



# UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**TÍTULO:**

---

**“LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DEL ACREEDOR  
HIPOTECARIO PREFERENTE FRENTE AL REMATE JUDICIAL POR  
EMBARGO”**

---

**Tesis para optar el título profesional de:  
ABOGADO**

**Presentado por:**

Bach. Kelly Paola Tamata Rojas

**Asesora:**

Doc. Iván Estrada Herrera

Cusco, setiembre del 2021



## ÍNDICE

<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	<b>4</b>
<b>DEDICATORIA</b> .....	<b>1</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>2</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>3</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO I</b> .....	<b>6</b>
<b>EL PROBLEMA Y EL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>6</b>
1.1. PROBLEMA.....	6
1.1.1 Planteamiento del Problema (Descripción de la realidad problemática).....	6
1.1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	8
Problema Principal .....	8
Problemas Específicos Secundarios .....	8
1.2 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	9
1.2.1 Objetivo General.....	9
1.2.2 Objetivos Específicos .....	9
1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	9
1.3.1 Conveniencia .....	9
1.3.2 Relevancia Social .....	10
1.3.3 Implicancias Prácticas .....	10
1.3.4 Valor Teórico.....	10
1.3.5 Utilidad Metodológica .....	11
1.4 MÉTODO.....	11
1.4.1 DISEÑO METODOLÓGICO .....	11
❖ Tipo y nivel.....	11
❖ Enfoque .....	12
1.4.2 DISEÑO CONTEXTUAL .....	12
❖ Escenario y tiempo.....	12
❖ Coyuntura .....	13
❖ Unidades de estudio.....	14
1.4.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS .....	14
❖ Técnicas de procesamiento de datos.....	14
❖ Instrumentos de recolección de datos.....	14
❖ Procesamiento y análisis de datos.....	14
1.4.4 FIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN .....	15



1.5	HIPÓTESIS DE TRABAJO.....	16
1.5.1	Hipótesis General.....	16
1.5.2	Hipótesis Específicas .....	16
1.6	CATEGORÍAS DE ESTUDIO .....	16
1.6.1	Categoría 1 .....	16
1.6.2	Categoría 2.....	16
<b>CAPÍTULO II .....</b>		<b>17</b>
<b>DESARROLLO TEMÁTICO .....</b>		<b>17</b>
2.1	Subcapítulo I .....	17
2.1.1	Antecedentes de estudio .....	17
Tesis.....		17
2.1.	SUBCAPÍTULO II.....	24
2.1.1.	BASES TEÓRICAS .....	24
TÍTULO 1.....		24
2.1.1.1	La Hipoteca.....	24
A.	El acreedor hipotecario y el titular del bien hipotecado.....	25
B.	Características de la hipoteca .....	26
C.	Proceso de ejecución de hipoteca .....	33
D.	La falta de tutela jurisdiccional efectiva en los procesos de ejecución de hipoteca.....	34
E.	Inconvenientes de eficacia en las decisiones judiciales en el proceso de ejecución de hipotecas .....	35
F.	La persecutoriedad y la oponibilidad del derecho real frente a terceros adquirentes de la hipoteca .....	36
G.	La facultad de preferencia en el derecho de crédito y en el derecho real (hipoteca).....	39
TITULO II.....		41
2.1.1.2	El Embargo .....	41
A.	Medida cautelar .....	42
B.	La medida cautelar de embargo en forma de inscripción .....	42
TITULO III.....		43
2.1.1.3	La hipoteca frente al embargo .....	43
A.	El embargo en forma de inscripción como derecho inmobiliario denominado derecho real.....	43
B.	La suspensión del proceso de ejecución de hipoteca por medida cautelar .....	44
C.	La extinción de la inscripción hipotecaria .....	44
D.	El remate en virtud de una hipoteca o medida cautelar posterior .....	46
E.	La respuesta de los órganos jurisdiccionales como expresión de tutela efectiva.....	46



F. La necesidad de reencausar la finalidad de la medida cautelar para superar esa problemática .....	50
G. La anotación de demanda como mecanismo de solución frente a la vulneración del derecho de preferencia del acreedor hipotecario .....	51
H. Los efectos jurídicos registrales de las anotaciones de embargos en forma de inscripción y de las hipotecas .....	55
TITULO IV.....	56
2.1.1.4 La Seguridad Jurídica .....	56
A. Seguridad jurídica registral.....	58
B. Seguridad jurídica en la hipoteca.....	59
<b>CAPITULO III.....</b>	<b>61</b>
<b>RESULTADO Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS.....</b>	<b>61</b>
3.1 ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS .....	62
3.2 DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN TEÓRICA DE LOS HALLAZGOS .....	66
CONCLUSIONES .....	68
RECOMENDACIONES.....	69
BIBLIOGRAFÍA.....	70
ANEXOS.....	74
GUÍA SEMIESTRUCTURADA DE LA ENTREVISTA REALIZADA A ACREEDORES HIPOTECARIOS DE ENTIDADES FINANCIERAS.....	83
CUESTIONARIO DE ENTREVISTA REALIZADA A LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN CONDICIÓN DE ACREEDORES HIPOTECARIOS.....	87
MATRIZ DE CONSISTENCIA.....	90



## AGRADECIMIENTO

*Es gratificante, el apoyo brindado por mi madre, que siempre estuvo apoyándome durante toda mi carrera universitaria, le agradezco por esos discursos que sirvieron de impulso para alcanzar mi tan anhelado objetivo.*

*Al Doctor José Luis Gonzales Avendaño, a quien le debo gran parte de mi aprendizaje, y mi inclinación por el derecho civil, y por la orientación y aportes en la investigación.*

*Habiendo culminado con la investigación, agradezco a mi asesor, Dr. Iván Estrada Herrera., por la asesoría brindada durante toda la investigación.*



