

# ✓ CONSTITUCIÓN DE PRENDA E HIPOTECA: CÓDIGO CIVIL DE 1984, MODELO PARA ARMAR

MARTÍN MEJORADA C.

Catedrático de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## SUMARIO:

I. Introducción.- II. Aspectos generales de la constitución de prenda y de la hipoteca: 1. Afectación de un bien cierto; 2. Constitución de la garantía por el titular del bien; 3. Señalamiento de la obligación determinada o determinable; 4. Señalamiento del gravamen determinable.

## I. INTRODUCCIÓN

A estas alturas nadie niega la importancia de las garantías. Las obligaciones patrimoniales requieren ser garantizadas para atenuar o acaso eliminar los riesgos del crédito. Solo de esta manera se incentivan las operaciones de intercambio que son la base de la economía de mercado. Tampoco está en duda la especial importancia de las garantías reales, es decir, aquellos mecanismos de seguridad que reposan en la existencia de bienes ciertos y proporcionan al acreedor los derechos de persecución y preferencia.<sup>1</sup>

Existen tres momentos fundamentales en la vida de las garantías reales, de cuya revisión se puede concluir si estamos o no ante un sistema adecuado a los fines antes señalados. En primer lugar la constitución de la garantía, luego los derechos y obligaciones de las partes durante la vigencia de la garantía y antes de su ejecución, y finalmente la ejecución de la garantía. Nos ocuparemos solo del primero de los mencionados, pues a pesar que no agota la problemática del sistema de garantías en el Perú, en su regulación actual se puede ver el origen de varios problemas que aquejan a nuestro sistema. Concretamente examinaremos la situación de los elementos comunes a la constitución de la prenda y la hipoteca.

La prenda y la hipoteca son derechos reales de garantía. Por ello comparten la estructura de todas las relaciones jurídico reales, es decir son derechos que recaen sobre bienes ciertos e individualizados. Estas titularidades provienen del interés exclusivo y excluyente que tiene una persona sobre ciertas cosas. De ahí que tales relaciones exijan al sistema legal dos condiciones fundamentales para funcionar adecuadamente, a saber: i) *persecutoriedad* a favor del titular del derecho, lo que le permite acceder al bien donde quiera que se encuentre para lograr realizar el crédito con cargo a él, y ii) *oponibilidad o publicidad* que informa al mercado sobre la existencia de esta relación, lo cual tendrá como efecto el comportamiento pacífico e informado de los agentes económicos respecto a los bienes afectados en garantía.

No obstante la abundante doctrina que existe sobre las relaciones jurídico reales y las garantías en particular, es importante establecer como presupuesto de nuestros comentarios, que las relaciones de las cuales nos ocuparemos en su proceso constitutivo, no son una creación conceptual sino la expresión de intereses económicos que se dan en la realidad como parte de las relaciones sociales. Es decir, la prenda y la hipoteca, más allá de sus denominaciones y características doctrinarias o legales, expresan el interés de los acreedores por cobrar sus créditos en la forma y oportunidad pactadas.

<sup>1</sup> Por la persecutoriedad el acreedor tiene derecho a recuperar el bien donde quiera que se encuentre y de manos de quien lo tenga, a fin de poderlo a su vez y cobrarse el crédito garantizado. La preferencia significa que aunque el deudor tuviera otros acreedores, el acreedor garantizado tiene derecho a cobrarse prioritariamente sobre el bien que sirve de garantía, salvo los supuestos de insolvencia declarada conforme a la ley de la materia.

Los acreedores buscan formas de asegurar que sus créditos se paguen, pues en el tiempo que transcurre entre el nacimiento del crédito y la oportunidad prevista para la cancelación, se pueden generar circunstancias que no estaban presentes al hacer el análisis económico que dio lugar al negocio. Utilizar un bien cierto para este fin resulta de interés, si es que el acreedor adquiere un derecho inmediato y directo sobre él, de modo tal que aun cuando el bien circule en el mercado siempre podrá acudir sobre dicho bien para cobrar su crédito. De esta necesidad práctica surge el concepto *persecutorius finis*, que expresa precisamente la necesidad de que el acreedor pueda perseguir el bien cierto, sin importar quién lo tenga ni dónde esté. Se trata de satisfacer una necesidad privada del acreedor. Es la esfera privada de la relación jurídico real.

Por su parte, la *oponibilidad* expresa la necesidad de que el derecho sobre el bien cierto sea conocido por todos, de modo que en su circulación no se generen sorpresas en el mercado. Todos deben saber que el bien tiene un gravamen, es decir que está afectado en garantía. De no ser así, los agentes económicos incurrirían en error al adquirir bienes de cuya condición jurídica no están informados. El mercado no podría funcionar adecuadamente si las características jurídicas de los bienes en circulación no son conocidas. Se trata de satisfacer una necesidad pública; la de información para el mercado.

