CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SEXTO PLENO CASATORIO

SENTENCIA DEL PLENO CASATORIO

CASACIÓN N° 2402-2012-LAMBAYEQUE

Demandante: Corporación Financiera de Desarrollo Sociedad Anónima.

Demandados: Marciano Fernández Gonzáles (+).
Aura Violeta Salas Gonzáles.

Materia: Ejecución de Garantías.

Vía Procedimental: Proceso de Ejecución.

Sumario:

I.- Introducción.

II.- Materia del Recurso.

III.- Fundamentos del Recurso.

IV.- De la convocatoria al Pleno Casatorio.

V.- Consideraciones.

1.- De la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.

1.1.- El debido proceso: aspecto formal y sustancial.

1.2.-De la motivación de las resoluciones judiciales.

1.3 - Finalidad de la motivación.

2.- Clasificación de los procesos atendiendo a la tutela satisfactiva.
2.1.- Proceso de Conocimiento.
2.2.- Proceso de Ejecución.
3.- Ejecución de Garantías Reales.
4.- Escritura Pública y Testimonio de Escritura Pública.
5.- Estado de Cuenta de Saldo Deudor.
6.- Mandato de Ejecución.
7.- Contradicción.
8.- Causales que sustentan la contradicción.
8.- Hipoteca como derecho real de garantía.
8.1. Concepto.
8.2. Requisitos.
8.3. Cobertura.
9.- Hipoteca Abierta.
10.- De las obligaciones y la imputación al pago.
11.- Intereses.
VI.- Conclusiones.
VII.- Fallo – Precedentes Vinculantes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SEXTO PLENO CASATORIO

Sentencia dictada por el Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación N° 2402-2012-LAMBAYEQUE

En la ciudad de Lima, Perú, a los tres días del mes de enero del dos mil trece, los señores jueces supremos, reunidos en sesión de Pleno Casatorio, integrado por los señores Jueces Supremos Távara Córdova (Presidente), Rodríguez Mendoza, Aranda Rodríguez, Huamaní Llamas, Ponce de Mier, Valcárcel Saldaña, Castañeda Serrano, Chaves Zapater, Calderón Castillo y Miranda Molina, han expedido la siguiente sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 400 del Código Procesal Civil. Vista que fue la causa en Audiencia Pública del Pleno Casatorio de fecha seis de noviembre de dos mil doce, escuchados los informes orales y la exposición de los señores abogados invitados en calidad de amicus curiae (Amigos del Tribunal), discutida y deliberada que fue la causa, siendo el magistrado ponente el Señor Juez Supremo **Távara Córdova,** de los actuados, resulta:

I. INTRODUCCIÓN

1. Demanda de ejecución

1.1. Mediante escrito de fecha trece de mayo de dos mil ocho corriente a fojas setenta y tres, CORPORACIÓN FINANCIERA DE DESARROLLO S.A. - COFIDE (en adelante LA EJECUTANTE),

interpone demanda de ejecución de garantías en contra de MARCIANO FERNÁNDEZ GONZÁLES y AURA VIOLETA SALAS GONZÁLES, para que cumplan con abonarle la suma de TRESCIENTOS ONCE MIL NOVECIENTOS QUINCE Y 61/100 NUEVOS SOLES (S/. 311,915.66) más los intereses compensatorios devengados y por devengarse, costos y costas del proceso.

1.2. Alega LA EJECUTANTE que:

1.2.1. En virtud de la Formalización de Cesión, Transferencia de Bienes y Garantías celebrado entre el NBK Bank y LA EJECUTANTE, de fecha tres de octubre de dos mil cinco, elevada a escritura pública ante el Notario Público de Lima Fernando Medina Raggio, los intervinientes formalizaron la cesión de las garantías correspondientes a las operaciones referidas en dicho contrato, entre las que se encuentra la operación de crédito Nº 93-1574.

1.2.2. En su condición de acreedor de las operaciones de crédito Nº 93-1574, cumplió con poner en conocimiento a los demandados, mediante carta notarial de fecha cuatro de enero de dos mil ocho, la cesión de crédito y garantía

hipotecaria otorgada a favor del Banco Regional del Norte-Sucursal Chiclayo.

1.2.3. Mediante escritura pública de fecha ocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho los demandados constituyeron primera y preferente hipoteca a favor del Banco Regional del Norte-Sucursal Chiclayo, con la finalidad de garantizar las operaciones de crédito que el Banco hubiera concedido o concediera a los hipotecantes como a terceros.

1.2.4. La garantía hipotecaria se ha constituido hasta por la suma de veintiún mil dólares americanos ($ 21,000.00) sobre el bien de propiedad de los demandados ubicado en el Lote 19, Mz 0-3 del Sector 1º del AA-HH Distrito La Victoria, Provincia de Chiclayo, inscrita en la Partida Registral N° P10007265 del Registro de Propiedad Inmueble de Lambayeque, inmueble valorizado en cuarenta mil cuatrocientos setenta y ocho dólares americanos ($ 40,478.00).

1.2.5. Pese a los continuos requerimientos, los demandados no han cumplido con la cancelación del préstamo otorgado en

el modo y forma pactados, por lo que se han declarado vencidos los plazos convenidos.

1.2.6. Funda su demanda en los artículos 1097, 1242, 1243 y 1246 del Código Civil, y 424, 425, 428 y 720 del Código Procesal Civil, entre otros artículos.

1.2.7. En su tercer otrosí, se reserva el derecho de recurrir a la vía ejecutiva para efectuar el cobro del saldo deudor que resultare a su favor, una vez que sea imputado el producto del remate del bien gravado al pago de la deuda puesta a cobro.

1.2.8. Acompaña a su demanda, entre otros documentos: Testimonio de Formalización de Cesión, Transferencia de Bienes y de Garantías; Escritura de constitución de hipoteca; Estado de Cuenta de saldo deudor; Tasación actualizada del inmueble hipotecado y Certificado de Gravamen.

2. Mandato de ejecución

2.1. Mediante auto de fecha catorce de mayo de dos mil ocho, corriente a fojas setenta y nueve, se admite a trámite la demanda en la vía

del proceso de ejecución de garantías, dictándose mandato y disponiendo que los codemandados, en un plazo de tres días, cumplan con pagar en forma solidaria a LA EJECUTANTE la suma de trescientos once mil novecientos quince nuevos soles con sesentiún céntimos de nuevo sol (S/. 311,915.66), más intereses compensatorios y moratorios pactados, costas y costos demandados, bajo apercibimiento de sacarse a remate el bien dado en garantía en caso de incumplir el mandato.

2.2. Como fundamento del mandato de ejecución se señala que:

2.2.1. LA EJECUTANTE adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones que le correspondían al Banco Regional del Norte, mediante la formalización de Cesión, Transferencia de bienes y garantías celebradas entre NBK Bank y la entidad ejecutante dentro de las cuales se encuentra la operación Nº 93-1574, la misma que se refiere al contrato de constitución de garantía hipotecaria materia de la demanda, contenida en la Escritura Pública de Constitución de Hipoteca de fecha ocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

2.2.2. La garantía fue constituida hasta por la suma de veintiún mil dólares americanos ($ 21,000.00) inscrito en los Registros Públicos en el asiento 00004 de la Partida N° P10007265.

2.2.3. La demanda de ejecución de garantía hipotecaria cumple con los requisitos establecidos por el artículo 720 del Código Procesal Civil, pues se ha anexado (i) el documento que contiene la garantía hipotecaria; (ii) el estado de cuenta de saldo deudor; (iii) el certificado de gravamen correspondiente; y, (iv) tasación comercial actualizada; pudiendo el acreedor exigir el cumplimiento de la obligación dineraria en el proceso de ejecución.

3. Contradicción de LA EJECUTADA

Mediante escrito de fecha diez de junio de dos mil ocho, corriente a fojas ciento dieciséis, doña Aura Violeta Salas Gonzáles (en adelante LA EJECUTADA) plantea contradicción, fundándose en las siguientes causales:

3.1. <u>Extinción de la obligación por fallecimiento del titular obligado</u>

Señala que:

3.1.1. En el año 1994 el ex Banco Regional del Norte Sucursal Chiclayo le otorgó a su difunto esposo MARCIANO FERNÁNDEZ GONZÁLES, un sobregiro de DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y 00/100 NUEVOS SOLES (S/. 2,750.00), el mismo que por el transcurrir del tiempo y por la aplicación de los elevados intereses compensatorios y moratorios, en el año de mil novecientos noventa y ocho se elevó a treinta y dos mil nuevos soles (S/. 32,000.00), monto por el cual se les conminó a suscribir con fecha ocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho, la Escritura Pública de Hipoteca hasta por la suma de veintiún mil dólares americanos ($ 21,000.00), así como el Pagaré Nº 045519 a favor de NORBANK el treinta y uno de agosto de ese año, cuya última fecha de vencimiento fue el veintiuno de noviembre del dos mil.

3.1.2. Su difunto esposo fue realizando pagos parciales en las oficinas del NBK BANK y del Banco Financiero para cancelar el adeudo, habiéndose cancelado en total la suma de TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE

99/100 NUEVOS SOLES (S/. 38,977.99), pagos que no han sido tomados en cuenta por LA EJECUTANTE.

3.1.3. La única deuda que mantenía con la entidad bancaria era el Pagaré Nº 093-1574, el mismo que se aceptó el treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y ocho, y que vencía el treinta de octubre de ese mismo año.

3.1.4. El titular de la obligación ha fallecido, por lo que la obligación ha quedado extinguida.

3.2. <u>Inexigibilidad de la obligación por extinción</u>

Argumenta que:

3.2.1. Al suscribir el Pagaré Nº 093-1574 asumieron un seguro de desgravamen, el que fueron pagando en cada uno de los recibos de pagos efectuados.

3.2.2. Al haber fallecido su cónyuge, era legal y procedente que sea la propia entidad demandante la que haga efectivo el seguro de desgravamen y extinga la deuda.

3.3. <u>Inexigibilidad de la obligación por prescripción</u>

Sostiene que:

3.3.1. La obligación se originó con el Pagaré N° 093-1574, suscrito el treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y ocho, por lo que al haber tomado conocimiento de la presente demanda el seis de junio de dos mil ocho ha transcurrido más de diez años del plazo establecido en el artículo 2001 inciso 1 del Código Civil, por lo que la deuda ha prescrito.

3.3.2. En vista de la defunción de su cónyuge, ocurrida el doce de octubre del dos mil cinco, pide se emplace a la sucesión intestada del co-ejecutado.

3.3.3. Adjunta a su demanda, entre otros documentos, la Copia del Pagaré Nº 093-1574, el acta de defunción de su cónyuge, así como cuarenta y dos recibos de pago.

4. Pronunciamiento sobre la contradicción

Emplazada la sucesión de Marciano Fernández Gonzáles mediante edictos y designado el correspondiente curador procesal, el Octavo Juzgado Civil de la Sub Especialidad Comercial, siguiendo con el desarrollo del proceso, mediante resolución Nº 26, de fecha once de agosto del dos mil once, corriente a fojas doscientos noventa y siete,

declara INFUNDADA la contradicción propuesta por Aura Violeta Salas Gonzáles, sustentada en la causal de Inexigibilidad de la Obligación; consecuentemente, siguiendo adelante con la ejecución, se dispone sacar a remate el bien inmueble dado en garantía.

Sus fundamentos son:

4.1. El fallecimiento de uno de los obligados no determina la extinción de la obligación, pues conforme al artículo 660 del Código Civil, desde la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a los sucesores; por lo que el argumento de la extinción de la obligación por el fallecimiento de uno de los obligados carece de sustento.

4.2. LA EJECUTADA reconoce que conjuntamente con quien en vida fue su cónyuge firman el Pagaré Nº 093-1574 por la suma de treinta y dos mil nuevos soles (S/. 32,000.00), pagaré que corre en copia a fojas noventa y cuatro, el mismo que fue sucesivamente renovado, siendo su última renovación por la suma de veintitrés mil doscientos cincuenta y tres nuevos soles con dieciocho céntimos de nuevo sol (S/. 23,253.18), con fecha de vencimiento el veintiuno de noviembre del dos mil.

4.3. De las constancias de pago presentadas por LA EJECUTADA se acredita que el pagaré fue renovado hasta en cuarenta oportunidades, siendo su último saldo por el monto de veintidós mil setecientos setenta nuevos soles con ocho céntimos de nuevo sol (S/. 22,770.08), con fecha de vencimiento al diecisiete de noviembre del dos mil uno, suma que es mayor al saldo de capital que se consigna en el saldo deudor; con lo cual debe concluirse que todos los pagos a cuenta ya han sido consignados al momento de liquidar la obligación, por lo que los ejecutados se encuentran en la obligación de honrar la suma puesta a cobro.

4.4. LA EJECUTADA ha reconocido el incumplimiento en el pago, y si bien de las constancias de pagos se aprecia que se incluía el pago por concepto de seguro de desgravamen, no se ha acreditado la existencia de póliza alguna y, en todo caso, debe entenderse que el seguro de desgravamen se mantiene vigente mientras la parte obligada se encuentre al día en el cumplimiento de sus obligaciones; situación que no ha ocurrido en el presente caso, pues al fallecimiento del obligado ya había operado el incumplimiento.

4.5. Mediante el presente proceso no se está ejerciendo la acción cambiaria regulada por la Ley de Títulos Valores vigente a la fecha de la emisión del título, por lo que no resultan aplicables los plazos de prescripción allí establecidos.

4.6. El plazo de prescripción de la acción no debe computarse desde la fecha de suscripción del documento que contiene la obligación, sino desde la fecha de su vencimiento; por lo que atendiendo a las sucesivas renovaciones del pagaré obrante en copia a fojas noventa y cuatro, a la fecha de notificación de la demanda no han transcurrido diez años.

5. Resolución de vista

Apelada que fue la resolución de primera instancia, mediante resolución de fecha dos de mayo del dos mil doce, la Primera Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, CONFIRMA la resolución de primera instancia que declaró INFUNDADA la contradicción planteada por LA EJECUTADA, ordenando que se saque a remate el bien dado en garantía.

En aquella resolución, se consideran los siguientes fundamentos:

5.1. Del "contrato de préstamo con garantía hipotecaria" (sic), corriente a fojas cincuenta y uno, se aprecia que los ejecutados constituyen hipoteca sobre el inmueble materia de remate, para garantizar el pago de todas sus operaciones de crédito que el banco hubiese concedido o que concediera en adelante a los hipotecantes, ya sea que tales operaciones se realicen o se hayan realizado en cuenta corriente o pagarés, descuentos de pagarés, letras, adelanto de cuenta, hasta por la suma de veintiún mil dólares americanos ($ 21,000.00).

5.2. El saldo deudor de fojas cincuenta y cinco, al tres de abril del dos mil ocho, registra una obligación ascendente a veintidós mil quinientos ochenta y siete dólares americanos con cincuenta y seis centavos de dólar ($ 22,587.56), al que aplicado la tasa de interés compensatorio y moratorio pactado en un periodo de setecientos sesenta y dos (762) días, hace el monto materia de cobranza.

