

Características de la hipoteca*



Enrique VARSÍ ROSPIGLIOSI**
Marco TORRES MALDONADO***

Los autores, en este interesante trabajo, describen las características fundamentales del derecho real de garantía por excelencia: la hipoteca. En ese sentido, brindan definiciones y alcances sobre su naturaleza convencional (también sobre el régimen excepcional: las hipotecas legales), así como de su carácter accesorio, temporal, público, formal, literal, indivisible y especial. Asimismo, recalcan que estudiar estas particularidades resulta ser sumamente importante, pues a través de ellas se podrá potenciar a la hipoteca dentro de un moderno régimen de garantías, esto con el objetivo de prevenir contingencias económicas y riesgos que puedan afectar una relación comercial.

RESUMEN

MARCO NORMATIVO

- **Código Civil:** arts. 1097 al 1100, 1102, 1104, 1105, 1115, 1116 y 1122.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca / Convencionalidad / Accesoriedad / Temporalidad / Especialidad / Literalidad

Recibido: 27/12/2018

Aprobado: 31/12/2018

Introducción

Refiere Benavides (2011, p. 621) que la hipoteca es un derecho real de garantía con características especiales que confieren seguridad a todos los agentes involucrados: el acreedor hipotecario, el deudor hipotecario y terceros (posibles o adquirentes del inmueble hipotecado).

I. Características

Dentro de las características que definen a este derecho real de garantía tenemos:

* Con la colaboración de Mariana Aguilar Ávila, estudiante de Derecho y asistente de investigación en el Instituto de Investigación Científica - IDIC de la misma Universidad de Lima.

** Profesor de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados.

*** Jefe de prácticas de la Universidad de Lima. Asociado del Estudio Rodríguez Angobaldo Abogados.

1. Convencional

La hipoteca es un derecho real convencionalmente constituido (Musto, 2000, p. 239), es convencional cuando es pactada libremente por las partes para garantizar el cumplimiento de una obligación.

Exige un acuerdo de las voluntades que tienen como fin inmediato constituir el derecho real de hipoteca. Por ello se sostiene que la causa fuente de la hipoteca es siempre el contrato (Papaño, Kiper, Dillón, & Causse, 2004, pp. 86-87). Las partes, en el ejercicio de su autonomía privada, deben convenir las obligaciones que serán respaldadas con la garantía hipotecaria (monto del crédito), la forma de su cancelación y el bien inmueble sobre el cual se constituirá dicha hipoteca.

La hipoteca será voluntaria cuando se ha constituido por acuerdo de las partes, por el propietario del bien inmueble o por quien esté autorizado para este efecto conforme a la ley (Beaumont, 2011, p. 630); *i.e.* es convencional porque se funda sobre el acuerdo voluntario de las partes. En opinión de los Serrano (2005) “el derecho de hipoteca, surge, normalmente, como consecuencia de un acuerdo contractual entre el acreedor de una obligación principal y el deudor de la misma o un tercero que asume responder por el deudor” (p. 296).

Las hipotecas convencionales son las habituales, su nota característica es que se constituyen libremente por el dueño del bien inmueble en virtud de un acuerdo (contrato) con el acreedor de la obligación principal, para garantizar su cumplimiento. Son siempre expresas y normalmente de tráfico (Serrano & Serrano Gómez, 2005, p. 301).

En el Derecho comparado el carácter de la convencionalidad está plasmado en el artículo 2185 del Código Civil y Comercial argentino, que reza “(...) los derechos reales de garantía sólo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados y con

las formas que la ley indica para cada tipo”. Por tanto, en el sistema argentino, la hipoteca reconoce como única fuente la convención o contrato. Así se elimina la posibilidad de constituir hipotecas judiciales, legales o tácitas (Alberdi Imas, 2016, p. 155).

El Código Civil de 1984, al igual que el código anterior, no reconoce más hipotecas que la voluntaria y la legal. El legislador no encuentra motivo para reimplantar la hipoteca judicial, que estuvo normada por el Código Civil de 1852 (Santa María Mecq, 2001, p. 263).

Base legal: artículos 1097, 1098 y 1099.

Artículo 1097.- 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.

Artículo 1098.- La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.

Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:

- 1.- Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.
- 2.- Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.
- 3.- Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.

a) Hipoteca legal

Como excepción, nuestro ordenamiento jurídico regula la hipoteca legal.

Este tipo de hipoteca se establece de pleno derecho y se inscribe de oficio (Beaumont,

2011, p. 639). Nace del solo ministerio de la ley; es la propia ley la que da por constituida a la hipoteca, sin que las partes involucradas en el contrato hayan manifestado su voluntad. La ley de forma directa actúa ante el silencio de la voluntad de las partes. “Existe hipoteca legal cuando la hipoteca se constituye de pleno derecho y se inscriben de oficio, bajo responsabilidad del registrador, simultáneamente con los contratos de los cuales emanan” (art. 1119).

Las hipotecas legales son aquellas cuya constitución puede ser exigida por la persona a cuyo favor una ley la establece en garantía de determinados derechos (Serrano & Serrano Gómez, 2005, p. 301).

El artículo 1118 del Código establece que, sin perjuicio de lo previsto en otras leyes, se reconocen como hipoteca legal:

- La del inmueble enajenado sin que su precio haya sido pagado totalmente o lo haya sido con dinero de un tercero.
- La del inmueble para cuya fabricación o reparación se haya proporcionado trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se haya obligado a pagarle.
- La de los inmuebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los copropietarios.

La figura de la hipoteca legal consiste en la existencia del gravamen sobre un bien inmueble sin que sea necesario el consentimiento del propietario, bastando con que se cumpla con cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 1118 y en otras leyes especiales (Schwartzmann Larco, 1986, p. 78).

