

Tercería: hipoteca *versus* superficie

Francisco Avendaño Arana
Abogado.

Por resolución del 13 de diciembre de 2002, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 30 de junio de 2003, se declaró infundado un recurso de casación interpuesto por un banco que pretendía el remate de las construcciones levantadas sobre un terreno hipotecado a su favor, y que habían sido entregadas en superficie a un tercero.

Los hechos son los siguientes. Mediante escritura pública de fecha 9 de julio de 1993, Efraín Lira Ramírez y Lourdes Bellido de Lira hipotecaron a favor del Banco Continental un inmueble ubicado en Arequipa. El inmueble 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 Continental inició la ejecución de la hipoteca. El juez ordenó el remate del bien y se realizaron las publicaciones correspondientes. Antes del remate, por escritura pública del 6 de abril de 1999 los propietarios del inmueble hipotecado otorgaron derecho de superficie a Efraín Roberto Lira Núñez y le transfirieron las edificaciones existentes y le concedieron el derecho de realizar nuevas construcciones. En este contexto, Efraín Roberto Lira Núñez interpone una demanda de tercera 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 Continental, dándole la razón al superficiario.

Para la Corte Suprema, al haberse otorgado la superficie a Efraín Roberto Lira Núñez, éste era el

propietario de las edificaciones, por lo que no podían ser rematadas. Además, de la escritura pública de constitución de hipoteca no se podía precisar cuáles eran las edificaciones que se gravaron o que existían al momento de la constitución, existiendo en cualquier caso prohibición legal de hipotecar bienes futuros (artículo 1106 del Código Civil). Por último, añade la Corte que si bien de acuerdo con el artículo 1101 del Código Civil la hipoteca se extiende a las partes integrantes del bien hipotecado, tal disposición no involucra los bienes futuros, como las edificaciones -especialmente si no se determinan al constituirse la garantía-, pues la hipoteca afecta bienes concretos, conocidos, determinados, como lo expresa el artículo 1100 del Código Civil, que recoge el principio de especialidad en cuanto al bien.

La jurisprudencia en comentario ofrece varias interrogantes: ¿la hipoteca comprende las construcciones no inscritas, existentes sobre un terreno cuando se constituyó la garantía?, ¿la hipoteca se extiende a las edificaciones que se levantan luego de constituida la hipoteca?, ¿son bienes futuros las construcciones que se realizan luego de constituida la hipoteca?, ¿el derecho del superficiario prevalece sobre el derecho del acreedor hipotecario?

De acuerdo con el artículo 1101 del Código Civil, 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 son bienes que se integran de forma tal a otro bien, que su separación ocasionaría la destrucción, deterioro o alteración del bien (artículo 887 del Código Civil). La importancia de las partes integrantes radica en que siguen la condición jurídica del bien al que se integran. 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 por ejemplo, la garantía se extiende a todos los bienes con los que fue construida: arena, cemento, ladrillos, piedras, etcétera.

¿Son partes integrantes las construcciones? En la legislación comparada las construcciones sobre un terreno son consideradas indistintamente como mejoras naturales o como un caso de accesión industrial. Nuestro Código Civil se refiere a ellas como un caso de accesión industrial (artículos 941 a 945). El Código regula los conflictos que pueden presentarse cuando se edifica de buena o 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 peruano no dice nada, sin embargo, sobre las construcciones que hace el propietario sobre su propio terreno. En estricto se trata 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 confundiendo con el bien. Las construcciones son, pues, parte integrante.

Es claro entonces que la hipoteca se extiende a las construcciones existentes sobre el terreno cuando se hipoteca y a las que hace el propietario en su terreno luego de hipotecado. ¿Es necesario que la edificación se inscriba en los registros para que la hipoteca se extienda a ella? Estimo que no. El Código no dice que las partes integrantes del bien hipotecado deban estar inscritas. Por lo demás, en el caso de los accesorios -a los cuales la hipoteca también se extiende- éstos 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. Debe tenerse en cuenta que todo tercero que contrata respecto de un terreno hipotecado, sabe (o debe saber, sin admitirse prueba en contra), aunque no lo diga el registro, que la hipoteca se extiende a lo construido (a los integrantes), ya que así lo establece la ley.

