

---

# ASPECTO PERSONAL DE LAS GARANTÍAS HIPOTECARIA Y PRENDARIA REGULADAS POR EL CÓDIGO CIVIL Y POSIBILIDAD DE CONSTITUCIÓN A NON DOMINO

---

**Marco Antonio Ortega Piana**

*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima.*

---

## 1. INTRODUCCIÓN

---

Las garantías reales entrañan la imposición de un gravamen a un bien específico, para respaldar un crédito. A diferencia de las garantías personales, en las que no existe la afectación directa de un bien en particular, sino la afectación indirecta de todos los bienes del garante, tratándose de las garantías reales el acreedor está en una mejor posición, porque ya no va a depender de un elemento contingente (como lo es la evolución patrimonial del garante desde la fecha de constitución de la garantía hasta la fecha en que pretenda ejecutarla), por contar con un derecho real<sup>1</sup>, oponible *erga omnes*, cuyo mecanismo de oponibilidad está en función de la naturaleza del bien sobre el cual recae la garantía. Así, en el caso de bienes muebles, el mecanismo ordinario será la posesión, y en el caso de los bienes inmuebles será la inscripción registral. Y decimos mecanismo "ordinario" porque la oponibilidad y consiguiente ejercicio de los derechos derivados de la garantía no necesariamente coin-

---

<sup>1</sup> AREAN, Beatriz. *Curso de derechos reales*, 3a. edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, pp. 567-568. CASTAÑEDA, Jorge. *Instituciones de derecho civil*. Tomo III. *Los derechos reales de garantía*. Lima: Editorial Imprenta Amauta, 1967, pp. 7-8.

ciden con lo anterior; es el caso de los bienes muebles registrados, cuya afectación pignoratícia exige de "entrega jurídica", la misma que, curiosamente, significa en los hechos exactamente lo contrario a su "entrega física", de manera que la tradición no genera prenda alguna, ya que se requiere de la inscripción registral, al igual que la hipoteca.

Lo anterior se relaciona fundamentalmente con un asunto sobre la conveniencia de sustituir la actual clasificación de los bienes por una estructurada sobre su registrabilidad, tema que en definitiva escapa de la finalidad del presente artículo.

---

## 2. ELEMENTOS PERSONALES EN LAS GARANTÍAS HIPOTECARIA Y PRENDARIA

---

Resulta común señalar que la hipoteca y la prenda presentan básicamente dos componentes en su aspecto personal: por un lado, la exigencia de determinada capacidad en el constituyente, y por otro, la exigencia de que dicho constituyente sea propietario del bien afectado. En el aspecto material, el bien afectado por el gravamen debe ser existente, determinado y realizable.

El presente artículo tiene por objeto compartir algunas reflexiones sobre el primero de los indicados elementos, de manera especial en lo que se refiere a la posibilidad de que puedan afectarse válidamente, en garantía, sobre la base de la buena fe del acreedor, bienes de terceros, pero respecto de los cuales el constituyente sea el "propietario aparente".

Dado que el elemento personal se desagra en dos aspectos, el relativo a la capacidad del constituyente y la exigencia de que este último sea propietario del bien

afectado, analizaremos a continuación cada uno de ellos.

### 2.1 Capacidad

Se exige que el constituyente sea persona capaz. ¿Qué quiere decir esto? ¿Se trata de la capacidad de goce o de la capacidad de ejercicio?

#### 2.1.1 Noción de las capacidades de goce y de ejercicio

Se suele confundir "personalidad" con "capacidad de goce", de manera que se establece una sinonimia entre persona y capacidad (de goce), señalándose que toda persona, por el simple hecho de existir, tiene capacidad de goce, aunque no necesariamente la de ejercicio<sup>2</sup>. No estamos de acuerdo con dicha posición. En realidad, la personalidad es el reconocimiento del derecho a una situación ya originada por la existencia (natural) del ser humano (desde el momento mismo de la concepción), por lo que, debido a su correspondiente dignidad intrínseca, aquél puede ser centro de imputación de derechos y obligaciones (personería jurídica, en el sentido lato del término). Así, la "personalidad" posee un componente pasivo, porque "se es", "se nace" persona y, como consecuencia de ello, se tiene "personalidad", y no se necesita de reconocimiento

---

2 Así, por ejemplo, se sostiene que la capacidad no entraña actividad alguna de parte del sujeto; se trata de una aptitud originaria, de manera que se reconoce la capacidad jurídica cuando determinados presupuestos de hecho se presentan de manera concomitante: nacimiento y vida. Véase: PÉREZ, Víctor. "Existencia y capacidad de las personas", en *Derecho privado*, 3a. edición. San José: Litografía e Imprenta LIL S.A., 1994, pp. 17-75.

legal alguno. En cambio, la capacidad de goce, de derecho o de titularidad, es un concepto que se asocia a aptitudes jurídicas, susceptibles de modificación. La "capacidad de goce" posee un componente activo, porque "se tiene" capacidad para algo o respecto de algo, lo cual puede ser modificado, admitiéndose grados o limitaciones<sup>3</sup>.

El artículo 3 del Código Civil establece lo siguiente con relación a la capacidad de goce: "Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley".

Por tanto, se aprecia que, en principio, todo ser humano –cuya existencia corresponde al concepto jurídico de persona– posee capacidad para gozar de todos los derechos, aunque dicha capacidad puede ser limitada –permanente o temporalmente– de manera expresa por ley, excluyéndose determinados derechos civiles.

En cambio, la "capacidad de ejercicio" es la facultad de la persona para obrar por sí misma y, de esa manera, ejercer los derechos civiles de los cuales goza (presupone una capacidad de goce).

Así, en caso de que el titular de un derecho civil (capacidad de goce) se encuentre permanente o temporalmente impedido de ejercerlo directamente, esto es, incurra en incapacidad de ejercicio, a través del instituto de la representación legal su intervención personal es sustituible, de manera que el titular del respectivo derecho civil, a través de la patria potestad, tutela o curatela, podrá finalmente ejercerlo. Igualmente, a través de la representación voluntaria, cumplidas las exigencias de ley, el

titular del derecho civil –por más que posea la capacidad de ejercicio– podrá actuar a través de tercera persona.

En ambos casos de representación, queda entendido que los efectos de la intervención del tercero se imputarán directamente al representado, como si éste hubiese participado personalmente (art. 160 del Código Civil), con lo que se generará lo que se denomina la "representación directa", la cual no es finalmente representación jurídica alguna<sup>4</sup>.

### 2.1.2 Capacidad para fines de la constitución de garantías reales

Por lo expuesto, para la constitución de garantías reales se requiere necesariamente de una capacidad de goce, presumiéndose –al amparo del artículo 3 del Código Civil– que en principio toda persona está capacitada para gozar de los derechos civiles, entre ellos celebrar negocios jurídicos, salvo expresa prohibición o limitación de la ley. Al respecto, debe considerarse que conforme al correspondiente principio constitucional, toda persona puede hacer aquello que la ley no prohíbe (así como está impedida de hacer lo que la ley prohíbe).

