

La Extensión de la Hipoteca

Francisco Avendaño Arana

Profesor de Derecho Civil de la PUC

La extensión de la hipoteca está regulada por los artículos 1101 y 1107 del Código Civil (C.C.). El artículo 1101 se refiere a la extensión en cuanto al bien y el artículo 1107 a la extensión en cuanto al crédito.

Extensión de la hipoteca en cuanto al bien

De acuerdo con el artículo 1101 del C.C., "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".

En otras legislaciones, la cobertura de la hipoteca es más amplia. El artículo 3110 del C.C. argentino, por ejemplo, señala que "la hipoteca de un inmueble se extiende a todos los accesorios, mientras estén unidos al principal; a todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, sean mejoras naturales, accidentales o artificiales, aunque sean el hecho de un tercero; a las construcciones hechas sobre un terreno vacío; a las ventajas que resulten de la extinción de las cargas o servidumbres que debía el inmueble; a los alquileres o rentas debidas por los arrendatarios; y al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble. Pero las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado, no están sujetas a la hipoteca".

En las líneas siguientes nos referiremos al Código Civil Peruano y luego analizaremos los supuestos de extensión no regulados por el Código Peruano.

1. Las partes integrantes

Las partes integrantes son bienes que se han integrado de tal forma a otro bien, que su separación ocasionaría la destrucción, deterioro o alteración del bien principal, del bien integrado, o de los

dos bienes. La importancia de las partes integrantes radica en que siguen la condición jurídica del bien al que se integran. Así, serán inmuebles, si lo es el bien principal.

La hipoteca se extiende a las partes integrantes del bien hipotecado. Si lo que se hipoteca es una casa, por ejemplo, la garantía se extiende a todos los bienes con los que fue construida: arena, cemento, ladrillos, piedras, etc. Lo anterior se justifica porque las partes integrantes forman parte del bien al cual se integraron. Son parte del bien hipotecado.

El artículo 1101 del C.C. permite el pacto en contra, esto es, que se excluyan de la hipoteca las partes integrantes. Este tema ofrece algunas dudas, como veremos. Como hemos dicho anteriormente, las partes integrantes no pueden ser separadas del bien principal. Su separación produciría la destrucción, deterioro o alteración de los bienes. A modo de ejemplo, no podrían separarse los ladrillos de una casa. Es más, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 887 del C.C., "Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares". Esto significa que las partes integrantes no pueden ser materia de contratos distintos respecto del bien principal. No podrían ser vendidas y pertenecer a propietario diferente del bien principal, ya que el nuevo propietario de las partes integrantes no podría pedir su separación y entrega.

Pareciera entonces que no es posible el pacto en contra. Si se excluyeran de la hipoteca los ladrillos de una casa, en caso de ejecución del bien por incumplimiento, tendría que venderse la casa sin ladrillos. Esto es absurdo.

En nuestra opinión, sin embargo, el pacto en contra sí es posible en aquellos casos donde las partes integrantes sí pueden ser objeto de derechos singulares. En efecto, las partes integrantes siguen

la condición jurídica del bien principal, pero la ley o el contrato pueden permitir su diferenciación o separación (artículo 889 del C.C.). Esto se permite justamente porque las partes integrantes pueden, por excepción, ser objeto de derechos singulares. Así, sería posible que se hipoteque un edificio de 10 pisos y que se excluyan de la garantía los pisos adicionales que se vayan construyendo. Si se tuviese que recurrir a la ejecución del bien hipotecado, se remataría únicamente el edificio de 10 pisos, más no así los pisos adicionales.

2. Los accesorios

Los accesorios son bienes que están permanentemente afectados a un fin económico u ornamental de otro bien. Ellos no pierden su individualidad, pero siguen la condición jurídica del bien al cual han sido afectados económica u ornamentalmente. Serán inmuebles, por ejemplo, si lo es el bien principal.

La hipoteca comprende los accesorios del bien hipotecado. Si se hipoteca una unidad inmobiliaria productiva, la garantía se extiende a las maquinarias, a los automóviles que estuvieran afectados al negocio, etc. Si lo que se hipoteca es una casa, la garantía comprende las alfombras, los cuadros, etc.

