



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

**Otorgamiento de Escritura Pública**

**SUMILLA:** Si bien el artículo 1098 de la norma sustantiva establece una formalidad para la constitución de la hipoteca, lo cierto es que, no sanciona con nulidad su inobservancia, por lo que conforme al artículo 144 del Código Civil, el documento que se extiende tiene el carácter de *ad probationem*. Dicho acto no es nulo ni inexistente, pues constituye un medio de prueba de la existencia del acto.

**Artículo 1098 del Código Civil.**

Lima, veintiuno de marzo de dos mil diecinueve.-

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;** vista la causa en discordia número tres mil setecientos ochenta y siete - dos mil quince; en audiencia pública de la fecha; y producida la votación de acuerdo a ley, la Jueza Suprema dirimente doctora Arriola Espino quien se adhiere a la decisión adoptada por los señores Jueces Supremos Salazar Lizárraga, Calderón Puertas y De La Barra Barrera, emite la siguiente sentencia.

**I. ASUNTO:**

Se trata del recurso de casación, interpuesto por José Luis Calmell del Solar Díaz contra la sentencia de vista contenida en la resolución número veintiuno obrante a fojas doscientos setenta y siete, de fecha veinte de julio de dos mil quince, emitida por la Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que revoca la resolución apelada número dieciséis, de fecha diecinueve de diciembre de dos mil catorce que declara improcedente la demanda de otorgamiento de escritura pública y reformando la declaró fundada.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

***Otorgamiento de Escritura Pública***

**II. ANTECEDENTES:**

**1. DEMANDA**

Se aprecia que a fojas veintiuno, la demandante edil Municipalidad Provincial de Huancayo solicita el otorgamiento de escritura pública de la Constitución de Primera Hipoteca del inmueble ubicado en la Manzana G lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 de la Urbanización Santa Lucía de la Provincia de Huancayo, Departamento de Junín, inscrito en la Partida Registral N° 11005951, Ficha N° 15799.

Los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan dichas pretensiones son las siguientes:

**1.1.** El demandado José Luis Calmell del Solar Díaz, es propietario del inmueble ubicado en la Manzana G Lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la Urbanización Santa Lucía, de la Provincia de Huancayo, departamento de Junín, quien con fecha dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y siete, otorgó Poder de representación a favor de la empresa denominada Consultores, Constructora y Contratistas Generales MISAKI S.A, representados por el codemandado Wilder Minaya Chávez, quien presentó ante la Municipalidad Provincial de Huancayo el expediente Administrativo N° 1227-M-98, solicitando *“autorización de ejecución de obras en progresivas y ventas garantizadas para uso de vivienda”* respecto de los inmuebles descrito líneas arriba, expediente administrativo que contó con opinión favorable de la Oficina General de Asesoría Legal, la Dirección de Control de Uso de Suelo y la Comisión Técnica Intersectorial Revisora de Habilitación de Tierras, procediéndose a



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

***Otorgamiento de Escritura Pública***

emitir la Resolución Directoral N° 0089-98-MPH-DGDU -13.0 de fecha once de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

- 1.2.** Estando a lo ordenado por la Resolución Directoral, el demandado Wilder Minya Chávez, en representación de su codemandado José Luis Calmell del Solar Díaz, con fecha seis de julio mil novecientos, suscribió con su representada la Minuta de Constitución de Primera Hipoteca respecto del inmueble ubicado en la Manzana G Lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la Urbanización “Santa Lucía” de la Provincia de Huancayo, Departamento de Junín, de una extensión de 1,330.00m<sup>2</sup>; sin embargo, desde la firma de la Minuta hasta la fecha, ninguno de los demandados ha cumplido con el otorgamiento de la respectiva Escritura Pública, pese a que se ha efectuado reiterados requerimientos conforme consta del Oficio N° 107-20 13-MPH/GDUA y existiendo la necesidad de regularizar la hipoteca otorgada, es que recurre a su despacho a fin de exigir el cumplimiento de la formalidad establecida por Ley, haciendo presente que antes de iniciar la presente acción se ha agotado el procedimiento de conciliación sin obtener resultados favorables.

**2. CONTESTA LA DEMANDA**

José Calmell del Solar Díaz, contesta la demanda a fojas ciento uno, señalando:

- 2.1.** Que la pretensión del Procurador Municipal se contrae a demandar la obligación de hacer – otorgamiento de hacer escritura pública de primera hipoteca, en base a la Ejecución de la Resolución Administrativa signada como Resolución Directoral N° 089-98-MPH-



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

***Otorgamiento de Escritura Pública***

DGDU-13.0 emitida por la Municipalidad Provincial de Huancayo el once de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

**2.2.** En cumplimiento a la citada resolución, con fecha seis de julio de mil noventa y ocho, el representante de MISAKI S.A suscribió la minuta notarial de Constitución de Hipoteca y seguidamente se procedió al cumplimiento de las obras mínimas requeridas en la Resolución de Habilitación Urbana.

