDORES FRUSTRAR LOS REMATES DE LOS TERRENOS QUE HAN HIPOTECADO, TAN SOLO CONSTRUYENDO ALGUNAS EDIFICACIONES».

El artículo 1097 nos da una noción bastante exacta de lo que es la hipoteca. Se trata de un derecho real de garantía que confiere al acreedor hipotecario los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado. La hipoteca recae sobre inmuebles, garantiza el cumplimiento de cualquier obligación propia o de un tercero y no implica la desposesión del constituyente.

La hipoteca confiere a su titular las ventajas propias de todo derecho real, esto es las facultades de persecución y preferencia. Por la primera, el acreedor tiene el derecho de perseguir y recoger el bien en manos de quien se encuentre, a fin de hacerlo ejecutar judicialmente y cobrarse la suma debida. Además del artículo 1097 del Código Civil, los artículos 1110 y 1117 del mismo Código dan cuenta de la facultad persecutoria que otorga la hipoteca. Según el artículo 1109, «El acreedor cuya hipoteca comprenda varios inmuebles podrá, a su elección, perseguir a todos ellos simultáneamente o solo a uno, aun cuando hubieran pertenecido o pasado a propiedad de diversas personas o existieren otras hipotecas. Sin embargo, el juez podrá, por causa justificada, fijar un orden para la

(2) DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLON. *Sistema de Derecho Civil*. 3era. edición. Volumen II. Madrid: Tecnos, 1997. p. 494.

## Jorge **Avendaño** Valdez y Francisco **Avendaño** Arana

venta de los bienes afectados». De acuerdo con el artículo 1117, «El acreedor puede exigir el pago al deudor, por la acción personal; o al tercer adquirente del bien hipotecado, usando de la acción real. El ejercicio de una de estas acciones no excluye el de la otra, ni el hecho de dirigirla contra el deudor, impide que se ejecute el bien que esté en poder de un tercero, salvo disposición diferente de la ley».

Por otro lado, el derecho de preferencia significa que el acreedor hipotecario tiene el derecho de ver satisfecho su crédito antes que otros acreedores.

Ahora bien, para que exista una garantía real es indispensable que el bien gravado esté «sujeto» en favor del acreedor, de forma tal que si el deudor no cumple con la obligación contraída, el acreedor pueda ejecutar el bien independientemente de quien sea su poseedor o propietario. En la hipoteca esta «sujeción» se obtiene a través de la inscripción. Con la inscripción se logra asegurar el crédito garantizado vinculando el bien, en manos de quien se encuentre, con la hipoteca<sup>(3)</sup>. Lo que hace la inscripción es dar a conocer (publicitar) que existe una hipoteca sobre el inmueble, de manera que todo aquel que contrate respecto del bien sabe -o debe saber- que está hipotecado<sup>(4)</sup>. Por eso la hipoteca no exige que se entregue la posesión del bien al acreedor. El bien se queda en poder del constituyente, quien puede seguir usándolo y explotándolo.

### **3. Caracteres de la hipoteca. La especialidad**

La hipoteca es un derecho accesorio, indivisible y especial. Veamos brevemente los primeros dos caracteres, para concentrarnos luego en la especialidad.

La hipoteca es un derecho «accesorio» del crédito garantizado. El propio artículo 1097 del Código Civil consagra este principio al establecer que la hipoteca se constituye «(...) en garantía del cumplimiento de cualquier obligación propia o de un tercero».

La hipoteca está subordinada a la existencia, extensión y extinción del crédito garantizado. La hipoteca no puede existir sin su soporte, que es el crédito que garantiza. Hay, sin embargo, excepciones. Puede haber hipotecas que garanticen créditos aun no existentes, como es el caso de hipotecas en garantía de obligaciones futuras o eventuales<sup>(5)</sup>.

Por otro lado, la hipoteca es un derecho «indivisible». El artículo 1102 del Código Civil señala que «La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados».

La indivisibilidad significa que cada parte del inmueble o inmuebles hipotecados garantiza la totalidad del crédito. Si el inmueble se fracciona, cada parte sigue garantizando la integridad del crédito. Si fueran varios los inmuebles hipotecados, cada uno de ellos responde por la totalidad de la deuda. La indivisibilidad significa también que cada parte del crédito se encuentra garantizada por la integridad del bien hipotecado. En tal sentido, si el crédito se divide, la hipoteca subsiste entera en garantía de cada fracción

(3) Conforme al inciso 3 del artículo 1099 del Código Civil, la inscripción es un requisito de validez del derecho real de hipoteca. Sin inscripción no hay hipoteca.