Cuando señalamos que el constituyente de las garantías hipotecaria y prendaria debe ser necesariamente una persona con capacidad de goce, nos referimos a que debe tener el derecho no sólo de celebrar negocios jurídicos, sino además de poder disponer de sus bienes. ¿Por qué? Porque la garantía real implica finalmente que se otorga al acreedor el derecho de realizar los

3 CIFUENTES, Santos. "Capacidades de goce y de ejercicio: causales, extensión y límites de la capacidad", en *Código Civil peruano, 10 años: Balance y perspectivas*. Tomo I. Lima: Universidad de Lima, Congreso Internacional, EDESA, 1995, pp. 140-143.

4 En realidad, no hay otra representación que no sea la directa, aunque en doctrina se reconocen determinadas situaciones como generadoras de una "representación indirecta" que, en el fondo, no entraña representación alguna.

bienes afectados, quien puede proceder a su venta para hacerse cobro de lo adeudado, con el producto de lo obtenido<sup>5</sup>.

Sin embargo, ¿resulta suficiente que el constituyente de la garantía posea la capacidad de goce? ¿Debe tener además la capacidad de ejercicio? Esto es, ¿debe poder obligarse por sí y asumir las respectivas obligaciones derivadas de la garantía?

En lo que concierne a la capacidad para celebrar los negocios de hipoteca y prenda, resultan de aplicación los artículos 42 ("Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44"), 43, inciso 1 ("Son absolutamente incapaces: 1) Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley..."), y 44, inciso 1 ("Son relativamente incapaces: 1) Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad..."), del Código Civil.

¿Cuáles son aquellos actos determinados por la ley a los que se refiere el inciso 1 del artículo 43 del Código Civil? Son los casos, por ejemplo, de los artículos 455 y 1358 del Código Civil, los cuales, si bien corresponderían a actos jurídicos nulos, se benefician de que la ley salva su nulidad por excepción.

En principio, es obvio que el constituyente de la garantía debe contar con las capacidades de goce y de ejercicio, aunque esta última no es necesaria.

Como señaláramos al enunciar el concepto de capacidad de ejercicio, puede ocurrir que la correspondiente persona adolezca de incapacidad; sin embargo, si bien ello le impide celebrar personalmen-

te el acto jurídico, puede hacerse uso del instituto de la representación para suplir la ausencia de capacidad de ejercicio, sea a través de la patria potestad, sea a través de cualquiera de las figuras de amparo familiar: tutela o curatela.

La representación a la que hemos hecho inmediata referencia es la legal, la que determina la ley; sin embargo, dicha representación también puede ser voluntaria, conforme lo establece el artículo 145 del Código Civil ("El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley. La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley"). Puede ocurrir que quien va a constituir la hipoteca o la prenda no tenga interés en hacerlo personalmente o esté impedido circunstancialmente por enfermedad, viaje, etc., razón por la que legitimará la intervención de un tercero mediante el otorgamiento del respectivo poder.

Aunque teóricamente la representación es consensual, en los hechos entendemos que es formal, porque exige que se evidencie documentalmente el otorgamiento del poder, de manera que el representante pueda acreditar o probar sus facultades (art. 164 del Código Civil: "El representante está obligado... y, si fuere requerido, a acreditar sus facultades"). Tratándose de actos registrables, se requerirá de la inscripción previa del respectivo poder (en aplicación del principio registral de tracto sucesivo), siendo de aplicación los artículos 2010 ("La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria") y 2037 del Código Civil ("Las inscripciones se hacen en el registro del lugar donde permanentemente se vaya a ejercer el mandato o la representación").

Sin embargo, siendo en principio dicha formalidad de carácter simplemente proba-

5 AVENDAÑO, Jorge. "La prenda", en *Derechos reales* (Materiales de enseñanza, Pontificia Universidad Católica del Perú), 2a. edición. Lima: Talleres Gráficos de Lluvia Editores, 1997, p. 288.

torio, en algunos casos es solemne. Es el caso del artículo 156 del Código Civil:

Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

La escritura pública no será un medio para acreditar la existencia de voluntad del agente del negocio jurídico o para acceder al registro, sino que representará la manifestación misma de voluntad del otorgante.

Por lo tanto, tratándose de aquellas personas que actúan en representación voluntaria de otras (lo cual implica que el poderdante debe ser persona capaz de ejercicio), las mismas deben contar con facultades expresas para afectar bienes ajenos otorgadas bajo la formalidad solemne prescrita por la ley. Debemos destacar que, conforme al artículo 156 del Código Civil, el tercero que actúa en representación del propietario requiere necesariamente: a) que el otorgamiento de la respectiva representación conste por escritura pública y no mediante cualquier otro instrumento notarial, y b) que el correspondiente poder contenga indubitablemente la facultad<sup>6</sup> de gravar el respectivo bien.

En lo que concierne a la formalidad solemne de la escritura pública, debe destacarse que la ley exige que la declaración de voluntad del poderdante se manifieste a través de dicho instrumento y ante notario público (o quien legalmente haga sus

veces), considerando la trascendencia patrimonial de los alcances del poder; por lo tanto, la respectiva declaración de voluntad debe estar incorporada en el cuerpo de la escritura pública otorgada por el poderdante o representado, y no constar en un "inserto" que finalmente sea transcrito en ella, como ocurre usualmente en los casos de "aceptación de poder".

Un ejemplo puede ilustrar mejor la figura.

Otto le otorga a Max un poder para, entre otras materias, gravar sus bienes (de manera específica, para hipotecar y preñar), pero dicho encargo no consta en escritura pública sino en documento privado. Ante ello, dado que el poder no consta en tal escritura (lo cual implica que no posee la forma exigida para fines de su inscripción registral), Max recurre al notario para que se extienda una escritura pública de "aceptación de poder", en la que el poder es un inserto de aquélla; esto es, un documento cuya copia certificada se agrega a la minuta (suscrita únicamente por Max) para fines de su transcripción en el registro de escrituras públicas. ¿Puede decirse que el poder consta por escritura pública? De cierta manera podría decirse que sí, dado que el "inserto" es parte de la escritura pública. Pero dicho poder para gravar, ¿cumple con los requisitos del artículo 156 del Código Civil? No, porque este artículo exige, más allá de la forma sancionada, que la voluntad del poderdante se manifieste o exteriorice ante notario público y bajo determinado instrumento notarial. En este caso, la manifestación de voluntad de Otto no ha sido rendida ante notario, sino que consta en un documento privado, siendo que lo que figura en el cuerpo de la escritura pública es sólo la manifestación de voluntad del pretendido representante, la que además es absolutamente innecesaria dado que la representa-

6 Coincidimos cuando se señala que la referencia normativa a "encargo" es inadecuada, ya que dicho término se justifica en el contexto del contrato de mandato (prestación de servicios: se encarga realizar un acto jurídico, presumiéndose la onerosidad de dicho encargo). Véase: LOHMANN, Guillermo. *El negocio jurídico*, 2a. edición. Lima: Editora y Distribuidora Griley E.I.R.L., 1997, p. 194.

ción voluntaria proviene de un acto unilateral del otorgante.