**2.3.** Lo expuesto demuestra que todas las condiciones o exigencias mínimas señaladas en la Resolución Directoral N° 08 9-98-MPH-DGDU-13.0 emitida por la Municipalidad Provincial de Huancayo el once de mayo de mil novecientos noventa y ocho, han sido cumplidas por esta parte, según los mismos informes internos de la comuna y según documentos oficiales de Electrocentro y de SEDAM, por consiguiente la Resolución Administrativa ha sido ejecutada y se debe levantar la garantía que viene afectando su propiedad.

**3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juez mediante sentencia de fecha diecinueve de diciembre de dos mil catorce, de fojas doscientos cuarenta y siete, declara improcedente la demanda sobre otorgamiento de escritura pública, sustentando que:

**3.1.** Se advierte que la Municipalidad Provincial de Huancayo solicita al órgano jurisdiccional en rigor que se le otorgue Escritura Pública de Constitución de Primera Hipoteca del inmueble ubicado en la Manzana G Lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la Urbanización Santa Lucia de la provincia de Huancayo, departamento de Junín, con una extensión de 1,330.00 m<sup>2</sup> cuyo derecho de propiedad se encuentra



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

**Otorgamiento de Escritura Pública**

inscrito en la Partida N° 11005951 del Registro Público de Huancayo.

- 3.2.** El acto jurídico que se pretende formalizar está compuesto por el documento denominado "Constitución de Primera Hipoteca" de fecha seis de julio de mil novecientos noventa y ocho celebrado de una parte por la Empresa MISAKI S.A en representación de José Luis Calmell del Solar Díaz, de otra parte la Municipalidad Provincial de Huancayo, por el cual se pretende constituir *primera y preferencia hipoteca* del inmueble ubicado en la Manzana G Lote 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la Urbanización "Santa Lucía" - Huancayo de propiedad del señor José Luis Calmell del Solar Díaz, con la única finalidad de garantizar la culminación de las obras faltantes en la habilitación urbana derivada de la Resolución Directoral N° 0089-98-MPH-DGEU-13.0.
- 3.3.** Conforme lo exige el artículo 1098 del Código Civil "*La hipoteca se constituye únicamente por Escritura Pública salvo disposición legal diferente*", por ende no cabe formalizarse un acto jurídico que no preexiste, pues para ello es necesario haber celebrado una Escritura Pública.
- 3.4.** La entidad edil demandante no ha alegado, menos demostrado la facultad que tiene para poder expedir y dar fe del contrato denominado "Constitución de Primera Hipoteca" o cuál sería la causal legal distinta para que se haya celebrado mediante un documento privado como ha sucedido en el caso de autos.
- 3.5.** Se debe tener en cuenta que la Escritura Pública de Hipoteca como documento público, solo puede ser otorgada por Notario Público conforme al inciso 2) del artículo 235 del Código Procesal Civil y únicamente el órgano jurisdiccional puede formalizar un acto



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

***Otorgamiento de Escritura Pública***

jurídico que tenga existencia, situación que no se ha configurado en el caso de autos.

- 3.6.** Lo que en realidad pretende el demandante es la creación de un acto jurídico ante su inexistencia (al no haber sido otorgada en Escritura Pública) esto es, que se compele a la parte demandada a constituir una garantía real, dado que el documento celebrado no tiene existencia jurídica al no haberse respetado su formalidad.

**4. SENTENCIA DE VISTA**

La Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, mediante resolución número veintiuno, de fecha veinte de julio de dos mil quince, obrante a fojas doscientos setenta y siete, revocó la apelada que declara improcedente la demanda de otorgamiento de escritura pública; y, reformando la declaró fundada; sustentando que:

- 4.1.** El documento de constitución de primera hipoteca se encuentra contenido en un documento privado, la misma que cuenta con fecha cierta, ya que se encuentra suscrito por servidores de la Municipalidad Provincial de Huancayo, por otro lado, el indicado documento se encuentra suscrito por la Empresa Misaki S.A, quien actúa en representación de José Calmell del Solar y que por cierto, es quien ha solicitado los trámites de habilitaciones de tierras, el mismo que se ha materializado en la Resolución Directoral N° 0089-98-MPH-DGDU-13.0.
- 4.2.** ¿Es viable el otorgamiento de escritura pública a un contrato de garantía hipotecaria materializado en documento privado de fecha cierta? Si bien es cierto, el artículo 1098 del Código Civil establece una formalidad para la constitución de la hipoteca, sin embargo, no



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

***Otorgamiento de Escritura Pública***

sanciona con nulidad su inobservancia, por lo que conforme al artículo 144 del Código Civil, el documento que se extienda solo tendrá carácter *ad probationem*.

**4.3.** La formalidad de la Constitución de la Escritura Pública *no es solemne*, por tanto, no es un requisito de validez del acto jurídico su elevación a Escritura Pública, la misma que se requiere para poder acceder a los Registros Públicos, siendo esto sí un requisito de validez (artículo 1099 inciso 3 del Código Civil).

