

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

From the Selected Works of Julio Eduardo Pozo Sánchez

February, 2015

Ahora sí: hipoteca sobre bienes futuros

Julio Eduardo Pozo Sánchez, *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*



Available at: https://works.bepress.com/julio_pozo_sanchez/10/



Julio Eduardo POZO SÁNCHEZ*

Ahora sí: hipoteca sobre bienes futuros

¿Adiós a los fallos contradictorios de la Corte Suprema?

Existe diversidad de criterios en la jurisprudencia, sobre todo de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la posibilidad de que la hipoteca se extienda a las construcciones realizadas con posterioridad a su constitución. Sobre el particular, el autor afirma que la prohibición de constituir hipotecas sobre bienes futuros es obsoleta. Por ello, considera que la proyectada modificación de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil resultará beneficiosa no solo para evitar fallos judiciales contradictorios, sino también redundará en beneficio de la reactivación del boom inmobiliario.

Tema relevante

MARCO NORMATIVO

- **Código Civil:** arts. 1101 y 1106.

Introducción

El pasado 19 de enero de 2015 el diario *Gestión* titulaba en su portada: “Mayor acceso a créditos hipotecarios impulsará crecimiento del sector inmobiliario en el 2015”. El diario más influyente del país en materia económica y financiera hacía referencia así, a las medidas de impulso fiscal que dictó el Gobierno a fines del año pasado respecto a la mejora del acceso crediticio¹.

No cabe duda alguna que son las políticas económicas que dispone el Gobierno las llamadas en primer lugar a impulsar el sostenido crecimiento en el sector inmobiliario, afectado el año que pasó por diversos factores que frenaron su desarrollo².

No obstante ello, esta “política de Estado” debe incluir también mejoras en el marco legal que viabilicen el desarrollo inmobiliario en el país.

La reciente aprobación por parte del Poder Legislativo (aún en primera votación) del Proyecto de Ley N° 582/2011-CR que propone modificar diversos artículos del Código

* Abogado con estudios concluidos en la Maestría en Derecho Civil por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de Derechos Reales en la UNMSM. Consultor y asesor en asuntos y litigios inmobiliarios.

1 Puede leerse la nota completa en: <<http://gestion.pe/inmobiliaria/mayor-acceso-credito-hipotecarios-impulsara-crecimiento-sector-inmobiliario-2015-2120778>>.

2 Véase sobre el particular una breve nota del diario *Gestión* en: <<http://gestion.pe/inmobiliaria/capeco-existen-cinco-factores-que-frenan-desarrollo-inmobiliario-peru-2120910>>.

Civil³, con la finalidad de modernizar dicha norma, redundando en lo expuesto y resulta, desde nuestro punto de vista, sumamente positivo en cuanto propone modificar los artículos 1101 y 1106 del Código Civil con el siguiente texto, zanjando de una buena vez una problemática no resuelta uniformemente a nivel de Corte Suprema de Justicia:

Artículo 1101.- Extensión de la hipoteca en cuanto al bien.

La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes y accesorias del bien hipotecado, **tanto actuales como futuras**, y al importe de la indemnización de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto.

Artículo 1106.- Hipoteca de un bien futuro

La hipoteca sobre un bien futuro **queda sujeta a la condición de que dicho bien llegue a existir** (los resaltados son nuestros).

La actual redacción de nuestro Código Civil prohíbe expresamente (en su artículo 1106) la posibilidad de constituir hipotecas sobre bienes futuros. El Dr. Martín Mejorada se pregunta con acierto: “Pero, ¿cómo es esto? (...). Si precisamente el negocio con más actualidad y proyección en el mercado inmobiliario es la compraventa de bienes futuros y las garantías sobre los mismos para asegurar el financiamiento, ¿cómo se explica una negativa tan contundente?”⁴.

Su inquietud y preocupación (compartida) quedará de lado una vez aprobado definitivamente

el Proyecto de Ley Nº 582/2011-CR en lo tocante a la extensión de la hipoteca sobre bienes.

A continuación, nos referiremos a esta institución, no sin antes abordar algunos conceptos previos relativos a derecho real de garantía de hipoteca y sobre todo, cómo ha venido resolviendo la Corte Suprema los casos que involucraban esta problemática.

I. La hipoteca como derecho real

El artículo 1097 del Código Civil establece que “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”.