## DEDICATORIA

*A Dios, por permitirme llegar hasta aquí, por ser mi guía, por regalarme la oportunidad de vivir y por darme una familia de la que estoy orgullosa.*

*A mis padres, por el apoyo y sacrificio que hicieron para cumplir mis metas.*

*A mi abuelito Silverio Rojas, aunque no esté presente, sé que desde el cielo me cuida y guía para que todo salga bien, espero que este orgulloso de su nieta.*

*A mi hermana, por ser mi soporte y porque sé que cree y confía en mí.*



## RESUMEN

La presente tesis, titulada **“La vulneración del derecho del acreedor hipotecario preferente frente al remate judicial por embargo”**; surge a consecuencia de los problemas que se vienen suscitando en la praxis, problemas que afectan el derecho del acreedor hipotecario preferente; ya que como veremos a lo largo de la investigación, existen casos en los que las hipotecas que si bien reportan de seguridad al acreedor hipotecario, están siendo afectadas, pues en vía nacional sean permitido remates judiciales de bienes inmuebles (productos de embargos) que poseen una hipoteca anterior, donde el acreedor hipotecario no toma conocimiento de ello, si no hasta después del remate, puesto que dicho proceso se inicia en otro juzgado y distrito judicial, procesos en los cuales no notifican al acreedor de rango preferente.

En ese sentido, el presente proyecto pretende demostrar la existencia de la vulneración del derecho del acreedor hipotecario, y además proponer una posible alternativa de solución, para así evitar que se haga infructuosa la efectividad del ejercicio del derecho del acreedor hipotecario.

Es por esto que, la problemática del presente estudio merece ser abordada, ya que existe una clara vulneración al derecho del acreedor hipotecario, al no notificar, proteger ni respetar el derecho de rango preferente.

**Palabras clave:** acreedor hipotecario preferente, embargo, remate judicial



## ABSTRACT

The present thesis, entitled "The violation of the right of the preferential mortgage creditor against the judicial auction by seizure"; It arises as a result of the problems that have arisen in the practice, problems that affect the right of the preferred mortgagee; Since, as we will see throughout the investigation, there are cases in which mortgages that, although they report security to the mortgagee, are being harmed, since judicial auctions of real estate (seizure products) that they own are allowed nationally. a previous mortgage, where the mortgagee does not become aware of it, if not until after the auction, since said process begins in another court and judicial district, processes in which the creditor of preferential rank is not notified.

In this sense, this project aims to demonstrate the existence of the infringement of the right of the mortgagee, and also to propose a possible alternative solution, in order to avoid making the effectiveness of the exercise of the right of the mortgagee unsuccessful.

This is why the problem of this investigation deserves to be addressed, since there is a clear violation of the right of the mortgagee, by not notifying, protecting or respecting the right of preferential rank.

Keywords: preferred mortgagee, seizure, foreclosure.





## INTRODUCCIÓN

La investigación, está enfocada en demostrar la existencia de vulneración del derecho del acreedor hipotecario, quien posee rango preferente por estar supeditado por una garantía real, sin embargo pese a estar garantizado por un derecho real, en la praxis se está viendo afectado, desdibujando de esta manera la naturaleza misma de la hipoteca, además de crear un clima de inestabilidad jurídica, ya que es cada vez más frecuente que las personas accedan a garantizar una acreencia mediante una hipoteca.

La tesis refiere a la vulneración del acreedor hipotecario con rango preferente, ya que en sede nacional se han podido identificar situaciones que están haciendo infructuosa la efectividad del ejercicio del derecho del acreedor hipotecario preferente; actualmente existen casos en los que mediante un embargo logran rematar un bien inmueble que poseía una hipoteca anterior, generando así la descubertura de la acreencia del acreedor hipotecario, pues ya no posee la garantía que le ofrecía la hipoteca, porque ya no hay bien que ejecutar.

Si bien la problemática descrita ha sido objeto de debates, no se ha logrado encontrar una solución eficiente que finiquite el problema, es por esto que el presente estudio propone una alternativa de solución, para que el derecho del acreedor hipotecario preferente no se vulnere.

Para hacer un análisis exhaustivo del tema de investigación, es necesario proceder analizar las bases de la problemática, de esta manera es preciso evaluar la causa de la vulneración del derecho de acreedor hipotecario, así como las medidas que se deberán tomar para evitar que se remate un bien que garantiza la acreencia del acreedor hipotecario con rango preferente.



Esta investigación se considera importante, porque busca evidenciar la vulneración flagrante del derecho preferente que posee el acreedor hipotecario, por otro lado, se pretende también revelar el vacío legal existente en nuestro ordenamiento jurídico que genera desamparo en los justiciables,

Para demostrar la hipótesis planteada y evidenciar los objetivos que conforman el presente estudio, se ha estimado considerarla en 3 capítulos:

El primer capítulo, describe el problema de la investigación, donde se establece el tema principal de la investigación, los objetivos a donde se pretende llegar, la metodología de investigación, y la importancia del presente estudio.

El segundo capítulo, comprende el marco teórico, antecedentes de estudio, bases teóricas y legales, el marco procedimental, y finalmente la definición de términos que servirán de base para el planteamiento de nuestra hipótesis.

En el tercer capítulo, se encuentra el resultado de la presente tesis, obtenido a través de un exhaustivo análisis documental, donde se puntualiza cada etapa del proceso del mismo, y una entrevista que aportará claridad en la investigación.

Por último, se plantean las conclusiones a las que se arribaron en la investigación, las recomendaciones correspondientes, fuentes bibliográficas y anexos que conforman el estudio.



## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y EL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. PROBLEMA

“La vulneración del derecho del acreedor hipotecario frente al remate judicial por embargo”

##### 1.1.1 Planteamiento del Problema (Descripción de la realidad problemática)

Dentro de los procesos judiciales que regula nuestro ordenamiento, específicamente el Código Procesal Civil, encontramos uno que a través de su naturaleza trae consigo a la garantía misma. Nos reseñamos al proceso de ejecución de garantía real, en el que, a diferencia de lo que ocurre en los demás procesos judiciales, la garantía para el acreedor no se obtiene mediante la intervención judicial, en concreto, mediante las medidas cautelares dictadas dentro y fuera del proceso, sino mediante la constitución de una garantía real, como es la hipoteca. (Martel Chang, 2013)

Ahora bien, como expresa el artículo 1097 del Código Civil: *“Por la hipoteca se afecta 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”*. (Código Civil Peruano, 1984)

En ese sentido podemos diferir que los procesos de garantía real -la hipoteca-, reportan seguridad al acreedor, sin embargo existen casos en los se han venido solicitando medidas cautelares (embargos) y llevado a cabo posteriores remates judiciales sobre bienes inmuebles que



poseen una hipoteca anterior, donde el acreedor hipotecario no toma conocimiento de ello, si no hasta después del remate, puesto que dicho proceso se inicia en otro juzgado y distrito judicial, proceso en el cual no se notifica al acreedor de rango preferente.

Al terminar el proceso, se transfiere el bien y se levantan cargas y gravámenes que incluyen la hipoteca, situación que vulnera el derecho del acreedor hipotecario, al no poder cubrir su acreencia, ya que no cuenta con un bien que exigir.

Lo precedido notoriamente desdibuja la naturaleza jurídica que posee la hipoteca, ya que esta subraya que el bien inmueble dado en hipoteca garantiza el crédito, situación que afecta el derecho y garantía del acreedor hipotecario preferente, y que además gesta de inseguridad jurídica a la efectividad y eficacia de las decisiones judiciales y en el campo de aplicación previsible que poseía antes la hipoteca como garantía real por excelencia; como consecuencia de esta inseguridad se estaría generando un clima de inestabilidad jurídica, llegando incluso a ahuyentar a capitales extranjeros.

No obstante, como mencione anteriormente, en sede nacional se han podido identificar casos que están haciendo infructuosa la efectividad del ejercicio del derecho del acreedor hipotecario preferente; veamos un ejemplo; si una persona adquiere un préstamo de una entidad financiera y se compromete a pagar el crédito durante muchos años, dejando como garantía hipotecaria un terreno, y al cabo de unos meses adquiere otro préstamo de una entidad financiera distinta a la primera, si en caso el deudor dejara de pagar el segundo crédito, la entidad financiera iniciaría un proceso que concluiría con el remate del bien hipotecado, dejando al acreedor hipotecario preferente sin posibilidad de cobro, puesto que dicho proceso se hace sin conocimiento del acreedor hipotecario, a pesar que el acreedor hipotecario preferente actúe con los medios



legales no podrá hacer efectivo su derecho. Tal situación pone en riesgo la eficacia de la hipoteca, vulnerando el derecho del acreedor hipotecario preferente.

Es por esto que el caso materia de la presente investigación merece ser abordado, ya que como indique sean podido identificar casos en la praxis, que presentan una clara vulneración al derecho del acreedor hipotecario, al no notificar, proteger ni respetar el derecho de rango preferente del acreedor hipotecario, afectando de esta manera la seguridad jurídica que garantizaba la hipoteca.

### **1.1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

#### **Problema Principal**

- ¿Existe vulneración del derecho del acreedor hipotecario preferente al permitir el remate del bien sin tener en cuenta la hipoteca que descobertura su acreencia, producto de un embargo judicial del inmueble en otro juzgado y distrito judicial?

#### **Problemas Específicos Secundarios**

- ¿Existe la necesidad de establecer medidas legales dentro de nuestro ordenamiento jurídico (emisión, modificación y derogación de Leyes), para garantizar el derecho del acreedor hipotecario frente a situaciones jurídicas de desventaja que ha permitido el ordenamiento jurídico?
- ¿El permitir que en otro juzgado y distrito judicial se remate el bien, atenta contra la seguridad jurídica que ofrece la hipoteca como garantía real?



## 1.2 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

### 1.2.1 Objetivo General

- Demostrar que existe vulneración del derecho del acreedor hipotecario preferente al permitir el remate del bien sin tener en cuenta la hipoteca, que descubre su acreencia, producto de un embargo judicial del inmueble en otro distrito judicial y juzgado.

### 1.2.2 Objetivos Específicos

- Demostrar la necesidad de establecer medidas legales dentro de nuestro ordenamiento jurídico (emisión, modificación y derogación de Leyes) para garantizar el derecho del acreedor hipotecario frente a situaciones jurídicas de desventaja que ha permitido el ordenamiento jurídico.
- Demostrar que el permitir que en otro juzgado y distrito judicial se remate el bien, atenta contra la seguridad jurídica que ofrece la hipoteca como garantía real.

## 1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación se justifica por las siguientes razones:

### 1.3.1 Conveniencia

Es conveniente el desarrollo de la presente investigación, ya que se pudo identificar que existe una clara vulneración del derecho del acreedor hipotecario, al permitir el remate del bien hipotecado con derecho preferente, descubre su acreencia, es por esto que es conveniente realizar una investigación para poder demostrar la existencia de esta vulneración y establecer



medidas legales que evitarán la situación de desventaja por la que atraviesa el acreedor hipotecario, que ha permitido el ordenamiento jurídico.