(4) Según el artículo 2012 del Código Civil, «Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones».

(5) La obligación futura y la obligación eventual son obligaciones inexistentes. La diferencia entre una y otra radica en que en la futura está previsto el nacimiento de la prestación. Existe una relación que asegura el nacimiento de la prestación futura. En las obligaciones futuras no existen aun prestaciones pero surgirán posteriormente en el marco de un contrato que ya existe. Es el caso de la obligación de pagar el precio en un contrato definitivo de compraventa. La relación previa es el compromiso de celebrar el contrato de compraventa definitivo. Las obligaciones eventuales, al igual que las futuras, gozan de un marco contractual que explica los términos de la eventual prestación, pero pueden surgir o no. Un ejemplo de obligación eventual es el probable saldo deudor de una cuenta corriente.

de la deuda. De la misma forma, si el crédito se extingue parcialmente, todo el inmueble hipotecado mantiene plena vigencia y garantiza la parte del crédito no pagado.

Por último, la hipoteca es un derecho «especial». El carácter especial de la hipoteca adopta dos facetas: la especialidad en cuanto al crédito y la especialidad en cuanto al bien.

Respecto del crédito, la especialidad significa que la hipoteca debe asegurar el cumplimiento de una obligación determinada o determinable y que el gravamen debe ser igualmente de cantidad determinada o determinable (incisos 2 y 3 del artículo 1099 del Código Civil). La especialidad en cuanto al bien, por su lado, consiste en que la hipoteca debe afectar bienes determinados y que no se pueden hipotecar bienes futuros. La especialidad en cuanto al bien está contemplada en los artículos 1110 y 1106 del Código Civil. Según el artículo 1110, «La hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados». De acuerdo con el artículo 1106, «No se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros». Detengámonos en lo de bienes futuros.

En la doctrina el significado de bien futuro no es unívoco. Por bienes futuros se entiende aquellos bienes existentes que no se han integrado al patrimonio de una persona. Son los bienes ajenos, los que pertenecen a otro. Son futuros para el constituyente de la garantía porque no son de su propiedad. Por bienes futuros también se entiende aquellos bienes que no existen actualmente, pero que pueden llegar a existir.

Para el Código Civil, bien futuro es aquel que no existe. Si bien el Código Civil no define lo que son bienes futuros, el inciso 1 del artículo 1409, a propósito del «objeto del contrato»,

dice que la prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre «Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley». Además, el artículo 1106 del Código Civil no puede aludir a los bienes futuros como aquellos respecto de los cuales no se tiene la propiedad, porque el inciso 1 del artículo 1099 exige como requisito de validez de la hipoteca que el constituyente sea el propietario del bien. En otras palabras, si por bien futuro entendiéramos al bien que no le pertenece aun al constituyente de la garantía, sería innecesario que el Código Civil en el inciso 1 del artículo 1099 diga que el constituyente debe ser el propietario del bien.

La especialidad está relacionada con la denominada «extensión» de la hipoteca. Como explicaremos más adelante, la hipoteca se extiende a todo lo que se integra al bien hipotecado. Esto significa que el bien puede modificarse, como en efecto se modifica un terreno cuando se levantan construcciones sobre él.

Existe una posición jurisprudencial<sup>(6)</sup> según la cual las edificaciones que se levantan sobre un terreno ya hipotecado, son bienes futuros, por lo que la hipoteca no se extiende a ellas. Discrepamos frontalmente con esta posición.

(6) Casación 4297-2001-Arequipa, publicada el 30 de junio de 2003. Hay una tendencia de la Corte Suprema a considerar que la hipoteca no se extiende a las construcciones, por ser bienes futuros. Esta tendencia se inicia con una sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente 428-97-AA/TC). El caso del Tribunal trata sobre un crédito que fue garantizado con la hipoteca de un inmueble que figuraba inscrito en los Registros Públicos como un terreno. El deudor incumplió con cancelar el crédito, por lo que el acreedor inició un proceso judicial para rematar el inmueble hipotecado. Finalmente, el Juez ordenó el remate del terreno y de las construcciones. Sin embargo, el propietario del inmueble interpuso una demanda de amparo para que se dejara sin efecto la orden judicial de remate del bien, incluida la construcción. Su fundamento consistió básicamente en que él hipotecó solamente el terreno. Esta demanda fue amparada en última instancia por el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional sostuvo que las construcciones sobre el terreno no estuvieron comprendidas en la hipoteca, por lo que al ordenarse el remate de las construcciones se violó la Constitución, por ser la propiedad un derecho inviolable, y el Código Civil, por ser la hipoteca una garantía que debe recaer sobre bienes que deben especificarse.

