



Marco Antonio Ortega Piana^(*)^(**)

El principio de **especialidad hipotecaria** respecto del crédito garantizado

Problemática relativa a las obligaciones (actualmente) inexistentes

*The principle of mortgage specialty on secured credits.
Problems concerning the (currently) non-existent debts*

“LA HIPOTECA ES LA GARANTÍA REAL POR EXCELENCIA, CONFIGURÁNDOSE COMO GRAVAMEN EN LA MEDIDA QUE LA RESPECTIVA AFECTACIÓN HAYA SIDO INSCRITA, NO ADMITIÉNDOSE GENERACIÓN ALTERNAA TRAVÉS DE OTRO MECANISMO DE PUBLICIDAD”.

“Importa distinguir siempre entre el error y el hombre que lo profesa, (...) en la naturaleza humana nunca desaparece la capacidad de superar el error y de buscar el camino de la verdad”

Angelo Giuseppe Roncalli, Juan XXIII

Resumen: El presente artículo tiene como finalidad abrir el debate sobre la denominada especialidad hipotecaria, respecto del crédito garantizado en las obligaciones futuras o eventuales; a la luz de la inscripción del gravamen en los registros correspondientes. Para ello, el autor asumiendo que la regulación hipotecaria se estructura esencialmente en función del aspecto registral, el cual tiene carácter constitutivo, desarrolla una tesis en la cual no es lo mismo, por la naturaleza de las cosas, que lo garantizado sea o no existente actualmente. Se intenta responder por lo tanto, si la hipoteca que recae sobre obligaciones futuras es o no una garantía, para lo cual desarrolla diferentes perspectivas a la luz de la normativa actual.

Palabras clave: Hipoteca - Obligaciones futuras - Inscripción registral - Título y modo - Publicidad registral - Oponibilidad.

Abstract: This article aims to open the debate on the so-called mortgage specialty with respect to secured credits in future or eventual debts, in the light of the registration of levies in the corresponding records. To that effect, the author, assuming that the mortgage regulation is essentially structured in terms of the registration viewpoint, which is constitutive in nature, develops a thesis in which

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y en la Facultad de Derecho Corporativo de la Universidad ESAN. Asociado de Estudio Grau Abogados.

(**) Mi agradecimiento especial a Vanessa Cisneros Torres, mi colega en la práctica profesional, cuyos pertinentes y conocedores comentarios sobre los alcances procesales de la hipoteca sobre obligaciones futuras han permitido perfilar la orientación de este trabajo, pero sin que ello enerve mi absoluta y exclusiva responsabilidad por cualquier error que pudiese advertirse.

El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado
The principle of mortgage specialty on secured credits



it is not the same thing, by the nature of things, whether that which is guaranteed is or is not currently existent. We consequently try to answer, if mortgage that falls on future debts is or is not a guarantee, and therefore develops different perspectives in the light of current legislation.

Keywords: Mortgage - Future debts - Registration procedure - Title and mode - Registral information - Effectiveness

Agradeciendo previamente a la Asociación Civil IUS ET VERITAS por la oportunidad de publicar algunos comentarios sobre un tema de singular relevancia práctica en el ámbito de la contratación privada, el propósito del presente trabajo es compartir algunas consideraciones sobre la denominada

“LA LEY, COMO EXPRESIÓN LEGISLATIVA, ES DERECHO, PERO NO ES TODO EL DERECHO. LA DOCTRINA NOS PERMITE COMPRENDER LOS PRESUPUESTOS CONCEPTUALES DE MUCHAS DISPOSICIONES LEGALES POR CUANTO UNA LEY NO ES UN TEXTO TEÓRICO”.

“especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado”, en particular tratándose de las obligaciones (actualmente) inexistentes con ocasión de la inscripción del gravamen, esto es, de lo que se conoce como obligaciones futuras o eventuales.

Estas consideraciones no sólo han surgido por el intercambio de opiniones y posiciones en clase al tratar lo concerniente a la ejecutabilidad de una hipoteca constituida en respaldo de obligaciones futuras o eventuales, sino de las contingencias legales a las cuales podría estar sometido el respectivo acreedor en el escenario que el inmueble gravado sea objeto del proceso de ejecución de garantía, contingencias que apreciamos en el ejercicio profesional diario, dimensionándolas al momento de optar por las soluciones contractuales que resulten más adecuadas para resguardar el interés del acreedor, dado que toda garantía se explica finalmente en función a dicho interés.

Dejamos constancia que este trabajo se sustenta en algunas apreciaciones ya contenidas en uno anterior, publicado hace ya ciertos años⁽¹⁾, al cual hemos incorporado nuevas hipótesis y enfoques, considerando lo

(1) ORTEGA PIANA, Marco. *Garantía Hipotecaria en respaldo de obligaciones futuras o eventuales*, en: Actualidad Jurídica. Tomo 183. Lima: Gaceta Jurídica, febrero 2009; pp. 41- 47.



Marco Antonio Ortega Piana

expresado: inquietudes recogidas del aula universitaria y del propio ejercicio profesional.

Por último, hay cierto texto que ha sido invocado al inicio de este trabajo, significativo en particular en esta fecha. Su mensaje es clarísimo aplicado en particular al quehacer académico y profesional. Podemos errar, pero ello no afecta nuestra dignidad, porque todos tenemos la capacidad de superar el error, con mayor razón si contamos con el propósito de buscar la verdad. Este trabajo corresponde a esa búsqueda, ante las diversas interrogantes que nos genera la regulación legislativa sobre la hipoteca relativa a las obligaciones (actualmente) inexistentes. Representa una contribución, no tiene otra pretensión, que permita encontrar y aplicar la solución jurídica que sea más adecuada en función a los intereses comprometidos.

1. Premisas

La hipoteca es la garantía real por excelencia, configurándose como gravamen en la medida que la respectiva afectación haya sido inscrita, no admitiéndose generación alterna a través de otro mecanismo de publicidad. No hay hipoteca sin inscripción registral, por lo que sin esta última el acreedor estará descubierto para fines de la recuperación de su crédito.

Conforme a ello, si sostenemos que “no hay hipoteca sin inscripción”, también afirmamos que esa inscripción proviene de un determinado procedimiento registral, de manera que una anotación preventiva de la hipoteca, no es inscripción, como tampoco lo es un bloqueo registral respecto de la minuta de afectación hipotecaria, ni la solicitud de inscripción correspondiente. Algunas de estas últimas figuras podrán generar ciertos efectos jurídicos para fines de publicidad, para impedir que terceros puedan afectar el estado y la información proveniente de la partida respectiva, pero para que el gravamen hipotecario se configure como un efectivo derecho real de garantía, oponible, requiere contar de una inscripción definitiva.

El enunciado anterior puede resultarnos obvio, pero representa la dicotomía que existe, tratándose de las garantías reales, entre lo que podemos denominar como el acto constitutivo (acto dispositivo) y el gravamen real (acto adquisitivo), lo cual

corresponde a su vez a la teoría general sobre el título y el modo.

Mucho se ha escrito sobre la materia, y proveniente de autores de gran prestigio académico, y mucho más se invoca de manera despreocupada en nuestro medio sin haber realizado el necesario análisis de los antecedentes normativos, intención del legislador e inclusive de lo que podría llamarse nuestra propia *tradición jurídica*, pero de manera resumida cabe cuestionarse si lo concerniente al *título y modo* es un tema privativo de los contratos de cambio, sean onerosos o gratuitos, más allá que versen sobre bienes (cosas) muebles o inmuebles, o si se trata más bien de un concepto que no está limitado a los contratos de cambio, de manera que se extiende a toda clase de negocios, actos y contratos relativos a bienes y que están orientados a generar efectos frente a terceros y que, por consiguiente, requieren de publicidad para alcanzar la necesaria oponibilidad, exclusión.

En materia de adquisición de derechos reales, el título es la causa inicial o supuesto negocial (contractual o convencional, conforme se entienda lo que es el objeto contractual, esto es, si demanda o no que su naturaleza sea necesariamente crediticia o no) del cual se derivará la traslación, siendo que el modo, o causa final, es lo que la permite⁽²⁾. El título como acto jurídico corresponde al perfeccionamiento constitutivo, el modo corresponde más bien, como acto debido, al perfeccionamiento operativo u complementario.

En Derecho son reconocidos dos modos o mecanismos para generar oponibilidad, exclusión, en función a la naturaleza de los bienes: posesión y registro. Sin título, por consiguiente, no hay modo.

(2) WAYAR, Ernesto. *Compraventa y permuta*. Buenos Aires: Astrea de Ricardo y Alfredo Depalma, 1984; pp. 54 y 55.

El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado *The principle of mortgage specialty on secured credits*

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 (del acto jurídico dispositivo, más allá de la discusión en materia hipotecaria sobre si puede ser unilateral o si requiere ser bilateral), sino que demanda que se cumpla con el respectivo modo.