5.3. LA EJECUTADA sostiene haber realizado pagos parciales de la obligación materia de cobranza; sin embargo, tales pagos, de acuerdo a las sucesivas renovaciones del pagaré de fojas noventa y cuatro, han sido aplicados a amortizar la deuda dando lugar a que el veintiuno de noviembre del dos mil disminuya a treinta y tres

mil doscientos cincuenta y tres dólares americanos con dieciocho centavos de dólar ($ 33,253.18) (última renovación), en tanto que los pagos realizados con posterioridad han sido deducidos para establecer el monto del capital que figura como deuda en el saldo deudor; por lo que parte de la deuda que contiene el saldo deudor se encuentra garantizada por la hipoteca cuya realización pretende LA EJECUTANTE.

5.4. La obligación objeto de cobranza resulta exigible por ser cierta, expresa y líquida, pudiéndose establecer a partir de ella un monto determinado, como registra el saldo deudor, cumpliéndose así la garantía con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 1099 del Código Civil; resultando suficiente la liquidación de saldo deudor presentada con la demanda.

5.5. Al fallecimiento del coejecutado, los obligados se encontraban en mora, por lo que no les alcanza el seguro de desgravamen.

5.6. Si bien la obligación se encuentra contenida en un título valor, no está de por medio el ejercicio de la acción cambiaria, sino la pretensión de ejecución de garantías reales, donde el título de ejecución lo constituye el documento de constitución de garantía y el saldo deudor; por lo que a la prescripción de la obligación puesta

a cobro se aplican las reglas de la prescripción de las acciones personales a que se contrae el artículo 2001 inciso 1 del Código Civil, de lo cual se aprecia que la obligación aún no ha prescrito.

II. MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas trescientos cincuenta, por Aura Violeta Salas Gonzáles viuda de Fernández contra la resolución de vista de fecha dos de mayo del dos mil doce obrante a fojas trescientos cuarenta y cuatro, que confirmando la apelada declara Infundada la contradicción interpuesta por la recurrente, sustentada en la causal de inexigibilidad de la obligación; en consecuencia, siguiendo adelante con la ejecución, se dispone sacar a remate el bien inmueble otorgado en garantía hipotecaria, en el proceso de Ejecución de Garantías seguido por la CORPORACIÓN FINANCIERA DE DESARROLLO - COFIDE.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La recurrente denuncia:

a) Contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, por infringirse el artículo 139 inciso 5 de la Constitución

Política del Estado, concordante con el artículo 3 del Código Procesal Civil, en cuanto existe una insuficiente motivación, pues la supuesta obligación puesta a cobro y cuyo incumplimiento ha originado la acción, es "demasiado mayor" (sic) que la expresamente consignada en la escritura pública. Se exige el pago de una suma superior tomando como sustento el pagaré que asciende a treinta y dos mil nuevos soles (S/. 32,000.00) y el estado de cuenta del saldo deudor que es de veintidós mil seiscientos setenta nuevos soles con ocho céntimos de nuevo sol (S/. 22,770.08); resultando inexigible e improcedente la ejecución.

b) Aplicación indebida del artículo 1099 inciso 2 del Código Civil, ya que la obligación determinada debe constar expresamente, pues si bien es cierto que el título de ejecución lo constituye la garantía hipotecaria –que es un derecho real de carácter accesorio– no debe olvidarse que por el principio de especialidad es requisito sustancial que se individualice o especifique la obligación garantizada.

c) Inaplicación del artículo 1099 del Código Civil, el cual señala que la hipoteca se constituye pero para garantizar un supuesto préstamo, el cual nunca existió sino que fue un sobregiro, pero por el cual se firmó un pagaré así como la hipoteca.

IV. DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO

1. Por resolución de fecha veintitrés de julio de dos mil doce, corriente a fojas veintinueve del cuaderno de casación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, declara PROCEDENTE el recurso de casación obrante a fojas trescientos cincuenta y uno, por la denuncia consistente en la contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, al infringirse el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado, concordante con el artículo 3 del Código Procesal Civil; y, en aplicación del artículo 392-A del Código Procesal Civil, también se declaró PROCEDENTE de manera excepcional por infracción normativa del artículo 1099 incisos 1, 2 y 3 del Código Civil.

2. Por resolución de fecha dieciocho de setiembre de dos mil doce, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día veintinueve de setiembre de ese mismo año, la Sala Suprema mencionada convoca a los integrantes de las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para el PLENO CASATORIO, a realizarse el día martes treinta de octubre del dos mil doce, a horas 9:00 a.m., día y hora que se señala para la vista de

causa en audiencia pública a fin de resolver el recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 391 del Código Procesal Civil y el tercer párrafo del artículo 400 del mismo cuerpo normativo.

3. Por resolución de fecha veinticinco de setiembre de dos mil doce, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día veintinueve de setiembre del dos mil doce, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, resuelve reprogramar la fecha del pleno casatorio y vista de la presente causa para el día seis de noviembre del dos mil doce, a horas 9:00 am.

V. CONSIDERACIONES

1. Habiéndose invocado infracciones normativas procesales y materiales, y atendiendo a sus efectos, es menester realizar primero el estudio de las procesales (de acuerdo con el orden mencionado en el auto que califica el recurso interpuesto), dado que en caso de ampararse la misma, esto es, si se declara fundado el recurso por dicha causal, deberán reenviarse los actuados al grado respectivo para que proceda de acuerdo a lo resuelto, no teniendo objeto pronunciarse con relación a la otra causal.

2. El asunto a dilucidarse en este proceso se centra en esclarecer si se ha

incurrido en alguna infracción que vulnere el debido proceso, es decir, por una falta de motivación, por un pronunciamiento extra petita, por incongruente, etc.; y, además, al haberse concedido el recurso de manera excepcional, establecer si existe infracción normativa del artículo 1099 incisos 1, 2 y 3 del Código Civil, referidos a los requisitos de validez de la hipoteca.

Para tal cometido, se hace necesario tener como puntos de debate o análisis las instituciones jurídicas del proceso ejecutivo, título de ejecución, mandato de ejecución, saldo deudor y la hipoteca en el ámbito del derecho material, en tanto que como cuestión procesal se abordará el debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales.

1.- De la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso

3. El debido proceso es un derecho fundamental que contiene un conjunto de derechos que tienen las partes durante el proceso. El cumplimiento del debido proceso garantiza la eficacia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Estas garantías, principios procesales y derechos, son *numerus apertus*, teniendo como parámetro la valoración jurídica de la justicia y la dignidad humana, es decir, el ser humano como centro de la sociedad y su convivencia dentro de un Estado de Derecho basado en una

democracia sustancial como presupuesto para el desarrollo y eficacia del debido proceso. El debido proceso se materializa en el cumplimiento de un conjunto de derechos mínimos e ineludibles que aseguran el resultado justo, equitativo e imparcial en un proceso.

4. Es un reconocimiento al derecho a la igualdad que tienen las partes y el órgano jurisdiccional de utilizar la ley para su defensa y para el correcto juzgamiento. Ni uno más ni otro menos. Su finalidad es lograr el máximo respeto de los derechos fundamentales de la persona que afronta un proceso. A través de él, se logra la plena satisfacción de los intereses individuales de las partes. Como derecho, el debido proceso no admite excepciones y corresponde a todo tipo de causas, sean públicas o privadas. El debido proceso legal se manifiesta, entre otros, en los principios de bilateralidad y contradicción, ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez que interviene en el conflicto.

1.1.- El debido proceso: aspecto formal y sustancial

5. El Debido proceso sustantivo está dirigido a evitar un comportamiento arbitrario de quien cuenta con alguna cuota de poder o autoridad. En sede judicial significa la conformación de un concepto de razonabilidad referido a un elemento fundamental al cual debe ceñirse la función de impartir

justicia. La proporcionalidad de los medios utilizados será consecuencia de analizar la utilidad, idoneidad y el equilibrio de dichos mecanismos. La utilidad del medio, implica el responderse si dicho mecanismo facilita el obtener el fin buscado. La interrogante por su idoneidad busca acreditar la adecuación de aquél medio para conseguir dicho fin. Por último, el determinar si se respeta una consideración de equilibrio será consecuencia de evaluar si lo efectuado es o no lo menos perjudicial para la plena vigencia de diversos derechos fundamentales.

6. En cuanto al debido proceso en su aspecto procesal, la perspectiva o dimensión normalmente más conocida del debido proceso en el Perú tradicionalmente ha sido la procesal, e incluso circunscribiéndola al escenario del proceso judicial. Desde su formulación inicial, la dimensión procesal del debido proceso fue entendida como el derecho que tiene cualquier ciudadano de acudir a una autoridad competente e imparcial para que dicha autoridad resuelva un conflicto de intereses que tiene con otra persona o personas (la determinación de si se ha contraído o no una deuda, por ejemplo) o una situación de incertidumbre con relevancia jurídica (una sucesión intestada, por citar un caso), dentro de las mayores condiciones de igualdad y justicia posibles para las partes involucradas, y dentro de un plazo razonable. En suma, como señala Ledesma Narváez:

"El debido proceso es apreciado como principio general del derecho, como garantía constitucional y como derecho fundamental... Actualmente, la mayor parte de instrumentos internacionales sobre derechos humanos reconocen al debido proceso –sea en forma explícita como implícita– como un derecho humano o fundamental"[1].

1.2.- De la motivación de las resoluciones judiciales

7. La función jurisdiccional, como actividad exclusiva del Estado, es un instrumento de paz y de seguridad social. Sin embargo, una buena parte de sus instituciones judiciales están diseñadas para impedir que la autoridad del Estado se convierta en dictadura, es decir, para que los derechos del ciudadano no sean burlados por el ejercicio arbitrario del imperio del Estado en sede judicial. No hace más de dos siglos los jueces no estaban obligados a fundamentar sus decisiones, esto es, ejercían sus funciones y resolvían a partir de su intuición de lo justo. Todo el sistema de resolución de conflictos se sustentaba en cuán afinada tuviera un juez su sindéresis. Sin embargo, una de las conquistas más importantes, no solo procesales sino del constitucionalismo moderno, ha consistido en la exigencia dirigida al juez en el sentido de que debe fundamentar todas y cada una de sus decisiones, salvo aquellas que, por su propia naturaleza,

[1] LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. "Comentarios al Código Procesal Civil". Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, pág. 31.

son simplemente impulsoras del tránsito procesal.

8. Cuando se afirma como principio constitucional la obligación de motivar las resoluciones judiciales, se ratifica la condición de garantía que tiene para el justiciable, y la toma de posición entre las coberturas que tiene que sumar el debido proceso. En conjunto, es un sistema de resguardo que se crea para la tutela de los individuos frente al poder estatal; además, apunta también a un principio jurídico-político que expresa la exigencia de control a cargo del mismo pueblo, depositario de la soberanía y en cuyo nombre se ejercen los poderes públicos. Las dos funciones que se observan, la procesal que propicia fiscalizar desde el control jerárquico de instancias superiores y la función política que con la democracia admite el control de la opinión pública, determinan como un elemento necesario e ineludible en el debido proceso, que toda decisión judicial sea razonable y plenamente motivada. La ventaja que tiene esta condición coloca en primera línea la actitud preventiva, que impide consagrar arbitrariedades al imponer una motivación plena y suficiente de lo resuelto. Por eso, al juez no solo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si este fuera un requisito formal, sino le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que contiene la motivación están dotadas de vigor o rigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad.

Carnelutti sostiene que: "la motivación de la sentencia consiste en la construcción de un razonamiento suficiente para que de los hechos que el juez percibe, un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva (...) La motivación está impuesta para que muestre el juez que ha razonado"[2].

9. La necesidad de la motivación en las sentencias se encuentra establecida en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado, como un derecho constitucional y, por ende, un derecho fundamental a un debido proceso. Asimismo, el T.U.O. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 12, hace referencia a la motivación como un principio general, es decir, como una pauta que guía todo ese sector del ordenamiento jurídico, todo aquel proceso orgánico. En el Código Procesal Civil encontramos en el artículo 50 numeral 5 como un deber del juez el de motivar las sentencias, es decir que su incumplimiento origina sanciones de diversa índole, y el artículo 122 numeral 4 también prescribe y contempla la necesidad de motivar y fundamentar los autos y sentencias, cuyo incumplimiento por el juez es causal de nulidad. Como señala Ariano Deho: "La introducción del deber de motivar las sentencias va de la mano con la evolución del moderno Estado de Derecho, uno de

[2] CARNELUTTI, Francesco. "Derecho y Proceso". EJEA, Bs. As, 1986, pág. 187

cuyos postulados es el sometimiento de todo órgano depositario de poder a la normatividad vigente. No por nada la obligatoriedad de la motivación de las sentencias es un legado de la Revolución Francesa, a la que le debemos las principales bases sobre las cuales un poco todos hemos construido nuestro sistema de legalidad"[3].

1.3.- Finalidad de la motivación

10. La prestación del servicio jurisdiccional se obtiene cuando después de un procedimiento válido, el juez o Tribunal expiden una resolución que pone fin al grado o proceso. Esta resolución implica un acto decisorio a través de un juicio racional y voluntario, que conlleva la apreciación de conformidad o disconformidad con la pretensión o defensa ejercida por los sujetos de derecho. Entonces, mediante esta resolución (sentencia), se materializa la tutela jurisdiccional efectiva, la cual debe reunir una serie de requisitos, pero como mínimo debe estar motivada y fundamentada en derecho.

11. La motivación, implica algo más que fundamentar: la explicación de la fundamentación, es decir, explicar la solución que se da al caso concreto, no bastando una mera exposición, sino la manifestación de un razonamiento lógico. La sentencia debe mostrar, tanto el propio

[3] ARIANO DEHO, Eugenia. En: "La Constitución Comentada". Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, pág. 504.

convencimiento del juez como la descripción de las razones dirigidas a las partes; ha de explicar el proceso lógico-volitivo de su decisión y las razones que motivaron la misma. Mientras la falta de motivación conduce a la arbitrariedad en la resolución, la falta de fundamentación comporta una resolución anclada fuera del ordenamiento jurídico. La motivación es, pues, una prohibición de arbitrariedad.

12. Nos dice Chamorro Bernal, basándose en una sentencia del Tribunal Constitucional español que "... la finalidad de la motivación en un Estado democrático de Derecho legitima la función jurisdiccional y, es múltiple ya que: 1. Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad. 2. Logra el convencimiento de las partes, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de la resolución. 3. Permite la efectividad de los recursos. 4. Pone de manifiesto la vinculación del juez a la ley. No basta el simple encaje de los hechos en la norma, porque las razones de la decisión pueden seguir manteniéndose desconocidas, sino que hay que precisar por qué encajan"[4].

Entonces, si el juez decide, está llamado a dar las razones por las cuales ha tomado la decisión que corresponda, con una justificación interna que

[4] CHAMORRO BERNAL, Francisco. "La Tutela Judicial Efectiva. Derechos y Garantías Procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución". Bosch, Barcelona, 1994, pág. 205.

es un razonamiento lógico interno y una justificación externa, que se refiere a la motivación y argumentación judicial. De producirse una motivación con una argumentación suficiente y coherente, tendremos resoluciones justas y de calidad, que pueden pasar airosas cualquier examen y crítica a las resoluciones judiciales realizadas por los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos constitucionales.