Sobre su definición en doctrina, nos remitimos a lo expuesto por el Dr. Jorge Avendaño Valdez: “La hipoteca es un derecho real de garantía (...) accesoria de una obligación. Esta última es lo principal y tiene vida propia (ya que) puede subsistir sin la garantía. En cambio, la hipoteca no puede existir sola, necesariamente debe ser accesoria de una obligación”⁵.

Respecto a las partes que intervienen, conforme lo ha señalado el fundamento 40 de la sentencia del Sexto Pleno Casatorio, Casación Nº 2402-2012-Lambayeque, “en la hipoteca normalmente intervienen el propietario (que puede ser el deudor) y el acreedor. Otras veces interviene el deudor, acreedor y además un tercero que es el propietario del

3 Puede leerse íntegramente el Proyecto de Ley referido en: <<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2011.nsf/Forosdebusqueda/16F5F14E3A6C970305257959007E23CE?openDocument>>.

4 MEJORADA CHAUCA, Martín. “Hipoteca sobre bienes futuros”. En: *Forseti Revista de Derecho*. Nº 2, Asociación DERUP Editores, 2014, p. 61.

5 AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Código Civil comentado*. Tomo V Derechos Reales, 2ª edición, 1ª reimpresión, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2007, p. 583.

inmueble. En otras oportunidades la hipoteca solo es otorgada por el propietario, supuesto en el cual se denomina hipoteca unilateral. Es necesario determinar sobre qué bienes pueden recaer los distintos derechos reales de garantía. (...). El bien materia de hipoteca es un inmueble, pero en el derecho español la hipoteca también puede recaer sobre bienes muebles, supuesto en el cual se denomina hipoteca mobiliaria”.

Adicionalmente a lo expuesto, la hipoteca debe recaer en un bien inmueble específicamente determinado. Nos referimos a este hecho puntual en las líneas siguientes.

II. Extensión de la hipoteca en cuanto al bien

La extensión de la hipoteca en cuanto al bien es conocida por la doctrina como la extensión objetiva. Así, Díez-Picazo señala que “al ser la hipoteca un derecho real de carácter inmobiliario y tener por objeto un bien de naturaleza inmueble, parece en principio claro que dentro de ella misma debe quedar comprendido todo lo que es inmueble o forma parte del inmueble y, en cambio, quedar excluido aquello que no lo es en puridad”⁶.

En tal sentido, el tema en comentario está íntimamente vinculado al principio de especialidad de la hipoteca, en cuya definición encuentra sus límites.

Partiremos del estudio del referido principio, aplicable a todo el régimen de garantías reales, para luego alcanzar el objeto de nuestro comentario: la extensión de la hipoteca en cuanto a construcciones posteriores a su constitución.

Comentario relevante del autor



Lo establecido por el vigente artículo 1101 del Código Civil tiene por finalidad suplir la voluntad de las partes cuando estas no se hayan pronunciado respecto a la posibilidad de que la hipoteca (que se constituye) se extienda también a las partes integrantes y accesorias del inmueble objeto del contrato real.

1. El principio de especialidad en cuanto al bien

Por el principio de especialidad “la hipoteca debe recaer sobre un inmueble cierto y determinado (...)”⁷.

Este principio se consagra expresamente en el artículo 1100 de nuestro Código Civil vigente: “La hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados”.

Guilarte Zapatero expresa que “exigencias del principio de especialidad imponen la necesidad de precisar, en cada caso, a qué elementos distintos de la propia finca gravada alcanza la responsabilidad hipotecaria”⁸.

Como lo hemos señalado líneas arriba, hipoteca, en nuestro ordenamiento jurídico vigente, solo puede recaer sobre inmuebles, pero siempre que estos sean específicamente determinados.

Sin embargo, una lectura estricta y restrictiva del artículo 1100 del Código Civil, que

6 DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. III, 5ª edición, Editorial Tecnos, p. 522.

7 BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo III, 3ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, p. 258.

8 GUILARTE ZAPATERO, Vicente. “Pactos en la Hipoteca Inmobiliaria”. En: *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Tomo II, Volumen 2, Civitas, España, p. 156.

recoge el principio de especialidad en cuanto al bien, no puede llevarnos al extremo de considerar que por su propio texto, la hipoteca no pueda extenderse a las construcciones (partes integrantes, qué duda cabe) levantadas con posterioridad a la constitución de la garantía real.

