

# La Injustificada Negativa de la Cancelación Unilateral de la Hipoteca Unilateral

Rómulo Morales Hervias\*

*“En el presente artículo el autor realiza una crítica frontal a las resoluciones del Tribunal Registral, doctrina nacional y la normativa registral que, en pocas palabras, propugnan la imposibilidad de la anulación unilateral de la hipoteca unilateral negando la validez y eficacia de esta figura. Señala que no existe ninguna justificación posible para negar la constitución, regulación o extinción de efectos jurídicos a través de esta controvertida figura.”*

## 1. Propósito

El Código Civil peruano de 1984—en adelante CC—no ha regulado expresamente la hipoteca unilateral y ello ha inducido a pensar a muchos que la hipoteca no puede constituir, ni regular, ni extinguir efectos jurídicos. Ello es completamente falso por diferentes razones. Una primera razón es que el acto de constitución, regulación o extinción de efectos jurídicos a través de la hipoteca unilateral no es otra cosa que un negocio jurídico unilateral. Quienes piensan que la hipoteca unilateral no está regulada olvidan que los negocios jurídicos unilaterales adquieren validez por su sola manifestación siempre y cuando no exista una normativa expresa que los prohíba. La eficacia de la hipoteca unilateral se produce indudablemente con la inscripción<sup>1</sup>. Una segunda razón es que la hipoteca no es un derecho real sino una garantía que puede constituirse, regularse o extinguirse mediante un negocio jurídico unilateral. Esta garantía responde al principio de que el deudor responde de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros. Este principio es el sustento de muchas normas jurídicas en el CC como por ejemplo los institutos del fraude a los acreedores y de la acción subrogatoria. Así, el patrimonio del deudor está destinado a la satisfacción del interés del acreedor<sup>2</sup>. Una tercera razón es que detrás de la admisión o de la negación de la hipoteca

unilateral en el CC subyacen falsas creencias como la tipicidad de los negocios jurídicos unilaterales o la supremacía del contrato. La mayoría está inclinada a razonar en términos contractuales y a restringir la admisión de los negocios jurídicos unilaterales atípicos. Ello es producto de la tradición jurídica de creer que todo gira en razón de los contratos y no de otros actos distintos de aquellos. Esta forma de pensar desconoce que no solo los contratos satisfacen los intereses privados sino también los negocios jurídicos unilaterales logran esa satisfacción.

A continuación, desarrollaremos nuestras objeciones a ciertas afirmaciones emitidas por el Tribunal Registral peruano y de alguna doctrina nacional sobre la cancelación unilateral de la hipoteca unilateral a fin de defender la existencia y la efectividad de la constitución, de la regulación o de la extinción de efectos jurídicos mediante hipoteca unilateral en el ordenamiento jurídico peruano.

## 2. Aplicabilidad de la Cancelación de la Hipoteca Unilateral

Todavía es curioso que la doctrina y la jurisprudencia registral en el Perú sigan emitiendo opiniones en base a la doctrina y a la legislación españolas del siglo diecinueve y mediados del siglo veinte cuando

\* Abogado por la Universidad de Lima. Magister por la Universidad di Roma “Tor Vergata”. Diplomado en Derecho Romano; y en Derecho de los Consumidores y de la Responsabilidad Civil por la Universidad di Roma “La Sapienza”. Doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Ordinario de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 PAU PEDRÓN, Antonio, “La hipoteca unilateral: constitución, aceptación, cancelación” en La publicidad registral, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pág. 622: “Hipoteca unilateral es la constituida—es decir, inscrita— con el solo consentimiento del hipotecante”.

2 MACARIO, Francesco, “Responsabilità e garanzia patrimoniale: Nozione introduttiva” en AA.VV., Diritto Civile, Diretto da Nicolò Lipari y Pietro Rescigno e coordinato da Andrea Zoppini, Volume IV, Attuazione e tutela dei diritti, II, L’attuazione dei diritti, Giuffrè Editore, Milán, 2009, pág. 166

nuestro CC ha regulado expresamente los institutos regulados en los derechos francés, alemán, italiano y portugués. En efecto, nuestro CC ha importado normativamente las instituciones de esos derechos europeos y lo lógico es conocer el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de estas instituciones. En el caso concreto de la hipoteca unilateral la doctrina italiana es la que mejor ha desarrollado el tema.

En España no hay duda que el texto de la ley regula la hipoteca unilateral<sup>3</sup>, pero a pesar de ello la hipoteca unilateral ha sido negada porque solo se puede hablar de hipoteca condicional o de sola manifestación del consentimiento (¡!) formal o de una expectativa de hipoteca o de un derecho de adquisición preferente de hipoteca o de una reserva de rango<sup>4</sup>. La esencia de la hipoteca radica en que sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone. El lado pasivo o de gravamen absorbe todo el contenido de la figura; el lado activo o derecho implica únicamente la facultad de hacer efectivo el gravamen: la facultad de exigir la enajenación<sup>5</sup>.