No obstante lo anterior, ello no quiere decir que todo el documento de "aceptación de poder" sea ineficaz.

La "aceptación de poder" es un acto jurídico que permite cumplir con la exigencia registral de que el acto inscribible conste por instrumento público cuando el poder no consta en aquél, pero sólo opera eficientemente tratándose de aquellos actos de apoderamiento que no son solemnes, esto es, cuando la voluntad no se identifica con el documento mismo (como pueden ser los casos, por ejemplo, de la facultad para cobrar una pensión o celebrar un arrendamiento, en los que la forma escrita es simplemente probatoria).

## 2.2 Titularidad respecto del bien

### 2.2.1 Tratándose de la garantía hipotecaria

No es suficiente que el constituyente sea persona con capacidad de goce, y ordinariamente de ejercicio, sino que además se exige que sea el propietario del bien.

Conforme al inciso 1 del artículo 1099 del Código Civil: "Son requisitos para la validez de la hipoteca: Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley". La exigencia del requisito bajo comentario obedecería no sólo a la circunstancia de que pueda entenderse que la hipoteca entraña cierta limitación "de hecho" al derecho de propiedad, sino a que además el constituyente (propietario) está consintiendo anticipadamente (dada la naturaleza de la garantía real) la enajenación forzosa del inmueble si es que se genera la situación de incumplimiento de la obligación garantizada.

Puede apreciarse que la exigencia de que el constituyente sea propietario se asocia también a una de las características del bien que se hipoteca: su enajenación no debe estar prohibida, esto es, el bien debe ser objeto de tráfico comercial, dado que podría ser realizado.

- *Propiedad relativa y absoluta*

Ahora bien, el derecho de propiedad —y de manera particular, el régimen de propiedad inmueble— puede ser categorizado, conforme a nuestro Código Civil, de doble manera: relativo y absoluto.

No obstante que los contratos que versan sobre la obligación de transferir propiedad inmueble no poseen la naturaleza de traslativos sino de obligacionales (ya que sólo generan obligaciones, de manera que la transferencia no se produce estrictamente por el hecho de su celebración sino por el de su ejecución, presupuesto lo primero), en razón de lo sancionado en el artículo 949 del Código Civil se admite que, inmediatamente, luego de celebrado el respectivo contrato, se produce *ministerio legis* la transferencia.

En ese orden de ideas, la denominada propiedad "relativa" es la derivada del título constitutivo del derecho (por ejemplo, del contrato de compraventa); sin embargo, debemos advertir que, por originarse de un contrato, sus efectos sólo alcanzan a las partes (art. 1363 del Código Civil), por lo que el derecho de propiedad adquirido no sería oponible a quien no participó en la celebración del contrato. Por lo tanto, desde la perspectiva de la teoría de los derechos reales, ¿puede sostenerse que el derecho adquirido es realmente un derecho de propiedad, esto es, el derecho real por excelencia, oponible a cualquier tercero? Creemos que no. Por lo tanto, la lla-

mada propiedad "relativa" no entraña propiedad alguna, porque al carecer de oponibilidad no permite excluir a terceros<sup>7</sup>.

La propiedad "absoluta" es la derivada de un mecanismo de publicidad respecto de terceros, con relación al título que sustenta la adquisición, siendo el mecanismo más adecuado el de la inscripción registral (art. 2012 del Código Civil). Debemos indicar que, conforme a nuestro actual régimen legal, la inscripción registral no es obligatoria, de manera que existen propietarios que carecen de su derecho inscrito, aunque ello tampoco es un impedimento para efectos de su oponibilidad, dado que ésta puede obtenerse inclusive a través de la posesión. Por lo tanto, el derecho crediticio adquirido (propiedad relativa) será efectivamente un derecho real sólo en la medida que cumpla con cualquiera de los dos mecanismos de publicidad ("modos") del derecho: inscripción o posesión<sup>8</sup>.

- *Constitución de la hipoteca por el propietario absoluto*

En este orden de ideas, ¿puede el propietario de un inmueble, cuyo derecho no está inscrito, afectarlo en hipoteca?

En principio, podría responderse que sí, dado que el inciso 1 del artículo 1099 del Código Civil sólo exige que el constituyente sea propietario, exigencia que se cum-

pliría, pues, en aplicación concordada de los artículos 949 y 1529 del Código Civil, el comprador adquiriría la propiedad del respectivo bien inmueble como consecuencia inmediata de la celebración del correspondiente contrato. Aquél no sólo adquiriría una propiedad categorizable como relativa, sino que, además, legalmente no necesitaría inscribir su derecho para ser reconocido como propietario. Por lo tanto, sería suficiente que el constituyente fuera propietario relativo del respectivo inmueble.

Sin embargo, tratándose del acreedor hipotecario, este último requiere inscribir su derecho para ser reconocido como tal, de manera que el registro adquiere una naturaleza absolutamente necesaria (art. 1099, inc. 3 *in fine*, del Código Civil). Si bien la hipoteca es una garantía real que no entraña desposesión del bien –lo cual reduce considerablemente sus "costos transaccionales"<sup>9</sup>–, debe considerarse que habida cuenta de que ello descarta la posesión como mecanismo de oponibilidad para configurar el derecho real, este último requiere necesariamente de la inscripción registral. No hay otro "modo". En ese orden de ideas, siendo la hipoteca un derecho real que exige de inscripción registral, sin esta última no hay garantía real alguna, sino sólo una vinculación crediticia o de carácter personal. Así lo dispone el artículo 1099, inciso 3, del Código Civil ("Son requisitos para la validez de la hipoteca:... 3. Que el gravamen... se inscriba en el registro de la propiedad inmueble"). En consecuencia, para tener acceso a dicha inscripción y, por consiguiente,

7 Sobre esta materia, nos permitimos sugerir se revise nuestro trabajo: "Compraventa y transferencia de propiedad inmueble". *Advocatus* (Nueva Época. Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima). Año II, 3a. entrega. Lima, 2000, pp. 29-39.

8 BULLARD, Alfredo. "Un mundo sin propiedad (análisis del sistema de transferencia de la propiedad inmueble)". *Derecho* 45. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, pp. 131-157.