El título instituye el derecho sujeto a la relatividad propia de los acuerdos (en materia hipotecaria, implica el acto personal de afectación a favor del acreedor), pero el modo se constituye propiamente mediante la publicidad (y es que el interés del acreedor hipotecario no radica en una mera afectación que provenga y se limite al constituyente, más allá que este último sea deudor o dador, sino que le interesa contar con una titularidad oponible frente a cualquier tercero, de manera que pueda gozar efectivamente de los atributos de preferencia, persecución y ejecución).

Sostener, en función a lo expuesto, que una hipoteca pueda desplegar plenos efectos *inter partes*⁽³⁾, sin contar con la inscripción, no deja de ser una frase que no corresponde a la realidad, dado que *inter partes* no se generan efectos plenos, ¿o es que un acreedor hipotecario no inscrito puede perseguir al inmueble afectado, puede ser preferido en un escenario de concurso o pluralidad de acreedores hipotecarios o puede ejecutar judicialmente el supuesto gravamen?

El tema tiene particular relevancia porque, regulándose las garantías reales en nuestro Código Civil desde la perspectiva del *modo* (la respectiva normatividad se encuentra en el Libro V: Derechos Reales), nos olvidamos que el mismo presupone *título*, siendo que muchas disposiciones legales deben interpretarse y aplicarse en función de dichos conceptos.

Si revisamos, por ejemplo, el Código Civil de 1852, que es el primer cuerpo legislativo civil republicano, constataremos que la hipoteca se legisló como un contrato típico, a diferencia de la regulación de 1936 como de 1984, dado que en estos últimos casos se regula a la hipoteca como derecho real accesorio o de garantía, aunque ello no significa, ni puede significar, desconocer su génesis convencional. Así, por ejemplo, cuando el artículo 1106 del Código Civil vigente establece que “*No se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros*”,

resulta evidente que ante la inexistencia actual del bien y, por consiguiente, del derecho de propiedad que se afecta por la hipoteca, no resulta posible constituir el gravamen; empero, nada impide que, sobre la base de la legitimación universal contenida en el artículo 1409, inciso 1, del señalado cuerpo normativo, pueda celebrarse un convenio hipotecario, cuya eficacia *erga omnes* estará sujeta a que el bien exista finalmente, que se genere el derecho de propiedad y, en ese orden de ideas, que la respectiva garantía pueda inscribirse registralmente.

La práctica diaria nos demuestra lo enunciado, habiéndose generado inclusive, por el tiempo que pudiese mediar desde la celebración del título hasta que el bien afectado adquiriera existencia registral, las denominadas garantías *stand by*.

En ese sentido, cuando revisamos cada norma del Código Civil en materia de hipoteca cabe preguntarnos, si se ha considerado al gravamen desde la perspectiva del título o del modo.

Lo que postulamos es que, asumiendo que la regulación hipotecaria se estructura esencialmente en función del aspecto registral, el cual es además constitutivo, ello debe ser aplicado de manera consistente.

2. Especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado

La especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado significa determinar qué es lo que respalda. La hipoteca es por naturaleza un acto jurídico accesorio porque presupone una relación principal, sea actualmente existente o no, ella es la que es objeto de la especialidad hipotecaria.

(3) DE LA PUENTE, Manuel. *Abriendo el debate*. En: Themis. Segunda época, No. 15. Lima, 1989; pp. 86 y 87.



Marco Antonio Ortega Piana

Nuestra tesis es que no es lo mismo, por la naturaleza de las cosas, que lo garantizado sea o no existente actualmente, porque una cosa es un gravamen con la plenitud de atributos que están a disposición del interés del acreedor, y otra cosa muy distinta es un “gravamen” (entre comillas, para destacar su singularidad) que sólo opera como elemento de publicidad, pero que no genera la plenitud referida de atributos, de manera que los efectos registrales de su inscripción están relativizados o disminuidos.

Corresponde, en consecuencia, determinar cuáles son los efectivos alcances de una hipoteca sobre obligaciones (actualmente) inexistentes. Corresponde también determinar si la futuridad de la obligación garantizada afecta o no lo que podemos denominar principio de literalidad y la regla conforme a la cual, por su gravedad patrimonial, se entiende que no hay gravámenes tácitos.

El principio de especialidad del gravamen hipotecario respecto al crédito garantizado pretende destacar qué es lo que se garantiza⁽⁴⁾. En ese sentido, la hipoteca debe respaldar una obligación principal identificada, cierta (determinada o determinable) conforme al respectivo título constitutivo. Se trata, por consiguiente, de un tema ligado estrechamente a la literalidad y al carácter expreso de la afectación, por su gravedad patrimonial. Dejamos constancia que cuando nos referimos a obligación principal no queremos contraponer dicho concepto al de obligaciones accesorias, sino al hecho que las garantías son, desde la perspectiva negocial, actos accesorios (a los cuales inclusive podríamos considerar originariamente coligados), ya que demandan de una relación principal, no son negocios de existencia autónoma.

Si la hipoteca respalda, más allá que provenga del deudor o de un tercero, una obligación, lo mínimo que puede esperarse razonablemente es que se identifique cuál es esa obligación garantizada, al margen que sea simple o modal, actual o no.

Nuestro Código Civil considera dicho aspecto en sus artículos 1097 (primer párrafo: afectación en garantía de cualquier obligación, propia o ajena) y 1099, inciso 2 (la obligación debe ser determinada o determinable).

Ahora bien, ¿cualquier obligación puede ser garantizada hipotecariamente? No, creemos que no. Hubiese sido preferible mayor precisión legislativa, pero ello no excusa de la necesaria interpretación sistemática.

Si aplicamos literalmente el texto del artículo 1097 del Código Civil, podría respaldarse tanto una obligación con contenido prestacional de dar, sea dinerario o no, así como de hacer o no hacer. El problema surge cuando se recurre a la norma de cobertura hipotecaria: ¿qué es exactamente lo garantizado? El artículo 1107 del Código Civil establece que “*La hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio*”. Dicha cobertura, por la mención expresa al capital, y a los intereses, permite sostener que lo respaldado es una deuda dineraria, no cualquier deuda. El capital es un concepto que se asocia a obligación pecuniaria, no a cualquier obligación; y si bien los intereses son debidos en función a la entrega de bienes que no tienen que poseer necesariamente carácter dinerario, son finalmente un concepto dinerario⁽⁵⁾ conforme se aprecia de los artículos 1243, 1244 y 1247 del Código Civil. Y a mayor abundamiento, la señalada cobertura hace referencia a la primas del seguro y a las costas del juicio, lo cual a su vez también se identifica con dinero.

(4) AREÁN, Beatriz. *Curso de Derechos Reales - Privilegios y derecho de retención, tercera edición ampliada*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994; p. 573.

(5) Con relación a este postulado, véase : BARCHI, Luciano. *El daño en las obligaciones dinerarias*. En: *Responsabilidad Civil II. Hacia una unificación de Criterios de Cuantificación de los Daños en Materia Civil, Penal y Laboral*. Lima: Rhodas, 2006; pp. 100 y 101. Además, véase: DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II (Las relaciones obligatorias). 5ta. edición. Madrid: Civitas, 1996; p. 282. Finalmente, véase: OSPINA, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Octava edición. Bogotá: Témis, 2008; p. 130.

El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado *The principle of mortgage specialty on secured credits*

Conocemos por la experiencia profesional que existen problemas en la aplicación práctica de la norma en cuestión. Muchas veces se estima judicialmente que lo único que está determinado es el importe del capital puesto a cobro, señalado dentro de la liquidación de saldo deudor que debe ser presentada por el acreedor, de conformidad con las normas procesales, según destacaremos más adelante, por lo que los demás conceptos (entre ellos, los intereses) son determinables; pero ello no es así.

Conforme a ley, lo que debe ser cierto es el monto de la hipoteca (determinado o determinable, entendiéndose por esto último cuando hay un mecanismo instituido por ellas para liquidar el respectivo importe, por ejemplo, un mecanismo de actualización de valor, el cual además es conocible por terceros mediante la publicidad registral), siendo que dentro del respectivo importe están cubiertos todos y cada uno de los diversos conceptos enunciados en el artículo 1107 del Código Civil, de manera que todos esos conceptos en la medida que estén enunciados, identificados, en la respectiva liquidación puesta a cobro, deberían ser pagados al acreedor con el producto obtenido de la realización hipotecaria (máxime cuando ni siquiera son impugnados), pero no es lamentablemente así. Muchas veces se hacen distinciones donde no corresponde. Este asunto desborda evidentemente los alcances de este trabajo, pero estimamos al menos la conveniencia de una breve referencia al tema, el cual justifica un estudio particular.