**III. MATERIA JURÍDICA EN DEBATE:**

El tema en debate radica en establecer si es posible exigir el otorgamiento de escritura pública respecto a un contrato de garantía hipotecaria materializado en documento privado de fecha cierta.

**IV. FUNDAMENTOS:**

**PRIMERO.**- Mediante auto de calificación de fecha cuatro de noviembre del dos mil quince del cuadernillo de casación, se declaró procedente el recurso de su propósito por las siguientes causales:

**i) Infracción normativa del artículo 192 de la Ley N° 27444.**- Alega que, se ha obviado que el acto originario del procesos, es la Resolución Directoral N° 0089-98-MPH-DGDU-13.0 emitida por la Municipalidad Provincial de Huancayo el once de mayo de mil novecientos noventa y



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

**Otorgamiento de Escritura Pública**

ocho, que concluye el procedimiento administrativo de habilitación de tierras, promovido por el recurrente y como acto administrativo, el debido proceso para formalización no corresponde al proceso civil, sino el contexto administrativo en razón a su origen y especializada.

**ii) Infracción normativa del artículo 1098 del Código Civil concordante con el artículo 235 inciso 2) del Código Procesal Civil.** Señala que, el otorgamiento de escritura pública busca formalizar un acto jurídico preexistente, y tratándose de un contrato de hipoteca, la forma de su constitución tienen el carácter *ad solemnitatem*, por lo que de acuerdo con el artículo 144 del Código Civil, es requisito de validez del acto jurídico. Agrega que, la hipoteca se constituye únicamente por escritura pública salvo disposición legal diferente, y por ende el acto jurídico celebrado por las partes no puede constituir como una hipoteca, pues para su existencia y validez necesariamente se necesita que sea celebrado por escritura pública.

**SEGUNDO.**- En principio debemos precisar que el otorgamiento de escritura pública es entendido por la jurisprudencia como un deber de las partes de perfeccionar el contrato. Ante el incumplimiento de este deber, el propietario podrá iniciar este proceso, atendiendo a los artículos 1412 y 1549 del Código Civil, a fin de que la parte renuente firme la escritura de formalización y si a pesar del mandato judicial se mantiene en su negativa, es el Juez quien se sustituye en el obligado.

**TERCERO.**- La verdadera finalidad del proceso de otorgamiento de escritura pública, es formalizar la celebración de un acto jurídico y no la discusión sobre la validez o eficacia del acto jurídico, ni mucho menos la transmisión de la propiedad, la entrega del bien o cualquier otro tipo de prestación que las partes deban cumplir. El proceso de otorgamiento de





**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

**Otorgamiento de Escritura Pública**

escritura pública tiene por finalidad dar una mayor seguridad a la celebración del acto jurídico, brindándole solemnidad o formalidad revestida de garantías (Casación N° 2069-2001- Arequipa, 03/07/2002).

**CUARTO.-** Por la hipoteca se afecta un bien inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado", (artículo 1097 del Código Civil).

**QUINTO.-** La hipoteca es un derecho real de garantía, en rigor, solo puede garantizar una obligación de dar dinero. La razón es que la hipoteca desemboca, en caso de incumplimiento del deudor, en la venta del bien gravado, el producto de esta venta es dinero, con cargo al cual se cobra al acreedor. Puede haber hipoteca en una obligación de hacer o no hacer, pero no para garantizar la obligación misma sino el pago de una cláusula penal o multa en dinero que eventualmente se hubiese pactado para el caso de incumplimiento del deudor. La hipoteca no puede existir sola, necesariamente debe ser accesoria de una obligación.

**SEXTO.-** En el caso de autos, se advierte que la demandante edil, interpone demanda a fin de que la emplazada le otorgue escritura pública del **documento privado** denominado "*Constitución de Primera Hipoteca*" por el cual, se constituyó hipoteca sobre el inmueble ubicado en la Manzana "G" Lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 de la Urbanización "Santa Lucía" de la Provincia de Huancayo, Departamento de Junín, inscrito en la Partida Registral N° 11005951, Ficha Registral N° 15799, conforme se tiene de la instrumenta! de fojas catorce, cuarta cláusula: "*El lote de terreno descrito en la cláusula primera y con los legítimos derechos puntualizados en la Cláusula Segunda MISAKI S.A, en representación del Dr. José Luis Calmell del Solar Díaz, conforme a los artículos 1414 al 1425 del*



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

**Otorgamiento de Escritura Pública**

*Código Civil vigente, otorga en calidad de garantía hipotecaria a favor de la Municipalidad, quien adquiere la fianza por ciento diez mil trescientos noventa con 00/100 nuevos soles (S/. 110,390.00), motivo que garantizará la ejecución de los Proyectos de Alcantarillado, Agua Potable y Electrificación de la Urbanización Santa Lucía que asciende a la suma de ciento nueve mil ochocientos sesenta nueve con 60/100 nuevos soles (S/. 109,869-60)".*

**SETIMO.-** El artículo 1098 del Código Civil señala: "*La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la Ley*". Significa que como regla general y en virtud del "principio de libertad de forma" consagrado en el artículo 143 del Código Civil "*Cuando la Ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente*", el acto o negocio jurídico puede exteriorizarse a través de diferentes formas, excepción hecha del silencio que importará "manifestación de voluntad" cuando por Ley o por acuerdo de las partes se le atribuya ese significado (artículo 142 del Código Civil).