Jorge **Avendaño** Valdez y Francisco **Avendaño** Arana

Las edificaciones que se levantan sobre un terreno no se hipotecan antes de que existan. La hipoteca se extiende a ellas. El bien (el terreno) se modifica, como se modifica una casa cuando se hace una pared adicional o se abre una ventana. A todo ello se extiende la hipoteca.

#### 4. La extensión objetiva de la hipoteca

La extensión de la hipoteca está regulada en los artículos 1101 y 1107 del Código Civil. El artículo 1101 se refiere a la extensión en cuanto al bien (extensión objetiva) y el artículo 1107<sup>(7)</sup> a la extensión en cuanto al crédito. Solo nos pronunciaremos sobre la primera.

El artículo 1101 del Código Civil señala lo siguiente, «La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto».

Las partes integrantes tienen su origen en el derecho romano. En Roma, las cosas (bienes corporales) se dividían en dos categorías: los muebles y los inmuebles. Los muebles eran las cosas que podían ser desplazadas de un lugar a otro. Los inmuebles eran las cosas que estaban inmovilizadas, que tenían una situación fija, arraigada. Los inmuebles se clasificaban en inmuebles «por naturaleza», «por destinación» y «por accesión». Los inmuebles por naturaleza eran los predios, los bienes raíces, naturalmente inmovilizados. Los inmuebles por destinación eran originariamente cosas muebles que servían para la explotación de un predio. Jurídicamente quedaban destinadas a la explotación del predio, por lo que se creó la ficción de considerarlas inmuebles. Finalmente, los inmuebles por accesión también eran cosas muebles, pero que se incorporaban materialmente al predio, a un inmueble por naturaleza. Físicamente quedaban inmovilizadas. Es el caso de los materiales de construcción.

Los inmuebles por destinación del Derecho romano son los accesorios del artículo 888 del Código Civil y los inmuebles

por accesión son las partes integrantes del artículo 887 del mismo Código.

Las partes integrantes son bienes que se integran de forma tal a otro bien, que su separación ocasionaría la destrucción, deterioro o alteración del bien. «Constituyen ejemplos de partes integrantes: los adobes, los ladrillos, las ventanas de un edificio, que en su origen fueron muebles; pero que después forman parte del inmueble y que no pueden ser separados sin destruir o alterar el bien»<sup>(8)</sup>. Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares. Así lo dispone el artículo 887 del Código Civil.

Lo relevante jurídicamente de las partes integrantes radica en que siguen la condición jurídica del bien al cual se integran. «Las partes integrantes de un bien (...) siguen la condición de este, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación» (artículo 889 del Código Civil). Así, son inmuebles si lo es el bien principal, y por eso pueden ser objeto de hipoteca. La hipoteca se extiende a las partes integrantes del bien hipotecado, por lo que si se hipoteca una casa, la garantía se extiende a todos los bienes con los que fue construida.

Cabe la pregunta si la hipoteca se extiende a las construcciones que se realizan sobre el terreno ya hipotecado. La respuesta es afirmativa. La razón de ello es que las construcciones son partes integrantes del bien hipotecado.

En la legislación comparada las construcciones sobre un terreno son consideradas indistintamente como mejoras naturales o como un caso de accesión

(7) Según el artículo 1107 del Código Civil, «La hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio».

(8) ROMERO ROMANA, Eleodoro. *Derecho Civil. Los Derechos Reales*. 2da. edición. Lima. p. 29.