Debida Motivación.- La motivación de una resolución –en especial de una sentencia– supone una justificación racional, no arbitraria de la misma, expresada mediante un razonamiento lógico-concreto, no abstracto, particular, no genérico. Esta justificación debe incluir: i) Un juicio lógico; ii) Motivación razonada del derecho; iii) Motivación razonada de los hechos; y iv) Respuesta a las pretensiones de las partes.

13. La motivación del juez, así como la fundamentación de la sentencia, debe expresarse de tal manera que pueda ser verificada, esto es que los motivos deban ser claros y expresos, lo cual proscribe toda formulación manifestada en lenguajes oscuros, vagos y ambiguos o tácitos. Asimismo, desde el punto de vista formal (lógico-formal) la decisión debe ser fruto de un acto de la razón, no fruto de la arbitrariedad, debe conformarse con las reglas que rigen el pensar y de las que surgen de la experiencia cotidiana; y finalmente lo que debe tenerse en cuenta es que el fallo debe dar

respuesta a las pretensiones y defensas de las partes.

2.- Clasificación de los procesos atendiendo a la tutela satisfactiva

2.1. Proceso de Conocimiento

14. El proceso de conocimiento tiene, en el Perú, su antecedente en el juicio ordinario regulado en el anterior Código de Procedimientos Civiles de 1912 y en el Código de Enjuiciamientos Civiles en materia Civil de 1852. Perla Velaochaga[5] sobre el proceso ordinario, comenta: «El tema tratado se limita al proceso llamado en nuestro Código Procesal, Juicio Ordinario, cuya denominación conservamos sólo por tratarse de un nombre propio y reconociendo que le corresponde la de proceso ordinario. Su estudio tiene una especial importancia por ser patrón de todos los demás juicios y procedimientos establecidos en nuestra legislación, pues unos y otros son solo ampliaciones o reducciones del juicio ordinario».

15. En suma, el proceso ordinario no es otro que el proceso de conocimiento y, en muchas legislaciones, ha sido base de los procedimientos menores, como actualmente ocurre con los procedimientos abreviado y sumarísimo.

[5] PERLA VELAOCHAGA, Ernesto. "Juicio Ordinario". 5ta. Edición, Lumen S.A, Lima, 1979, pág. 11.

16. En el anterior juicio ordinario la postulación del proceso estaba regulado en forma muy limitada. Para el nuevo Código Procesal la regulación es trascendente. Toda una sección especial sirve no solo para el proceso de conocimiento, sino para los otros procedimientos regulados por el Código (abreviado, sumarísimo, de ejecución, cautelar y no contencioso), inclusive supletoriamente sirve a los procesos constitucionales, laborales, comerciales y otros.

17. La Tercera Disposición Final del Código Procesal Civil establece que el proceso de conocimiento es equivalente al juicio ordinario[6].

18. Existen marcadas diferencias entre lo que significa «juicio», «procedimiento» y «proceso». En síntesis el juicio se confundía con el procedimiento y, posteriormente con el proceso, pero este criterio fue más tarde abandonado a través del estudio científico del proceso, que considera el juicio como una operación lógica de discernir entre la verdad y el error, entre la justicia y la injusticia, como apunta Alzamora Valdez[7].

---

[6] El juicio fue definido en el Código de Enjuiciamientos Civiles, en el artículo 277 como "Juicio es la legítima controversia sobre un negocio, entre el actor y el reo, ante juez competente, quien la dirige por sus debidos trámites, y la termina con decisión o sentencia". En cambio en el Código de Procedimiento Civiles de 1912 no definía el juicio, únicamente en el artículo 296, decía "Se ventilan en Juicio Ordinario las cuestiones litigiosas que no tienen tramitación especial señalada en este Código, y cuyo valor exceda del monto de treinta sueldos mínimos vitales señalado para la industria y Comercio para la Provincia de Lima, vigentes a la fecha de iniciación del Año Judicial en que se interpone la demanda, o es inapreciable en dinero".

[7] ALZAMORA VALDEZ, Mario. "Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso". 8va Edición, EDDILI, Lima, pág. 14.

19. El procedimiento, es el conjunto de normas o reglas de conducta que regulan la actividad, participación y las facultades y deberes de los sujetos procesales y también la forma de los actos realizados en un proceso o en parte de este, provistos por el Estado con anticipación a su inicio. Es decir, son los actos internos del proceso realizados por los sujetos procesales que impulsan el trámite y le dan formalidad.

20. En definitiva, el proceso de conocimiento es un proceso de pretensión discutida y aquél que tiene una litis y cuya finalidad es componer la misma. En otras palabras, es la fase del juicio consistente en obtener del juez o del Tribunal una declaración de voluntad de las que se derivan consecuencias jurídicas a favor o en contra de las partes litigantes. De otra manera, el proceso de conocimiento es aquella actividad jurisdiccional por la cual el juez adquiere a través de la información que le proporcionan las partes, el conocimiento de la cuestión litigiosa, para ser resuelta en la forma establecida por la ley; de la misma forma, este concepto sirve para los procesos abreviado y sumarísimo, pero se diferencian según los tipos de pretensiones que por el grado de complejidad, el monto de la cuantía, la urgencia de la tutela jurisdiccional y algunas pretensiones que la ley señala, entre otras, sean tramitadas en cualquiera de estas vías.

2.2.- Proceso de Ejecución

21. El proceso único de ejecución no persigue la constitución o declaración de una relación jurídica sino que se cumpla con un derecho que ya ha sido reconocido. Liebman[8] califica al proceso de ejecución como "aquella actividad con la cual los órganos jurisdiccionales tratan de poner en existencia coactivamente un resultado práctico, equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto en cumplimiento de una obligación jurídica". Para Couture[9] el derecho entra aquí en contacto con la vida, de tal manera que su reflejo exterior se percibe mediante la transformación de las cosas y lo explica así: "si la sentencia condena a demoler el muro, se demuele; si condena a entregar el inmueble se aleja de él a quienes lo ocupen; si condena a pagar una suma de dinero y ésta no existe en el patrimonio del deudor, se embargan y se venden otros bienes para entregar su precio al acreedor. Hasta el momento, el proceso se había desarrollado como una disputa verbal, simple lucha de palabras, a partir de este instante cesan las palabras y comienzan los hechos". La jurisdicción no se limita a declarar el derecho, comprende también su ejecución. Como las sentencias declarativas y constitutivas no imponen el

[8] LIEBMAN, Enrico Tullio. "Manual de Derecho Procesal Civil". EJEA, Bs. As, 1980, pág. 150.
[9] COUTURE, Eduardo. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Depalma, Bs. As., 1977, pág. 442.

dar, hacer y omitir algo, la ejecución se dirige a asegurar la eficacia práctica de las sentencias de condena, la tutela solo será realmente efectiva cuando se ejecute el mandato judicial. El incumplimiento de lo establecido en una sentencia con carácter de cosa juzgada implica la violación, lesión o disminución antijurídica de un derecho fundamental: la tutela efectiva, que la jurisdicción tiene la obligación de reparar con toda firmeza. El que la sentencia declare que el demandado adeuda una cantidad de dinero al demandante y le condene a pagarla, no supone ello tutela efectiva. Para que esta se logre es necesario una actividad posterior que pueda realizarse de dos maneras: cumpliendo el obligado de manera voluntaria la prestación que le impone la sentencia o ingresando, ante su resistencia, a la ejecución forzada de la pretensión. Lo importante de esta etapa es que la ejecución posibilita algo que hasta el momento de la cosa juzgada no se podía: "la invasión en la esfera individual ajena y su transformación material para dar satisfacción a los interesados de quien ha sido declarado triunfador en la sentencia. Ya no se trata de obtener algo con el concurso del adversario, sino justamente en contra de su voluntad. Ya no se está en presencia de un obligado, como en la relación de derecho sustancial, sino en presencia de un *subjectus,* de un sometido por la fuerza coercible de la sentencia"[10].

[10] COUTURE, Eduardo. *Ibídem*, pág. 439.

22. En síntesis, el proceso de ejecución es aquella actividad con la cual los órganos judiciales tratan de poner en existencia coactivamente un resultado práctico, equivalente a aquel que habría debido producir otro sujeto, en cumplimiento de una obligación jurídica. Es pues, el medio por el cual el orden jurídico reacciona ante la transgresión de una regla jurídica concreta, de la cual surge la obligación de un determinado comportamiento de un sujeto a favor de otro.

3.- Ejecución de Garantías Reales

23. Los derechos reales y los de crédito forman las dos grandes ramas de los derechos patrimoniales. A pesar de que los derechos reales como los de crédito representan dos maneras básicas de poder dar satisfacción a un interés patrimonial jurídicamente protegido, es importante precisar que en el derecho real, el titular puede satisfacer su interés sobre la cosa entregada en garantía.

En cambio, en el derecho de crédito el interés protegido consiste en una prestación definida. El deudor puede cumplir o puede dejar de hacerlo; pero este acto que depende de su libre arbitrio tiene eficacia jurídica, pues el acreedor podrá dirigirse contra su patrimonio. El ordenamiento jurídico atribuye al titular del derecho real ciertas facultades sobre la cosa de manera que todos los demás han de respetar esta atribución; situación

diferente a lo que sucede en el derecho personal. En este el obligado está personalmente vinculado con el acreedor con independencia de la composición de su patrimonio. Mientras en el derecho personal o de crédito la obligación determina a una persona que mediante un acto de cumplimiento entregue una cosa (determinada o indeterminada) al acreedor, en el derecho real limitado sucede lo contrario: existe una cosa efectivamente determinada que señala como sujeto pasivo de la relación a quien sea su propietario.

24. En otras palabras, en el derecho real el titular pueda alcanzar directamente el interés que tiene protegido a base de actuar de manera inmediata sobre el bien. Por el contrario, en el derecho de crédito el interés protegido consiste en una conducta perfectamente delimitada y definida que incumbe a otro u otros sujetos de derecho. Como se aprecia, el rasgo común de los derechos reales es el señorío inmediato sobre una cosa determinada. El ordenamiento jurídico atribuye al titular del derecho real ciertas facultades sobre la cosa, atribución que todos los demás han de respetar. Es muy diferente lo que sucede en la verdadera obligación o derecho personal; aquí el obligado está personalmente vinculado con el acreedor, con independencia de la composición de los bienes del obligado o deudor.

25. En tal sentido, la ejecución de garantías, entendida en la doctrina como "ejecuciones comerciales", "ejecuciones aceleradas" y "procesos de ejecución calificada", es un proceso por el que el titular del derecho real puede hacer efectiva la venta del bien por el incumplimiento del deudor de la obligación garantizada; debiendo para tal propósito acompañar la demanda ejecutiva con el título o los títulos de crédito, revestidos de los requisitos de ley; es decir, la regla general es que deberá aportarse la escritura de hipoteca inscrita revestida con los requisitos que la ley exige para despachar ejecución[11]; pudiendo incluso integrarse o acreditarse el título constitutivo con un título extrarregistral que conforme al ordenamiento lleve aparejada ejecución[12]. Se trata de otra modalidad del proceso de ejecución en el cual se ejecutan toda clase de garantías reales, prescindiendo de variaciones en razón de la persona a favor de quien se ha otorgado la garantía. En este proceso el ejecutante acude a los órganos jurisdiccionales exigiendo tutela jurídica efectiva a fin de que el ejecutado cumpla con las obligaciones contenidas en el título de ejecución o, en caso contrario, se proceda a rematar los bienes dados en garantía mobiliaria, anticrética o hipotecaria.

---

[11] Cfr. CARRASCO PERERA, Angel *(et al)*. "Tratado de los Derechos de Garantía". Tomo I, 2da. Edición, Aranzandi S.A., España, 2008, pág. 1091.

[12] *Ibídem*, pág. 1092.

26. En tal sentido, en un proceso de ejecución de garantías no puede alegarse distinción obligacional alguna, pues lo que se persigue es cobrar lo adeudado. Las obligaciones jamás son reales, son personales. El acreedor obtiene una seguridad más firme mediante la constitución de los derechos reales de garantía. Los bienes gravados no podrán quedar liberados de la responsabilidad a que se hallan sujetos aunque dejen de pertenecer a quien los gravó. El medio normal de constitución de estos derechos es el convencional, sin embargo, sus principales efectos están determinados por la ley, sobre todo en la medida en que concede un privilegio para cobrar el crédito con cargo al objeto gravado.

27. De conformidad con el artículo 720 inciso 1 del Código Procesal Civil, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1069, *"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"*. Véase, en el primer caso, un mutuo con garantía hipotecaria contenida en una escritura pública; en el segundo, la hipoteca general o sábana que opera en el régimen bancario. El proceso de ejecución de garantía se materializa mediante la demanda que corresponde al titular del derecho real para cobrar su deuda o, en su defecto, hacer efectiva la venta de la cosa por

incumplimiento en la obligación garantizada, lo que se despacha en virtud de un título de ejecución que debe contener un derecho cierto, expreso y exigible (artículo 689 del Código Procesal Civil).

28. El mencionado artículo, regula el procedimiento para la ejecución del crédito con garantía real, como es el caso de la prenda entendiéndose hoy derecho real de garantía, y la hipoteca. La hipoteca es un derecho real de garantía constituido sobre bienes inmuebles que continúan en poder del deudor. El artículo 1097 del Código Civil la define, como *"la afectación de un 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"*. En efecto, como señala el Código Civil, la hipoteca confiere a su titular el derecho de venta o realización del bien gravado, ya sea que este se conserve bajo el dominio del constituyente de la garantía o enajenado a un tercero; ello implica que lo que se grava con la hipoteca no es el bien mismo sino el derecho que recae sobre él, lo que le permite al acreedor hipotecario hacer vender el bien, en caso de incumplimiento del deudor.

4.- Escritura Pública y Testimonio de Escritura Pública

29. El artículo 688 inciso 10 del Código Procesal Civil considera al

testimonio de escritura pública como título ejecutivo. En atención a la persona que suscribe el testimonio, como es el notario público, conlleva a que sea calificado como documento público, generando la presunción de certeza sobre su contenido, salvo prueba en contrario.

5.- Estado de Cuenta de Saldo Deudor

30. El saldo deudor es un documento consistente en un acto unilateral de liquidación del propio ejecutante, es decir, lo que a criterio del acreedor constituye lo que el deudor debería y que es una obligación líquida. El estado de cuenta del saldo deudor es un documento no sujeto a formalidad preestablecida.

31. El saldo deudor debe contener como mínimo la indicación del capital adeudado, así como la tasa y tipo o clase de interés aplicada, precisando los periodos correspondientes; ello porque el mandato de ejecución se entiende por el capital adeudado. Los intereses adeudados y otras obligaciones pactadas deben ser calculadas o liquidadas en la etapa de ejecución de resolución definitiva, conforme lo dispone el artículo 746 del Código Procesal Civil, por lo que previamente a la admisión de la demanda se puede requerir a la parte actora cumpla con presentar el documento de saldo deudor, donde precise el monto total por capital adeudado, con la deducción de las respectivas amortizaciones, rubro

aparte los intereses legales, o compensatorios y moratorios, y otras obligaciones que pudieran existir.

