

Problemática actual del proceso de ejecución de hipoteca

Martín Alejandro Hurtado Reyes¹

I. Nota introductoria:

En este breve trabajo pretendemos presentar –sin agotarlas- algunas situaciones problemáticas que se presentan en el proceso de ejecución de hipoteca y desde nuestra particular óptica, proponer algunas pautas pretendiendo dar una posible solución a las mismas.

Debe entenderse desde ya que el proceso de ejecución de hipoteca es el mecanismo procesal que sirve para que el acreedor hipotecario busque la concesión de tutela judicial, intimando a los ejecutados para el cumplimiento de la obligación, en caso de no cumplir con el auto de pago, se procederá a realizar (remate) la hipoteca otorgada.

En ese sentido, debe considerarse que el proceso de ejecución de garantía, siendo un proceso único de ejecución –según nuestro Código procesal Civil- tiene dos finalidades: i) *finalidad inmediata*, buscar que los ejecutados (esencialmente el deudor) cumplan con pagar la obligación puesta a cobro (pago de la suma capital, intereses, costas y costos), para lo cual, se debe notificar (con emplazamiento válido) a los ejecutados, el auto de pago y darles y plazo para el efecto; ii) *finalidad mediata*, en caso de que los obligados no cumplan con pagar íntegramente la obligación puesta a cobro, se debe proceder a la ejecución forzada, es decir, al remate del bien dado en garantía, realizando el bien dado en garantía y proporcionando satisfacción al acreedor hipotecario.

Cuando el acreedor hipotecario tiene una relación jurídica conflictuada con los sujetos del deber, por falta de colaboración de los obligados, normalmente por incumplimiento de la obligación garantizada con la hipoteca, debe recurrir al órgano jurisdiccional para hacer viable la finalidad mediata e inmediata del proceso de ejecución de garantía.

Este acreedor recurre al órgano jurisdiccional buscando tutela jurídica al problema surgido con los obligados en la relación jurídica generada a partir de la constitución de hipoteca, obviamente la intención del ejecutante en este proceso es buscar satisfacer su crédito, que le paguen lo adeudado.

Al ejecutante –se entiende- no le interesa en demasía el remate del bien (último ratio de este proceso, al que se llega siempre por no cumplir con el auto de pago),

¹ Doctor en Derecho. Profesor del Post Grado de la USMP, PUCP, UNMSM y de la AMAG. Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima, integrante de la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial.

sino que busca (finalidad inmediata) que le paguen lo que demanda como obligación incumplida. Para este propósito, el ejecutante necesita de un proceso célere y sin complicaciones, a través del cual, pueda lograr la tutela judicial que busca.

Las partes en el proceso de ejecución de garantía hipotecaria debe tener un proceso en el que las reglas procesales y los criterios interpretativos de las mismas sean claros y uniformes, que el proceso no solo esté en manos de jueces realmente imparciales sino que existan homogeneidad en las decisiones judiciales, que los conflictos se resuelvan de forma predecible.

Si se presentan situaciones no previstas en las normas procesales o sustanciales que empantanar el proceso o situaciones en las que se requiera hacer trabajo interpretativo por parte del juez o solucionar una problemática poco ortodoxa, se requerirá de la producción de respuestas judiciales que proporcionen a las partes una correcta tutela judicial efectiva.

Cuando las partes no obtienen de los órganos jurisdiccionales respuestas oportunas y correctas o en todo caso, razonables, se presentan problemas de credibilidad en la forma de resolver por parte de los jueces.

II. Sujetos legitimados en el proceso de ejecución de hipoteca:

En el proceso de ejecución de garantía hipotecaria, encontramos a determinados sujetos que por la naturaleza de la relación jurídica generada fuera del proceso, deben aparecer en la relación procesal: el **ejecutante** (*acreedor hipotecario*), el **ejecutado** (deudor hipotecario), el **co ejecutado** (constituyente de la hipoteca, cuando es diferente al deudor, al que se llama *garante hipotecario*), aunque puede aparecer también como **co ejecutado** un *fiador*.

Por un lado, tenemos al llamado **acreedor hipotecario**, que en el proceso judicial se convierte en la **parte ejecutante**, cuya legitimidad para obrar se encuentra sustentada en el derecho de acreedor hipotecario y su interés se focaliza en cobrar su acreencia.

Aunque en estos proceso, puede aparecer como parte demandante y ejerciendo la pretensión oblicua (sustitución procesal para el CPC) el **acreedor** del acreedor hipotecario (con quien mantiene una relación jurídica obligacional, donde este último es su deudor) contra el deudor de éste, conforme a lo que señala el artículo 1219 inciso 4 del CC,² en concordancia con lo dispuesto en el numeral 60 del

² Artículo 1219 inciso 4 del CC: “Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor a lo siguiente: Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.”

CPC,³ con la condición de citar al acreedor hipotecario. Pero, este acreedor no garantizado con la hipoteca a ejecutar, puede intervenir como tercero en el proceso de ejecución hipotecaria ya iniciado, siendo la forma de intervención adhesiva.⁴

Integrando la relación jurídica obligacional deducida en el proceso encontramos al **deudor hipotecario**, que en el proceso se le conoce como **ejecutado**, es el sujeto llamado a cumplir con el pago de la suma adeudada (capital, intereses, costos y costas), es el que resiste la pretensión contenida en la demanda. A él le resulta exigible el contenido del auto de pago. El deudor a su vez puede ser el constituyente de la hipoteca, a partir de lo cual se encuentran consolidadas en su persona la condición de deudor y la de garante hipotecario.

Pero, si el **garante hipotecario** fuera una persona natural o jurídica diferente al deudor, entonces aparecerá en el proceso como co ejecutado el sujeto que constituyó la hipoteca a favor del acreedor, este sujeto de derecho es el que en la realidad, afecta su esfera patrimonial, constituyendo la hipoteca para garantizar las obligaciones que tiene el deudor con el acreedor. En algunos casos el garante hipotecario asumió en el acto constitutivo la condición de fiador solidario del deudor, con lo cual, se consolidan en su persona la condición de deudor solidario y a la vez de garante hipotecario.

