

Abriendo el debate

Manuel de la Puente y Lavalle

Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la PUC y Miembro del Comité Consultivo de Thémis

Leyendo la Exposición de Motivos del Título III de la Sección Cuarta del Libro V del Código Civil¹ pude observar que, comentando el artículo 1099 de dicho Código, se dice que la norma sobre obligatoriedad de la inscripción de la hipoteca debió ser incluida en el artículo anterior que se ocupa de la forma de la hipoteca, ya que recién con la inscripción es que se perfecciona este derecho real.

Me llamó la atención que se hablara de perfeccionamiento de la hipoteca y no de constitución de la misma, ya que entiendo que ambos términos tienen significados diferentes, por lo cual me sentí tentado de explorar el tema.

No soy especialista en Derechos Reales, lo que determina que me sienta inseguro en el terreno de la hipoteca, pero deseo compartir con los lectores las inquietudes que esta exploración me suscitó.

NATURALEZA DE LA HIPOTECA

De conformidad con el artículo 1097, por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía 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.

El derecho de persecución es la facultad del acreedor hipotecario de dirigirse contra el actual poseedor del bien que sirve de garantía a su crédito.

El derecho de preferencia concede al acreedor el privilegio de ser preferido sobre los otros acreedores para hacerse pago con el precio de la

venta forzosa del bien.

El derecho de venta judicial del bien hipotecado faculta para que se proceda al remate público de dicho bien.

La hipoteca, en general, puede ser judicial, legal y voluntaria. Para los efectos del presente artículo, se va a considerar la hipoteca voluntaria constituida mediante convenio.

El artículo 1098 del Código Civil establece que la hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley. Conviene tomar en consideración que según el artículo 144 del Código Civil, cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto, de tal manera que en el caso del artículo 1098, por no prescribirse la sanción de nulidad, la escritura pública es una formalidad *ad probationem* y no *ad solemnitatem*.

Por otro lado, el artículo 1099 dispone que son requisitos para la validez de la hipoteca:

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

Obsérvese la diferencia que hace el Código entre la constitución de la hipoteca, para lo cual exige la escritura pública, y la validez de la misma, para lo cual se exige el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 1099.

1. "Código Civil - Exposición de Motivos y Comentarios", Compiladora: Delia Revoredo de Debakey, Lima, 1985, Tomo V, pág. 264.

Esto lleva a distinguir, pues, entre la conven-
ción de hipoteca² que es el acto jurídico en virtud
del cual se afecta un inmueble en garantía del cum-
plimiento de cualquier obligación, propia o ajena,
esto es, se constituye el derecho real de hipoteca; y
los requisitos para que ese derecho real sea válido,
o sea produzca sus efectos no sólo con relación al
cocontratante sino también frente a todos (erga
omnes).

EFFECTOS DE LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS

Puede pensarse que si la ley exige determina-
dos requisitos para la validez de un acto, la falta de
existencia de estos requisitos determina que el acto
sea inválido.

De acuerdo con la teoría general del acto jurí-
dico según la doctrina³, son inválidos los actos nu-
los y los anulables, esto es que la invalidez puede
ser total o completa, cuando falta uno de los ele-
mentos esenciales para la existencia del acto, y par-
cial o incompleta cuando el acto adolece de vicios.

Es necesario determinar si, dentro del régi-
men legal peruano, la invalidez significa la nulidad
(incluyendo la anulabilidad) del acto o produce
otros efectos.

El artículo 219 del Código Civil establece que
el acto jurídico es nulo:

- 1).- Cuando falta la manifestación de voluntad del
agente.
- 2).- Cuando se haya practicado por persona abso-
lutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el ar-
tículo 1358.
- 3).- Cuando su objeto es física o jurídicamente im-
posible o cuando sea indeterminable.
- 4).- Cuando su fin sea ilícito.
- 5).- Cuando adolezca de simulación absoluta.
- 6).- Cuando no revista la forma prescrita bajo san-
ción de nulidad.

2. Dado que según el artículo 1402 del Código Civil, el ob-
jeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o
extinguir obligaciones, no es posible mediante un contra-
to constituir derechos reales, por lo cual el convenio de
constitución de hipoteca voluntaria no es un contrato, ni
siquiera atípico, sino una convención.