El fundamento de la extensión de la hipoteca a los accesorios es claro en el caso de los bienes afectados a un fin económico de otro bien. Los accesorios son un elemento importante que hace producir económicamente al bien principal y es a través de la explotación del bien como el deudor cumple con su obligación frente al acreedor. Forman un solo todo con el bien principal. Por ello, el legislador los incluye en la garantía. En el caso de los accesorios afectados a un fin ornamental, el fundamento no es tan claro. Podría consistir en que los accesorios aumentan el valor del bien principal y por ende la garantía del acreedor. El legislador entonces, los incluye. No obstante, como veremos a continuación, en la práctica estos accesorios están excluidos de la hipoteca.

Los accesorios que están comprendidos dentro de la hipoteca son los que existen al momento de la ejecución de la garantía. Los bienes que no estaban permanentemente afectados económica u ornamentalmente al bien hipotecado cuando se constituyó la garantía, pero que luego son afectados, también quedan incluidos en la hipoteca.

¿Qué sucede con los accesorios que son separados del inmueble hipotecado antes de que se ejecute la garantía? El problema se presenta principalmente con los accesorios que están afectados a un fin económico de otro bien. Los accesorios que están afectados a un fin ornamental respecto de otro bien, están comprendidos en la hipoteca, pero en la práctica quedan excluidos. En efecto, el deudor hipotecario (propietario) retira sus adornos, alfombras, cuadros, etc. y el acreedor ejecuta solamente el inmueble. No obstante ello, su situación jurídica es idéntica a la de los accesorios afectados económicamente a otro bien.

En algunas legislaciones como la argentina y la paraguaya¹ la hipoteca se extiende a los accesorios mientras estén unidos al inmueble hipotecado. En el Perú, el Código Civil de 1984 no dice nada al respecto. El Código Civil de 1936 tampoco decía nada sobre este tema. En nuestra opinión la hipoteca no se extiende a los accesorios que son separados definitivamente del inmueble. Sí los comprende, en cambio, si son separados provisionalmente del bien. Esto último se debe a que la separación provisional del accesorio no le suprime su calidad (artículo 888 del C.C.)

Si un accesorio es separado definitivamente del bien inmueble, pierde su calidad de accesorio, dejando de tener, en consecuencia, naturaleza inmobiliaria. No puede existir entonces garantía sobre estos bienes, porque la hipoteca recae sobre bienes inmuebles. Podría sostenerse que el accesorio puede ser un inmueble (imaginemos un buque afectado a una explotación económica formada por un conjunto de bienes), por lo que, si es separado definitivamente, sigue teniendo naturaleza inmobiliaria. Esto es cierto; sin embargo, es poco usual que un accesorio sea un bien inmueble. Por ello, en las siguientes líneas asumiremos que los accesorios son muebles.

El deudor hipotecario puede separar el accesorio del bien hipotecado y no disponer de él en favor de un tercero. A modo de ejemplo, puede retirar una maquinaria de un inmueble hipotecado para destinarla a otro inmueble. En este caso, la hipoteca no se extiende a la maquinaria, puesto que ha dejado de ser accesorio.

Ciertos problemas pueden presentarse cuando el deudor hipotecario dispone del accesorio, ya sea

1. Artículos 3110 del C.C. Argentino y 2360 del C.C. Paraguayo.

porque lo vende, porque lo entrega físicamente en prenda a un tercero o porque celebra respecto de él un contrato de prenda sin desplazamiento. El deudor hipotecario, en su calidad de propietario del bien, puede enajenar o gravar el accesorio. Es más, el acreedor hipotecario no puede prohibirle que lo enajene o lo grave (artículos 882 y 1113 del C.C.). El adquirente del accesorio podría separar definitivamente su bien del inmueble hipotecado, con lo cual la hipoteca ya no se extendería al accesorio.

¿Qué sucede si el adquirente sabe que el bien es accesorio y que está hipotecado? Esto es poco probable porque los terceros no tienen como saber que los accesorios están hipotecados ya que la publicidad hipotecaria no alcanza a los bienes muebles. Aun en el caso que se detallaran en la escritura de constitución de la hipoteca (y en el asiento registral) los accesorios que quedan comprendidos en la garantía, los terceros no tendrían cómo saber que están afectados. Esto se debe a que la mayoría de bienes muebles no son identificables y en el caso que algún bien mueble pudiera ser identificado a través del registro, la publicidad registral tampoco le alcanzaría. En efecto, el tercero para determinar si un mueble está hipotecado no tendría por qué acudir a ningún registro. No tendría que acudir al Registro de Bienes Muebles porque no está implementado (con excepción, quién sabe, de los automóviles). Tampoco tendría por qué acudir al Registro de la Propiedad Inmueble porque allí se inscriben actos y contratos relacionados con inmuebles.