Como se aprecia, los dos conceptos más importantes de la relación jurídico real, aplicables a las garantías reales, dan cuenta de necesidades prácticas más que de condiciones teóricas. El nacimiento de las garantías reales, es decir, su constitución, es el momento clave para asegurarse que el derecho que nace en favor del acreedor satisface tanto las expectativas privadas como públicas de la relación antes descrita.

Existen dos conceptos útiles para abordar esta verificación. Me refiero al *título* y al *modo*, conocidos en el mundo de los derechos reales porque describen el proceso de constitución de estos derechos. *Título* es la fuente o causa del derecho, imprescindible para el surgimiento de una titularidad. No se puede hablar de un derecho sin identificar su fuente. Los títulos más comunes son: el contrato, el acto unilateral, la ley y el mandato judicial, siendo el primero de los nombrados el más importante en el ámbito de las relaciones patrimoniales. *Modo* es el elemento material que permite hacer conocido el derecho que nace sobre un bien cierto, es decir, es el componente público de la relación a través del cual se informa al mercado sobre la existencia del nuevo titular del derecho o sobre la afectación que sufre un bien.

Para que las garantías reales, al igual que todos los derechos reales, funcionen adecuadamente, es imprescindible que se cumpla el proceso del *título* y el *modo* según las características antes señaladas.

Cumplir este proceso en la constitución de las garantías es aparentemente sencillo, sin embargo, el sistema vigente en el Código Civil de 1984 parece un modelo para armar, o como algunos dicen, para desarmar o incluso desechar. Mientras no se produzca una transformación radical en el modelo (situación tan deseable como lejana por la miopía de los legisladores), no podemos eludir la tarea de ordenar lo existente para operar en el día a día (armar el modelo). Tarea de novela y por cierto escenario entrenado para curiosos de la ciencia jurídica. Hay que intentarlo, al fin y al cabo es nuestro Derecho.

Abordaremos el proceso de constitución de garantías reales, pero únicamente sobre aspectos comunes a la prenda y la hipoteca. En otra ocasión nos ocuparemos de los elementos particulares de cada garantía.

## II. ASPECTOS GENERALES DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA Y LA HIPOTECA

Como señalamos en el acápite anterior, todo derecho tiene un *título*, una fuente legal. ¿Se ha regulado el título de la prenda y la hipoteca? La respuesta es negativa. No existe en el Código Civil de 1984 norma específica que se ocupe del *título* de estas garantías.

A diferencia de lo que ocurre con los contratos de compraventa, permuta, donación, mutuo, suministro, comodato, arrendamiento, entre otros regulados en el Código Civil de 1984, el legislador no se ha ocupado de manera especial de los contratos que dan origen a las garantías reales. No existe ninguna regulación particular sobre contrato de prenda o contrato de hipoteca. Las únicas normas sobre las garantías se encuentran en el Libro de Derechos Reales del Código Civil de 1984, que como sabemos describe los derechos que nacen de los títulos y no principalmente del detalle sobre la causa legal o fuente que da origen al derecho.

En este sentido, corresponde preguntarse: ¿Cuál es la fuente legal o el *título* que da lugar a las garantías reales? En la medida que no existe ninguna norma que resuelva directamente esta cuestión, tenemos que acudir a las fuentes generales de los derechos patrimoniales.

Así, es evidente que el *contrato* constituye una fuente general capaz de dar lugar a la relación que sustenta la prenda y la hipoteca. Esto es así porque los artículos 1351 al 1354 del Código describen la capacidad del consentimiento (voluntad concordante de las partes) para crear relaciones jurídicas de contenido patrimonial, sin necesidad de que su contenido se encuentre preestablecido en la ley. La libertad contractual, que además es un derecho constitucional (artículo 2 inciso 14 de la Constitución), permite a las personas crear relaciones jurídicas incluso sobre aspectos desconocidos para la ley. Con mayor razón la voluntad es capaz de crear relaciones jurídicas que darán lugar a derechos que sí son reconocidos por la ley, como la prenda y la hipoteca.

La otra fuente importante a revisar en el marco de la constitución de las garantías reales es el *acto unilateral*. A diferencia de lo que ocurre con el *contrato*, el *acto unilateral* no goza de una norma general que le otorgue la capacidad de crear relaciones jurídicas libremente. Es cierto que existen relaciones jurídicas patrimoniales que nacen del acto unilateral (usufructo, prescripción adquisitiva de dominio, gestión de negocios, etc.), sin embargo son situaciones muy particulares que se han previsto en la ley atendiendo a situaciones concretas. Ninguna norma señala que el acto unilateral es capaz de crear relaciones jurídicas patrimoniales en general.