32. El problema se suscita por la interpretación que debe contener el saldo deudor, es decir, qué conceptos están bajo ese rubro. Algunos jueces consideran que solo debe requerirse el pago de la deuda por capital, dejando la liquidación de los intereses para el momento del pago en ejecución (artículo 746 del Código Procesal Civil); empero, otras posturas consideran que el artículo 689 del Código Procesal acotado permite no solo requerir el pago de cantidades líquidas sino liquidables por operación aritmética; en tal sentido, perfectamente el mandato de ejecución podría ordenar el pago por ambos conceptos –deuda capital más intereses– y no esperar, después de haber culminado el pago de la deuda, ingresar luego a la liquidación de los intereses.

33. En conclusión, la liquidación de saldo deudor constituye una operación aritmética de la que se establece la situación del deudor respecto de las obligaciones que ha contraído, verificando el acreedor si la deuda está impaga o cancelada, ya sea en forma total o parcial, y si esta ha generado los intereses respectivos.

6.- Mandato de Ejecución

34. El auto admisorio es al proceso de cognición, como el mandato ejecutivo o de ejecución es al proceso ejecutivo y de ejecución. El contenido del mandato de ejecución es la intimación u orden de dar, hacer o no hacer, y la autorización para la intervención de la coerción o fuerza pública en caso de resistencia. La finalidad apunta a las obligaciones de dar, hacer o no hacer. En otras palabras, en el aspecto formal es un auto por el cual el órgano jurisdiccional intima al obligado a cumplir la prestación exigida bajo un determinado apercibimiento; en la doctrina también se le conoce como auto de solvendo. El contenido concreto del mandato ejecutivo varía según la pretensión específica; sin embargo, contiene tres partes: i) Intimación o Requerimiento: Mediante esta el órgano jurisdiccional formula un acto conminatorio por el cual requiere al ejecutado a fin de que cumpla con la prestación contenida en el título; siendo que en el caso de una obligación de dar suma de dinero tendrá una orden de pago de lo que se adeuda, más intereses y gastos (artículo 697 del Código Procesal Civil); en la obligación de hacer es el cumplimiento de la prestación (artículo 707 del Código acotado); en la obligación de dar será la entrega del bien (artículo 705 del Código Procesal Civil), y en la obligación de no hacer la intimación será deshacer lo hecho o abstenerse

de continuar haciéndolo (artículo 711 del mismo Código); ii) Plazo: Es el tiempo que tiene el ejecutado para que cumpla con el requerimiento; y, iii) Apercibimiento: Importa una advertencia conminatoria del juez de una sanción especial en caso de no verificarse el cumplimiento del requerimiento de pago.

35. Todo título contiene una obligación cierta, expresa, exigible, líquida o liquidable si es dineraria. La prestación es cierta cuando están perfectamente delimitados en el título los sujetos y el objeto de la prestación, aunque sean de manera genérica. Esto implica que necesariamente tiene que haber un sujeto activo, llamado acreedor, que es la persona a cuyo favor debe satisfacerse la prestación. También se lo denomina "titular" porque es quien tiene el título para exigir del deudor el comportamiento debido. El sujeto pasivo de la obligación es la persona que tiene que satisfacer la prestación debida, es decir, debe conformar su conducta al comportamiento que le exige la prestación. Es exigible, porque la obligación debe estar expresamente señalada en el título. Debe constar por escrito el objeto de la prestación, esto es, aquello que el deudor debe satisfacer a favor del acreedor. La prestación consiste en una cosa o en un hecho que habrá de ejecutar el deudor, o en una abstención de algo que el deudor habría podido efectuar libremente de no mediar la

existencia de la obligación que le exige un comportamiento negativo; y, es líquida, la cual es una exigencia solo aplicable a las obligaciones pecuniarias, y aparece cuando el monto es claro y concreto; será liquidable cuando gracias a una operación aritmética se puede obtener el monto exacto.

7.- Contradicción

36. La naturaleza de la contradicción tiene un respaldo constitucional y en varios principios generales del derecho procesal. El objeto de la contradicción es "una tutela abstracta por una sentencia justa y legal, cualquiera sea, y la oportunidad de ser oído en el proceso para el ejercicio del derecho de defensa en igualdad de condiciones, facultades y cargas (...) En cuanto al fin que con él se persigue es, por una parte, la satisfacción del interés público en la buena justicia y en la tutela del derecho objetivo y, por otra parte, la tutela del derecho constitucional de defensa y de la libertad individual en sus distintos aspectos"[13]. En otras palabras, la contradicción se inicia una vez se acciona y dinamiza la pretensión dentro del aparato de administración de justicia, mientras el objeto se dirige a resolver el conflicto emitiéndose la sentencia; la finalidad es lograr justicia y bienestar general a los usuarios del proceso "ejecutivo".

[13] DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "Teoría General del Proceso". Universidad, Bs. As., pág. 223.

37. Los procesos de ejecución, como pretenden la satisfacción del derecho ya declarado, se inician invadiendo la esfera propia del demandado, creando por anticipado un estado de sujeción a favor del tenedor del título. Frente a esas circunstancias el diseño del procedimiento ejecutivo permite al ejecutado contrarrestar la intervención recurriendo a la contradicción, bajo los diversos supuestos que regula el artículo 690-E y dentro del plazo legal que establece. Así, la contradicción aparece como la posibilidad que se le asigna al demandado para hacer valer las defensas que tenga contra el título.

38. Las causales para el contradictorio se describen en los tres supuestos que recoge el artículo 690-D del Código Procesal Civil. Son causales cerradas, no cabe interpretación extensiva a otros supuestos que no sean los expresamente regulados en dicho artículo; de ahí que el texto de la norma señale: "(...) la contradicción solo podrá fundarse según la naturaleza del título en (...)", de tal manera que el juez debe declarar liminarmente la improcedencia de la contradicción si esta se funda en supuestos distintos a los que describe la norma.

39. La disquisición entre acto y documento en los títulos ejecutivos, se ha zanjado en que ambos son elementos integrantes del título, esto es, que para calificar a un título ejecutivo deben concurrir dos elementos: el

documento en la forma establecida por ley y el acto cuyo contenido reúna los elementos subjetivos y objetivos de las obligaciones. Esta precisión es importante para justificar las causales de los incisos 1 y 2 del artículo 690-D del Código Procesal acotado para la contradicción, pues un título ejecutivo, para ser considerado como tal, debe satisfacer requisitos de forma y de fondo:

i) La inexigibilidad de la obligación contenida en el título.- El artículo 690-D inciso 1, hace referencia a "la inexigibilidad o iliquidez de la obligación contenida en el título". Dicha causal se invoca para cuestionar el fondo del título. Aquí no hay un cuestionamiento al documento en sí, sino al acto que recoge dicho documento. Se cuestiona la ejecutabilidad del título por carecer de una prestación cierta, expresa y exigible; condiciones básicas para que un título revista ejecución, tal como lo describe el artículo 689 del Código Procesal Civil.

ii) La iliquidez de la obligación contenida en el título.- La contradicción puede invocar "la iliquidez de la obligación contenida en el título". Esto implica que no tiene inmediata ejecución una prestación ilíquida. Si la obligación comprende una parte líquida y otra parte ilíquida, se puede demandar la primera. Las prestaciones liquidables se liquidan

mediante operación aritmética. Cuando el título es ilíquido, no puede procederse a la ejecución con una simple operación aritmética porque ella responde a razones muy distintas. En estos casos, estamos ante las llamadas sentencias de condena genérica o de condena con reserva.

iii) La nulidad formal del título.- El documento se cuestiona de nulo cuando no acoge la forma señalada por ley.

iv) El título valor completado en forma contraria a los acuerdos adoptados. - La redacción originaria del artículo 690-D inciso 2 del Código Procesal Civil, se modificó para comprender bajo el supuesto de nulidad formal o falsedad del título ejecutivo, "cuando siendo este un título valor emitido en forma incompleta hubiere sido completado en forma contraria a los acuerdos adoptados, debiendo en este caso observarse la ley de la materia". Este inciso es coherente con la nueva regulación de la nueva Ley de Títulos Valores N° 27287. En la actividad judicial, el argumento de que el título valor fue suscrito en blanco es bastante reiterado. Se debe probar que se completó el título valor contrariamente a los acuerdos adoptados por las partes intervinientes en el título; siendo que la actividad probatoria se reduce a la prueba documental, tal como señala la nueva Ley N° 27287.

Como refieren los artículos 10 y 19 de la citada ley, si el demandado al contradecir la demanda invoca que el título valor se ha completado contrariamente a los acuerdos adoptados, debe necesariamente acompañar el respectivo documento donde consten tales acuerdos trasgredidos por el demandante.

v) La falsedad del título.- Cuando se invoca "la falsedad del título ejecutivo" es necesario tener en cuenta que un título valor es un documento constitutivo, en cuanto el derecho contenido en el título se constituye en el mismo título; con él nace y se trasmite el derecho incorporado. Un documento redactado con caracteres indelebles sobre soporte adecuado, puede ser falso en el acto que le da vida o ser falsificado en su contenido en cualquier momento posterior a la creación; tanto la alteración como la falsificación de la firma del emitente constituyen diversos aspectos de la falsedad. La falsedad está referida a la autoría del acto cambiario, la firma falsificada puede ser la del creador del título o la de cualquier otro sujeto que posteriormente participe en el tráfico cambiario. La falsificación se refiere a un documento cambiario inicialmente auténtico, que es alterado en alguno de los elementos de su contenido, es decir, que el cuestionamiento se centra en el texto del acto cambiario en sí.

vii) Extinción de la obligación.- La "extinción de la obligación" constituye otra causal para sustentar la contradicción contenida en el artículo 690-D inciso 3 del Código Procesal Civil. Los hechos extintivos para invocarla no se diferencian de aquellos previstos para aquellas obligaciones del derecho común, como el pago, la novación, la compensación, la consolidación, etc. Para Romero[14], pueden concurrir diversos modos de extinguir las obligaciones. Estos son actos o hechos jurídicos que tienen un objetivo: disolver o extinguir el vínculo obligatorio, esa relación jurídica que une al deudor con el acreedor. Como actos que extinguen la obligación se tiene a la ejecución voluntaria, que puede ser directa o indirecta. En el primer caso, el deudor cumple con la prestación debida, la misma que se tuvo en cuenta al momento de la celebración; con el modo indirecto, la ejecución es producto unas veces de un acto unilateral –como la condonación– y otras de verdaderos acuerdos, como la dación en pago, la novación, la compensación, la transacción y el mutuo disenso.

Como hechos que extinguen la obligación se tiene a la consolidación, la prescripción extintiva, el vencimiento del plazo extintivo o el

[14] ROMERO ZAVALA, Luis. "El Derecho de las Obligaciones en el Perú". Tomo I, FECAT, Lima, 2001, pág. 1.

cumplimiento de la condición resolutoria, la pérdida sobreviniente del bien sin culpa del deudor; la muerte del deudor o del acreedor produce también extinción de la obligación cuando se trata de obligaciones y derechos personalísimos, señala Romero. El pago es el cumplimiento efectivo de la obligación. Concurren dos principios básicos: el de identidad y el de integridad. La identidad se explica en que el acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor; en tanto que la integridad se refiere a que se debe cumplir con la totalidad de la prestación debida.

vii) Excepciones y defensas previas.- Bajo el proceso único de ejecución, se permite recurrir a las excepciones y defensas previas. Tradicionalmente se definía a las excepciones como medios de defensa del demandado que atacan aspectos formales o procesales de la demanda interpuesta o el derecho material en que se funda la pretensión. Si se declara fundada una excepción procesal, su consecuencia será la nulidad de todo lo actuado, no existiendo pronunciamiento sobre el fondo; mientras que de ampararse una excepción sustantiva, va a existir un pronunciamiento sobre el fondo de la litis y se declarará fundada la oposición e infundada o fundada –

según el caso– la demanda. Monroy Palacios[15] califica la excepción como una defensa de forma, a través de la cual se denuncia la falta o defecto de un presupuesto procesal o una condición de la acción; en ningún momento ataca la pretensión del actor, por ello, será siempre procesal. No se debe permitir deducir dentro del proceso ejecutivo excepciones sustantivas, pues ello implica ir contra la naturaleza misma de la excepción, como instituto procesal. La excepción debe apreciarse como un medio de defensa ejercida por el demandado, con la finalidad de poner de manifiesto la deficiencia o inexistencia de una relación jurídica válida, a fin de paralizar el ejercicio de la acción o destruir su eficacia. La defensa previa viene a ser una modalidad de ejercer el derecho de contradicción y busca la suspensión del trámite del proceso hasta que se cumpla con requisito de procedibilidad que la ley dispone se debe satisfacer previamente sin los cuales no es posible iniciar el proceso civil.

viii) Contradicción a títulos de naturaleza judicial.- Cuando el mandato se sustente en título ejecutivo de naturaleza judicial, solo podrá formularse contradicción si se alega el cumplimiento de lo ordenado o la extinción de la obligación.

---

[15] MONROY PALACIOS, Juan. "Algunos aspectos sobre el proceso ejecutivo". En: Themis, Revista de la Facultad de Derecho, PUCP, N° 25, Lima, 1992, pág. 142.

8.- Hipoteca como derecho real de garantía

8.1.- Concepto

40. En la hipoteca normalmente intervienen el propietario (que puede ser el deudor) y el acreedor. Otras veces interviene el deudor, acreedor y además un tercero que es el propietario del inmueble. En otras oportunidades la hipoteca solo es otorgada por el propietario, supuesto en el cual se denomina hipoteca unilateral. Es necesario determinar sobre qué bienes pueden recaer los distintos derechos reales de garantía. Algunos derechos reales no recaen sobre todo tipo de bien, en tal sentido la hipoteca solo recae sobre bienes inmuebles. El bien materia de hipoteca es un inmueble, pero en el derecho español la hipoteca también puede recaer sobre bienes muebles, supuesto en el cual se denomina hipoteca mobiliaria.

