

Marco Antonio Ortega Piana*

Algunos comentarios sobre la especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado

1. Introducción

La hipoteca es la garantía real y registral por excelencia prevista en nuestro Código Civil, configurándose como gravamen en la medida que la respectiva afectación haya sido inscrita, de manera que no está admitida generación alterna a través de otro mecanismo de publicidad. Sin inscripción registral no hay gravamen, por lo que de no obtenerse, el acreedor estará descubierto para fines de la recuperación de su crédito. Lo expresado precedentemente puede resultar obvio, pero representa la dicotomía que existe, tratándose de las garantías reales, entre lo que podemos denominar el acto constitutivo (acto dispositivo) y el gravamen real (acto adquisitivo), lo cual no es sino una manifestación concreta de la denominada “teoría del título y del modo”, de tal manera que ésta última no se limita a los contratos sino que se extiende inclusive a los convenios¹. Dejo constancia, sin embargo, que lo señalado no significa que postule que el título constitutivo debe

* Abogado graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil Patrimonial de la Universidad de Lima y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

1 Sobre el particular, sólo debe destacarse que de acuerdo al artículo 1402 del Código Civil vigente, el objeto de todo contrato se relaciona a determinada clase de relaciones jurídico-patrimoniales las obligaciones, norma especial que posee preeminencia sobre la definición general de contrato (artículo 1351 del señalado cuerpo normativo), lo cual representa ciertamente una opción que adoptó el legislador en su momento, más allá que uno se encuentre de acuerdo o en desacuerdo con ella. En dicho sentido, los convenios pueden ser asimilados a una manifestación de las convenciones (como categoría general) cuyo contenido, si bien es patrimonial, no es obligatorio, como ocurre precisamente en el caso de la hipoteca, dado que se trata de un negocio que se limita por su naturaleza a la afectación de un inmueble, por lo que el constituyente se limita a gravar un inmueble, no asumiendo obligaciones (lo cual no significa que no pueda asumirlas, pero eso ya es otro tema).

ser un convenio (acto bilateral), ya que nada impide una afectación negocial a título unilateral, otro tema será si ello es suficiente o no para fines de generar el gravamen como derecho real².

En materia de adquisición de derechos reales, el título es la causa inicial o supuesto negocial del cual se derivará la traslación, siendo que el modo, o causa final, es lo que la permite³, reconociéndose en Derecho dos modos o mecanismos traslativos en función a la naturaleza de los bienes: posesión y registro. Sin título no hay modo posible. Conforme a ello, la adquisición de un derecho real principal como la propiedad, o accesorio como la hipoteca, no está subordinada a la celebración del título sino que demanda que se cumpla con el respectivo modo. El título declara el derecho sujeto a la relatividad propia de los acuerdos, pero el modo lo constituye mediante la publicidad.

El tema tiene particular relevancia; porque regulándose las garantías reales en nuestro Código Civil, desde la perspectiva del “modo”, nos olvidamos que el mismo presupone “título”, siendo que muchas disposiciones legales deben interpretarse y aplicarse en función de dichos conceptos. Si examinamos, por ejemplo, el Código Civil de 1852, constataremos que la hipoteca se legisló como un contrato típico, a diferencia de la regulación de 1936, así como del año 1984, dado que en estos últimos casos se regula a la hipoteca como derecho real accesorio o de garantía, lo cual no significa desconocer su génesis convencional. Así, por ejemplo, cuando el artículo 1106 del Código Civil vigente establece que no hay hipoteca sobre bienes futuros, resulta evidente que ante la inexistencia actual del bien y del derecho de propiedad que se afecta ordinariamente, no resulta posible constituir el gravamen, el derecho real de garantía; empero, nada impide que tomando como referente a la legitimación universal contenida en el inciso 1 del artículo 1409 del señalado cuerpo normativo (que se refiere estrictamente al ámbito contractual, pero que podemos extenderlo a las convenciones, en general), pueda celebrarse (con efectos relativos, *inter partes*) un convenio hipotecario, cuya eficacia estará sujeta a que el bien exista y la respectiva garantía pueda inscribirse registralmente, adquiriendo con ello efectos absolutos (*erga omnes*).

En ese sentido, cuando revisamos el Código Civil en materia hipotecaria, cabe preguntarnos si la hipoteca ha sido regulada desde la perspectiva del título o del modo.

Lo que postulo es que, asumiendo que la regulación hipotecaria enfoca esencialmente el aspecto registral, el cual es además constitutivo, debe ser aplicado de manera consistente por los operadores jurídicos. Por ello, entre los múltiples temas que sobre esta materia (dicotomía título – modo) son susceptibles de ser desarrollados, el presente trabajo ha sido enfocado en lo que concierne al estudio de uno de ellos: lo concerniente a la obligación principal.

Por último, pero no por ello menos importante, solo para expresar mi sincero agradecimiento a FORO ACADÉMICO por la cordial y generosa invitación para participar en la presente edición, colaboración que permite reafirmar el lazo que mantengo con mi *alma mater*, a la que debo ciertamente lo fundamental de mi formación académica y profesional.

2. Especialidad del gravamen hipotecario respecto al crédito garantizado

1. En doctrina, el denominado principio de especialidad del gravamen, respecto al crédito garantizado, pretende destacar qué es lo que se garantiza⁴; en ese sentido, la hipoteca debe respaldar una obligación principal identificada, cierta, determinada o determinable conforme al respectivo título constitutivo, tema que se encuentra estrechamente ligado a la literalidad y al carácter expreso de la afectación. Dejo constancia que al referirme a obligación principal, no pretendo contraponer dicho concepto al de obligaciones accesorias, sino al hecho que las garantías son, desde la perspectiva negocial, son actos accesorios, ya que demandan de una relación principal, pues no son negocios de existencia autónoma, aunque en algunos casos su ejecución si sea autónoma porque no está subordinada a una obligación principal, como puede ser el caso de una carta fianza o aval financiero, o de una garantía de primer requerimiento.

Nuestro Código Civil considera dicho aspecto en sus artículos 1097 (afectación en garantía) y 1099, inciso 2, estableciendo en este último que constituye requisito de validez de la hipoteca, el garantizar una obligación determinada o determinable.