El **fiador solidario**, puede ser una persona natural o jurídica, diferente al deudor o al garante hipotecario, es el sujeto que con su patrimonio en general afianza las obligaciones que tuviere el deudor con respecto a su acreedor, en virtud a la fianza asume la condición de deudor solidario y le resulta exigible las prestaciones ordenadas cumplir en el auto de pago. Para ser considerado como parte en el proceso debe aparecer participando como tal en el acto constitutivo de la hipoteca, no es suficiente por ejemplo que sea fiador cambiario (titulo valor), se requiere que sea fiador civil.

III. Otros sujetos que aparecen en el proceso de ejecución de hipoteca:

Además de los sujetos que se han mencionado en el acápite anterior, podemos mencionar a otros sujetos que pueden aparecer en el proceso de ejecución de hipoteca.

³ Artículo 60 del CPC: “En el caso previsto en el inciso 4. del Artículo 1219 del Código Civil y en los demás que la ley permita, una persona puede iniciar un proceso o coadyuvar la defensa del ya iniciado cuando tenga interés en su resultado, sin necesidad de acreditar derecho propio o interés directo en la materia discutida.”

⁴ Este apunte lo hacemos a partir del anteproyecto de ley presentado por CEFI y que se viene discutiendo entre los magistrados de la especialidad comercial.

Aquí encontramos, por ejemplo, a los **poseedores** del bien objeto de la ejecución, a aquellos sujetos que tienen posesión inmediata del inmueble afectado con la hipoteca.

La notificación a los poseedores (para conocer la existencia del proceso) tienen suma importancia para los efectos de la ejecución forzada, sobre todo, cuando se trata de sujetos distintos al deudor o al garante hipotecario, pues su falta de notificación para hacerle saber la existencia del proceso, puede propiciar un valla que impida ejecutar en su contra el lanzamiento para entregar la posesión al adjudicatario del bien.

La parte in fine del artículo 720 del CPC impone como deber al juez el de notificar con el auto de ejecución a los poseedores del inmueble materia de ejecución cuando sean distintos al deudor, por lo que en algunos casos, la orden de lanzamiento contra los poseedores distintos al deudor o garante hipotecario que no fueron notificados conforme a esta norma, se vuelve infructuoso, aunque hay situaciones en las que se echa mano a la convalidación de la misma.

Pueden intervenir en un proceso de ejecución de hipoteca los **acreedores no ejecutantes**, sujetos que tienen derechos de crédito preferentes o no con relación a la acreencia del ejecutantes, se apersonan al proceso para cobrar sus créditos con el producto del remate, compartiendo el mismo con el ejecutante o desplazándolo, dejándole solo el remanente, si lo hubiera.

III. Problemas frecuentes:

En esta parte del trabajo haremos una descripción de los problemas más frecuentes del proceso de ejecución de hipoteca, a partir de los cuales daremos nuestro punto de vista buscando perfilar posibles soluciones a los mismos.

1.Cuál es el **título** en el proceso de ejecución de hipoteca:

Todavía hoy, luego de la modificatoria del artículo 720 del CPC⁵ algunos abogados y jueces consideran que el título en el proceso de ejecución de hipoteca lo constituye la escritura pública de constitución de hipoteca y el saldo deudor.

Considero que título de ejecución en estos procesos lo constituye, **por un lado**, la escritura pública de constitución de hipoteca, cuando la obligación (puesta a cobro) se encuentra contenida en la misma, es decir, que se trata –por ejemplo– de una escritura de *mutuo con garantía hipotecaria*, en la cual se puede definir con

⁵ 720.1: “Procede la ejecución de garantías reales, siempre que su constitución cumpla con las formalidades que la ley prescribe y la obligación garantizada se encuentre contenida en el mismo documento o en cualquier otro título ejecutivo.”

mucha claridad los alcances del mutuo, como son la suma mutuada, la forma de pago, los intereses pactados, entre otros pactos que ayuden a establecer la obligación que se cobra. También puede ser un *contrato de compraventa de inmueble con garantía hipotecaria*, en cuyo contenido se puede establecer la obligación en la que se sustenta la ejecución de hipoteca, como son el precio de venta, las cuotas en las que se deben pagar y los intereses que se hubieren pactado. Se trata de escrituras públicas en las que se encuentra contenida la obligación.

En estos casos, la liquidación del saldo deudor podría servir para describir la obligación a partir de los pactos contenidos en la escritura pública de constitución de garantía (monto capital, cuotas pagadas, cuotas no pagadas e intereses); pero este documento unilateral y sin formalidades pre establecidas no contiene la obligación

Por otro lado, suele pasar que por la naturaleza de la obligación que vincula a las partes, ella no aparezca con precisión en la escritura de constitución, por ejemplo en los contratos de suministro de bienes, en los que se aprueba solo una línea de crédito al momento de celebrar el contrato; sin embargo, los bienes que se deben entregar tomando en cuenta esta línea de crédito necesitan ser garantizados para cubrir el crédito en caso de incumplimiento. En esta situación, la obligación es genérica o se puede decir indeterminada, ya que no se sabe cuánto debe el deudor o hasta cuánto se comprometerá; pero, durante la ejecución del contrato sí se podrá determinar suma líquida. Se trata de escrituras públicas en las que la obligación no es determinada y la garantía cubre estas obligaciones, que en el futuro se volverán determinadas. Se suele en estos casos emitir un título valor incompleto (artículo 10 de la Ley No. 27287 – Ley de Títulos Valores), el que se debe integrar (completar) siguiendo los pactos, la suma de este documento cartular debería ser el monto de la obligación.

También podemos encontrar en este rubro a las hipotecas que garantizan obligaciones eventuales o futuras, llamadas también hipotecas sábanas. Se garantizan las obligaciones que puedan aparecer en títulos valores,⁶ saldos de cuenta corriente y cualquier otra obligación que asuma el deudor con el acreedor. La obligación no existe al momento del acto de constitución, pero existirá en el futuro y de llegar a tener existencia, la hipoteca servirá para garantizarla.

