

Hipoteca en Garantía de una Obligación Futura o Eventual

Carlos Cueva Morales

Alumno de 8vo. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC

Una de las características de la hipoteca, derecho real de garantía por excelencia, y además un requisito legal para su validez, es que se constituya para garantizar el cumplimiento de una obligación. Es decir, debe tener necesariamente como referente, sin el cual no podría existir, una obligación principal. A esto se conoce el carácter accesorio de la hipoteca.

Ahora bien, lo que debemos preguntarnos es lo siguiente: ¿puede la hipoteca garantizar cualquier obligación, incluso una obligación futura o eventual?

Nuestro estudio se centrará básicamente a analizar los efectos que pueda ocasionar una hipoteca que garantiza una obligación futura o eventual, modalidad ésta que ha sido explícitamente consagrada en el art. 1104 del Código Civil recogiendo la orientación de la gran mayoría de legislaciones.

1. CONCEPTOS PREVIOS

Las nociones de obligación futura y obligación eventual no son necesariamente similares aún cuando las legislaciones las utilicen indistintamente y a veces las intercambian con facilidad. Así por ejemplo, el Código Civil argentino prevé sólo el caso de la obligación eventual que implícitamente engloba a la obligación futura. Contrariamente la legislación española sólo habla de obligación futura, y tratadistas como **Ramón Roca Sastre**¹ y **Jerónimo Gonzales**² consideran que está excluido el concepto de obligación eventual. En igual sentido se pronuncia la legislación italiana que sólo se pone en el supuesto del crédito futuro.³ Finalmente el Código Civil peruano prevé en el art. 1104 tanto la obligación futura como la obligación

eventual como susceptibles de ser garantizadas con hipoteca.

a) Obligación futura.— Alude a una obligación que nacerá posteriormente. Si le damos un alcance amplio y extensivo incluirá a la posibilidad incierta de que la obligación llegue a existir o no, lo cual nos llevaría a confundirla con la obligación eventual como en efecto hacen algunas legislaciones. Lo que en realidad debe entenderse como obligación futura, es aquella obligación que, naturalmente, no existe todavía pero que existirá en razón de que hay cierta seguridad o posibilidad que ello ocurra. Es decir, para que pueda afirmarse que estamos frente a una obligación futura, cabe averiguar por un lado si el objeto es física o jurídicamente posible, y por otro si existe una situación previa vinculante o de ligamen preliminar entre las partes que implique un supuesto de deuda futura. Este nexo jurídico fundamenta la existencia de la hipoteca⁴.

b) Obligación eventual.— Es la obligación que puede o no existir posteriormente por estar sujeta a cualquier acontecimiento o suceso inseguro, de realización incierta. Se diferencia de la obligación futura en que no existe ninguna situación previa que haga suponer que la obligación necesariamente existirá; no existe ni potencialmente.

2. LA HIPOTECA COMO GARANTIA DE UNA OBLIGACION FUTURA O EVENTUAL

A continuación exponemos la opinión de importantes tratadistas extranjeros que, estudiando sus respectivas legislaciones, fundamentan la posibilidad de

1. ROCA SASTRE, Ramón. Derecho Hipotecario, T. IV, Urgel, Barcelona, 1954, p. 433.

2. GONZALES, Jerónimo. La Hipoteca de seguridad, p. 22.

3. MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa—América, Buenos Aires: 1971, T. IV, p. 112.

4. Algunas doctrinas ven allí la preexistencia de una deuda en embrión, potencialidad, concepción, deuda preliminar o suposición de su existencia.

que la hipoteca pueda constituirse para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación, incluso de una obligación futura o eventual.

Roca Sastre, tratadista español, afirma que: "La hipoteca es un derecho real de realización de valor en funciones de garantía del cumplimiento de una obligación. Por consiguiente, la hipoteca es un derecho real que presupone la existencia de un crédito u obligación.

"El Derecho positivo se produce con gran amplitud acerca de la **existencia** y **clase** de la obligación garantizada, contrastando ésto con la rigidez y concreción que imprime a la hipoteca como a todo derecho real. Según el art. 1861 del Código Civil, la hipoteca 'puede asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria' ... La ley hipotecaria admite además 'la hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura' ".⁵

Por su parte **Messineo** nos señala que: "Atendiendo el carácter accesorio de la hipoteca, es necesario advertir que el presupuesto de ella es la existencia de un crédito válido y perfecto: de manera que no es admisible hipoteca en garantía de un crédito que nace de obligación imperfecta o natural. Se admite, sin embargo, que la hipoteca puede concederse para garantizar un crédito sometido a condición suspensiva, o un crédito futuro; en este segundo caso, siempre que exista actualmente una relación jurídica de la que el crédito pueda eventualmente nacer (por ejemplo apertura de crédito; garantía por eventual evicción)".⁶