### **1.3.2 Relevancia Social**

La presente investigación tiene relevancia social porque busca crear a futuro un ambiente de estabilidad jurídica, directamente relacionada con la economía, ya que es cada vez más común tanto de personas naturales y jurídicas; acceder a garantizar una acreencia mediante una hipoteca, por lo que a través de los casos que se vienen dando en la praxis se estaría generando un clima de inestabilidad jurídica, llegando incluso a ahuyentar a capitales extranjeros; mientras que, con este trabajo de investigación se generaría un ambiente de estabilidad y seguridad jurídica en la ejecución de hipotecas.

### **1.3.3 Implicancias Prácticas**

Lo que se busca con la presente investigación es evidenciar la vulneración flagrante del derecho preferente que posee el acreedor hipotecario, al permitir el remate judicial del bien hipotecado (en otro distrito judicial y juzgado), situación que descubre la acreencia, proceso donde no se notifica al acreedor hipotecario ejecutante de rango preferente.

Además, se pretende también revelar el vacío legal existente en nuestro ordenamiento jurídico que genera desamparo en los justiciables, con la finalidad de proponer la modificación de las normas.

### **1.3.4 Valor Teórico**

Hoy en día la problemática descrita en la investigación, es objeto de múltiples debates a nivel nacional, que buscan encontrar soluciones para no desamparar el derecho del acreedor



hipotecario, frente a tal escenario es necesario adoptar medidas para garantizar el derecho del acreedor hipotecario preferente. Por consiguiente, el presente estudio podría ser un aporte para dichos debates jurídicos y asimismo para el orden legislativo.

### **1.3.5 Utilidad Metodológica**

Los resultados del presente estudio, pueden ser de gran ayuda para las entidades financieras, ya que muchas de estas optan por otorgar créditos hipotecarios, puesto que los mismos dotan de seguridad, seguridad que se ha venido debilitando por la problemática ya antes descrita en la investigación; así como para otros justiciables que buscan tutelar sus derechos de acreedor hipotecario preferente; con la presente investigación se podrá dar soluciones oportunas acordes a derecho y favoreciendo así la protección del derecho de preferencia del acreedor hipotecario.

## **1.4 MÉTODO**

### **1.4.1 DISEÑO METODOLÓGICO**

#### **❖ Tipo y nivel**

Empírica Propositiva, es empírica puesto que se basa en el estudio de la norma jurídica (fuente formal del derecho) en relación con la realidad o entorno social; en ese sentido este tipo de investigación está orientada al estudio de “la eficacia de la norma, la realidad sociojurídica y las fuentes materiales del derecho”, por lo que esta investigación atiende a detalle la eficacia de las normas jurídicas en concordancia con la realidad; es menester redundar que este tipo de





investigación no solo abarca normas jurídicas sino también la realidad jurídica social de estas normas, dado que ambas son la base del presente estudio.

Es propositiva porque en la investigación se formula una propuesta de modificación de una norma jurídica, para evitar que se vulnere el derecho del acreedor hipotecario preferente, por lo que, mediante la investigación, se busca destacar que nuestra propuesta de modificación de norma jurídica, es la más adecuada para finiquitar las deficiencias que se presenta en nuestro ordenamiento.

#### ❖ **Enfoque**

La investigación tiene un enfoque Cualitativo, ya que el presente estudio obtendrá datos a partir de la entrevista a entidades financieras en calidad de acreedores hipotecarios, para poder evidenciar si existe vulneración del derecho del acreedor hipotecario, asimismo se analizarán normas, leyes, doctrinas, y jurisprudencia para complementar la investigación y de este modo comprobar la vulneración del derecho del acreedor hipotecario,

La investigación con enfoque cualitativo, revela que la realidad se fundamenta por medio de distintas maneras de interpretar durante el desarrollo de la investigación, esto en relación a las propias realidades de los partícipes.

### **1.4.2 DISEÑO CONTEXTUAL**

#### ❖ **Escenario y tiempo**

La presente investigación se encontrará dentro del ámbito nacional de la república peruana, donde el presente estudio se podrá aplicar para superar la vulneración del derecho del



acreedor hipotecario preferente, y así finalmente cumplir con los objetivos que persigue esta investigación.

El presente estudio se inició en marzo del año 2020 y se plantea su culminación para el mes de mayo del 2021, es evidente que la investigación tiene proyección futura, de modo que proteja el derecho del acreedor hipotecario y resulte útil en la praxis.

**POBLACIÓN:** Los acreedores hipotecarios de la república peruana

**MUESTRA:** Entidades financieras de la ciudad del cusco, como acreedores hipotecarios.

#### ❖ **Coyuntura**

Actualmente se solicitan con mayor frecuencia créditos garantizados con hipotecas, por lo que es necesario abordar la problemática descrita sobre la vulneración del derecho del acreedor hipotecario, ya que este incidirá en la estabilidad de crédito futuros, desnaturalizando la figura de la hipoteca y creando un clima de inestabilidad jurídica.

Por lo que el presente estudio beneficiará a los acreedores hipotecarios que tengan rango preferente frente a acreedores que interpongan embargos y futuros remates sobre el mismo bien inmueble (en otro distrito judicial y juzgado), y de esta manera les dote de estabilidad y seguridad jurídica.

Por otro lado, la investigación es viable, porque se tiene como fuente principal los procesos judiciales en los cuales el derecho del acreedor hipotecario preferente es vulnerado, así como la Legislación Nacional, Código Civil y Procesal Civil, que son de fácil acceso, con la finalidad de demostrar el vacío legal existente en nuestra normativa.



#### ❖ **Unidades de estudio**

La unidad de estudio en la presente investigación, serán los procesos judiciales en los que se vulnero el derecho de preferencia que posee el acreedor hipotecario frente a un embargo que finaliza con un remate judicial, así como la entrevista realizada a las entidades financieras en condición de acreedores hipotecarios.