Pero volviendo al tema; si el tercero que compra un accesorio de un inmueble hipotecado sabe que es accesorio y que está hipotecado, ¿subsiste la hipoteca sobre el accesorio? La respuesta será negativa sólo si el propietario separa definitivamente su bien ya que dejaría de ser accesorio, volvería a tener naturaleza mobiliaria y la hipoteca no podría extenderse a él.

Si un bien accesorio es entregado físicamente en prenda a un tercero, la solución es idéntica al caso de venta. Al desafectarse el bien pierde su condición de accesorio, por lo que la hipoteca ya no se extiende a él.

El caso que ofrece algunas dudas es cuando se constituye prenda sin desplazamiento sobre el accesorio. Aquí el bien sigue teniendo la calidad de accesorio puesto que no es separado del bien principal. En este caso, la preferencia debe resolverse de acuerdo a lo dispuesto en cada una de las leyes que regulan las prendas sin desplazamiento.

En la prenda agrícola, por ejemplo, el artículo 20 de la Ley 2402 señala lo siguiente: "las hipotecas con que se gravan los fundos, no se extienden a las cosas dadas en prenda agrícola por sus propietarios, con anterioridad a la constitución de la hipoteca".

Las hipotecas que gravan los fundos impedirán la constitución de la prenda agrícola sobre las cosas a que se extienden dichas hipotecas, conforme a ley".

Como se ve, si la prenda se constituye primero que la hipoteca, ésta no se extiende a los accesorios. Esta es una excepción a lo dispuesto en el artículo 1101 del Código Civil. En cambio, si la hipoteca se constituye primero, la Ley 2402 impide que se constituya prenda agrícola sobre el accesorio. Esta solución es discutible porque en nada se perjudica al acreedor hipotecario. La duda surge cuando, si a pesar de la prohibición, el acreedor hipotecario constituye prenda sin desplazamiento respecto del accesorio. Si este fuera el caso, tendría preferencia la hipoteca en razón del principio "primero en el tiempo, primero en el derecho".

Dos comentarios finales sobre los accesorios. Si el deudor dispone de los accesorios, el acreedor hipotecario se ve perjudicado. ¿Acaso no disminuye el valor del bien hipotecado? Creemos que sí. Por ello, el acreedor puede exigir al deudor que sustituya los accesorios por otros equivalentes, o de lo contrario, pedir el cumplimiento de la obligación aunque no esté vencido el plazo (artículos 181, inciso 2 y 1110 del C.C.).

De otro lado, al igual que con las partes integrantes, los accesorios pueden ser excluidos de la cobertura de la hipoteca, mediante pacto expreso. Así lo señala el artículo 1101 del C.C. No existe ningún inconveniente para que la hipoteca no se extienda a los accesorios. Estos no siguen la condición del bien al cual han sido afectados, cuando la ley o el contrato permiten su diferenciación o separación (artículo 889 del C.C.). Es posible entonces, hipotecar un local industrial y pactar expresamente que la hipoteca no se extienda a las maquinarias.

3. El importe de las indemnizaciones de los seguros

La hipoteca se extiende al importe de las indemnizaciones de los seguros del inmueble, lo cual significa que si el inmueble está asegurado y se produce un siniestro, el monto de la indemnización reemplaza al inmueble. Se produce así lo que en doctrina se conoce como subrogación real.

Cuando el acreedor hipotecario es un banco o una institución de crédito, el deudor por lo general queda obligado a asegurar el inmueble y a endosar la póliza en favor del acreedor. No sucede lo mismo cuando el acreedor no es un banco ni una institución de crédito. Esto no impide, sin embargo, que el acreedor contrate por su cuenta el seguro. En este caso, las primas que pague estarán cubiertas por la hipoteca (artículo 1107 del C.C.).

“Si el inmueble hipotecado perece enteramente por el siniestro o resulta expropiado, la hipoteca se extingue. Pero el acreedor hipotecario se transforma de titular de un derecho real de hipoteca en acreedor titular de un derecho de prenda sobre el crédito (cuando la indemnización es debida) o sobre el dinero (cuando la indemnización se ha satisfecho ya)”². En rigor lo que sucede es que se extingue la hipoteca y se crea un derecho real de prenda. Esto se produce porque la hipoteca no puede recaer sobre bienes muebles.

La hipoteca se extingue cuando se destruye el inmueble (artículo 1122, inciso 4 del C.C.). Se trata de la destrucción total del bien (un avión que explota). Si la destrucción es parcial, subsiste la hipoteca sobre la parte del inmueble no destruido. Si una casa estuviera asegurada, por ejemplo, y se destruye como consecuencia de un siniestro, existiría hipoteca sobre el terreno y prenda sobre el importe de la indemnización.