2. ¿Se debió extender siempre la hipoteca a construcciones realizadas con posterioridad a su constitución?

El aún vigente artículo 1101 del Código Civil establece que 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**” (los resaltados son nuestros).

Por su parte, el artículo 887 del referido cuerpo normativo señala que “es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar”. Se agrega que “las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares”.

Según lo entiende la más autorizada doctrina, las construcciones y edificaciones realizadas sobre el suelo (y/o en el subsuelo) son calificadas como inmuebles por incorporación, y, por tanto, no pueden separarse sin destruir o alterar el bien, es decir, forman parte integrante del suelo⁹.

Y es que tal como lo refiere Josserand: “el suelo tiene así un poder atractivo ilimitado, una fuerza de absorción sin límites (...)”¹⁰.

El jurista Biondi al comentar la naturaleza de las construcciones y edificaciones en la

legislación italiana señala que “la **inmueblización** comienza con la incorporación y termina con la separación: puesto que la construcción no surge instantáneamente, hay inmuebleización sucesiva, esto es, a medida que los singulares materiales son incorporados: los cimientos de un edificio o la construcción parcial son inmuebles no menos que el edificio completo, ya que no es la terminación la que determina la inmuebleización, sino la incorporación”¹¹.

No queda duda entonces que las construcciones y/o edificaciones realizadas sobre el suelo (y/o en el subsuelo, de ser el caso) serán siempre partes integrantes del inmueble.

Esto nos permite afirmar, en consecuencia, que aun cuando las partes, al momento de celebrar la hipoteca no se pronuncien si esta se extiende o no a las partes integrantes, en este caso, las construcciones realizadas (no inscritas). La garantía se extenderá sobre estas en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1101 del Código Civil.

Lo establecido por el vigente artículo 1101 del Código Civil tiene por finalidad suplir la voluntad de las partes cuando estas no se hayan pronunciado respecto a la posibilidad de que la hipoteca (que se constituye) se extienda también a las partes integrantes y accesorias del inmueble objeto del contrato real. Y ello, por cuanto la misma norma prevé la posibilidad de pactar **distinto**.

Es decir, la referida norma (dispositiva) deja al arbitrio de los contratantes optar por incluir o no las partes integrantes y accesorias del bien inmueble objeto de hipoteca.

9 Biondi ha señalado que “incorporación quiere decir formar con el suelo una única entidad”. En: *Los bienes*. Bosch, Barcelona, 1961, p. 118.

10 JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil, La Propiedad y los otros derechos reales y principales*. Tomo I, vol. III, Ediciones Jurídicas Europa- América, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, p. 29.

11 BIONDI, Biondo. *Los Bienes*. Bosch, Barcelona, 1961, p. 116.

Sin embargo, ¿ocurre lo mismo cuando se traten de construcciones y/o edificaciones levantadas con posterioridad al acto de constitución del referido derecho real? ¿Los alcances del mencionado dispositivo pueden extenderse a las construcciones (léase también, partes integrantes) posteriores? Creemos que sí es posible. Y que, por tanto, la actual modificación precisará lo que en los hechos ya viene siendo admitido por la realidad e incluso diversas normas directivas del Registro Público.

Pese a que dicha norma no establece expresamente qué ocurre con la construcción posterior (léase, parte integrante adherida con posterioridad a la constitución de la hipoteca), una interpretación en contrario nos llevaría al absurdo de considerar a la construcción posterior una parte integrante a la que no puede extender los efectos de la hipoteca, o lo que es peor, considerar dicha edificación como bien futuro, en evidente contradicción a la postura asumida por el suscrito.

Así la modificación propuesta (y aprobada en primera votación a la fecha) permitirá evitar alguna interpretación antojadiza por parte de los litigantes y la Magistratura; y/o extendernos, en tratar de definir a los bienes futuros fuera de los alcances de la construcción realizada con posterioridad a la hipoteca¹².

III. ¿Cómo se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia?

Nos interesa poner en relieve la diversa jurisprudencia casatoria que sobre el particular se ha emitido en estos últimos años, la que valgan verdades, como podrá apreciarlo usted amable lector, ha tenido idas y vueltas, que esperemos con la modificación en camino,

se agoten (por no decir, se extingan), estableciéndose uniformidad en los fallos judiciales.