**OCTAVO.-** Sin embargo, la Ley o las partes pueden establecer una determinada formalidad para la exteriorización del acto o negocio jurídico, formalidad que será *ad probationem* (artículo 1412 del Código Civil), si solo sirve como medio de prueba; o *ad solemnitatem*, si su inobservancia es sancionada con nulidad por la Ley (artículo 144 del Código Civil).

**NOVENO.-** En el caso de la hipoteca, el artículo 1098 del Código Civil establece que su constitución debe exteriorizarse a través de una determinada formalidad, es decir, "escritura pública" o aquella prevista por la ley (documentos privados con firmas legalizadas, formularios registrales, etc). Estas formalidades servirán igualmente para



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

**Otorgamiento de Escritura Pública**

exteriorizar los actos secundarios o derivados, salvo que exista disposición que autorice el empleo de formalidades especiales.

**DÉCIMO.**- Por tanto, si bien el artículo 1098 de la norma sustantiva establece una formalidad para la constitución de la hipoteca, lo cierto es que, no sanciona con nulidad su inobservancia, por lo que conforme al artículo 144 del Código Civil, el documento que se extienda tiene el carácter de *ad probationem*. Dicho acto no es nulo ni inexistente, pues constituye un medio de prueba de la existencia del acto.

**DÉCIMO PRIMERO.**- Sobre dicha apreciación, se procederá a resolver los agravios planteados. Respecto de la infracción del artículo 192 de la Ley N° 27444, por el que se pretende discutir la competencia a la vía administrativa, debemos señalar que en el presente caso, no se está cuestionando la Resolución Directoral N° 0089-98, sino solo la formalidad de un contrato privado que constituyó una hipoteca, razón por la que tampoco podría aplicarse los plazos de la caducidad administrativa.

**DÉCIMO SEGUNDO.**- Respecto de la infracción normativa del artículo 1098 del Código Civil concordante con el artículo 235 inciso 2) del Código Procesal Civil, debe desestimarse, al haberse determinado que dicho documento privado, constituye la prueba de la existencia del acto, la misma que debe formalizarse a fin de garantizar la inscripción del gravamen, la misma que resulta obligatoria (artículo 1099 del Código Civil).

**V. DECISIÓN:**

Esta Sala Suprema, en aplicación de lo señalado por el artículo 397 del Código Procesal Civil; declara:



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N°3787-2015  
JUNÍN**

**Otorgamiento de Escritura Pública**

- a) **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas trescientos uno, interpuesto por José Luis Calmell del Solar Díaz; en consecuencia, **NO CASARON** la recurrida de fecha veinte de julio de dos mil quince, obrante a fojas doscientos setenta y siete, que revoca la sentencia contenida en la Resolución N°16 que declara improcedente la demanda de otorgamiento de escritura pública y reformándola la declaró fundada.
- b) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad y los devolvieron; en los seguidos por la Municipalidad Provincial de Huancayo con José Luis Calmell del Solar Díaz y otro, sobre otorgamiento de escritura pública; intervino como ponente, el Juez Supremo señor **De la Barra Barrera**. Por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi integra esta Suprema Sala el señor Juez Supremo Yaya Zumaeta.

**SS.**

**SALAZAR LIZÁRRAGA**

**CALDERÓN PUERTAS**

**DE LA BARRA BARRERA**

**ARRIOLA ESPINO**



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

**Otorgamiento de Escritura Pública**

**EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO CALDERÓN**

**PUERTAS, es como sigue:**

**Primero.-** Coincido con el voto del doctor De la Barra Barrera por sus fundamentos, y además debo agregar lo siguiente: En el caso en cuestión, la controversia gira en saber si es posible exigir el otorgamiento de escritura pública de una hipoteca<sup>1</sup>.

**Segundo.-** Este tema ha merecido pronunciamientos contradictorios a nivel jurisprudencial, ya sea señalándose que tal formalización no es posible<sup>2</sup>. por ser un requisito de validez del propio acto jurídico cuya formalidad es *ad solemnitatem*; ya admitiendo dicha posibilidad por considerar que la formalidad es probatoria<sup>3</sup>.

**Tercero.-** La hipoteca es contrato o derecho subjetivo; en el primer caso se trata de un acuerdo de contenido patrimonial afectando un inmueble; en el segundo supuesto, "es un derecho real de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles, y que asegura el cumplimiento o la satisfacción forzosa de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo la realización del valor de aquellos, enajenándolos y

---

<sup>1</sup> Las consideraciones aquí expuestas tienen como base el trabajo inédito de Jimmy Ronquillo Pascual: "¿Puede demandarse el otorgamiento de escritura pública del contrato de hipoteca y del contrato de leasing?"