Alguer y Pérez Gonzales comentan: "La hipoteca es accesorio; depende de la existencia de un crédito asegurado (...). Ahora bien, esta accesoriedad (...) no es tan absoluta que no pueda constituirse hipoteca sin que en el momento de la constitución exista ya un crédito. Por el contrario, el art. 142 de la Ley Hipotecaria (española) prevé la hipoteca en garantía de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas".⁷

Salvat, eminente tratadista argentino, señala que: "La hipoteca puede igualmente constituirse para garantizar créditos eventuales, es decir créditos que actualmente no tienen existencia real, ni siquiera como condicionales, pero que pueden llegar a existir. El caso más importante de esta especie es el de la hipoteca constituida para garantizar el saldo resultante de una cuenta corriente mercantil".⁸

En el Derecho alemán además de la hipoteca existe otro gravamen inmobiliario que se denomina "deuda inmobiliaria". **Enneccerus** nos dice al respecto: "La deuda inmobiliaria es un derecho de garantía no accesorio, pues no presupone un crédito; en su definición la ley evita en absoluto mencionar un crédito, y sólo por esto se distingue de la hipoteca. Por consiguiente, es posible establecer una deuda inmobiliaria, es posible establecer una deuda inmobiliaria que no tenga por objetivo asegurar crédito alguno".⁹

Por eso, en el Derecho alemán, frente a una obligación futura o condicional, hasta que el crédito nazca o se cumpla la condición suspensiva existe una "deuda inmobiliaria del propietario" y no una hipoteca a favor del futuro acreedor.

Nuestro Código Civil, recogiendo la orientación de la legislación moderna, permite en su art. 1104 que se constituya hipoteca para garantizar una obligación futura o eventual. Esto no desvirtúa el carácter accesorio de la hipoteca, porque sigue siendo un derecho real que surge como colateral de una obligación que si bien no existe todavía, es ya determinable. Debemos entender con gran amplitud la existencia y clase de la obligación garantizada, de manera que pueda comprender a la obligación futura o eventual. Por lo demás, el art. 1099 inc) 2 del Código Civil prevé la posibilidad que se pueda constituir hipoteca para garantizar el cumplimiento de una obligación determinable, y una obligación futura o eventual es ciertamente una obligación susceptible de ser determinada.

Pero para que una obligación futura o eventual pueda ser garantizada con un derecho real hipotecario, es necesario que se señalen los lineamientos básicos sobre los que se constituirá la misma. Se dirá entonces que se constituye una hipoteca para garantizar una obligación que tendrá determinadas características que se señalarán de antemano. Dentro de ello, lo más importante es fijar claramente el monto o la cuantía (en forma determinada o determinable) que cubre la garantía, para los efectos de que tanto acreedores como terceros estén notificados y debidamente advertidos del alcance de la obligación garantizada y el límite hasta el cual está afectado el inmueble en el caso que se quiera constituir ulteriores hipotecas. El Código Civil argentino pone énfasis en que si el crédito es eventual "basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca"¹⁰. Por ejemplo, se constituye una hipoteca para garantizar el saldo de una cuenta corriente y se fija como saldo máximo la suma de 20 mil intis. En este caso la obligación es eventual, pues puede o no llegar a surgir, pero

5. ROCA SASTRE, Ramón. Op. cit. p. 432.

6. MESSINEO, Francesco. Op. cit. págs. 112 - 113.

7. ENNECCERUS, Ludwing. Tratado de Derecho Civil. Bosch Casa Editorial, Barcelona: 1951, T. II, Vol. 2, p. 196.

8. SALVAT. Tratado de Derecho Civil Argentino. Los Derechos Reales. Librería y Casa Editorial de J. Menéndez, 1927-32, Buenos Aires, T. II.

9. ENNECCERUS, Ludwing. Op. cit., págs. 192 - 193.

10. SALVAT, Loc. cit.

en todo caso ya está garantizada con una hipoteca, y en la hipótesis que esta obligación finalmente nazca los terceros y acreedores ya habrán estado prevenidos de que el inmueble soportaba un gravamen hipotecario en garantía de una obligación eventual hasta por 20 mil intis.