A nivel jurisprudencial, nuestro tema encuentra un primer antecedente en una muy comentada sentencia del Tribunal Constitucional del Perú emitida bajo el Expediente N° 428-97-AA/TC con fecha 21 de julio de 1999, a propósito de un Recurso de Amparo (hoy de Agravio Constitucional) interpuesto por el señor Alejandro Elio Mora Villegas.

El TC se pronunció señalando que:

“No obstante, la Resolución N° 2, su fecha diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y cinco, expedido por el Undécimo Juzgado Civil de Lima, Causa N° 312598-94, obrante a fojas veintisiete, materia de la Acción de Amparo, y la Resolución N° 5, su fecha veintitrés de junio de mil novecientos noventa y cinco expedido por la Quinta Sala Civil Superior de Justicia de Lima, de fojas cuarenta, su fecha diecisiete de enero mil novecientos noventa y seis, respectivamente, **en su conjunto comprenden indebidamente en el remate las edificaciones levantadas sobre el lote de terreno antes citado; infringiendo notoriamente de esta manera lo previsto expresamente por el artículo 1100 del Código Civil que prescribe que la hipoteca debe recaer sobre inmuebles determinados específicamente (...)**” (los resaltados son nuestros).

Este criterio adoptado por el Tribunal Constitucional fue adoptado también por la Casación N° 2842-2003-Arequipa, de fecha 14 de octubre del 2004¹³, que meridianamente estableció que:

12 Un esfuerzo académico destacado y bastante lúcido en ese sentido nos presenta el Dr. Martín Mejorada en su artículo titulado: “Hipoteca sobre bienes Futuros”. En: *Forseti Revista de Derecho*. N° 2, Asociación DERUP Editores, 2014, p. 60 y ss.

13 Publicada el 30 de mayo de 2005 en el Boletín de Casaciones de *El Peruano*, p. 14093.

Comentario relevante del autor



La modificación propuesta (y aprobada en primera votación a la fecha) permitirá evitar alguna interpretación antojadiza por parte de los litigantes y la Magistratura; y/o extendernos, en tratar de definir a los bienes futuros fuera de los alcances de la construcción realizada con posterioridad a la hipoteca.

“Cuarto.- Para completar la concepción jurídica de la extensión jurídica de la hipoteca así como la determinación debe señalarse también que conforme el artículo mil ciento seis del código sustantivo, no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros; de tal modo que, al ser el subsuelo, suelo y sobresuelo, bienes inmuebles independientes, cada uno de ellos, tiene que tener existencia real momento de pretenderse gravarlos; **en consecuencia, si al momento de hipotecarse el suelo o terreno no existe el sobresuelo o edificación; la edificación posterior no estará afecta a dicho gravamen a menos que se celebre un nuevo acto jurídico respecto de este último;** asimismo, bajo el mismo razonamiento de existir en el referido momento tanto terreno como edificación, para gravar ambos, lógicamente, deben cumplirse con señalarse las especificaciones específicas de ambos para que la hipoteca tenga validez” (los resaltados son nuestros).

En la misma línea, la Casación N° 984-2003-Lima, de fecha 19 de noviembre de 2003¹⁴ estableció que:

“Cuarto: Que para completar la concepción jurídica de la extensión de la hipoteca así como de la determinación debe señalarse también que conforme al artículo mil ciento seis del Código Civil, no se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros: de tal modo que, al ser el subsuelo, suelo y sobresuelo, bienes inmuebles independientes cada uno de ellos, tienen que tener existencia real al momento de pretenderse gravarlos; en consecuencia, si al momento de hipotecarse el suelo o terreno no existe el sobresuelo o edificación; la edificación posterior no estará afecta a dicho gravamen a menos que se celebre un nuevo acto jurídico respecto de este último; **asimismo, bajo el mismo razonamiento, de existir en el referido momento tanto el terreno como la edificación, para gravar ambos, lógicamente, deben cumplirse con señalar las informaciones específicas de ambos para que la hipoteca tenga validez**” (los resaltados son nuestros).