2. Accesoriedad

Como todo derecho real de garantía la hipoteca es un derecho accesorio.

Comentario relevante de los autores



Las partes, en el ejercicio de su autonomía privada, deben convenir las obligaciones que serán respaldadas con la garantía hipotecaria (monto del crédito), la forma de su cancelación y el bien inmueble sobre el cual se constituirá dicha hipoteca.

La hipoteca tiene como finalidad respaldar el cumplimiento de una obligación principal (Pérez Vives, 1990, p. 78). Es accesorio pues se contrae en seguridad de otra obligación principal (Hernández Canelo, 2014, p. 450). No existe la hipoteca sin el crédito al que garantiza (Cuadros Villena, 1996, p. 289), ni tendría objeto su existencia *per se*. Una es consecuencia de la otra. No existe hipoteca autónoma sin crédito garantizado (Palacios Castillo, 2002, p. 60).

La accesoriedad de la hipoteca está referida a su dependencia respecto de un derecho personal que es el derecho de crédito (Papaño, Kiper, Dillón, & Causse, 2004, p. 94). Como derecho real accesorio de un derecho personal este debe consistir en un crédito cierto y determinado en dinero (Mariani de Vidal, 2004, p. 165), presupone una relación principal, sea existente o no, ella es objeto de la especialidad hipotecaria (Ortega Piana, 2013, p. 167).

En el caso de la hipoteca se constituye la garantía sobre un inmueble, con cuyo valor se asegura el pago de la obligación. Es una garantía y como tal tiene que estar ligada al crédito garantizado (Cuadros Villena, 1996, p. 289).

La teoría general de los contratos nos enseña que, por regla general, estos son principales y, excepcionalmente, cuando se configura

como garantía de una prestación, son accesorios y toman el nombre de caución, que significa contraer una obligación para asegurar el cumplimiento de otra, propia o de terceros (Leuro, 1972, p. 18).

La hipoteca es un derecho accesorio que, únicamente, se constituye cuando se quiere garantizar alguna obligación. Debemos tener en consideración el apotegma *accessorium sequitur principale* (Maisch von Humboldt, 1980, p. 145). Es un derecho accesorio, o sea que depende de una obligación principal cuyo cumplimiento garantiza (Arias Schreiber Pezet, 2006, p. 648). Esto es, al igual que la garantía mobiliaria o la anticresis, “la hipoteca depende del derecho creditorio al que garantiza; o sea, que la accesoriedad es en función de garantía” (Alterini, Corna, Angelani, & Vásquez, 2000, p. 2).

Parecería que el carácter accesorio de la hipoteca demanda la necesidad de que el crédito sea existente al momento de su constitución. Si es que no hay obligación vigente, no podría haber hipoteca. Y es que no puede existir lo accesorio sin lo principal (Del Risco Sotil, 2014, p. 198). No obstante, ello no es así, veamos:

Artículo 1097.- Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de **cualquier** obligación, propia o de un tercero.

Es decir, el Código admite que se pacten hipotecas frente a cualquier tipo de obligaciones, para la cobertura de obligaciones existentes o no a la fecha de constitución, lo cual es corroborado con el artículo 1104 cuando menciona que “[l]a hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual”.

¿Esto supone una excepción al principio de accesoriedad? Consideramos que no. El carácter accesorio no se confirma por la existencia del crédito al momento del nacimiento de la garantía, sino que establece que

la hipoteca debe servir, en todos los casos y sin excepción, al aseguramiento de una obligación, ya sea esta actual o futura (Del Risco Sotil, 2014, p. 198).

Con acierto, Albaladejo (1983) señalaba:

(...) que exista ya una obligación, o que, como el caso de hipoteca en garantía de obligaciones condicionales, futuras, etcétera, no exista todavía, y pueda, sin embargo, existir ya la hipoteca que la garantizará (si llega a nacer), no prueba nada contra la accesoriedad entendida en el sentido de que la hipoteca se establece para (cuando proceda) asegurar tal obligación. (p. 276)

Queda claro, entonces, que la hipoteca en garantía de obligaciones futuras no se opone al carácter accesorio de dicho derecho. También en estos casos existe accesoriedad pues los créditos que posteriormente se contraigan por el deudor estarán cubiertos por la garantía, en virtud de que dicha hipoteca fue constituida para tal fin y no para ser un derecho autónomo e independiente a la obligación (Del Risco Sotil, 2014, p. 199).

La accesoriedad significa que depende del principal; por tanto, carece de vida propia e independiente pues no se concibe hipoteca por la hipoteca misma, y siempre acompaña a un crédito al cual accede. El artículo 1097 del Código Civil le asigna esta característica. Se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación; en consecuencia, sigue la suerte y condición jurídica del crédito, sea puro y simple a plazo o constituido por terceros en garantía de una obligación cualquiera (Muro, 1999, p. 71).

La hipoteca, indicaba Avendaño (2011), “como todos los derechos reales de garantía, es accesorio de una obligación. Esta última es lo principal y tiene vida propia: puede subsistir sin la garantía. En cambio, la hipoteca no puede existir sola, necesariamente debe

ser accesoria de una obligación” (p. 583). Por consiguiente, la hipoteca subsiste y se extingue con el crédito (Muro, 1999, p. 81).

Del carácter accesorio de la hipoteca se desprenden importantes consecuencias prácticas (Musto, 2000, p. 240):

- la nulidad de la obligación acarrea la nulidad de la hipoteca, pero la nulidad de la hipoteca no perjudica la validez de la obligación;
- no es posible ceder la hipoteca sin hacer cesión expresa del crédito a que accede; y,
- la hipoteca está subordinada a la existencia de la obligación y se extingue con esta.