En estos dos últimos casos el *título es complejo*, ya que se encuentra integrado por la escritura pública y el título valor en el que aparece contenida la obligación,

⁶ En el Pleno Jurisdiccional Nacional del año 2012 realizado en Chiclayo se acordó por mayoría que a partir de la modificatoria del artículo 720 del CPC cuando la obligación se encuentre contenida en título valor, el juez debe controlar que este título valor no se encuentre afectado por prescripción de acuerdo a la ley de la materia, es decir, que se encuentre expedito para el inicio de la acción cambiaria.

aunque puede ser otro documento en el que se encuentre contenida la obligación y que tenga la condición de título ejecutivo.⁷

Entonces, debemos considerar que en estos procesos la obligación puesta a cobro debe constar en un documento que tenga la condición de título ejecutivo, según el CPC o alguna ley especial, o puede que la obligación se encuentre involucrada en la misma escritura pública de constitución.

De tal manera, que el título sea solo la escritura pública de hipoteca (cuando la obligación está contenida ahí mismo) y en algunos casos sea complementado por otro documento de naturaleza ejecutiva (título valor, recibo de arrendamiento, escritura pública, etc.).

La tarea de fijar cuál es el título en los procesos de ejecución de garantía y que formalidades y funciones cumple en este proceso, la liquidación del saldo deudor, la tiene pendiente nuestra Corte Suprema, la cual, a la brevedad deberá emitir el VI Pleno Jurisdiccional en materia civil en el que se ha discutieron estos temas (realizado el 06 de noviembre de 2012).

2. Límite del gravamen:

En la práctica judicial se presentan diversos problemas que redundan en el monto del gravamen fijado en la escritura pública y que en el monto que aparece inscrito en el Registro de Predios.

Hemos considerado en trabajo anterior⁸ que es importante para diversas circunstancias considerar el monto del gravamen, debiendo entenderse como monto del gravamen, el señalado por las partes en la escritura de constitución de hipoteca, hasta cuyo monto, el constituyente afectó su inmueble en garantía de las obligaciones del deudor, el cual además se hace público a través del Registro de Predios, haciendo saber a terceros que se vinculen con el inmueble el monto de la afectación del inmueble con una hipoteca.

Sostuvimos en aquel trabajo que el monto máximo del gravamen sirve para dar seguridad jurídica en el tráfico jurídico de bienes, ya que el acreedor con respecto

⁷ Aquí podemos encontrar a un contrato de arrendamiento de inmueble con garantía hipotecaria, las rentas estarán garantizadas por la hipoteca, pero el título ejecutivo que servirá para acreditar la obligación serían los recibos de arrendamiento impagos. También a un reconocimiento de deuda contenido en escritura pública, cuyas obligaciones de forma genérica estuvieran garantizadas por el deudor o garante hipotecario con hipoteca constituida a favor del acreedor.

⁸ Ver artículo de mi autoría: "El proceso de ejecución de garantía hipotecaria, ¿La cobertura de la hipoteca tiene como límite al monto del gravamen? Publicado en Actualidad Jurídica en enero de 2013.

al bien hipotecado y rematado, no puede cobrar en el proceso una suma mayor a la que aparece consignada como límite del gravamen, aun si la deuda por concepto de capital, intereses, costos y costas sea mayor.

La situación problemática sobre este aspecto las habíamos identificado en los siguientes supuestos hipotéticos:

a) El deudor es el propietario del inmueble y garantizó la obligación con el bien inmueble por determinado monto; sin embargo, la suma ordenada pagar (en el auto definitivo y con autoridad de cosa juzgada), además con liquidación aprobada de intereses y de costos y costas, es mayor al monto del gravamen. En este panorama, el ejecutante pretende cobrar la suma total adeudada y el ejecutado busca recuperar el monto restante después de pagar al ejecutante hasta el monto del gravamen.

b) En acto constitutivo la obligación se encuentra garantizada por una persona distinta al deudor, al que suele llamarse, garante hipotecario (el constituyente, señala la doctrina), aquí tenemos que se garantizó al deudor hasta un monto determinado, el gravamen es determinado. El garante hipotecario pretende cubrir (garantizar) con su inmueble hasta el monto al que se comprometió y el ejecutante busca cobrar la totalidad de lo adeudado.

c) Que sea un tercero ajeno al proceso el que adquiera el bien inmueble hipotecado y que es materia de ejecución y se apersona al proceso y consigne judicialmente el monto que aparece en el registro como gravamen. En este caso el tercero consigna en el juzgado el monto del gravamen conforme aparece en el registro antes del remate y pide que no se lleve a cabo (se suspenda) el remate del inmueble. Pese al depósito judicial efectuado el ejecutante pretende cobrar la totalidad de lo adeudado.

En ese trabajo concluimos que:

1. En el auto de pago de los procesos de ejecución de garantía el juez debe indicar el monto del gravamen cuando la deuda demandada sea mayor.
2. El monto del gravamen del inmueble hipotecado se constituye en el límite del monto hasta el cual el acreedor puede cobrar lo que resulte del remate del bien inmueble rematado.
3. El acreedor con una suma a su favor después del remate no puede exigir que le paguen con el remanente si no lo afectó –previamente- con mandato judicial para evitar que cobre el ejecutado.
4. La sola exigencia del ejecutante ante el juez para indicar que el ejecutado le adeuda una suma mayor al gravamen no es suficiente para evitar que el

remanente sea cobrada por el obligado, el juzgador no puede actuar de oficio cautelando esta suma para pagar el monto no cubierto con la ejecución de hipoteca.

5. El ejecutante –en los casos en que el monto del gravamen es menor a lo adeudado- debe utilizar las medidas cautelares o medidas de ejecución para evitar que el remanente del remate sea cobrado por el ejecutado, cuando el mismo haya garantizado el crédito con su inmueble.

Sustentamos nuestra posición sobre este particular en el citado trabajo, y mantenemos dicho criterio.