«EN VIRTUD DEL PRINCIPIO *ACCESSORIUM SEQUITUR PRINCIPALE*, LAS CONSTRUCCIONES QUE EXISTAN EN UN TERRENO SE CONSIDERAN COMO FORMANDO UN SOLO CUERPO CON ÉL, DE MODO QUE LA ENAJENACIÓN O EL GRAVAMEN DEL PREDIO COMPRENDE NO SOLO LA TIERRA, SINO TAMBIÉN LAS EDIFICACIONES QUE LE ACCEDEN AUNQUE NADA SE DIGA SOBRE EL PARTICULAR, CUALQUIERA QUE HUBIERE SIDO LA PERSONA QUE LAS CONSTRUYÓ. POR CONSIGUIENTE, CUANDO SE HIPOTECA UN LOTE DE TERRENO Y LUEGO SE EDIFICA EN EL, LA CONSTRUCCIÓN QUEDA IGUALMENTE GRAVADA CON HIPOTECA»

industrial. Nuestro Código Civil se refiere a ellas como un supuesto de accesión industrial (artículos 941 a 945 del Código Civil). Estas normas regulan los conflictos que se presentan cuando se edifica de buena o de mala fe en terreno ajeno, cuando el propietario del suelo sobre el que se edifica obra de mala fe, cuando se invade con una edificación una propiedad vecina y cuando se edifica con materiales ajenos. El Código Civil no dice nada, sin embargo, sobre las construcciones que hace el propietario sobre su propio terreno.

Se trata en todos los casos de bienes que se van integrando al terreno. Los bienes con los que se construye una edificación se van uniendo poco a poco al terreno, se van incorporando a él, y terminan confundándose con el bien. Las construcciones son entonces parte integrante del terreno.

En consecuencia, la hipoteca se extiende a las construcciones que se hacen sobre el terreno después de hipotecado. ¿Es necesario que la edificación se inscriba en los registros para que la hipoteca se extienda a ella? Claro que no. El Código Civil no dice que las partes integrantes del bien hipotecado deban estar inscritas. Lo mismo sucede cuando se hipoteca una casa y solo está inscrito el terreno, o con los accesorios -a los cuales la hipoteca también se extiende- que no se inscriben en los registros. Por mandato legal es suficiente que existan construcciones al constituirse la hipoteca o que se ejecuten con posterioridad, para que la garantía se extienda a ellas. Si las construcciones son hechas por un tercero la solución es la misma. La hipoteca se extiende a ellas porque igualmente se integraron al bien.

En la legislación comparada y en su doctrina se acepta en forma unánime que la hipoteca, se extiende a lo que se construye sobre el inmueble hipotecado. Álvaro Pérez Vives, por ejemplo, señala lo siguiente:

«En virtud del principio *accessorium sequitur principale*, las construcciones que existan en un terreno se consideran como formando un solo cuerpo con él, de modo que la enajenación o el gravamen del predio comprende no solo la tierra, sino también las edificaciones que le acceden aunque nada se diga sobre el particular, cualquiera que hubiere sido la persona que las construyó.

Por consiguiente, cuando se hipoteca un lote de terreno y luego se edifica en el, la construcción queda igualmente gravada con hipoteca»<sup>(9)</sup>.

(9) PEREZ V. Alvaro. *Garantías Civiles*. Bogotá: Tennis, 1989. p. 158.

## Jorge Avendaño Valdez y Francisco Avendaño Arana

La hipoteca es una garantía que sirve para facilitar el crédito inmobiliario. Usualmente, el dueño de un terreno pide dinero prestado para construir su casa e hipoteca inicialmente el terreno. Después construye. Resulta entonces de la mayor importancia que la hipoteca se extienda a las construcciones.

De este modo, Roca Sastre sostiene que «La determinación de la extensión objetiva de la hipoteca es extremo importante para el crédito territorial. La garantía hipotecaria (...) no se contrae a la materialidad de la finca y a los edificios, sino que se extiende a los instrumentos y derechos que constituyen su dotación, formando un conjunto al que se denomina patrimonio básico hipotecado. Esta tendencia expansiva de la responsabilidad sobre la finca tiene por principal objetivo el fomento del crédito hipotecario (...)»<sup>(10)</sup>.

Ahora bien, existe una posición jurisprudencial<sup>(11)</sup> según la cual no se puede considerar a las construcciones como parte integrante del suelo, porque las partes integrantes no pueden ser objeto de derecho singulares (artículo 887 del Código Civil), mientras que las construcciones sí. En efecto, según el artículo 955 del Código Civil el subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer total o parcialmente a propietario distinto que el dueño del suelo. Esto significa que el dueño del suelo puede ser uno y el de lo construido otro, lo que supone que pueda haber derechos singulares respecto del suelo y las edificaciones. Este razonamiento es incorrecto.