Pero el tema no se limita a la interpretación sistemática del Código Civil, sino también a la consideración de las normas procesales. Siendo que el artículo 1097 del Código Civil establece que el acreedor hipotecario tiene el “derecho” que, en rigor, no lo es, porque se trata de otra clase de titularidad, dado que el gravamen real, por su vocación, por su naturaleza, no está sujeto a eficacia relativa, sino a una absoluta, de oponibilidad *erga omnes*, a la “venta judicial del bien hipotecado”, resulta indispensable verificar qué es lo que establece el Código Procesal Civil sobre el particular, ya que la norma procesal debería ser concordante con la lectura que se propone sobre la norma sustantiva. No olvidemos que una enajenación, voluntaria o no (caso este último de la

ejecución hipotecaria), implica finalmente que se obtiene un precio, el cual corresponde a una expresión monetaria. Si lo que persigue la ejecución hipotecaria es “monetizar” la garantía, esto es, venderla (forzadamente) para obtener una suma de dinero y con ello satisfacer el interés del acreedor, pagando (prestación sustituta, sobre la base que se está ante un débito de dinero y no ante lo que es propiamente uno de valor⁽⁶⁾) el crédito afectado inicialmente por el incumplimiento, resulta manifiesto que para fines del señalado pago debe observarse el *principio de identidad*, de manera que al haberse obtenido (por remate) una determinada suma dineraria, dicha suma debe aplicarse nominalmente a una deuda dineraria.

Por ello, entendemos que el artículo 720, inciso 2, del Código Procesal Civil establece que uno de los recaudos de la demanda de ejecución de garantía real es el *estado de cuenta del saldo deudor* (monto de dinero que falta pagar por el obligado, el mismo que debe entenderse estructurado en función a la cobertura sancionada en el artículo 1107 del Código Civil) por ello es que también entendemos que el artículo 724 del Código Procesal Civil establece que, de mantenerse saldo deudor una vez ejecutada la garantía, se proseguirá con la ejecución conforme a lo establecido *para las obligaciones de dar suma de dinero*.

Conforme a lo expuesto, cuando lo que se pretende es garantizar obligaciones no dinerarias, lo que bien puede pactarse es que en caso de incumplimiento de tales resultará exigible una penalidad dineraria (sea en caso de mora o sea en caso de incumplimiento definitivo), siendo que ello será precisamente, como obligación pecuniaria, lo que será objeto

(6) DIEZ-PICAZO, Luis. *Óp. cit.*; pp. 259 y 260. En una deuda de dinero el interés del acreedor se estructura en función al dinero mismo, como medio de cambio; en una deuda de valor, el interés es distinto, ya que se trata de restituir, reponer o compensar, por lo que el dinero es un medio para dicho propósito que se privilegia.



Marco Antonio Ortega Piana

de respaldo conforme al título constitutivo hipotecario⁽⁷⁾, generándose la identidad entre el objeto material sobre el cual recae la obligación garantizada y el objeto de la garantía, que no es sino una afectación por una suma de dinero. De la misma manera, puede recurrirse a la previsión que lo que garantiza es el pago de la indemnización jurisdiccional por daños y perjuicios, aunque ello implicará la determinación previa del *quantum* siguiéndose el procedimiento correspondiente.

¿Es un requisito de validez hipotecaria, conforme se enuncia en el artículo 1099 del Código Civil, garantizar una obligación principal (dineraria) cierta, sea determinada o determinable?

Para pretender responder dicha interrogante deberíamos considerar que el Código Civil es un texto legislativo que no sólo está dirigido a abogados sino a toda clase de personas, por lo que en algunos casos hay licencias en el uso de las palabras, las mismas que deberían ser leídas en sentido amplio y no estricto, como sí correspondería en una obra científica. En palabras de ALTERINI, CORNA, ANGELANI y VÁSQUEZ, en el léxico jurídico debe realizarse un triple análisis:

“El primero es el lenguaje natural u ordinario, que es el de la expresión usual, habitual, cotidiana o corriente de la sociedad. El segundo es el lenguaje de los hombres dedicados a la ciencia jurídica, que es un lenguaje característico que aspira a expresar con la mayor precisión posible las construcciones propias del derecho. El tercero es el lenguaje legislativo, es decir el lenguaje del legislador, que si bien no debe ser ajeno al rigorismo semántico del jurista, tampoco debe apartarse demasiado del sentido de los vocablos encarnado en la comunidad⁽⁸⁾.”

Si leemos con atención los distintos incisos del artículo 1099 del Código Civil, bien podríamos sostener que el término *validez* contenido en dicha norma no tiene el mismo sentido en todas las situaciones que regula. Así, 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, desde una óptica académica y de suma rigurosidad en la expresión legislativa, sino que se refiere a si el acuerdo hipotecario es o no eficaz, esto es, generar o no los efectos, los atributos primarios y secundarios previstos en nuestra legislación en beneficio del acreedor.

Conforme a ello, dicho inciso no regula propiamente al título (acto jurídico constitutivo) sino al modo (la exigencia de publicidad registral). No olvidemos que, sin inscripción registral no hay gravamen, ya que el modo es constitutivo. En otras palabras, la referencia legislativa sobre si la hipoteca debe estar inscrita como requisito de validez debe entenderse, en el caso del inciso 3 del artículo 1099 del Código Civil, en el sentido que se trata de un requisito para que la hipoteca tenga valor, surta efectos: lenguaje legislativo, entre lo académico y lo cotidiano.

Atendiendo a lo anterior, otra cosa resulta cuando la validez no se relaciona a la inscripción sino a la identificación de lo garantizado (artículo 1099, inciso 2, del Código Civil).

Si el título constitutivo de la hipoteca omite indicar la obligación cierta garantizable, carecería de objeto (que es precisamente lo que permite apreciar su accesoriedad), de manera que en ese escenario se justificaría sostener que el respectivo negocio es nulo. Por ello, cuando la legislación se refiere a una obligación determinable, debe entenderse que el respectivo título debe contener necesariamente el correspondiente mecanismo de determinación o identificación

(7) Véase: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II (Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad). Tercera impresión. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999; p. 127. Además, véase: MEJORADA, Martín. *Constitución de prenda e hipoteca: Código Civil de 1984, modelo para armar*. En: *Advocatus*. No. 10, 2004; p. 196.

(8) ALTERINI, Jorge y otros. *Teoría General de las Ineficacias*. Buenos Aires: La Ley, 2000.

El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado *The principle of mortgage specialty on secured credits*

acordado por las partes, descartándose que se requiera de un segundo acuerdo para ello, brindándose la necesaria información a los terceros sobre el particular, la misma que sería conocible por el mérito de la publicidad registral, al igual como ocurre (o debería ocurrir) tratándose del monto determinable del gravamen.

Con relación a esa obligación principal, cierta, dineraria, cabe cuestionarse si requiere precisarse o no su monto en el respectivo título constitutivo.

El artículo 1099 del Código Civil exige que se identifique la obligación principal; una de las maneras de hacerlo puede ser mediante la indicación de su importe, pero ello no es suficiente, dado que esa información debe acompañarse de otros datos que permitan individualizar ciertamente lo que es materia de respaldo. En atención a ello, entendemos que no se requiere señalar en el convenio hipotecario lo relativo al monto de la obligación principal o, en todo caso, de señalarse no es suficiente la sola indicación de un monto. En cualquier caso, no olvidemos que en función de la literalidad, lo enunciado en el título constitutivo permitirá identificar la obligación.

Por último, dado que el gravamen hipotecario genera una conjunto de atribuciones al acreedor, cabe preguntarse si la obligación garantizada debe ser existente o no.

La obligación principal puede ser, desde la perspectiva de la temporalidad, presente o contemporánea a la celebración del respectivo convenio, o (actualmente) inexistente, aunque con carácter futuro o eventual. Esta última clasificación de las obligaciones inexistentes, incorporada en el artículo 1104 del Código Civil ("*La hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual*"), es simplemente formal. Nos explicamos.

Se entendería que la obligación es futura cuando preexiste alguna clase de relación entre las partes de la cual se derivará aquélla en su oportunidad; es el caso, por ejemplo, de la obligación surgida de un contrato definitivo antecedido de uno preliminar (a lo que nuestro Código Civil denomina contrato preparatorio). En cambio, la obligación es eventual cuando no media relación alguna. La posibilidad que la obligación eventual vaya a existir finalmente es, conforme a ello, probablemente menor que ante una obligación futura, dado que en este caso ya preexiste una relación de la cual provendría.

En realidad, se trata de una categorización arbitraria y carente de contenido sustantivo (como tantas otras que existen en el Derecho). Estimamos, por consiguiente, que resulta más apropiado referirnos simplemente a obligaciones presentes o futuras, existentes o no a la fecha del título (acto jurídico constitutivo), tomando lo eventual como sinónimo de lo futuro. Conforme a ello, más allá de lo que exprese el Código Civil en su artículo 1104, nos referiremos en lo sucesivo sólo a las obligaciones futuras, asumiendo para todo efecto que futuridad y eventualidad son sinónimos para fines del presente trabajo, ya que el futuro siempre es incierto.

