

¿Se puede constituir una hipoteca unilateralmente?

Comentarios a la Resolución No. P003-ORLC/TR del Tribunal Registral de la ORLC

Martín Mejorada Chauca

Profesor de Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

“En materia de derecho, el arte precede a la ciencia, porque el arte, en efecto se concilia con el presentimiento y con el instinto, mientras que la ciencia comienza sólo con el conocimiento”
R. Von Ihering

1 Introducción.

Comentar las decisiones de la autoridad siempre es una tarea delicada. Además, cuando el pronunciamiento proviene de un Tribunal integrado por profesionales solventes y apreciados como en este caso, el comentario discrepante corre el riesgo de ser calificado de insuficiente e incluso de atrevido. Sin embargo, asumiremos ese riesgo porque las discrepancias son saludables y enriquecen el debate académico.

Nos pareció interesante comentar una resolución del Tribunal Registral de la Oficina Registral de Lima y Callao, en la que se expresa con toda claridad la posición de dicha instancia administrativa sobre la posibilidad de constituir unilateralmente el derecho real de hipoteca⁽¹⁾.

La resolución que comentaremos resuelve el recurso de apelación interpuesto contra una observación registral que tenía varios puntos, de los cuales el segundo estaba referido a la negativa del registrador a inscribir una hipoteca naval sin la participación del acreedor⁽²⁾. A continuación transcribimos las partes referidas al tema que nos interesa:

“Resolución No. P003-98-ORLC/TR
Lima, 30 de enero de 1998

VISTA, la apelación interpuesta por JULIO VILLAMONTE BARRIGA (...) contra la observación formulada por el Registrador Público del Registro General de Pesquería, Dr. Manuel Luis del Villar Prado, a la solicitud de inscripción de la escritura pública de Reconocimiento de Deuda e Hipoteca Naval en mérito a parte notarial (...). El Registrador denegó la inscripción solicitada por cuanto: 1. Habiéndose adjuntado la escritura pública en ella no se indican dónde corren inscritos los poderes de Luis Rolando Rodríguez Villanueva, representante de Empresa de los Productos del Mar E.I.R.L. con facultades expresas para otorgar préstamos e hipotecas (Registro Mercantil). 2. Tampoco indica dónde corre inscrito el poder del representante de Empresa Pesquera Inka Roca E.I.R.L., Oscar Mateo Villamonte Pinazo con facultades expresas para constituir hipotecas sobre bienes de su representada (...)

CONSIDERANDO: (...) Que, en cuanto al segundo extremo de la observación formulada⁽³⁾, si bien la hipoteca tiene carácter accesorio respecto de la

- (1) Si bien el pronunciamiento del Tribunal se refiere a una hipoteca naval, sus consideraciones, y desde luego las nuestras, son aplicables a la hipoteca en general. Las normas especiales sobre hipoteca naval (Ley No. 2411) guardan silencio sobre la posibilidad de una hipoteca unilateral.
- (2) Aparentemente, no es la primera vez que el Tribunal Registral se pronuncia sobre el tema materia de estos comentarios, pues en esta resolución se hace referencia a la Resolución No. 279-97-ORLC/TR del 7 de julio de 1997, en la que según se dice se desarrollan más ampliamente argumentos sobre la posibilidad de constitución unilateral de la hipoteca. Sin embargo, la resolución que se menciona no ha sido publicada.
- (3) Debíó decir “primer extremo de la observación”, pues el segundo extremo se refiere a otro tema. Podría tratarse de un error en la publicación de la resolución.

obligación que garantiza, dicha realidad no se ve afectada por la falta de intervención del acreedor, toda vez que al registrador no le compete la verificación de la existencia ni la validez de la obligación cuyo cumplimiento se pretende asegurar, sino únicamente la constatación de que dicha obligación se encuentra expresada en el acto constitutivo de la hipoteca, elemento suficiente y necesario para proceder a la inscripción de la misma, tal como ya se ha pronunciado más ampliamente esta instancia en la Resolución No. 279-97-ORLC/TR del 7 de julio de 1997.