Además, la constitución de una garantía real importa modificar el patrimonio del acreedor, pues al nacer la garantía el acreedor se hace titular de un derecho patrimonial nuevo, un derecho real (prenda o hipoteca). Es falso que la garantía no cambie la situación patrimonial del acreedor. El acreedor adquiere un derecho que no tenía antes. Siendo esto así, ¿cómo podría afectarse el patrimonio del acreedor sin su consentimiento? Claramente no se puede, hacerlo significaría irrupción contra su libertad patrimonial, la cual está protegida como derecho constitucional a través del concepto amplio de *propiedad* (artículo 79 de la Constitución).

Ahora bien, la posibilidad que se constituyan las garantías unilateralmente tiene fundamento práctico innegable: facilita el tráfico, es un hecho que los acreedores siempre preferirán tener garantías aunque no participen en su constitución, en todo caso pueden renunciar a ellas, etc. Compartimos plenamente estas consideraciones y apoyamos que se produzca una modificación legislativa en ese sentido, sin embargo mientras ello no ocurra opinamos que no pueden constituirse garantías reales unilateralmente.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> De manera extraordinaria existe una garantía en nuestro sistema legal que surge por acto unilateral y que se explica por el especial escenario en el que se desarrolla. Nos referimos a la hipoteca comunal en el Título de Crédito Hipotecario Negociable prevista en los artículos 240 y siguientes de la Ley de Títulos Valores (Ley 27287).

Las otras fuentes que dan lugar al *título* de las garantías son menos importantes, pero igualmente hay que decir algo sobre ellas en especial sobre los que se sustentan directamente en la ley. Identifiquemos a la prenda e hipoteca legales que nacen por mandato de la ley al cumplirse ciertos supuestos señalados en los artículos 1065 y 1118 del Código Civil de 1984. Según estas normas, siempre que existan deudas derivadas de: i) saldo de precio en una compraventa, ii) contraprestación por la fabricación o reparación de un bien y iii) compensaciones económicas pendientes derivadas de la partición de una copropiedad; se genera una garantía real a favor del acreedor.

Estas garantías legales se constituyen de pleno de derecho y se inscriben de oficio (artículo 1119 del Código Civil de 1984). Esto significa que las garantías legales solo operan respecto de bienes que se pueden registrar (bienes registrables). La indicación de que se constituyen de pleno derecho parecería significar que no es la inscripción la que hace nacer la garantía, sino el contrato de donde surgen los supuestos de hecho previstos en las normas.

Más aún, atendiendo al segundo párrafo del artículo 1119 que señala que en los demás casos de garantías legales distintos a los previstos en el artículo 1118, estas surgen de la inscripción, parecería confirmar que en los supuestos del artículo 1118 la inscripción no es necesaria. Aceptar esta lectura significaría que las garantías legales podrían estar ocultas en los *títulos*, aunque no se registren expresamente o incluso que ya existen sin que se haya registrado los negocios de donde emanan. Esto sería amparar la clandestinidad en la constitución de las garantías, cuando justamente debe haber oponibilidad (publicidad). El ser derechos que tienen como fuente directa a la ley no altera esta necesidad.

Por ello proponemos una interpretación sistemática que nos conduzca por el camino de la publicidad como requisito indispensable para la constitución de las garantías. Veamos.

Las garantías legales tienen el único propósito de sustituir la fuente convencional ordinaria de las garantías (el *título*). Es decir, evitan que las partes tengan que expresar su consentimiento expreso sobre la constitución de la garantía. Eso es todo. El *modo*, como dijimos antes, pertenece a una esfera distinta, una esfera pública donde el interés de dar a conocer la relación es del mercado más que de las partes. Por ello, las garantías legales no sustituyen al *modo*, solo al *título*. Deberá pues hacerse entrega del bien en la prenda e inscribirse el *título* para la hipoteca, como se exige en las garantías ordinarias.

La indicación en el artículo 1119 acerca de que estas garantías legales se constituyen de pleno derecho solo puede significar que el *título* nace de pleno derecho. No es la única vez que el legislador se refiere al *título* y al *modo* de las garantías de manera indiscriminada.<sup>3</sup> El legislador no puede haber decidido tener garantías ocultas. En definitiva es una redacción que puede ser mejorada.

Ingresando al ámbito de los requisitos de validez de las garantías, debemos distinguir precisamente entre aquellos referidos al *título* y los que afectan al *modo*. Así tenemos, conforme a los artículos 1058 y 1099 del Código Civil de 1984, que existen requisitos comunes a la prenda y la hipoteca expresamente señalados en estas normas y otros que son distintos para una y otra. Nos ocupamos aquí de las primeras.

Podemos concluir de las normas en mención que los requisitos de validez comunes son: i) que se afecte un bien cierto, ii) que constituya el derecho quien es titular del bien, iii) que se

<sup>3</sup> En los artículos 1058 y 1099 del Código Civil de 1984, que se ocupan de los requisitos de validez de la prenda y la hipoteca respectivamente, pareciera que son todos requisitos del *modo*, por la redacción de las normas (son requisitos para la validez de la prenda, son requisitos para la validez de la hipoteca), sin embargo algunos requisitos que se indican son del *título* y otros del *modo*.

indique la obligación determinada o determinable que se garantiza y iv) que se indique el gravamen determinado o determinable que soportará el bien.