Debe advertirse, que mientras la definición general de hipoteca se refiere a “cualquier obliga-

2 Suscribo la tesis conforme a la cual, por tratarse de una afectación patrimonial (por más que sea de naturaleza positiva; porque el acreedor mejora su condición crediticia), se requiere necesariamente del asentimiento del acreedor, el mismo que no requiere estar contenido en el título mismo de la afectación negocial por parte del constituyente, por cuanto puede generarse de manera sobreviviente, pero dejándose constancia en el registro. Con la inscripción del asentimiento del acreedor (acto adquisitivo), la “hipoteca” inscrita por lo que habría sido el mérito de una declaración unilateral (acto dispositivo), adquiriría plenos efectos, aunque de manera retroactiva a la fecha de su inscripción.

3 WAYAR, Ernesto. *Compraventa y permuta*. Editorial Astrea de Ricardo y Alfredo Depalma S.R.L., Buenos Aires, 1984, pp. 54 – 55.

4 AREÁN, Beatriz. *Curso de Derechos Reales – Privilegios y derecho de retención*. Abeledo Perrot S.A.E.c I, Buenos Aires, 1994, tercera edición ampliada, p. 573.

ción”, la norma específica hace mención a una obligación cierta (determinada o determinable), siendo que ello no representa contradicción alguna, por cuanto si bien cualquier obligación podría ser respaldada hipotecariamente, la misma debe ser cierta, esto es, debe estar identificada de manera absoluta o, al menos, deben estar definidos los criterios suficientes para una identificación posterior, sobre la base de lo declarado en el título constitutivo. Respecto a los alcances del artículo 1099 del Código Civil, llama poderosamente la atención el empleo de la palabra “validez”, ¿Se trata de la validez comercial a la cual se refiere el libro de Acto Jurídico? o ¿Se trata más bien de una validez *sui generis* del Libro de Derechos Reales? Para responder la inquietud debemos tener presente ciertas premisas, entre ellas, que el Código Civil no es fruto de un trabajo individual, sino grupal, en diversos momentos y en dos grandes etapas, por lo que no debe llamar la atención que las palabras no se empleen necesariamente en el mismo sentido; asimismo, no debemos olvidar que sobre la base de una misma palabra puede interpretarse un artículo del Código Civil de distintas maneras, como ocurre con el “perfeccionamiento” al cual se refiere, por ejemplo, el artículo 1549 del Código Civil, ya que dicho término es leído completamente de manera distinta por los profesores Lohmann, de la Puente y Escobar. En ese sentido, el término “validez”, contenido en el artículo 1099 del Código Civil no tiene el mismo significado en todas las situaciones que regula; así, por ejemplo, tratándose del inciso 3, el hecho que la hipoteca esté o no inscrita no significa jurídicamente que sea válida o inválida, lo cual corresponde a categorías propias de acto jurídico, sino que el acuerdo hipotecario sea o no eficaz, esto es, genere o no para el acreedor los efectos programados, los atributos primarios y secundarios previstos en nuestra legislación. Si el gravamen no se llega a configurar, eso no significa que el negocio celebrado sea inválido. Por lo tanto, si el modo no se ha configurado, ello no permite concluir en la inexistencia del título; lo que ocurre es que en materia hipotecaria un título sin modo no es garantía alguna. No olvidemos que, sin inscripción registral no hay gravamen porque, el modo es constitutivo.

¿Qué es lo que ocurrirá, en ese orden de ideas, si en el título constitutivo se omite identificar la obligación garantizada cierta (sea determinada o determinable)?, ¿Es un problema que deriva en que no podrá lograrse el modo, esto es, la

inscripción registral, o es un problema del título mismo? Me inclino por lo segundo, la exigencia de identificar la obligación garantizada constituye un elemento esencial especialísimo en esta clase de negocios, de manera que ante la falta de precisión, no hay título, menos modo.

En síntesis, el acuerdo hipotecario no sólo radica en la afectación inmobiliaria, sino que debe ser cierta la identificación del crédito respaldado y del importe correspondiente.

“La especialidad en cuanto al crédito es requisito destacado por los autores españoles, franceses, italianos, alemanes y brasileños, en el sentido de que requiere la determinación de la obligación asegurada (Puig Brutau); en cuanto garantice un crédito determinado (Planiol); en cuanto permite a los terceros conocer la causa y el monto del crédito garantizado (Messineo) [...]. La doctrina nacional coincide también en señalar que la especialidad en cuanto al crédito, exige [...] la determinación precisa del crédito garantizado, con indicación de su causa, entidad y extensión.

La exigencia de la causa hace referencia a la necesidad de requerir la constancia del origen o fuente de la obligación a que este gravamen accede. En las actividades comercial y financiera, se alude a la mención concreta del negocio, contrato u operación que se pretende garantizar”⁵.

La Exposición de Motivos Oficial del Código Civil no desarrolla, lamentablemente, la razón por la cual se exige normativamente la identificación de la obligación cierta (sólo se indica que se incluyó por la Comisión Revisora a sugerencia de un grupo de juristas⁶), a diferencia de lo que sí explica tratándose de los otros requisitos de “validez” a los que se contrae su artículo 1099; no obstante, debe asumirse que este requisito (especialidad respecto del crédito garantizado) permite identificar la relación principal, siendo que su invalidez o ineficacia generará efectos jurídicos directos respecto del gravamen, de allí que la publicidad registral lo informe para conocimiento y seguridad de terceros y no sólo de las propias partes.

- ¿Cuál debe ser la naturaleza de la obligación principal garantizada? Una obligación es estrictamente un vínculo jurídico, sea de fuente autónoma (voluntaria, por lo general derivada de un contrato) o heterónoma (legal), que entraña la generación de una situación subjetiva específica:

5 VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Las garantías del crédito*. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, tercera edición actualizada, pp. 431-432.

6 BIGIO CHIREM, Jack. *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil – Hipoteca, Pago, Derecho de retracto, Registros Públicos*. Cultural Cuzco S.A., Lima, 1998, p. 39.

el acreedor adquiere un crédito que le permite exigir, requerir, un determinado comportamiento del deudor, positivo o negativo, para satisfacer su interés. Ese comportamiento o actividad esperada radica en un dar, hacer o no hacer.