El artículo 1101 del Código Civil señala que la hipoteca se extiende a las partes integrantes del bien hipotecado, pero permite el pacto en contrario. O sea, se puede excluir de la hipoteca a las partes integrantes del bien. En principio, las partes integrantes no pueden ser separadas del bien principal porque su separación produciría la destrucción, deterioro o

alteración de dicho bien, y por eso no pueden ser objeto de derechos singulares (artículo 887 del Código Civil). Sin embargo, hay casos en que las partes integrantes sí pueden ser separadas física o jurídicamente, y en esos casos sí pueden ser objeto de derechos singulares. Por eso el artículo 889 del Código Civil señala que las partes integrantes de un bien siguen su condición, «(...) salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación». Se permite la diferenciación o separación de las partes integrantes precisamente para que, por excepción, sean objeto de derechos singulares.

El motor de una aeronave, por ejemplo, es parte integrante de la aeronave. Sin embargo, la ley (Ley de Aeronáutica Civil-Ley 27261) permite su diferenciación, por lo que los motores pueden ser dados en garantía independientemente de la aeronave. Lo mismo sucede con el suelo y el sobresuelo.

El principio que rige el Código Civil en materia de propiedad predial es el de unidad jurídica entre suelo y sobresuelo (y subsuelo). Todo lo que se une al suelo forma parte de él. Suelo y construcciones se convierten en una unidad, que pertenece a una misma persona. El Código Civil no se refiere a esto en forma expresa, pero en todos los supuestos de accesión natural

(10) ROCA SASTRE, Ramón y Luis ROCA SASTRE. *Derecho Hipotecario*. 7ma. edición. Barcelona: Bosch. p. 568.

(11) Casación 2842-2003-Arequipa. El caso trata sobre una hipoteca de un terreno constituida a favor de un banco. En la escritura de constitución de la hipoteca se estableció que la garantía se extendía a las partes integrantes, aunque no se hizo referencia a futuras construcciones. Luego de constituida la hipoteca, el propietario del terreno hipotecado lo transfirió a una asociación, quien levantó una edificación sobre el terreno. Ante el incumplimiento de la obligación garantizada, el banco inició la ejecución de la hipoteca. Frente a esta acción, la asociación interpuso una demanda de tercería excluyente de propiedad, alegando que las construcciones eran de su propiedad y que no habían sido hipotecadas. El Juez de Primera Instancia declaró fundada la demanda. La Corte Superior confirmó la sentencia. La Corte Suprema, por último, declaró infundada la casación interpuesta por el banco. Es decir, le dio la razón al tercerista, al propietario de las construcciones.

(artículos 941 a 945) siempre se mantiene la propiedad del suelo y de lo construido en una misma persona. Solo de manera excepcional el suelo y el sobresuelo pertenecen a propietarios distintos.

Cuando el artículo 955 del Código Civil dice que el sobresuelo (o subsuelo) pueden pertenecer a propietario distinto que el dueño del suelo, alude a aquellos casos en que excepcionalmente la propiedad se puede dividir, o sea, cuando deja de ser una unidad jurídica. Esos dos casos son el derecho de superficie (artículo 1030 y siguientes del Código Civil) y el régimen de unidades de propiedad exclusiva y propiedad común (Ley 27157). En esos dos casos, la ley permite expresamente que el propietario del suelo sea distinto del propietario de las construcciones. Solo en esos casos no hay unidad entre el suelo y las construcciones.

Ahora bien, en los casos del derecho de superficie y del régimen de unidades de propiedad exclusiva y propiedad común, las construcciones (el sobresuelo) pertenecen a propietario distinto del dueño del suelo, pero ello no significa que dejen de ser partes integrantes del suelo. Son partes integrantes, aunque pueden ser objeto de separación jurídica y por tanto de derechos singulares.

En resumen, las construcciones son partes integrantes de un terreno. La hipoteca se extiende a las partes integrantes del bien hipotecado. Por tanto, la hipoteca de un terreno se extiende a las construcciones.

Para terminar queremos señalar que conforme a lo mencionado anteriormente, la hipoteca es una garantía que sirve para facilitar el crédito, en especial el crédito inmobiliario. Si prevalecieran las posiciones jurisprudenciales de entender a las construcciones que se levantan en un terreno como bienes futuros, y de no considerar a las construcciones como partes integrante, ¿qué banco otorgaría préstamos para la construcción de inmuebles? Además, las citadas decisiones jurisprudenciales conducen a un imposible material y jurídico, porque ¿cómo se puede vender un terreno sin la edificación? Es evidente que nadie compraría un terreno si no tiene derecho a lo construido. Qué fácil sería para los deudores frustrar los remates de los terrenos que han hipotecado, tan solo construyendo algunas edificaciones.