<sup>2</sup> Casación N° 3695-2007-Lima. "Sétimo.- Que, además, de acuerdo a su naturaleza jurídica las inscripciones registrales pueden ser declarativas o constitutivas, siendo las primeras aquellas que sirven para reconocer un estado jurídico constituido previamente, y las segundas son aquellas con las que se constituye o nace el derecho; por tanto, resulta evidente que en el caso de las hipotecas la inscripción registral es de carácter constitutivo, es decir que el derecho real de garantía hipotecaria nace recién como tal con su inscripción en los Registros Públicos. Que, en ese entendido si el derecho real de garantía hipotecaria mencionado nace con su inscripción en el registro, dicha forma tiene carácter *ad solemnitatem*, esto es constitutiva del derecho y por tanto si las partes no han constituido su relación contractual de acuerdo a la forma señalada, mal puede compelerse a que una de ellas otorgue la escritura pública correspondiente, título previo con el que se procede a la inscripción del derecho ante Registros Públicos".

<sup>3</sup> Casación N° 1276-01-Lima: "Cuarto.- Que, en ese sentido, resulta que si bien el Art. 1098 del Código Civil exige como formalidad de la hipoteca el que sea otorgada mediante escritura pública, no sanciona con nulidad la inobservancia de esa forma; por lo que debe entenderse entonces que se trata de una formalidad *ad probationem*, en la cual la ausencia de la formalidad no afecta la validez del acto jurídico, ni origina la nulidad del mismo".



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

**Otorgamiento de Escritura Pública**

percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido y cualquiera que sea en ese momento su poseedor o propietario"<sup>4</sup>.

**Cuarto** - Esa misma distinción es la que sigue nuestro código. Así:

1. El artículo 1098 del Código Civil prescribe que: "*La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley*", sin que sancione con nulidad la inobservancia de la escritura pública, lo que lo coloca dentro de la hipótesis del artículo 144 del mismo código ("Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto").

2. Por su parte, el artículo 1099 del Código Civil establece como requisito de validez de la hipoteca que se inscriba en el registro de la propiedad inmueble, lo que solo se puede lograr cuando el acto consta en escritura pública.

3. Es aquí donde cobra importancia la distinción entre contrato de hipoteca y derecho real de hipoteca, en el entendido que lo señalado en el inciso 3 del artículo 1099 del Código Civil, no constituye un requisito de validez del contrato de hipoteca sino un requisito para la existencia del derecho real de hipoteca, mientras que los incisos 2 y 3 del precitado artículo 1099 regulan requisitos relativos a la hipoteca como contrato<sup>5</sup>.

**Quinto.**- Siguiendo esta línea interpretativa, es perfectamente posible pretender el otorgamiento de escritura pública de una minuta de constitución

---

<sup>4</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. "*Sistema de Derecho Civil*", Volumen III: "*Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registrar*". Sexta Edición, Tecnos, Madrid, 1997, p. 509.

<sup>5</sup> PASCO ARAUCO, Alan, "*¿Acreedor con minuta de hipoteca puede demandar el otorgamiento de la escritura pública? Un ejercicio de exhumación jurídica*". Disponible en: <<http://alev.pe/not/3374/-acreeador-con-minuta-de-hipoteca-puede-clemandar-el-otorgamiento-de-la-escritura-publica-/>> (Consulta: 15/07/06). Ver también: <sup>5</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. "*Curso de Derecho Civil*", Editorial COMARES, Granada, 2005, p. 240. "**El contrato de hipoteca produce efectos obligatorios, después de un contrato de hipoteca, aunque sea en documento privado, las partes podrán compelerse recíprocamente a constituir una hipoteca, pero el derecho real de hipoteca, se origina mediante la inscripción** de la escritura pública de hipoteca en el registro de la propiedad"<sup>5</sup>



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

***Otorgamiento de Escritura Pública***

de hipoteca, pues lo que se pretende formalizar es el contrato y no hay impedimento legal alguno que lo prohíba.

Por estos fundamentos **MI VOTO** es porque se declare **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandado José Luis Calmell del Solar Díaz ; en consecuencia **NO CASAR** la sentencia de vista, su fecha veinte de julio de dos mil quince; **DISPONER** la publicación de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano", bajo responsabilidad y los devolvieron; en los seguidos por la Municipalidad Provincial de Huancayo con José Luis Calmell del Solar Díaz y otro, sobre otorgamiento de escritura pública, veintitrés de agosto de dos mil dieciséis.-

**S.**

**CALDERÓN PUERTAS**

Larf

**LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDIA DE LOS SEÑORES  
JUECES SUPREMOS DEL CARPIO RODRÍGUEZ, RODRÍGUEZ CHÁVEZ  
Y YAYA ZUMAETA SON LOS SIGUIENTES:**

Con respeto a lo expuesto por mi colega ponente, debo discrepar, en esta ocasión, de los fundamentos de su decisión, por las siguientes razones:

**ASUNTO**



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N°3787-2015  
JUNÍN**

***Otorgamiento de Escritura Pública***

Viene a conocimiento de esta Suprema Sala el recurso de casación interpuesto a fojas 301 por José Luis Calmell del Solar Díaz contra la sentencia de vista dictada el 20 de julio de 2015, obrante a fojas 277, que, revocando la sentencia apelada, declara fundada la demanda de otorgamiento de escritura pública interpuesta por la Municipalidad Provincial de Huancayo.