9 CANTUARIAS, Fernando. "La función económica del derecho: A propósito de los derechos de prenda e hipoteca", en *Derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, pp. 52-66. CASTAÑEDA, Jorge. Op. cit., p. 11.

para que el acreedor hipotecario adquiera un derecho real oponible *erga omnes*, se requiere que la pretendida inscripción guarde correspondencia con los antecedentes registrales del inmueble, siendo el primero y más elemental, que exista identidad entre el titular de la partida inmobiliaria (propietario registral) y el constituyente del gravamen conforme al respectivo título (propietario real). Sobre esta última materia, conviene destacar que el artículo 2015 del Código Civil sanciona que "Ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane" (principio registral del tracto sucesivo).

Por lo tanto, sobre la base de un análisis sistemático de las normas legales aplicables al caso, puede concluirse que la hipoteca, como derecho real, no puede ser constituida por quien no aparezca en la partida registral del correspondiente inmueble como propietario del mismo. Obviamente, el contrato podrá ser celebrado por quien sea el "propietario real" y no el "propietario registral", pero dicha constitución carecerá de mayor relevancia desde la óptica del interés del acreedor, dado que el respectivo título, al no ser inscribible, no generará derecho real de garantía: podrá existir y se habrá constituido o configurado la relación convencional de hipoteca, mas no se habrá perfeccionado o generado la garantía real hipotecaria, con los derechos de persecución, preferencia y venta judicial a los que hace mención el artículo 1097 del Código Civil y que la ley otorga al acreedor.

Ahora bien, desde el punto de vista de la hipoteca como derecho personal antes que como derecho real, se requiere que el constituyente sea efectivamente el propietario (lo que denominamos "propietario real"), por más que carezca de derecho inscrito?

Creemos que no. Consideramos que no es necesario que el constituyente sea realmente el propietario para celebrar el negocio jurídico de la hipoteca. Dicha exigencia sólo opera para efectos del nacimiento del derecho real, conforme hemos manifestado.

Y sobre este tema, consideramos pertinente destacar lo siguiente:

- En primer lugar, una cosa es la hipoteca como negocio jurídico, y otra, muy distinta, cuando adquiere dimensión de derecho real.

Tratándose de lo primero, el maestro De la Puente señala que la hipoteca posee la naturaleza de convención antes que la de contrato<sup>10</sup>, porque, en rigor, un contrato tiene por objeto crear (regular, modificar o extinguir) relaciones crediticias (art. 1402 del Código Civil) y no derechos reales; no obstante ello, debemos destacar que el propio artículo 1351 del Código Civil define al contrato como "... el acuerdo de dos o más partes para crear,... una relación jurídica patrimonial", de manera que la correspondiente relación jurídico-patrimonial puede llegar a significar la generación de un derecho real, posición a la cual nos adscribimos. Es más, a decir de Messineo<sup>11</sup>, la convención es el acuerdo vinculante con carácter extrapatrimonial, como es el caso de los esponsales o el convenio de separación matrimonial. Pero más allá del debate académico sobre si se trata de un contrato o de una convención, lo cierto es que normalmente se asigna a la hipoteca la

10 DE LA PUENTE, Manuel. "Abriendo el debate". *Themis* 15 (Revista de Derecho. Segunda Época. Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú). Lima, 1989, p. 84.

11 MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 48.

naturaleza de contrato, y nos interesa destacar que siempre es un acto bilateral cuya celebración genera *prima facie* un simple derecho personal.

En cambio, si tratamos a la hipoteca como algo más que un negocio jurídico con efectos personales, debemos admitir que su oponibilidad frente a terceros sólo es posible si el derecho personal del acreedor llega a configurarse como derecho real, para lo cual es necesario que se cumpla con el mecanismo legal de exclusión a terceros: inscripción registral. Como ya hemos visto, queda descartada la posesión porque la garantía hipotecaria, por su naturaleza, no exige de desposesión por parte del constituyente.

Para decirlo en términos simples: una cosa es la hipoteca como "título" (en el sentido de negocio jurídico, no de documento) y otra como "modo", ya que éste genera el derecho real (analogía a la propiedad relativa y a la absoluta).

- En segundo lugar, nuestro Código Civil regula a la hipoteca en tanto derecho real por la misma ubicación sistemática de sus normas. Tal regulación no está incorporada en el libro de Fuentes de las Obligaciones, sino en el de Derechos Reales. No obstante, esta ubicación no implica desconocer que estamos ante un negocio jurídico bilateral que, conforme hemos señalado, posee la naturaleza de contrato a la luz del artículo 1351 del Código Civil.
- En tercer lugar, como ocurre en otras secciones del Código Civil, se puede apreciar que no existe un adecuado empleo de los términos jurídicos<sup>12</sup>; así,

cuando el artículo 1099 se refiere a los requisitos de validez de la hipoteca, ¿se refiere al concepto de validez propio del acto jurídico? ¿Se refiere a una ineficacia? ¿A que, de no cumplirse con los requisitos en cuestión, el acto será inexistente o inválido? ¿O se refiere a que el pretendido derecho real no se habrá configurado?

En nuestra opinión, dichos requisitos de validez en realidad no son tales; no se refieren al negocio jurídico en sí sino a los elementos de eficacia para la oponibilidad del derecho real; en defecto de los mismos, si bien el negocio jurídico no llegará a adquirir la dimensión de derecho real a la cual está llamado, ello no implica que el negocio sea inexistente: la hipoteca quedará como una simple relación personal (analogía a la propiedad relativa en materia de transferencia dominial).

- *Hipoteca a non domino*

Dado que el constituyente de la garantía hipotecaria (en términos de derecho real) debe ser el propietario con derecho inscrito, ¿es posible la constitución de la hipoteca a *non domino*, esto es, por quien no es propietario efectivo del bien, aunque aparezca legitimado en el registro ("propietario aparente")? ¿Puede ser, la hipoteca, constituida por quien, aunque en el registro presente la condición de propietario, en realidad carezca de la propiedad?

Dado que la hipoteca, para perfeccionarse como derecho real, exige de inscripción registral, para responder las interrogantes precedentes (y, por ende, para cuestionar la validez absoluta de la presunta exigencia doctrinaria y legal según la cual el constituyente de la hipoteca debe ser propietario del bien) debemos tener en cuenta el marco normativo registral aplicable.

12 Sobre estos temas, véase: JIMÉNEZ, Nelson. "Necesidad de precisiones sobre ineficacia en el Código Civil". *Revista Jurídica del Perú*. Año LI, 24. Lima, julio de 2001, pp. 33-37.

Al respecto, deberán evaluarse dos temas: en primer lugar, el registro público es un mecanismo de publicidad, presumiéndose legalmente que toda persona conoce de la información registral (art. 2012 del Código Civil) y que la misma es cierta (art. 2013 del Código Civil); en consecuencia, debe analizarse si del registro se desprende información suficiente que permita al acreedor mantener la presunción de que lo declarado en el registro es cierto y, por lo tanto, que el titular de la partida es realmente propietario del respectivo inmueble; y en segundo lugar, debe determinarse si el acreedor dispone de información extrarregistral que le impida mantener la señalada presunción.