## **5. Inoponibilidad de los actos de disposición realizados por el deudor**

Como hemos señalado, la hipoteca constituye una garantía real por cuanto confiere al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado. La garantía, sin embargo, no perjudica los derechos del deudor hipotecario quien, al igual que todo propietario, puede usar, disfrutar y disponer del bien.

No obstante que el deudor hipotecario sigue siendo propietario, no puede comportarse respecto del bien gravado en la forma como lo habría podido hacer antes de constituir la garantía. En efecto, además de usar, disfrutar y disponer del bien en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley, el deudor debe ejercitar los poderes inherentes a la propiedad de forma tal que no lesione los derechos del acreedor hipotecario ni disminuya el valor del inmueble.

Así, el deudor puede enajenar el inmueble, constituir sobre él otros gravámenes, darlo en usufructo, uso, habitación, superficie, introducir en él modificaciones, siempre que estos actos no lesionen los derechos del acreedor ni disminuyan el valor del inmueble.

En el supuesto que los actos que efectúe el deudor deterioren materialmente el inmueble gravado, el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación aunque no esté vencido el plazo. Así lo disponen los artículos 181 inciso 3 y 1110 del Código Civil.

Puede ocurrir, sin embargo, que el deudor realice ciertos actos por medio de los cuales reconozca derechos a terceros sobre el inmueble dado en garantía, con lo cual disminuya el valor del inmueble y lesione así



## Jorge **Avendaño** Valdez y Francisco **Avendaño** Arana

los derechos del acreedor hipotecario. Como ejemplo tenemos el caso de un deudor hipotecario que constituye sobre el inmueble hipotecado un derecho de superficie a favor de un tercero.

Los actos de disposición practicados por el deudor no son nulos ni anulables; son perfectamente válidos entre el deudor y el tercero. Sin embargo, no son oponibles al acreedor hipotecario. Esta solución emana del artículo 2022 del Código Civil que señala, en su primera parte, que «Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone».

Esta norma establece un principio de oponibilidad en base a la inscripción. Si hay dos derechos reales respecto de un mismo bien, prevalece el que se inscribe primero. Por tanto, si se hipoteca un bien y luego se otorga en superficie, prevalece el derecho inscrito en primer término.

«Si el propietario constituye derechos de usufructo, uso, habitación o servidumbre, se aplica el principio de la prioridad, vale decir, que la constitución de los mencionados derechos no es oponible a una hipoteca anterior. El derecho real constituido primeramente, es preferido en su eficacia a los derechos reales constituidos posteriormente, si con él se contradicen o si surge un conflicto entre la existencia de unos y otros derechos»<sup>(12)</sup>.

Si el constituyente de la garantía enajena el bien, no se perjudica al acreedor hipotecario, porque este goza de la facultad persecutoria. Al acreedor le es indiferente quien sea el propietario del inmueble luego de constituida la hipoteca. El mismo razonamiento se aplica a los demás derechos que se constituyen sobre el bien luego de la hipoteca.

El constituyente puede constituir otras hipotecas sobre el bien. O un tercero puede embargar el bien. Nada de esto perjudica al acreedor hipotecario de primer rango, porque tiene el derecho de preferencia para el cobro de su crédito.

Por último, el constituyente puede dar el inmueble en usufructo, uso, habitación, puede constituir sobre él servidumbres u otorgar derecho de superficie. Sin embargo, nada de esto es oponible al acreedor hipotecario.

En palabras de Valencia Zea, «Los actos de disposición jurídica (...) son todos aquellos por medio de los cuales se reconocen derechos a terceros sobre el inmueble, disminuyendo el valor económico de este: usufructo, uso, habitación, anticresis, servidumbres, arrendamientos, aparcerías, etcétera (...). Ya dijimos anteriormente que el propietario conserva todas las facultades propias del ejercicio de su derecho de propiedad, inclusive la de constituir sobre el inmueble todos los derechos a los cuales ahora estamos aludiendo (...). Lo que no puede es constituir esos derechos en perjuicio del acreedor hipotecario. El problema se resuelve de una manera muy simple: estos contratos son plenamente válidos entre el propietario y el tercero con el cual contrató; pero son inoponibles al acreedor hipotecario, quien al ejecutar el inmueble, puede hacerlo libre de gravámenes y ocupantes. En otras palabras, constituido el derecho de usufructo, uso, etcétera, o arrendado el inmueble, el tercero entra en posesión del bien y el contrato se cumple en todas sus partes hasta llegado el momento de la ejecución hipotecaria. En ese momento, el acreedor hipotecario tiene derecho a que el inmueble se venda libre de todo gravamen y desocupado»<sup>(13)</sup>.