### 1. Afectación de un bien cierto

Bienes muebles para la prenda e inmuebles para la hipoteca, pero bienes ciertos en todos los casos. Es precisamente en la certeza del bien donde reposa el interés de los acreedores, pues dada su determinación es posible ejercer la *persecurtoriedad* y *preferencia*.

No se puede perseguir y recuperar lo que no está determinado. No se puede tener preferencia para el cobro cuando no se sabe cuál es el bien sobre el cual reposa el derecho. La certeza del bien significa pues que el bien debe estar plenamente identificado a través de los mecanismos materiales disponibles. Es claro que no todos los bienes son de fácil determinación, sobre todos aquellos que son fungibles. Empero las dificultades operativas no alteran la necesidad de identificarlos de algún modo para lograr una *persecurtoriedad* y *preferencia* eficaces.

El *modo* juega un rol muy importante en este tema, ya que precisamente a través de dicho mecanismo se publicita la existencia de la titularidad para lo cual necesariamente se debe identificar al bien. Tratándose de bienes fungibles el *modo* usual es la entrega de lo bienes, lo que importa su separación física de un patrimonio y por ello su determinación, aún cuando cada bien en sí mismo no goce de elementos que permitan distinguirlo de los demás de su misma especie. En el caso de los bienes identificables, tal calidad les permite señalarlos claramente sin posibilidad de confusión.

La identificación de un bien, la posibilidad de hacerlo cierto, es un tema tecnológico. Hoy en día existen millones de bienes fungibles que gozan de mecanismos de identificación a través de un código de barras que contiene información detallada del producto. Cosas que hace solo unos años estaban en la esfera de los bienes absolutamente inidentificables, hoy están plenamente identificados e incluso podrían ser materia de un registro. La razón por la cual no se les registra no será pues su falta de determinación sino acaso su reducido valor confrontado con los costos de un registro de bienes.

¿La certeza del bien es un requisito del *título* o del *modo*? Consideramos que lo es del *título* ya que si el bien no se identifica en la fuente no habría forma de conminar a su cumplimiento, es decir no sería un verdadero *título*. Aún si se piensa en los compromisos de contratar previstos en los artículos 1414 y siguientes del Código Civil de 1984, si en el marco de ellos se obligara una persona a celebrar en el futuro un contrato de prenda o hipoteca, y no señalara el bien sobre el cual recaerá la garantía, estaríamos ante un compromiso nulo, pues según el artículo 1415 el compromiso debe contener los elementos esenciales del contrato definitivo. Lo mismo ocurre con los contratos de opción. Por las razones que señalamos antes, es claramente esencial al negocio de la garantía indicar el bien que se afectará.

Otro tema que debemos abordar en este marco es la de los bienes futuros. Los bienes futuros no necesariamente son inciertos. Es decir, pueden haber bienes futuros y ciertos, como ocurre con un edificio que se sabe que se construirá en un terreno determinado y con las características técnicas y detalles señalados en planos planos. También en el ámbito de los muebles pueden haber bienes ciertos pero futuros, como es el caso de la cosecha que se sabe surgirá en el fundo o los frutos de los árboles existentes, plenamente identificados.

El artículo 1106 del Código Civil de 1984 señala: "No se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros". No existe norma similar para la prenda. ¿Por qué de esta prohibición? La norma se explica en el hecho de que no existiendo bien, en los hechos, el acreedor no goza de una garantía porque no puede perseguir ni tener preferencia sobre algo que no existe. Si tal es la justificación, ¿porqué no se aplica la misma prohibición para la prenda?

En primer lugar hay que decir que nuestro ordenamiento admite los contratos sobre bienes futuros (artículo 1409 y 1410 del Código Civil de 1984). Dice la norma: "La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre: (...) 1- Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley" (subrayado agregado). La norma de hipoteca no impide el contrato, pues ella se refiere a la imposibilidad de *constituir* la garantía (*modo*) no a la celebración del negocio (*título*). En consecuencia, no existe impedimento para la celebración de un contrato de prenda o hipoteca sobre bienes futuros, en tanto sean bienes ciertos. Empero, el derecho real solo nacerá cuando el bien llegue a existir. Por el contrario, la prenda sí puede constituirse como derecho real (*modo*), aún cuando los bienes no existan.

La opción del legislador es contradictoria. Lo que es correcto para la prenda no lo es para la hipoteca. ¿Se cree que los riesgos que corre el acreedor prendario son menores porque su derecho reposa sobre un bien (mueble) al que tradicionalmente se le ha visto como de menor valor frente a los inmuebles? Tal creencia es equivocada; los muebles pueden ser tan o más valiosos que algunos inmuebles.