En cuanto a lo primero, si de la información registral no se desprende lo contrario, el acreedor mantendrá su buena fe registral, y estará amparado además por la presunción de veracidad del contenido de las inscripciones (arts. 2014 y 2013 del Código Civil). En consecuencia, si se acredita posteriormente que el constituyente de la garantía no era realmente el propietario del bien, ello no podrá ser opuesto al acreedor ante la inexistencia de evidencia registral que le hubiera permitido dudar de la exactitud del registro. En dicho orden de ideas, se habría generado una hipoteca a *non domino*.

En cuanto a lo segundo, y siguiendo el ejemplo propuesto, puede ser que el acreedor goce aparentemente de la protección del artículo 2014 del Código Civil (buena fe registral), porque de la información registral no se desprende evidencia que permita cuestionar el derecho de propiedad invocado por el constituyente de la garantía ("propietario aparente"); sin embargo, si se llega a demostrar que extrarregistralmente el acreedor conocía de la inexactitud del registro (es decir, que de alguna manera había adquirido conoci-

miento de que el "propietario aparente" no era propietario real, sino que un tercero lo era), aquél no podrá invocar la protección del artículo 2014 del Código Civil porque carecerá de "buena fe", concepto más amplio que el de la "buena fe registral". En este orden de ideas, no podría generarse una hipoteca a *non domino* si es que el acreedor, aun cuando tuviera "buena fe registral", carecía de la elemental "buena fe civil" al momento de contratar y sabía que el "propietario aparente" no era el dueño del bien.

¿Hasta cuándo debe mantenerse la buena fe para efectos de que el gravamen hipotecario se mantenga como eficaz, aun cuando haya sido constituido por quien no era propietario?

Resulta evidente que la buena fe debe existir ciertamente al momento de celebrarse la hipoteca como negocio jurídico, siendo además que debe extenderse en el tiempo al menos hasta el momento en que quede perfeccionado el derecho real<sup>13</sup>. La razón es muy sencilla: si bien la hipoteca es un negocio jurídico consensual (la escritura pública a que hace mención el art. 1098 del Código Civil no representa una formalidad solemne), el derecho real nace desde el momento en que el gravamen queda inscrito en la respectiva partida registral, de tal manera que la buena fe (que en este caso es la creencia en que el constituyente es el propietario del inmueble) debería extenderse hasta el momento en que el gravamen exista (con la inscripción). Luego de ello, ya no será relevante que el acreedor conserve o no su buena fe: ya habrá adquirido legítimamente su derecho.

13 BIGIO, Jack. *Exposición de motivos oficial del Código Civil (Registros Públicos)*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1998, pp. 201-203.

- *Oportunidad en la que el constituyente debe ser propietario con derecho inscrito*

Vinculado a lo anterior surge una nueva pregunta: ¿El constituyente debe ser propietario con ocasión de celebrarse el correspondiente contrato, o puede adquirir dicha condición hasta el momento en que se presente el título correspondiente para su pretendida inscripción registral?

Si admitimos que la hipoteca sólo existe como garantía con ocasión de su inscripción registral, podría asumirse que lo que realmente interesa es que el constituyente sea propietario a dicha fecha. Es más, dado que los efectos de la inscripción se retrotraen legalmente a la fecha de presentación del título correspondiente, podría asumirse que, cuando menos, a dicha fecha el constituyente debe ser propietario. En sentido contrario, por el período que media entre la celebración del contrato de garantía y la presentación registral del título que lo contiene, no resultaría necesario que el constituyente fuese propietario. Como antes hemos señalado, no estimamos necesario que el constituyente sea propietario del inmueble para celebrar el negocio jurídico de hipoteca.

Podría sostenerse que dicho planteamiento y respuesta están equivocados, pues más allá de que la hipoteca como garantía exige necesariamente de inscripción, ésta se sustenta en un título contractual cuya legalidad, en fondo y forma, debe ser revisada por el registrador público, quien deberá verificar el cumplimiento de las exigencias del artículo 1099 del Código Civil. Por lo tanto, más allá del tema de la oponibilidad del derecho real que las partes pretenden generar mediante la celebración del acuerdo de afectación hipotecaria, lo cierto es que este negocio jurídico debería cumplir con la tipificación exigida para la hipoteca,

esto es, que el constituyente sea propietario, al margen de que dicha propiedad sea relativa o absoluta.

Pese a la objeción precedente, sobre la base de que el Código Civil regula el aspecto de la hipoteca como derecho real, antes que como derecho personal, consideramos que desde el punto de vista del negocio jurídico no resulta necesario que, al momento de contratar, el pretendido constituyente sea propietario del bien. No hay exigencia semejante en el Código Civil. Es más, en aplicación de la regla general en materia de contratación (contenida en el inc. 2 del art. 1409 del Código Civil), resulta perfectamente válido y posible contratar sobre bienes propios y ajenos, de manera que nada impide que, al momento de contratar, el bien no sea de propiedad del constituyente, situación de la cual puede o no tener conocimiento el acreedor. En otras palabras: serán de aplicación en forma análoga las reglas sobre el contrato de compraventa de bien ajeno, con relación al cual sostenemos la tesis de que el conocimiento del comprador (en este caso, del acreedor hipotecario) no determina un cambio en la naturaleza negocial del respectivo acuerdo. Es decir, si el acreedor tiene conocimiento de la ajenidad, carece de la acción rescisoria y sólo le cabe invocar la resolución por incumplimiento (lo cual va a presuponer la necesidad de un plazo para que el constituyente pueda adquirir la propiedad del bien). Y si el acreedor no conocía de la ajenidad, podrá rescindir el contrato al tomar ese conocimiento (con la restricción prevista en el art. 1539 del Código Civil), o renunciando tácita o expresamente a la rescisión, podrá conceder el plazo antes señalado y esperar a que se adquiera la propiedad, para que, sobre dicha base, pueda inscribirse la hipoteca por el respectivo "tracto sucesivo".

No obstante lo anterior, no dejamos de reconocer que, estando ante un derecho real que exige de inscripción registral para configurarse, la hipótesis de que un acreedor ignore la ajenidad del bien es bastante remota (por no decir casi imposible), ya que lo primero que se va a requerir, actuando con una elemental diligencia, es información registral y la acreditación de que el bien está inscrito a nombre del constituyente; de manera que en caso de que el bien esté registrado a nombre de tercero, al menos debería cuidarse de exigir que se acredite la cadena de transferencias no inscritas. De manera complementaria, desde un punto de vista de racionalidad de las decisiones económicas, en dicho contexto, sería absurdo que un acreedor aceptara una hipoteca respecto de la cual no tiene seguridad alguna de que pudiera llegarse a inscribir (para generarse así el derecho real), porque finalmente de ello depende que el constituyente adquiera efectivamente la propiedad. Quizá, si analizamos el tema desde un punto de vista de garantía colateral, como una garantía que pudiera mejorar la posición de un acreedor, pudiera ser entendible la situación.