También la Casación N° 2849-2000-Cajamarca, de fecha 23 de mayo de 2001¹⁵, se alineó con dicho criterio al establecer de forma contundente que:

“Que, a tenor de lo establecido por los artículos 1100 y 1106, si bien es cierto que constituye un requisito esencial de validez de la hipoteca que esta recaiga sobre bienes, no es menos cierto que dichos bienes deben ser determinados al momento de su gravamen; así lo ha establecido correctamente la Sala Civil Superior; e

14 Publicada el 30 de abril de 2004 en el Boletín de Casaciones de *El Peruano*.

15 Publicada el 5 de noviembre de 2001 en el Boletín de Casaciones de *El Peruano*, p. 7983.

incluso, esta Corte Suprema en la ejecutoria recaída en la Casación seiscientos setenta guión noventa y seis de Lambayeque; Séptimo.- **Que igualmente, debe entenderse que la hipoteca no puede extenderse a aquellas nuevas construcciones levantadas sobre un inmueble gravado ya que la hipoteca solo puede garantizar obligaciones futuras o eventuales, conforme a lo previsto al artículo 1104 del Código Civil**” (los resaltados son nuestros).

Sin embargo, con un criterio totalmente opuesto al desarrollado por el Tribunal Constitucional y las sentencias antes referidas, la Casación N° 186-2003-Cajamarca, de fecha 16 de junio de 2003¹⁶, estableció concretamente que:

“Décimo Primero: Que, en el caso de autos, se tiene que el inmueble hipotecado es uno, al cual se han integrado nuevos elementos físicos, como lo es el segundo piso del inmueble; siendo esto así, el segundo piso del inmueble hipotecado no es uno distinto, independiente o singular, del resto del inmueble, sino que forma parte integrante del bien, al que se extiende la hipoteca, por lo que es de ineludible aplicación lo dispuesto por los artículos mil ciento uno y mil cientos dos del Código Civil sustantivo”.

En la misma línea –a favor de que la hipoteca puede extenderse a las construcciones posteriores– se pronunció la Casación N° 1329-2006-Lima, de fecha 7 de noviembre de 2006¹⁷, estableciendo que:

“Décimo cuarto.- Que, de ello se puede colegir que el Colegiado Superior al

expedir su fallo ha inaplicado el artículo dos mil doce del Código Civil, que consagra el principio de publicidad registral, si se tiene en cuenta que en la partida registral acotada se señala que el inmueble materia de litis es un predio de tres pisos, desprendiéndose de ella que la fecha de culminación de la fábrica es de diciembre de mil novecientos noventa y siete, es decir, seis meses antes de que se constituyera la hipoteca referida, si se tiene en cuenta aunque la propietaria, en la Escritura Pública de constitución de garantía hipotecaria, no consignó ninguna reserva expresa en el sentido de que el gravamen limitara solamente al terreno y no a la construcción, pues fue voluntad expresa de los contratantes de que el inmueble comprendería todo el bien integrante o accesorio, así como a todo derecho correspondiente al inmueble afectado y además, porque conforme a lo que disponen los artículos mil cien y mil ciento uno del Código Civil, la edificación levantada sobre el terreno es un bien que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien, y, por tanto, tales edificaciones son partes integrantes y siguen la condición del bien gravado, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación, evidenciándose que en el contrato no se ha expresado nada a ese respecto”.

De la misma forma la Casación N° 126-2003-Cono Norte, de fecha 16 de junio de 2003¹⁸, resolviendo un supuesto de hecho que también supuso la construcción posterior a la constitución de hipoteca, estableció que:

“Sexto.- Que, si los contratantes han incluido en la tasación el valor de la

16 Publicada en: TENORIO TORRES, Oscar. *Debate jurisprudencial*. 1ª edición, Motivensa Editores, octubre 2007, p. 114.

17 Publicada el 2 de abril de 2007 en el Boletín de Casaciones de *El Peruano*, p. 19254.

18 Publicada el 1 de diciembre de 2003 en el Boletín de Casaciones de *El Peruano*.

construcción, el momento en que se otorgó la escritura de hipoteca han comprendido cuanto corresponda a o pueda pertenecer al inmueble, han asegurado el bien contra incendio, terremoto y líneas aliadas, resulta que no solo otorgó en hipoteca el terreno, sino también la construcción; Sétimo.- Que, el hecho que posteriormente se haya concluido la edificación del inmueble no afecta el considerando anterior, porque habiéndose obligado los hipotecantes a conservar en buen estado las propiedades que se hipotecaron y a no efectuar modificaciones que redunde en perjuicio del inmueble, la conclusión de la edificación no implica una modificación en perjuicio del bien sino al contrario en beneficio del mismo; Octavo.- Que, más aún en la valorización que se ha acompañado a la demanda, en la que se deja sin efecto la tasación convencional por haberse concluido la construcción, el terreno solo tiene un valor de catorce mil trescientos setecientos setenta y cinco dólares y con las construcciones, cuarenta y cinco mil ochocientos noventa y nueve dólares, mientras que en la tasación convencional se fijó como valor la suma de treinta y un mil cincuenta y dos dólares, que no podía corresponder solo al terreno; Noveno.- Que, esto determina que la hipoteca ha recaído sobre un inmueble específicamente determinado por lo que la interpretación que ha dado la sentencia de vista al artículo mil cien del Código Civil, se encuentra arreglada a ley y es correcta”.

Con un criterio muy particular, pero en este caso, haciendo valer lo pactado por las partes, en detrimento de lo establecido por los artículos 1101 y 1106 del Código Civil, encontramos la Casación Nº 1766-2004-Arequipa, de fecha 28 de setiembre de 2005¹⁹:

“Tercero.- Que, el artículo mil cien del Código Civil regula el principio de especialidad de la hipoteca, en virtud de la cual ella debe recaer sobre bienes específicamente determinados, precisando el artículo mil ciento uno del Código Civil que la hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, o sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto; Cuarto.- Que, el artículo ochocientos ochentisiete del Código Civil define el concepto de partes integrantes, señalando que es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien; siendo que en el caso de propiedad predial el artículo novecientos cincuenta y cuatro del Código Civil establece que la propiedad se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendiendo dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta sea útil al propietario el ejercicio de su derecho; pudiendo pertenecer el subsuelo o el sobresuelo a propietario distinto del suelo, según lo prescribe el artículo novecientos cincuenticinco del Código Civil; Quinto.- Que, la hipoteca respecto de la propiedad predial plantea la interrogante si la garantía constituida sobre un terreno inscrito se extiende también a lo ya edificado; **en este extremo se debe tener en cuenta que si lo edificado es parte integrante del inmueble debido a que no se ha independizado, la garantía se extenderá al mismo, siempre que haya existido manifestación de voluntad al respecto**; no afectándose en este caso el principio de la especialidad de la hipoteca a que se refiere el artículo mil cien del Código Civil; Sexto.- **Que, una situación distinta resulta ser la hipoteca sobre bienes futuros en la**

19 Publicada el 1 de junio de 2006 en el Boletín de Casaciones de *El Peruano*, p. 16100.

que los bienes sobre los que se desea constituir la garantía todavía no existen, no pudiendo en este caso extenderse la hipoteca sobre dichos bienes por cuanto ello afectaría el principio de especialidad de la hipoteca a que se refiere el artículo mil cien del Código Civil, así como lo prescrito en el artículo mil ciento seis del mismo Código que expresamente proscribe la hipoteca sobre bienes futuros (...) (los resaltados son nuestros)”.

Finalmente, pero continuando con los pronunciamientos disímiles, la Casación N° 1036-06 Lambayeque, de fecha 10 de octubre del 2006, parece establecer una solución inédita: si la construcción posterior es realizada por un tercero, distinto al propietario constituyente, entonces la hipoteca no se extiende en aplicación del artículo 1106 del Código Civil, en cambio, si quien ejecuta la construcción posterior es el propietario garante, entonces sí es completamente posible que la hipoteca se extienda a los bienes construidos en aplicación del artículo 1101 del Código Civil. Verdaderamente increíble:

“El artículo 1106 del Código Civil, establece que no se puede constituir la hipoteca sobre bienes futuros. La norma se refiere a aquellos bienes que el deudor pueda adquirir en el futuro, que al momento de otorgarse la escritura de hipoteca no eran de propiedad del garante, **pero no de las construcciones que pueda efectuar en un inmueble de su propiedad, porque de admitir tal tesis no se podría ejecutar una hipoteca sobre una construcción o una modificación de la misma, que no existía al momento de su otorgamiento, porque ya no podría ejecutarse, pero**

Comentario relevante del autor



La prohibición de constituir hipotecas sobre bienes futuros resulta ya obsoleta. Con este nuevo texto evitaremos fallos contradictorios y posiciones fuera de contexto.