En similar sentido, Cuadros Villena (1996, pp. 289-293) consideraba que las consecuencias de esta condición de accesoriadad que tiene la hipoteca son:

- Que no podrá transferirse la hipoteca, independientemente del crédito. Lo que significa que no podrá transferirse la hipoteca autónomamente. Pero sí podrá transferirse el bien principal (el crédito) sin la hipoteca; caso en el que ya no se trataría de un crédito hipotecario. Puede ser adquirido el crédito, sin exigirse la transferencia de la hipoteca.
- Si el crédito se encuentra sometido a alguna de las modalidades del acto jurídico; esto es, si está sometido a condición o plazo, la hipoteca tendrá eficacia desde que se cumple el plazo o la condición. No será exigible la obligación mientras no se haya cumplido el plazo o la condición.
- La hipoteca se extinguirá, en cuanto se haya pagado la obligación que garantiza.
- Si el crédito fuese anulado, o fuese fenecido por rescisión o resolución de la obligación, también la hipoteca acabará. Quiere decir que si la obligación

Comentario relevante de los autores



La hipoteca es un derecho accesorio que, únicamente, se constituye cuando se quiere garantizar alguna obligación.

garantizada es declarada nula, o se ha rescindido o resuelto de alguna otra forma el crédito del cual deriva, se acabará la garantía y fenecerá entonces la hipoteca.

- La competencia de los tribunales para conocer la hipoteca será la misma que conozca del crédito principal. Esto en razón de que no puede discutirse la hipoteca independientemente del debate del crédito. Sin embargo, puede suceder que la hipoteca, aisladamente del crédito, fuese objeto de cuestionamiento judicial por vicios de forma. En este caso la competencia también la determinará el crédito.
- La hipoteca también prescribirá al prescribir la obligación principal. La extinción del crédito por prescripción llevará consigo la extinción de la hipoteca, que no podrá subsistir independientemente del crédito.
- La cesión del crédito es también la cesión de la hipoteca. La hipoteca no puede transmitirse independientemente del crédito.

“Como la hipoteca puede garantizar toda clase de obligaciones, es posible que se establezca para garantizar obligaciones condicionales o a plazo” (Vásquez Ríos, 2011, p. 84). Asimismo, del carácter accesorio de la hipoteca se sigue también que si la obligación que garantiza se halla sujeta a una condición suspensiva, el gravamen solo valdrá si la condición se cumple. Cuando la condición sea extintiva (resolutoria), el cumplimiento de ella acarrea la desaparición tanto

Comentario relevante de los autores



Como la hipoteca puede garantizar toda clase de obligaciones, es posible que se establezca para garantizar obligaciones condicionales o a plazo.

de la obligación principal, como de la hipoteca que la garantice (Pérez Vives, 1990, pp. 83-84).

Debe dejarse aclarado que la hipoteca –lo mismo que la garantía mobiliaria– es “accesorio de la obligación”, pero no “obligación accesoria”, puesto que se trata de un derecho real al que no corresponde obligación alguna (Mariani de Vidal, 2004, p. 165).

Finalmente, algunos autores no consideran dicho carácter accesorio. Heck, por ejemplo, señala que la relación entre hipoteca y obligación principal es de igualdad y comparten posiciones paralelas. Por su parte Lacal va más allá y establece que lo accesorio es el crédito y no la hipoteca (Mey Berisso, 1958, p. 38).

Base legal: artículos 1097 y 1122.

Artículo 1097.- Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.

(...)

Artículo 1122.- La hipoteca se acaba por:

1.- Extinción de la obligación que garantiza.

(...)

3. Temporalidad

Por su carácter accesorio, la hipoteca tiene naturaleza temporal.

Según Arias-Schreiber (2006), la hipoteca “necesariamente se resuelve con el tiempo, sea por la cancelación de la obligación que garantiza, sea por la realización del bien o cualquiera de las formas de extinción del gravamen” (p. 648). Usualmente, la temporalidad de la hipoteca se deriva de la existencia de un plazo previsto para cumplir con la obligación que garantiza.

El plazo de la hipoteca puede ser inicial o suspensivo, final o resolutorio, así como cierto e incierto. De esta manera, podrá pactarse que la hipoteca produzca sus efectos desde y hasta determinada fecha. Pasado el plazo, final o resolutorio, no podrá ejecutarse el bien gravado con la hipoteca (Beaumont, 2011, p. 613).

Base legal: artículo 1105

Artículo 1105.- La hipoteca puede ser constituida bajo condición o plazo.

4. Especialidad

La especialidad tiene un doble aspecto:

a) Especialidad en cuanto al inmueble

Es un derecho real que recae directamente sobre un bien, cualquiera sea su poseedor (Jiménez Clar, 1990, p. 187).

La hipoteca se constituye sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas (Alterini, Corna, Angelani, & Vásquez, 2000, p. 5), ello siguiendo la línea de los derechos reales que gozan por su propia naturaleza de esta característica, pues el objeto del derecho real es siempre una cosa cierta e individualmente determinada (Mariani de Vidal, 2004, p. 167), además el bien deberá ser susceptible de enajenación.

La propiedad del bien hipotecado no ha de ser necesariamente del deudor de la obligación principal; cabe la posibilidad de hipotecar fincas en garantía de las obligaciones

contraídas por otro (hipotecante no deudor) o de que los bienes hipotecados se hayan transmitido sin que el adquirente de los mismos se haya subrogado en el crédito garantizado (tercer poseedor de finca garantizada) (Jiménez Clar, 1990, p. 190).