Por último, ya no se trata de determinar cuándo adquiere la propiedad el constituyente, sino cuándo la pierde. ¿El constituyente debe ser propietario con ocasión de obtenerse la inscripción registral de la garantía? ¿Debe mantenerse como propietario una vez inscrita la hipoteca?

De acuerdo con lo previamente tratado, no es determinante que el constituyente sea propietario con ocasión de celebrarse el contrato y que dicha situación subsista en el registro, para que, en su oportunidad, cuando se presenten los partes notariales de la respectiva escritura pública, exista una coincidencia entre el constituyente y el titular de la partida (tema de los antecedentes registrales y del principio de

tracto sucesivo anteriormente comentado). Lo que interesa es que al momento de requerirse la inscripción registral el constituyente sea el titular de la respectiva partida inmobiliaria. Así, en el escenario de que se haya celebrado una hipoteca sobre bien ajeno, lo importante es que cuando se pretenda inscribir el gravamen, el mismo pueda inscribirse por existir correspondencia entre el titular de la partida y quien en su momento se obligó a hipotecar determinado bien a pesar de que, en el momento de concertarse el respectivo negocio jurídico, aquél no era de su propiedad.

Ahora bien, dado que la hipoteca no entraña limitación alguna al derecho de disposición —el mismo que conserva plenamente el propietario—, no interesará si luego de inscrito el gravamen el propietario del inmueble deja de serlo; precisamente, para prevenir dicha situación es que la hipoteca cuenta con un carácter persecutorio (en general, las garantías reales), de manera que el gravamen (supuesta ya la inscripción que configura al derecho real) se “adhiera” al bien, con prescindencia de las futuras transferencias de propiedad.

El problema de una transferencia dominial se podría generar entre la fecha de celebración del contrato de hipoteca (en la hipótesis de que, en esa fecha, el constituyente sea el propietario, “real o aparente”) y la fecha de presentación de los partes notariales de la correspondiente escritura pública, dado que de haber una transferencia intermedia —con desconocimiento del acreedor— y de presentarse el respectivo título para su inscripción, cuando se presenten los partes de la escritura pública de la hipoteca ya no habrá una correspondencia entre el título y la partida, y, en consecuencia, los partes no serán susceptibles de inscripción en aplicación de los artículos 2015 y 2017 del Código Civil.

Para evitar dicha situación es que existe la figura del "bloqueo registral", que permite solicitarle al notario ante el cual se ha presentado la correspondiente minuta para su elevación a escritura pública, que oficie al Registro de la Propiedad Inmueble a fin de inmovilizar la correspondiente partida registral, de manera que por determinado período la misma sea impenetrable por terceros, reservándose para recibir los partes que se deriven de la escritura pública en proceso de otorgamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, existiría otro mecanismo para salvaguardar los derechos del acreedor hipotecario, mecanismo de naturaleza contractual y que se suele plasmar mediante la incorporación de una cláusula por la que se acostumbra estipular lo siguiente (sólo a título de ejemplo):

El constituyente se obliga, a partir de la fecha, a no realizar negocios y actos de cualquier naturaleza, y en especial, a no celebrar actos de disposición o enajenación del bien gravado, o a gravarlo, sin autorización previa y escrita del acreedor; en caso contrario, de realizarlos sin la señalada autorización, ello facultará automáticamente para...

Resulta evidente que dicha cláusula, conforme a lo previsto en el artículo 882 del Código Civil ("No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita"), es técnicamente nula de manera parcial (en lo referente al impedimento contractual para disponer o gravar, mas no —en principio— para las demás limitaciones convencionales a la propiedad). Sin embargo, ¿cuál es el interés que hay de por medio y en función del cual, palabras más o palabras menos, se suele incluir dicha cláusula en los contratos? Nos atrevemos a sostener que esta cláusula (en lo concerniente a la prohibición de disponer y gra-

var) sólo pretende regular el período que media entre la celebración del contrato y la presentación del correspondiente título al Registro Público —fecha a la cual se retrotraerán los efectos de la inscripción— o, en todo caso, al período existente entre la celebración del contrato y la solicitud de bloqueo registral, porque luego de ello, de obtenerse la inscripción de la garantía, para el acreedor hipotecario resultará jurídicamente irrelevante quién sea el propietario del bien, ya que contará con un derecho real que, entre otros atributos, es persecutorio. Ahora bien, sobre la base de que la cláusula en cuestión esté dirigida a cautelar los intereses del acreedor hipotecario en el señalado período, ¿se justifica (más allá, reiteramos, de que sea jurídicamente nula)? Creemos que no. Los intereses del acreedor ya están cautelados por lo sancionado en el artículo 181, inciso 2, del Código Civil, norma de aplicación supletoria, conforme al cual se pierde el derecho al plazo (no olvidemos que las garantías se asocian a operaciones crediticias, las cuales suponen siempre un plazo de por medio) cuando las garantías no se llegan finalmente a otorgar (entiéndase: constituir o perfeccionar, según corresponda en el tiempo).

### 2.2.2 *Tratándose de la garantía prendaria*

Como en el caso de la hipoteca, no es suficiente que el constituyente de la garantía pignoratícia posea capacidad de goce, y ordinariamente de ejercicio; además se exige que sea el propietario del bien.

Conforme al artículo 1058, inciso 1, del Código Civil: "Son requisitos para la validez de la prenda: Que grave el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado legalmente". De la misma manera que hemos visto con relación a la hipoteca, la exigen-

cia de este requisito obedecería no sólo a la circunstancia de que pueda entenderse que las garantías reales, y la prenda en particular, entrañan cierta limitación “de hecho” al derecho de propiedad, sino a que además el constituyente (propietario) consiente anticipadamente la realización forzosa del bien en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

De acuerdo con lo establecido en el Código Civil, en el inciso 2 de su artículo 1058, la prenda tiene dos mecanismos diferentes de perfeccionamiento como derecho real de garantía. Si los respectivos bienes muebles no están inscritos, la garantía pignoratícia se constituye mediante su entrega “física”, lo cual implica que el “modo” para fines de oponibilidad es la posesión; en cambio, si los bienes muebles están inscritos, la prenda sólo se configura mediante la denominada “entrega jurídica” (art. 1059 del Código Civil: “... La entrega jurídica sólo procede respecto de bienes muebles inscritos. En este caso, la prenda sólo surte efectos desde su inscripción en el registro respectivo”).

En este orden de ideas, tratándose de la prenda con “entrega jurídica”, que no corresponde sino al concepto de la denominada “hipoteca mobiliaria”, resulta aplicable lo ya manifestado con relación a la hipoteca, ya que tanto uno como otro gravamen sólo pueden recaer sobre bienes registrados.

Tratándose de los bienes no registrados, la situación es radicalmente distinta.