Otra interpretación de estas normas, pero que igual no salva la contradicción que revela el énfasis prohibitivo existente en las normas sobre hipoteca, es entender que en tanto la prenda exige la entrega física o jurídica del bien, tales actos solo son posibles respecto de bienes existentes. Por ello se diría que tampoco procede la prenda de bienes futuros. Ojo que la entrega jurídica a la que se refiere el artículo 1058 inciso 2 del Código Civil de 1984, indica la inscripción en un registro de bienes y no en un registro de contratos como el que existe para las garantías especiales conocidas como "prendas con registro". En las *prendas con registro* se admite pacíficamente que estas pueden comprender bienes futuros.

El tema central para detenerse en los bienes futuros es la inseguridad del acreedor. Como no existen los bienes el acreedor no tiene una garantía eficaz, lo cual ocurre igual en la prenda que en la hipoteca. Por ello no existe razón para admitir bienes futuros en la prenda y no en la hipoteca. Técnicamente hablando no debe admitirse en ninguna de las dos garantías, porque si no existe bien el derecho real carece de objeto sobre el cual hacerse efectivo. *Título* sí pero derecho real no.

Otra cosa es que en virtud del *título* pueda el acreedor adquirir un *privilegio* oponible sobre bienes futuros. Es el caso de la prenda. En realidad cuando se dice que hay prenda sobre bienes futuros (plenamente identificados), en rigor el acreedor no tiene garantía real, pero su derecho (*privilegio*) adquiere oponibilidad en la medida que los bienes (frutos por ejemplo) se asocian siempre a bienes existentes, como un terreno o un fundo, etc. Lo mismo podría ocurrir respecto de los inmuebles. Es decir, debería admitirse el *título* de hipoteca sobre bienes futuros, no para dar lugar a la garantía que obviamente no tiene objeto hasta que la cosa exista, sino como un *privilegio* oponible. El *privilegio* permite que el derecho (temporalmente ineficaz) se oponga anticipadamente a cualquiera que pretenda la misma titularidad. Cuando el bien llegue a existir el *privilegio* se convertirá en garantía real.

De hecho, en la actualidad la Ley de Regularización de Edificaciones (Ley 27157) y la Resolución de Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 030-2003-SUNARP/SN (Resolución 030), admiten la inscripción de proyectos de edificaciones (pre-declaratorias de fábrica) y consenten que las partidas pre-independizadas de las unidades que aún no existen, contengan inscripciones de contratos sobre bienes futuros. Uno de esos contratos es el de hipoteca. No existirá garantía real hasta que el bien exista, pero el acreedor ya tiene un *privilegio* que le da preferencia anticipada sobre la cosa.

Los riesgos del acreedor sobre la existencia efectiva del bien son solo suyos. La ley no debería intervenir en ellos. Si debería propiciar el acceso a privilegios sobre la base de mecanismos de oponibilidad. Es importante acuñar el concepto *privilegio* para la situación que describimos, no solo porque ciertamente la garantía está pendiente, sino porque tampoco se trata de camuflar el negocio sobre la base de figuras existentes que no son del todo pertinentes. Por ejemplo la Resolución 030 antes mencionada, al referirse a este tema dice: "Si se hubiera acarfiado la obligación de constituir hipoteca convencional, sujeta a la condición suspensiva de que el bien llegue a existir (...) se anulará preventivamente (...)" (artículo 5.2).

No estamos ante una hipoteca sujeta a condición suspensiva (sin perjuicio de que la hipoteca es un contrato que como cualquier negocio podría estar sometida a condición o plazo), sino ante un negocio que sí despliega efectos, uno en particular muy importante que es el *privilegio* de ser preferido. En cambio los actos jurídicos sujetos a condición suspensiva no producen efectos, a lo sumo conceden poderes conservatorios a favor del acreedor (artículo 173 del Código Civil de 1984). Además, como dice el artículo 172 del Código Civil de 1984: "Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a la condición suspensiva que depende de la exclusiva voluntad del deudor". Si la condición es que el bien llegue a existir, entonces nunca habría hipoteca pues la construcción siempre depende del propietario del terreno, que es el constituyente de la garantía.

Añadamos entonces esta parte del rompecabezas bajo un concepto de denominación distinta: *privilegio* o cualquier otro, pero descartemos *garantía real* o acto sujeto a *condición suspensiva*.

## 2. Constitución de la garantía por el titular del bien

Este es un requisito de validez que se explica porque estamos ante derechos patrimoniales sobre bienes ciertos (identificados), los cuales siempre corresponden a personas determinadas. Así la propiedad siempre tiene un titular identificado, que es el único que puede transmitir el derecho sobre el bien cierto, lo mismo ocurre con el usufructo, la superficie y otros derechos sobre bienes.

Las garantías reales son derechos sobre bienes ciertos. Por tanto no son titularidades que emerjan ilimitadamente por la sola declaración del constituyente, como sí ocurre con los llamados derechos de crédito.<sup>4</sup> La garantía solo puede dar lugar a la afectación del patrimonio del constituyente y en consecuencia al derecho a favor del acreedor, si es el titular del bien quien realiza la afectación.