**ANTECEDENTES**

El presente proceso ha sido iniciado con motivo de la demanda interpuesta a fojas 21 por la Municipalidad Provincial de Huancayo, a través de la cual pretende que el órgano jurisprudencial ordene al señor José Luis Calmell Del Solar y la empresa MISAKI S.A. que otorguen escritura pública de primera hipoteca sobre el inmueble ubicado en la manzana G, lotes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 de la urbanización Santa Lucía, provincia de Huancayo, departamento de Junín, de una extensión total de 1,330 m<sup>2</sup>, inscrito en la partida registral N°11005951 del Registro de la Propiedad Inmueble de Huancayo.

Para sustentar esta demanda, la actora señala que, a través de la minuta de fecha 06 de julio de 1998, el señor José Luis Calmell Del Solar, representado por la empresa MISAKI S.A., constituyó hipoteca de primer grado sobre el inmueble de su propiedad antes descrito, a fin de garantizar la ejecución de las obras faltantes de habilitación urbana derivadas de la Resolución Directoral N°0089-98-MPH-DGEU-13.0.

Por medio de la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2014, el Quinto Juzgado Civil de Huancayo declaró improcedente la demanda, al considerar





**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

***Otorgamiento de Escritura Pública***

que el petitorio contenido en ella constituye un imposible jurídico, pues, de conformidad con lo previsto por el artículo 1098 del Código Civil, la hipoteca se constituye únicamente por escritura pública, salvo disposición legal diferente, y, por tanto, al tratarse de una formalidad de carácter solemne, su otorgamiento no puede ser exigida a través del presente proceso.

Esta decisión ha sido revocada por la Segunda Sala Mixta de Huancayo, a través de la sentencia de vista de fecha 20 de julio de 2015, que ha declarado fundada la demanda. Para ello sostiene que aun cuando es cierto que el artículo 1098 del Código Civil establece que la hipoteca se constituye por escritura pública, no debe perderse de vista que esta disposición legal no sanciona la ausencia de esta formalidad con la nulidad absoluta y, por tanto, no se trata de una formalidad de carácter *ad solemnitatem*, sino *ad probationem*, que sí puede ser exigida en la vía judicial.

**CAUSALES CASATORIAS**

El recurso de casación se ha declarado procedente por las siguientes causales:

- a. Infracción normativa del artículo 192 de la Ley N° 27444. Alega que se ha obviado que el acto originario del proceso es la Resolución Directoral N° 0089-98-MPH-DGDU-13.0, emitida por la Municipalidad Provincial de Huancayo el 11 de mayo de 1995, que concluye el procedimiento administrativo de habilitación de tierras promovido por el recurrente; y como acto administrativo, el debido proceso para formalización no corresponde al proceso civil, sino el contexto administrativo en razón a su origen y especialidad.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N°3787-2015  
JUNÍN**

***Otorgamiento de Escritura Pública***

- b. Infracción normativa del artículo 1098 del Código Civil, concordante con el artículo 235, inciso 2, del Código Procesal Civil. Señala que el otorgamiento de escritura pública busca formalizar un acto jurídico preexistente, y tratándose de un contrato de hipoteca, la forma de su constitución tienen carácter *ad solemnitatem*, por lo que de acuerdo con el artículo 144 del Código Civil, es requisito de validez del acto jurídico. Agrega que la hipoteca se constituye únicamente por escritura pública salvo disposición legal diferente y, por ende, el acto jurídico celebrado por las partes no puede constituir como una hipoteca, pues para su existencia y validez necesariamente se necesita que sea celebrado por escritura pública.

**MATERIA JURÍDICA EN DEBATE**

La materia jurídica en discusión se centra en determinar si el otorgamiento de escritura pública constituye, dentro de nuestro Código Civil, una formalidad de carácter solemne *-ad solemnitatem-* para la constitución de la hipoteca o si, por el contrario, constituye una formalidad meramente probatoria *-ad probationem-*. Como resultado de ello se determinará si es posible exigir su otorgamiento en la vía judicial.

**FUNDAMENTOS**

1. En cuanto a la primera causal casatoria, basta señalar que la invocación de la Ley N°27444 resulta claramente im pertinente para el presente caso, pues esta disposición legal norma exclusivamente el modo de ejecución de los mandatos contenidos en los actos



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

**Otorgamiento de Escritura Pública**

administrativos y no la suerte de pretensiones que buscan el cumplimiento de obligaciones de hacer.