En primer lugar, ya no resulta posible distinguir entre propiedad con efectos relativos y propiedad con efectos absolutos. Y es que, conforme a la regla general contenida en el artículo 947 del Código Civil, la transferencia convencional de propiedad mueble determinada, demanda de la “tradicción” o traslación posesoria por parte del deudor al acreedor; en consecuencia, el

“modo” para hacer oponible la propiedad no es sino la posesión. Y aunque el Código Civil no lo señala expresamente, entendemos que tratándose de bienes muebles registrados la “tradicción” es insuficiente, pues, bajo interpretación extensiva del artículo 2002 del Código Civil (“Para oponer derechos reales sobre inmuebles –muebles, diríamos en este caso– a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone...”), se requerirá de inscripción para fines de oponibilidad. Por lo tanto, tratándose de muebles no registrados, la posesión es el único “modo” que permite adquirir la propiedad, la que a su vez siempre será “absoluta”, ya que el solo acreedor no es propietario, ni siquiera en términos “relativos” (pues no hay norma similar al art. 949 del Código Civil).

Y en segundo lugar, debemos tener presente que en materia mobiliaria se aplica especialmente lo dispuesto en el artículo 912 del Código Civil, conforme al cual se presume relativamente que el poseedor de un bien es su propietario, presunción que definitivamente puede ser invocada por cualquier tercero en aplicación del principio de buena fe (en el sentido subjetivo, de creencia), por lo que la prueba en contrario radica en demostrar que se tenía conocimiento de la ajenidad del bien, esto es, que el tercero carecía de buena fe.

Sobre la base de lo anterior, considerando la identidad funcional entre la hipoteca y la prenda con entrega jurídica (gravámenes que sólo se perfeccionan mediante inscripción registral), circunscribiremos nuestro enfoque al caso de los bienes muebles no registrados.

De acuerdo con el artículo 1058, inciso 1, del Código Civil: “Son requisitos para la validez de la prenda: Que grave el bien quien sea su propietario o quien esté auto-

rizado legalmente". Palabras más o palabras menos, estamos ante la misma exigencia que en materia hipotecaria y, por lo tanto, se aplica exactamente lo que hemos manifestado anteriormente, en el sentido de que el correspondiente contrato de garantía puede ser celebrado, evidentemente, por quien es el propietario (quien haya adquirido la propiedad del respectivo bien mueble, de conformidad con lo sancionado en el art. 947 del Código Civil) o por quien no lo es (categoría que no sólo comprende a quien es acreedor de la entrega del bien por el hecho de haber celebrado un contrato en virtud del cual se han obligado a transferírsele en propiedad<sup>14</sup>, sino también a cualquier tercero).

Además, también es aplicable lo expresado en cuanto a la diferencia conceptual entre garantía como negocio jurídico (que genera un derecho personal para el acreedor) y garantía real (que genera un derecho real para el acreedor).

- *Constitución de la prenda por quien no es propietario del bien*

La exigencia normativa contenida en el inciso 1 del artículo 1058 del Código Civil, en el sentido de que el constituyente debe ser propietario, no se refiere al negocio jurídico en sí mismo sino a la garantía como derecho real; en otras palabras, el respectivo acuerdo puede ser celebrado no sólo por quien no es propietario del bien, sino

inclusive con conocimiento del acreedor, quien acepta dicha situación y, por ende, renuncia a la posibilidad de rescindir el contrato (aplicándose análogamente el art. 1539 del Código Civil). Ciertamente, se trataría de una situación de escasa, por no decir remota o nula aplicación, porque no habría seguridad de que la garantía se llegara finalmente a perfeccionar, previa adquisición de la respectiva propiedad mueble por el constituyente. Si un acreedor actúa como agente económico racional, conforme a lo cual pretende minimizar riesgos, definitivamente lo pensará más de dos veces antes de aceptar "garantía" semejante.

Conforme al artículo 947 del Código Civil, la transferencia de la propiedad mueble se realiza mediante la tradición o traslación posesoria del respectivo bien ("La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente"). Al respecto, deben destacarse los artículos 901 ("La tradición se realiza mediante la entrega del bien a quien debe recibirlo o a la persona designada por él o por la ley y con las formalidades que ésta establece") y 902 del Código Civil ("La tradición también se considera realizada: 1. Cuando cambia el título posesorio de quien está poseyendo. 2. Cuando se transfiere el bien que está en poder de un tercero. En este caso, la tradición produce efecto en cuanto al tercero sólo desde que es comunicada por escrito").

Se advierte que en materia mobiliaria, a diferencia de la inmobiliaria, no existe confusión entre título y modo, ya que para que se adquiera la propiedad se requiere necesariamente de la tradición, lo cual implica la ejecución de un mecanismo de publicidad, y por lo tanto, el derecho del adquirente será siempre oponible *erga omnes*.

¿Resultará posible constituir una prenda (como garantía real) a *non domino*, esto

14 Nótese que, en materia mobiliaria, no corresponde hacer referencias a una "propiedad relativa", como sí resulta posible tratándose de bienes inmuebles, dado que no existe una norma semejante a la prevista en el artículo 949 del Código Civil. La transferencia de propiedad exige siempre de tradición, sea real, ficta o sucesión. Sin tradición, simplemente no hay transferencia dominial. El propietario del bien mueble es de por sí "absoluto".

es, por quien no es propietario efectivo del bien mueble sino sólo el "propietario aparente"? ¿Cómo determinar al "propietario aparente"?

Debemos hacer una precisión previa en cuanto a la posibilidad de una prenda a *non domino*.

Según el artículo 912 del Código Civil:

El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito.

Por otro lado, el artículo 948 del Código Civil dispone:

Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.

Si tratándose de bienes no registrados –y que no sean perdidos o adquiridos con infracción a la ley penal– el derecho permite que el poseedor no propietario ("propietario aparente") pueda "transferir"<sup>15</sup> su propiedad al tercero de buena fe –quien ha contratado sobre la base de la presunción del artículo 912 del Código Civil–, no habría razón alguna para negar igual protección al acreedor prendario, de manera que resultaría perfectamente razonable y posible la

constitución de una prenda a *non domino* (adagio: "a igual razón, igual derecho").

En este orden de ideas, y siempre sobre la base de que exista una transferencia posesoria pacífica del "propietario real" al "propietario aparente" (quien se desempeña como el denominado "depositario infiel"<sup>16</sup>), el acreedor de buena fe (que ignora de la ajenidad del bien respecto al constituyente) podría negarse a la entrega del bien pignorado que le pudiera ser exigida por el verdadero propietario, de manera que la acción reivindicatoria no prosperaría.

¿Hasta cuándo debe mantenerse la buena fe?

Sobre la base de que el derecho real de garantía presupone la existencia de un título constitutivo, representado por el respectivo negocio jurídico, la buena fe no sólo deberá haber existido al momento de contratar, sino que deberá mantenerse hasta que se perfeccione la garantía, esto es, hasta el momento mismo en que el acreedor tome posesión del respectivo bien mueble (situación análoga al perfeccionamiento mediante inscripción registral en el caso de hipotecas y prendas con entrega jurídica).