Decimos que debe constituir la garantía el *titular del bien* y no el *propietario* como indica el Código Civil de 1984, porque en realidad lo que se da en garantía no siempre es la propiedad. También se puede dar en garantía el derecho de crédito, el usufructo, la superficie, la cuota ideal, etc. (artículo 885 inciso 10 y 886 del Código Civil de 1984), en cuyo caso quien debe constituir la garantía no es el propietario del bien, sino el acreedor, el usufructuario, el superficiario, el copropietario, etc. La norma es imprecisa pero se deja entender.

Ahora bien, ¿es este un requisito del *título* o del *modo*? Consideramos que se trata de un requisito del *modo*, pues solo en el momento mismo que surge la afectación importa que el constituyente sea titular del bien que se afecta. Esto significa que el *título* será válido aún cuando al tiempo de celebrarlo el constituyente careciera del derecho. Nuestra conclusión se sustenta en la necesidad de conservar el *título* en la medida de lo posible, a fin de permitir que surja la

<sup>4</sup> Los créditos surgen ilimitadamente por el consentimiento (contrato). El deudor se obliga a cumplir determinada prestación y para ello no necesita tener ningún patrimonio especial. Basta que sea un agente capaz y el objeto sea posible física y jurídicamente para que brote la relación jurídica. Puede ser que el deudor no cumpla porque carece de patrimonio, pero ello no condiciona el nacimiento del derecho del acreedor.

garantía: es eso lo que importa a efectos prácticos. Por lo demás el propósito conservativo está presente en nuestra legislación de manera expresa en el artículo 224 del Código Civil de 1984, que permite que el acto jurídico se mantenga a pesar de la nulidad de algunas de sus cláusulas. Apliquemos pues el principio que recoge esta norma.

Para nuestro ordenamiento no es ajena la celebración válida de negocios dispositivos por quien carece del derecho que intenta transferir o afectar. En efecto, los artículos 1537 al 1541 del Código Civil de 1984 se ocupan de la denominada *compraventa de bien ajeno* y de ellos podemos concluir que para nuestro sistema legal el solo hecho que el bien sea ajeno en un negocio no invalida la operación. Nótese que el artículo 1539 señala que el comprador puede rescindir el contrato si es que ignoraba que el bien era ajeno. En consecuencia, si el comprador conocía la situación el contrato es válido. Además se trata de una facultad del comprador; no de una condición que acarree inevitablemente la nulidad del acto jurídico. Es decir, aun si el comprador desconocía la situación puede conservar el acto como válido simplemente no ejerciendo la potestad de rescindir el contrato.

Debemos aplicar la misma lógica a los *títulos* de las garantías. Para ello debemos extraer del ordenamiento jurídico material, los principios y normas implícitas. Labor encantadora que en ocasiones como esta da lugar a conclusiones eficientes, pues permite que el *título* de la garantía subsista a la espera de la eficacia que el *modo* le habrá de otorgar. Naturalmente si al producirse el *modo* el constituyente no es titular del derecho, la garantía no nacerá. Si así ocurre en la compraventa, no tiene porqué ser distinto en las garantías: la analogía está pues habilitada.

En nuestro Derecho se admite por excepción que ciertas titularidades sobre bienes se adquieran válidamente a pesar que el transferente no es titular del bien (o el bien no tiene la condición que el acreedor espera), ni siquiera al momento del *modo*. Es el caso de las normas contenidas en los artículos 948, 1135, 1136 y 2014 del Código Civil de 1984. El sustento común a todas estas normas está en la necesidad de facilitar el tráfico de bienes entre los operadores de buena fe que desconocen la real situación del derecho del transferente. No todas estas normas se aplican a las garantías.

El artículo 948 se refiere al supuesto de adquisición de la propiedad de un mueble que es entregado por un no-propietario a un receptor de buena fe (siempre que no se trate de un bien perdido o adquirido con infracción de la ley penal). Dice la norma que en tal caso el receptor de buena fe adquiere la propiedad, a pesar que el verdadero dueño no se la ha transferido. Esta norma solo funciona para la adquisición del dominio, no para otros derechos como las garantías reales. La excepcionalidad de la norma impide su aplicación por analogía a otros supuestos, ya que a través de ella se hace perder la propiedad al verdadero dueño (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil de 1984).

Distinto es el caso del artículo 1135 del Código que no distingue los diversos títulos en los que puede estar involucrada la transferencia o afectación de un bien. Siempre que un deudor se haya obligado a constituir un derecho sobre un bien cierto a favor de diversos acreedores, se preferirá al acreedor de buena fe que primeramente haya inscrito su adquisición, y si nadie ha inscrito se prefiere al acreedor de buena fe que cuenta con el título de fecha cierta más antigua y en defecto de ello a quien tenga el título más antiguo. Por esta vía ocurre que un deudor de la propiedad u otro derecho, que en virtud de ciertos negocios celebrados con terceros ya dispuso o afectó su titularidad, al celebrar otro acto sobre el mismo bien logra que el nuevo acreedor adquiera preferentemente la titularidad. En otras palabras, por esta norma quien ya no tiene el derecho, o quien lo tiene afectado, logra transmitirlo realengo.