El ejemplo del saldo de la cuenta corriente mercantil es el más común y constituye un ejemplo de una obligación eventual, en los términos que antes lo hemos definido. También hay formas de establecer obligaciones futuras. Para ello existen los contratos preparatorios que por vez primera ha recogido el Código Civil en forma sistemática (art. 1414 y sgtes.). En efecto, tanto en el compromiso de contratar como en el contrato de opción existe una vinculación o ligamen preliminar entre las partes para que en el futuro se celebre un contrato definitivo. Pues bien, para garantizar la obligación que surja de este contrato definitivo se puede, desde ahora, constituir una garantía hipotecaria.

Es importante añadir que la hipoteca que garantiza dicha obligación sólo surtirá sus efectos si la obligación que finalmente surge es aquella que había sido proyectada entre las partes. De tal manera que si se contrae una obligación distinta, ésta no estará garantizada con hipoteca alguna. Para determinar esto se requerirá que tanto la obligación que se proyecta contraer como la que en efecto se contrae consten en sendas inscripciones registrales.

3. EFECTOS DE LA HIPOTECA: EL RANGO.

¿Qué efectos tiene una hipoteca que garantiza una obligación futura o eventual? Más concretamente: ¿qué rango ocupará si se opone a otra hipoteca constituida sobre el mismo inmueble y que garantiza una obligación cierta y actual?

En principio el tipo de hipoteca que nos ocupa tiene los mismos efectos que una hipoteca común y corriente, es decir, tal como lo señala el art. 1097 del Código Civil, "otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado" hasta la satisfacción del crédito garantizado.

El problema se reduce entonces a dilucidar el conflicto que pudiera presentarse entre dos hipotecas constituidas sobre un mismo inmueble, una que garantiza una obligación futura o eventual y otra que garantiza una obligación determinada y actual. ¿Cuál de las dos primará? Evidentemente primará la que primero adquirió el rango conforme al art. 1112 del Código Civil: "las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha del registro". El rango de la hipoteca que garantiza la obligación determinada y actual surgirá cuando efectivamente se inscriba en el registro, no habiendo en esto problema alguno. Pero ¿en qué momento adquiere su rango la hipoteca que garantiza la obligación futura o eventual?

Sobre el particular existen dos posiciones bien definidas: por un lado están quienes consideran que la hipoteca sólo existirá y tomará el rango respectivo cuando la obligación futura o eventual se convierta en cierta y actual, sin importar con qué antelación estuvo inscrita en el registro, y por otro quienes sostienen que la hipoteca se constituye y adquiere su rango hipotecario desde el momento de su inscripción en el registro y sólo sus efectos están condicionados a la existencia del crédito. A continuación los fundamentos de ambas posiciones.

a) La hipoteca adquirirá su rango sólo cuando nazca la obligación.

(1) La hipoteca es rigurosamente accesorio, de tal forma que no se puede decir que existe hipoteca si no hay como colateral una obligación cierta y actual a la cual está garantizando. Por más que se diga que en la obligación futura o eventual hay una expectativa de nacimiento de una obligación, lo cierto es que al momento de inscribir la hipoteca aún no existe la obligación y por lo tanto no hay nada que garantizar. En todo caso, si se inscribe la hipoteca ésta no tendrá ningún efecto, ni siquiera sobre el rango, hasta que la obligación futura o eventual nazca.

(2) Si se admitiese que la hipoteca que garantiza una obligación futura o eventual adquiere rango preferencial desde su inscripción en el registro, se podría fácilmente fraguar una hipoteca para eludir a los futuros acreedores. En efecto, el propietario de un inmueble podría simular que su bien está gravado por un monto muy superior a su valor real en garantía de una obligación futura o eventual que él sabe nunca se va a concretar. De esta forma estaría fácilmente desalentando la acción de sus acreedores que no tendrían sino que respetar el gravamen real sobre el inmueble, sin que nada logren conseguir con embargarlo y rematarlo, pues siempre estará de por medio el rango preferente de una hipoteca que afecta íntegramente al bien.

(3) La hipoteca es una institución jurídica que sirve como instrumento de crédito. Para que su uso sea eficaz tiene que estar sujeta a la seguridad jurídica que se exige en cualquier acto dentro de una economía siempre cambiante. Una hipoteca que garantice una obligación futura o eventual y que tenga efectos desde mucho antes que la obligación exista, va en contra de esa seguridad. No se puede permitir que exista una etapa de duda o de expectativa en la que los acreedores y terceros están impedidos de tomar cualquier decisión hasta que el panorama se clarifique y se sepa a ciencia cierta si la obligación futura o eventual finalmente existirá.

b) La hipoteca adquiere su rango desde su inscripción en el registro.