Puede ocurrir que el siniestro se produzca antes o después del vencimiento de la obligación garantizada. En el primer caso, según Castañeda, el monto del seguro debe ser entregado al acreedor hipotecario³. No estamos de acuerdo con esta opinión. El acreedor no puede exigir el pago de la indemnización por cuanto su crédito aún no es exigible. Tampoco puede pedir el cumplimiento de la obligación (artículos 181, inciso 3 y 1110 del C.C.) porque no ha desaparecido la garantía. Todo lo contrario. Existe una mejor garantía, que ni siquiera será necesario ejecutar en caso de incumplimiento: el monto de la indemnización.

El importe de la indemnización, en nuestra opinión, debe ser consignado judicialmente y sobre este importe el acreedor tendrá una prenda de dinero.

En el segundo caso, esto es, si se produce el siniestro después del vencimiento de la obligación garantizada, el acreedor sí puede exigir el pago de la indemnización.

4. El importe de las indemnizaciones de la expropiación

Cuando se expropia un inmueble se extingue la propiedad (artículo 969, inciso 3 del C.C.). En estos casos, sin embargo, la hipoteca se extiende al importe de la indemnización. Al igual que con los seguros, en caso de destrucción total del inmueble, se extingue la hipoteca y se crea un derecho real de prenda.

Un comentario final sobre este tema. La extensión de la hipoteca al importe de las indemnizaciones de la expropiación (y de los seguros) puede ser objeto de pacto en contra. Así lo establece el artículo 1101 del C.C. En consecuencia, es válido excluir de la hipoteca la indemnización por la expropiación (y por el seguro).

5. Supuestos de extensión no regulados por nuestra legislación

Siguiendo la legislación Argentina nos referiremos a

5.1 Las mejoras

Las mejoras son las modificaciones materiales que se hacen en un bien y que aumentan su valor económico. Pueden ser necesarias, útiles o de recreo. Las necesarias impiden la destrucción o el deterioro del bien. Las útiles, sin ser necesarias, aumentan el valor y la renta del bien. Las de recreo, sin ser necesarias ni útiles, sirven para ornato, lucimiento o mayor comodidad (artículo 916 del C.C.).

En nuestra opinión, la hipoteca se extiende a las mejoras necesarias, útiles y de recreo. Las mejoras necesarias y útiles están incluidas en la hipoteca porque se integran al bien principal. Desde el momento en que se efectúan dichas mejoras, pasan a formar parte del bien hipotecado. Se convierten en partes integrantes del bien por lo que no pueden ser retiradas. A modo de ejemplo, si para arreglar una casa en ruinas se tienen que hacer

2. DIEZ PICASSO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen III, Tercera Edición, Tecnos S.A. 1987, pág. 507.

3. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones de Derecho Civil. Los Derechos Reales de Garantía*. Tomo III, Amauta S.A. 1967, pág. 253.

mejoras en las paredes y en los techos, los nuevos ladrillos, cemento y demás bienes que se utilicen en la obra pasan a formar parte de la casa. Las mejoras necesarias y útiles se convierten pues en partes integrantes, por lo que la hipoteca se extiende a ellas.

Las mejoras de recreo no se integran necesariamente al bien hipotecado. Así lo establece de alguna manera el artículo 917 del C.C. cuando faculta al poseedor a retirar las mejoras de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar un valor actual. Puede haber entonces mejoras de recreo que no se integren al bien y mejoras de recreo que sí se integren al bien. Como ejemplo de las primeras se puede considerar un pedestal en el patio de una casa. De las segundas, una piscina.

La hipoteca se extiende a las mejoras de recreo ya sea que se integren o no al bien. Si se integran al bien, su régimen en cuanto a la extensión de la hipoteca es idéntico al de las partes integrantes. Si no se integran el bien, su situación es igual al de los accesorios.

En Argentina se asimilan los aumentos que recibe un bien por accesión con las mejoras. Borda, por ejemplo, comentando el artículo 3110 del C.C. argentino, señala que "... lo que el Código llama mejoras accidentales están comprendidas dentro del concepto de las naturales, que se producen sea por aluvión o por avulsión"⁴.