Si bien la hipoteca es un derecho real que se constituye con la inscripción y por tanto hasta que ello no ocurre no nace el derecho, con el *título* nace el *derecho a tener la hipoteca*. En consecuencia,



puede ocurrir que varios potenciales titulares de una misma hipoteca estén en concurrencia para adquirir el derecho real. Al aplicarse el artículo 1135 se preferirá al acreedor de buena fe que inscriba primero y si nadie hubiese registrado, tendrá derecho a inscribir quien tenga el documento de fecha cierta más antigua y si nadie tiene dicho documento será elegido el que tenga el *título* más antiguo. La buena fe es exigible en todos los casos.

Se podría decir que siendo la hipoteca un derecho que se constituye a través del registro, no se le aplican las reglas de concurrencia de acreedores. La buena fe que exige la norma no debería ser un requisito exigible para quien contrató y registró su garantía con quien era el titular (y antes que otro adquiriese el derecho real), aún cuando hubiese conocido la existencia de otros acreedores. Nos inclinamos por esta lectura, pero lamentablemente no es posible dejar de aplicar el artículo 1135 del Código Civil de 84. Este artículo está pensado para derechos que se adquieren por la vía del consenso, como casi todos los derechos reales a excepción de la hipoteca, la prenda y la propiedad mueble, empero la norma no distingue de modo que no es posible dejar de aplicarla.

Esta norma se aplica a la hipoteca, a pesar que dice textualmente: "*Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere (...) y por ello se podría creer que solo funciona respecto de obligaciones que importan la entrega de bienes, lo cual ciertamente no ocurre en la hipoteca. La norma es aplicable porque al final de todo la hipoteca es un derecho que lleva intrínseca la ejecución del bien y por esa vía su entrega a terceros. Además, es una norma que coincide con otra sobre oponibilidad registral y que conduce a la misma conclusión, nos referimos al artículo 2016 del Código Civil de 1984 que dice que los derechos inscritos se oponen a los derechos no inscritos.*

También es pertinente citar en esa parte el artículo 1136 del Código Civil de 1984 que se refiere a los muebles. Dice que cuando hay concurrencia de acreedores sobre un mismo bien se prefiere a aquel a quien primero se hizo tradición de la cosa, y si no se entregó a nadie a quien tenga el título de fecha cierta más antiguo y en defecto de este a quien tenga el título más antiguo. Esta norma es aplicable a la prenda y como en el caso anterior parece ignorar que cuando los derechos no son consensuales sino que están acompañados de cierto elemento de oponibilidad para su concreción ("entrega del bien" en el caso de la prenda), no es razonable que se aplique una norma de concurrencia de acreedores, dado que esta supone siempre que los concurrentes han cometido un error de información al contratar, ignorando que el constituyente del derecho ya lo ha afectado a favor de otro, lo cual ciertamente no sucede en el caso de los derechos que salen del patrimonio mediante actos que permiten conocer la situación del bien (modo – publicidad). Sin embargo, el artículo 1136 no distingue, de modo que esta norma será aplicable al caso de acreedores que concurren para adquirir una misma prenda sobre el bien.

Tanto en el caso del artículo 1135 como el 1136 del Código Civil de 1984, la buena fe exigida para ser preferido significa que el acreedor prendario o hipotecario ignora la existencia de los *títulos* anteriores al suyo.

La otra norma de excepción es el artículo 2014 del Código. Esta norma señala que quien adquiere de buena fe, a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrita, aunque después se anule, rescinda o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos. Debemos destacar que el carácter oneroso de la adquisición justifica esta norma de excepción porque precisamente se trata de ayudar a quien ha realizado un sacrificio patrimonial para acceder al derecho. Por eso la norma no se aplica a la donación y otras liberalidades.

Se trata de la Fe Pública Registral que se ha venido aplicando a los terceros que adquieren garantías de quien en el registro aparece como titular del derecho, como una excepción al requisito

de validez que venimos comentando. Nos resulta dudoso que esta norma deba aplicarse a tales supuestos, por la sencilla razón que la hipoteca no es por lo común una adquisición *a título oneroso*. Quien adquiere la hipoteca no paga por ella, no es un derecho que usualmente merezca una compensación. No se puede hallar el carácter oneroso en el desembolso de la prestación que se va a garantizar, pues un crédito no se compensa con su garantía ni viceversa. Además muchas veces el que constituye la garantía no es el deudor de la obligación, con lo cual ni siquiera es quien recibe el beneficio patrimonial.