Según Arias-Schreiber (2006), el artículo 1100 consagra el principio de la especialidad objetiva y supone que en toda constitución del gravamen figure su ubicación, área y linderos, la calle y numeración si se trata de predios urbanos y la jurisdicción a la que está sujeto el bien (p. 663). En similar sentido Alberdi Imas (2016) indica que

(...) lo importante a la hora de determinar el objeto, es aportar los datos del inmueble sobre el cual recaerá la garantía. Así puede nombrarse como requisitos, el individualizar la provincia a la cual pertenece, puesto que los registros inmobiliarios son locales; partido donde está radicado el inmueble, número de folio real y nomenclatura catastral; ubicación, superficie, medidas y linderos. (p. 156)

El artículo 1100 del Código Civil recoge el principio de especialidad de la hipoteca, según el cual debe individualizarse en el acto constitutivo de la hipoteca el bien o bienes hipotecados. El fundamento de esta norma se encuentra en la necesidad de otorgar seguridad jurídica al tráfico de bienes inmuebles, eliminando las repudiadas hipotecas generales u ocultas (Horna Zegarra, 2000, p. 303), además esta norma comprende una disposición dirigida a precisar, en un sentido determinado, el diseño del derecho de hipoteca en nuestro ordenamiento y, a la vez, un mandato relativo al contrato de hipoteca, que impone que el objeto del mismo sea específicamente determinado (Granda, 2011, p. 595).

Comentario relevante de los autores



El artículo 1100 del Código Civil recoge el principio de especialidad de la hipoteca, según el cual debe individualizarse en el acto constitutivo de la hipoteca el bien o bienes hipotecados.

Nótese que el Código utiliza el vocablo “inmuebles”, sin la calificación previa de cosa, derecho o bien, pero es indudable que pueden ser materia de hipoteca tanto las cosas inmuebles, como los derechos sobre inmuebles, como en el caso de la propiedad en copropiedad, en el que no existe una parte material del bien, sino cuotas ideales (Palacios Castillo, 2002, p. 61).

Para nuestra jurisprudencia, de conformidad con el artículo 1100, “se entiende que el bien debe estar individualizado con la fijación del área, linderos y medidas perimétricas que deben coincidir con aquellas señaladas en la ficha registral del Registro de Propiedad Inmueble”¹.

La especialidad, respecto de los bienes, exige que el gravamen recaiga sobre inmuebles específicamente determinados, por otro lado no puede haber hipoteca sobre bienes futuros, conforme al artículo 1106. Esta es una norma de orden público por tanto no existe pacto válido posible que establezca una hipoteca sobre un bien que se concibe como futuro; lo que sí podría suceder es que se sancione una norma que establezca lo contrario, como ya ha sucedido, pero que por diversas razones –que explicaremos en las líneas siguientes– puede resultar infructuosa, aun cuando bien intencionada (Becerra, 2011,

¹ Cas. N° 2402-2012-Lambayeque.

p. 616). En el Derecho comparado podemos recoger la experiencia colombiana, en cuyo caso, este tipo de hipoteca únicamente concede al acreedor un derecho expectativo que es “el de hacer inscribir el gravamen sobre los inmuebles que el constituyente adquiera y a medida que los vaya adquiriendo” y –añadimos nosotros– que el bien sea actual (Becerra, 2011, p. 618).

Base legal: artículos 1100 y 1099:

Artículo 1100.- La hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados.

Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:

1.- Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley

(...)

b) Especialidad en cuanto al crédito

La hipoteca constituye una forma de garantizar una obligación (Muro, 1999, p. 68), como una medida preventiva y cautelar de carácter patrimonial, que garantiza y protege los derechos de crédito (Horna Zegarra, 2000, p. 302).

La garantía hipotecaria alcanza a determinado crédito, que además debe estimarse en una suma de dinero. No podría constituirse, por ejemplo, una hipoteca en garantía de todos los créditos que pudiesen deberse sin otra precisión. Es necesario indicar que el crédito proviene de cierto préstamo. La hipoteca, que es un derecho accesorio, debe estar unida a un derecho determinado (Alterini, Corna, Angelani, & Vásquez, 2000, pp. 3-4).

En virtud de este principio la obligación garantizada por hipoteca deberá estar perfectamente determinada (Jiménez Clar, 1990, p. 188). Si la hipoteca respalda una obligación, más allá que provenga del deudor o de un tercero, lo mínimo que puede esperarse

razonablemente es que se identifique cuál es esa obligación garantizada, al margen que sea simple o modal (Ortega Piana, 2013, p. 168).

La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen, en efecto el artículo 2189 del Código Civil y Comercial argentino establece que “(...) el crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; más en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto”. De no poder individualizarse el objeto por ser indeterminado a la hora de la constitución de la hipoteca, se permitirá que pueda hacerse posteriormente, sin embargo, se le añade un requisito a la estructura del derecho real de hipoteca en caso de asegurar créditos futuros: el monto de la garantía valdrá como máximo del gravamen, sin poder este ser aumentado bajo ningún concepto (Alberdi Imas, 2016, p. 158).

En dicho supuesto, debe entenderse que existe una relación jurídica entre las partes, la que quedará explicitada en el contrato fuente al cual accede la hipoteca, y esta será la base sobre la que el crédito se generará. En otras palabras, existe una relación causal de la cual se debe dejar constancia en el acto constitutivo, de donde se derivarán obligaciones, las cuales son determinables. En el contrato deberán fijarse ciertos parámetros que sirvan para determinar cuáles son las obligaciones que quedarán resguardadas (Alberdi Imas, 2016, p. 155).

El principio de especialidad requiere que la hipoteca asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable (Del Risco Sotil, 2014, p. 200).

Base legal: numeral 2 del artículo 1099.

Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:

(...)

2.- Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.

(...)

c) Obligaciones futuras o eventuales

La hipoteca, como regla general, se constituye en respaldo de una obligación presente del deudor (Bigio Chrem, 1991, p. 116).