Sin perjuicio de la claridad de las ideas expuestas, existe una posición

(12) VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil. Derechos Reales*. 5ta edición. Tomo II. Bogotá: Temis, 1976. p. 528.

(13) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales*. 3era edición actualizada. Tomo II. Buenos Aires: Perrot. p. 292.

## Apuntes sobre la extensión objetiva de la hipoteca y la oponibilidad de los actos de disposición sobre el bien hipotecado

jurisprudencial<sup>(14)</sup> en nuestro medio que afirma que si se da un bien hipotecado en superficie y el superficiario realiza construcciones, estas nuevas edificaciones no pueden ser rematadas porque su propietario no es el deudor. Esta posición está equivocada.

En el caso de un terreno hipotecado hay dos posibilidades en relación con el derecho de superficie: que existan construcciones y luego se transfieran en superficie, o que antes de que se levanten las construcciones, se otorgue la superficie y luego el superficiario levante las edificaciones. En el primer caso no hay la menor duda que la hipoteca sobre las construcciones prevalece sobre la superficie, porque el derecho hipotecario existía desde antes. Lo único que ocurre es que el propietario de las construcciones cambia, pero la hipoteca sobre ellas se mantiene incólume. Es como si se hubiera transferido el inmueble en propiedad a un tercero, quien adquirió el bien (incluidas sus edificaciones) hipotecado, por lo que se somete a la hipoteca. En el segundo supuesto tampoco debe haber duda de que la hipoteca prevalece. El acreedor hipotecario tiene derecho a que su hipoteca se extienda a lo que se construya (por disposición del artículo 1101 del Código Civil), por lo que no puede prevalecer un derecho posterior, como la superficie.

Si la posición jurisprudencial fuese correcta, sería muy fácil que los deudores frustren los remates. Bastaría con transferir las construcciones y otorgar un derecho de superficie sobre un inmueble hipotecado, o conceder el derecho a construir (a través de la superficie) a un tercero.

En resumen, no cabe duda que los actos de disposición realizados por el deudor no son oponibles al acreedor hipotecario.

Ahora bien, existe un problema procesal con relación a este tema. Como hemos mencionado, los actos de disposición practicados por el deudor no son oponibles al acreedor hipotecario. Tampoco son oponibles al adjudicatario de un bien hipotecado, porque el adjudicatario deriva su derecho del acreedor hipotecario.

Ocurre que cuando se remata un inmueble en un proceso de ejecución de hipoteca, el juez dicta un auto transfiriendo la propiedad del bien al adjudicatario, y ordena al ejecutado que entregue el inmueble al adjudicatario y que se deje «(...) sin efecto todo gravamen que pese sobre este (el inmueble), salvo la medida cautelar de anotación de demanda» (artículo 739 del Código Procesal Civil)<sup>(15)</sup>.

Los gravámenes son afectaciones sobre un bien que dependen de una obligación accesoria, la que de incumplirse puede conllevar la venta del bien afectado. La hipoteca y el embargo son gravámenes. Adjudicado el inmueble, todos los