La accesión es distinta de las mejoras. No obstante ello, resulta pertinente analizar si a las agregaciones que recibe un bien hipotecado por obra de la naturaleza, se extiende la hipoteca. La doctrina es unánime en señalar que la hipoteca sí se extiende a los aumentos que recibe el bien por accesiones. La razón es muy simple. Lo que se une al bien hipotecado se integra a éste. Las accesiones naturales siguen entonces la misma suerte que las partes integrantes: están incluidas dentro de la hipoteca.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que en caso de avulsión (artículo 940 del C.C.), el propietario del inmueble que ha sido arrancado por la fuerza del río, puede reclamar su propiedad. Si fuera éste el caso, no habría accesión por lo que la hipoteca no se extendería al nuevo inmueble.

No debe confundirse la accesión natural con los casos en que el propietario del inmueble hipotecado adquiere un inmueble contiguo. El artículo 3110 del C.C. argentino señala que no quedan sujetas a la hipoteca "las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles para reunirlos al inmueble hipotecado". El Código Civil peruano no dice nada al respecto, pero la solución es la misma porque se trata de inmuebles distintos. La duda se presenta cuando el propietario adquiere un inmueble contiguo y lo acumula registralmente al bien hipotecado. Se constituye entonces una nueva unidad inmobiliaria. En este caso, creemos, la hipoteca sí se extiende al inmueble acumulado. Esto se debe a que física y jurídicamente se trata de un solo inmueble. Ya no se pueden diferenciar los bienes que se han unido. La garantía entonces debe cubrir todo el nuevo bien.

5.2 Las construcciones

En doctrina, 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). Allí se regulan los conflictos que pueden haber 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 no se trata de mejoras. 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. Las construcciones son en rigor partes integrantes.

En vista de lo anterior, la hipoteca se extiende a las construcciones que hace el propietario en su terreno hipotecado. Debe tenerse en cuenta que no es necesario que la edificación se inscriba en los Registros Públicos. Es suficiente que se integren bienes al inmueble hipotecado para que la hipoteca se extienda a ellos.

¿Qué sucede si las construcciones son hechas por un tercero? La solución es la misma. La hipoteca se extiende a ellas porque igualmente se integran al bien.

4. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*. Tomo II, Tercera edición actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires 1984, pág. 241.

Si el dueño del terreno hipotecado sobre el que un tercero edifica, opta por obligar al invasor a que le pague el terreno (artículo 941), o si el invasor opta por pagar el valor del terreno (artículo 942), la hipoteca igualmente se extiende a las construcciones, pero el nuevo propietario del bien hipotecado será un tercero, distinto del deudor⁵.

5.3 Cargas o servidumbres

El Código Civil argentino señala que la hipoteca se extiende "a las ventajas que resulten de la extensión de las cargas o servidumbres que debía el inmueble". Presumiblemente el Código argentino se refiere al caso en que un inmueble hipotecado tiene una servidumbre (que es una carga) y ésta se extingue. En este caso el aumento de valor que recibe el bien (puesto que vale más sin la carga) beneficia al acreedor hipotecario. Esto es obvio y no es necesario que lo diga el Código Civil peruano.

En consecuencia, la hipoteca sí se extiende a los casos en que el inmueble hipotecado se beneficia porque se extinguen las servidumbres.

5.4 Rentas debidas por los arrendatarios

El Código Civil argentino habla de las rentas. Ellas son consideradas por nuestro Código Civil como frutos civiles. Los frutos son "los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia" (artículo 890). Nuestro Código los clasifica en naturales, industriales y civiles. Los naturales son los que se generan sin intervención del hombre. Los industriales son los que se producen con intervención humana. Los civiles provienen del bien como consecuencia de una relación jurídica. En estos últimos tipos de frutos se encuentran las rentas de las que habla el artículo 3110 del C.C. argentino.

En nuestra opinión la hipoteca no se extiende a los frutos civiles. La razón es muy simple: el Código Civil no los contempla. Si el bien hipotecado estuviera generando renta, o se debiera un monto determinado por concepto de rentas al momento de la ejecución del bien, el acreedor no tendría ningún derecho preferente sobre dichas rentas. Por cierto que podría embargarlas, pero esto lo haría en su calidad de acreedor simple y no hipotecario.

Los frutos naturales o industriales pueden tener un régimen distinto. A modo de ejemplo, las cosechas (frutos industriales) están integradas al inmueble en tanto no se retiren. Si no se retiran y el inmueble es ejecutado, ellas están comprendidas en la hipoteca. En cambio, si el deudor las retira (lo que puede hacer en su calidad de propietario del bien), ellas dejan de ser partes integrantes, se individualizan y recobran su calidad mobiliaria. En este caso ya no están incluidas en la hipoteca.