Ahora bien, frente al riesgo natural consistente en que el deudor no cumpla la constitución de una garantía y, en particular, de una hipoteca, permite que el acreedor cuente con un medio alternativo para resguardar su interés, por cuanto a través de la respectiva ejecución, que no es sino un procedimiento de monetización (el inmueble se enajena forzosamente, y se “convierte” en dinero), el acreedor contará con lo que puede denominarse como “prestación sustituta”, lo cual presupone que la obligación garantizada debe ser un dar, y de manera puntual, un dar dinerario, ya que de la ejecución hipotecaria se va a obtener dinero y ese dinero será aplicado para pagar la acreencia puesta a cobro⁷. El dinero no podría aplicarse para una prestación de dar distinta, o para un hacer o no hacer, hay de por medio un elemental principio de identidad en el pago. No obstante, no hay necesariamente posiciones uniformes sobre esta materia, ya que también se considera que la ejecución hipotecaria permite obtener una “prestación por equivalente”, como una suerte de dación en pago, ya que no se requiere que la obligación principal sea dineraria⁸, más aun cuando el artículo 1097 no establece la exigencia bajo comentario. Sobre el particular, resulta siempre pertinente considerar lo que se representó el legislador: “*La obligación asegurada generalmente es de dar suma de dinero, aunque puede referirse a obligaciones no pecuniarias. (...) Por consiguiente, si la obligación asegurada está constituida por una abstención, el respectivo contrato deberá establecer el monto que se adeuda con motivo del incumplimiento, y será esa suma la que servirá al juez para dictar el correspondiente auto de pago, en caso de incumplimiento*”⁹ ¿Qué es lo que afirma finalmente el legislador, más allá si existe o no precisión conceptual en su argumentación? Que la hipoteca debe respaldar obligaciones dinerarias, pudiéndose extender al pago de una indemnización por daños y perjuicios derivados de incumplimiento (“prestación por equivalente”, conforme se destacó precedentemente), expresada inclusive en una cláusula penal. Tema que se debe asociar al monto del gravamen, lo cual escapa por obvias razones del objeto del presente estudio.

3. A su vez, la obligación principal puede ser, desde la perspectiva de la temporalidad, presente o contemporánea al título constitutivo, o de carácter futuro o eventual, esto es, que se generará de manera sobreviviente. Esta última clasificación, incorporada en nuestro Código Civil, distinguiéndose entre obligaciones futuras y eventuales, es simplemente formal: pudiéndose entender que la obligación es futura cuando preexiste alguna clase de relación entre las partes de la cual se derivará aquella en su oportunidad, como podría ser el caso de la obligación surgida de un contrato definitivo antecedido de uno preparatorio; en cambio, la obligación es eventual cuando no media dicho elemento, se carece de relativa certidumbre que el crédito llegará a configurarse. En realidad, se trata de una categorización arbitraria y carente de contenido sustantivo; resulta más apropiado referirnos simplemente a obligaciones presentes o futuras, que existen o no existen (pero esto último con posibilidad de existencia) a la fecha, tomando lo eventual como sinónimo de lo futuro. Y el hecho de la futuridad ya nos permite introducir un concepto de natural incertidumbre porque se carece de absoluta certeza que la obligación llegará a existir.

La cuestión radica en determinar si la hipoteca que recae sobre obligaciones futuras o eventuales, inexistentes actualmente, es o no una garantía, esto es, sobre si genera o no un efectivo derecho real, con las consiguientes atribuciones esenciales de preferencia, persecución y realización.

Al respecto, entiendo que la materia puede ser abordada desde diferentes perspectivas excluyentes:

- Enfoque 1: Si la hipoteca garantiza obligaciones futuras o eventuales, habrá título más no modo. La inscripción registral sólo podrá gestionarse en la medida que las obligaciones futuras o eventuales previstas por literalidad en el título constitutivo adquieran existencia actual. En otras palabras, hasta que se defina la contemporaneidad de la obligación garantizada, no habrá gravamen. Porque el título no es susceptible de inscripción.
- Enfoque 2: Si la hipoteca garantiza obligaciones futuras o eventuales, no sólo hay título sino además modo. No existe restricción para que la afectación se inscriba y

7 MEJORADA CHAUCA, Martín. *Constitución de prenda e hipoteca: Código Civil de 1984, modelo para armar*. En: Advocatus, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Nro. 10, 2004, p. 196.

8 PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario, tomo II (Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad)*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, tercera impresión, p. 127.

9 BIGIO CHREM, Jack. *Op. cit.*, p. 40.

surta plenos efectos inmediatos, adquiriendo el titular (acreedor) la prelación que le corresponda en función a la antigüedad de su registro, de la misma manera como si la hipoteca respaldase obligaciones presentes.

Dichos efectos, en su efectiva implementación, podrán estar subordinados a una modalidad resolutoria, esto es, la hipoteca surtirá plenos efectos salvo que opere cierto plazo o se verifique determinada condición resolutoria. Así, los efectos de la inscripción registral se extinguirán si, dentro de cierto tiempo, no se deja constancia en el registro que la obligación garantizada dejó de ser futura o eventual por haberse convertido en presente. Por el contrario, si dentro del referido plazo se deja constancia de lo señalado, la hipoteca quedará definitivamente consolidada. Destaco la necesidad de dejar “constancia” porque el gravamen es esencialmente registral, de manera que todas sus ocurrencias deben estar inscritas para generar efectos jurídicos.

- Enfoque 3: Si la hipoteca garantiza obligaciones futuras o eventuales, al igual que en el caso anterior hay título y modo, pero la eficacia de este último estará sujeta (por la naturaleza de las cosas) a un régimen suspensivo, conforme al cual la hipoteca inscrita no surtirá efectos hasta que se verifique una condición suspensiva (dejar constancia registral de la existencia actual de aquello que en su momento -título constitutivo- se estimó como simplemente futuro o eventual), por lo que se trata de un modo válido circunstancialmente, pero ineficaz. Los plenos efectos de la inscripción hipotecaria registral recién se generarán en la medida que se deje constancia registral de la existencia actual de la obligación principal ¿Por qué constancia registral? Porque no debe olvidarse que la hipoteca es constitutivamente registral, no sólo por un tema del constituyente y del acreedor sino también de terceros; de no ser así ¿Cómo podría oponerse plenamente a los terceros?, ¿De qué manera tendrían seguridad los terceros del orden de prelación a observarse en función de las obligaciones garantizadas?

Otro tema será evaluar desde cuándo opera la eficacia adquirida. Así, podría regularse el tema en el sentido que la eficacia opera con efectos inmediatos (*ex nunc*), esto es, a partir de la fecha en que se dejó constancia registral que la obligación futura o eventual es actual, o con efectos retroactivos (*ex tunc*), es decir, desde la fecha de inscripción del gravamen, el cual hasta ese momento era de hecho una “reserva”.