Sin embargo, el Código, recogiendo la orientación de la legislación moderna permite 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 (Cueva Morales, 1986, p. 63). A esto se denomina crédito abierto, el cual no fue tratado en el Código de 1936 y está destinado a favorecer el desarrollo del crédito, permitiendo que la garantía no solo cubra una obligación existente sino también una futura o eventual. Desde luego, y en aplicación del principio de accesoriedad, la validez de la garantía estará sujeta a que la obligación futura o incierta se convierta en una obligación que en un momento determinado tenga existencia y sea cierta. De otro modo, no habrá forma de hacer efectiva la garantía, pues esta presupone una obligación que le es principal (Arias Schreiber Pezet, 2006, p. 668).

La denominada “garantía sábana” no alcanza a las garantías reales constituidas por terceros en favor de una entidad financiera, dado que en dicho caso las obligaciones objeto de garantía serán solo aquellas que expresamente hayan sido detalladas por el deudor en el contrato de garantía respectivo (Morales, 2011, p. 608).

Base legal: artículo 1104.

Artículo 1104.- La hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual.

Comentario relevante de los autores



La validez de la garantía estará sujeta a que la obligación futura o incierta se convierta en una obligación que en un momento determinado tenga existencia y sea cierta.

5. Indivisibilidad

La hipoteca es indivisible.

Cada una de las cosas hipotecadas y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda. Esto significa que el acreedor puede hacerla efectiva sobre el fondo formado por los bienes gravados, y sobre cada una o todas las partes en que se puedan dividir, hasta lograr que su deuda sea completamente satisfecha (Silva, 1975, p. 20). La hipoteca será indivisible y subsistirá por entero sobre todos los bienes hipotecados.

La regulación de la hipoteca se orienta a vigorizar el derecho del acreedor hipotecario, otorgándole los derechos de persecución, preferencia y venta judicial. Así, se introduce el principio de la indivisibilidad de la hipoteca, en cuya virtud la totalidad del inmueble garantiza el saldo del crédito por diminuto que sea el importe de este que aún subsista (Bigio Chrem, 1991, p. 111).

Según nuestra jurisprudencia:

- “Un carácter jurídico de la hipoteca es su indivisibilidad, de tal manera que recae sobre el todo y cada una de las partes, y si el bien hipotecado se divide, todas y cada una de las partes continúan gravadas en garantía del cumplimiento o pago”².

2 Cas. N° 306-97-Arequipa.

- “La hipoteca es un derecho real, accesorio e indivisible, pues el acreedor tiene el derecho de persecución y venta del bien, se constituye en garantía de un crédito u obligación y se extiende a todas las partes del bien hipotecado”³.

La indivisibilidad es una de las modalidades más típicas del derecho real de hipoteca establecida en favor del acreedor quien, mediante la indivisibilidad, tiene garantizado su crédito en todos y cada uno de los inmuebles afectados y con cada parte de ellos, todo lo cual responde al pago íntegro de dicho crédito y cada fracción del mismo (Arias Schreiber Pezet, 2006, p. 649). Cabe mencionar que el artículo 1102 del Código es una norma dispositiva; esto es, las partes pueden pactar en contrario; ello resulta lógico pues el único beneficiado con la indivisibilidad de la hipoteca es el acreedor de la obligación –o eventualmente sus sucesores–, con lo que al Estado no le interesa imponer la indivisibilidad a un acreedor que incluso puede renunciar al derecho real mismo (Becerra, 2011b, p. 601).

La indivisibilidad es el carácter creado en beneficio de los acreedores.

Base legal: artículo 1102.

Artículo 1102.- La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados.

a) Reducción de la hipoteca

No obstante la indivisibilidad, el deudor tiene derecho a la reducción del gravamen y adecuarlo al monto real de la obligación (Palacios Castillo, 2002, p. 61). Se trata de un beneficio de los deudores para darles mayor seguridad y para prestigiar la hipoteca. Una garantía que deja el bien que la constituye en poder del deudor o del hipotecante tiene

la necesidad de asegurar, del mejor modo, la obligación (Cuadros Villena, 1996, p. 297).

La reducción de la hipoteca modifica el principio de indivisibilidad, pero responde a principio de equidad, pues no es justo seguir manteniendo una hipoteca para garantizar una parte diminuta del crédito, porque esto linda con el abuso de derecho pues en atención a la indivisibilidad la hipoteca seguirá gravando la totalidad del bien sobre el que se instituyó la garantía (Palacios Castillo, 2002, p. 61).

Ahora bien, las consecuencias de la indivisibilidad del derecho son claras, es así que si el inmueble se divide, todas y cada una de las partes quedan afectadas al gravamen; lo mismo ocurre cuando se ha pagado parcialmente la obligación garantizada, el gravamen subsiste hasta el total de la cancelación de esta; lo que no impide que de común acuerdo deudor y acreedor decidan levantar la hipoteca y gravar nuevamente el bien, pero solo en forma parcial o cambiar el monto de la obligación afianzada, todo ello es posible en la hipoteca convencional, en virtud de la libertad contractual (Maisch von Humboldt, 1980, p. 146).

Lo anterior significa como dice Pérez Vives (1990, pp. 87-88):

Que cada parcela del inmueble hipotecado, por pequeña que sea, garantiza la totalidad de la deuda. Luego, si el predio gravado se divide entre los herederos del constituyente, el acreedor tiene derecho a exigir de cada uno de ellos el pago de la totalidad de la obligación. De todos modos, la hipoteca sigue pesando sobre el inmueble y cada uno de sus partes, por ello el acreedor puede demandar a todos los herederos, conjuntamente, si lo desea y el pago que cada uno de ellos haga de

³ Cas. N° 723-98- Arequipa.

su parte en la deuda, no lo autoriza para exigir la cancelación del gravamen sobre la posición que le corresponde, mientras no haya sido pagada la totalidad de dicha deuda.