Esta posición es la que mayormente es adoptada por la doctrina y explícitamente por varias legislacio-

nes. Dentro de estas últimas es importante mencionar a la española, que señala en su Ley Hipotecaria: "la hipoteca constituída para la seguridad de una obligación futura ... surtirá efecto, contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a concretarse". A silentio, si la obligación no llega a concretarse la hipoteca deviene ineficaz. Luego añade: "cuando se contraiga la obligación futura podrán los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria" para los efectos de la debida publicidad.¹¹

Estos preceptos vienen a establecer que, si se ha constituído una hipoteca para asegurar una obligación futura, los efectos de la hipoteca no pueden producirse sino cuando la obligación o crédito exista. Pero la hipoteca adquiere rango o prioridad desde su inscripción ante la perspectiva de que pueda nacer la obligación. La ley española entonces, presupone la necesidad de que la obligación futura surja, nazca o se contraiga, pues de este hecho dependen la subsistencia y los efectos de la hipoteca.

Además existe una importante jurisprudencia española que es recogida por los tratadistas **Puig Peña**,¹² **Roca Sastre**,¹³ el anotador de **Ennecerus**¹⁴ que se pronuncia en igual sentido. En efecto, la Resolución del 31 de Enero de 1925 señala que "la hipoteca discutida no es una mera expectativa, por amplitud que se otorgue a este concepto, sino, por el contrario, un derecho de garantía actual a favor de un probable crédito, que toma **puesto preferente en la serie hipotecaria**, fija una relación de naturaleza real ... y goza de los privilegios de la publicidad en todo lo que no se refiere directamente a la existencia y cuantía de la deuda asegurada". Así pues, pendiente de nacimiento la obligación asegurada, la hipoteca existe y toma rango o puesto registral. En el intervalo entre la constitución de la hipoteca y el nacimiento del crédito, la hipoteca subsiste. Claro está que subsiste o produce efectos subordinados o condicionados al hecho de que la obligación nazca; pero esto no es obstáculo para el rango hipotecario, pues la hipoteca, mientras no llegue el cumplimiento de la obligación asegurada, conserva su energía latente o potencial.¹⁵

A continuación exponemos los fundamentos adicionales de esta posición. Los tres primeros sirven además para contradecir los argumentos de la posición 1.

(1) No existe dificultad conceptual para convenir que una hipoteca pueda garantizar una obligación futura o eventual, como ya se ha explicado en el ítem 3. Así como podemos garantizar una obligación que ha nacido antes que la hipoteca, también podemos asegurar, desde ahora, una obligación que aún no ha nacido, siempre, claro está, que se señale por lo menos el monto que cubrirá la garantía.

(2) Respecto a que esta modalidad de hipoteca crearía el riesgo de que personas endeudadas o por endeudarse constituyan sobre sus bienes hipotecas ficticias argumentando que aseguran el cumplimiento de garantías futuras o eventuales, se puede contestar diciendo que aunque ello sea posible en nada afectan los fundamentos de la tesis contraria, por cuanto tal conducta está al margen de un uso correcto de las instituciones jurídicas, y debe ser vista según las normas de la simulación o el dolo. Además esto no es privativo del tema que nos ocupa, pues frente a cualquier norma jurídica que otorgue derechos existirá siempre el riesgo de un uso no adecuado a los principios que los sustentan. Ante esto, debemos decir con **Beudant**: no se puede suprimir el derecho a fin de evitar el abuso.

(3) No es cierto que existe inseguridad jurídica. Si la obligación futura o eventual ha sido delineada y se sabe cuál podría ser el máximo monto que quedaría garantizado con la hipoteca, entonces los terceros y posteriores acreedores hipotecarios deberán prever que existe la posibilidad de que la obligación surja, y saber además que, en cualquier caso, no excederá del valor estimativo declarado al momento de constituir la hipoteca. Sobre esta base podrán tomar decisiones respecto a constituir o no ulteriores hipotecas. Es idéntico a que se un acreedor hipotecario respetare una hipoteca constituída con anterioridad en garantía de una obligación cierta y actual. "Con todo, al tercer adquirente o acreedor hipotecario posterior le afecta la hipoteca muy condicionalmente, pues si no llega a contraerse la obligación, la hipoteca desaparece o se extingue".¹⁶

(4) Es importante distinguir la fecha del título de la fecha de la inscripción de la hipoteca. No estaría de acuerdo con la naturaleza publicitaria de la hipoteca el hecho que sea la fecha del título (o sea la fecha del nacimiento de la obligación) y no la fecha de la inscripción la que determine el rango hipotecario. **Messineo** nos dice al respecto: "el grado de las diversas hipotecas está determinado, no por la fecha del título

11. ROCA SASTRE, Ramón. Op. cit., p. 434.

12. PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. 2da. Edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid: 1974, T. III, Vol. II, p. 75.