### **1.4.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS**

#### ❖ **Técnicas de procesamiento de datos**

Se realizó a través de la recopilación de casos judiciales en los que se vulnero el derecho del acreedor hipotecario, así como también mediante la recopilación de información doctrinaria vinculada a la hipoteca, derecho de preferencia, embargos; así como plenos, debates que forman parte del presente estudio.

Por otro lado, se realizaron entrevistas a las entidades financieras de la ciudad del cusco en condición de acreedores hipotecarios, para verificar si efectivamente existen casos en los que vulneran el derecho del acreedor hipotecario preferente.

#### ❖ **Instrumentos de recolección de datos**

- ❖ Análisis documental
- ❖ Cuestionario

#### ❖ **Procesamiento y análisis de datos**

Mediante organizadores visuales (gráficos)



#### 1.4.4 FIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

En este tipo de investigación con enfoque cualitativo es importante atender a la fiabilidad del estudio, ya que es trascendente en la investigación, toda vez que los resultados obtenidos deben ser consistentes, precisos, válidos y confiables, solo así serán de aporte para la presente tesis

Por otro lado, es de vital importancia considerar que, las investigaciones cualitativas carecen de medición dado que esta es una característica propia de las investigaciones cuantitativas, sin embargo, en la presente investigación se establece que mediante las variables y categorías anteriormente descritas se pueda determinar la fiabilidad de la investigación.

El estudio de la fiabilidad se fundamenta en que los resultados de una investigación deben ser estables y consistentes, de modo que cuando el usuario repita el proceso de investigación, obtenga un resultado similar, en ese sentido la fiabilidad se determina con la ausencia de errores de consistencia y estabilidad, dotando de seguridad al usuario.

De esta manera, el estudio resultó fiable, en la medida que existen plenos, procesos judiciales, sentencias, tesis de posgrado y registros análogos del tema investigado, por lo que considero que el problema es válido, asimismo se sustentó la fiabilidad del estudio mediante el análisis documental y entrevistas a entidades financieras en condición de acreedores hipotecarios, para verificar la existencia de vulneración del derecho del acreedor hipotecario frente a la medida cautelar de embargo.



## 1.5 HIPÓTESIS DE TRABAJO

### 1.5.1 Hipótesis General

- Existe vulneración del derecho del acreedor hipotecario preferente al permitir el remate del bien sin tener en cuenta la hipoteca que descubre su acreencia, producto de un embargo judicial del inmueble en otro distrito judicial y juzgado.

### 1.5.2 Hipótesis Específicas

- Existe la necesidad de establecer medidas legales dentro de nuestro ordenamiento jurídico (emisión, modificación y derogación de Leyes), para garantizar el derecho del acreedor hipotecario frente a situaciones jurídicas de desventaja que ha permitido el ordenamiento jurídico.
- El permitir que en otro juzgado y distrito judicial se remate el bien, atenta contra la seguridad jurídica que ofrece la hipoteca como garantía real, ya que al permitir que se remate el bien hipotecado, el acreedor hipotecario ya no podrá garantizar su crédito, lo que genera inseguridad jurídica en cuanto a la efectividad y eficacia de las decisiones judiciales y el campo aplicación de las instituciones jurídico procesales en el país.

## 1.6 CATEGORÍAS DE ESTUDIO

### 1.6.1 Categoría 1

- ❖ La vulneración del derecho del acreedor hipotecario preferente

### 1.6.2 Categoría 2

- ❖ Remate judicial por embargo



## CAPÍTULO II

### DESARROLLO TEMÁTICO

#### 2.1 Subcapítulo I

##### 2.1.1 Antecedentes de estudio

###### Tesis

Al realizar el estudio, se hizo una búsqueda exhaustiva de la situación problemática en cuestión en diversas universidades y así se lograron hallar las siguientes investigaciones:

###### Tesis 1

Andrés ángel Montoya Mendoza (2009) realizó la tesis titulada **“LA EFICACIA DE LAS GARANTÍAS REALES Y LOS DERECHOS DEL TERCERO ADQUIRIENTE FRENTE A LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS CRÉDITOS LABORALES”**, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú para obtener el grado de Magister en Derecho Civil. Entre otras la tesis arriba a las siguientes conclusiones:

1. La persecutoriedad es un carácter específico de los derechos reales de garantía, en razón a que, el acreedor hipotecario comprende que eventualmente pueda perseguir el patrimonio o bien para posteriormente rematarlo; sin embargo, como resultado del efecto de la persecutoriedad del derecho real esta proporcionado con una efectiva publicidad. La hipoteca no tiene existencia ni validez si es que no está debidamente inscrita en el registro, y asimismo si sus alcances no resulten determinables ni determinados. A diferencia de la



persecutoriedad laboral, que tiene por objeto la persecución de los bienes transferidos por el empleador, sin por lo menos poseer ningún medio de publicidad, ni instrumentos de determinación que resulten eficaces, ya que nuevas horas de trabajo generan nuevos créditos laborales, por lo que es probable que se puedan afectar bienes que fueran adquiridos por terceros de buena fe.

2. El tercer capítulo de esta investigación, comprende las ventajas del derecho como garantía real, con el propósito de fortalecer la economía, específicamente el sistema crediticio en general, también en este capítulo se realizó la diferencia entre privilegios y garantías, ya que su desarrollo resulta necesario, para poder analizar propiamente el punto esencial de la investigación: el análisis jurisprudencial, y así determinar la noción que tienen los jueces de nuestro país del tema en cuestión. Por otro lado, este análisis jurisprudencial es trascendental en el estudio, ya que por más avanzados y elaborados que sean los conceptos proporcionados por la doctrina, o por más objetiva que sea nuestra legislación, de nada valdrá si los jueces no cumplen óptimamente con conceder doctrina jurisprudencial concisa y sólida, a través de criterios razonables y justos, de manera que, hasta las personas inexpertas en derecho, puedan mediante el sentido común aprobar y respaldar lo propio.
3. Ahora bien, también pusimos énfasis en el sistema de privilegios, para que comprenda una disposición como ésta, considerando que los créditos laborales no poseen ningún instrumento que otorgue publicidad o reconocibilidad que acredite su preferencia frente a acreedores hipotecarios, que además de poseer un carácter de reconocibilidad, -la publicidad mediante la inscripción en el registro-, tiene alcances determinados. Por otra



parte, la legitimidad social concerniente a la preferencia absoluta del crédito laboral, es infaliblemente discutible, por las alteraciones que le ocasiona al sistema crediticio.