La Fe Pública Registral debería ofrecer una cobertura mayor que la prevista en el artículo 2014 del Código Civil de 1984, sin embargo mientras ello no ocurra no es válido extender los alcances de una norma restrictiva a supuestos ajenos.

### 3. Señalamiento de la obligación determinada o determinable

Indicar la obligación es un requisito fundamental de las garantías y sin duda debe estar presente en el *título* del acto constitutivo, pues de no ser así la garantía no tendría objeto, carecería de contenido, ¿qué se garantizaría?

Si bien la indicación de la obligación a garantizar está presente tanto en la regulación de la prenda como la hipoteca (artículos 1062 y 1099 inciso 2 del Código Civil de 1984), solo en la hipoteca se precisa "(...) que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable". Esta diversidad formal no significa que las características de la obligación a garantizar sean distintas en una y otra garantía. Es solo una deficiencia formal en la sistemática del Código Civil de 1984.

*Obligación determinada* significa que el crédito está indicado con precisión, con todos sus componentes (fuente, especie y cuantía). Por ejemplo es una obligación determinada aquella que se expresa en una unidad monetaria y su monto. *Obligación determinable* es cuando el objeto del crédito no se señala directamente pero se indican los elementos a través de los cuales se pueden precisar los componentes materiales de la obligación. Por ejemplo es obligación determinable aquella que se expresa en una suma de dinero cuya cuantía se determina aplicando a cierta suma los índices de inflación que publica el Instituto Nacional de Estadísticas.

En este punto debemos acotar un aspecto sobre la naturaleza de la obligación garantizada. Quizás la precisión sea innecesaria pero siendo un tema evidente tenemos la impresión de que a veces pasa desapercibido. Nos referimos al carácter necesariamente dinerario de la obligación garantizada. En efecto, por la estructura rígida de la ejecución de las garantías en el Perú, esta solo conduce a la venta del bien como mecanismo para obtener su valor y cobrarse el crédito garantizado. Si solo se puede obtener dinero de la venta del bien, entonces solo se puede garantizar obligaciones dinerarias, ya que con los recursos obtenidos por la venta se debe pagar la obligación. ¿Cómo pagar con dinero una obligación no dineraria? No es posible. Por ello se debe tener cuidado al momento de estipular la obligación garantizada. Si el negocio jurídico estuviera referido a una obligación no dineraria, la forma de garantizar la operación será mediante la estipulación de cláusulas penales (artículo 1341 del Código Civil de 1984). Serán las penalidades las obligaciones garantizadas.

Finalmente, el artículo 1104 del Código Civil de 1984 admite expresamente que se pueden garantizar con hipoteca obligaciones futuras o eventuales. No existe una norma similar para la prenda pero no hay duda que se trata de una norma aplicable por analogía, pues no hay razón para distinguir ni norma especial en contrario en la regulación de prenda. Las cláusulas penales son obligaciones eventuales, pues surgen si se produce el incumplimiento de la obligación principal.

#### 4. Señalamiento del gravamen determinado o determinable

Indicar el gravamen determinado o determinable es una norma de la hipoteca (artículo 1099 inciso 3 del Código Civil de 1984), ausente en la regulación de la prenda pero igualmente aplicable por analogía. No hay razón por la cual la garantía prendaria no deba tener medida.

El gravamen se refiere a la suma máxima por la que responderá el bien frente al acreedor garantizado. Es la medida de la garantía, señala la cuantía de la afectación sobre el bien. Es por supuesto un requisito del *título* de la garantía ya que forma parte del objeto del derecho y es un dato al que la ley obliga. El propósito del gravamen es diverso: i) permite que el bien soporte varias garantías, ii) informa a los terceros interesados en el bien sobre el valor de las afectaciones que soporta y iii) permite ajustar el nivel de afectación a las dimensiones de la obligación garantizada.

Como señalamos para la obligación garantizada, igualmente en este caso se puede indicar como gravamen una suma fija (determinada) o una suma que se determina mediante la aplicación de factores externos al *título* pero señalados en él (determinable). Quizás sea interesante señalar respecto de este tema que en las garantías legales (prenda e hipoteca legales) no existe ocasión para señalar el gravamen, ya que precisamente las partes están exoneradas de tener que expresar su voluntad de constituir las garantías. Estas surgen al cumplirse los supuestos de hecho señalados en las normas correspondientes. En tales casos, estimamos que la medida de la garantía (gravamen) debe entenderse coincidente con la obligación, la que si está expresada en los contratos de donde nacen las garantías legales.

Como en todo modelo para armar, la última pieza es la más sencilla. Tal es la situación del gravamen que en su condición de requisito para la constitución de las garantías no ofrece dificultad.

Se puede concluir que el Código Civil de 1984 da cuenta de un modelo que si se puede armar, con dificultades (a veces forzando piezas), pero finalmente se permite ver el panorama de la constitución de garantías como un conjunto de herramientas, que interpretadas adecuadamente, aún reportan cierta utilidad.