precisamente es el artículo 1101 del Código Civil, el que permite que la hipoteca pueda comprender también la construcción. En ese sentido, no basta el solo hecho que en un contrato de hipoteca se consigne literalmente y en forma general la afectación de un bien futuro para concluir ipso facto que dicha cláusula contraviene los alcances de la norma imperativa prevista en el artículo 1106 del Código Civil; además, **es necesario verificar en cada caso concreto si, en efecto, los bienes futuros a que se refiere el contrato son aquellos totalmente inexistentes al momento de su suscripción, no adquiridos aún, pues en el caso contrario, si existiesen bienes ya constituidos y los bienes futuros que se estipulara se refieren a los que posteriormente se integren a los mismos, la hipoteca que se extienda a ellos mismos no puede ser considerada nula.** En consecuencia, será en el análisis de cada caso concreto que el Juzgador deberá determinar los alcances de los acuerdos adoptados entre las partes” (los resaltados son nuestros).

La Casación N° 1184-2004-Arequipa, de fecha 15 de agosto de 2005²⁰, parece reforzar el criterio antes expuesto:

20 Publicada el 28 de febrero de 2006 en el Boletín de Casaciones de *El Peruano*, p. 15436.

“Tercero.- Que, siendo ello así, resulta física y jurídicamente imposible pretender la restitución solo del terreno o también de la edificación ajena calificándola de accesoria; toda vez que en el primer caso, no puede separarse de este la construcción noble levantada sobre el mismo; y en el segundo, a quien se entregue el terreno implícitamente se está haciendo entrega también de la construcción, lo que no resulta ajustado a derecho si solo se ha acreditado el derecho de propiedad sobre el terreno, como ocurre en autos; siendo que los atributos previstos en el artículo novecientos veintitrés del Código Civil y con efecto *erga omnes* al estar inscrito, conforme al artículo dos mil trece del citado Código, solo pueden ser ejercidos sobre lo que recae el derecho de propiedad y no sobre lo ajeno”.

Reflexiones finales a modo de conclusión

La propuesta de modificación aprobada por el Congreso –en primera votación– redunda a favor de una lectura más real que sobre el tema se tiene actualmente.

Ya no tendrá que recurrirse a interpretaciones judiciales antojadizas (como las comentadas líneas arriba) y es altamente probable (así debería ser) que en un futuro venidero no existan más fallos contradictorios sobre esta materia²¹.

La prohibición de constituir hipotecas sobre bienes futuros resulta ya obsoleta. Con este nuevo texto evitaremos fallos contradictorios y posiciones fuera de contexto.

En ese sentido, hacemos nuestro lo expresado por el Dr. Martín Mejorada Chauca cuando afirma que “el mercado inmobiliario no puede depender solo de interpretaciones que aunque creativas suelen ser alambicadas, y por ello siempre merecedoras de crítica cuando no de protesta airada desde el sector dogmático”²².

La nueva redacción de los artículos 1101 y 1106 permitirá, por tanto, mayor certidumbre para los acreedores hipotecarios, quienes podrán ejecutar el inmueble en su integridad, incluyendo las construcciones posteriores a la constitución de la garantía real.

21 Es probable que como toda norma legal resulte perfectible en cuanto su redacción. Así por ejemplo, sin cuestionar el fondo y la razón de la modificación, el Dr. Gunther Gonzales Barrón, mediante carta de fecha 12 de mayo de 2014, dirigida al Presidente de la Comisión de Justicia y de Derechos Humanos del Congreso, observa lo siguiente: “Por su parte, el proyectado artículo 1101 señala que la hipoteca se extiende a las partes integrantes y accesorios del bien, tanto actuales como futuros. Este último punto es el único cambio respecto a la normativa vigente, pero no es intrascendente, pues se refiere a las partes o accesorios futuros al momento de la constitución, pero que son actuales durante la ejecución, sin embargo, la redacción es equívoca y se prestará a dudas. Así pues, las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares (art. 889 del CC), por tanto, siempre conforman el todo, por lo que carecen de individualidad, y en tal contexto, no hay ‘partes futuras’, pues lo único que hay es el ‘todo’, que existía antes y existe ahora; mientras que las partes, reales o ideales, no existen como tal, en cuanto se subsumen en el todo. La consecuencia es que el concepto ‘parte futura’ es un imposible lógico” (el resaltado es nuestro).

22 MEJORADA CHAUCA, Martín. En: *Forseti Revista de Derecho*. Nº 2, Asociación DERUP Editores, 2014, p. 68.