- (14) Casación 4297-2001-Arequipa, publicada el 30 de junio de 2003. Se trata de una hipoteca constituida a favor de un banco. El inmueble hipotecado estaba compuesto de terreno y fábrica, pero registralmente figuraba como terreno, pues las edificaciones existentes no habían sido declaradas. Por eso -y como es usual- en la escritura se describió el inmueble hipotecado como un terreno, pero se precisó que la hipoteca se extendía a las construcciones existentes, así como a las que se hicieran en el futuro. Ante el incumplimiento de la obligación garantizada, el banco inició la ejecución de la hipoteca. Antes del remate, los propietarios del inmueble hipotecado otorgaron derecho de superficie a un tercero y le transfirieron las edificaciones existentes, concediéndole el derecho a realizar nuevas construcciones. En este contexto, el superficiario interpone una demanda de tercería excluyente de propiedad, alegando ser el propietario de las edificaciones. El Juez de Primera Instancia declaró infundada la demanda. La Corte Superior revocó la sentencia apelada. La Corte Suprema, finalmente, declaró infundada la casación interpuesta por el banco, dándole la razón al superficiario.
- (15) Las anotaciones de demanda que no se levantan por el mérito de la resolución que adjudica el inmueble son aquellas que se producen con anterioridad a la inscripción de la hipoteca. Imaginemos el caso de una demanda previa a la hipoteca, en la que pide la nulidad del derecho de propiedad del dueño del inmueble, la que se anota en la partida registral del bien. Luego el dueño hipoteca el inmueble. La anotación de la demanda tiene por objeto advertir a terceros de la eventual causa de modificación del derecho inscrito, por lo que el adjudicatario del inmueble no podrá alegar buena fe, es decir el desconocimiento del eventual vicio de nulidad, y su derecho quedará condicionado a las resultas del juicio de nulidad.

## Jorge **Avendaño** Valdez y Francisco **Avendaño** Arana

gravámenes vigentes, anteriores o posteriores a la fecha de constitución de la hipoteca materia de ejecución, se levantan. Esto se justifica porque si se mantuvieran los gravámenes, nadie adquiriría bienes en remates públicos, ya que los inmuebles volverían a ser rematados en tanto existieran gravámenes, con la consiguiente pérdida del derecho del adjudicatario.

Ahora bien, otros actos realizados por el constituyente de la hipoteca, como el arrendamiento del inmueble o la constitución de derechos reales de usufructo, uso, habitación, servidumbres o superficies, no son gravámenes. Si estuvieran inscritos, ¿cómo se levantan de la partida del inmueble?

En estricto el adjudicatario no tiene que levantarlos. Simplemente no le son oponibles. Sin embargo, si quisiera levantarlos para tener «limpia» su partida registral, tendría que seguir un proceso judicial para que se declare que tales actos le son inoponibles y consecuentemente que se ordene su levantamiento en los Registros Públicos. Esta solución parece absurda y excesivamente larga, salvo que se interprete que cuando el artículo 739 del Código Procesal Civil alude a «gravámenes», se refiere además de los gravámenes clásicos (hipoteca y embargo), a todo acto inscrito en la partida registral del inmueble hipotecado, luego de constituida la hipoteca. Nos adherimos a esta posición.

### **6. Conclusiones**

La hipoteca es un derecho real de garantía que confiere a su titular los derechos de

persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado. La persecución significa que el acreedor tiene el derecho de perseguir y recoger el bien en manos de quien se encuentre, a fin de hacerlo ejecutar judicialmente y cobrarse la suma debida. La preferencia significa que el acreedor hipotecario tiene el derecho de ver satisfecho su crédito antes que otros acreedores.

La hipoteca es un derecho accesorio, indivisible y especial. Con respecto a la especialidad, adopta dos facetas: la especialidad en cuanto al crédito y la especialidad en cuanto al bien. Esta última consiste en que la hipoteca debe afectar bienes determinados y que no se pueden hipotecar bienes futuros. Los bienes futuros son los bienes que no existen.

La especialidad esta relacionada con la extensión de la hipoteca. La hipoteca se extiende a todo lo que se integra al bien hipotecado, como las construcciones en un terreno. Las edificaciones que se levantan sobre un terreno no se hipotecan antes de que existan, sino que la hipoteca se extiende a ellas. Las edificaciones que se levantan no son bienes futuros.

La hipoteca se extiende a las partes integrantes del bien hipotecado. Las construcciones que se realizan sobre un inmueble hipotecado son partes integrantes del bien hipotecado, por lo que la garantía se extiende a ello.

Los actos de disposición practicados por el deudor respecto de un bien hipotecado no son oponibles al acreedor hipotecario. Si el constituyente de la hipoteca enajena el bien, no se perjudica al acreedor hipotecario porque este goza de la facultad persecutoria. Si el deudor constituye otra hipoteca o un tercero embarga el bien, no se perjudica al acreedor hipotecario de primer rango, porque tiene el derecho de preferencia para el cobro de su crédito. Por último, si el constituyente da el inmueble en usufructo, uso o habitación o constituye sobre él servidumbre u otorga derecho de superficie, nada de esto es oponible al acreedor hipotecario.