3. Anotación de demanda:

La medida cautelar de anotación de demanda, se constituye como pilar fundamental en los procesos de cognición, en los cuales la sentencia modificará o generará un determinado efecto jurídico en el Registro, con respecto a los bienes o derechos que se discuten en el proceso judicial.

La anotación de demanda sirve para publicitar una litis a través del Registro, evita que terceros que se vinculen con bienes o derechos registrados puedan alegar buena fe en el futuro, basad en el Registro.

La anotación de demanda es la mejor forma de garantizar el resultado de un proceso, pues con ella se hace saber a todos los que se vinculen con bienes o derechos registrados, que sobre los mismos existe un proceso judicial, que se encuentran en litis, que están cuestionados judicialmente, por lo cual, si se vincula con ellos sufrirá las consecuencias que se deriven (favorables o desfavorables) del resultado del proceso judicial.

Siendo este el marco teórico -breve por cierto- de la anotación de demanda, no sería prima facie admisible una medida cautelar de esta naturaleza en un proceso de ejecución de garantía, ello debido a que este tipo de procesos judiciales no tienen por finalidad la modificación del registro (el remate lo logra, pero es parte de la ejecución forzada, no es lo que se decide en el auto final, que contiene una sentencia de condena a cargo del ejecutado).

Sin embargo, dada la magnitud de la problemática que presenta el proceso de ejecución de hipoteca, se vienen concediendo a nivel judicial medidas cautelar de anotación de demanda, con las que se busca evitar circunstancias que se produzcan en el registro que conviertan en infructuosa la ejecución de los bienes hipotecados.⁹

⁹ A esa conclusión de Ilegó por mayoría en el Pleno Distrital Comercial 2011 realizado en la Corte Superior de Justicia de Lima: "(...) se protege la viabilidad de la ejecución, evitando que se produzca la extinción de la inscripción registral de la hipoteca al amparo del artículo 3 de la

Concretamente, evitar que se perjudique al acreedor hipotecario de primer rango, cuando exista otro proceso judicial de ejecución de hipoteca del mismo bien, en el que por situaciones de fraude, no se haya hecho saber al acreedor hipotecario de primer rango, la existencia de este proceso.

Puede servir para neutralizar la posibilidad que el deudor o garante hipotecario logren levantar la hipoteca por caducidad en aplicación de la Ley No. 26639 y una vez levantada se disponga del bien a favor de terceros.

Es útil para evitar que los liquidadores designados en los procesos concursales, transfieran el bien hipotecado a terceros, aun sabiendo que existe un proceso judicial (muchas veces con autoridad de cosa juzgada).

La anotación de demanda, en estas circunstancias neutraliza cualquier posibilidad del deudor y/o garante hipotecario de variar el registro y evitar con ello que se produzca el remate del bien, ya que en cualquiera de estas situaciones descritas se puede llegar a levantar la hipoteca inscrita y solicitar la conclusión del proceso de ejecución, pedido, que obviamente no procede, porque no basta que la hipoteca materia de ejecución, se haya levantado para concluir el proceso (ya que si bien no sería posible ejecutar la hipoteca, la deuda no fue cancelada), pues aun levantada la hipoteca, la deuda continua impaga y se pueden afectar –en este mismo proceso, conforme a lo que dispone el artículo 724 CPC- otros bienes del deudor para satisfacer la acreencia del ejecutante.

Pero, pese a la utilidad que tiene en estos procesos la anotación de demanda derivada de un proceso de ejecución de hipoteca, no estamos de acuerdo que reciba el nombre que se le viene dando a esta medida cautelar, por el contrario hemos abogado por considerarla como una medida cautelar genérica, ya que como habrá podido comprobar nuestro lector, la medida cautelar dictada no cuadra con la finalidad del proceso de ejecución de garantías, ya que busca ordenar el pago de lo adeudado o el remate de bienes hipotecados en caso de incumplimiento, no propiamente la modificación del Registro.

4. Intervención del garante hipotecario y de la persona que adquiere el bien:

Una relación jurídico procesal simple en un proceso de ejecución de hipoteca, se genera con el ***ejecutante, acreedor hipotecario*** y teniendo como ***ejecutados***, al ***deudor*** y al ***garante hipotecario***.

Ley No. 26639, a través de la “extensión de un asiento de cancelación por caducidad de la inscripción del gravamen” o si el inmueble se remate en otro distrito judicial en virtud de una hipoteca posterior, y en dicho proceso no se notifica al acreedor hipotecario de rango preferente, se evita que el adjudicatario o sucesivos adquirentes del bien, no invoquen la fe pública registral.”

A partir de lo cual, se ha sostenido que existe un *litisconsorcio necesario* en la parte ejecutada (pasivo), debido a que no se puede iniciar y ser válido un proceso de esta naturaleza, si solo se emplaza al deudor y se olvida del garante hipotecario o por el contrario si solo se emplaza con la demanda al garante hipotecario y se olvida del deudor, en suma en un proceso de ejecución de hipoteca no se puede escindir la parte demandada, debe estar integrada (para la validez del proceso) por el deudor y el garante hipotecario, si fueran dos personas diferentes.

En el proceso de ejecución de hipoteca con estos sujetos en la parte pasiva, se ejercita la acción real (contra el garante hipotecario, porque no es el deudor) y la acción personal (contra el deudor, por ser el obligado), pero, se hace **de forma conjunta**, no me parece admisible jurídicamente, el inicio de cualquiera de ellas de forma independiente, en los casos de ejecución de hipoteca, porque ambos deben estar presentes.

Con lo cual podemos concluir que en situaciones normales, el garante hipotecario, cuando es una persona distinta al deudor, siempre debe estar presente en la parte ejecutada, en calidad de ***litisconsorte necesario***.

El problema, obviamente, no lo encontramos ahí, se presenta la cuestión, cuando el garante hipotecario (propietario del bien) dispuso del bien hipotecado, es decir, que el bien fue transferido a un tercero por el garante hipotecario.