Lo anterior demuestra que, ante esta situación u otra de carácter similar, la regulación legal corresponde finalmente a una opción legislativa. No hay verdad de fe de por medio; hay una solución que se pretende o se espera que sea la mejor, en el sentido que genere las mayores ventajas para los diversos actores comprometidos y las menores desventajas. La bondad de la norma radicarán en su utilidad, en su eficiencia: la mejor solución al menor costo.

4. El primero de los enfoques enunciados es probablemente el más riguroso en lo conceptual. Demanda que la obligación garantizada finalmente exista (sea presente) para que el gravamen pueda constituirse jurídicamente, considerando que el mismo deber estar en aptitud de ejecutarse en cualquier momento, desde su inscripción, por el acreedor. En otras palabras, el tema que la obligación principal sea presente, futura o eventual es un tema relacionado única y exclusivamente al título, por lo que resulta ajeno al modo, ya que el acceso a la inscripción registral sólo es posible si, en ese momento, la obligación principal es existente.

Lo cierto es que la rigurosidad conceptual no representa necesariamente la mejor solución; existen múltiples casos en que el legislador sacrifica lo conceptual para proponer una solución práctica.

El problema radica en que las necesidades negociales han llevado a que en materia hipotecaria pueda distinguirse entre obligaciones presentes y futuras (y eventuales), siendo que el interés del acreedor requiere contar con un gravamen -que presupone modo- y no con un simple acto constitutivo. El título hipotecario carente de inscripción no surte los efectos esperados (que representan finalmente la posibilidad de exclusión derivada de la publicidad); no genera persecución, preferencia ni realización, vinculará a las partes pero no coloca en una mejor situación al acreedor, quien no podrá oponer a terceras personas sus pretendidas atribuciones respecto al bien hipotecado. Expresado en otras palabras, poca o ninguna utilidad práctica representa una afectación no inscrita.

No existiendo gravamen por inexistencia actual de la obligación garantizada, el bien hipotecado negocialmente a favor del acreedor podrá ser afectado más bien por terceras personas, perjudicándose los derechos del acreedor, quien no podría dejar constancia en el registro de su garantía hasta la oportunidad en que la obligación futura o eventual sea actual o presente. En otras palabras, el acreedor queda en una situación de indefensión al no tener acceso al registro para inscribir su derecho. A ningún acreedor razona-

ble le interesará una afectación hipotecaria que, recayendo sobre obligaciones futuras o eventuales, sólo podrá inscribir cuando aquéllas sean actuales.

Este primer enfoque queda, por consiguiente, descartado. La ley debe facilitar los negocios, no trabarlos.

5. El segundo enfoque se va al otro extremo; postula que la hipoteca (que respalda obligaciones futuras o eventuales) existe como gravamen desde el preciso instante de su inscripción, esto es, válida y eficaz. En consecuencia, el acreedor adquiere el rango hipotecario desde el momento en que se inscribe el gravamen, por lo que poco o nada interesa si la obligación garantizada es presente o no. Es más, por el mérito de la inscripción, el acreedor adquiere la plenitud de atribuciones.

El problema radica en que se coloca en un mismo plano al acreedor hipotecario de un crédito presente y exigible con el de un crédito inexistente a la fecha y, por ende, inexigible, lo cual rechaza el sentido común, en especial si lo enfocamos desde la perspectiva de los terceros.

En efecto, si nos colocamos en la hipótesis de una ejecución hipotecaria, no tendría sentido que se “pague” al acreedor de un crédito que al no ser actual ni siquiera es exigible, prefiriéndosele (por la prelación derivada legalmente de las fechas de los asientos de inscripción) respecto a otro que mantiene un crédito existente, válido y exigible ¿Qué ocurriría si es que la obligación futura o eventual no llegase finalmente a configurarse? Un tema tan serio y delicado como el de la recuperación crediticia, que corresponde a una de las funciones del sistema de garantías, asociado a la seguridad del tráfico patrimonial, no puede estar subordinado a un aspecto aleatorio como el expuesto. Por lo tanto, este segundo enfoque queda también descartado. Las soluciones extremas son, como regla general, poco aconsejables en lo jurídico y en lo vital.

Sobre este particular, autorizada doctrina expresa: *“Admitir hipotecas, con efectos ya respecto de terceros, en garantía de una obligación que acreedor y deudor son absolutamente libres de contraer o no contraer, significaría crear un derecho real en favor de un hipotético futuro acreedor (con facultades actuales vacías de interés) -y un gravamen que deberá soportar el dueño del bien hipotecado y los terceros- sin utilidad de presente que lo justifique socialmente. Si el dueño del bien que sufriría el gravamen es*

*el posible deudor, estaríamos ante un gravamen con una contradicción estructural: sólo será efectivo si quiere quien lo sufre, puesto que de su libre voluntad depende contraer o no la obligación”*¹⁰ (las cursivas han sido destacado por el suscrito).

No obstante lo anterior, una forma de amenazar los efectos de este enfoque, atendiendo al interés social comprometido, sería afectando el gravamen inscrito a un plazo resolutorio; por lo que si dentro de cierto plazo (el previsto en el propio título constitutivo, pero de manera preferente por ley) desde que se accedió al registro no se deja constancia que la obligación principal se ha configurado, la respectiva inscripción quedara sin valor ni efecto. Es más, dicha eficacia debería estar limitada en el sentido que la inscripción del gravamen en respaldo de obligaciones futuras o eventuales genera únicamente persecución y preferencia, más no realización.

De acuerdo a la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, pareciera ser esta la opción adoptada por el legislador nacional, por cuanto establece que: *“Cabe anotar que no obstante que la obligación futura así como la eventual no son obligaciones actuales, la hipoteca constituida en respaldo de ellas adquiere el rango con la fecha de su inscripción en el registro sin tener que esperar el surgimiento de la obligación”*¹¹ (las cursivas son nuestras). Sin embargo, por las citas incorporadas al formularse los comentarios relacionados al artículo 1104 del Código Civil, en particular la referencia a Diez-Picazo y Gullón, estimo que el legislador se habría inclinado finalmente por un esquema distinto.

6. Y el tercer enfoque se circunscribe finalmente en que puede inscribirse la afectación hipotecaria respecto a obligaciones futuras o eventuales, siendo el modo válido pero ineficaz, por lo que la inscripción sólo surtirá efectos en la medida que la obligación futura o eventual enunciada en el título constitutivo adquiera de manera sobreviviente -luego de la inscripción- la condición de actual. Y decimos que de manera sobreviviente porque de haber adquirido existencia de manera previa a la inscripción, se estaría, de hecho, en el primer esquema propuesto.