Las características de la hipoteca son:

i) Derecho real y accesorio. La hipoteca no permite al acreedor actuar materialmente sobre la cosa, como podría hacerse en virtud de los derechos reales de propiedad, de servidumbre o de usufructo; es una especie de prenda sobre el derecho de propiedad, no existiendo participación en los atributos y en las ventajas de este derecho;

consecuentemente, la hipoteca tiene que tramitarse junto con el crédito al cual sirve de garantía y no independientemente. Cuando dice que este derecho real es accesorio, se quiere decir que la hipoteca destinada a servir de garantía a un crédito no se comprende sin un crédito cuyo pago deba asegurarse, es decir, que la hipoteca sea accesoria a un crédito indica que se constituye para garantizar el cumplimiento de una obligación, y que no puede constituirse en forma autónoma.

ii) Carácter Inmobiliario. Se encuentra regulado en el artículo 1100 del Código Civil, que señala: *"la hipoteca debe recaer sobre inmuebles determinados",* del cual se entiende que el bien debe estar individualizado con la fijación del área, linderos y medidas perimétricas que deben coincidir con aquellas señaladas en la ficha registral del Registro de Propiedad Inmueble.

iii) Constitución de la hipoteca por el deudor o por un tercero. No es necesario que la hipoteca sea constituida por el que ha contraído la obligación principal, puede ser dada por un tercero sin obligarse personalmente.

iv) No hay desplazamiento del bien ni desposesión. En la hipoteca no existe la entrega del inmueble al acreedor o al depositario designado

por ambas partes, sustituye la falta de entrega con la inscripción del gravamen en el Registro de Propiedad Inmueble como acto constitutivo para el nacimiento de este derecho. Ergo, solo se puede constituir eficazmente hipoteca, sobre inmuebles que se encuentren insertos en el Registro de la Propiedad Inmueble.

v) Indivisibilidad. Se encuentra regulado en el artículo 1102 del Código Civil, que señala que "la hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados", de donde aflora su carácter intangible mientras subsista la obligación.

vi) Publicidad. El ejercicio del *iuspreferendi* y del *iuspersequendi* queda supeditado a la previa inscripción, pues el privilegio que la ley le da al acreedor hipotecario únicamente puede hacerse valer si la hipoteca está registrada. La publicidad registral es carácter esencial de la hipoteca, pues si no está inscrita no es un derecho real. El Código Civil lo regula en el artículo 1099, que señala: "el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble", lo que a buena cuenta quiere decir que si este derecho no se inscribe, no ha nacido la hipoteca y no es posible un proceso de ejecución de garantías.

8.2. Requisitos

41. En cuanto a los requisitos de validez de la hipoteca, se encuentran establecidos en el artículo 1099 del Código Civil, los cuales son los siguientes:

i) Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto, conforme a ley. Quien constituye la hipoteca está consintiendo indirectamente la enajenación del inmueble, toda vez que el acreedor, en caso de incumplimiento, va a estar facultado para promover la acción hipotecaria y con ella provocar la venta forzada de aquél. Tan importante es este requisito que la hipoteca constituida *a non domino* es nula, y ni siquiera se convalida en el supuesto de que, luego de la constitución, el constituyente adquiere la propiedad del inmueble o el verdadero propietario lo suceda a título universal. Debe precisarse que no basta la sola intervención del propietario, sino que además este debe tener plena capacidad para gravar el bien. En el caso de las personas naturales, deberá tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 42 y siguientes del Código Civil en materia de capacidad; tratándose de las personas jurídicas, privadas o públicas, se estará a lo dispuesto en materia de personería jurídica por su estatuto y la ley en un caso, y, en el otro, a la ley de su creación.

ii) Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable. En nuestra legislación todas las obligaciones pueden asegurarse con hipoteca, tanto las de dar bienes ciertos o sumas de dinero, como lo indica el artículo 1133 del Código Civil, o como las de hacer y no hacer; pero lo más frecuente es que se constituya en garantía de obligaciones de pago de sumas de dinero. Aunque originariamente la obligación no consista en pagar una suma de dinero, la hipoteca no puede realizarse sin que previamente se convierta el crédito asegurado en obligación pecuniaria. En doctrina y conforme al principio de especialidad, "solo se pueden gravar bienes determinados y existentes (especialidad en cuanto al bien) y en garantía de obligaciones individualizadas y hasta por montos determinados (especialidad en cuanto al crédito)"[16]. El artículo 1099 inciso 2 del Código Civil se refiere al principio de especialidad en cuanto al crédito garantizado.

Respecto al fundamento del principio de especialidad, se considera que busca facilitar a los terceros "conocer la causa y el monto del mismo y la parte por la cual el bien hipotecado está libre de deudas; y hace posible, al deudor, obtener créditos, garantizables con el mismo

[16] AVENDAÑO ARANA, Francisco. "La Cobertura de la Hipoteca". En: Diario Oficial El Peruano, Lima, Julio 23, 2003, pág. 18.

bien"[17]. Será una obligación determinada cuando la misma esté perfectamente establecida en el contrato, y será una obligación determinable cuando, no estando determinada en el contrato, puede llegarse a establecer directa o indirectamente, sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades.

iii) Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble. El legislador establece la exigencia de especificar el monto del gravamen sustentado en la necesidad del ordenamiento de proporcionar seguridad a los terceros adquirentes del dominio del inmueble hipotecado o de un derecho real sobre él; favoreciendo, con ello, la circulación de los bienes y propiciando el crédito en general.

El gravamen, igual que en el anterior requisito, será determinado cuando se ha establecido expresamente en el contrato, y será determinable cuando, no estando determinado en el contrato, pueda llegarse a establecer directa o indirectamente sin necesidad de nuevo acuerdo de voluntades. Considerando que de acuerdo con el artículo 1107 del Código Civil la extensión de la hipoteca, en cuanto a la obligación garantizada, comprende el capital (crédito), los intereses,

[17] MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Tomo IV, EJEA, Bs. As., 1979, pág. 100.

las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio, el monto del gravamen debe comprenderlas, por lo que su cuantía es ordinariamente superior al crédito u obligación garantizadas; pero nada impedirá que se pacte gravamen por una cantidad menor a la de la obligación garantizada.

Constituye fundamento de la inscripción el hecho de que la constitución de hipoteca no exige desposesión ni desmembración de la propiedad; es decir, el propietario hipotecante mantiene su posesión en todo momento; es por este motivo que es preciso recurrir al registro como mecanismo objetivo de publicidad y oponibilidad del mismo, en protección de los terceros adquirentes. La inscripción constitutiva busca en última instancia evitar la existencia de hipotecas ocultas, las mismas que afectan al tráfico jurídico (históricamente y en términos generales, esa fue la causa inicial de creación de los Registros Inmobiliarios).

En cuanto a las formalidades y requisitos para la inscripción de la hipoteca, debe mencionarse que, conforme al artículo 2010 del Código Civil, "la inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria", lo que concordado con el artículo 1098 del mismo código, implica que deberá presentarse

el parte notarial de la escritura pública correspondiente u otro documento, en caso de que exista norma especial que autorice su empleo (documento privado con firmas legalizadas, formulario registral, etc.).

8.3. Cobertura

42. El artículo 1107 del Código Civil define los alcances de la cobertura de la hipoteca, indicando que cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas y costos del juicio. La norma precedente debe ser interpretada en concordancia con el artículo 1099, inciso 3, el cual prescribe que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable, de modo que el gravamen solo cubra hasta el monto señalado. De la lectura de ambas normas se advierte que el inmueble hipotecado debe responder por los conceptos a que alude el artículo 1107 mencionado, pero siempre dentro del monto del gravamen. Sin embargo, resulta exigible el cobro de suma mayor por los conceptos señalados solo cuando se reúnan en una sola persona el deudor de la obligación y el garante hipotecario, mas no cuando la hipoteca la constituye un tercero, a menos que se haya garantizado el capital sin pacto sobre intereses, costas y costos.

9.- Hipoteca Abierta también entendida como garantía sábana.

43. En principio, la hipoteca no tiene existencia si no está al servicio de un crédito que asegure. La hipoteca, pues, tiene carácter accesorio. No obstante, el legislador no puede dejar de reconocer determinadas situaciones que, si bien dejan de lado el carácter accesorio de la hipoteca, responden a la exigencia de dar respuesta a necesidades de la vida práctica; es por ello que el legislador incorpora en este precepto la hipoteca en garantía de una obligación futura o de una que solo sea eventual.

44. La regulación respecto de la hipoteca en el caso que nos ocupa aparece en el Código Civil de 1984, el cual fue inspirado en el artículo 224 del Código Civil suizo y en el artículo 2921 del Código Civil mexicano.

45. De conformidad con el artículo 1104, un acreedor podrá asegurar el cumplimiento de cualquier crédito que otorgue en el futuro mediante la constitución de una garantía hipotecaria por parte de su futuro deudor. En tal sentido, de acuerdo al principio de accesoriedad, la garantía solo será eficaz una vez que la obligación garantizada llegue a generarse, lo cual implica esperar que la obligación principal sea contraída, por ello, será el surgimiento de la obligación principal la que determinará la eficacia de la garantía hipotecaria; de no surgir aquella, la hipoteca carecerá de eficacia.

En eso orden de ideas, los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria de España, señalan lo siguiente:

Artículo 142: "La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse…".

Artículo 143: "Cuando se contraiga la obligación futura o se cumpla con la condición suspensiva de que trata el párrafo primero del artículo anterior, podrán los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria".

46. De lo expuesto, podemos afirmar que uno de los objetivos de la regulación de la hipoteca sobre obligaciones futuras o eventuales, reside en el hecho de asegurar al acreedor un rango o prelación respecto de la potencial ejecución de una obligación no existente, pero con grandes probabilidades de ser contraída; en ese sentido, si no surge la obligación futura la hipoteca no surtirá efecto alguno; debiendo, en consecuencia, extinguirse o cancelarse. Cabe anotar que no obstante que la obligación futura así como la eventual no son obligaciones actuales, la hipoteca constituida en respaldo de ellas adquiere rango con la fecha de su inscripción en el registro, sin tener que esperar el surgimiento de la

obligación.

Para que la hipoteca sea válida es indispensable que se declare el valor estimativo del crédito en el acto constitutivo. Un caso práctico de aplicación de este supuesto es la apertura de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria. El prestamista se obliga a ir entregando las sumas que necesite el prestatario estableciéndose el monto total hasta el cual se ha de prestar y el tiempo dentro del cual puede el prestatario hacer uso del crédito. La hipoteca garantiza las sumas efectivamente prestadas, pero solo hasta el monto fijado al ser abierto el crédito; de modo tal que si el prestamista continúa haciendo entrega más allá de lo acordado y de lo garantizado por la hipoteca, este exceso no queda bajo la garantía hipotecaria.

47. La garantía sábana es aquella que es constituida por una persona natural o jurídica a favor de un acreedor bancario para garantizar operaciones de mutuos pasados, presentes y futuros, es decir, las que ya se hayan contraído y las que por cuestiones de las operaciones comerciales habituales puedan desembolsarse o concretarse en el futuro.

Es decir, busca dotar de dinamismo y seguridad a las operaciones bancarias, de modo tal que no haya necesidad de estar constituyendo garantías todo el tiempo si finalmente una sola de ellas puede cubrir las

deudas actuales y futuras del usuario. En la garantía sábana, el deudor de una empresa del Sistema Financiero puede constituir una garantía real con el fin de respaldar todas las obligaciones asumidas frente a dicha empresa, sean obligaciones directas o indirectas, existentes o futuras.

48. La legislación del Sistema Financiero al igual que civil, regulan la hipoteca respecto a obligaciones futuras.

El artículo 172 de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, preveía lo siguiente: "Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía siempre que así se estipule expresamente en el contrato. Cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta al deudor, éstas sólo respaldan las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía".

Esta es la denominada garantía sábana, en virtud de la cual, el deudor de una empresa del Sistema Bancario o Financiero puede constituir una garantía real, con el fin de respaldar todas las obligaciones asumidas frente a dicha empresa, sean obligaciones directas o indirectas, existentes

o futuras.

De esta forma si, por ejemplo, un banco prestaba a un cliente determinada cantidad de dinero y este último constituye una hipoteca (sobre un inmueble de su propiedad), lo usual sería que la garantía se circunscriba a dicho crédito. Sin embargo, en aplicación de la norma antes citada, la hipoteca respaldará además todas aquellas obligaciones futuras que el mismo deudor contraiga con dicha entidad bancaria.

La denominada "garantía sábana" no alcanza a las garantías reales constituidas por terceros en favor de una entidad financiera, dado que en dicho caso las obligaciones objeto de garantía eran solo aquellas que expresamente hayan sido detalladas por el deudor en el contrato de garantía respectivo. Dicha excepción cautela el patrimonio del tercero, pues tiene por objeto no obligarlo a respaldar el cumplimiento de obligaciones presentes o futuras del deudor, en cuya generación no ha participado o de las que, simplemente, no ha tenido conocimiento.

Como vemos, esta disposición, que concuerda con lo dispuesto por el artículo 1104 del Código Civil, tiene por objeto aliviar los costos de transacción propios de las operaciones de crédito en el sistema financiero, de forma tal que no se deban incurrir en los costos que demanda constituir una garantía hipotecaria cada vez que se otorga una línea de crédito.

Dicho de otra manera, esta norma está destinada a favorecer el desarrollo del crédito, permitiendo que la garantía no solo cubra una obligación existente, sino también futura o eventual. Desde luego, y en aplicación del principio de accesoriedad, la validez de la garantía estará sujeta a que la obligación futura o incierta se convierta en una obligación que en un momento determinado tenga existencia y sea cierta. De otro modo, no habrá forma de hacer efectiva la garantía, pues según lo expresado esta presupone una obligación que le es principal.

Obsérvese que esta institución legal permitía que las empresas del sistema financiero puedan otorgar con mayor celeridad los créditos requeridos por los agentes económicos en el mercado, evitando de esta manera la necesidad de celebrar un nuevo contrato de garantía para cada operación de crédito. Ello diluye el riesgo y reduce los costos de operaciones en las que finalmente se comprometen recursos que se obtienen del ahorro público.

Como puede apreciarse, este tipo de disposición brinda celeridad al tráfico jurídico y reduce los costos de acceso al crédito, los cuales son trasladados por las entidades del Sistema Financiero a sus clientes.

Posteriormente, el artículo 172 de la ley acotada fue modificado por el artículo 1 de la Ley Nº 27682, publicada el 09 de marzo de 2002, cuyo

texto es el siguiente: "Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant en favor de una empresa del sistema financiero, sólo respaldan las deudas y obligaciones expresamente asumidas para con ella por quien los afecta en garantía. Es nulo todo pacto en contrario".

El 22 de octubre de 2002 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la Ley Nº 27851, mediante la cual se ha modificado nuevamente el artículo 172 de la Ley Nº 26702 (en adelante Ley de Bancos), relativo a las garantías bancarias.

Ahora, con la nueva modificación, el primer párrafo del artículo 172 de la Ley de Bancos ha quedado redactado como sigue: "Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones propias, existentes o futuras asumidas para con ella por el deudor que los afecta en garantía, siempre que así se estipule expresamente en el contrato. Cuando los bienes afectados en garantía a favor de una empresa del sistema financiero son de propiedad distinta al deudor, estas solo respaldan las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía". El artículo 172 de la Ley de Bancos, en su versión original, establecía que con excepción de las hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios, los bienes dados en hipoteca, prenda o

warrant a favor de una empresa del sistema financiero, respaldan todas las deudas y obligaciones directas e indirectas, existentes o futuras, asumidas para con ella por quien los afecte en garantía o por el deudor, salvo estipulación en contrario.