En esta circunstancia, nos preguntamos qué condición jurídica debe tener en el proceso, el nuevo propietario, el cual, técnicamente no es garante hipotecario, sino el nuevo propietario del bien materia de ejecución. Y la otra pregunta que nace en este contexto es, si el garante hipotecario pierde legitimidad procesal por el hecho de haber dejado de ser propietario del bien a ejecutar.

Me parece que para dar respuesta a estas interrogantes se debe averiguar en primer lugar lo siguiente: i) si la transferencia se hizo antes de iniciado el proceso o después del mismo; ii) si la transferencia se inscribió en el Registro o se mantiene fuera del mismo (oculta y sin publicidad).

Si la transferencia del bien hipotecado, operó antes de iniciado el proceso y la misma corre inscrita (o se puede deducir de la información proporcionada por el ejecutante, aunque no esté inscrita), el garante hipotecario (si es persona diferente al deudor y no tiene la condición de fiador), perdió legitimidad para obrar, en tal sentido, el proceso se debe entenderse necesariamente con el nuevo propietario, quien defenderá su posición de *domine*, teniendo sin lugar a dudas la condición de litisconsorte necesario.

Si la transferencia se realizó antes del proceso y no corre inscrita en el Registro, además la parte ejecutante y el juez no saben de ella (no cuentan con la información necesaria), la parte ejecutada debe estar integrada por el garante

hipotecario que aparece en el Registro, siendo una carga del nuevo propietario, el de apersonarse al proceso y pedir su intervención en el mismo o del anterior propietario que aparece en el proceso como garante hipotecario de hacerlo saber al juez.

La relación procesal será válida si el nuevo propietario no aparece en el proceso, pese a tener tal condición, debido a que en este caso, considero que el juez no estuvo en posibilidad de saber por información del Registro, del ejecutante o del garante hipotecario (quien además debió hacerlo saber oportunamente al juez) que existía un nuevo propietario, no siendo posible atender el pedido de nulidad procesal –es lo que ocurre de forma cotidiana- si el nuevo propietario aparece en el proceso en la etapa técnica de ejecución, pretendiendo detener el remate y solicitando la nulidad de todo lo actuado, alegando principalmente no haber sido emplazado, la conducta de la parte ejecutada y del nuevo propietario abonan a desestimar la nulidad, ya que pese al sistema de transferencia de bienes inmueble que rige en nuestro medio, se debe entender que se mantuvo oculta esta situación para luego postular la nulidad de lo actuado, cuando ya se produjo la cosa juzgada.

Me parece que la situación se presenta diferente cuando la transferencia del bien hipotecado se realizó durante el proceso (en trámite) y el nuevo propietario pretende su intervención en el proceso, en este particular caso, la idea es considerar al nuevo propietario, como un ***sucesor procesal***, en armonía con lo que dispone el artículo 108 inciso 3 del CPC.¹⁰

Los problemas surgidos hasta ahora con el garante hipotecario y el nuevo propietario se pretenden solucionar con la propuesta de modificatoria del proceso de ejecución de garantía: i) el sujeto legitimado en la parte pasiva además del deudor es el propietario registral del bien; ii) si no se inscribe la transferencia en el registro, el adquirente debe hacerlo saber al acreedor hipotecario con carta notarial, si se hace esta actividad luego no hay posibilidad de postular la nulidad de actuados; iii) tiene legitimidad para obrar pasiva quien tenga el derecho de propiedad a la fecha de la interposición de la demanda.

Me parece que en el proyecto ya mencionado se olvidó que el garante hipotecario puede tener la condición de fiador solidario o puede haber otro sujeto que aparece en el acto de constitución como fiador y que pueden aparecer en la parte pasiva del proceso.

5. El pago de intereses cuando una entidad financiera cede su derecho de crédito a persona natural o jurídica que no tiene la misma calidad:

¹⁰ Artículo 108.4 del CPC: “El adquirente por acto entre vivos de un derecho discutido, sucede en el proceso al enajenante. De haber oposición, el enajenante se mantiene en el proceso como litisconsorte de su sucesor.”

El pago de intereses en los procesos judiciales de ejecución de hipoteca se presenta en la demanda como una pretensión accesorio, teniendo como pretensión principal el pago de la suma de dinero adeudada a los cuales se adiciona el pago de costos y costas.

Cuando el proceso lo inicia una empresa del sistema financiero, los intereses pactados (compensatorios y moratorios) que aparecen en los documentos presentados (títulos valores, leasing, hipotecas, contrato de cuenta corriente etc.) se fijan en las más altas tasas permitidas por el artículo 9 de la Ley No. 26702 – Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros- y numerales 51 y 52 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, los cuales son en particular los más altos que los intereses pactados en el sistema jurídico, presentando claras diferencias con los que pactan las personas naturales o jurídicas que no pertenecen al sistema financiero.

Obviamente, el juez del proceso debe respetar estos pactos, ello debido a que a las empresas del sistema financiero no les alcanza el artículo 1243 del CC, regla referida a la tasa máxima de interés convencional compensatorio y moratorio, con prohibición de pactar sobre la misma.

Cuando la empresa del sistema financiero empieza el proceso y llega al final del mismo, haciéndose el pago a su favor de lo obtenido en el proceso, la liquidación de intereses en ejecución de la decisión debe ser en virtud a lo pactado, aunque estos en apariencia sean excesivos, siendo muchas veces necesaria la designación de peritos para llegar a establecer su monto.

Sin embargo, suele ocurrir en estos procesos, que las empresas del sistema financiero han celebrado antes o durante el proceso contratos de cesión de derechos, dentro de los cuales se ceden a personas naturales o jurídicas que no pertenecen al sistema financiero, obligaciones garantizadas con hipoteca.

Aquí, es donde se presenta el cuestionamiento, para establecer si el sucesor procesal (cesionario de una empresa del sistema financiero) tiene derecho a cobrar la suma de dinero adeudada por la parte ejecutada con el interés pactado originariamente por empresa del sistema financiero y el deudor, o por el contrario, tiene derecho a cobrar otro tipo de interés.