4. Ahondando en lo anterior, que es un tema trascendental y que necesita de manera urgente ser esbozado, que se detectó con relación a la preferencia del crédito laboral, es la probabilidad de hacer uso de este privilegio como mecanismo del fraude. Es verdad que, el fundamento de la preferencia laboral, es salvaguardar los intereses del trabajador, por el estado de desigualdad por el que acaece respecto a su empleador, y la ausencia de garantías para proteger los ingresos del trabajador, no obstante, el empleo de esta preferencia, en muchos casos ha sido alterada, pues fue utilizada para lucrar indebidamente y defraudar a los acreedores, y no por el fin de esta preferencia que era la necesidad social.
  
5. Así pues, podemos afirmar, sin miedo a equivocarnos que una de las debilidades más notorias en la preferencia del crédito laboral, es la existencia de posibilidad de defraudar los intereses de los acreedores, ya que, es sencillo simular créditos laborales, a favor de personas cercanas al empleador. De este modo, dichos créditos laborales ficticios y fraudulentos son concebidos para ser antepuestos a los acreedores hipotecarios, para que, de esa forma, puedan frustrar el cobro del crédito, cuyas ganancias engendradas de manera ilícita será repartida posteriormente, entre el supuesto trabajador y el empleador.
  
6. Una de las maneras más fáciles utilizadas para crear supuestos créditos laborales, son las conciliaciones, ya sean administrativas o judiciales, cuyos sujetos que hacen uso de la conciliación, son el empleador y el supuesto trabajador, o ya sea a través de actitudes





permisivas intencionales por parte del empleador, donde se pretende asegurar que el juez falle, a favor del trabajador, de esta forma mediante los mecanismos de solución de conflictos, como es el de la conciliación, logran defraudar a los acreedores. Estos créditos ficticios, son determinados mediante la conspiración o complicidad, por lo que sencillamente pueden pasar como escrudiñados por el Poder Judicial, pese a que el juez laboral no realizó esa labor, por lo que oponerse al derecho del titular de la garantía real, el resultado será el mismo, y se frustrará el cobro.

7. Son preocupantes algunas interpretaciones de la Corte Suprema, referidas al carácter persecutorio laboral. De este modo, incluso en la Sala suprema, concurren diversas perspectivas, contradictorias en referencia a si se debe otorgar o no el pedido de un trabajador, que obtuvo un bien mediante adjudicación, en pago de sus créditos laborales, en busca de que se cancele la hipoteca constituida a favor de la financiera, y sobre el mismo bien. La Corte Suprema, profundizando en la ausencia de predictibilidad, resolvió casos semejantes de distinta manera, es decir, hay casos en los que la Corte Suprema ha concedido la tutela al titular de la garantía real, mientras que en otro al trabajador adquiriente. Lo único seguro es que, la Corte Suprema falla equívocamente al conferir tutela al trabajador, ya que la hipoteca como derecho real, al ser constituida fue inscrita en el registro, con antelación a la adjudicación laboral, efectivamente en este punto nos encontramos frente a derechos reales (derecho real de propiedad y derecho real de garantía), de manera que, en situaciones como estas, deviene en indebida la aplicación del artículo 24 de la Constitución, que establece que, en caso de concurrencia de acreedores,



se deben aplicar normas registrales, por considerar que se trata de derechos reales, respecto a lo cual el Código Civil expresa que prevalece el que inscribe su derecho con anterioridad.

## Tesis 2

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (1997) realizó la tesis titulada “**DERECHO O CARGA REAL: NATURALEZA JURÍDICA DE LA HIPOTECA**”, Tesis doctoral en materia civil en la Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Civil e Internacional Privado. La tesis arriba a las siguientes conclusiones:

1. La función de garantía de la hipoteca es esencial: Para impedir las eventuales grietas de la genérica garantía que posee todo acreedor (ex art. 1911 Cc), principalmente, aquellos peligros que provienen de la insolvencia patrimonial del deudor -la escasez de bienes en el patrimonio ejecutable- o por la concurrencia de acreedores en el proceso de ejecución del bien inmueble del obligado -que inicialmente se lleva a cabo por la *par conditio creditorum*-, la hipoteca, desde se constituye, retiene y enlaza un determinado bien, a fin de que el acreedor, en caso de impago de la obligación garantizada, logre ser satisfecha en su crédito, ya sea de manera forzosa o coactiva, a través del dinero obtenido de la ejecución o venta forzada del bien inmueble.(art. 1858 Cc).
2. La hipoteca por ser un derecho real, es oponible *erga omnes*, es decir no sólo contra terceros que de manera ilícita ocasionen un detrimento en el bien hipotecado (cfr., sobre todo, tutela aquiliana del crédito hipotecario), sino esencialmente contra los terceros que de forma lícita lo obtengan en todo o en parte (reipersecutoriedad), y frente a los



acreedores menores en grado o posteriores en el tiempo que quieran satisfacer sus créditos con su ejecución coactiva (prelación o privilegio); una eficacia *adversus omnes* que, aunque efecto natural de la *affectio rei* (inherencia real), nuestro Derecho, motivadas por la organización y división del rango preferente y por razones que sean certeras y seguras en el tráfico jurídico, y que condicionen lo efectivo y pleno respecto a su publicidad registral.