La discusión doctrinaria mencionada se desarrolla en España a propósito del artículo 141 de la Ley Hipotecaria:

“En las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de la misma.

Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó”.

Esta norma regula dos momentos muy claros. La constitución de la hipoteca unilateral por un acto del propietario y la aceptación ulterior del acreedor con

efecto retroactivo. El primer acto de constitución se refiere a la validez y el segundo acto de aceptación se refiere a la eficacia. De otro lado, solo se podrá cancelar la hipoteca unilateral si no hay aceptación del acreedor luego del transcurso de dos meses de recibida la comunicación del deudor.

Este análisis de la normativa y la doctrina españolas coadyuvará a comprender la esencia de la hipoteca unilateral en su conjunto a propósito de algunos pronunciamientos del Tribunal Registral y de la doctrina en el Perú.

El Duodécimo Pleno del Tribunal Registral aprobó el sexto precedente de observancia obligatoria donde estableció que procede inscribir hipotecas constituidas por declaración unilateral del propietario, sin necesidad de intervención de tercero<sup>6</sup>.

El Trigésimo Segundo Pleno del Tribunal Registral aprobó como precedente de observancia obligatoria que procedía la cancelación de una garantía unilateral en cualquier momento por la sola voluntad del constituyente, siempre que no conste en la partida registral la aceptación del acreedor. Este precedente se basó en las Resoluciones N° 329-2007-SUNARP-TR-T y N° 330-2007-SUNARP-TR-T de 28 de diciembre de 2007. Este precedente ha merecido una crítica en el sentido que el levantamiento (¡!) de la hipoteca unilateral únicamente podrá darse a través de cualquiera de los mecanismos previstos en el artículo 41<sup>7</sup> de la Ley de la Garantía Mobiliaria (Ley N° 28677) porque los supuestos que ahí se establecen son los únicos a través de los cuales se podrán levantar las hipotecas y no se permite el levantamiento (¡!) de las mismas a través de una forma distinta, sin importar que la garantía haya sido constituida de manera convencional o unilateral<sup>8</sup>. Nos referiremos a la primera resolución sobre la cancelación de la hipoteca unilateral.

El fundamento 9 de la Resolución N° 329-2007-SUNARP-TR-T señaló que la hipoteca como garantía real surge al inscribirse en el registro, estando pendiente la

3 Artículo 138 de la Ley Hipotecaria española.- Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se establezcan y sólo podrán constituirse quienes tengan la libre disposición de aquéllos o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes.

4 Un ejemplo son las doctrinas españolas sintetizadas por PAU PEDRÓN, op. cit., pág. 617.

5 PAU PEDRÓN, op. cit., pág. 618.

6 Antes habíamos propuesto esta tesis en contra de alguna doctrina nacional y alguna resolución del Tribunal Registral que negaba la admisión de la hipoteca unilateral en el ordenamiento civil peruano: MORALES HERVIAS, Rómulo, “La constitución de hipoteca mediante negocio jurídico”, en Revista Peruana de Jurisprudencia, Año 7, N° 47, Enero, Editora Normas Legales, Trujillo, 2005, páginas. LXXVII-XCI. También en: “El nacimiento y la muerte de la hipoteca. A propósito de una resolución del Tribunal Registral con ausencia de conceptos jurídicos”, en Diálogo con la jurisprudencia, N° 78, Marzo, Año 10, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, páginas. 61-72.

7 Artículo 41 de la Ley N° 28677.- Cancelación. El cumplimiento de la obligación garantizada da derecho al constituyente a exigir del acreedor garantizado, la suscripción del formulario de cancelación de inscripción. Si el acreedor garantizado se negare a suscribir el formulario de cancelación de inscripción dentro de los 10 días siguientes a la extinción de la obligación garantizada, el constituyente o el deudor podrá recurrir al mecanismo pactado o, a falta de éste, al Juez, sin perjuicio de la responsabilidad civil del acreedor garantizado. El Juez tramitará esta pretensión como proceso sumarísimo.

La inscripción en el Registro correspondiente tiene vigencia por el plazo consignado en el formulario de inscripción.

Se cancelará el asiento electrónico de los actos inscribibles cuando:

1. Lo disponga una resolución judicial.

2. Haya transcurrido el plazo de la vigencia de la garantía mobiliaria, salvo renovación solicitada por el acreedor garantizado antes de la fecha de vencimiento.

3. Cuando así lo solicite expresamente el acreedor garantizado.

En el caso del inciso 2, se procederá a la cancelación por la sola verificación del transcurso del plazo de la vigencia de la garantía mobiliaria u otro acto inscribible.