La cuestión radica en determinar si la hipoteca que recae sobre obligaciones futuras, (actualmente) inexistentes, es o no una garantía, esto es, sobre si genera o no un efectivo derecho real y, conforme a ello, deriva en los atributos propios o esenciales de persecución, preferencia y realización.

La respectiva materia puede ser abordada desde diferentes perspectivas:

- Enfoque 1: Si la obligación garantizada es futura, no hay simplemente hipoteca; no hay título, menos modo. El problema de esta perspectiva, que bien podríamos calificar como radical, es que no es precisamente la más colaborativa para fines de la promoción del crédito como mecanismo asociado al intercambio de bienes y servicios.
- Enfoque 2: Si la obligación garantizada es futura: hay título más no modo. En otras palabras la afectación queda sujeta a eficacia *inter partes* que, conforme hemos comentado precedentemente, de poco o nada sirva al acreedor hipotecario.

La inscripción registral sólo podrá gestionarse, conforme a esta perspectiva



Marco Antonio Ortega Piana

de aproximación, en la medida que las obligaciones futuras enunciadas en el título adquieran existencia actual, de lo cual tendría que dejarse constancia. En otras palabras, hasta que se defina la contemporaneidad de la obligación garantizada, no habrá propiamente gravamen. El problema de esta perspectiva es que tampoco facilita el tráfico de bienes y servicios, porque el acreedor no tendría acceso a Registros Públicos hasta que lo respaldado exista efectivamente.

- Enfoque 3: Si la obligación garantizada es futura: no sólo hay título sino además modo. No existiría restricción para que la afectación se inscriba, de manera que el titular (acreedor) adquiriría (pretendidamente) las atribuciones que se desprenden del segundo párrafo del artículo 1097 del Código Civil.

Este tercer enfoque admitiría, a su vez, dos modalidades excluyentes:

- a) Dado que hay modo, puede establecerse que los efectos derivados de la inscripción registral quedan subordinados a un régimen resolutorio. Así, dichos efectos se extinguirán (cesará la eficacia) si, dentro de cierto tiempo, no se deja constancia en el registro que la obligación garantizada dejó de ser futura y adquirió la condición de presente. Por el contrario, si dentro del referido plazo se deja constancia de lo señalado, la hipoteca quedará definitivamente consolidada. No es que el título constitutivo esté subordinado a una condición o plazo resolutorio, sino que la inscripción registral ya generada respecto a dicho título es la que estaría sujeta al referido régimen resolutorio. De cesar los efectos de la inscripción se afectará al modo, más no al título. El asiento de inscripción quedaría cancelado.

Pero más allá de ser esto un enfoque teórico, de ejercicio teórico, lo cierto es que es inviable. ¿Puede sostenerse seriamente que el acreedor adquiere la plenitud de los atributos de persecución, preferencia y realización por el mérito de la inscripción de una hipoteca que respalda obligaciones actualmente inexistentes?

El tema podría ser posiblemente discutible tratándose de la persecutoriedad, pudiéndose admitir que no habría inconveniente para el acreedor sea titular de un *derecho* persecutorio en razón que la respectiva inscripción registral es conocida por el tercer adquirente, pero donde sí habría

definitivamente un problema es con lo relativo a la preferencia y a la realización. Si la obligación garantizada es inexistente, es inexigible; conforme a ello, si es inexigible, no puede generarse incumplimiento alguno. Siendo que las garantías reales civiles no sólo son accesorias (presuponen un principal) sino también subordinadas (su ejecución depende del hecho que la deuda principal no haya sido honrada al ser exigible), de no haber deuda exigible, no habrá realización hipotecaria en la vía judicial. No se trata únicamente que no pueda presentarse, conforme exige la norma procesal, un *estado de cuenta del saldo deudor*, sino que no hay deuda exigible dado que el crédito es inexistente. De manera correlativa, tampoco habría preferencia alguna, porque ésta es para fines de establecer un orden o prevalencia para cobrar en su oportunidad (en función a la antigüedad de las inscripciones hipotecarias: *Primero en el tiempo, primero en el derecho*); en dicho sentido, ¿qué podría cobrarse preferentemente si la obligación garantizada es inexistente y, por ello, inexigible?

En consecuencia, postular que la hipoteca en respaldo de obligaciones futuras es plenamente eficaz por el mérito de su inscripción es simplemente inviable, por la naturaleza de las cosas no puede ser plenamente eficaz. Por las razones comentadas, una hipoteca que respalda obligaciones futuras, por más que esté inscrita registralmente, no debe desplegar efectos, sino que éstos deben estar latentes, en suspenso. Por ello, carecería de sentido afectar la inscripción mediante un régimen resolutorio, ya que no hay propiamente efectos, correspondiendo más bien, si se acepta la procedencia de una inscripción por opción legislativa, afectarla mediante un régimen de eficacia diferida o suspensiva.

El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado *The principle of mortgage specialty on secured credits*

b) Atendiendo a lo expuesto, la otra modalidad radica en establecer que la eficacia del *gravamen* (esta indicación entre comillas es, conforme a lo ya expresado anteriormente, sólo para destacar que no se trata propiamente de un gravamen al no generar atributos para el acreedor, salvo lo concerniente a la persecutoriedad) estará sujeta a un régimen suspensivo, conforme al cual la hipoteca inscrita no surte la plenitud de sus efectos jurídicos hasta que se verifique cierto condicionamiento. Así planteadas las cosas, la inscripción registral será un modo circunstancialmente válido, pero ineficaz. Los plenos efectos de la inscripción hipotecaria recién se generarán en la medida que se deje constancia registral de la existencia actual de la obligación principal que, conforme al título constitutivo, era futura.

¿Por qué constancia registral? Porque la hipoteca es constitutivamente registral, por lo que la información *erga omnes* se sustenta en función a dicha publicidad. Además, en nuestro medio, ello sería factible en función a lo regulado en el inciso 4 del artículo 2019 del Código Civil: “*Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble: (...) 4. El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados*”.

Por consiguiente, por una cuestión de consistencia argumentativa, si el modo (inscripción registral) despliega sus plenos efectos *ex post*, esto es de manera sobreviniente a la inscripción, cabe cuestionarse si la naturaleza jurídica de la inscripción de una hipoteca en respaldo de obligaciones (actualmente inexistentes) es realmente una de carácter definitivo o sólo representa un asiento o aviso de prevención.

Para efectos de este trabajo, entendemos por asiento o aviso de prevención cuando se deja constancia registral que, en su momento se generará una hipoteca con la plenitud de los respectivos atributos, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la prevención. En lo formal hay inscripción, es cierto; pero, en su contenido, esa *inscripción* sólo previene de lo que pueda suceder.

Otro tema será evaluar desde cuándo opera la eficacia adquirida por la constancia que lo que fue futuro en su momento ya es actual. Así, podría regularse una eficacia con efectos inmediatos, *ex nunc*, esto es, a partir de la fecha en

que se dejó constancia registral de la referida situación, o bien podría regularse que es con efectos retroactivos, *ex tunc*, es decir, desde la fecha de inscripción del *gravamen* (lo cual, a su vez, para efectos legales, se retrotrae a la fecha de presentación de la solicitud de inscripción).

Lo anterior demuestra que la regulación legal sobre los alcances de una hipoteca en respaldo de obligaciones futuras corresponde finalmente a una opción legislativa. Hay una solución que se pretende (o se espera) 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 radicará en su utilidad, en su eficiencia: la mejor solución al menor costo, atendiendo a los diversos intereses comprometidos por el tema de la publicidad registral.

El primer enfoque (no hay título, no hay modo) ya lo hemos descartado. No tendría ni siquiera mayor utilidad introducir la diferencia entre obligaciones presentes y futuras, dado que para fines hipotecarios sólo se respaldarían las primeras, de manera que la obligación identificada en el título constitutivo debe ser existente a la fecha de celebración del respectivo convenio. Si ello además es legislado como un requisito de validez del respectivo negocio, ello permitiría sustentar que si el título constitutivo se refiere a obligaciones futuras, el mismo sería inválido. La ley debe facilitar los negocios, no trabarlos.

El segundo enfoque (sí hay título, más no modo) es probablemente el más riguroso en lo conceptual. Demanda que la obligación garantizada exista finalmente para que el gravamen recién pueda constituirse jurídicamente, considerando que el mismo deber estar en aptitud de ejecutarse en cualquier momento (ante la contingencia de



Marco Antonio Ortega Piana

un incumplimiento), desde su inscripción, por el acreedor. En otras palabras, el tema que la obligación principal sea presente o no es un tema relacionado única y exclusivamente al título, resultando ajeno al modo, ya que el acceso a la inscripción registral sólo será posible, desde esta perspectiva si, en ese momento, la obligación principal es existente.

Pero lo cierto es que la rigurosidad conceptual no siempre deriva en la mejor solución; por ello, existen múltiples casos en que el legislador sacrifica lo conceptual para proponer una solución práctica.