3. La hipoteca, es considerada una carga real, que tranquilamente no se puede confundir con los embargos que poseen naturaleza preventiva, ni se admite privación o pérdida de las facultades de aprovechamiento o de disposición del bien hipotecado (cfr. Arts. 107.3° , 118, 127 y 134 LH), supone que la condición extraordinaria de dichas facultades en su práctica: por una parte, el propietario del bien hipotecado supone una pérdida en cierta forma de “credibilidad” real, respecto de la finca, ante los demás en los futuros negocios que intente hacer con el bien hipotecado, ya sea para hipotecarlo nuevamente (cfr arts. 1927.2° Cc), ya sea para transmitirlo (cfr. Arts. 118.2° LH y 1502 Cc); por otro lado el deudor tampoco logrará efectuar actos materiales -de goce- o jurídicos -de disposición- que reduzcan la sustancia económica del bien hipotecado y produzca un peligro de esta forma a la suficiencia garantística de la hipoteca (arts 117 LH y 219.2° RH).

### Tesis 3

Jorge Armando Caillaux Morón (2019) realizó la tesis titulada “**ALGUNOS PROBLEMAS EN LA EJECUCIÓN JUDICIAL DE LA HIPOTECA Y LAS**



**EVENTUALES ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN FRENTE A LA FINALIDAD QUE SE PERSIGUE”,** Tesis para otorgar el grado Magister en Derecho de la Empresa en la Pontificia Universidad Católica del Perú. La tesis arriba a las siguientes conclusiones:

1. De igual manera, deberán concederse las garantías necesarias a los intervinientes en el proceso, empezando por la notificación a los sujetos correspondientes, pero preservando en todo momento la celeridad del proceso, por consiguiente, resulta trascendente la modificación de las normas concernientes al domicilio del deudor u obligado, y asimismo a los sujetos que tengan algún derecho respecto al bien materia de afectación. En esa línea de ideas, la modificación de la norma, en relación a que el juzgador admitió la demanda de oficio, y ordena la inscripción del proceso de ejecución de hipoteca, es trascendental para esta situación; por lo que supondría modificar el artículo 739 inciso 2 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993) para que de esta forma dicha medida no pueda ser levantada, si posee realengo la hipoteca. Los cambios antes descritos referidos tienen por objeto que el proceso tenga la menor cantidad de actos procesales posibles; y, de la misma forma, pretende evitar los fraudes procesales que tienen mayor frecuencia.
2. Respecto a implantar el pago preferente, en aquellas situaciones en los que se quiera hacer valer la preferencia, a través de un derecho inscrito frente a otro que igualmente se encuentra inscrito en Registros Públicos respecto al mismo inmueble, debe ser resuelto mediante un incidente que esté inmerso en el mismo proceso de ejecución, conforme lo



expresa los artículos 726 y 747 del Código Procesal Civil (Resolución Ministerial N° 10-93-JUS – Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, 1993); por tratarse de una verificación temporal ante los registros públicos. Solamente cuando se confronten dos derechos, en los que uno o ambos no consten en el registro, es que se puede proceder a realizar la tercería preferente de pago, de acuerdo a las normas que rigen la materia.

## **2.1.SUBCAPÍTULO II**

### **2.1.1. BASES TEÓRICAS**

#### **TÍTULO 1**

##### **2.1.1.1 La Hipoteca**

La hipoteca conocida como un derecho real de garantía, se caracteriza por dotar de seguridad al acreedor hipotecario, por encima de al deudor y terceros adquirientes del bien hipotecado; la hipoteca como garantía real está respaldada por un título inscrito en registros públicos (a favor del acreedor), de este modo esta provisto del principio rector del registro, el de la publicidad, por lo que el acreedor hipotecario puede garantizar su crédito, ya que en el supuesto del incumplimiento de pago por parte del deudor hipotecario, el acreedor puede solicitar la venta forzada del bien inmueble por vía judicial, obteniendo de este modo la cancelación de la deuda, solo hasta el monto de sujeción que se constituyó en el título de la hipoteca.

Regularmente en la hipoteca intervienen dos sujetos, por un lado, el acreedor y por el otro el deudor o propietario del bien; eventualmente pueden intervenir el acreedor, deudor y un tercero, este último es el propietario del bien. Ocasionalmente la hipoteca solo es concedida por el



propietario, este supuesto es conocido como la hipoteca unilateral; por lo que resulta necesario establecer sobre que inmuebles recae el derecho real de garantía. No todos los derechos reales recaen sobre todo tipo de bienes, en esa línea la hipoteca como derecho real de garantía solo puede recaer sobre bienes inmuebles, en ese marco el bien pasible de afectación de la hipoteca es un inmueble, salvo en el derecho español, en el que la hipoteca puede recaer sobre un bien mueble, esta figura es conocida como hipoteca mobiliaria. (Ronquillo Pascual, 2015), que en esta oportunidad no profundizaremos, ya que la investigación versa solo sobre la hipoteca de bienes inmuebles.

En ese sentido, la hipoteca engloba una serie de pretensiones a un determinado comportamiento, asimismo la figura de la hipoteca determina la existencia de un derecho a favor del acreedor, al que le corresponde una obligación y que además está sujeto a un estado de sujeción de carga de gravámenes, de esta forma en la hipoteca se pueden diferenciar claramente dos sujetos de derecho reconocidos por el ordenamiento jurídico, por una parte una activa de poder, es decir el acreedor hipotecario y una pasiva de poder, el deudor hipotecario sobre cuyo bien recaen cargas y gravámenes.