Pareciera que este esquema sería el adoptado por el legislador nacional, por cuanto en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil se reproduce calificada doctrina (Diez-Picazo y Gullón) en los términos siguientes: *“Se trata, por consiguiente, de una hipoteca actual en garantía de una obligación que es futura. En la*

10 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. Op. cit., p. 271.

11 BIGIO CHREM, Jack. Op. cit., p. 50.

medida que la hipoteca es ya actual tiene acceso inmediato al Registro y es objeto de inscripción. La inscripción registral advierte la posibilidad de que se desplieguen los efectos normales de la hipoteca, que obviamente se encuentra subordinada al nacimiento de la obligación¹² (las cursivas son nuestras). Es cierto que los autores suelen comentar su respectiva legislación nacional, siendo que Diez-Picazo y Gullón se refieren a la ley española, pero resulta sintomático al fundamentar los alcances del artículo 1104 del Código Civil, el legislador peruano haya reproducido dicha cita.

Respecto a este enfoque, debe distinguirse a su vez dos posibilidades sobre la oportunidad de los efectos de la eficacia que pudiese adquirir el modo: eficacia inmediata, esto es, a partir de la fecha en que la obligación futura o eventual adquiere la condición de obligación presente o actual, o eficacia retroactiva, es decir, desde la fecha de inscripción del gravamen.

En realidad, desde el momento en que se permite legalmente la inscripción de la hipoteca con la consiguiente generación del gravamen, aunque sea temporalmente ineficaz, no tendría sentido práctico que su eficacia (de generarse) sea a partir de la fecha en que se inscriba la incidencia relacionada a que lo que era futuro o eventual es ya existente. Lo lógico, para atender la necesidad comercial hipotecaria, al interés del acreedor, al aseguramiento de los créditos, es que dicha eficacia opere retroactivamente, sin solución de continuidad a partir de la inscripción misma.

7. Ahora bien, ¿Cuál es el enfoque contenido en el Código Civil de 1984? En realidad debe admitirse que poco o nada expresa sobre este tema en su redacción, dado que se limita a destacar en sus artículos 1097, 1099 inciso 2 y 1104 que la hipoteca puede garantizar cualquier obligación (lo cual no resultaría muy exacto, porque debe entenderse que su naturaleza debe asociarse a un “dar dinerario”), que la obligación debe ser cierta, y que la misma puede ser inclusive futura o eventual, respectivamente. De acuerdo a la Exposición de Motivos Oficial se genera la duda si se ha adoptado el segundo o el tercero de los esquemas enunciados precedentemente.

El legislador sostiene, tratándose del artículo 1104 del Código Civil, de un lado: “Cabe anotar que no obstante que la obligación futura así como la eventual no son obligaciones actuales, la hipoteca constituida en respaldo de ellas adquiere el rango con la fecha de su inscripción en

el registro sin tener que esperar el surgimiento de la obligación¹³ (las cursivas son nuestras) y, por otro lado, cita a doctrina extranjera, reproduciéndola textualmente en cuanto manifiesta que la hipoteca, y sus efectos normales, están subordinados al nacimiento de la obligación, esto es, que lo futuro o eventual sea efectivamente actual, de lo cual además deberá dejarse constancia registral.

Es más, de asumirse que habría adoptado el segundo esquema, esto es, el del modo con eficacia inmediata, no existe referencia alguna al tema del plazo o condición resolutoria. Por ello descartamos que haya tomado dicha opción.

8. Para intentar identificar y comprender la posición del legislador nacional, nos puede resultar útil tener presente el mecanismo instituido en la Ley Nro. 28677 – Ley de la Garantía Mobiliaria tratándose de las obligaciones futuras o eventuales, considerando además que más allá de su actual denominación legal, la prenda ha adquirido el carácter de una garantía constitutivamente registral al igual que la hipoteca. Estimo que hipoteca y prenda, más allá del bien sobre el cual recaen y del mecanismo de publicidad, comparten un conjunto amplísimo de reglas comunes. Dejo constancia que, resulta evidente que pueda objetarse la comparación propuesta, de manera básica porque una norma posterior no es la más apropiada para explicar los alcances de una anterior en el tiempo, pero creo que no debemos atender dicha objeción porque al examinar el tema de fondo se advierte que estamos tratando de lo mismo, de manera que lo regulado en la Ley de la Garantía Mobiliaria no es finalmente ninguna “novedad”.

Es así que de acuerdo al artículo 22 de la Ley Nro. 28677 existe la garantía mobiliaria preconstituida que no es otra cosa que una reserva de rango registral, no hay gravamen, se trata en buena cuenta de un mecanismo que opera como una suerte de anotación preventiva, aunque no lo es formalmente. De los tres casos regulados en el artículo 20 de la señalada ley, nos interesa el último, relacionado a las obligaciones futuras o eventuales. En la medida que la obligación principal futura o eventual adquiera el carácter de presente (artículo 21), procederá la inscripción (definitiva) del gravamen, con efectos retroactivos a la fecha en que se inscribió la garantía preconstituida (artículo 22).

Pareciera que el legislador hubiese optado, en materia mobiliaria, por aplicar el primer esquema del cual hemos tratado pero habiendo dise-

12 Ídem. p. 49

13 Ídem. p. 50.

ñado un mecanismo que, desde la perspectiva de la funcionalidad de las garantías, permite salvaguardar el interés del acreedor, quien se “posesiona” (frente a terceros) en un lugar de la partida a la espera que la obligación actualmente futura o eventual exista. En lo formal, estamos definitivamente ante el primer esquema, aunque el mismo fue recusado por el legislador hipotecario, por lo que de poco nos sirve. No obstante, en la práctica, en los hechos, más allá de la literatura, omitiendo las denominaciones empleadas, analizando el tema de fondo, puede considerarse que estamos ante el tercer esquema, el cual habría sido además el considerado por el legislador civil en materia hipotecaria (tema de las referencias doctrinarias que incorporó al fundamentar su posición, conforme a la Exposición de Motivos Oficial).

9. Si revisamos con atención las disposiciones del Código Civil en materia hipotecaria, pareciera que comparte el mecanismo desarrollado anteriormente en la Ley de la Garantía Mobiliaria.