Respecto al inmueble hipotecado, “no importa la división del bien gravado, la hipoteca subsiste por entero en cada una de las partes divididas. Cada porción del inmueble responde por la totalidad de las obligaciones garantizadas, sin que su separación perjudique el derecho del acreedor” (Del Risco Sotil, 2014, p. 201).

- Que cada fracción de la deuda está garantizada por la totalidad del inmueble. Si el acreedor muere y deja varios herederos, o existen varios coacreedores, la división del crédito entre estos no incide sobre la hipoteca, la cual continúa garantizando en toda su integridad la porción del crédito atribuida a cada heredero o correspondiente a cada acreedor.

Así, en relación al crédito garantizado, la hipoteca no se divide por la extinción parcial de las deudas cubiertas por la garantía (Del Risco Sotil, 2014, p. 201).

Por ser un carácter natural, las partes pueden eludir la indivisibilidad pactando la divisibilidad del objeto (o sea, que los distintos inmuebles se enajenen separadamente, o que se divida en lotes el inmueble divisible), o la divisibilidad del crédito (*i.e.* que los pagos parciales permitan la extinción parcial del crédito y lleven a su cancelación parcial) (Alterini, Corna, Angelani, & Vásquez, 2000, p. 6).

Base legal: artículos 1115 y 1116.

Artículo 1115.- El monto de la hipoteca puede ser reducido por acuerdo entre acreedor y deudor.

La reducción sólo tendrá efecto frente a tercero después de su inscripción en el registro.

Comentario relevante de los autores



Por ser un carácter natural, las partes pueden eludir la indivisibilidad pactando la divisibilidad del objeto (o sea, que los distintos inmuebles se enajenen separadamente, o que se divida en lotes el inmueble divisible), o la divisibilidad del crédito.

Artículo 1116.- El deudor hipotecario puede solicitar al juez la reducción del monto de la hipoteca, si ha disminuido el importe de la obligación. La petición se tramita como incidente.

6. Literalidad

La hipoteca solo es exigible conforme a lo que se obliga *expressis verbis* el constituyente, no podemos hablar de hipoteca tácita.

La garantía únicamente responderá a lo que el constituyente de forma literal se ha obligado en el título constitutivo (Canelo Rabanal, 2012, p. 123)

El principio de literalidad engloba a lo que requiere y pide esta garantía, ni más ni menos, toda vez que se rige por lo que se ha pedido y establecido en la constitución, o en algún momento posterior, de la hipoteca.

7. Formalidad

Es la solemnidad.

La hipoteca requiere una expresión de forma para que ingrese en la “vida de relación”, siendo esta la escritura pública, *in sollemnis forma dat esse rei*.

La forma es consustancial al acto jurídico de hipoteca, pues es el único modo de probar su existencia y contenido, no solo cumple una

Comentario relevante de los autores



La hipoteca requiere una expresión de forma para que ingrese en la “vida de relación”, siendo esta la escritura pública, *in sollemnibus forma dat esse rei*.

función probatoria (*ad probationem*) sino es la única prueba de su existencia (*ad sollemnitatem*) ya que no admite prueba supletoria⁴.

Según el Digesto, la escritura pública no era requisito de existencia para la validez de la garantía hipotecaria, pudiéndose probar por cualesquiera de los medios arbitrados por la ley procesal. Decía en la ley 4, título I, libro XX que “la hipoteca constituida por pacto no requiere del formalismo para ser válida, de tal manera que si se convino la garantía sin escritura y se pudiera probar la existencia del gravamen, este será válido” (Arias-Schreiber Pezet, 2006, p. 657).

Según nuestra jurisprudencia:

(...) para que un acto jurídico pueda ser admitido como válido es menester que cumpla con los requisitos de validez previstos para tal efecto, que el caso específico *submateria*, tratándose de hipoteca, el artículo 1098 del Código Civil ha establecido como formalidad para su constitución que sea otorgada por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley⁵.

Ciertamente, por mandato imperativo del artículo 1098 del Código, la hipoteca debe

constituirse por escritura pública, salvo disposición legal diferente (como sería el caso de las hipotecas legales), por lo que aquella solemnidad debía ser respetada de antemano por las partes para su constitución⁶. La sola minuta es insuficiente para su celebración, pues dicha garantía real recién se habrá configurado con tal cuando se eleve a escritura pública, por ser un requisito de validez, y no antes⁷.

La hipoteca celebrada a través de escritura pública permite que esta garantía tenga efectos relativos; *i.e.* únicamente entre las partes. Esto trae deficiencias en el sistema ya que al no publicitar a terceros dicha garantía, el deudor podría despojarse del bien, argumentando el adquirente, el haber celebrado el contrato de transferencia de buena fe (Canelo Rabanal, 2012, p. 122)

No es un contrato real sino solemne toda vez que no se perfecciona con la *traditio* sino con la observancia de la forma prescrita, en este caso escritura pública y subsiguiente inscripción en el Registro (Maisch von Humboldt, 1980, p. 146). Así, a la solemnidad se la conceden dos elementos:

- El documento, la escritura pública, art. 1098.
- El registro, la inscripción en el registro de propiedad inmueble, art. 1099, inc. 3.

No se concibe una hipoteca oral, pues la seguridad de contratación exige que las condiciones de la hipoteca consten por escrito (Palacios Castillo, 2002, p. 63). En efecto, al exigirse una escritura pública en la constitución de la hipoteca, la misma no será válida si se realiza de una manera oral o en documento privado.