8 HAITO GÁLVEZ, José Alberto, “El levantamiento unilateral de las garantías reales según el Tribunal Registral” en Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia, Tomo I, Julio, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2008, pág. 33.

futura aceptación del negocio jurídico, cuyos efectos se retrotraerán al mismo momento de su inscripción constitutiva. Esta clase de hipoteca sirve para obtener rango o preservar prioridad en tanto el acreedor no preste su consentimiento (¡!). Entonces, en la hipoteca unilateral se distinguen dos momentos: 1) La constitución de una garantía real; y 2) la adquisición del derecho del acreedor o aceptación de integrar la relación jurídica.

Nótese la similitud de lo mencionado en el fundamento 9 de la Resolución N° 329-2007-SUNARP-TR-T con lo regulado en el segundo párrafo del artículo 141 de la Ley Hipotecaria española en el sentido de establecer la eficacia de la hipoteca unilateral al asentimiento<sup>9</sup> del acreedor con efecto retroactivo. No se entiende la razón de señalar el efecto retroactivo cuando el carácter excepcional de la retroactividad del hecho jurídico implica que esta última podrá ser afirmada solamente cuando exista una taxativa y explícita norma de ley que establezca tal retroactividad<sup>10</sup>.

El fundamento 10 de la Resolución N° 329-2007-SUNARP-TR-T indicó que la aceptación no constituye un imperativo, pues nadie está obligado a formar parte de una relación jurídica no deseada o, dicho de otra manera, a ninguna persona puede imponérsele contra su voluntad la incorporación de un derecho a su patrimonio. Desde esta perspectiva, puede ocurrir que el establecimiento de la relación jurídica nunca llegue a consumarse, ante esta situación cabe preguntarse –dijo el Tribunal Registral– si la hipoteca puede ser cancelada de alguna manera o si irremediablemente debe aguardarse hasta el momento en que surja la aceptación del beneficiario y a partir de aquí recién ensayar alguna causal extintiva prevista explícitamente por la legislación.

El fundamento 10 de la Resolución N° 329-2007-SUNARP-TR-T incurre en varias equivocaciones. La hipoteca unilateral se constituye por un negocio jurídico unilateral que produce todos sus efectos jurídicos correspondientes sin necesidad de la participación del acreedor en la producción de tales efectos. Otra cosa muy diferente será que el acreedor podrá ejercer sus derechos como consecuencia de la constitución de la hipoteca unilateral.

Pero no hay que perder la perspectiva que los efectos de la hipoteca unilateral son distintos a los derechos del acreedor hipotecario. Ambos se desarrollan en niveles diferentes. Los efectos de la hipoteca se producirán irremediablemente y el acreedor hipotecario será tal si acepta recibir los derechos que le correspondería a todo acreedor hipotecario.

El fundamento 11 de la Resolución N° 329-2007-SUNARP-TR-T mencionó que en la hipoteca unilateral

la adquisición del derecho es eventual, toda vez que el acreedor podría o no prestar su aceptación. Si no hay aceptación, la relación jurídica acreedor-deudor no habría nacido y como consecuencia de ello el derecho jamás se habría trasladado a la esfera patrimonial del acreedor. Partiendo de esto, en la hipoteca unilateral con ausencia de aceptación no existe un acreedor de la garantía real. Por tanto, es impensable sugerir que para cancelar este tipo de hipotecas deba prestar su aceptación la persona a favor de quien se constituyó la garantía, pues ésta realmente carece de la titularidad para disponer del derecho, ya que jurídicamente no es acreedor. Cuando la relación jurídica entre el potencial acreedor y el constituyente no se materializa, la garantía real tampoco es transferida al acreedor, es decir, el derecho permanece en la órbita del poder constituyente. Así, la falta de aceptación del potencial acreedor concede al constituyente la facultad natural de revocar su decisión de gravar con hipoteca un bien de su propiedad porque ser titular de un derecho implica la facultad de disponer de él en cualquier momento. Dicho poder incluye la posibilidad de cancelar en mérito de la sola voluntad la hipoteca unilateral que no fue aceptada. En este orden de ideas, procede la cancelación de la hipoteca unilateral en cualquier momento a instancia del constituyente siempre que no conste en la partida registral la aceptación del acreedor hipotecario. Este fundamento terminó concluyendo que una hipoteca constituida unilateralmente, con la sola intervención del propietario del bien inmueble se cancelaba por declaración de éste, siempre que la garantía, no hubiera salido de su esfera patrimonial, lo que se comprobaría con la inscripción de la aceptación de la garantía por parte del acreedor; aceptación que la convertiría en una hipoteca convencional, en cuyo caso, si sería necesario el consentimiento (¡!) del acreedor para dar por levantada la hipoteca.