Si el deudor dispone de los frutos, el acreedor, a diferencia del caso de los accesorios, no puede exigirle que los sustituya por otros equivalentes por cuanto ellos no están comprendidos en la hipoteca.

Con respecto a los productos, que a diferencia de los frutos son los provechos no renovables que se extraen de un bien (artículo 894), la hipoteca sí se extiende a ellos, por cuanto son parte del bien hipotecado.

Extensión de la hipoteca en cuanto al crédito

Según el artículo 1107 del C.C., "la hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio".

1. El capital

La hipoteca garantiza el principal del crédito, esto es, el capital. Esto es justamente el objeto de la hipoteca.

Por lo general el monto del gravamen (suma máxima hasta por la cual responde el bien hipotecado) coincide con el capital. Sin embargo, nada impide que la hipoteca cubra parte del capital. La responsabilidad hipotecaria sería entonces menor que el principal del crédito. En este caso, la hipoteca cubriría solamente la parte del capital que fue garantizado.

El monto del gravamen, ¿puede ser mayor que el principal del crédito? Creemos que no, debido al carácter accesorio de la hipoteca. Si la responsabilidad hipotecaria fuese mayor que el capital, la hipoteca estaría garantizando parte de una deuda inexistente. Más adelante volveremos sobre este asunto.

5. La excepción a la extensión sobre las edificaciones hechas por un tercero es cuando se hacen de mala fe en terreno ajeno y el dueño exige la devolución (artículo 943). En rigor la hipoteca sí se extiende a la construcción, pero ésta puede ser luego demolida.

Lo anterior no significa que el crédito garantizado no pueda crecer por intereses, primas y costas. Todo lo contrario. El crédito sí puede aumentar y es cubierto (el crédito y sus accesorios) por la hipoteca. Sin embargo, el monto del gravamen, al constituirse la garantía, no puede ser mayor que la cuantía del capital.

2. Los intereses

Si el crédito principal genera intereses, ellos son cubiertos por la hipoteca. Lo anterior se justifica porque los intereses tienen el carácter de una prestación accesoria del crédito principal.

El tipo de interés pactado debe consignarse, en principio, en el documento de constitución de la garantía hipotecaria e inscribirse en los Registros Públicos. La razón de esto radica en el carácter especial de la garantía. En efecto, una forma como los terceros pueden conocer la responsabilidad hipotecaria del bien es a través de la verificación del tipo de interés inscrito en los Registros Públicos. Esta, sin embargo, no es la única forma.

Según el artículo 1245 del C.C., "cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal". Esto significa que los terceros pueden establecer el tipo de interés y determinar la responsabilidad hipotecaria. Sólo les basta saber el interés legal, el cual es fijado por el Banco Central de Reserva del Perú y publicado en el Diario Oficial "El Peruano".

Se presenta la duda de si la hipoteca cubre el interés moratorio, el cual tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago (artículo 1242 del C.C.). La duda se presenta porque puede ocurrir que los terceros no tengan conocimiento de que el acreedor ha incurrido en mora y, sin embargo, se estén devengando intereses. Esto atentaría claramente contra el carácter especial de la hipoteca, puesto que los terceros no podrían conocer la responsabilidad hipotecaria.

En opinión de Peña Bernaldo de Quiroz, la hipoteca no cubre los intereses moratorios porque "lo que garantiza la hipoteca es el cumplimiento normal de la correspondiente obligación y tanto del principal como de los intereses si se hubiesen estipulado; pero no garantiza, en cambio, ordina-

riamente, las consecuencias del incumplimiento, sea éste debido a dolo, culpa o mora. Llegado el momento del vencimiento, la pasividad del deudor (y del acreedor) no debe por sí afectar el alcance (por su naturaleza frente a terceros) de la hipoteca"⁶.

Discrepamos de la opinión de Peña Bernaldo de Quiroz. La hipoteca garantiza además del cumplimiento normal de la obligación, los intereses que se generen por el incumplimiento, hasta que se produzca el pago. En esto consiste justamente la garantía.

Ahora bien, no todos los intereses moratorios pueden ser cubiertos por la hipoteca. Podría ocurrir que los terceros no tengan forma de determinar que el deudor ha incurrido en mora y que por tanto se están generando intereses moratorios. En este caso, en virtud del carácter especial de la hipoteca, ésta no puede cubrir los intereses moratorios. En cambio, en los Registros Públicos sí se puede establecer la mora del deudor porque, por ejemplo, el pacto inscrito declara expresamente que no es necesaria la intimación para que la mora exista pues, los intereses moratorios que se generan sí son garantizados por la hipoteca. En este caso, tampoco es necesario que se fije la tasa de interés, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1246 del C.C., "si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal".