Me explico. El Código Civil exige que un conjunto de actos deban ser necesariamente inscritos para fines de su plena eficacia; así, por ejemplo, una cesión de rango debe ser inscrita. Siendo una garantía constitutivamente registral, reiteramos lo ya señalado en el sentido que todos los aspectos relacionados a la hipoteca deben constar en los Registros Públicos, considerando esencialmente que la inscripción es el vehículo para la oponibilidad, ya que los terceros se nutren de la información registral. Sin embargo, tratándose de nuestro tema, el Código Civil no expresa nada sobre el régimen de la hipoteca sobre obligaciones futuras o eventuales. Como ya hemos indicado, nuestro Código Civil es bastante parco porque se limita a destacar que es posible dicha constitución, pero nada más.

Por lo tanto nos genera la duda, ¿Puede inscribirse un gravamen con tales características?, ¿Es de eficacia inmediata o diferida?; de ser de eficacia inmediata, ¿Significa que el acreedor goza de todos los atributos del derecho real de manera plena, por más que actualmente no exista obligación principal?, ¿Puede oponer su preferencia al acreedor con un crédito existente y exigible?; de ser de eficacia diferida, ¿A qué quedaría subordinada la misma?, ¿Dicha eficacia tendría carácter retroactivo o no? En fin, pueden haber mil preguntas que formularse para quien posea una curiosidad que no se limita a conocer el texto del Código Civil. Dado que la hipoteca sobre obligaciones futuras o eventuales es inscribible, el tema se limita a determinar si el gravamen inscrito genera o no los efectos ordinarios propios de toda afectación hipotecaria.

Para intentar brindar una respuesta podemos colocarnos en la hipótesis que hubiese tres gravámenes y que además un embargante solicita la realización del bien. Parto de la premisa que la hipoteca que recae sobre obligaciones futuras o eventuales es susceptible de inscripción. También parto de la premisa que la hipoteca puede estar sujeta, como negocio y de conformidad con el artículo 1105 del Código Civil, a condición o a plazo (de lo cual al inscribirse debería dejarse además constancia expresa). Por último, destaco que una hipoteca que respalda obligaciones futuras o eventuales es, de hecho, una hipoteca sujeta a condición suspensiva, porque su eficacia como gravamen va a estar sujeta a que las obligaciones aseguradas se constituyan de manera efectiva, real, y se deje constancia de ello en los Registros Públicos.

- El primer rango corresponde a una hipoteca, por el valor de 200, constituida bajo condición suspensiva. No hay publicidad registral sobre si dicha condición se ha cumplido o no.
- El segundo rango lo ocupa la hipoteca que respalda obligaciones futuras o eventuales por la suma de 300. Tampoco existe publicidad registral sobre si aquello que en el título constitutivo era futuro o eventual existe actualmente.
- El tercer rango lo ocupa una hipoteca que, por el valor de 200, respalda obligaciones presentes.
- El cuarto rango lo ocupa un embargante por la suma de 300.

Si sumamos el importe de los distintos gravámenes, resulta 1000. Asumamos que más allá del valor del inmueble, se obtiene finalmente 700 por su enajenación forzosa ¿Cómo aplicar dicha suma?

Si nos atenemos al rango hipotecario determinado por la antigüedad de las inscripciones (tesis que se reitera abundantemente en el tenor de la Exposición de Motivos Oficial de nuestro Código Civil), aplicándose la suma obtenida a los tres primeros gravámenes, nada quedará para el ejecutante.

Pero si además consideramos el contenido de la información registral frente a terceros, debería tenerse presente que, tratándose del primer gravamen, el mismo no surte aún efectos, se trata de una *nuda* inscripción, se habría reservado un lugar en la partida pero el acreedor carece de un crédito exigible, por lo que el respectivo gravamen no puede ser considerado, el hecho futuro e incierto sigue siendo futuro e incierto frente a lo actual y cierto que representa la acreencia pues-

“...nada impide que tomando como referente a la legitimación universal contenida en el inciso 1 del artículo 1409 del señalado cuerpo normativo [...], pueda celebrarse (con efectos relativos, inter partes) un convenio hipotecario, cuya eficacia estará sujeta a que el bien exista y la respectiva garantía pueda inscribirse registralmente....”



ta a cobro por el ejecutante. Igual solución debería aplicarse tratándose del segundo gravamen, ¿Cómo pretender que el acreedor de segundo rango cobre antes de quienes ocupan el tercer y cuarto rango, cuando la obligación garantizada ni siquiera existe, por lo que menos resulta siendo exigible? ¿No se genera incertidumbre respecto a dicha existencia? ¿No se asimila dicha hipoteca a una sujeta a condición suspensiva? Admitir que el acreedor “hipotecario” de segundo rango sea efectivamente preferido para fines de cobrar el crédito garantizado (inexistente a dicha fecha) sería un despropósito ¿Qué pasaría con las respectivas sumas asignadas a los acreedores “preferentes” si es que no se cumple con la condición que permita que la hipoteca surta efectos o si es que la obligación futura o eventual no se llega a configurar? ¿Durante qué plazo se mantendría dicha incertidumbre?, etc.

Habiéndose obtenido 700 por la realización del bien (monetización), y concluyéndose que no debería reconocerse crédito preferente tratándose de las dos primeras hipotecas, dicha suma debería aplicarse en primer lugar al acreedor de tercer rango formal (aunque de hecho sea de primer rango), por 200, y el saldo, 500, aplicarse a favor del ejecutante, entregándose el remanente al propietario.

En otras palabras, sólo se reconoce como gravámenes a aquellos que correspondan a créditos existentes. Créditos simples.

Desde esa perspectiva, retornando a nuestro tema concreto, resulta manifiesto que por más que el Código Civil señale de manera general que puede constituirse hipoteca en respaldo de obligaciones futuras o eventuales, y sobre dicha base puede obtenerse la inscripción registral, los efectos están finalmente sujetos a que lo que en su momento fue futuro o eventual sea efectivamente presente. Pero además, y estimo que es lo más relevante, debería dejarse constancia registral de dicha situación; es decir, el acree-

dor hipotecario debería gestionar la publicidad registral de que aquello que era futuro o eventual es actualmente existente, de manera que la hipoteca constituida en su oportunidad sea plenamente eficaz.