El nacimiento de la hipoteca unilateral no depende de la aceptación del acreedor como incorrectamente se arguye en el fundamento 11 de la Resolución N° 329-2007-SUNARP-TR-T. Se piensa que si no hay aceptación del acreedor de la hipoteca unilateral, no existiría una relación jurídica acreedor-deudor. Ello se corrobora cuando se afirma la procedencia de la revocación de la hipoteca unilateral cuando no exista asentimiento del acreedor. ¿Cómo se puede revocar un acto de constitución de una hipoteca unilateral cuando no hay una relación jurídica acreedor-deudor? Si el deudor puede revocar es porque el acto de constitución de una hipoteca unilateral ha producido efectos jurídicos como el derecho de revocación. Esto quiere decir que la hipoteca unilateral produjo sus efectos y uno de ellos es el derecho del deudor de revocarla. Entonces, no es cierto que no nació la hipoteca unilateral si no hubo el asentimiento del acreedor. Ahora bien, si hay aceptación del acreedor

9 Es inexacto referirse al consentimiento o al acuerdo. En cambio es correcto decir asentimiento porque comporta una declaración unilateral de conformidad a diferencia de dos declaraciones de voluntad (consentimiento o acuerdo).

10 ALLARA, Mario, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, G. Giappichelli Editore, Turín, 1999, pág. 116.

hipotecario de la constitución de la hipoteca unilateral, es lógico que el deudor hipotecario no pueda revocarla. Es lo mismo que sucede analógicamente con la revocación de la prestación a favor de tercero en el contrato a favor de tercero. En el artículo 1464 del CC, el estipulante puede revocar la prestación a favor del tercero siempre y cuando no haya aceptado tal derecho. Lo mismo ocurre en la hipoteca unilateral. Si el acreedor acepta, el deudor está impedido de revocar la hipoteca unilateral. Pero hay una diferencia importante. El hecho que el acreedor preste su asentimiento no significa que se ha formado un contrato. La constitución de la hipoteca unilateral no es una oferta y el asentimiento del acreedor no es una aceptación. El asentimiento del acreedor solo produce la adquisición de la garantía.

Ahora bien, lo expresado líneas arriba objeta una opinión jurídica incorrecta en el sentido de creer que la hipoteca unilateral produce un desplazamiento patrimonial a favor del acreedor. Así, la hipoteca unilateral crearía un nuevo derecho en el patrimonio del acreedor y por ello él debería previamente aceptar a fin de mantener incólume la intangibilidad de su patrimonio. Para incorporar la hipoteca unilateral, el acreedor debería previamente aceptarla. ¿La hipoteca unilateral comporta un desplazamiento patrimonial o por el contrario la producción de derechos potestativos de aceptación o de rechazo? En efecto, los autores del negocio no pueden imponer al tercero el reglamento de intereses que han dado vida; pueden, a lo más, “formular” la posibilidad de intervenir, cuando lo quiera. Esta finalidad se obtiene a través de la producción de parte del negocio de aquél efecto que, precisamente, consiste en la situación potestativa que, determinará en la esfera jurídico-patrimonial del tercero cuando quiera ejercitarla, de adherir a la operación económica que otros negocialmente han creado<sup>12</sup>. Así, la garantía hipotecaria formará parte de la esfera jurídica del acreedor mediante el ejercicio de un derecho potestativo nuevo y autónomo. Por consiguiente, mediante el negocio o la actividad (según como se entienda calificar el acto de ejercicio de un derecho potestativo) nuevos y autónomos, de los cuales el tercero es autor, depende la verificación, en la esfera jurídica patrimonial, de los efectos últimos del negocio jurídico celebrado por otros. Por eso, los otros efectos para el tercero son los de atribuir la situación potestativa; pero los efectos, por decir, finales, últimos no pueden verificarse en la esfera jurídica-patrimonial del tercero hasta que sucesivamente se realice el acto (negocial o acto) autónomo, que es el signo de su libre elección<sup>13</sup>. La garantía hipotecaria no se transfiere automáticamente a la esfera jurídica del

acreedor sino se traslada –como efecto jurídico final– cuando el acreedor ejercita el derecho potestativo de asentimiento de la constitución de la hipoteca unilateral. Luego de que se ejercite tal derecho el deudor está impedido de ejercer el derecho potestativo de revocación. De la misma manera, si el acreedor no ejercita su derecho de asentimiento, el deudor está legitimado de revocar la garantía hipotecaria unilateral tal como sucede analógicamente con el derecho de revocación de la prestación a favor de tercero en el contrato a favor de tercero.

**“(...) La hipoteca unilateral se constituye por un negocio jurídico unilateral que produce todos sus efectos jurídicos correspondientes sin necesidad de la participación del acreedor en la producción de tales efectos. Otra cosa muy diferente será que el acreedor podrá ejercer sus derechos como consecuencia de la constitución de la hipoteca unilateral (...)”.**