Dado que en esta ocasión no se encuentra en discusión la ejecución de un acto administrativo, sino la obligación de escriturar exigida por la Municipalidad Provincial de Huancayo al señor José Luis Calmell Del Solar, el artículo 192 de la Ley N° 27444 resulta claramente impertinente para la solución de la controversia; por lo que esta denuncia debe ser desestimada.

2. En cuanto a la segunda causal casatoria, conviene recordar el texto del artículo 1098 del Código Civil:

**Artículo 1098.-** *La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.*

La interpretación de esta disposición se encuentra sujeta a debate en el presente caso, debido a que en la sentencia de vista objeto de impugnación la Sala Superior ha considerado que la formalidad prevista en ella -escritura pública- no tiene carácter solemne para la constitución del contrato de hipoteca, sino meramente probatoria y, por tanto, su omisión puede ser suplida en la vía del proceso de otorgamiento de escritura pública.

3. En relación a ello conviene recordar, en primer término, que la formalidad de los actos jurídicos puede clasificarse en dos tipos: Solemne *-ad solemnitatem-* o probatoria *-ad probationem-*. La primera de ellas se presenta cuando el cumplimiento de la forma constituye un requisito de validez del acto jurídico, de tal modo que su



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

**Otorgamiento de Escritura Pública**

inobservancia provoca un supuesto de nulidad absoluta, en atención a lo previsto por el artículo 219, inciso 6, del Código Civil. La segunda, por su parte, se presenta cuando el cumplimiento de la forma no incide en la constitución válida del acto jurídico celebrado, sino que tiene fines meramente probatorios (acreditar la celebración del acto), por lo que su inobservancia no genera nulidad.

En estos términos, resulta evidente que si la forma escritural tiene carácter *ad solemnitatem* para la constitución de la hipoteca, su cumplimiento no podría ser requerido en la vía del proceso de otorgamiento de escritura pública (no se podría demandar el otorgamiento de escritura pública de hipoteca), pues su ausencia impediría la constitución de aquella y, por tanto, no podría ser suplida por el juez. El juez puede ordenar a las partes formalizar -tratándose de forma no solemne, aunque sea redundante- un acto ya constituido, cuando la ley lo exija o estas lo hayan acordado, pero no ordenarles que lo constituyan.

4. Ahora bien, entrando al fondo del asunto, cabe mencionar que la razón esencial que usualmente se expone para afirmar que el otorgamiento de escritura pública no constituye una formalidad solemne *-ad solemnitatem-* para el contrato de hipoteca radica en que el artículo 1098 del Código Civil no exige la observancia de esta forma "*bajo sanción de nulidad*" expresa. Y esta es la razón expresada en la sentencia de vista objeto de impugnación.
5. Empero, este argumento resulta insuficiente, pues se limita el análisis del asunto a una apreciación excesivamente literal del texto legal. Es



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

**Otorgamiento de Escritura Pública**

cierto que el artículo 144 del Código Civil establece que "*cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto*"; sin embargo, esto no debe llevarnos a pensar que la imposición de una formalidad *ad solemnitatem* siempre deba estar acompañada en la ley por la fórmula textual "bajo sanción de nulidad", al modo de una frase sacramental. Una conclusión de este tipo restringiría las posibilidades de interpretación de la ley a la lectura meramente superficial de su texto.

6. Cuando el artículo 1098 del Código Civil establece que la hipoteca se *constituye* por escritura pública es claro que esta sujetando su constitución a tal formalidad. El modo en que el legislador ha estructurado esta disposición legal es tan preciso y claro en su formulación que no permite una interpretación que modifique su sentido, esto es, que la escritura pública es necesaria para la *constitución de la hipoteca*. Cualquier interpretación que busque modificar este sentido tendría que alterar el sentido ordinario y propio de los términos "la hipoteca" o "constitución".

En todo caso, de ser cierta esta posición, *la hipoteca* no estaría sujeta a ninguna formalidad *ad solemnitatem* -ni la escritura pública ni la inscripción serían necesarias-, pues ni el artículo 1098 ni el 1099 del Código Civil emplean la frase sacramental *bajo sanción de nulidad*. Empero, es aceptado pacíficamente que la inscripción si es ineludible.

7. Además de este asunto, es necesario mencionar que, de acuerdo con el artículo 1099 del Código Civil -y, como se ha indicado, todos coinciden en esto-, uno de los requisitos de validez de la hipoteca consiste en que ésta sea inscrita en el registro de la propiedad



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

***Otorgamiento de Escritura Pública***

inmueble; y, de acuerdo con el principio de titulación auténtica, para tal fin es necesario justamente que ella se constituya por escritura pública, salvo excepción legal.

Resulta, entonces, contradictorio afirmar que la inscripción si es una formalidad *ad solemnitate* para la hipoteca, pero que la forma escritural no lo es, dado que aquella presupone a ésta última.