Ahora bien, conforme he expresado, carecería de sentido, dado que ya se inscribió la hipoteca como garantía, que dicha eficacia sea a partir de la fecha, por lo que debería entenderse que se trata de una eficacia que operará retroactivamente, a partir del momento en que se inscribió el gravamen (como una reserva de rango, de hecho), de la misma manera en que los efectos de la garantía mobiliaria constituida se retrotraen a la oportunidad de inscripción de la preconstituida.

10. En síntesis, aunque se trata formalmente de una inscripción de gravamen, podemos estimar que, de hecho, la inscripción de una hipoteca en respaldo de obligaciones futuras o eventuales -por cuanto pretende asegurar el rango o prelación en el tiempo- representa una reserva de rango, una suerte de anotación preventiva o una garantía preconstituida empleando la terminología de la Ley de la Garantía Mobiliaria, siendo que adquirirá la condición de garantía absolutamente plena (respecto a los atributos que de ello se desprenden) en la medida que esa suerte de anotación preventiva se convierta en definitiva, que la garantía preconstituida abra paso a la constituida, siendo necesario para ello que se inscriba (por asiento o anotación, eso ya resulta adjetivo) que la obligación futura o eventual señalada en el título es existente, actual o presente, por lo que el modo (inscripción) *quedará consolidado, con efectos retroactivos.*

Siendo la hipoteca una garantía constitutivamente registral, insisto que todas sus incidencias y vicisitudes deben constar publicitadas de igual manera, necesariamente, por la naturaleza jurídica de esta figura: *“El valor constitutivo de la inscripción se manifiesta en que el ejercicio de*

*las facultades más típicas de la hipoteca presuponen la previa inscripción*¹⁴.

No basta, por lo tanto, “inscribir” la hipoteca que respalda (en ese momento) una obligación futura (o eventual); considerando que el gravamen está finalmente subordinado al efectivo nacimiento de dicha obligación, para que dicho “gravamen” alcance plena eficacia resultará indispensable inscribir (en la fecha) que aquello que fue futuro o eventual es ya existente.

Para efectos de una inscripción efectiva del gravamen, podría considerarse un plazo de caducidad para dejar constancia registral que la obligación futura o eventual es presente; no obstante, no existiendo regulación sobre la materia, el acreedor deberá acreditarlo mientras tenga oportunidad de poder invocar procesalmente su derecho preferente, apersonándose al proceso en que se pretende el remate del bien por quien es titular de un crédito exigible y acreditando que está legitimado registralmente: que ha cuidado de dejar constancia que la hipoteca adquiere plenos efectos, dejando de ser una simple reserva de rango en el tiempo.

- 56
11. ¿A título de qué procedería la institución registral a publicitar que el gravamen registrado respecto a obligaciones futuras o eventuales es plenamente eficaz? Si asumimos que tenemos una inscripción que genera un gravamen ineficaz, será necesario inscribir la ocurrencia del evento desencadenante de la plena eficacia de la garantía, y para ello estimamos que será pertinente el artículo 2019, inciso 4, del Código Civil, en cuanto dispone que son inscribibles en el registro inmobiliario el cumplimiento de las condiciones de las cuáles dependen los efectos de los actos o contratos registrados. En el presente caso, estimo que la situación de dejar constancia de la existencia actual de lo que en su momento se estimó como futuro o eventual sí podría asimilarse como el cumplimiento de una condición de carácter suspensivo (la hipoteca sólo surtirá plenos efectos como gravamen en la medida que la obligación garantizada sea presente), por cuanto ha habido un grado de incertidumbre, mayor o menor, respecto a que llegaría a existir lo que en su momento se estimó como futuro o eventual. Hubiese sido conveniente que el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado por Resolución de la Superintendente Nacional de los Registros Públicos Nro. 248-2008-SUNARP/SN del 28 de agosto de 2008, hubiese regulado específicamente el tema, por cuanto sólo se

advierde una referencia general en su artículo 13, inciso b, sobre el contenido del asiento de inscripción, en cuanto establece que: “*La existencia de condición, plazo, limitación, así como los demás datos relevantes para el conocimiento de terceros, cuando consten en el título y siempre que por sí mismos no den lugar a asientos independientes*”.

Ante la parquedad del Código Civil, considerando los alcances de su artículo 2019, inciso 4, y aplicando la doctrina que ha sido invocada en la Exposición de Motivos Oficial para sustentar su propio articulado, correspondía un desarrollo reglamentario de este tema, evitándose interpretaciones que desnaturalicen los efectos registrales de una hipoteca cuya plena eficacia está condicionada a que se publicite que lo futuro o eventual es ya actual, proporcionándose información confiable a terceras personas.

3. Especialidad del gravamen hipotecario respecto al crédito garantizado en materia de operaciones financieras

1. Conforme al Código Civil, el gravamen se rige por el principio de literalidad, lo cual significa que sólo respalda a la obligación principal enunciada en su título constitutivo, sea presente, futura o eventual, por lo que no hay gravamen tácito, esto es, la hipoteca no puede extenderse en respaldo de obligaciones no consideradas en el señalado título constitutivo.

Si bien en materia hipotecaria no existe una mención puntual al tema, como sí la hubo tratándose de la prenda (en la que se admitía la prenda tácita, salvo acuerdo distinto), o como sí se mantiene tratándose de la anticresis (prohibiéndose la anticresis tácita, salvo acuerdo distinto), se admite que la afectación debe ser expresa, más allá -repetimos- de la temporalidad de la obligación garantizada.

La señalada literalidad fue limitada mediante legislación especial en materia de operaciones financieras. En efecto, aunque no es propósito del presente trabajo desarrollar con detalle lo concerniente a las garantías reales en respaldo de obligaciones financieras y la justificación de un régimen que presenta varias diferencias con el propio del derecho común, no podemos dejar de hacer una referencia aunque sea breve al tema.