Con respecto a la especialidad (en cuanto al bien), este principio significa que la hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados (artículo 1100 del Código Civil) y que no puede recaer sobre bienes futuros (inexistentes). El bien debe especificarse

cuando se constituye la garantía, pero puede modificarse, como en efecto se modifica, un terreno cuando se levantan construcciones sobre él.

La jurisprudencia que comento afirma que las edificaciones que se levantan en un terreno después de hipotecado son bienes futuros, y que por tanto no cabe hipoteca respecto de ellas. Esto último es cierto, y por eso no se puede hipotecar un departamento en planos, por ejemplo⁽¹⁾. Pero en el caso de las edificaciones que se van levantando no es que se hipotequen antes de que existan, sino que la hipoteca sobre el terreno -un bien existente y no futuro- se va extendiendo a todo lo que se incorpora a él.

Con respecto a la superficie, cabe indicar que es una excepción al principio según el cual el dueño del suelo es propietario de lo construido por encima o por debajo de él. Cuando lo construido por encima o por debajo del suelo pertenece a un propietario distinto, estamos en presencia del derecho de superficie, como en el caso de la jurisprudencia en comentario.

Debe distinguirse entre el derecho de superficie y la propiedad superficiaria. El derecho de superficie es la facultad que otorga el dueño del suelo para que un tercero construya sobre o bajo suelo ajeno. La propiedad superficiaria es el derecho que surge en el superficiario respecto de lo edificado. Lo que permite que exista la propiedad superficiaria es precisamente el derecho de superficie. Hay entre los dos una relación de dependencia, de forma tal que la propiedad superficiaria sólo puede existir mientras haya derecho de superficie. Si se extingue el derecho de superficie, desaparece la propiedad superficiaria.

La superficie es un derecho real cuyo titular es la persona que tiene la facultad de construir sobre o bajo el suelo. Recae sobre cosa ajena y otorga al superficiario derecho de propiedad (temporal) sobre las edificaciones que levante. Esta propiedad confiere a su titular -el superficiario- todos los atributos del derecho de propiedad. En tal sentido, el superficiario puede usar, disfrutar y disponer de su edificación, como lo haría cualquier propietario, con la salvedad que al vencimiento del plazo el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto.

Regresando a la ejecutoria, en el caso de un terreno hipotecado hay dos posibilidades en relación con el derecho de superficie: (i) que existan construcciones y

(1) Una Directiva de la SUNARP (la 002.2003-SUNARP/SN, publicada en *El Peruano* el 27 de enero de 2003) señala que si se pueden hipotecar inmuebles en planos, sujetos a la condición de que lleguen a existir. En mi opinión lo que establece la Directiva es legalmente cuestionable, porque no se pueden hipotecar bienes futuros. Una hipoteca sujeta a condición es una hipoteca que existe, aunque no produzca efectos.

luego se transfieran, o, (ii) 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 la hipoteca existía desde antes. Lo único que ocurre es que el propietario de las construcciones cambia, pero la hipoteca sobre ellas se mantiene incólume. En el segundo supuesto tampoco debe haber la menor duda de que la hipoteca prevalece. El acreedor hipotecario tiene derecho a que su hipoteca se extienda a lo que se construya (por disposición legal -el artículo 1101 del Código Civil- y contractual, en la jurisprudencia en comentario), a pesar de que no exista hipoteca mientras no se levanten las construcciones. En tal sentido, no puede prevalecer un derecho posterior, como la superficie, que también da derecho a construir.

Si la posición de la Corte Suprema fuera correcta, qué fácil sería para los deudores frustrar los remates.

Bastaría transferir las construcciones y otorgar derecho de superficie sobre un inmueble hipotecado, o conceder el derecho a construir (a través de la superficie) a un tercero. Por otra parte, la Corte Suprema conduce a un imposible, porque ¿cómo se puede vender un terreno sin la edificación? Es evidente que nadie compraría un terreno si no tiene derecho a lo construido o si lo edificado pertenece a un tercero. En estas circunstancias, ¿qué posibilidad tienen los bancos de hacer efectivo su derecho en los casos que han recibido terrenos en hipoteca?

La hipoteca es una garantía que sirve para facilitar el crédito inmobiliario. El dueño de un terreno pide dinero prestado para construir su casa e hipoteca inicialmente el terreno. Después construye. Ahora resulta que lo construido podría no estar incluido en la hipoteca y por tanto el banco no puede venderlo en caso de falta de pago. ¿Qué banco prestaría en estos términos para la construcción de inmuebles? ㄹ