Las necesidades negociales han derivado que en materia hipotecaria pueda distinguirse entre obligaciones presentes y futuras, siendo que el interés del acreedor requiere contar con un gravamen, que presupone modo, y no con un simple acto constitutivo o título. El convenio hipotecario carente de inscripción no surte efectos; no genera persecutoriedad, preferencia ni realización, vinculará a las partes pero no coloca en una mejor situación al acreedor, quien no podrá oponerlos a terceras personas, sino sólo al constituyente (por el principio de relatividad). Expresado en otras palabras, poca o ninguna utilidad práctica representa una afectación no inscrita, ya que un derecho real es y debe ser oponible, absoluto.

En ese orden de ideas, y manteniéndonos en este segundo enfoque bajo comentario, no existiendo gravamen por inexistencia actual de la obligación garantizada, el bien hipotecado negocialmente a favor del acreedor podrá ser afectado 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 sea presente. En otras palabras, el acreedor quedaría en una situación de indefensión al no tener acceso al registro para inscribir su derecho. A ningún acreedor razonable le interesaría celebrar un convenio hipotecario que, recayendo sobre obligaciones futuras, sólo podrá inscribir cuando aquéllas sean actuales. En cualquier caso un paliativo podría ser implementar un régimen de anotación preventiva, pero ello no genera los efectos legales propios de una inscripción, máxime cuando lo respaldado es inexistente.

Este segundo enfoque queda, por consiguiente, también descartado. Insistimos, la ley debe facilitar los negocios, no trabarlos.

El tercer enfoque propuesto (no sólo hay título sino también modo) postula que la hipoteca sobre obligaciones futuras existe desde el preciso instante de su inscripción, por lo que no sólo es válida (desde la perspectiva del título) sino eficaz (desde la perspectiva del modo), por lo que poco o nada interesaría (y lo expresamos en condicional) si la obligación garantizada es presente o no.

Si, según lo anterior, asumimos que la hipoteca es eficaz, sin restricción alguna, el problema radicaría en que se estaría colocando en un mismo plano al acreedor hipotecario de un crédito presente (y exigible, en su caso) con el de un crédito inexistente a la fecha y, por ende, inexigible, situación que rechaza el sentido común, en especial si lo enfocamos desde la perspectiva de los terceros.

¿Una hipoteca en respaldo de obligación futura puede ejecutarse, o desde otra aproximación, el respectivo acreedor puede cobrar con preferencia el importe derivado de la acción real?, ¿no es que el acreedor hipotecario cobra en función que la obligación respaldada se ha tornado exigible y se encuentra impaga?

Sobre la base que las garantías representan mecanismos para enervar la aversión al riesgo de todo acreedor, disuasivos de un potencial incumplimiento al representar finalmente el medio para lograr forzosamente el pago de lo adeudado (deuda dineraria), asumimos que la hipoteca en particular tiene como función esencial permitir la recuperación. Eso explica sus alcances.

Colocándonos así en la hipótesis de una ejecución hipotecaria, no tendría sentido que, sobre la base que la inscripción de la hipoteca sobre obligaciones futuras genera “plenos efectos” se *pague*, con lo obtenido en la ejecución, al acreedor de un crédito que al no ser actual ni siquiera es exigible, prefiriéndosele respecto a otro acreedor que mantiene un

El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado *The principle of mortgage specialty on secured credits*

crédito no sólo existente y válido, sino además (y eso es lo fundamental), exigible, más aún cuando presenta la liquidación de la deuda puesta a cobro aplicando la cobertura sancionada en el artículo 1107 del Código Civil. ¿Qué ocurriría si es que la obligación actualmente inexistente no llegase finalmente a configurarse en el tiempo? Un tema tan serio y delicado como el de la recuperación crediticia, que corresponde a una función esencial del sistema de garantías, no puede estar subordinado a un aspecto aleatorio como el expuesto.

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”⁽⁹⁾.

A raíz de las expresiones subrayadas en la reproducción o cita precedente, recordemos que la hipoteca, conforme hemos expresado, tiene un origen convencional y que el mismo está adscrito a la noción de autonomía privada, la misma que no es absoluta o todopoderosa, inclusive para afectar a esferas jurídicas distintas al de las partes, por lo que se ejerce de manera prelimitada, en la medida que existan intereses dignos de tutela y protección, ya que los intereses particulares se subordinan a los generales o sociales⁽¹⁰⁾.

De acuerdo a la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil, la señalada problemática habría sido considerada, 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⁾.

Adviértase que la Exposición de Motivos Oficial hace expresa mención a que la hipoteca en cuestión se inscribe, y que a partir de ello instituye rango para fines de prelación (derecho de preferencia). Conforme a ello, ¿dicha prelación es el único efecto derivado de la inscripción o se generan plenos efectos, como si estuviésemos ante una hipoteca que respalda obligaciones actualmente existentes?

Conforme analizaremos, por la doctrina invocada en la señalada Exposición de Motivos Oficial al formularse los comentarios relacionados al artículo 1104 del Código Civil, en particular la referencia a Díez-Picazo y Gullón, el legislador se habría inclinado finalmente por un esquema de eficacia restringida: la hipoteca en respaldo de obligaciones futuras, por más que esté inscrita, no despliega la plenitud de atributos. Postulamos, en consonancia con ello, que la respectiva inscripción es, de hecho, una simple reserva de rango. En consecuencia, la hipoteca, como efectivo derecho real de garantía (fines de recuperación de la deuda dineraria respaldada) sólo se genera estrictamente cuando lo que hoy es futuro sea presente; sólo de dicha manera (y con la evidencia registral correspondiente: artículo 2019, inciso 4, del Código Civil) el acreedor hipotecario gozará efectivamente de los atributos inherentes al gravamen, en particular, la ejecutabilidad y la preferencia en la imputación de pagos con lo obtenido en la realización judicial del gravamen.

(9) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Óp. cit.*; p.271.

(10) ROPPO, Vincenzo. *El contrato*. Traducción del italiano al cuidado de Eugenia Ariano Deho. Lima: Gaceta Jurídica; p. 48.

(11) BIGIO, Jack. *Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. Hipoteca, Pago, Derecho de retracto, Registros Públicos*. Lima: Cultural Cuzco, 1998; p. 50.



Marco Antonio Ortega Piana

Atendiendo a lo expuesto, postular que la inscripción registral coloca en pie de igualdad a una hipoteca que respalda obligaciones futuras con la que respalda obligaciones presentes carecería de sentido.

Descartamos, conforme a ello, que la inscripción genere una eficacia plena, sino que es sólo preliminar, limitada para fines de persecutoriedad, conforme a lo que se representó el legislador nacional. La inscripción (limitada) informará del gravamen a terceros, pero no puede derivar en la plenitud de los atributos que tiene un acreedor hipotecario, en particular tratándose de la realización y preferencia, porque para ello el acreedor debe tener un crédito no sólo ya existente sino además impago.

No hay inconveniente conceptual en que pueda inscribirse registralmente la afectación hipotecaria respecto a obligaciones futuras, siendo que el modo será válido pero también ineficaz, por lo que la inscripción sólo surtirá plenos efectos en la medida que la obligación futura enunciada en el título constitutivo adquiera de manera sobreviniente -mediante inscripción expresa- la condición de actual. Mientras ello no ocurra, esa inscripción sólo será una anotación, asiento o aviso de prevención. Nos referimos inclusive a una anotación porque queremos destacar (en lenguaje amplio, sin la probable rigurosidad que debería observarse por el especialista registral) que el asiento correspondiente, al no desplegar los efectos de una inscripción definitiva sólo previene, informa sobre la afectación, una auténtica reserva de rango: informando que hay un derecho con eficacia diferida (condicionante suspensivo), de manera que en su momento, cuando se deje constancia registral de ello, esto último desplegará efectos retroactivos, asumiéndose que el derecho del acreedor -ahora sí pleno-, se ha configurado desde la fecha del asiento de reserva.

Ese sería el esquema adoptado por el legislador nacional por cuanto en la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil 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 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 obligación”⁽¹²⁾.

Es cierto que los autores a los cuales solemos recurrir como representantes de lo que se conoce como “doctrina” suelen comentar su respectiva legislación nacional, siendo que Diez-Picazo y Gullón se refieren a la ley española, pero resulta sintomático que al fundamentar los alcances del artículo 1104 del Código Civil (que es la norma que legitima la hipoteca sobre obligaciones futuras), el legislador peruano haya cuidado de reproducir la posición adoptada por dichos autores, evidenciando que hace suya dicha tesis: la hipoteca sobre obligaciones futuras no despliega todos los efectos ordinarios que se desprenderían de su inscripción, ya que el asiento de inscripción es sólo para ciertos fines. Hay de por medio una eficacia preliminar o limitada dado que los efectos del gravamen (en el sentido de plenos o definitivos) están “subordinados al nacimiento de la obligación”. Creemos que ésta es la lectura que corresponde aplicar a la figura de la hipoteca sobre obligaciones futuras.