Mediante el fundamento 4 de la Resolución N° 100-2009-SUNARP-TR-L de 23 de enero de 2009 se señaló que el sexto precedente del Duodécimo Pleno del Tribunal Registral no previó cómo sería cancelada ésta, cuando en la partida registral del inmueble no figurara que el sujeto activo aceptó constituirse en la otra parte de la relación jurídica, con lo cual la hipoteca se tornaría en una hipoteca convencional, sujetándose a partir de entonces a la normativa ordinaria. Aquí se razona que la hipoteca unilateral necesita de la aceptación del acreedor como si ella se debería formar necesariamente como un contrato. El acto de constitución solo adquirirá una estructura contractual al menos en dos hipótesis, es decir, cuando el concedente requiera una contraprestación o proponga una cláusula limitativa de la hipoteca<sup>14</sup>. Al contrario, la inscripción de la hipoteca unilateral produce efectos jurídicos como el derecho del acreedor de asentimiento o de rechazo de adquirir la garantía hipotecaria unilateral y el derecho de revocación del deudor. Otro momento será si tales derechos se ejercitan. Mientras no se ejercitan los mencionados derechos no significa que no se constituyó la hipoteca unilateral.

Según el fundamento 6 de la Resolución N° 100-2009-SUNARP-TR-L de 23 de enero de 2009, el

11 FERRI, Giovanni B., *Parte del negozio giuridico in Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Saggi e documenti di diritto civile 9, Cedam, 1994, Padua, págs. 355-356.

12 FERRI, op. cit., pág. 357.

13 POLETTI, Dianora, “Cause di prelazione, garanzie reali del crédito, esecuzione forzata” en BRECCIA, Umberto, BRUSCUGLIA, Luciano, BUSNELLI, Francesco Donato, GIARDINA, Francesca, GIUSTI, Alberto, LOI, Maria Leonarda, NAVARRETTA, Emanuela, PALADINI, Mauro, POLETTI, Dianora y ZANA, Mario, *Diritto privato*, Tomo secondo, Utet, Turin, 2010, pág. 596.

artículo 85<sup>14</sup> del Reglamento de Inscripciones del Registro de Inscripciones de Predios, aprobado por Resolución N° 248-2008-SUNARP-SN, derogó el Trigésimo Segundo Pleno sobre la cancelación de las hipotecas unilaterales en el sentido que ya no podía cancelarse ningún asiento registral de hipoteca. No se puede sostener que hubo derogación cuando un pleno de un Tribunal Registral no genera una norma jurídica. Ni tampoco se puede señalar que la Resolución N° 100-2009-SUNARP-TR-L es una norma jurídica que derogó otra anterior. Es importante recordar que la jurisprudencia puede ser fuente de derecho en un sistema como el inglés donde impera el *stare decisis* donde las cortes en general siguen los precedentes<sup>15</sup> a diferencia de nuestro sistema jurídico que no es un sistema del Common Law.

Ahora –dice el fundamento 7 de la Resolución N° 100-2009-SUNARP-TR-L- la cancelación de toda hipoteca solo procede mediante declaración del acreedor levantando la hipoteca o indicando que la obligación garantizada se ha extinguido.

De manera inconsistente el artículo 85 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Inscripciones de Predios y el fundamento 7 de la Resolución N° 100-2009-SUNARP-TR-L señalan que no bastará la declaración unilateral del deudor para la cancelación de una hipoteca unilateral sino que será necesaria la declaración unilateral del acreedor. La única manera de poder interpretar adecuadamente esta normativa es considerar que la hipoteca unilateral fue previamente aceptada por el acreedor. Para ello, el deudor no podrá cancelar la hipoteca unilateralmente por su sola declaración sino que será obligatorio que el acreedor preste su declaración de aceptación de la constitución de la hipoteca unilateral. En ese caso, la hipoteca unilateral no deja de ser unilateral en su constitución. Lo ilógico sería interpretar que el acreedor deberá autorizar la cancelación de la hipoteca unilateral cuando nunca la aceptó. No hay que confundir las extinciones del crédito con las extinciones de la hipoteca unilateral. No hay que olvidar que la cancelación de la inscripción representa la única verdadera causa de extinción de la hipoteca porque la cancelación de la inscripción constituye el elemento constitutivo imprescindible del hecho jurídico extintivo en el sentido que todas las causas de extinción se resuelven en definitiva en la cancelación<sup>16</sup>.

En la doctrina peruana se ha afirmado que la hipoteca es un derecho del acreedor. No puede haber hipoteca sin acreedor. La hipoteca existe como derecho real sólo cuando el acreedor tiene la facultad de realización del bien, independientemente de quién sea el propietario. La hipoteca existe como derecho real sólo cuando el acreedor tiene sujeto el bien. Antes de eso no hay garantía; antes de eso no hay hipoteca como derecho real. La adquisición por parte del acreedor es lo que hace que nazca el derecho de hipoteca<sup>17</sup>. No compartimos estas afirmaciones porque hay una confusión entre el derecho real y la garantía; y un desconocimiento de los efectos jurídicos que produce la constitución de la hipoteca unilateral.