Que, ello obedece a la especial naturaleza del derecho real de hipoteca, ya que, en tanto atribución patrimonial mediante la afectación jurídica de un inmueble para asegurar el cumplimiento de una obligación, no supone la desmembración del derecho de propiedad del otorgante y, consecuentemente, no lleva consigo un necesario desplazamiento patrimonial ni una correlativa adquisición por parte del acreedor de la obligación garantizada que se ve beneficiado patrimonialmente con tal atribución, por lo que es perfectamente posible constituir e inscribir un otorgamiento unilateral de hipoteca, con lo que el derecho habrá nacido sin perjuicio de que aún no se haya transmitido.

Que, en consecuencia, si bien la validez y existencia de la hipoteca se encuentra condicionada por la validez y existencia de la obligación cuyo cumplimiento garantiza, dado el carácter accesorio de aquella respecto de ésta, la intervención y consentimiento del acreedor hipotecario, tanto en su condición de beneficiario de la atribución patrimonial como en su calidad de acreedor obligacional, resulta irrelevante a efectos de que la garantía se constituya e inscriba válidamente, por lo que debe desestimarse el segundo extremo de la observación⁽⁴⁾.

Antes de expresar nuestro punto de vista sobre los temas vinculados a esta resolución del Tribunal Registral, debemos precisar que las reflexiones que siguen a continuación se sustentan en el régimen legal vigente. Por tanto, si consideramos que no es posible la constitución unilateral de una hipoteca, no significa que

neguemos la conveniencia práctica de admitir dicha posibilidad a través de una disposición legal que así lo señale.

Participamos plenamente de la corriente de simplificación contractual en beneficio de la agilidad del sistema económico, y por ello no objetamos que ciertas modificaciones en el patrimonio de las personas puedan realizarse, en principio, sin la participación expresa del beneficiario. Empero este es un tema que debe analizarse con sumo cuidado y como parte del debate previo a la formulación legislativa. El entusiasmo por la simplificación no legitima en ningún caso la transgresión de normas y principios.

2 El título de la hipoteca.

La hipoteca es un derecho real de garantía. El artículo 1097 del Código Civil la define con toda claridad, de modo que quedamos exonerados de proporcionar mayor detalle. Dice la norma: “(p)or la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado”.

Es fundamental para el análisis sobre la constitución de la hipoteca examinar el **título** de la misma, es decir la fuente de donde surge el derecho real⁽⁵⁾. Los artículos 1097 al 1122 del Código Civil se ocupan del derecho real de hipoteca, con algunas referencias a los requisitos para la constitución y validez, pero sin distinguir si tales requisitos se refieren al **título** de la garantía o a la **garantía** misma.

Las normas sobre hipoteca se encuentran en el Libro de Derechos Reales; es decir, su objeto o propósito principal no es regular la fuente del derecho sino el comportamiento de la garantía hasta su extinción. Nótese, por ejemplo, que el Libro de Reales se ocupa de la adquisición de la propiedad (mueble o inmueble) pero no del título adquisitivo (compraventa, permuta, donación, aporte en sociedad, etcétera) del cual tratan otras normas. Lo mismo ocurre con los otros derechos

(4) Esta resolución se publicó en: *Jurisprudencia Registral*. Volumen VI, Enero - Junio 1998. Lima: Oficina Registral de Lima y Callao. p. 341.

(5) La doctrina del **título** y el **modo** expresa perfectamente las características centrales de las relaciones jurídico reales. El **título** da cuenta de la fuente de la obligación, la causa legal. Todo derecho subjetivo tiene una fuente, una justificación legal. Es el caso del contrato, el mandato judicial, la norma jurídica y en algunos casos el acto unilateral. El **modo** cumple un rol publicitario; es la manera como se da a conocer una titularidad real, conocimiento que resulta esencial para el ejercicio pacífico de estos derechos exclusivos. Los **modos** más conocidos son la entrega del bien y la inscripción en un registro público. Es verdad que estos conceptos no han tenido siempre el mismo significado y función; sin embargo, consideramos que atribuirles hoy el contenido antes descrito resulta útil para juzgar la conveniencia o inconveniencia del sistema de constitución, modificación y extinción de derechos reales.

reales principales (posesión, usufructo, uso habitación, servidumbre y superficie).

Una cosa es el **título** del derecho real; el contrato, el mandato judicial, la norma jurídica o el acto unilateral (de este último nos ocupamos en este trabajo), y otra es el derecho mismo que surge de la ejecución o cumplimiento del **título**.