La regla establecida en la práctica judicial para estos casos, es que el cesionario debe cobrar por concepto de intereses, no los intereses que fueron pactados a favor de la empresa del sistema financiero (en el título valor o en la escritura pública y otro), sino sólo el **interés legal**, ello debido a que la autorización para cobrar los intereses en atención a los establecido en el artículo 9 de la Ley No. 26702, solo le corresponde a la citada empresa, nunca a aquellas que no tengan

tal condición (pertenecer al sistema financiero), por lo cual, el concepto a pagar resulta ser el mismo (debe pagarse intereses), pero, no en la tasa pactada, sino con el interés legal.

Por ello, es que en la práctica judicial, también se ha negado el pago de los intereses “pactados” a favor del una empresa del sistema financiero cuando la misma se encuentra **en liquidación**, ya que pese a que en su momento fue una empresa de esta naturaleza y por tanto, estuvo facultada para cobrar los intereses autorizados por la Ley No. 26702, en la fecha de la demanda ya dejó de serlo, en consecuencia, ya no está en posibilidad jurídica de exigir el pago de los mismos.

Por lo común, se suele hacer un corte de intereses, los que debe pagar el deudor, hasta la fecha en que se produjo la cesión (intereses pactados) y los que intereses legales que se deben pagar después de la cesión (que corre después de la cesión).

6. Cesión de derechos por parte del adjudicatario a un tercero:

En ejecución forzada de los procesos de ejecución de hipoteca, una vez que se efectuó el remate del bien hipotecado y se produce la adjudicación del mismo a favor del adjudicatario, se debe entender que se ha producido la transferencia del bien inmueble a favor del sujeto que intervino como postor en el acto de remate, ello en aplicación a lo señalado en el artículo 739 del CPC.

Conforme a nuestra legislación, los efectos del auto de adjudicación se pueden identificar de la siguiente forma: i) se levanta todo gravamen que pese sobre el inmueble, salvo la anotación de demanda; ii) se ordena la entrega de la posesión del bien adjudicado, concediéndole el plazo de 10 días, bajo apercibimiento de lanzamiento; iii) se remiten los partes al Registro respectivo, para la inscripción de la venta judicial (aunque esta orden en la práctica judicial queda condicionada a la confirmación por el superior, en caso que el mandato fuera apelado).

Por lo cual, corresponderá al adjudicatario recibir los partes judiciales para inscribir su derecho de propiedad, lo cual se hará sin ningún problema una vez que la resolución dictada conforme a lo que establece el artículo 739 del CPC quede firme.

La situación se presenta complicada cuando el adjudicatario no es el que solicita los partes judiciales para la inscripción de la transferencia, sino que de forma atípica, el adjudicatario fuera del proceso, “cedió” sus derechos de nuevo propietario y se presenta al proceso el “cesionario” a pedir que se ordene con mandato judicial que se inscriba a su nombre, debido a que es el propietario actual del bien.

Ante esta coyuntura debemos preguntarnos, sí en realidad nos enfrentamos – en este caso- a una **cesión de derechos**, es decir, si el adjudicatario en realidad ha “cedido” algún “derecho” que se encuentra involucrado en el proceso o se trata realmente de una compraventa disfrazada de cesión de derechos. Además preguntamos, si el juez debería autorizar judicialmente esta “cesión de derechos” y ordenar que se inscriba la adjudicación a nombre del nuevo propietario (cesionario) y la entrega de la posesión del bien adjudicado.

Para responder a estas interrogantes debemos indicar en primer lugar, que por lo común el adjudicatario, es un tercero ajeno al proceso, es el sujeto que participa como postor y hace la puja (propuesta, oferta) más alta en el acto de remate, siendo por consecuencia adjudicado el bien objeto del remate, a su nombre, luego deberá pagar el precio total de la adjudicación y se hará la transferencia de propiedad a su favor (venta judicial, vía auto de adjudicación), en ese sentido, el adjudicatario se convierte a partir del auto de transferencia en el nuevo propietario del bien rematado.

Por lo cual, se entiende que el adjudicatario tiene derecho a que se le entregue el bien por la persona que lo ocupa (pudiendo pedir el lanzamiento de ser necesario), tiene derecho a recibir el bien libre de gravámenes e igualmente el derecho a inscribir su derecho, en el registro pertinente.

Pese a ello, la cesión de derechos en este caso –consideramos- no debe ser admitida por el juez de la ejecución, ello si se considera que este tipo de contratos requiere de tres sujetos, el cedente, cedido y cesionario (nuevo acreedor) con relación a un derecho que se puede exigir contra el cedido (deudor) y que se encuentre involucrado en el proceso, lo cual no ocurre en esta situación, puesto que, no aparece por ningún lugar el cedido ni derecho que se le puede exigir.¹¹

El presunto cedido debería ser en este caso, el sujeto obligado a cumplir determinada prestación a favor del cesionario, pero ante esta situación, simplemente el cedido, no existe, puesto que el demandado (si se le quisiera involucrar como cedido) por un lado, ya no es propietario del inmueble rematado, y por otro, porque no está obligado a cumplir lo que señala el artículo 739 del CPC, puesto que es el juez quien debe ordenar a pedido de parte que se realicen todos los actos procesales con efectos sustantivos señaladas en el mencionado artículo.

Además debe considerarse que la cesión de derecho con alcances procesales (la que puede generar una sucesión procesal) debe servir para que el cesionario tenga la posibilidad de exigir determinada prestación a cargo del demandado, lo cual, no ocurre en este caso, pues el demandado no se encuentra vinculado con el

¹¹ Esta tesis tiene concordancia con lo regulado en el artículo 1206 del CC, pues el cesionario (por la cesión de derechos) debe encontrarse en condiciones de exigirle al cedido o deudor, una prestación a su favor, lo cual, no puede ocurrir en este caso: *“la cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.”*

adjudicatario a partir del remate y no integra ninguna relación material con el adjudicatario, su relación es con el acreedor o ejecutante.

En consecuencia, el juez del proceso debería desestimar el apersonamiento del tercero “cesionario” y cumplir con los actos procesales señalados en el artículo 739 siempre a favor del adjudicatario.