En la doctrina italiana se asevera que la hipoteca atribuye al acreedor hipotecario dos facultades: aquella de expropiar, inclusive contra el tercer adquirente, los bienes relacionados a la garantía de su crédito (derecho de realización o de expropiación) y aquella de ser satisfecho con preferencia sobre el precio recibido de la expropiación (derecho de preferencia). Asimismo, el carácter de inherencia del derecho al bien es inclusive innegable en la hipoteca mediante el derecho de persecución en el sentido que la hipoteca “sigue” el bien en todas sus mutaciones, y la eventual transferencia de propiedad del mismo (el deudor o el tercero conservan el poder de disposición del bien hipotecado) no comporta consecuentemente perjuicios al acreedor hipotecario, que igualmente puede realizar la garantía<sup>18</sup>.

Más específicamente se dice que la hipoteca confiere al acreedor el poder de hacer expropiar, inclusive contra el tercer adquirente, los bienes gravados de la garantía hipotecaria, para satisfacer su crédito, en vía preferencial, sobre el precio obtenido de la venta de tales bienes. Se comprende como la primera y por ello más significativa característica de la hipoteca sea su realidad: la hipoteca es una garantía que se desarrolla en la misma proporción que los derechos reales (diversos de la propiedad) gozando el acreedor hipotecario del llamado derecho de persecución. El adquirente de un inmueble que inscribe su título sucesivamente a la inscripción hipotecaria se coloca, entonces, en la misma posición que su transferente: el adquirente estará expuesto a la acción ejecutiva que el acreedor hipotecario habría podido ejercitar contra el transferente-deudor<sup>19</sup>.

14 El artículo 85 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Inscripciones de Predios estableció lo siguiente:

“Cancelación del asiento de hipoteca por declaración o autorización del acreedor. Para extender el asiento de cancelación de una hipoteca será suficiente presentar la escritura pública o, en su caso, el formulario registral que contenga la declaración unilateral del acreedor levantando la hipoteca o indicando que la obligación garantizada se ha extinguido.

En ningún caso la declaración unilateral del constituyente dará mérito para cancelar el asiento de una hipoteca, cualquiera sea el título o modalidad de constitución de éste”.

15 MONATERI, Pier Giuseppe, *Pensare il diritto civile*, Seconda edizione, Giappichelli Editore, Turin, 2006, pág. 92.

16 POLETTI, op. cit., pág. 599.

17 AVENDAÑO ARANA, Francisco, “La cancelación de la hipoteca unilateral” en *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*, Tomo I, Julio, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2008, pág. 21.

18 POLETTI, op. cit., pág. 593.

19 MACARIO, Francesco, “L’ipoteca” en *AA.VV., Diritto Civile, Diretto da Nicolò Lipari y Pietro Rescigno e coordinato da Andrea Zoppini, Volume IV, Attuazione e tutela dei diritti, II, L’attuazione dei diritti*, Giuffrè Editore, Milán, 2009, págs. 257-258.

La hipoteca voluntaria puede constituirse por un acto negocial inter vivos mediante un contrato pero también unilateralmente<sup>20</sup>. Se discute en doctrina la naturaleza jurídica de la declaración unilateral de concesión de hipoteca. Un sector doctrinario está a favor de la no receptividad del acto porque no hay ninguna relevancia del acreedor en el acto mismo. De la no receptividad de la declaración unilateral se derivaría la inmediata irrevocabilidad del acto mismo, independientemente del sucesivo conocimiento por parte del acreedor, con una doble consecuencia: la inscripción realizada sin conocimiento del acreedor sería válida y eficaz; la muerte o la incapacidad sobrevenida del concedente serían irrelevantes, habiéndose perfeccionado el negocio sin comunicación del acreedor. Otra doctrina sostiene la naturaleza recepticia de la declaración unilateral de la concesión de la hipoteca<sup>21</sup>. La razón de la naturaleza recepticia de un acto es aquella de proteger el interés del destinatario del acto al conocimiento a fin de poder valorar la real conveniencia de los efectos para su propia esfera jurídico patrimonial<sup>22</sup>. Consecuentemente, la receptividad de la declaración unilateral de la hipoteca se fundamenta por la afectación de este negocio en la esfera jurídica del destinatario, quien, independientemente de la naturaleza favorable o desfavorable del efecto, debe ser informado<sup>23</sup>. Compartimos la posición de la receptividad de la hipoteca unilateral y consecuentemente consideramos que el concedente puede revocar la hipoteca unilateral siempre y cuando el acreedor no la haya aceptado.

Sin embargo, una doctrina nacional manifiesta que si el acreedor es "dueño" de la hipoteca, el constituyente no puede cancelarla en forma unilateral. Aceptar que lo puede hacer es contradictorio porque ello implicaría que nunca hubo hipoteca. Y si se acepta la hipoteca unilateral, ésta deberá constituirse desde su inscripción y su aceptación debe tener efecto retroactivo, pero esto supone un cambio en nuestra legislación<sup>24</sup>. Por otro lado, se ha dicho que no se concibe cómo se puede adquirir derechos (y, en consecuencia, afectar la esfera jurídica de un sujeto sin que medie su consentimiento (!)) cuando no se ha recogido el principio de prevención de la lesión patrimonial injusta, ni existe una ley que así lo permita. Argumentar lo contrario solo hace caer en el absurdo de afirmar que la hipoteca con la sola manifestación de voluntad del constituyente y su sucesiva inscripción, ya ha nacido, pero dicho derecho (bien) no se transfiere al acreedor hipotecario, hasta que manifieste su voluntad a fin de que ingrese a su patrimonio<sup>25</sup>.