Como señalamos precedentemente, la inscripción del gravamen como aviso de prevención puede generar ciertos efectos respecto a la persecutoriedad, en el sentido que una vez inscrita la hipoteca *sigue* a la propiedad y puede ser opuesta al tercer adquirente, pero lo que no se generan son propiamente los atributos de preferencia y realización, y en la medida que dicha realización sea promovida por otro acreedor en el tiempo en que la anotación bajo

(12) BIGIO, Jack. *Óp. cit.*; p. 49.

El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado *The principle of mortgage specialty on secured credits*

comentario no sea aun con carácter definitivo (al dejarse constancia registral que lo futuro ya es actual), y además que la obligación sea exigible al estar impaga, la *inscripción* de poco o nada servirá⁽¹³⁾.

Sin perjuicio de lo expuesto, de admitir que la hipoteca sobre obligación futura es un gravamen limitado, y que está sujeto a un condicionamiento suspensivo para desplegar todos los atributos inherentes a la hipoteca, entendemos que la constancia registral del cumplimiento del referido condicionamiento debería tener alcances retroactivos, asumiéndose que el acreedor, desde que accedió a Registros Públicos, gozó de la plenitud de los atributos en cuestión.

En realidad, desde el momento en que se permite legalmente la inscripción de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, con la consiguiente generación del gravamen aunque sea con eficacia limitada, no tendría mayor sentido ni relevancia práctica que su eficacia (de generarse finalmente, con carácter pleno mediante la inscripción del cumplimiento del condicionante suspensivo) sea a partir de la fecha en que se inscriba la incidencia relacionada a que lo que era futuro es ya existente. Lo lógico, para atender la necesidad negocial 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. Esa es la posición adoptada por el legislador nacional, conforme se aprecia de la Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. De lo contrario tendríamos que preguntarnos sobre la utilidad de permitirse una eficacia preliminar, limitada aunque sea para fines de la persecutoriedad, cuando la hipoteca, con la plenitud de los atributos para el acreedor, sólo existiría desde que se deje constancia registral de la existencia de la obligación garantizada.

De ser así, no habría simplemente modo para las hipotecas en respaldo de obligaciones futuras (segundo de los esquemas de trabajo que desarrollamos en un inicio), siendo que el gravamen recién se constituiría propiamente cuando lo que figuraba en el título original fuese ya existente, de lo cual tendría que dejarse constancia en un título complementario. Empero, conforme ya hemos tratado, esta aproximación está descartada.

¿Cuál es el enfoque contenido en el Código Civil de 1984 sobre estas materias? Poco o nada se expresa legislativamente sobre este tema, dado que se limita a destacar en su artículo 1104 que la obligación garantizada puede ser futura o eventual.

Si analizamos con detenimiento la Exposición de Motivos Oficial, en especial cuando refiere a que la hipoteca bajo comentario, en sus efectos normales, está subordinada al nacimiento de la obligación, esto es, que lo futuro sea efectivamente actual, no cabe duda en admitir que estamos ante un gravamen limitado o restringido, de manera que el acceso a la inscripción actual de la hipoteca es sólo para fines de publicidad de rango, previniendo a terceros del gravamen. Se trata de una hipoteca que no puede generar efectos definitivos o absolutos, dado que hay algo innegable: lo garantizado aún no existe, y tampoco se tiene certidumbre que existirá, menos es exigible.

Para intentar comprender la posición del legislador de 1984 nos puede resultar útil tener presente, por analogía, el mecanismo instituido muy posteriormente en la Ley Nro. 28677 Ley de la Garantía Mobiliaria tratándose de las obligaciones futuras, 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.

De los tres casos de “garantía mobiliaria preconstituida” regulados en el artículo 20 de la señalada ley, nos interesa el último, relacionado a las obligaciones futuras.

Si la garantía mobiliaria respalda una obligación futura, no hay inscripción propiamente de una garantía (con la plenitud

(13) MORALES, Alonso. *Comentario al artículo 1104 del Código Civil*. En: AUTORES VARIOS. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo V (Derechos Reales). Lima: Gaceta Jurídica, 2003; pp. 972 y 973.



Marco Antonio Ortega Piana

de los respectivos atributos), sino de una *preconstituida*, con los efectos limitados de prevención regulados en el artículo 22 de la Ley Nro. 28677. Esa garantía *preconstituida* no es otra cosa que una reserva de rango registral, no hay gravamen. Se trata en buena cuenta de un mecanismo que sólo opera como una suerte de anotación preventiva, aunque no lo sea formalmente. En la medida que la obligación futura adquiera el carácter de presente (artículo 21 de la ley bajo comentario), procederá la inscripción (definitiva) del gravamen, y dicha inscripción definitiva tendrá efectos retroactivos a la fecha en que se inscribió la garantía *preconstituida* (artículo 22). La inscripción de la garantía mobiliaria constituida deriva en la plenitud de atributos que la ley correspondiente reconoce al acreedor real.

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

Nos explicamos. El Código Civil exige que un conjunto de actos relativos a la hipoteca deban ser necesariamente inscritos para fines de su plena eficacia; así, por ejemplo, una cesión de rango debe ser inscrita. Sin embargo, tratándose de nuestro tema, el Código Civil no refiere expresamente nada sobre el régimen de la hipoteca sobre obligaciones futuras. 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?, ¿será 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 puede haber mil preguntas que formularse. Dado que la hipoteca sobre obligaciones futuras es inscribible, el tema se limita a determinar si el gravamen inscrito genera o no los efectos ordinarios o propios de toda afectación hipotecaria.

Hemos postulado en los numerales precedentes una determinada interpretación. En palabras de MORALES, refiriéndose a la hipoteca sobre obligación futura: “En ese sentido, si no surge la obligación futura, la hipoteca no surtirá efecto alguno, debiendo, en consecuencia, extinguirse o cancelarse”⁽¹⁴⁾.

La inscripción de la hipoteca sobre obligaciones futuras sirve para fines de reserva de rango, pero la plenitud de sus efectos demanda que se deje constancia registral que lo que fue futuro es existente, y sobre la base que se deje constancia registral de ello, el acreedor dispondrá de una titularidad plena desde que se realizó la prevención o reserva de rango (efecto retroactivo). En otras palabras, la sola inscripción de la hipoteca en respaldo de obligación futura no deriva en que el acreedor goce efectivamente de los atributos de persecutoriedad, preferencia y realización. En palabras de la Ley Nro. 28677 es como si estuviésemos ante una garantía hipotecaria *preconstituida*.

Lo expuesto, y las consecuencias que se desprenden de ello, pueden ser evidenciados en un ejemplo.

Bien podemos colocarnos en la hipótesis de tres gravámenes. Partimos de la premisa que es susceptible de inscripción la hipoteca que recae sobre obligaciones futuras. También partimos de la premisa que la hipoteca puede estar sujeta, como negocio jurídico, a plazo o a condición (ello conforme al artículo 1105 del Código Civil, de lo cual al inscribirse debería dejarse además constancia expresa). Bajo esta hipótesis o ejemplo:

- El primer rango corresponde a una hipoteca, por el valor de 100, constituida

(14) MORALES, Alonso. *Óp. cit.*; p. 973.

El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado *The principle of mortgage specialty on secured credits*

bajo condición suspensiva. No hay publicidad registral sobre si dicha condición se ha cumplido o no. Destacamos que es la garantía la que está afectada a condición, no la obligación principal garantizada, asumiéndose que esta última es presente, existente.

- El segundo rango lo ocupa la hipoteca que respalda una obligación futura por la suma de 300. No existe publicidad registral sobre si aquello que en el título constitutivo figura como futuro existe actualmente. Es más, asumamos que la obligación principal garantizada sigue siendo futura.
- El tercer rango lo ocupa una hipoteca que, por el valor de 200, respalda una obligación presente.

Si sumamos el importe de los distintos gravámenes, resulta 600. Asumamos que más allá del valor del inmueble, se obtiene finalmente 500 por su enajenación forzosa promovida por el acreedor de tercer rango como acreedor real ejecutante.

¿Cómo aplicar dicha suma? Esa es la encrucijada ante la que se encuentra el juez.

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) como sinónimo de inscripción plena, sin advertir que el *gravamen* no surte plenos efectos, si el juez aplica la suma obtenida a los dos primeros gravámenes, nada quedará para el acreedor hipotecario ejecutante de tercer rango.

Si bien los acreedores de primer y segundo rango en rigor no cobran (los créditos no son finalmente exigibles, en el primer caso por la condición suspensiva, y en el segundo caso, por la actual inexistencia), lo cierto es que habiéndose apersonado para fines de la ejecución (artículo 726 del Código procesal Civil), los jueces *reservarán* las sumas correspondientes a sus afectaciones, las mismas que se consignarán a las resultas que, en su momento, dichas obligaciones sean existentes y/o exigibles (según cada caso). Adviértase que el propósito de los apersonamientos es que los acreedores ejerzan su acción real y cobren en función de lo que se les adeuda, bajo la premisa que son acreedores hipotecarios plenos, pero en este caso se consigna en función al monto de la hipoteca.