Un tema muy interesante es el del monto de los intereses que son cubiertos por la hipoteca. En el Derecho comparado existen hasta tres sistemas:

a. Sistema de garantía indefinida: La hipoteca cubre sin límite, todos los intereses que genere el crédito.

b. Sistema de tope máximo: La hipoteca cubre un monto determinado de intereses. Dicho monto puede estar constituido por los intereses generados en un cierto número de años o por un porcentaje del crédito principal.

c. Sistema de ampliación de hipoteca: La hipoteca garantiza solamente el crédito principal, mas no los intereses que genere dicho crédito. Los intereses que se generen constituyen un nuevo crédito y dan derecho al acreedor a exigir que se constituya

6. PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, Manuel. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Segunda edición, Artes Gráficas Iberoamericanas S.A., 1985, pág. 427.

una hipoteca de ampliación en garantía de dichos intereses.

La mayoría de las legislaciones han adoptado el sistema de garantía de tope máximo. En el Perú en cambio, el Código Civil se acoge al sistema de garantía indefinida. La hipoteca garantiza ilimitadamente todos los intereses que genere el crédito.

Es importante tener en cuenta que los intereses cubiertos por la hipoteca son aquéllos que genere el crédito garantizado. Si una hipoteca garantizara parte de un crédito, serían cubiertos sin límite, solamente los intereses que generara dicha parte del crédito.

El tema de la garantía indefinida tiene algunos problemas. El artículo 1016 del C.C. de 1936 señalaba que “la hipoteca que garantiza un crédito cubre el capital, los intereses que devengue, los premios del seguro pagados por el acreedor y las costas del juicio”. Por otro lado, la versión original del inc. 20 del art. 1013 indicaba que era requisito de la hipoteca, entre otros, “que el gravamen sea de cantidad determinada ...” Este inciso fué modificado por la Ley 23327 permitiendo “que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable en los casos de reajuste de capital legalmente admitidos ...”.

De un lado, existía una norma que nos decía que fuera de los casos de reajuste de capital legalmente admitidos, el monto del gravamen debía ser determinado. De otro lado, había un dispositivo a propósito de la extensión de la hipoteca en cuanto al crédito, que señalaba que la garantía cubría el capital y los intereses que devengue, los premios del seguro pagados por el acreedor y las costas del juicio. ¿Existía oposición entre una norma y la otra? ¿Primaba acaso un dispositivo sobre el otro?

Se sostuvo que la hipoteca garantizaba el crédito, incluidos sus accesorios, hasta el monto consignado en los Registros Públicos. Para tal efecto, la responsabilidad hipotecaria se “inflaba” en un monto mayor que la suma del crédito principal, permitiendo que cubriera los intereses, primas y costas. La hipoteca entonces cubría el capital, los intereses y demás accesorios hasta la suma inscrita⁷.

Lo anterior no es aceptable por varias razones. En primer lugar, porque la hipoteca es necesariamente accesoria del crédito garantizado. No puede existir una hipoteca sin un crédito que garantice. La parte del monto del gravamen que excede el capital es un crédito inexistente. En segundo lugar, porque aún en el caso que el monto del gravamen se “infla”, el crédito (principal y accesorios) puede crecer y sobrepasar el monto que aparece inscrito. En este caso, estaríamos como al inicio porque los intereses, también en el Código de 1936, eran cubiertos ilimitadamente (Sistema de Garantía Indefinida). Finalmente, porque la solución propuesta se presta a abusos. Así, un acreedor podría exigir a su deudor que el monto del gravamen sea excesivamente mayor que la deuda, impidiendo, de esta forma, que el deudor recurra a nuevos créditos de terceros.

En nuestra opinión, la disposición contenida en el inc. 20 del art. 1013 del C.C. de 1936 era una exigencia relacionada con la inscripción de la hipoteca y no perjudicaba la extensión de la garantía. El monto del gravamen debía determinarse necesariamente en la escritura pública e inscribirse en los Registros Públicos.

De esta forma se protegían los derechos de terceros y se cumplía con lo dispuesto en el art. 56 del Reglamento de las Inscripciones⁸.