En la práctica judicial se sospecha que esta conducta del adjudicatario se hace para evadir el pago de algún tipo de impuestos con la que se encontraría gravada la “disposición” del bien adjudicado, ya que en realidad lo que se produce es una compraventa y no una cesión de derechos.

7. Caducidad de las hipotecas en el registro y su reinscripción:

Suele suceder en los procesos de ejecución de hipoteca, que durante la ejecución forzada de la misma, el ejecutado postula la conclusión del proceso alegando que la hipoteca que se viene ejecutando, fue cancelada en el Registro con el procedimiento registral regulado en la Ley No. 26639 (no aplica para las hipotecas constituidas a favor de las empresas del sistema financiero).

Sobre este particular la judicatura no se ha puesto de acuerdo, pues, de un lado, algunos jueces al no existir hipoteca inscrita, señalan que ya no tiene sentido que el proceso de ejecución de hipoteca continúe, por lo cual, declaran concluido el proceso.

Sin embargo, hay jueces que mostrando su disconformidad con esta posición han denegado la conclusión del proceso e inclusive han ordenado la reinscripción de la hipoteca en el Registro.

Nosotros, nos hemos sumado a esta segunda posición, debido a que no se debe admitir que una hipoteca que ya se viene ejecutando en un proceso judicial, pueda ser susceptible de levantamiento, por un simple procedimiento registral, sin mayor trámite que un formulario con declaración jurada y la comprobación de un simple plazo: i) 10 años a partir de la fecha de inscripción de la hipoteca, cuando garantizan obligaciones que no tienen plazo de vencimiento; y ii) 10 años desde la fecha de vencimiento del crédito garantizado, cuando se pueda establecer el plazo de vencimiento del crédito, cuando garantizan obligaciones cuyo plazo de vencimiento se encuentra en documento que no obra en registro y cuando garantizan obligaciones futuras, eventuales o indeterminadas.¹²

La cancelación, extinción o caducidad (o como mejor se le pueda denominar) a pedido del deudor o garante hipotecario en virtud al artículo 3 de la Ley No.

¹² Plazos de caducidad para hipotecas resumidos por Cary Rocca Guzmán en “La caducidad como causal de extinción de hipoteca”, versión digital en www.derecho.usmp.edu.pe.

26639¹³, no debe atenderse en sede judicial, ello debido a que se presenta como un atentado a lo prescrito en el artículo 139 inciso 2 de la Constitución, ya que una vez iniciado el proceso de ejecución de hipoteca, considero que ya no se podría declarar fuera del proceso (con un procedimiento administrativo registral) la extinción de la misma.

De lo contrario, este procedimiento se estaría presentando como un mecanismo a favor del ejecutado para burlar el proceso judicial por un deudor que no cumplió con pagar la suma adeudada y es beneficiado por el simple transcurso del tiempo, cuando la hipoteca ya se viene ejecutando judicialmente.

Una situación más grave se presenta cuando la caducidad se obtiene durante la ejecución forzada del proceso de ejecución de hipoteca, pues en este caso, se afectará igualmente la cosa juzgada y el derecho a la tutela judicial efectiva.

No debe perderse de vista que la caducidad de la hipoteca regulada en este procedimiento tiene por objeto cancelar las hipotecas que no tienen utilidad en la realidad, que aun están inscritas nunca se ejecutaron; pero, a la vez se puede ver como un mecanismo que sanciona a un acreedor negligente, por lo cual, considero que no debe darse si el proceso de ejecución de garantías se ha iniciado (cuando el plazo fijado, aun no ha transcurrido) y menos debe admitirse cuando el proceso judicial ya generó la cosa juzgada.¹⁴

En ese sentido, en nuestra opinión, cuando el juez se encuentra en estas últimas situaciones debería ordenar la **reinscripción de la hipoteca**¹⁵ en el Registro correspondiente, sin embargo, debe cuidar de no continuar con la ejecución, si durante la cancelación de la hipoteca por aplicación de esta ley, no se hubieran generado derechos a favor de terceros (sucesivas transferencias a favor de terceros en el Registro).

¹³ Entendida como una nueva causal de extinción de la hipoteca por los Tribunales Registrales a las que ya aparecen señaladas en el artículo 1122 del CC, ver Resolución N° 232-2003-SUNARP-TR-L.

¹⁴ “La finalidad de la Ley N° 26639 con respecto a la extinción de la inscripción de hipotecas consiste en eliminar de las partidas registrales aquellas garantías reales que no puedan ser ejecutadas sancionando a la vez, la inacción del acreedor hipotecario, quien tiene expedita la vía, dentro del plazo de 10 años otorgado por la ley, para renegociar el crédito otorgado, con lo que se daría origen a una renovación de la hipoteca con el establecimiento de un nuevo plazo para el cumplimiento de la obligación, o iniciar acción en vía judicial el objeto de hacer efectivo el pago de la deuda, situaciones ambas que demostrarían la diligencia del acreedor, enervando la presunción de que transcurrido el plazo señalado en la ley, la hipoteca se habría extinguido como consecuencia del transcurso del término prescriptorio para iniciar el cobro de la obligación garantizada.” Ver la resolución del Tribunal Registral ya mencionada.

¹⁵ A esa conclusión se llegó en el Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima del 2011: “(...) se debe reinscribir la hipoteca, siempre que el inmueble continúe en propiedad del ejecutado”.

8. Suspensión del proceso por inicio de procedimiento concursal contra el deudor:

Otro problema que se presenta de corriente en el proceso de ejecución de hipoteca, es el referido a la suspensión del proceso debido al inicio del procedimiento concursal en INDECOPI contra el ejecutado-deudor.

El deudor que fue sometido a concurso ante INDECOPI en virtud a la Ley No. 27809 comúnmente solicita al juez del proceso de ejecución de hipoteca, la suspensión del proceso o muchas veces la suspensión del remate de los bienes otorgados en garantía (otras veces se solicita anular el remate realizado), ello en virtud a lo dispuesto en los artículos 17.1¹⁶ y 18.6¹⁷ de la citada ley, indicando que no se puede ejecutar judicial o extrajudicialmente los bienes del deudor al haber sido declarado en **situación de concurso** y publicado en el Diario Oficial El Peruano, por lo que se deberá suspender la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a la fecha de publicación.