Dicha consignación se mantendrá mientras el mérito de la inscripción registral de la hipoteca no caduque. La vigencia del asiento de inscripción se asocia como máximo al de prescripción de la acción real (10 años desde que era exigible la obligación garantizada, en la medida que sea exigible, porque de lo contrario ni siquiera se inicia el respectivo cómputo), salvo renovación. La señalada caducidad del asiento de inscripción no opera de manera automática, hasta donde tenemos conocimiento. ¿Tiene sentido que el monto consignado sea retenido, conforme a ello, por diez años o más?, ¿significa que el acreedor de tercer rango debe esperar dicho plazo para recién exigir que se le entregue la respectiva cantidad al no haberse presentado los acreedores preferentes para cobrarla, o que se genere la respectiva caducidad del asiento?, ¿los acreedores de primer y segundo rango eran realmente preferentes?

Una actuación judicial en dichos términos no concuerda con el régimen legal relativo a la hipoteca en respaldo de obligaciones futuras. El respectivo acreedor, por más que figure en los Registros Públicos, carece de un derecho real con la plenitud de los atributos correspondientes, su inscripción radica sólo en un aviso de prevención para fines de rango.

Una actuación judicial que asigna efectos plenos a lo que es finalmente una titularidad disminuida, casi precaria (porque depende de la inscripción incierta de que aquello que fue futuro en su momento es hoy presente, sin perjuicio que sea además exigible) representa la materialización de un criterio erróneo e ineficiente en términos de razonabilidad económica.

En el ejemplo propuesto, en función al contenido de la información registral frente a terceros, debe tenerse presente que, en el caso del primer gravamen, el mismo no surte aún efectos, se trata de una *nuda* inscripción,



Marco Antonio Ortega Piana

se habría reservado un lugar en la partida pero el acreedor carece de un crédito exigible dado que el mismo está bajo condición suspensiva (existente y válido, pero ineficaz), por lo que el respectivo gravamen no puede ser considerado para los efectos de hacer efectivo el derecho de preferencia respecto de lo ejecutado. El hecho futuro e incierto sigue siendo futuro e incierto frente a lo actual y cierto que representa la acreencia puesta a cobro por el acreedor hipotecario ejecutante de tercer rango.

Igual solución debería aplicarse tratándose del segundo gravamen. ¿Cómo pretender que el acreedor de segundo rango cobre antes de quien ocupa el tercer rango, cuando la obligación garantizada ni siquiera existe, por lo que menos aun es exigible? Admitirlo sería un despropósito.

¿Qué pasaría con las respectivas sumas asignadas a los acreedores *preferentes*, consignadas judicialmente, si es que no se cumple con la condición que permita que la hipoteca surta efectos o si es que la obligación futura no se llega a configurar?, ¿durante qué plazo se mantendría dicha incertidumbre? No olvidemos, en lo relativo al asiento de inscripción registral de una hipoteca, que su caducidad opera desde que es exigible la deuda garantizada (por lo que la caducidad no opera tratándose de obligaciones futuras) y que, sin perjuicio de ello, es susceptible de renovación.

Habiéndose obtenido 500 por la realización del bien, y concluyéndose que no debería reconocerse crédito preferente tratándose de las dos primeras hipotecas (por más que correspondan a una reserva de rango), dicha suma debería aplicarse en primer lugar al acreedor de tercer rango formal (que, de hecho, nos atrevemos a sostener que sería como uno de primer rango, desde la óptica de la plena vigencia del gravamen), entregándose el remanente al propietario, porque los gravámenes anteriores se cancelarían, conforme a las normas procesales pertinentes.

En otras palabras, sólo se debe reconocer como gravámenes (con la plenitud de sus atributos) a aquellos que correspondan efectivamente a créditos existentes y exigibles.

Es más, lo señalado se puede complementar. En el ejemplo propuesto, supongamos que hay un cuarto acreedor hipotecario, de cuarto rango conforme al registro, sólo que su crédito a la fecha de ejecución no es exigible porque el deudor

garantizado goza del beneficio del plazo. Si esa circunstancia se mantuviese (crédito presente pero inexigible actualmente en razón de un plazo), conforme ya hemos señalado, el remanente obtenido debería ser entregado al propietario. Sin embargo, esa situación puede modificarse si es que el acreedor de cuarto rango activa los mecanismos contractuales que con la previsión del caso debió pactar (o los legales que pudiesen ser pertinentes, de ser el caso), de tal manera que en el escenario de ejecución hipotecaria del bien recibido en garantía ello lo habilitaría para dar por vencidos los plazos otorgados y, por consiguiente, para la exigibilidad inmediata de la deuda. En tal virtud, el acreedor de cuarto rango hipotecario no sólo cobraría lo que le correspondía, sino que no se perjudicaría por los alcances derivados de la extinción hipotecaria a la luz de lo dispuesto en el artículo 739, inciso 2, del Código Procesal Civil, conforme al cual el inmueble ejecutado se transfiere realengo al adquirente. Si tomamos el concepto comprometido en el ejemplo ampliado, advertimos que estamos finalmente ante una situación semejante a las hipotecas que ocupan el segundo y tercer rango: lo que no es exigible (sea por inexistencia o ineficacia) no es ejecutable, por lo que el respectivo acreedor no tiene nada que cobrar. Ese es el riesgo al cual están sometidas, en particular, las garantías hipotecarias que respaldan obligaciones futuras.

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, y sobre dicha base puede obtenerse la inscripción registral, los efectos de dicho gravamen están finalmente subordinados a que lo que en la fecha es futuro sea efectivamente presente. Pero además, y esto es lo más relevante, debería dejarse constancia registral de dicha situación; es decir, el acreedor hipotecario

El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado *The principle of mortgage specialty on secured credits*

debería gestionar la publicidad registral de que aquello que era futuro es actualmente existente, de manera que la hipoteca constituida en su oportunidad sea plenamente eficaz, dado que es un gravamen constitutivamente registral, por lo que todo lo que le sea relativo debe ser publicitado registralmente de manera oportuna, máxime cuando cuenta con la base legal representada por el artículo 2019, inciso 4, del Código Civil.

Será de responsabilidad de un juez, dado que la demanda de ejecución de garantía real se acompaña, entre otros documentos, del título donde consta la garantía, y el certificado de gravámenes, verificar que la obligación futura sea finalmente una existente registralmente, atendiendo al carácter constitutivo registral de la hipoteca, esto es, que se ha dejado oportuna evidencia de ello. Sin embargo, bien sabemos que en la práctica, el juez se concentra en otros aspectos y descuida este aspecto sobre el cual se sustenta la ejecutabilidad misma de la garantía.

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, por cuanto pretende únicamente asegurar el rango o prelación en el tiempo, representa de hecho una reserva de rango, una suerte de garantía hipotecaria preconstituida (atreviéndonos a emplear la terminología de la Ley de la Garantía Mobiliaria), siendo que adquirirá la condición de una garantía absolutamente plena (respecto a los atributos que de ello se desprenden) en la medida que esa anotación preventiva se convierta oportunamente en definitiva, para lo cual será necesario que se inscriba que la obligación futura señalada en el título es existente, actual o presente, por lo que el modo (inscripción) quedará consolidado, con efectos retroactivos.

Carecería de sentido, dado que ya se inscribió la hipoteca como garantía (aunque con efectos limitados), que la señalada eficacia plena sea generada a partir de la fecha en que se inscriba que lo futuro ya es actual, por lo que debería entenderse que se trata de una eficacia que operará retroactivamente, a partir del momento en que se inscribió el gravamen, lo cual asegura debidamente la protección de los intereses del acreedor (la reserva de rango o anotación de prevención).

Insistimos. La hipoteca es una garantía constitutivamente registral, por lo 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”*⁽¹⁵⁾. No basta, por lo tanto, *inscribir* la hipoteca que respalda una obligación futura. Considerando que el gravamen está subordinado al efectivo nacimiento de dicha obligación, para que la hipoteca *inscrita* alcance plena eficacia es indispensable dejar constancia registral que lo futuro es ya existente.

Para finalizar. El nuevo Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de la SUNARP, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos Nro. 097-2013-SUNARP/SN del 3 de mayo de 2013, contiene una referencia general en su artículo 13, inciso b, en lo que concierne al condicionamiento suspensivo al cual se contrae la inscripción del gravamen hipotecario en respaldo de obligaciones actualmente (inexistentes), cuando al regular el contenido del asiento de inscripción, 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”*.

A ello debe sumarse lo dispuesto en el artículo 117 del indicado Reglamento en cuanto establece:

“Para efectos de la aplicación del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 120, podrá ampliarse el asiento de inscripción

(15) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Óp. cit.*; p.138.