3. Albaladejo, Manuel: "El negocio jurídico", Librería
Bosch, Barcelona, 1958, pág. 398, Stolfi, Giuseppe, "Teo-
ría del negocio jurídico", Editorial Revista de Derecho
Privado, Madrid, 1959, pág. 77.

7).- Cuando la ley lo declare nulo.

8).- En el caso del artículo V del Título Prelimi-
nar, salvo que la ley establezca sanción diver-
sa.

El acto nulo sólo puede serlo por dichas cau-
sales enumeradas, que tienen carácter taxativo. Es-
te es el sistema de nuestra codificación civil. No
pueden haber otras causales de nulidad que las se-
ñaladas por el artículo 219⁴. Considero, por ello,
que el sistema peruano no admite la nulidad virtual.

Por su parte, el artículo 221 del mismo Cód-
igo dispone que el acto jurídico es anulable:

- 1).- Por incapacidad relativa del agente.
- 2).- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o
intimidación.
- 3).- Por simulación, cuando el acto real que lo
contiene perjudica el derecho de tercero.
- 4).- Cuando la ley lo declare anulable.

Esta enumeración es igualmente taxativa.

Puede observarse que la falta de requisitos
necesarios para la validez de un acto, o sea su inva-
lidez, no es causal de nulidad ni de anulación.

Es más, de conformidad con el artículo 140
del Código Civil, para la validez del acto jurídico se
requiere:

- 1).- Agente capaz.
- 2).- Objeto física y jurídicamente posible.
- 3).- Fin lícito.
- 4).- Observancia de la forma prescrita por la ley
bajo sanción de nulidad.

Si en concepto del Código fuera suficiente
que la falta de uno de estos requisitos para la vali-
dez de un acto jurídico determinara la nulidad del
acto, habría sido innecesario que los incisos 2), 3),
4) y 6) del artículo 219 sancionaran expresamente
con nulidad la ausencia de dichos requisitos.

Esto pone de manifiesto, con clarísima evi-
dencia, que la falta de requisitos establecidos legal-
mente para la validez de un acto no ocasiona su nu-

4. Vidal Ramirez, Fernando: "Teoría general del acto jurí-
dico", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1985, pág. 158.

lidad o anulabilidad, pues para ello es necesario que la ley sancione expresamente con nulidad o anulación aquella falta.

Si consideramos que la invalidez es la falta de los requisitos necesarios para la validez, habrá que llegar a la conclusión que, según el régimen civil peruano, a diferencia de lo que ocurre según la teoría general del acto jurídico, la invalidez de un acto jurídico no es de por sí causal de nulidad o anulación del mismo⁵.

Dados los significados distintos que la expresión "invalidez" tiene según el régimen civil peruano y según la teoría general del acto jurídico, voy a llamar "ilegítimo" (aunque el término no sea muy apropiado) al acto inválido según el régimen, conservando el nombre de "inválido" al que lo es según la teoría.

El resultado sería que la hipoteca no inscrita, por no ser nula ni anulable, sería legítima sin limitación alguna, lo cual llevaría, a su vez, a considerar que el incumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 1099 del Código Civil para la legitimidad de la hipoteca no produciría ningún efecto.

Como esto es absurdo, resulta necesario interpretar el artículo 1099 para encontrar su verdadero significado. Una de las principales reglas de interpretación de la ley es que ella debe entenderse en el sentido que pueda tener algún efecto y no en aquél según el cual no tendría ninguno.

Conviene, por lo tanto, analizar cuál es el efecto que tiene el acto inválido.

Al respecto debe tomarse en consideración que la ineficacia de un acto jurídico es la falta de producción de los efectos propios del acto. Esta ineficacia puede tener, a su vez, dos causas: a) la invalidez del acto; y b) las situaciones externas de un acto válido. Al primer caso se le llama ineficacia "estructural" o "intrínseca" y al segundo ineficacia "funcional" o "extrínseca"⁶.

Dado que el principal efecto de la invalidez (entendida en el concepto de nulidad o anulación que le otorga la teoría general del acto jurídico) es la ineficacia, resulta atendible interpretar el artículo 1099 en el sentido que la falta de los requisitos exi-

gidos en él, si bien no invalida la hipoteca (por no ser nula ni anulable), produce el efecto de la invalidez, o sea la ineficacia. Esta interpretación es tanto más admisible cuanto que la ineficacia es también efecto de situaciones externas a un acto válido, como es el caso de la falta de inscripción de una hipoteca debidamente constituida por escritura pública.