8. Para superar las implicancias de este último razonamiento se ha tratado de desarrollar una distinción conceptual entre el "contrato de hipoteca", presumiblemente normado en el artículo 1098 del Código Civil, y el "derecho de hipoteca", presumiblemente normado en el artículo 1099 del mismo cuerpo legal. Empero, es necesario recordar en este punto que el establecimiento de formas solemnes para la celebración de determinados contratos no está regida por la doctrina, sino por consideraciones de política legislativa; de tal modo que en este punto no puede sujetarse la ley a la dogmática, sino todo lo contrario.

Además, este argumento construye una distinción teórica donde la ley no lo hace, sin contar para ello con ningún tipo de discriminación o particularidad surgida del propio texto legal, que en ambos casos hacen referencia expresa a "la hipoteca". Para compartirlo sería necesario aceptar primero que "la hipoteca" normada en el artículo 1098 resulta ser distinta -sin más- de "la hipoteca" normada en el artículo 1099, y ello implica, en mi parecer, una *petición de principio*.



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

**Otorgamiento de Escritura Pública**

9. De otro lado, afirmar que la forma prevista en el artículo 1098 para el contrato de hipoteca tiene carácter meramente probatorio *-ad probationem-* significaría someter a esta figura contractual al régimen de libertad de forma, permitiendo que ésta sea celebrada por los particulares en cualquier modo, mientras pueda probarse la existencia del acuerdo. Una llamada telefónica, un correo electrónico o el acuerdo adoptado en un almuerzo de negocios bastaría para tal fin. Empero, esto va en contra del análisis sistemático del régimen hipotecario regulado en nuestro ordenamiento jurídico, que en ningún caso ha dejado librada la constitución de la hipoteca a la forma libre. En efecto, al analizar los distintos tipos de hipoteca normados en nuestro ordenamiento jurídico se observa que el acto jurídico constitutivo de la hipoteca de fuente voluntaria siempre es formal: La hipoteca popular requiere formulación, en tanto que la hipoteca unilateral exige escritura pública.
  
10. Finalmente, cabe mencionar que atribuir al contrato de hipoteca el régimen de forma libre también provocaría un quiebre en la sistemática prevista en nuestro Código Civil, pues resultaría que él se encontraría sujeto a menores formalidades que las exigidas para la fianza -que es formal, de acuerdo con el artículo 1871 del Código Civil- o la anticresis -que, de acuerdo con el artículo 1092 del mismo cuerpo legal, también lo es-.
  
11. A partir de todas estas razones, resulta claro que la formalidad de escritura pública prevista en el artículo 1098 del Código Civil para "la hipoteca" -y no para *el contrato de hipoteca*- tiene carácter solemne y,



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

***Otorgamiento de Escritura Pública***

por tanto, su omisión no puede ser subsanada a través del proceso de otorgamiento de escritura pública.

12. Siendo ello así, se desprende que la Sala Superior ha incurrido en infracción al contenido normativo del referido artículo al declarar fundada la demanda de otorgamiento de escritura pública interpuesta por la Municipalidad Provincial de Huancayo, pues, según se ha explicado, es jurídicamente imposible ordenar a la parte demandada el otorgamiento de escritura pública de un contrato de hipoteca. Razón por la cual corresponde a esta Suprema Sala actuar de acuerdo con lo previsto por el primer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil.

**DECISIÓN**

Por estas razones, mi voto es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas 301 por José Luis Calmell del Solar Díaz; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista dictada el 20 de julio de 2015, a fojas 277. Actuando en sede de instancia, **CONFIRMARON** la sentencia apelada, dictada el 19 de diciembre de 2014, a fojas 247, que declaró improcedente la demanda de otorgamiento de escritura pública interpuesta por la Municipalidad Provincial de Huancayo. **DISPONER** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; y los devolvieron; en los seguidos sobre otorgamiento de escritura pública.

**SS.**

**DEL CARPIO RODRÍGUEZ**





**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N° 3787-2015  
JUNÍN**

***Otorgamiento de Escritura Pública***

**RODRÍGUEZ CHÁVEZ**

**YAYA ZUMAETA**



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CASACIÓN N°3787-2015  
JUNÍN**

***Otorgamiento de Escritura Pública***

**LA SECRETARIA DE LA SALA CIVIL PERMANENTE QUE SUSCRIBE CERTIFICA:** Que los señores Jueces Supremos De La Barra Barrera y Del Carpio Rodríguez no vuelven a suscribir sus votos que fuera realizado con fecha veintiséis de mayo de dos mil dieciseis, el mismo que obra a fojas 58 y 69 de este cuaderno supremo; que los señores Jueces Supremos Calderón Puertas, Rodríguez Chávez y Yaya Zumaeta vuelven a suscribir sus votos que fueran realizados con fecha veintiséis de mayo de dos mil dieciseis, conforme a lo dispuesto por el artículo 149 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Lima, 14 de abril de 2022.-----

-----



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA  
CAS. N°3787-2015  
JUNÍN**

***Otorgamiento de Escritura Pública***