Marco Antonio Ortega Piana

de la hipoteca haciendo constar el nacimiento de la obligación garantizada por la hipoteca o el plazo de vencimiento de dicha obligación. La ampliación se realizará en mérito a instrumento público que acredite fehacientemente cualquiera de dichas circunstancias”.

Si concordamos los artículos 1104 y 2019, inciso 4, del Código Civil, con la regulación contenida en los artículos 13, inciso b, y 117 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de la SUNARP, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos Nro. 097-2013-SUNARP/SN, deberíamos llegar a la conclusión que mientras no se inscriba registralmente que la obligación futura contenida en el título constitutivo que en su momento derivó en la inscripción de la hipoteca (con efectos relativos, conforme a lo tratado) es ya una obligación presente (generándose la plenitud de los atributos inherentes al gravamen, con efecto retroactivo, conforme también hemos tratado), la inscripción de una hipoteca sobre obligaciones futuras es simplemente una reserva de rango o representa un aviso de prevención.

En tal virtud, la práctica judicial de reconocerle plenos efectos carece de sustento. Estimamos que ante la parquedad del Código Civil, pero aplicando la doctrina que ha sido invocada en la Exposición de Motivos Oficial para sustentar su propio articulado, correspondía un desarrollo legislativo de este tema, evitándose interpretaciones que desnaturalizan los efectos registrales de una hipoteca cuya plena eficacia está condicionada a que se publicite que lo futuro es ya actual, proporcionándose información confiable a terceras personas.

3. Principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado y literalidad del gravamen tratándose de futuridad de la obligación respaldada

Conforme al Código Civil, la obligación garantizada debe ser cierta: determinada o determinable, pudiendo ser no sólo presente sino además futura. Sobre el particular es de aplicación el denominado principio de literalidad: el gravamen se interpreta y aplica conforme a lo que consta expresamente en el título constitutivo. Conforme a ello, nuestra legislación civil no reconoce la hipoteca tácita o aquella que se hace extensiva

a obligaciones que no estén específicamente señaladas en el respectivo título constitutivo. El gravamen debe ser expreso.

No obstante ello, existe una corriente de opinión que postula que nuestro Código Civil sí admite la generación de hipotecas tácitas desde el instante en que permite que la obligación garantizada puede ser futura, de manera que resulta lícito pactar que una determinada hipoteca no sólo respalda una determinada obligación presente (que pudiese ser identificada) sino además obligaciones futuras, de conformidad con el artículo 1104 del Código Civil. No compartimos dicha lectura, y no la compartimos porque el referido artículo 1104 no debe leerse de manera aislada, sino que debe aplicarse en concordancia con lo establecido en su artículo 1099, inciso 2, del Código Civil: el gravamen debe respaldar obligaciones ciertas, determinables o determinables, de manera que sea presente, futura o eventual la respectiva obligación, en todos y cada uno de los casos se aplica la literalidad del gravamen, por lo que la obligación debe ser identificada, debe ser cierta, debe estar indicada en el título constitutivo.

Hemos destacado que el gravamen hipotecario se rige por el principio de literalidad, lo cual significa que sólo respalda a la obligación principal enunciada en su título constitutivo, sea presente o futura, por lo que no hay gravamen tácito, esto es, la hipoteca no puede extenderse en respaldo de obligaciones no consideradas en su título constitutivo. Si bien en materia hipotecaria no existe una mención expresa al tema, como sí la hubo en su momento tratándose de la prenda con entrega tácita (en la que se admitía, salvo acuerdo distinto, la prenda tácita, salvo acuerdo distinto, lo cual se explica bajo el régimen del aforismo *res mobilis, res vilis*), o como sí se mantiene tratándose de la anticresis (prohibiéndose la anticresis tácita,

El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado *The principle of mortgage specialty on secured credits*

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 (lo cual se explica porque la intermediación financiera se asocia al ahorro público, garantizado constitucionalmente), no podemos dejar de hacer una referencia aunque sea breve al tema.

- Según el tenor original del artículo 172 de la Ley 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 26702 fue modificado parcialmente por la Ley 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, el gravamen quedaba limitado a la obligación cierta contenida en el título constitutivo, de conformidad con el Código Civil.
- El artículo 172 de la Ley 26702, modificado por la Ley 27682, fue posteriormente modificado por la Ley 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 *sábana*, por cuanto siendo la contratación financiera de carácter predispuesto por lo general, resulta obvio que estaba predeterminado el *pacto en contrario* a la literalidad. Otro tema será evaluar si dicho pacto era abusivo o no, en el contexto de la predisposición contractual y de los derechos del consumidor.

- La Ley 28677 derogó, entre sus disposiciones finales, casi subrepticamente, a las Leyes 27682 y 27851.

Para algunos operadores jurídicos se ha generado la duda sobre el régimen normativo aplicable a las garantías reales constituidas a favor de empresas financieras en cuanto a la extensión del gravamen, considerando las obligaciones susceptibles de ser respaldadas, ¿Literalidad o no?

La respuesta se encuentra en 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. Ello nunca ocurrió en el caso de las hipotecas tácitas o *sábana* en el marco de la actividad financiera.

Conforme a lo expuesto, tratándose de hipotecas en respaldo de operaciones crediticias en el ámbito de la intermediación financiera la situación actual es que no está legalmente prevista la generación de hipotecas con coberturas tácitas. Ese es el



Marco Antonio Ortega Piana

diagnóstico, otra cosa es si dicha situación es conveniente o no para fines del tráfico jurídico-patrimonial. En consecuencia, tratándose de las hipotecas reguladas por el Código Civil, o sujetas al régimen de la Ley Nro. 26702, debe observarse estrictamente el principio de literalidad.

El tema radica en que algunas instituciones financieras, no obstante lo dispuesto en la sexta disposición final de la Ley 28677 que deja sin efecto la posibilidad de generarse hipotecas tácitas o *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. Así, en los actos constitutivos se incorpora 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. 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, para cuyo efecto se enuncian de manera pretendidamente determinable (entre las mismas partes).

¿La legitimidad para respaldar obligaciones futuras demanda identificarlas plenamente o resulta suficiente una referencia general?

Dado que ya no hay legislativamente gravámenes *sábana*, ¿podría pretenderse que se ha constituido una hipoteca para respaldar una obligación que no está individualizada en el título constitutivo?

Estimamos que el pacto bajo comentario puede ser calificado como 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 el escenario de un ejecución), dado que cada quien, en su respectivo ámbito de competencia funcional, debería asumir sus responsabilidades.

¿No es que la identificación de la obligación garantizada, en la medida que sea determinable, significa que el título

debe contener desde un inicio los medios o mecanismos para ello?, ¿puede la precisión estar sujeta al criterio exclusivo y sobreviviente del acreedor? De ser así, ¿dónde quedaría la seguridad jurídica que debe sustentar al sistema registral en función a la información que proporciona a terceros para sus decisiones de negocio?

Pero además, aún cuando no se compartiese dicha calificación de fraude, conforme a lo que se ha expuesto en el presente trabajo, la hipoteca en respaldo de obligaciones futuras es ineficaz (salvo en lo que concierne a la reserva de rango), requiriéndose que se publicite registralmente que el respectivo crédito es actual, que se deje constancia registral de ello (en aplicación de las propias disposiciones del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de SUNARP), lo cual a su vez demanda que 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, no debería prosperar la declaración de actualidad.

Dejamos constancia que la misma situación se presenta en el ámbito de la contratación privada ajena a la intermediación financiera. No es posible que se pretenda pactar garantías hipotecarias tácitas.

Para concluir, como bien señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, no hay "hipoteca flotante", esto es, la que se pacta por una suma máxima en respaldo de cualesquiera obligaciones⁽¹⁶⁾, dejándose al arbitrio del acreedor incorporar las deudas que

(16) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Óp. cit.*; p.128.

El principio de especialidad hipotecaria respecto del crédito garantizado *The principle of mortgage specialty on secured credits*

pueda contraer determinada persona y por determinado plazo. La hipoteca se rige por la literalidad, por lo que conste expresamente en el título constitutivo, siendo pertinente el principio de especialidad del gravamen hipotecario respecto del crédito garantizado.

4. Nota final

La ley, como expresión legislativa, es Derecho, pero no es todo el Derecho. La doctrina nos permite comprender los presupuestos conceptuales de muchas disposiciones legales

por cuanto una ley no es un texto teórico. Corresponderá a la jurisprudencia considerar dichos conceptos y delinear el correcto sentido de la aplicación de la ley, esto es, proponer una interpretación razonable que represente ese esfuerzo que todos debemos realizar de superar deficiencias, errores u omisiones, lo cual presupone la capacidad de crítica honesta en admitir que hay muchos errores conceptuales u operativos que deben ser subsanados para fines de proteger de la mejor manera los intereses comprometidos en una determinada circunstancia jurídica. Nos corresponderá a los abogados coadyuvar a la función jurisdiccional, invocando la ley no por su simple literalidad sino en función de su racionalidad. En otras palabras, ir más allá del texto, buscar. 