4 Cas. N° 1117-2000-Arequipa.

5 Cas. N° 217-2003-Lima.

6 Cas. N° 1218-2006-Ucayali.

7 Cas. N° 1680-2001-Lima.

Tiene como antecedentes el artículo 2042 del Código de 1852 y el artículo 1012 del Código de 1936.

Base legal: artículos 1098 y 1099:

Artículo 1098.- La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.

Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:

(...)

3.- Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.

8. Publicidad

Se refiere a la inscripción, como medio dirigido a la publicidad, que representa el carácter esencial de la hipoteca.

La hipoteca es la garantía real por excelencia, configurándose como gravamen en la medida en que la respectiva afectación haya sido inscrita, no admitiéndose generación alterna a través de otro mecanismo de publicidad. “En la hipoteca se muestra especialmente claro que el fin de la inscripción no es otro que dar publicidad al derecho real” (Westermann, Westerman, Gursky, & Eickmann, 2007, p. 1145). No hay hipoteca sin inscripción registral, sin esta última el acreedor estará descubierto para fines de la recuperación de su crédito (Ortega Piana, 2013, p. 166). La hipoteca no inscrita no es un derecho real (Palacios Castillo, 2002, p. 63) representa, tan solo, un derecho personal, en tanto su exigencia debe ser así tratada. El derecho real de hipoteca se constituye por la inscripción en el registro de propiedad. El momento de la inscripción determina el rango hipotecario. En las hipotecas voluntarias, es decir cuando la constitución de la hipoteca se constituye por acuerdo entre el deudor o un tercero con el acreedor, la

Comentario relevante de los autores



Al exigirse una escritura pública en la constitución de la hipoteca, la misma no será válida si se realiza de una manera oral o en documento privado.

inscripción debe ser precedida del otorgamiento del contrato de hipoteca en escritura pública (Álvarez Caperochipi, 2015, p. 382).

Como todos los derechos reales debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble a fin de que pueda ser opuesta a terceros (Mariani de Vidal, 2004, p. 166). De lo dicho podemos derivar que la hipoteca, gracias a ser generada por el mecanismo de reconocibilidad más perfecto que se conoce, se constituye en una relación jurídica cuya oponibilidad supera incluso a la misma propiedad, considerada tradicionalmente como la más perfecta de las relaciones reales.

De acuerdo con el numeral 3 del artículo 1099 del Código, uno de los requisitos para la validez de la hipoteca es que el gravamen se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble. Según Cuadros Villena (1996) “la inscripción constituye la expresión de la publicidad de la hipoteca. La inscripción es, pues, no solamente la solemnidad de la hipoteca, sino –fundamentalmente– la garantía y seguridad de los terceros” (p. 319).

La publicidad de la hipoteca conlleva que esta sea un derecho de constitución registral, porque al no existir desplazamiento de la posesión a favor del acreedor hipotecario, los terceros requieren de un mecanismo que les permita conocer la existencia del gravamen. *A contrario sensu*, existirían hipotecas ocultas que afectarían el derecho no solo de potenciales adquirentes sino, además, de posibles acreedores que confieran créditos

Comentario relevante de los autores



La publicidad de la hipoteca conlleva que esta sea un derecho de constitución registral, porque al no existir desplazamiento de la posesión a favor del acreedor hipotecario, los terceros requieren de un mecanismo que les permita conocer la existencia del gravamen.

confiando en la situación “limpia” de gravámenes de los inmuebles del deudor (Del Risco Sotil, 2014, p. 201).

Según la Sentencia del Sexto Pleno Casatorio Civil⁸:

En la hipoteca no existe la entrega del inmueble al acreedor o al depositario designado por ambas partes, sustituye la falta de entrega con la inscripción del gravamen en el Registro de Propiedad Inmueble como acto constitutivo para el nacimiento de este derecho.

Para otros autores, la publicidad registral de la hipoteca no es un requisito esencial ni tiene carácter constitutivo. Es, sin embargo, presupuesto de su eficacia y oponibilidad a terceros (Musto, 2000, p. 250). En efecto, “a través de esta publicidad, el acreedor podrá dar a conocer su derecho, logrando el efecto de oponibilidad frente a terceros que tengan interés en el acto” (Alberdi Imas, 2016, p. 158).

Para que sea eficaz la constitución de la hipoteca, es necesario que una vez constituido el derecho de acuerdo a las formalidades del acto (escritura pública) sea inscrita. Recuérdese, que al no ejercerse este derecho real

por la posesión, es indispensable para que sea oponible a terceros interesados que se realice la publicidad registral (Alberdi Imas, 2016, p. 158).

A la vista de esta exigencia de inscripción registral, se ha estimado por la doctrina, que la inscripción de la hipoteca en el registro tiene carácter constitutivo, es decir, que la no inscripción ocasiona la ineficacia absoluta frente a terceros y entre las partes (Vásquez Ríos, 2011, p. 84).

A la vista de esta exigencia de inscripción registral, se ha estimado por la doctrina, que la inscripción de la hipoteca en el registro tiene carácter constitutivo, es decir, que la no inscripción ocasiona la ineficacia absoluta frente a terceros y entre las partes (Vásquez Ríos, 2011, p. 84). “La hipoteca se constituye por la inscripción en el registro de la propiedad. El momento de la inscripción determina el rango hipotecario” (Álvarez Caperochipi, 1987, p. 145).

Base legal: inciso 3 del artículo 1099:

Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:

(...)

3.- Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.

Conclusiones

Las características limitan y delimitan a una institución. Ofrecen los parámetros para determinar su definición y alcances (efectos y trascendencia).