Ante este pedido existen dos posiciones en el Poder Judicial:

- i) Desestimar el pedido, por tanto denegar la suspensión del proceso, ordenando continuar con la ejecución. Esta posición se sustenta en que el procedimiento concursal no debe afectar la cosa juzgada (ello cuando el proceso se encuentra en etapa técnica de ejecución y suelen presentarse estos pedidos después de mucho tiempo de quedar firme el auto final) y en consecuencia el derecho a la tutela judicial efectiva que se le debe otorgar a las partes, la base legal para esta decisión se encuentra en los incisos 2 y 3 del artículo 139 de la Constitución y numeral 4 del TUO de la LOPJ.¹⁸ En

¹⁶ Artículo 17.1: "A partir de la fecha de la publicación a que se refiere el artículo 32º, se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a dicha fecha, sin que este hecho constituya una novación de tales obligaciones, aplicándose a éstas, cuando corresponda, la tasa de interés que fuese pactada por la Junta de estimarlo pertinente. En este caso, no se devengará intereses moratorios por los adeudos mencionados, ni tampoco procederá la capitalización de intereses."

¹⁷ Artículo 18.6: "Declarada la situación de concurso y difundido el procedimiento no procederá la ejecución judicial o extrajudicial de los bienes del deudor afectados por garantías, salvo que dichos bienes hubiesen sido afectados en garantía de obligaciones de terceros, en cuyo caso podrán ser materia de ejecución como en los supuestos de los artículos 16.1 y 67.5."

¹⁸ La Corte Suprema en la Consulta No. 253-2010-Lima aprobó la inaplicación de los artículos 17 y 18 de la Ley No. 27809: destacando que la **Incompatibilidad** entre Art. 139 inciso 2 de la Constitución y Arts. 17.1 y 18 de la Ley No. 27809 es **manifiesta**, admitir la suspensión **supondría el retardo** de en la ejecución de una resolución judicial que con anterioridad a la declaración y publicación de la disolución y liquidación habría adquirido la calidad de cosa juzgada, permitiendo el **avocamiento indebido de cualquier otra autoridad en la prosecución regular de un proceso judicial**. Aunque admite que en **algunos casos** se puede encontrar **justificada la suspensión**, porque el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales no es absoluto (caso por caso).

estos casos el juez decide inaplicar (control difuso)¹⁹ los artículos mencionados de la Ley No. 27809 y se elevan los actuados en consulta a la Corte Suprema de la República.

- ii) Estimar el pedido, por tanto admitir la suspensión del proceso y del remate si fuera necesario, señalando que después de la publicación de la situación de concurso ningún bien del deudor puede ser ejecutado y si hubieran créditos impagos (incluyendo al del demandante) se deben pagar siguiendo la regla de la *par condition creditorum*. Todos los acreedores deben participar en el procedimiento concursal, reconocer sus créditos y cobrar como corresponda.

Comparto la primera posición²⁰, puesto que la experiencia ganada en este rubro, me lleva a decidir por la no suspensión del proceso, debido a que los pedidos de esta naturaleza son siempre posteriores a la cosa juzgada, precisamente cuando ya está el proceso listo para hacer el remate, lo cual obviamente, deja un manto de sospecha respecto a la conducta asumida por el deudor, quien de pronto, se convierte en un sujeto que se encuentra de una de las causales para ser sometido a concurso.

Me parece que en muchos casos la conducta del deudor es fraudulenta y emplea el mecanismo de someterse a concurso con el solo propósito de excluir el bien de la ejecución forzada, afectando el legítimo derecho del actor a cobrar su crédito con la ejecución forzada del bien hipotecado y burlándose de la actividad jurisdiccional, afectando la cosa juzgada y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por lo cual, los procedimientos concursales que se inicien con posterioridad a la cosa juzgada lograda en el proceso de ejecución no deberían tener efectos jurídicos en el mismo, debiendo proseguirse con la ejecución forzada hasta darle satisfacción al crédito del actor.

IV. Conclusiones:

¹⁹ El Tribunal Constitucional ha señalado sobre el particular en la STC No. 1125-2001-AA/TC: “El sometimiento del deudor a un procedimiento concursal cuando ya existen resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada que ordenan el pago, implica retardar la ejecución de las sentencias.”

²⁰ La que fue asumida por mayoría en el Pleno Jurisdiccional Nacional en materia Comercial realizado en agosto de 2012 en la ciudad de Chiclayo: “El artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución impiden que la ejecución de una decisión con autoridad de cosa juzgada pueda verse frustrada por el inicio de simple procedimiento administrativo”. Pleno al que fui invitado para disertar sobre “relaciones entre proceso de ejecución y procedimiento concursal” y además participé como miembro de la Primera Sala Civil con Sub Especialidad Comercial de Lima.

1. Los procesos de ejecución de hipoteca presentan un conjunto de problemas que no se solucionan fácilmente con las reglas del CPC, por lo cual, se debe recurrir a la aplicación de criterios objetivos por parte de los jueces que resuelven estos casos, apuntando siempre a evitar que los derechos del acreedor sean burlados, pero otorgando el derecho a la defensa y debido proceso del ejecutado.
2. Existe un anteproyecto de ley propuesto por CEFI que se viene discutiendo entre los magistrados de la especialidad comercial con el que se busca hacer más ágil y rápido el proceso de ejecución de hipoteca, con la posibilidad de llevar la discusión al proceso arbitral y modificando algunas situaciones que en la práctica se presentan problemáticas.
3. Gran parte del tráfico jurídico de inmuebles tiene su base en la hipoteca, por lo cual las reglas para su constitución y ejecución (sea en sede judicial o arbitral) deben estar siempre claras y darle la posibilidad al acreedor de buscar de la forma más rápida y adecuada la satisfacción de su crédito.