- *¿Es realmente posible constituir una prenda a non domino?*

Se sostiene que, conforme a nuestro vigente Código Civil, no es posible la constitución de una prenda por el "propietario aparente", ya que dicha situación excepcional no sólo carece de regulación sino que además existen normas que parecerían desestimar dicha posibilidad.

El primer párrafo del artículo 1072 del Código Civil establece lo siguiente: "Si

15 En realidad, creemos que antes de sostener que el "propietario aparente" es quien transfiere en estos casos, lo riguroso es decir que el tercero de buena fe "adquiere", porque no se puede transferir aquello de que se carece. Hay una situación irregular, sustentada en una apariencia de derecho, por la cual se admite que un tercero que actúa bajo la presunción legal de que posesión entraña propiedad, pueda adquirir y hacer definitivamente suyo el bien de un tercero.

16 AREAN, Beatriz. Op. cit., p. 284.

resulta no ser del constituyente el bien dado en prenda, el acreedor tiene derecho a que se le entregue otro equivalente"; disposición que se complementa con el artículo 1071 del mismo cuerpo legal:

Si el deudor no entrega el bien ofrecido en prenda o el que debe sustituirlo conforme al artículo 1072, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación principal aunque el plazo no esté vencido.

De acuerdo con estas normas, pareciera que no está tolerada la constitución de una prenda a *non domino*, desde el momento en que, de advertir la ajenidad del bien, el acreedor tiene derecho a exigir la sustitución de la garantía, y de no obtener dicha sustitución, puede dar por vencidos los plazos concedidos y exigir el pago inmediato y al contado de la obligación. Y esta posición aparentaría adquirir mayor fuerza cuando advertimos que el Código Civil vigente, a diferencia de los códigos civiles que lo han antecedido, no contiene una norma expresa sobre la prenda a *non domino*, de manera que pareciera que ésta ha quedado normativamente descartada.

Sin perjuicio de lo que ya hemos expresado —en el sentido de que así como está permitida una transferencia a *non domino*, resulta lógico que se admita la constitución de una garantía a *non domino*, más aún cuando las necesidades del tráfico así lo exigen—, analicemos los argumentos precedentes.

El hecho de que el Código Civil vigente no regule expresamente la prenda a *non domino* no significa que esta figura no esté permitida. En realidad, hasta podemos sostener que una regulación expresa sería innecesaria, dado que sobre la base de los artículos 912 ("El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario...") y 948 (en aplicación análoga) del Código Civil, y considerando además un cri-

terio interpretativo extensivo, puede concluirse que si el acreedor presume válidamente que el constituyente de la prenda es propietario (por cuanto ejerce la posesión como mecanismo de oponibilidad, aunque de una manera poco confiable)<sup>17</sup>, la entrega que este último realice implicará la generación válida de la garantía real, así como hubiera podido permitir que el acreedor adquiriese propiedad. Y es que el "propietario aparente" ("depositario infiel") es simplemente propietario para el acreedor.

Por otro lado, el artículo 1072 del Código Civil (y su correlato, el art. 1071, en lo pertinente) no es una suerte de novedad legislativa como consecuencia de que se haya omitido una regulación expresa de la prenda a *non domino*.

Nos explicamos. El artículo 1072 del Código Civil tiene su inmediato antecedente legislativo en el artículo 992 del Código Civil de 1936 (es más, de hecho es prácticamente su reproducción), situación que de por sí ya sería suficiente para demostrar que la posibilidad de constitución de una prenda a *non domino* es ajena a la regulación sobre las consecuencias frente al deudor, de que el bien entregado en garantía no sea finalmente del constituyente y, por lo tanto, se haya sorprendido al acreedor. No obstante ello, de acuerdo con la doctrina<sup>18</sup> que ilustró al derogado Código Civil de 1936, entendemos que los artículos bajo comentario se refieren a una situación discrecional para el acreedor pignoraticio, ya que éste puede optar entre retener el bien cuya posesión ha recibido del "propietario

17 Sobre esta materia, es pertinente destacar que entre las desventajas de la posesión con relación al registro como mecanismo de publicidad y que permite "excluir a terceros", tenemos que la información que proporciona no puede reputarse como verdadera.

18 ROMERO, Eleodoro. *Derecho civil. Los derechos reales*, 2a. edición aumentada. Tomo II. Lima, s/f, pp. 407 y 408.

aparente", acogiéndose a la denominada prenda a *non domino* o sobre la cosa ajena, enfrentando la acción reivindicatoria que seguramente ejercerá el "propietario real"; o, para evitar seguir el señalado proceso, puede exigir la sustitución de la garantía recibida, porque, de lo contrario, optará por el vencimiento acelerado de la obligación garantizada, ejecutando de ser preciso la prenda (si es que no se ha desprendido voluntariamente de la misma). Esta posición que suscribimos totalmente está también recogida con relación a los alcances del artículo 1072 del Código Civil vigente<sup>19</sup>.

En dicho sentido, consideramos que resulta perfectamente posible la constitución de una prenda a *non domino*, en el entendido de que las normas deben interpretarse considerando sus antecedentes y racionalidad que les han dado origen. Lamentablemente, en esta materia advertimos la ausencia de una exposición de motivos oficial del Código Civil, ya que la elaborada por los miembros de la denominada "Comisión Reformadora" guarda silencio sobre esta materia.

---

### 3. REFLEXIÓN FINAL

---

Debemos destacar que las garantías sobre bien ajeno o a *non domino* exigen necesariamente de buena fe por parte del acreedor, esto es, de la creencia de que la persona con la cual contrata y de la cual obtiene la garantía real es efectivamente el propietario; buena fe que puede estar sus-

tentada en la información registral (aplicable para la hipoteca y para la prenda con "entrega jurídica") o en una situación posesoria de hecho (prenda con "entrega física"), siendo ello el valor que se pretende cautelar, proteger o tutelar al admitirse esta "modalidad" de garantías.

Existe la insoslayable necesidad de proteger al tráfico para que las transacciones comerciales sean seguras. No debemos olvidar que un sistema de garantías sólo será eficiente en la medida que contenga reglas que permitan solucionar rápida y seguramente problemas, y que no represente un obstáculo que desaliente la contratación y correlativa colocación de créditos en general; más aún cuando, por la naturaleza de ciertos bienes (muebles, bajo la actual y obsoleta clasificación del Código Civil), siempre existen riesgos que asumir, por lo que interesa minimizarlos.

---

19 ARIAS SCHREIBER, Max, con la colaboración de Carlos CÁRDENAS, Ángela ARIAS SCHREIBER y Elvira MARTÍNEZ. *Exégesis del Código Civil de 1984*. Tomo VI. *Derechos reales de garantía*. Lima: Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1998, p. 102.