Para el caso de la hipoteca, apreciamos que sus características son múltiples y variadas,

⁸ Cas. N° 2402-2012-Lambayeque.

lo que marca su esencia como la garantía por excelencia dentro del régimen real vigente. De las ocho características mencionadas resultaría difícil indicar cuál, en orden, es más importante una que otra. Lo que sí debemos tener en cuenta es que estas características servirán para adaptar a la hipoteca, potenciándola, dentro de un moderno régimen de garantías en la línea de prevenir contingencias económicas y riesgos a los que puede estar afectada una relación comercial.

Referencias bibliográficas

- Albaladejo, M. (1983). *Derecho civil* (5ª ed., Vol. III). Barcelona: Bosch.
- Alberdi Imas, L. (2016). La hipoteca y sus caracteres en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*(46).
- Alterini, J. H., Corna, P. M., Angelani, E. B., & Vásquez, G. A. (2000). *La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra. La acción revocatoria concursal*. Buenos Aires: La Ley.
- Álvarez Caperochipi, J. (2015). *Derechos reales*. Lima: Jurista Editores.
- Álvarez Caperochipi, J. A. (1987). *Curso de Derechos reales* (Vol. II). Madrid: Civitas.
- Arias-Schreiber Pezet, M. (2006). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984* (Vol. 2). Lima: Gaceta Jurídica.
- Avendaño, J. (2011). Definición de hipoteca. En W. Gutierrez, & M. Muro, *Código Civil comentado* (3ª ed., Vol. V). Lima: Gaceta Jurídica.
- Beaumont, R. (2011a). Hipoteca para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador. En W. Gutierrez, & M. Muro, *Código Civil comentado* (3ª ed., Vol. V). Lima: Gaceta Jurídica.
- Beaumont, R. (2011b). Hipoteca sujeta a modalidad. En W. Gutierrez, & M. Muro, *Código Civil comentado* (3ª ed., Vol. V). Lima: Gaceta Jurídica.
- Becerra, M. (2011a). Hipoteca sobre bienes futuros. En W. Gutierrez, & M. Muro, *Código Civil comentado* (3ª ed., Vol. V). Lima: Gaceta Jurídica.
- Becerra, M. (2011b). Indivisibilidad de la hipoteca. En W. Gutierrez, & M. Muro, *Código Civil comentado* (3ª ed., Vol. V). Lima: Gaceta Jurídica.
- Benavides, X. (2011). Extensión de la hipoteca en cuanto al crédito. En W. Gutierrez, & M. Muro, *Código Civil comentado* (3ª ed., Vol. V). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Bigio Chrem, J. (1991). Reflexiones en relación a la hipoteca en el Código civil de 1984. *Derecho PUCP*(45). Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6159/6184>
- Canelo Rabanal, R. (2012). *Manual de Derecho de garantías*. Arequipa: Adrus.
- Cuadros Villena, C. F. (1996). *Derechos reales* (Vol. IV). Lima: Fecat.
- Cueva Morales, C. (1986). Hipoteca en garantía de una obligación futura o eventual. *Themis*.
- Del Risco Sotil, L. F. (2014). La cobertura y vigencia extraordinaria de la hipoteca sábana. *Themis*(66).
- Granda, C. (2011). Bienes sobre los que recae la hipoteca. En W. Gutierrez, & M. Camacho, *Código Civil comentado* (3ª ed., Vol. V). Lima: Gaceta Jurídica.
- Hernández Canelo, R. (2014). *Derecho romano. Historia e instituciones*. Lima: Jurista.
- Horna Zegarra, Z. (2000). La extensión de la hipoteca comentarios a la sentencia del tribunal constitucional. *Themis*(40).
- Jiménez Clar, A. (1990). *Introducción al Derecho civil patrimonial*. Alicante: Compas.
- Leuro, A. (1972). *La hipoteca*. Bogotá: Temis.
- Maisch von Humboldt, L. (1980). *Los derechos reales*. Lima: Sesor.
- Mariani De Vidal, M. (2004). *Derechos reales* (7ª ed.). Buenos Aires: Zavalía.
- Mey Berisso, R. (1958). *Derecho hipotecario*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Morales, A. (2011). Hipoteca respecto de obligación futura. En W. Gutierrez, & M. Muro, *Código Civil comentado* (3ª ed., Vol. V). Lima: Gaceta Jurídica.
- Muro, A. (1999). *Manual de derechos reales de garantía*. Lima: Zes.
- Musto, N. J. (2000). *Derechos reales* (Vol. 2). Buenos Aires: Astrea.
- Ortega Piana, M. (2013). El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado. Problemática relativa a las obligaciones (actualmente) inexistentes. *Ius et veritas*(46).
- Palacios Castillo, E. (2002). La hipoteca. *Docentia et Investigatio*.
- Papaño, R., Kiper, C., Dillón, G., & Causse, J. (2004). *Derechos Reales* (2ª ed., Vol. 1). Buenos Aires: Astrea.
- Pérez Vives, Á. (1990). *Garantía civil. Hipoteca, prenda y fianza*. Bogotá: Temis.
- Santa María Mecq, L. C. (setiembre de 2001). La hipoteca en el Derecho peruano. *Revista peruana de jurisprudencia*(7).
- Schwartzmann Larco, V. (1986). Las hipotecas ocultas. *Themis*(4).
- Serrano, E., & Serrano Gómez, E. (2005). *Manual de Derechos Reales*. Madrid: Edisofer.
- Silva, M. d. (1975). *La hipoteca*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Vásquez Ríos, A. (2011). *Derechos reales de garantía* (5ª ed., Vol. II). Lima: San Marcos.
- Westermann, H., Westerman, H., Gursky, K.-H., & Eickmann, D. (2007). *Derechos reales* (7ª ed., Vol. II). Madrid: Fundación Cultural del Notariado.