Debemos discrepar de las afirmaciones citadas. El principio de prevención de la lesión patrimonial injusta

como tal no debe regularse en una norma jurídica porque dejaría de serlo. Todo principio jurídico es el fundamento de normativas. Adicionalmente, tal principio es inaplicable para el entendimiento de la hipoteca unilateral. En la perspectiva de la protección del tercero es necesario diferenciar el tipo de afectación del acto negocial unilateral sobre la esfera jurídica ajena, según se trate de una afectación de tipo reflejo o de una afectación directa. En el primer caso, la protección del tercero se fundamenta principalmente en la receptividad del acto negocial, según el cual, produce sus efectos típicos en el momento en que los conoce, a fin que pueda adoptar aquellos comportamientos idóneos y evitar que su esfera jurídica sea alterada y/o modificada. En cambio, en las hipótesis en que el acto unilateral se relaciona a una afectación directa en la esfera jurídica del destinatario, su tutela no se fundamenta solo en la receptividad del acto, sino adicionalmente se le atribuye al destinatario el poder de rechazar los efectos de la ajena actividad negocial<sup>27</sup>. En el caso de la hipoteca unilateral estamos en el primer caso. Cuando ella se constituye se generan los derechos de revocación a favor del deudor; y los derechos de aceptación o de rechazo de los beneficios (los derechos de realización o de expropiación, de preferencia y de persecución) de la hipoteca unilateral.

A mayor abundamiento a lo desarrollado, cuando el deudor constituye una hipoteca unilateral y se inscribe, surge un derecho potestativo del acreedor de aceptar o de rechazar dicha constitución. El deudor estará ubicado en una situación de sujeción. Pero ello no comporta que la hipoteca unilateral dependa eficazmente de la declaración del acreedor.

La hipoteca unilateral produce la particularidad consecuencia que el acreedor tiene el derecho de rehusar recibir el derecho de realización o de expropiación, el derecho de preferencia y el derecho de persecución. En eso consisten los tres efectos, es decir, el derecho potestativo del acreedor de aceptación o de rechazo de la hipoteca unilateral y la sujeción del deudor ante la posibilidad del ejercicio de esos derechos.

Otros efectos son el derecho de la cancelación unilateral de la hipoteca unilateral. Aquí el problema es determinar si el deudor puede extinguir la hipoteca unilateral si el acreedor ya la aceptó. Es claro que no es posible porque si el acreedor ejerció el derecho potestativo de aceptación de la hipoteca unilateral, él ya es titular de los derechos de realización o de expropiación, de preferencia y de persecución. Si es así, no cabe retirar tales efectos jurídicos que le pertenecen al acreedor.

20 En Italia se regula expresamente la hipoteca unilateral: Artículo 2821 del Código Civil italiano de 1942.- Concesión de la hipoteca.- La hipoteca se puede conceder también mediante declaración unilateral. La concesión debe hacerse por escritura pública o por escritura privada bajo sanción de nulidad.

21 MACARIO, op. cit., págs. 268-269. 23 ASTONE, Antonino, *Contratto, negozio, regolamento*. Contributo allo studio del negozio unilaterale, Giuffrè Editore, Milán, 2008, pág. 268.

22 ASTONE, op. cit., págs. 332-333.

23 AVENDAÑO ARANA, op. cit., pág. 22.

24 CAMACHO CARO, Patricia Alejandra, "¿Es posible constituir y cancelar unilateralmente una hipoteca de conformidad con la normativa vigente? A propósito de un reciente precedente de observancia obligatoria en materia registral" en *Actualidad Jurídica*, Tomo 176, Julio, Gaceta Jurídica, 2008, pág. 82.

25 ASTONE, op. cit., págs. 367-368.

Otro caso es cuando el acreedor todavía no ha aceptado o no ha rechazado la hipoteca unilateral. Es necesario determinar en esta hipótesis si el deudor puede extinguir la hipoteca unilateral. En nuestra opinión es perfectamente posible. Es indudable que la cancelación es el elemento constitutivo e imprescindible del hecho jurídico extintivo -así como la inscripción es elemento constitutivo imprescindible del hecho genético de la garantía- y por eso es la única verdadera causa de extinción de la hipoteca e idónea para hacer aplicables todas las mutaciones extintivas tipificadas<sup>26</sup>. En tal caso, si el acreedor no ejerció los derechos de aceptación o de rechazo de la constitución de la hipoteca unilateral, el deudor tiene expedito su derecho de revocarla y el acreedor estará ubicado en una situación de sujeción de la posibilidad del ejercicio de ese derecho.