- Conforme al tenor original del artículo 172 de la Ley Nro. 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, salvo pacto en contrario, las garantías reales instituidas en favor de las empresas financieras no sólo se extendían respecto de las obligaciones enunciadas en su título constitutivo (literalidad, propio del derecho común), sino además de cualesquiera otras obligaciones presentes y futuras que pudiesen existir, por lo que estas últimas estaban tácitamente incorporadas al gravamen. En realidad ni siquiera era necesario extender el asiento registral de inscripción con el carácter de “sábana”, ya que el mismo se derivaba por mandato legal, salvo pacto en contrario.
- Por razones que no vienen al caso comentar, el artículo 172 de la Ley Nro. 26702 fue modificado parcialmente por la Ley Nro. 27682, estableciéndose que las garantías reales financieras sólo se hacían extensivas a lo enunciado en su título constitutivo (estricta observancia del principio de literalidad, conforme al derecho común), siendo nulo todo pacto en contrario. Desapareció en consecuencia el régimen de las hipotecas financieras tácitas (denominado de garantías reales “sábana”), el gravamen queda limitado a la obligación cierta contenida en el título constitutivo de conformidad con el Código Civil.
- El artículo 172 de la Ley Nro. 26702, modificado por la Ley Nro. 27682, fue posteriormente modificado por la Ley Nro. 27851, conforme a lo siguiente: se mantiene el principio de literalidad tratándose de la hipoteca constituida por el deudor hipotecario, salvo pacto distinto, con lo cual puede adquirir por acuerdo expreso el carácter de “sábana”; sin embargo, tratándose de la hipoteca constituida por un tercero o dador hipotecario, se mantiene forzosamente la literalidad, siendo nulo todo pacto en contrario. Demás está decir que en la práctica diaria, las hipotecas financieras readquirieron el carácter de gravámenes sábanas, por cuanto siendo la contratación financiera de carácter predispuesto, resulta obvio que estaba predeterminado el “pacto en contrario” a la literalidad. Quedaba abierto el tema si ese “pacto en contrario” representaba o no una estipulación abusiva o vejatoria.
- La Ley Nro. 28677 derogó, entre sus disposiciones finales, casi subrepticamente, a la Leyes Nros. 27682 y 27851. Para algunos operadores jurídicos se ha generado la

duda sobre el régimen normativo aplicable actualmente a las garantías reales constituidas a favor de empresas financieras en cuanto la extensión del gravamen, considerando las obligaciones respaldadas, ¿Literalidad o no? Es más, el propio artículo 92 del actual Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios invita a confusión, sugiriendo que el artículo 172 de la Ley Nro. 26702 representa un régimen especial, y no es así en cuanto las obligaciones respaldadas.

La respuesta esclarecedora la proporciona el artículo primero del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que representa al conjunto de normas matrices de nuestro ordenamiento legal, en particular del privado. Derogada la norma que a su vez derogó a otra, esta última no recobra vigencia; para este último efecto se requeriría de una declaración expresa del legislador: una restitución de vigencia. No ha habido dicha declaración.

Conforme a lo expuesto, tratándose de hipotecas en respaldo de operaciones crediticias la situación actual es que no está legalmente prevista la generación de hipotecas con coberturas tácitas tratándose de obligaciones (sean presentes, futuras o eventuales) no consideradas en el respectivo título constitutivo. Ese es el diagnóstico, otra cosa es si dicha situación es conveniente o no para fines del tráfico jurídico-patrimonial.

Por lo tanto, tratándose en particular de las hipotecas reguladas exclusivamente por el Código Civil, o sujetas al régimen de la Ley Nro. 26702, debe observarse estrictamente la especialidad del crédito garantizado, lo cual se identifica con su literalidad misma.

2. El tema radica en que algunas instituciones financieras, no obstante lo dispuesto en la sexta disposición final de la Ley Nro. 28677 que deja sin efecto la posibilidad de generarse hipotecas sábana, han considerado que resulta posible constituir las en razón que el Código Civil dispone, de un lado, que la obligación garantizada puede ser determinable y, de otro lado, que la misma puede ser futura o eventual. Así, en ciertos actos constitutivos se ha incorporado una declaración conforme a la cual las partes acuerdan que la hipoteca respalda cierto (o ciertos) créditos y, además, cualesquiera otros que se generen entre las mismas partes y por cierto plazo (criterio de determinabilidad asociado a la futuridad de la obligación respaldada). En otras palabras, se pretende que la hipoteca así pactada no sólo cubra las obligaciones actuales identificadas, sino además que se extienda a las

futuras o eventuales, para cuyo efecto se enuncian de manera “determinable”.

La pregunta radica en que si la legitimidad para respaldar obligaciones futuras o eventuales demanda identificarlas plenamente, o si basta una referencia general. Las citas al inicio del presente trabajo han sido elocuentes. Dado que ya no hay legislativamente gravámenes sábana, ¿Podría pretenderse que se puede llegar a constituir una hipoteca para respaldar una obligación que no está individualizada en el título constitutivo, observando estrictamente el principio de literalidad?

Mi respuesta es no. Estimo que el pacto bajo comentario representa un típico caso de fraude legal, por cuanto invocando una pretendida legitimidad bajo una norma de cobertura, se pretende enervar los efectos de otra, imperativamente prohibitiva, tema que deberá ser dilucidado en primera instancia en sede registral (al calificarse la legalidad de lo que se pretende inscribir) y en última instancia en sede jurisdiccional en cada caso en particular.

Pero además, aún cuando no se compartiese dicha calificación, conforme a lo expuesto en el presente trabajo, la hipoteca en respaldo de obligaciones futuras o eventuales es ineficaz (al menos temporalmente), requiriéndose que se publicite que el respectivo crédito es actual, esto es, que se deje constancia registral de ello, lo cual a su vez demanda de una

absoluta coincidencia entre su descripción contenida en el título constitutivo y lo que se declara finalmente como contemporáneo. Ante la vaguedad de la estipulación bajo comentario, en el sentido que afirma que la hipoteca respalda cualesquiera otros créditos (aparte del expresamente referido) que se generen entre las mismas partes y por cierto plazo, no debería prosperar la declaración de actualidad. No hay, como señala Peña Bernaldo De Quirós, “hipoteca flotante”, esto es, que se pacta por una suma máxima en respaldo de cualesquiera obligaciones¹⁵, dejándose al arbitrio del acreedor incorporar las deudas que pueda contraer determinada persona y por determinado plazo, menos en el marco de la contratación predispuesta porque la misma, no puede negarse, se presta a abusos.

4. Nota final

La ley es Derecho, pero no es todo el Derecho. La doctrina nos permite comprender los presupuestos conceptuales de muchas disposiciones legales; por cuanto, una ley, y en particular nuestro Código Civil, no es un texto teórico o un manual universitario. Corresponderá a la jurisprudencia considerar dichos conceptos y delinear el correcto sentido de la aplicación de la ley. Corresponderá a los abogados coadyuvar a la función jurisdiccional invocando la ley no por su simple literalidad sino en función de su racionalidad; para lo cual, siempre resultará saludable un intercambio de ideas y el compartir dudas e inquietudes.