Esta disposición fue modificada por Ley Nº 27682, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 10 de marzo de 2002, en consideración a que la versión original, según se señalaban del citado precepto, y su aplicación práctica, atenta contra los derechos de los consumidores. Por esta razón, la Ley N° 27682 dispuso que el primer párrafo del artículo 172 de la Ley de Bancos quede redactado como sigue: *"Los bienes dados en hipoteca, prenda o warrant a favor de una empresa del sistema financiero, solo respaldan las deudas y obligaciones expresamente asumidas para con ella por quien los afecta en garantía. Es nulo todo pacto en contrario"*. Si bien este texto del artículo 172 de la Ley de Bancos, vigente desde el 23 de octubre de 2002, restituyó la licitud de la garantía sábana, esta nueva versión difiere de la original en lo siguiente: No se excluyen las hipotecas vinculadas a instrumentos hipotecarios. La versión original sí lo hacía. La garantía se convierte en sábana por pacto expreso. Antes adquiría esa calidad automáticamente, a menos que se pactara en contrario. La nueva garantía sábana no incluye las deudas indirectas.

La versión anterior extendía la garantía a las deudas directas e indirectas del deudor y del propietario del bien. Las garantías constituidas por persona diferente al deudor solo respaldan las obligaciones expresamente señaladas por el otorgante.

En la versión original respaldaban las obligaciones presentes y futuras, directas e indirectas, propias y del deudor; salvo pacto en contrario. Las idas y venidas del Congreso de la Republica en relación a la garantía sábana determinará que actualmente existan hasta tres regímenes diferentes de garantías frente a las empresas del Sistema Financiero, sujetos a sus propias reglas, a saber:

Garantías otorgadas a favor de empresas del Sistema Financiero antes del 10 de marzo de 2002.

Las garantías sábanas otorgadas bajo el imperio del artículo 172 de la Ley de Bancos, versión original, constituyen acuerdos válidos y exigibles hasta el 10 de marzo de 2002, fecha en la cual entró en vigencia la Ley N° 27682. Por consiguiente, las obligaciones presentes y futuras, directas e indirectas del deudor o del constituyente de la garantía sábana, nacidas desde la fecha en que esta fue otorgada hasta el 10 de marzo de 2002, quedaron comprendidas dentro de los alcances de la garantía sábana otorgada. Desde el 10 de marzo de 2002, fecha en que entró en vigor la

Ley N° 27682, los efectos sábana de las garantías pre existentes devinieron nulos por ser contrarios a una norma de orden público. Como quiera que esta Ley no tuvo efectos retroactivos, no afectó en modo alguno los efectos sábana de las garantías otorgadas con anterioridad a la misma, efectos que continuaron produciéndose hasta el 10 de marzo.

A partir de dicha fecha, los efectos sábana de las garantías constituidas con anterioridad cesaron, subsistiendo dichas garantías únicamente para respaldar el cumplimiento de las obligaciones nacidas con anterioridad al 10 de marzo de 2002, así como de aquellas otras que habiéndose originado con posterioridad a dicha fecha, estuvieran expresamente estipuladas en el acto constitutivo. Las nuevas obligaciones, directas o indirectas, nacidas con posterioridad al 10 de marzo de 2002 y que no estuvieron expresamente estipuladas en el instrumento de la garantía, quedaron excluidas de sus alcances.

Aun cuando la Ley N° 27851 restituyera la validez de las garantías sábana –con las diferencias ya anotas– el hecho de que tales estipulaciones se encontraran permitidas desde la vigencia de dicha Ley, no implicaba que recobraran vigencia los pactos relativos a garantía sábana que devinieron nulos al entrar en vigencia la Ley N° 27682. En otras palabras, la nulidad sobreviniente de los efectos sábana de las garantías constituidas hasta el

10 de marzo de 2002 es permanente.

Garantías constituidas a favor de empresas del sistema financiero después del 10 de marzo de 2002.

Estas garantías se constituyeron bajo el imperio del artículo 172 de la Ley de Bancos, modificado por la Ley N° 27682 que, como hemos expresado, prohibió la garantía sábana al señalar que las garantías constituidas a favor de empresas del sistema financiero solo podrían respaldar el cumplimiento de las obligaciones y deudas expresamente asumidas para con ellas por quien las otorgara; dejando fuera de sus alcances a las demás obligaciones presentes o futuras directas o indirectas no estipuladas expresamente. Por consiguiente, las garantías nacidas bajo el imperio de la Ley N° 27682 no tienen efectos sábana. Estas garantías no adquirirán automáticamente efectos sábana por el hecho de que la Ley N° 27851, publicada el pasado 22 de octubre, permite nuevamente el pacto en ese sentido. Para que las garantías antes señaladas adquieran esa característica, tendría que mediar pacto expreso entre el constituyente y/o propietario de los bienes dados en garantía y la institución del sistema financiero acreedora.

Garantías constituidas a partir del 23 de octubre de 2002 a favor de empresas del sistema financiero.

Las garantías que se constituyan a partir de la fecha indicada a favor de las empresas del sistema financiero, podrán respaldar el cumplimiento de obligaciones propias, existentes o futuras, asumidas para con ella por el deudor que las otorgue, siempre que ello se estipule expresamente en el contrato.

A falta de pacto, las garantías solo respaldaran el cumplimiento de las obligaciones expresamente señaladas en el instrumento respectivo. Si bien el nuevo texto del artículo 172 de la Ley de Bancos no prevé la posibilidad de que por pacto el deudor le otorgue a la garantía sábana mayores alcances de los que la propia disposición legal permite, no existiría razón aparente para suponer que ello no sea posible, toda vez que el texto legal bajo análisis es, en lo que respecta al deudor, de naturaleza permisiva; lo cual implicaría que no sea válido aplicar el argumento "a contrario" en su interpretación, vale decir, sostener que lo que no está permitido, se encuentra prohibido, toda vez que una interpretación así colisionaría con lo dispuesto por el artículo 2, inciso 24, numeral a) de la Constitución, según el cual nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe. Y, en el presente caso, la norma que prohibía (artículo 1 de la Ley N° 27682) ya fue derogada.

Sin embargo, debe hacerse hincapié que posteriormente la Ley N° 27851

y la Ley N° 27682, fueron derogadas por la Sexta Disposición Final de la Ley Nº 28677, publicada el 01 marzo de 2006, vigente a los noventa días de la publicación de la citada Ley; siendo que quedó subsistente a la actualidad el texto primigenio del artículo 172 de la Ley de Bancos.

49. En conclusión, la libertad contractual que pueda conferir o no la Ley de Bancos al deudor para otorgar garantías sábana a favor de instituciones del sistema financiero no es absoluta, pues termina donde el Código Civil, supletoriamente, empieza a prohibir. De otro lado, si el otorgante de la garantía es persona diferente al deudor, las que otorgue solo respaldaran las deudas y obligaciones del deudor que hubieran sido expresamente señaladas por el otorgante de la garantía. En este caso, no sería posible que por pacto el propietario de los bienes acepte conferirle a las garantías mayores alcances de los que la norma permite, pues el precepto bajo análisis dispone con toda claridad que tales garantías "solo" respaldarán las obligaciones expresamente asumidas, lo cual permite colegir que un pacto más lato colisionaría con la limitación categórica impuesta por la propia ley.

10. De las obligaciones y la imputación del pago

50. Las obligaciones.- El Derecho de Obligaciones es un derecho civil de contenido patrimonial, es una rama del Derecho Privado. En ese sentido,

Osterling Parodi y Castillo Freyre[18] señalan que: "la obligación constituye una relación jurídica que liga a dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir una prestación a favor de la otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de este último digno de protección. Dentro de esa relación jurídica corresponde al acreedor el "poder" o "derecho de crédito" para exigir la prestación. Si el deudor, vinculado en tal forma, no cumple la prestación, o la cumple defectuosamente, por razones a él imputables, responde con sus bienes de dicho incumplimiento, en razón del elemento coercitivo previsto por la ley." Asimismo, Romero Zavala[19] refiere al respecto que: "Debe quedar perfectamente establecido que la obligación procede sólo entre personas; son las personas quienes se vinculan jurídicamente, en virtud de lo que llamamos obligación, pero ¿qué es la obligación? Es una relación jurídica, que se da entre dos o más personas, que, permite a una o más de ellas adquirir la facultad de exigir a otra u otras, el cumplimiento de una prestación determinada. Todo esto, entendido como un conjunto o unidad, es lo que debe entenderse como obligación".

Elementos de las Obligaciones.- i) El vínculo jurídico: Cuya

[18] OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Tratado de las Obligaciones". Biblioteca Para Leer el Código Civil, Volumen XVI, 1ra parte, Tomo I, Fondo Editorial PUCP, 1994, pág. 101.
[19] ROMERO ZAVALA, Luis. *Op. Cit.*, Tomo I, pág. 14.

denominación más correcta es de relación jurídica, que es el nexo o ligamen que existe entre uno o varios acreedores y uno o varios deudores. Implica que la libertad contractual queda limitada a favor del acreedor; no implica la pérdida de la libertad individual y de allí que constitucionalmente está prohibida la prisión por deudas de dinero. **ii) La Prestación:** Es el objeto o bien materia de la Obligación o del Contrato. Debe ser lícita (es nulo el acto jurídico contrario al orden público y a las buenas costumbres; artículo V Título Preliminar del Código Civil vigente). Debe estar en el comercio de los hombres y debe ser posible (que exista o sea posible de existir) y determinada o determinable. Debe también ser útil y no quedar al arbitrio del deudor. **Iii) Sujetos:** El acreedor y el deudor, respectivamente.

Modalidades de las obligaciones.- i) Obligaciones de dar: La obligación de dar tiene por objeto la entrega de un bien mueble o inmueble por parte del deudor, en favor y en provecho del acreedor. La obligación de dar tiene por objeto la entrega de un bien mueble o inmueble con el fin de constituir sobre ellos (los bienes) derechos reales, la de transferir el uso o posesión del bien y/o la restitución del bien a su dueño. Por la obligación de dar el deudor se encuentra obligado a entregar el bien debido y el acreedor adquiere la facultad de exigir la entrega de ese bien. "El objeto de la dación es –en todos los casos– un bien, sea mueble o

inmueble"[20]. **ii) Obligaciones de hacer:** Son obligaciones positivas que consisten en la realización de servicios, en la prestación de trabajo material, intelectual o mixto, a que se compromete el deudor en beneficio del acreedor. Ej.: servicios profesionales, técnicos, reparación de máquinas, equipos; mandados, servicios de obreros, etc. "Entonces las obligaciones de hacer consisten en una acción del deudor"[21]. **iii) Obligaciones de no hacer:** La obligación de no hacer "es aquella que tiene como deber objeto una conducta negativa, que se traduce en una abstención o en un tolerar. La particularidad de esta categoría reside entonces en la actividad omisiva del deudor frente a determinados actos que normalmente tiene la facultad de ejecutar"[22]; por consiguiente, "la prestación del deudor... consiste en una inacción, una prestación incorpórea, que sólo puede apreciarse por no haberse producido su antípoda: la acción"[23]. **iv) Obligaciones alternativas:** La obligación alternativa es aquella de objeto plural, esto es de dos o más prestaciones, por la cual el deudor se encuentra obligado a la ejecución completa de solamente alguna de ellas. **v) Obligaciones facultativas:** Son las que tienen por objeto una cosa determinada, pero se le concede al deudor la

[20] CARBONELL LAZO, Fernando [*et. al.*]. "Código Civil: comentado, concordado, anotado". Tomo VIII, Ediciones Jurídicas, Lima, 1996, pág. 4663.
[21] ROMERO ZAVALA, Luis. *Op. Cit.*, Tomo I, pág. 121.
[22] PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo. "Instituciones de Derecho Privado 1". Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Bs. As., pág. 467.
[23] ROMERO ZAVALA, Luis. *Op. Cit.*, Tomo I, pág. 146.

facultad de pagar con esta cosa debida o con otra cosa que se designa en el título constitutivo de la obligación. **vi) Obligaciones divisibles:** Son aquellas cuyo cumplimiento se puede dar de manera parcial, es decir, que puede ser dividido sin afectar o alterar el valor de la obligación. **vii) Obligaciones indivisibles:** La obligación indivisible es aquella que no permite un fraccionamiento, por lo que la obligación ha de cumplirse en su totalidad, como un todo, de manera unitaria. **viii) Obligaciones mancomunadas:** Se presenta esta clase de obligación cuando varios sujetos tienen una relación civil; una característica importante es que son relaciones pluripersonales ya que hay varios deudores hacia un acreedor o varios acreedores y varios deudores. **ix) Obligaciones solidarias:** Son obligaciones con pluralidad de sujetos, que consiste en que existiendo varios deudores o acreedores, de una prestación que, pudiendo ser divisible, se puede exigir a cada uno de los deudores o acreedores por el total de ella, de manera que efectuado o recibido por uno de ellos, extingue toda la obligación respecto del resto.

Extinción de las obligaciones.- "El momento de la extinción representa una fase necesaria en la vida de la obligación. El vínculo obligatorio no está destinado a perdurar indefinidamente... El modo normal de extinción es el cumplimiento (pago), ya que la obligación es un vínculo que

constriñe a cumplir. Pero esto último no es regla tan inflexible que no consienta variantes, y así la ley instituye otros modos de extinción que funcionan con prescindencia del cumplimiento"[24].

El Pago.- Como una de las formas de extinción de las obligaciones, Gutiérrez Camacho[25] refiere que "Pago y cumplimiento son sinónimos; tanto en lenguaje técnico como en lenguaje vulgar suelen ser usados indistintamente y a menudo el pago suele ser definido apelando al cumplimiento, y éste, a su turno, es definido como la ejecución de la prestación."; asimismo, Romero Zavala[26] señala: "el pago es una de las formas de extinción de las obligaciones, obviamente el de mayor importancia. Si consideramos a la extinción como el género, el pago es la especie, de manera que todo pago significa extinción pero no toda extinción se produce por el pago. El pago, por otro lado, no pertenece a la fase de la celebración sino a la de la ejecución. Con el pago se ejecuta la obligación, empero son conceptos sinónimos, ejecución y pago, a lo que podríamos agregar el término «*Solutio*» del Derecho Romano. También debemos precisar que el pago es la ejecución voluntaria de la obligación. El deudor es consciente de su deber, debe una prestación

[24] BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. "Derecho Civil. Obligaciones, Reales". Ediciones Jurídicas, Lima, 2007, págs. 283-284.
[25] GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. En: "Código Civil Comentado". Tomo VI, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pág. 335.
[26] ROMERO ZAVALA, Luis: *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 23.

determinada, por lo tanto, al vencimiento del plazo cumple voluntariamente. Esta precisión conceptual es importante porque se da también una ejecución forzosa, y ésta es la que se produce cuando el acreedor acude a los medios legales pertinentes y hace funcionar el aparato jurisdiccional. Toda ejecución forzosa es judicial".