La capacidad de estos hechos jurídicos (contrato, mandato judicial, norma legal y voluntad unilateral) para ser fuente de relaciones jurídicas depende a su vez de la existencia de normas que les otorguen tal capacidad. En el caso del contrato (principal fuente de las obligaciones) existen normas generales (artículos 1351 y 1354 del Código Civil) que permiten a la voluntad concurrente de dos o más partes (consentimiento) crear relaciones jurídicas con gran libertad, sólo limitada por normas de orden público que en casos muy concretos restringen la libertad de contratar. Las decisiones judiciales, por su lado, están en condición de crear relaciones jurídicas en determinados casos, como por ejemplo al establecer un embargo de bienes, en las condiciones y siguiendo los procedimientos señalados en los códigos procesales. Por supuesto en el caso de la norma legal, ésta no sólo es fuente de las obligaciones sino del Derecho en general y por tanto está legitimada para crear relaciones jurídicas por su sola vigencia, claro está, dentro del marco de la Constitución.

En el caso de la voluntad unilateral, el ordenamiento reconoce en varios supuestos su capacidad para crear relaciones jurídicas, como en el reconocimiento de la paternidad (artículo 386 del Código Civil) y la gestión de negocios (artículo 1950 del Código Civil), sin embargo no existe una norma general como en los contratos que permita a dicha voluntad crear relaciones

con tanta libertad. Por ello, interesa determinar si en el caso concreto del título de la hipoteca dicha voluntad unilateral es capaz de crear la relación jurídica que sirve de sustento a la garantía real.

Volviendo sobre la distinción entre **título** y **modo** en la constitución de derechos reales, debemos decir que los requisitos para uno y otro no tienen que ser los mismos pues se trata de actos distintos. Podría ocurrir, por ejemplo, que exista un contrato válido de hipoteca (escritura de constitución de hipoteca) pero que aún no exista la garantía pues hace falta que se cumpla un requisito para que surja el derecho real; la inscripción (artículo 1099, inciso 3 del Código Civil).

La validez del **título** depende de las exigencias previstas en las normas jurídicas. Si el título es un contrato, su validez depende básicamente de que se cumplan los requisitos señalados en las reglas generales de los actos jurídicos y contratos, y en las especiales del contrato del que se trate. Si el título es un mandato judicial la validez depende de que se cumplan los requisitos previstos en las normas procesales. En el caso de la norma jurídica su validez está suspendida a la observancia de los procedimientos y contenidos previstos en la Constitución. Con la voluntad unilateral ocurre algo parecido, ella será capaz de crear relaciones jurídicas válidamente sólo si se cumplen los supuestos previstos en el ordenamiento legal.

A pesar de la importancia de la distinción que planteamos, y tal como ocurre con los otros derechos reales, las normas sobre hipoteca no expresan con claridad el ámbito de aplicación de los requisitos que se señalan en los artículos 1098, 1099 y 1100 del Código Civil. No se distinguen los elementos necesarios para el nacimiento del **título**, de aquellos referidos al nacimiento de la **garantía**⁽⁶⁾.

El artículo 1098 del Código Civil señala que la hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición legal en contrario. El artículo 1099 expresa que son requisitos de validez de la hipoteca: (i) que afecte el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley; (ii) que se asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable; y, (iii) que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble. No se distingue si estos requisitos se refieren al **título** de la hipoteca, o al nacimiento del derecho real, o a ambos.

Además, nada dicen estas normas sobre la fuente generadora del derecho, es decir, si éste nace del

En el caso de la hipoteca, si el acreedor adquiere o no un derecho real de garantía es un asunto que únicamente le compete a él. No existe interés público en que el derecho se constituya prescindiendo de la voluntad del acreedor

(6) Las normas especiales sobre hipoteca naval contienen más o menos el mismo tratamiento que la regulación general sobre hipoteca.

contrato, del mandato judicial, de una norma jurídica o de un acto unilateral. En este sentido, podemos decir que el **título** de la hipoteca se rige por las reglas generales sobre nacimiento de derechos patrimoniales. Sobre el contrato no existe la menor duda que es capaz de crear, modificar o extinguir por sí misma relaciones jurídicas, pues cuenta con una autorización legal muy amplia para tal fin, empero no se puede decir lo mismo del acto unilateral. Para determinar si éste último tiene el mismo poder, es necesario recurrir a las previsiones legales expresas o en defecto de éstos a los principios.