13. ROCA SASTRE, Ramón. Op. cit., p. 435.

14. ENNECCERUS, Ludwing. Op. cit., p. 339.

15. ROCA SASTRE, Ramón. Op. cit., loc. cit.

16. ROCA SASTRE, Ramón. Op. cit., p. 436.

4. CONCLUSIONES

- a) La hipoteca es un derecho real de garantía que se caracteriza por ser accesorio de una obligación principal.
- b) La obligación que es garantizada con hipoteca puede ser de la más variada naturaleza, incluso se puede tratar de una obligación futura o eventual.
- c) La obligación futura y la obligación eventual se caracterizan porque su nacimiento ocurrirá posteriormente en el tiempo, y se diferencian en que la primera surgirá en razón de que existe un vínculo preliminar que le otorgue cierta seguridad jurídica (por ejemplo, un compromiso de contratar), y la segunda puede o no existir por estar sujeta a cualquier acontecimiento de realización incierta (por ejemplo, un saldo de cuenta corriente).
- d) El art. 1104 del Código Civil peruano, siguiendo a la mayoría de legislaciones modernas, prevé explícitamente la posibilidad de que una obligación futura o eventual pueda ser objeto de garantía hipotecaria.
- e) En el derecho alemán, además de la hipoteca, existe otro gravamen inmobiliario llamado "deuda inmobiliaria". De manera que frente a una obligación futura, hasta que el crédito nazca, existe una deuda inmobiliaria del propietario y no una hipoteca a favor del futuro acreedor. La deuda inmobiliaria se caracteriza porque no es accesorio, no depende de obligación colateral para existir.
- f) La hipoteca que garantiza el cumplimiento de una obligación futura o eventual adquiere su rango desde su inscripción en el registro y no a partir del nacimiento de la obligación garantizada, siempre que se señale claramente el monto cubierto por la garantía a fin de que los terceros y los futuros acreedores estén debidamente enterados de la existencia y monto de la hipoteca.

lo, sino por el orden cronológico (prioridad en el tiempo) de las inscripciones, aunque la hipoteca sea inscrita por un crédito condicional o eventual".¹⁷ Jorge Eugenio Castañeda se pronuncia en igual sentido: "si la hipoteca se ha constituido para asegurar un crédito eventual, por ejemplo un adelanto en cuenta corriente, su rango se determina por la fecha de su inscripción, no por la fecha en que hubiera nacido la obligación".¹⁸ Todo esto se desprende además de una interpretación estricta de la ley. El Código Civil al regular la hipoteca, dentro de las Disposiciones Generales, permite que una hipoteca garantice una obligación futura o eventual (art. 1104). Inmediatamente después regula el Rango de las hipotecas, y establece en su art. 1112 que es la fecha del registro lo que determina la antigüedad y por tanto el rango hipotecario, concordando así con el art. 1099 inc) 3 que exige la inscripción en el registro para que la hipoteca se constituya. No se discrimina la naturaleza de la obligación garantizada para establecer el rango. El art. 1112 se aplica a toda hipoteca regulada por el Código Civil, y entre ellas está la que garantiza una obligación futura o eventual.

(5) Finalmente cabe añadir que si no aceptamos la posición 2, es decir, si no aceptamos que una hipoteca que garantiza una obligación futura o eventual adquiere su rango en el momento en que se inscribe, entonces no tendría ninguna utilidad práctica su constitución. Así es: ¿de qué me serviría una hipoteca inscrita si no adquiere rango sino cuando la obligación futura o eventual nazca? No obtendría ningún beneficio al hecho de inscribirla con antelación. Me daría igual inscribirla antes del surgimiento de la obligación o cuando esto ocurra, si sé que sólo adquirirá el rango (que es lo que más me interesa) cuando esto último suceda. Evidentemente esto no es así. El art. 1104 del C. Civil no está por gusto, tiene una utilidad práctica y ello consiste en que una hipoteca garantiza desde ahora (desde su inscripción) una obligación futura o eventual.

17. MESSINEO, Francesco. Op. cit., loc. cit.

18. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Materiales de Enseñanza, p. 11. En: AVENDAÑO, Jorge. Derechos Reales, Materiales de Enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 1983, p. 353.