51. Imputación de pago.- Bautista Toma y Herrero Pons[27] refieren que con esta expresión "... se alude, tradicionalmente, a la determinación o designación de la deuda a la que se ha de aplicarse el pago cuando el deudor tiene varias obligaciones en favor del mismo acreedor. A través del mecanismo de la imputación puede determinarse que es lo que paga el deudor al momento de ejecutar la prestación debida." Según Romero Zavala[28]: "Está considerada la imputación como otra modalidad del pago. Su importancia radica en situaciones bastantes singulares y éstas se dan únicamente ante la presencia de pluralidad de obligaciones del deudor ante su mismo acreedor. Quede clara la referencia para evitar equívocos; se requiere de la concurrencia de obligaciones, no de prestaciones. Los conceptos son distintos cuando decimos pluralidad de prestaciones y otro sobre pluralidad de obligaciones; en aquella es suficiente la vigencia de una sola relación obligacional... Imputar es, entonces, señalar, fijar,

[27] BAUTISTA TOMA, Pedro y HERRERO PONS, Jorge. *Op. Cit.* pág. 369.
[28] ROMERO ZAVALA, Luis. *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 133.

determinar, indicar, de una pluralidad de obligaciones a cuál de ellas va a corresponder el pago del deudor, cuando siendo exigibles, no puede cancelar todas ellas." Además, Vidal Ramírez[29] refiere que: "Para que la imputación pueda operar se requiere de varias obligaciones del deudor que imputa frente a un mismo acreedor, es decir, de la existencia de más de una relación jurídico-obligacional entre el deudor y el mismo acreedor y que el pago que va a efectuar el deudor no las solventa en su totalidad." Nuestro Código Civil vigente recoge esta figura legal en los artículos 1256 a 1259; de tales normas se derivan las siguientes reglas:

Imputación del pago por el deudor.- Artículo 1256 del Código Civil: a) Que el deudor tenga varias deudas con un mismo acreedor; b) Que todas las deudas sean de prestaciones homogéneas y fungibles; c) El deudor debe indicar a cuál de las deudas se aplica el pago al momento de pagar o antes de aceptar el recibo que emite el acreedor; y d) Sin autorización del acreedor no puede pagar una deuda parcial, ilíquida o no vencida.

Orden de la imputación convencional.- Artículo 1257 del Código Civil: a) Se trata de deudas en las que se deba capital, gastos e intereses; b) El deudor no puede pagar el capital antes que los gastos ni estos antes que los intereses; y c) En este caso la imputación corresponde al acreedor.

[29] VIDAL RAMÍREZ, Fernando. En: "Código Civil Comentado". Tomo VI, Gaceta Jurídica, Lima, pág. 443.

Imputación por el acreedor.- Artículo 1258 del Código Civil: a) La imputación la hace el acreedor al momento de emitir el recibo si es que no la ha hecho el deudor; y b) Una vez que se emite el recibo no cabe reclamo alguno.

Imputación legal.- Artículo 1259 del Código Civil: a) Procede cuando no es efectuada por acreedor ni deudor; y b) El pago se imputa: 1) A la deuda menos garantizada; 2) Si todos están igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; 3) Si todas resultan igualmente onerosas, a la más antigua; 4) Si esto no es posible, la imputación es a todas proporcionalmente.

Clases de imputación.- De lo referido anteriormente, Romero Zavala[30] determina las clases de imputación de la siguiente manera: "La imputación en buena cuenta es resultado de un acto de voluntad libremente expresado, dentro de determinados límites. Es por eso la distinción hecha por la doctrina y legislación, en cuanto la imputación puede hacerse por: a) El deudor, quien tiene esta facultad prioritariamente, por corresponderle a él efectuar el pago; b) El acreedor, siendo su facultad supletoria, es decir, podrá hacer la imputación solo en la hipótesis de no haberla hecho el deudor; y c) La ley, cuando ninguno de los sujetos de

[30] ROMERO ZAVALA, Luis. *Op. Cit.,* Tomo II, pág. 138.

la relación obligacional la haya efectuado y respetando una regla generalmente admitida: favorecer al deudor."

11.- Intereses

52. Jiménez Vargas-Machuca [31] refiere que los intereses "constituyen un aumento que la deuda (ya sea de dinero o de bienes, aunque mayoritariamente estamos hablando de deudas pecuniarias) devenga de manera paulatina durante un período determinado, sea como renta del capital de que el acreedor se priva (precio por el uso y disfrute del dinero o del bien de que se trate), o sea como indemnización por un retardo en el cumplimiento de la obligación, fijándose según el tiempo transcurrido y la cuantía de la prestación debida." Romero Zavala[32] señala a este respecto que "debe entenderse como intereses la ganancia que el titular del capital obtiene como consecuencia de haber concedido su uso o disfrute; en otros términos, viene a ser la retribución por el uso de un capital ajeno." Para Osterling Parodi, El artículo 1242 del Código Civil "define dos especies de intereses: de un lado, los intereses compensatorios; del otro, los moratorios. El interés compensatorio tiene como único propósito restablecer el equilibrio patrimonial, impidiendo que se produzca un

[31] JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "Intereses, tasas, anatocismo y usura". En: Revista Jurídica del Perú, Año LI, Nº 21, Trujillo, abril 2001, pág. 66.
[32] ROMERO ZAVALA, Luis. *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 100.

enriquecimiento indebido en favor de una parte e imponiendo, a quien aprovecha del dinero o de cualquier otro bien, una retribución adecuada por su uso. El interés moratorio, en cambio, es debido por la circunstancia del retraso doloso o culposo en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Su función es indemnizar la mora en el pago"[33].

Tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio.- Carbonell Lazo y otros, refieren que "para evitar la usura como consecuencia de desproporcionadas tasas de intereses, que la tasa máxima de interés convencional, ya sea compensatorio o moratorio, será fijada por el Banco Central de Reserva del Perú"[34]. De igual manera, Osterling Parodi refiere que "El primer párrafo del artículo 1243 exige que sea el Banco Central de Reserva el que fije la tasa máxima del interés convencional compensatorio y moratorio, a fin de evitar que impere la usura... El segundo párrafo del artículo bajo comentario consagra una regla de justicia. Su texto dispone que cualquier exceso sobre la tasa máxima originará la devolución o la imputación al capital, a voluntad del

[33] OSTERLING PARODI, Felipe. "Las Obligaciones". Biblioteca Para Leer el Código Civil, Volumen VI, Fondo Editorial PUCP, 1995, pág. 140.
[34] CARBONELL LAZO, Fernando *(et al). Op. Cit.*, Tomo IX, pág. 5174.

deudor. En consecuencia, tal circunstancia no dará lugar a la nulidad del contrato correspondiente ni a la suspensión del pacto de intereses"[35].

Tasa de interés legal.- Respecto a este punto, Osterling Parodi señala que "El artículo 1244 dispone que la tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú. Este precepto modifica sustancialmente el texto original del artículo 1325 del Código Civil de 1936 que señalaba el interés legal del dinero, para los casos en que no hubiera convenio expreso, en 5% al año. La norma se encontraba alejada de la realidad económica del país y, por otra parte, no resultaba aconsejable que un Código Civil, con el sentido de permanencia que le es inherente, previera un porcentaje susceptible de ser frecuentemente alterado de acuerdo a contingencias económicas... Puede ocurrir que las partes hayan omitido fijar la tasa de interés. El artículo 1245 resuelve esta cuestión estableciendo que en ese caso el deudor debe abonar el interés legal, cuya tasa, como se ha comentado, es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú"[36]. Así lo reafirma Jiménez Vargas-Machuca cuando señala que "en aplicación del mandato otorgado al Instituto Emisor, éste ha venido fijando la tasa de interés legal, la misma que se aplica tanto para el Sistema Financiero como para los agentes Ajenos al Sistema

[35] OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. Cit.*, págs. 140-141.
[36] *Ibídem*, pág. 141.

Financiero, habiendo adoptando diferentes políticas a lo largo del tiempo transcurrido desde que se le facultó la fijación de las tasas de interés legal: Cabe mencionar que cuando las partes han convenido en el pago de intereses pero no han acordado la tasa, el deudor abona el interés legal (artículo 1245 del Código Civil). En caso de haberse pactado intereses compensatorios, pero sin haber fijado su tasa, se aplica el interés legal fijado por el BCR; si no se han pactado intereses moratorios, se aplican los intereses compensatorios pactados o, en su defecto, el interés legal"[37].

Pago del interés por mora.- Aquí Osterling Parodi indica que "El artículo 1246 se refiere al interés que el deudor está obligado a pagar por causa de mora en el caso de que no se haya convenido un interés moratorio, es decir, al resarcimiento por el retraso. En tal supuesto, el deudor debe pagar el interés compensatorio pactado, el mismo que se entiende continuará devengándose después del día de la mora, con la calidad de interés moratorio. Si no hubiese interés compensatorio pactado, el deudor pagará el interés legal"[38]. Carbonell Lazo y otros, señalan además que "Esta norma está en concordancia con el principio recogido en el art. 1324 del Código Civil, que se refiere al interés que devengan por causa de

[37] JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *Op. Cit.*, pág. 76.
[38] OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. Cit.*, pág. 142.

mora las obligaciones de dar sumas de dinero"[39]. Todo lo anterior se ciñe a lo dispuesto en los artículos 51 y 52 de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, Decreto Ley Nº 26123[40], en concordancia con el artículo 9 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley Nº 26702[41].

53. Limitación al anatocismo y Validez del convenio de capitalización de intereses.- Respecto al anatocismo Fernández Fernández manifiesta que: "anatocismo es la capitalización de intereses, es decir, cuando los intereses ya vencidos o devengados son agregados al capital produciendo

---

[39] CARBONELL LAZO, Fernando *(et al). Op. Cit.*, Tomo IX, pág. 5176.

[40] Artículo 51.- El Banco establece de conformidad con el Código Civil, las tasas máximas de interés compensatorio, moratorio, y legal, para las operaciones ajenas al Sistema Financiero. Las mencionadas tasas, así como el Índice de Reajuste de Deuda y las tasas de interés para las obligaciones sujetas a este sistema, deben guardar relación con las tasas de interés prevalecientes en las entidades del Sistema Financiero.
Artículo 52.- El Banco propicia que las tasas de interés de las operaciones del Sistema Financiero sean determinadas por la libre competencia, dentro de las tasas máximas que fije para ello en ejercicio de sus atribuciones. Excepcionalmente, el Banco tiene la facultad de fijar tasas de intereses máximos y mínimos con el propósito de regular el mercado.

[41] Artículo 9.- LIBERTAD PARA FIJAR INTERESES, COMISIONES Y TARIFAS.
Las empresas del sistema financiero pueden señalar libremente las tasas de interés, comisiones y gastos para sus operaciones activas y pasivas y servicios. Sin embargo, para el caso de la fijación de las tasas de interés deberán observar los límites que para el efecto señale el Banco Central, excepcionalmente, con arreglo a lo previsto en su Ley Orgánica. La disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1243 del Código Civil no alcanza a la actividad de intermediación financiera. Las empresas del sistema de seguros determinan libremente las condiciones de las pólizas, sus tarifas y otras comisiones. Las tasas de interés, comisiones, y demás tarifas que cobren las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros, así como las condiciones de las pólizas de seguros, deberán ser puestas en conocimiento del público, de acuerdo con las normas que establezca la Superintendencia.

a su vez nuevos intereses"[42]. Y respecto a la capitalización de intereses, Osterling Parodi nos dice que "El artículo 1249 repite en el nuevo Código Civil la regla contenida en la primera parte del artículo 1586 del Código de 1936, con el propósito de evitar actos de usura por parte del acreedor. Es este otro caso en el cual queda restringida la autonomía de la voluntad.... El artículo 1249 no se refiere –salvo el caso de la cuenta bancaria– a las operaciones crediticias que se realizan en el sector financiero, entendiéndose por tal, a los bancos, empresas financieras, mutuales, cooperativas de crédito y, en general, a las instituciones que, autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, captan dinero del público para colocarlo a terceros. Dichas operaciones crediticias pueden ser activas o pasivas, tales como créditos en cuenta corriente, créditos directos, créditos promocionales –en virtud de los cuales se otorga un amplio plazo para empezar a amortizar el principal, capitalizándose los intereses desde el inicio– o créditos otorgados por la Banca Estatal de Fomento, cuya finalidad es promover los sectores productivos. Para estos casos la ley civil no legisla, pues esas operaciones son reguladas por las respectivas entidades del Estado Peruano. El espíritu que inspira al precepto es, pues, idéntico al del artículo 1586 del Código Civil de 1936.

[42] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. "Código Civil Comentado", Tomo VI, Gaceta Jurídica, 2007, pág. 423.

El artículo 1250 reproduce la segunda parte del artículo 1586 del Código de 1936, al admitir que se capitalicen los intereses por convenio... El precepto prescribe, sin embargo, para asegurar debidamente al deudor, que tal convenio puede celebrarse solo después de contraída la obligación, por escrito y siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de intereses. El artículo se refiere, por consiguiente, a intereses vencidos y no por devengarse. Como en el caso del artículo 1249, el artículo 1250 constituye una norma imperativa cuyos alcances no pueden ser recortados por la voluntad de las partes. Nada impide, sin embargo, que éstas lo pacten con mayor amplitud. Tampoco existe impedimento para que el convenio se repita sucesivamente en el tiempo; el deudor puede pagar o extender el pago, si el acreedor asiente en ello"[43].

Carbonell Lazo y otros, añaden que "El principio de la prohibición de capitalizar los intereses admite, como lo hacía el Código derogado, la capitalización de intereses si ésta fuera acordada por escrito después de contraída la obligación y siempre que medie no menos de un año de

[43] OSTERLING PARODI, Felipe. *Op. Cit.*, págs. 143-144.

atraso en el pago de intereses. El Código anterior exigía que hubiesen transcurrido dos años, plazo éste que ha sido recortado por el actual"[44].

Para Romero Zavala, como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 1249 y 1250 del Código Civil, se tiene "... varias situaciones: 1) no procede al anatocismo en las obligaciones civiles pactadas como intereses compensatorios; 2) si es procedente en cambio en las obligaciones mercantiles, bancarias o similares como las cooperativas de crédito y las empresas financieras".

El diferente trato se debe, indudablemente, a la circunstancias del manejo del dinero, como función específica y absoluta en las entidades del segundo grupo. El dinero es su razón de ser y el objeto principal de su gestión institucional. Constituye el comúnmente llamado 'intereses al rebatir'; empero, al deudor se le obliga la asunción de otras obligaciones adicionales y no le queda más remedio que aceptar dadas sus necesidades apremiantes"[45]. Así también lo afirma Jiménez Vargas-Machuca: "La prohibición de capitalizar intereses no constituye una prohibición en sí pues la norma ha precisado el caso en el que se prohíbe la capitalización, esto es, al momento de contraer la obligación, con las excepciones que la misma norma establece (cuentas mercantiles,

[44] CARBONELL LAZO, Fernando *(et al). Op. Cit.*, Tomo IX, pág. 5180.
[45] ROMERO ZAVALA, Luis. *Op. Cit.*, Tomo II, pág. 111.

bancarias o similares). No obstante, conforme al artículo 1250 del mismo cuerpo legal, sí es válido el pacto de capitalización de intereses celebrado por escrito luego de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses. Aunque no se encuentra establecido expresamente por la norma aludida, se entiende que únicamente pueden capitalizarse los intereses vencidos, no los que estén por devengarse. Esta es una norma de orden público"[46].