La aplicación de los principios en el nacimiento de la hipoteca resulta fundamental, pues no existe ninguna norma positiva, especial o general, que se ocupe de la constitución unilateral. Es de aplicación lo dispuesto en el artículo VIII de Título Preliminar del Código Civil, conforme al cual ningún tema de derecho puede quedar sin solución por la ausencia de norma expresa que lo resuelva; deben aplicarse los Principios Generales del Derecho, especialmente los que inspiran el Derecho peruano. Veamos qué resulta de un paseo por el escenario de los principios que subyacen a las normas positivas.

Los actos jurídicos nacen de la voluntad que expresan las personas, la que de cumplir con ciertos requisitos de capacidad, posibilidad, licitud y forma es capaz de crear modificar y extinguir relaciones jurídicas y derechos (artículo 140 del Código Civil). Aunque lo corriente es que los actos jurídicos surjan de la concurrencia de por lo menos dos voluntades, no es extraño a nuestro ordenamiento legal que los derechos surjan a partir de la declaración unilateral. Es el caso, por ejemplo, de la adquisición de bienes que no pertenecen a nadie (artículo 929 del Código Civil), la prescripción adquisitiva de dominio (artículo 950 del Código Civil), la gestión de negocios (artículo 1950 del Código Civil) y el reconocimiento de la paternidad (artículo 386 del Código Civil) entre otros supuestos expresamente contemplados en la ley.

Paradójicamente la llamada “promesa unilateral” en nuestro ordenamiento no crea una relación jurídica por la sola voluntad del promitente, sino que requiere la aceptación del beneficiario (artículo 1956 del Código Civil). Lo mismo ocurre con las sucesiones que también requiere de aceptación expresa o tácita del beneficiario (artículo 672 del Código Civil).

Un primer principio que se extrae de lo anterior es que no existe imposibilidad de que los derechos surjan de la voluntad unilateral; en el ordenamiento jurídico peruano es posible que ciertas relaciones

jurídicas, patrimoniales o no, surjan de la voluntad unilateral.

Ahora bien, si examinamos todos los casos en los que esta posibilidad es admitida se puede apreciar que la voluntad unilateral es fuente para crear derechos tanto a favor del declarante como a favor de un tercero. Por ejemplo en el caso de la prescripción adquisitiva la conducta unilateral del poseedor lo conduce a la adquisición de la propiedad a su favor, pero en el caso del reconocimiento de paternidad la declaración también genera una titularidad a favor de quien no interviene en la declaración (el hijo). Este es otro principio.

Es evidente que para el Código Civil existe cierto interés público en que algunas relaciones jurídicas surjan de determinada manera y no de otra. En el ámbito de la voluntad unilateral se aprecia del Código que cada vez que se admite el nacimiento de relaciones jurídicas por esta vía, está presente cierto interés público. Es el caso del reconocimiento de paternidad y la gestión de negocios. En el ámbito del Derecho de Familia no hay duda del interés público presente y en la gestión de negocios es claro que al ordenamiento le interesa que los negocios no queden abandonados, por ello permite que un extraño asuma la gestión para continuar la explotación comercial o evitar un perjuicio para la empresa.

En cambio, en las relaciones de interés estrictamente privado como en el contrato a favor de tercero (artículo 1458 del Código Civil) y la donación (artículo 1621 del Código Civil), la relación jurídica requiere siempre la aceptación del beneficiario, a pesar de que el derecho nace a iniciativa de persona distinta del beneficiario.

En consecuencia, a partir de los principios que subyacen en el tratamiento legal de los derechos que surgen por declaración unilateral, podemos concluir que tratándose de relaciones jurídicas de interés estrictamente privado, la declaración unilateral no es suficiente para crear la relación jurídica. ¿Es el caso de la hipoteca?

En el caso de la hipoteca, si el acreedor adquiere o no un derecho real de garantía es un asunto que únicamente le compete a él. No existe interés público en que el derecho se constituya prescindiendo de la voluntad del acreedor.