### 3. Conclusiones

Las opiniones jurídicas sobre la inviabilidad de la cancelación unilateral se fundamentan en la creencia errónea que los negocios jurídicos unilaterales solo producen efectos si han sido tipificados legislativamente y el contrato es el paradigma de los negocios jurídicos. Estas creencias están interiorizadas en quienes niegan existencia, validez y eficacia a la hipoteca unilateral.

El negocio unilateral es naturalmente idóneo, por su estructura y su eficacia, para producir efectos jurídicos directamente sobre la esfera jurídica de los terceros sin su participación. Su eficacia en algunos casos estará ligada a la preventiva (piénsese en las figuras de la revocación, del desistimiento y de la ratificación) o sucesiva manifestación de voluntad del destinatario de ella de apropiarse de sus efectos o de no oponerse a los mismos; en otros casos, por el contrario, ella será productora de efectos en la esfera jurídica de los terceros, quienes ni preventiva, ni sucesivamente manifestaran su voluntad de apropiarse o no de los efectos jurídicos de los actos. De ahí que el negocio unilateral constituye por eso una figura excepcional y no puede ser absolutamente típico, con la consecuente imposibilidad para los privados no solo de crear nuevas figuras negociales unilaterales sino de modificar el contenido de aquellas legislativamente previstas, para adecuarlas a sus concretas exigencias<sup>27</sup>.

El hecho que la hipoteca unilateral se inscriba y no haya pronunciamiento del acreedor, no impide que el deudor ejerza su derecho de revocarla mediante la cancelación. No se podría objetar que sólo puede cancelarse a pedido del acreedor porque él todavía no ha aceptado recibir los derechos de realización o de expropiación, de preferencia y de persecución. Tampoco sería inútil la constitución unilateral de la hipoteca porque el acreedor recibió la comunicación

de tal constitución y por alguna razón no ha querido pronunciarse sobre ella. Su silencio no puede comportar que adquirió tales derechos hipotecarios. El hecho que todas las hipotecas unilaterales podrían levantarse en cualquier momento a solicitud de los propietarios no genera ninguna incertidumbre jurídica porque el acreedor hipotecario conoce de su constitución y de su inscripción. Entonces, el acreedor no tiene que prestar su conformidad e inscribir su aceptación para conservar los tres derechos. Es que nunca los tuvo hasta que los haga suyos manifestando su adhesión a la constitución unilateral de la hipoteca. De ahí que la inscripción de la hipoteca unilateral le otorga la oportunidad al acreedor de convertirse en un acreedor hipotecario o de seguir siendo un acreedor sin tal garantía.

La objeción a la hipoteca unilateral esconde el menosprecio a un concepto de indudable importancia en el Derecho Civil. Nos referimos al negocio jurídico como instrumento adecuado para satisfacer los intereses privados. De ahí que no hay sustancial diferencia entre el contrato y el acto negocial unilateral, siendo éste último idóneo para producir, obviamente en los límites de la compatibilidad, efectos constitutivos, modificativos, extintivos pero también declarativos de situaciones jurídicas preexistentes<sup>28</sup>. Por eso, los privados pueden programar sus propios intereses utilizando el contrato o los negocios jurídicos unilaterales. La libertad de elección entre el negocio unilateral y el contrato no es absoluta e incondicional. Es justificado que un conjunto de intereses puede ser programado, en razón de su simplicidad, con la intervención de un solo sujeto. La utilización del esquema bilateral será inútil de conformidad con el principio de la economía de los medios jurídicos<sup>29</sup>. La hipoteca unilateral es un ejemplo de la aplicación de este principio. El negocio unilateral, así como el contrato, se convierte en una alternativa en el marco de la explicación de la autonomía privada y ya no es más una figura excepcional expresamente prevista en relación a las funciones típicas<sup>30</sup>.

No existe ninguna justificación racional para negar injustificadamente la constitución, la regulación o la extinción de efectos jurídicos mediante la hipoteca unilateral. Al contrario, los argumentos para su admisibilidad se explican en razón de garantizar el crédito y de producir efectos para lograr efectividad de esa garantía. Las opiniones jurídicas del Tribunal Registral y de alguna doctrina nacional; y la normativa registral sobre la cancelación unilateral de la hipoteca unilateral demuestran que su única fuente de información es la doctrina española cuando ella no es precisamente la que desarrolla óptimamente la teoría del negocio jurídico a diferencia de la doctrina italiana que tiene un prestigio ganado en la historia jurídica del Derecho Civil

26 MACARIO, op. cit., pág. 288.

27 ASTONE, op. cit., págs. 217-218.

28 ASTONE, op. cit., pág. 333.

29 ASTONE, op. cit., págs. 372-373.

30 ASTONE, op. cit., pág. 374.