De la denuncia por Infracción Normativa por errores in procedendo

54. A partir de la denuncia casatoria de la recurrente (motivación insuficiente) debe concluirse expresamente en esta parte, que ha existido o se ha incurrido en infracción normativa procesal (por contravención al debido proceso) por una insuficiente motivación en las decisiones de mérito así como el auto de ejecución (calificatorio de la demanda), pues no se ha considerado debidamente los requisitos de la demanda, que en forma incompleta y deficiente se ha presentado, particularmente en lo relativo a la liquidación del estado de cuenta de saldo deudor, en donde no se ha precisado cronológicamente los cargos y abonos desde el nacimiento de la obligación hasta la fecha de la liquidación, y por tanto se ha incurrido en causal de nulidad insubsanable: artículo 139 inciso 5 de la

[46] JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. *Op. Cit.*, pág. 78.

Constitución Política del Estado. Al respecto deben hacerse algunas consideraciones de lo acontecido en el proceso que deben ser tomadas en cuenta:

CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO:

i) El NBK BANK le cedió a COFIDE no el derecho de crédito causa de la emisión del pagaré, sino el pagaré (OPERACIÓN Nº 093-1574), como aparece de fojas diecinueve, anexo 1, de la escritura de cesión: monto veintitrés mil doscientos cincuenta y tres nuevos soles con dieciocho céntimos de nuevo sol (S/. 23, 253.18). El pagaré no podría haber sido cedido sin el crédito que contiene, sino sería inexistente.

ii) Asimismo, la mencionada entidad le cedió la hipoteca constituida por los ejecutados (Anexo 3 de la escritura de cesión, obrante a fojas treinta), la cual al tener la característica de "abierta" no contiene la obligación.

iii) El representante de la SBS le endosó a COFIDE el pagaré (Anexo 4 DE la escritura de cesión de fojas treinta y siete, por la suma de veintidós mil seiscientos setenta nuevos soles (S/. 22,679.00) con vencimiento el diecisiete de noviembre del dos mil uno).

iv) No hay acta de entrega de los pagarés suscritos en Chiclayo a COFIDE (solo los de Lima, Anexo Nº 5, fojas treinta y siete vuelta de la escritura de cesión).

v) COFIDE no ha presentado el PAGARÉ con su demanda, la copia del mismo ha sido presentada por la ejecutada.

55. Tanto el A quo como el Ad quem consideran que en una ejecución de garantías, incluso cuando la garantía sea "abierta" (sábana) basta que se presente el documento que la contiene como el estado de cuenta de saldo deudor (ambos documentos constituirían el título de ejecución). Sin embargo, deberá presentarse otro documento que corrobore la existencia de la obligación, pues en un título compuesto debe de constar el documento donde obre la garantía y la liquidación del saldo deudor; además, como se tiene expresado, puede presentarse otro documento que acredite que la obligación aún persiste.

56. Un título ejecutivo para ser tal debe "contener la obligación", conforme lo exige el artículo 689 del Código Procesal Civil y debe tener mérito ejecutivo. Este título está integrado por: i) el documento (escritura pública) que contiene la hipoteca; y ii) la liquidación del estado de saldo deudor y la obligación puede corroborarse con otro documento o un título valor (el cual puede o no estar protestado).

57. Solo las liquidaciones de saldo deudor de empresas del sistema financiero son consideradas títulos ejecutivos. Sin embargo, cuando la obligación esté contenida en un título valor, tal liquidación no suple al título valor, en particular porque los derechos cartulares tienen sus propias reglas a comenzar por los plazos de prescripción, que no pueden ser soslayadas con la emisión de una liquidación, por lo demás, hechas "como sea".

58. Cuando se está ante una ejecución de una garantía abierta (que no contiene la obligación), la certeza de la existencia y exigibilidad de la obligación (que es lo que hace legítima la ejecución) debe provenir de "otro documento": un título ejecutivo reconocido como tal por la ley.

59. Es absurdo considerar que cuando la obligación está contenida en un título valor y se pretende la ejecución de la garantía (sábana o no) no se ejercita la "acción cambiaria" (rectius, cartular): la acción cambiaria (rectius, cartular) implica el ejercicio del derecho incorporado al documento, nada más. Por tanto, en el caso de autos las instancias de mérito han partido de una premisa falsa: que el pagaré no debe ser el fundamento de "esa" ejecución.

60. Si a COFIDE se le cedió un pagaré, el único derecho que puede ejercitar en este proceso es el derecho cartular (y no el de la causa de la

emisión que no se le cedió), siendo que para ejercitar su derecho cartular, tiene que presentar en original (por lo demás oportunamente protestado).

61. El "estado de situación por operación" de fojas cincuenta y cinco, señala que el "contrato" es el N° 093-1574, es decir, el pagaré, no hay indicación de la moneda; la tasa de interés compensatorio es del 34.49%, lo que evidencia que se ha anualizado la tasa de interés puesta en el pagaré (2.5% mensual), pero con la regla de interés compuesto y no simple, es decir, ya hay evidencia de anatocismo prohibido; las cantidades liquidadas por intereses son antojadizas ya que ni siquiera aplicando capitalización de intereses se obtienen tales sumas; además, la supuesta fecha de vencimiento (veintiocho de febrero del dos mil seis), puesta en ese documento evidencia un encubrimiento de la prescripción de la acción cartular del pagaré.

62. Nada de ello ha sido advertido por el A quo y el Ad quem, que han hecho una suerte de acto de fe del "estado" de la situación de la operación presentada por COFIDE con su demanda, por demás inconsistente, prima facie, que presentaba ese "estado de operación" (que en setecientos sesenta y dos días, o sea poco más de dos años, una obligación por el monto de veintidós mil quinientos ochenta y siete nuevos soles con cincuenta y seis céntimos de nuevo sol – S/. 22,587.56 – creció

exponencialmente a trecientos once mil novecientos quince nuevos soles con sesentiún céntimos de nuevo sol – S/. 311,915.61 –).

63. En virtud a lo expuesto, debe declararse fundado el recurso y declararse nulo todo lo actuado hasta que se vuelva a calificar la procedencia de esa ejecución.

FALLO

Por las razones expuestas, los suscritos Jueces Supremos participantes en este Pleno Casatorio de la Corte Suprema de Justicia de la República, presentes en la vista de la causa, de conformidad con la norma prevista en el artículo 400 del Código Procesal Civil, votamos en el siguiente sentido:

PRIMERO.- Declaramos FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la ejecutada AURA VIOLETA SALAS GONZÁLES mediante escrito de fojas trescientos cincuenta y uno, y en consecuencia, CASAMOS la resolución de vista de fojas trescientos cuarenta y cuatro, su fecha dos de mayo de dos mil doce, declaramos INSUBSISTENTE la resolución apelada de fojas doscientos noventa y siete, así como NULO todo lo actuado hasta fojas setenta y nueve, debiendo el Juez de la causa emitir nueva resolución que se pronuncie sobre la procedencia de la

ejecución de garantía demandada, requiriendo previamente a la parte ejecutante, CORPORACIÓN FINANCIERA DE DESARROLLO-COFIDE, la presentación del original del Pagaré debidamente protestado emitido por la parte ejecutada con fecha 31 de agosto de 1998 a favor de Norbank, Banco Regional, correspondiente a la Operación Nº 093-1574 objeto de cesión a favor de CORPORACIÓN FINANCIERA DE DESARROLLO, así como de un estado de cuenta de saldo deudor, suscrito por apoderado de la entidad ejecutante con facultades para liquidación de operaciones; estado de cuenta que debe contener cronológicamente detallados los respectivos cargos y abonos desde el nacimiento de la relación obligatoria hasta la fecha de la liquidación; así como el certificado de gravamen correspondiente.

SEGUNDO.- Asimismo, DECLARAMOS que constituyen precedentes judiciales vinculantes:

I) PRECEDENTE PRIMERO:

Para la procedencia de una ejecución de garantías reales, en el caso de personas ajenas al Sistema Financiero, a la demanda de ejecución deberá acompañarse:

i) Documento constitutivo de la garantía real, que cumpla con las formalidades y requisitos de validez establecidos en los artículos 1098 y 1099 del Código Civil o, en su caso, por ley especial, con las siguientes particularidades:

a. Tratándose de una garantía real constituida expresamente para asegurar una obligación determinada, siempre que aquella esté contenida en el propio documento constitutivo de la garantía, a los efectos de la procedencia de la ejecución, no será exigible ningún otro documento.

b. Tratándose de una garantía real constituida para asegurar una obligación determinable, existente o futura, documento reconocido por ley como título ejecutivo u otro documento idóneo que acredite la existencia de la obligación que contenga la determinación de la misma a cancelar a través de la ejecución judicial de la garantía, que cumpla con los requisitos del artículo 689 del Código Procesal Civil.

ii) Estado de cuenta de Saldo Deudor, suscrito por el acreedor, detallando cronológicamente los pagos a cuenta, si hubiere, desde el

nacimiento de la obligación hasta la fecha de la liquidación del saldo deudor; así como el monto de los intereses pactados sin contravenir la norma imperativa o intereses legales, si fuere el caso.

iii) Los demás documentos indicados en el artículo 720 del Código Procesal Civil.

II) PRECEDENTE SEGUNDO:

Para la procedencia de la ejecución de garantías a favor de empresas que integran el sistema financiero, a la demanda de ejecución deberá acompañarse:

i) Documento constitutivo de la garantía real, que cumpla con las formalidades y requisitos de validez establecidos en los artículos 1098 y 1099 del Código Civil o, en su caso, por ley especial, con las siguientes particularidades:

a. Tratándose de una garantía real constituida expresamente para asegurar una obligación determinada siempre que aquella esté contenida en el propio documento constitutivo de la garantía –a los

efectos de la procedencia de la ejecución– no será exigible ningún otro documento.

b. Tratándose de una garantía real constituida para asegurar cualquier obligación que tuviera el constituyente de la garantía frente a una empresa del sistema financiero o para asegurar una obligación existente, determinable o futura, se deberá:

b.1. Tratándose de operaciones en cuenta corriente, la letra de cambio a la vista debidamente protestada emitida conforme a lo establecido en el último párrafo del artículo 228 de la Ley Nº 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

b.2. Tratándose de operaciones materializadas en títulos valores, en particular letras de cambio y pagarés, el respectivo título valor debidamente protestado, salvo que contenga la cláusula "sin protesto" u otra equivalente en el acto de su emisión o aceptación, siempre que cumpla con los demás requisitos establecidos en la ley de la materia según el tipo de título valor.

b.3. Tratándose de operaciones distintas de las indicadas en los dos acápites anteriores, documento que contenga la liquidación de saldo deudor conforme a lo establecido en el artículo 132 inciso 7 de la Ley Nº 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, suscrito por apoderado de la entidad del sistema financiero con facultades para liquidación de operaciones, detallando cronológicamente los cargos y abonos desde el nacimiento de la relación obligatoria hasta la fecha de la liquidación del saldo deudor, con expresa indicación del tipo de operación así como la tasa y tipos de intereses aplicados para obtener el saldo deudor; asimismo, la parte ejecutante puede presentar prueba idónea y especialmente documental, para acreditar la obligación objeto de la demanda, teniéndose en cuenta para ello los fines de los medios probatorios previstos en el artículo 188 del Código Procesal Civil.

ii) Los demás documentos indicados en el artículo 720 del Código Procesal Civil.

III)PRECEDENTE TERCERO

El juez de la demanda, a los efectos de determinar la procedencia de la ejecución de garantías, debe examinar, evaluar, enjuiciar y dar cuenta expresamente en la motivación de su resolución si en el caso:

i) Se cumplen los requisitos establecidos en los PRECEDENTES PRIMERO y/o SEGUNDO;

ii) El saldo deudor realizado por la parte ejecutante comprende abonos y cargos, o pagos a cuenta si los hubiere, atendiendo que el pacto de capitalización de intereses solo es lícito en los supuestos indicados en los artículos 1249 y 1250 del Código Civil, esto es cuando se trate de cuentas bancarias, mercantiles y similares, o cuando se celebre por escrito el pacto después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.

IV) PRECEDENTE CUARTO

El juez de considerar que el estado de cuenta de saldo deudor presenta evidentes omisiones de los requisitos y formalidades ya precisadas o tiene

notorias inconsistencias contables, debe declarar inadmisible la demanda a los efectos de que el ejecutante presente nuevo estado de cuenta de saldo deudor conforme a sus observaciones.

V) PRECEDENTE QUINTO

El juez ejecutor una vez determinada la procedencia de la ejecución, debe emitir el mandato de ejecución, disponiendo el pago íntegro de la suma liquidada en el plazo indicado en el artículo 721 del Código Procesal Civil, bajo apercibimiento de proceder al remate judicial del bien dado en garantía, incluso si aquella suma excede del monto del gravamen establecido en el acto de constitución de la garantía o en sus actos modificatorios y/o ampliatorios.

VI) PRECEDENTE SEXTO

El pago dispuesto en el mandato ejecutivo debe ser por suma líquida, no pudiendo emitirse mandato ejecutivo disponiendo el pago de suma dineraria en parte líquida y en parte ilíquida, a liquidarse tras el remate judicial o el pedido de adjudicación en pago del ejecutante conforme al

artículo 746 del Código Procesal Civil, salvo en lo atinente a los intereses, costas y costos que se generen después de la emisión del mandato de ejecución hasta la fecha de pago.

VII) PRECEDENTE SÉTIMO

El acreedor tan solo podrá ejecutar la hipoteca por el monto de esa garantía, es decir, que su concesión está limitada al bien o bienes que se especifican al constituir la garantía y que también está limitada a la suma que expresa y claramente se determina en el correspondiente documento constitutivo de la hipoteca. En los supuestos en que la suma dispuesta en el mandato ejecutivo exceda el monto del gravamen de la garantía real, la parte ejecutante a fin de asegurar la posibilidad de ejecución debe proceder conforme a lo establecido en el artículo 724 del Código Procesal Civil (por el saldo deudor tras la realización del remate del bien o, en su caso, la adjudicación en pago al ejecutante).

TERCERO.- ORDENARON la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial "El Peruano" y en el portal del Poder Judicial, teniendo efectos vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales de la República

a partir del día siguiente de su publicación.- **Señor Juez Supremo Ponente: Távara Córdova.-**

S.S.

FRANCISCO ARTEMIO TÁVARA CÓRDOVA

JULIO JACINTO RODRÍGUEZ MENDOZA

ANA MARÍA ARANDA RODRÍGUEZ

EVANGELINA HUAMANÍ LLAMAS

HÉCTOR WILFREDO PONCE DE MIER

ANA MARÍA VALCÁRCEL SALDAÑA

CÉSAR CASTAÑEDA SERRANO

JUAN CHAVES ZAPATER

JORGE BAYARDO CALDERÓN CASTILLO

FRANCISCO MIRANDA MOLINA

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. STEFANO MORALES INCISO
SECRETARIO
SALA CIVIL PERMANENTE
CORTE SUPREMA

24 OCT 2014