De otro lado, la constitución de un derecho modifica el patrimonio del beneficiario, de modo que es parte de su libertad patrimonial (propiedad en sentido amplio), reconocida constitucionalmente (artículos 2 numeral 16, y 70 de la Constitución), participar en la decisión de hacer nacer una titularidad a su favor. El sólo hecho que se trate de un beneficio para el patrimonio no es

suficiente para autorizar el nacimiento de la relación jurídica por decisión unilateral, pues si ese fuera el criterio determinante la donación no sería un contrato sino un acto unilateral. Además el derecho en juego (libertad patrimonial) es tan importante que el interés público no debería suponerse o aplicarse por extensión de otros supuestos en los que se admite su presencia como justificativo para prescindir de la voluntad del beneficiario, sino sólo en los casos expresamente señalados en la ley. No debemos perder de vista que las normas restrictivas de derechos y libertades no se pueden aplicar extensivamente (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil); este es otro principio.

Por esta razón, sólo el interés público claramente recogido en un supuesto normativo puede justificar la prescindencia de la voluntad del beneficiario. Ello no ocurre en el caso de la hipoteca, por la sencilla razón de que no existe norma que le atribuya dicha posibilidad a la constitución de esta garantía.

Ahora bien, podría considerarse que hay interés público en que la hipoteca se constituya unilateralmente como un medio para facilitar las operaciones comerciales. Sin embargo, esta apreciación sería, a lo sumo, argumento válido para incorporar legislativamente la posibilidad de que la manifestación unilateral sea fuente de la garantía, pero no para su aplicación en el actual estado de cosas.

A diferencia de lo que ocurre con los contratos, para los que se ha previsto una norma general (artículo 1351 del Código Civil) que legitima la creación libre y más o menos ilimitada de relaciones jurídicas patrimoniales, no existe una norma que habilite de modo general la creación de derechos a partir de la declaración unilateral. También desde esta perspectiva la hipoteca no podría generarse unilateralmente.

3 Los fundamentos de la resolución del Tribunal Registral.

Registros Públicos tiene a su cargo el control de la legalidad de los títulos que se presentan para inscripción, a partir de los documentos presentados por el interesado y la propia información registral (artículo 2011 del Código Civil). En tal sentido, si se presentara un documento de compraventa donde no interviene el comprador, o uno de donación donde no interviene el donatario, sin duda el registrador y el Tribunal Registral observarían el título.

En el caso de la resolución en comentario, el Tribunal no abordó el tema por la secuencia de instituciones y principios que expresamos en el acápite anterior y asumió algunos conceptos sumamente discutibles. Sobre lo primero, creemos, que el análisis debió pasar por determinar la fuente del derecho real de hipoteca en el marco del sistema legal y los principios, dado que no existe una norma expresa que se ocupe de ello.

El Tribunal señala que por la hipoteca no se produce ninguna desmembración de la propiedad y por tanto no existe desplazamiento patrimonial ni adquisición alguna por parte del acreedor. Ciertamente no existe desmembración de la propiedad, pero sí existe afectación al dominio, pues por la garantía real el bien queda afectado, lo cual lleva consigo inevitablemente la modificación de la situación patrimonial del propietario del bien y del acreedor. Una obligación sin garantía no es lo mismo que una obligación con garantía; evidentemente el valor real del crédito se ve incrementado por la existencia de la garantía.

También es cierto que al constituirse la hipoteca no existe desplazamiento patrimonial, empero el Tribunal no ha considerado que la hipoteca se constituye usualmente a través de la adquisición originaria del derecho, en cuyo caso el derecho no se adquiere por desplazamiento, sino por configuración. Es decir, no tiene nada de particular que no exista desplazamiento de un derecho preexistente en la constitución de una hipoteca, lo que no quita que al constituirse la garantía se produzca un incremento en el patrimonio del acreedor.

Dado que el derecho de hipoteca no se adquiere necesariamente por traslado de un patrimonio a otro, sino generalmente de modo originario (como en el caso del título materia del pronunciamiento del Tribunal), el acreedor hipotecario adquiere un derecho real originario. No adquiere la propiedad, el uso, el usufructo o la habitación, pero adquiere una hipoteca, que es un derecho real patrimonialmente valioso como cualesquiera de los otros mencionados.

Como advertimos en la introducción de este documento, no debe descartarse la posibilidad de que en atención a la celeridad del tráfico comercial, las hipotecas se puedan constituir de forma unilateral, sin embargo dicha posibilidad representaría una excepción a los principios vigentes y por tanto requeriría una consagración legislativa. ^{FF}