En efecto, por principio, los actos jurídicos se realizan para que tengan el efecto jurídico querido por el agente (crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, según el artículo 140 del Código Civil). Empero, por determinadas razones dichos actos pueden no producir los efectos que les son propios. Ya hemos visto que a estos actos se les califica de ineficaces.

Las únicas causales que determinan la invalidez de un acto jurídico son la nulidad y la anulabilidad. En los demás casos en que, por alguna razón, el acto no debe producir efectos, no obstante ser válido, se trata de un problema de ineficacia.

En consecuencia, cuando el Código Civil peruano, dado el sistema de nulidades que ha adoptado, exige un requisito para la validez de un acto y no sanciona con nulidad o anulación la falta del requisito, no está, en realidad, declarando que el acto sea inválido (en el sentido que da a este término la teoría general del acto jurídico, o sea nulo o anulable) cuando no se cumple el requisito, sino que debe entenderse, por interpretación, que el acto es ineficaz funcionalmente.

Como se puede apreciar, todo el problema surge con motivo de un mal empleo de los términos por el Código Civil.

Trasladando lo expuesto al tema que examinamos, o sea la situación de la hipoteca no inscrita en el registro de la propiedad inmueble, habría que llegar a la conclusión que ella es ineficaz.

Ahora bien, la ineficacia es absoluta cuando el acto no produce efectos para nadie y es relativa cuando solamente deja de producir efectos para determinadas personas.

Conviene estudiar si la ineficacia de la hipoteca no inscrita es absoluta o relativa. Para ello conviene estudiar el carácter que tiene la inscripción en el registro de la propiedad inmueble.

REGIMEN DE LOS REGISTROS PUBLICOS

El régimen de los registros públicos en el Perú está estructurado, en su esencia, en dos principios fundamentales: el de la publicidad y el de la pública registral.

5. Explicando el sistema de nuestro Código Civil, Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena ("El negocio jurídico", Librería Studium, Lima, 1986, pág. 385) dice que "la invalidez es una noción abstracta (ausencia de valor jurídico) que no se concreta por sí misma, no tiene per se consecuencias como no sea a través de la nulidad".

6. Díez-Picazo, Luis: "Fundamentos de Derecho Civil patrimonial", Editorial Tecnos, Madrid, 1979, Tomo I. pág. 385.

El primero está plasmado en el artículo 2012 del Código, que establece que se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

El segundo principio, o sea el de la fe pública registral, es el que tiene mayor importancia para los efectos del presente artículo.

Descansa en el artículo 2014 del Código Civil, que a la letra dice:

"Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

"La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro".

Refiriéndose a este artículo, la Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil elaborada por la Comisión Revisora dice que "constituye la médula central de la estructura del sistema registral y la expresión más clara de los alcances de la protección que el registro brinda al tráfico patrimonial", agregando que "consagra el principio de la fe pública registral y constituye, respetando la importancia de otras modificaciones o innovaciones, el más trascendental avance en materia de derecho registral"⁷.

El principio de la fe pública registral puede ser definido como "aquel que protege la adquisición efectuada a título oneroso y con buena fe, de quien aparece en el registro como titular registral que se inscribe en el registro, contra cualquier intento de enervar dicha adquisición que se fundamente en causas no inscritas antes"⁸.

Puede observarse que la protección que otorga el principio de la fe pública registral a quien adquiere un derecho en virtud de ella no es absoluta, pues está limitada por el requisito de que el tercero actúe de buena fe, esto es que desconozca que la situación real no es la que aparece en el registro.

Para hacer más efectiva la protección del ter-

7. "Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil", elaborada por la Comisión Revisora del Código Civil de acuerdo a las leyes 24039 y 24136, Separata especial publicada en el diario oficial "El Peruano" el 19 de julio de 1987, pág. 15.