El monto del gravamen, sin embargo, podía crecer, y en efecto crecía. El crédito aumentaba por intereses, por premios del seguro y por costas. Sobrepasaba de esta forma la suma inscrita en los Registros Públicos. El aumento de la responsabilidad hipotecaria no atentaba contra la especialidad de la hipoteca debido a que el segundo y ulteriores acreedores hipotecarios podían determinar el monto del crédito en base a la información registral.

El Código Civil de 1984 aclaró la situación. El art. 1107 del C.C. señala que “la hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio”. El inc. 3) del art. 1099 por otro lado, dispone que para la validez de la hipoteca se requiere “que

7. Hasta el día de hoy se sostiene lo mismo. Así Bigio dice que “... no obstante que la hipoteca comprende los citados conceptos, es sólo hasta el límite del gravamen hipotecario a que se refiere el inciso 3º del artículo 1099 del Código Civil. Más allá del importe del gravamen hipotecario el crédito del acreedor no goza de preferencia alguna”. Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil, pág. El Peruano, 12 de noviembre de 1991, Separata Especial, pág. 3.

8. El artículo 56 del Reglamento de las Inscripciones dice que “en las inscripciones de las hipotecas que garantizan un crédito, se expresará el monto del capital y el tipo de interés pactado”.

el gravamen sea de cantidad determinada o determinable ...”

Las interrogantes que existieron durante la vigencia del C.C. de 1936 han sido levantadas por cuanto el Código Civil de 1984 permite expresamente que el gravamen sea de cantidad determinable. La cuantía del gravamen puede ser determinable no sólo en los casos de reajuste de capital legalmente admitido, sino en el caso de cualquier crédito.

Las disposiciones contenidas en el art. 1107 y en el inc. 3) del art. 1099 del C.C. son perfectamente compatibles. El crédito puede crecer por intereses, por primas y por costas, y dicho crecimiento es determinable.

En efecto, al momento de constituirse la hipoteca puede establecerse el procedimiento para determinar el crecimiento del monto del gravamen (intereses pactados, por ejemplo), con lo cual su eventual aumento es susceptible de ser conocido.

El crecimiento del monto del gravamen no perjudica a los terceros, ya que ellos también pueden determinar su cuantía definitiva en base a la información registral.

Se puede concluir que el Código Civil actual no ha modificado ni variado a su antecesor en lo que a la extensión de la hipoteca y al crédito se refiere. Si bien el C.C. de 1936 era algo oscuro al respecto, el Código vigente es sumamente claro. La solución en ambos Códigos, sin embargo, es idéntica.

3. Las primas

Si el inmueble hipotecado se encuentra asegurado, las primas que el acreedor hipotecario pague por dicho seguro también estarán cubiertas por la hipoteca.

4. Las costas del juicio

Si el deudor no cumple con la obligación principal, el acreedor puede solicitar la venta judicial del bien hipotecado. Todos aquellos gastos procesales que tenga que efectuar el acreedor a fin de ver satisfecho su crédito son cubiertos por la hipoteca.

5. Comentarios finales

Dos temas finales sobre la extensión de la hipoteca en cuanto al crédito. Los intereses, la primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio se ubican con igual rango y con la misma preferencia que el crédito principal. Si hubieran varios acreedores hipotecarios y el bien es rematado, el valor que arroje su venta es destinado, en primer lugar, a satisfacer el crédito del primer acreedor hipotecario, incluidos los intereses que hayan generado, las primas y las costas. Si hubiera un remanente del monto que arroje la venta del inmueble, dicho monto es destinado, en segundo lugar, a satisfacer el crédito del segundo acreedor hipotecario, incluidos intereses, primas y costas.

De otro lado, es posible pactar en contra de lo dispuesto en el artículo 1107 del C.C. El artículo en comentario no permite expresamente el pacto en contrario. Pareciera entonces, que no es posible el pacto. En nuestra opinión, sin embargo, sí es válido el pacto en contra. La razón es muy simple: lo dispuesto por el artículo 1107 no es de orden público. Esta norma existe en beneficio del acreedor y éste puede renunciar a ella. Además, el inciso 3 del artículo 1122 del C.C. permite que el acreedor renuncie a la hipoteca. Si esto es así, es obvio que se puede renunciar a la parte de la hipoteca que garantiza los intereses, las primas y las costas. En consecuencia, las partes pueden válidamente pactar que la hipoteca no cubra los intereses que genere el crédito principal, la primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio, o que la garantía cubra solamente intereses que se generen en un determinado número de años o hasta que alcancen un porcentaje del crédito principal.