8. "Exposición de Motivos Oficiales del Código Civil", Op. cit., pág. 16.

cer, el artículo 2014 le otorga una presunción de buena fe, de tal manera que no tiene obligación de probar su buena fe e incluso no tiene siquiera la obligación de alegarla. Sin embargo, esa buena fe se destruye si se acredita que el tercero conocía la inexactitud del registro (segundo párrafo del artículo 2014 del Código Civil).

En consecuencia, destruida la buena fe del tercero, él pierde su derecho a hacer prevalecer su adquisición frente a los demás.

Hay que llegar a la conclusión, por lo tanto, que el principio de la buena fe actúa exclusivamente frente a terceros. Entre los otorgantes del acto jurídico, que por ello conocen la existencia de éste, dicho principio no funciona, de tal manera que la inscripción o la falta de ella no enerva la validez ni efecto del acto jurídico entre las partes del mismo.

EFFECTOS DE LA HIPOTECA NO INSCRITA

Ya se ha visto que el artículo 1098 del Código Civil dispone que la hipoteca se constituye por escritura pública. Siendo la hipoteca un derecho real, dicho derecho existe (en el caso de la hipoteca voluntaria) desde que se celebra la convención de hipoteca, la cual es obligatoria entre las partes.

Trasladando el principio de la fe pública registral al caso de la hipoteca no inscrita, se trataría de un acto jurídico (la convención de constitución de hipoteca voluntaria) que es válido entre las partes pero ineficaz frente a los terceros de buena fe amparados por la fe pública registral.

En estas condiciones, la hipoteca, si bien constituye el derecho real sobre el bien frente al propietario del mismo, no lo hace respecto a los terceros de buena fe, para quienes esta hipoteca no existe por no estar inscrita en el registro público. Pueden estos terceros adquirir derechos sobre el bien hipotecado y mantenerlos una vez inscritos.

Estamos, pues, ante un caso de ineficacia relativa, en el sentido que la hipoteca es eficaz para los otorgantes de la convención de hipoteca e ineficaz frente a los terceros de buena fe.

Empero, si se logra destruir la presunción de buena fe del tercero, esto es acreditar que conocía previamente a la inscripción de su derecho la existencia de la hipoteca y, consecuentemente, la inexactitud del registro, deja de estar protegido por la fe pública registral.

La prueba del conocimiento debe ser, desde luego, evidente. No debe existir la menor duda de que el tercero había sido informado de manera in-

controvertible de la previa constitución de hipoteca en favor del acreedor otorgante del contrato respectivo.

Destruída la presunción de buena fe, la hipoteca constituida en favor del primer acreedor por la convención respectiva, pese a que continúa siendo ineficaz para los demás terceros de buena fe, será oponible al tercero de mala fe (el que ha perdido la buena fe) y, consecuentemente, dicho primer acreedor gozará, frente al mencionado tercero, del derecho de preferencia que otorga la hipoteca a su titular legítimo (derecho del que se ha hablado en el rubro "Naturaleza de la hipoteca" de este artículo).

CONCLUSION

Volviendo al principio de este artículo, o sea a la afirmación hecha respecto al perfeccionamiento del derecho real de hipoteca, debe tenerse presente que hay que distinguir entre conclusión y perfeccionamiento del acto jurídico.

Conclusión o formación del acto jurídico es la emisión de la declaración de voluntad. Desde el momento en que la voluntad es libremente declara-

da, el acto queda formado o constituido. Perfeccionamiento del acto jurídico es la oportunidad en que el acto, ya concluido, produce sus efectos.

En el caso de la hipoteca voluntaria, la convención que da lugar a la constitución del derecho real queda concluida desde el momento en que existe acuerdo de voluntades entre el propietario del bien y el acreedor. Sin embargo, dicha convención no queda perfeccionada sino a partir de la inscripción de la hipoteca en el registro de la propiedad inmueble, que es la oportunidad en que la hipoteca tiene plenos efectos con relación a terceros, gozando frente a éstos de los derechos de persecución, de preferencia y de venta judicial del bien.

Sólo a partir de la inscripción en el registro de la propiedad inmueble se perfecciona el derecho real de hipoteca, por lo cual la afirmación hecha en la Exposición de Motivos del artículo 1099 del Código Civil es correcta.

Temo haberme metido en camisa de once varas por la imprudencia de tratar un tema que no domino, pero pienso que, al menos, habré dado pie para que se abra el debate.