#### **A. El acreedor hipotecario y el titular del bien hipotecado**

La hipoteca considerada también como un gravamen real para el deudor hipotecario (titular del bien gravado), forma una relación jurídica, que está constituida por el acreedor hipotecario, que es el titular de la hipoteca que posee el poder para garantizar su crédito, y el deudor hipotecario, que es el titular del bien hipotecado, cuyo bien garantiza la acreencia del acreedor; esta relación está reconocida y tutelada por el ordenamiento jurídico.



Como segundo apunte, “esta relación jurídica, de contenido patrimonial y económico” (Roca Sastre, 1968), no sólo constituye una simple conexión activa – pasiva; o de derecho – deber, sino que además esta relación genera un conjunto de deberes y facultades que corresponden a los sujetos intervinientes en la hipoteca; de este modo confiere al acreedor hipotecario situaciones de poder como también situaciones de deber, del mismo modo al deudor hipotecario (titular del bien hipotecado), poseedor o tercero adquirente, no solo sujeciones sino también situaciones de poder.

Así pues, la hipoteca es más compleja de lo que se reputa, no es solo una simple relación de poder – deber, o una mera relación obligacional de sujeción del titular del bien hipotecado, sino que también al acreedor hipotecario a pesar de estar en una situación de ventaja (puesto que el bien garantiza su crédito), le corresponden deberes del deudor hipotecario, del mismo modo a estos deberes que debe cumplir el acreedor le conciernen ciertos poderes para el deudor hipotecario; en tal sentido podemos decir que la hipoteca supone una complejidad y no solo se limita a la situación del deber poder, si no que conjetura una variedad tanto en la relación jurídica entre los sujetos que constituyen la hipoteca, así como en su contenido por la conexión funcional que esta garantía real mantiene con la acreencia del acreedor hipotecario (el crédito).

## **B. Características de la hipoteca**

De acuerdo a Enrique Varsi y Marco Torres existen 8 características que describen fundamentalmente al derecho real de garantía por excelencia: la hipoteca, que paso a desarrollar a continuación:



- **Convencional**

“La hipoteca es un derecho real convencionalmente constituido” (Musto, 2000), “es convencional cuando es pactada libremente por las partes para garantizar el cumplimiento de una obligación” (Enrique Varsi Rospiglosi & Marco Torres Maldonado, 2019), de este modo prima la voluntad de las partes por haber constituido esta garantía de mutuo acuerdo, ya sea por el propietario del bien inmueble o como manifiesta la ley “por quien esté autorizado para este efecto”.

Dicho de otro modo, la hipoteca tiene como característica fundamental la convencionalidad, es decir que la misma debe ser pactada voluntariamente por las partes, donde prime el consentimiento de estas, para que frente al incumplimiento se pueda garantizar la obligación, eliminando así la posibilidad de constituir hipotecas tácitas.

Actualmente la convencionalidad está circunscrita en nuestra normativa, teniendo como base legal los siguientes artículos:

*“Artículo 1097.- Por la hipoteca se afecta 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.”* (Código Civil Peruano, 1984)

*“Artículo 1098.- La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.”* (Código Civil Peruano, 1984)

*“Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:*

- 1.- Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.*





2.- *Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.*

3.- *Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.*” (Código Civil Peruano, 1984)

- **Accesoriedad**

La accesoriedad de la hipoteca, supone un relación de dependencia, respecto al crédito, como ya es sabido lo accesorio depende de lo principal, es decir carece de existencia propia; en efecto la hipoteca depende del crédito, por lo que no se puede concebir una hipoteca por ella misma; es por esto que la hipoteca se constituye sobre una garantía (bien inmueble), cuyo objetivo es asegurar el crédito, es decir el pago de la obligación al que está sujeto el titular del bien hipotecado, de este modo la hipoteca como garantía está vinculada al crédito.

“Es por esta razón que en la hipoteca se afecta un bien que garantiza el cumplimiento del pago de un crédito u una obligación; en consecuencia, adquiere el estado y condición jurídica del crédito, ya sea simple, puro, constituido o a plazo, por terceros en garantía de una obligación.” (Muro, 1999) Decimos que la hipoteca tiene carácter accesorio, ya que depende de lo principal en otras palabras, depende del pago de la obligación que dio origen a la hipoteca.

- **Temporalidad**

La hipoteca, subsiste durante periodo de tiempo, hasta que el crédito haya sido cancelado y con esta la obligación extinta, o en su defecto haya sido subordinado por otras de las formas de extinción de la hipoteca regulada en el artículo 1122 del Código civil.



Al otorgarse un crédito se establece un determinado plazo para cumplir la obligación, que está garantizado por un inmueble.

Esta característica de la hipoteca tiene como base legal:

*“Artículo 1105.- La hipoteca puede ser constituida bajo condición o plazo.”* (Código Civil Peruano, 1984)

- **Especialidad**

“El artículo 1100 del Código civil prescribe el principio de la especialidad objetiva y establece que en toda constitución del gravamen se debe determinar la jurisdicción a la que está subyugado el inmueble, además debe figurar el área, calle, ubicación y numeración del bien (si se trata de predios urbanos).” (Arias-Schreiber Pezet, 2006).

Por lo general al abordar el principio de especialidad, la mayoría de doctrinarios solo se basan en el bien inmueble, sin embargo, es necesario mencionar otro tipo de especialidad que conlleva la hipoteca, me refiero a la especialidad del crédito que se estima en una determinada suma de dinero, por lo que es sustancial tener precisión sobre que crédito se constituye una hipoteca.

En tal sentido en la especialidad debe estar contenido el monto máximo del gravamen, es decir el monto por el cual se está hipotecando el bien inmueble del sujeto pasivo de esta situación jurídica; así pues, el crédito debe estar individualizado en la constitución de la garantía real, en la mayoría de casos el monto del gravamen constituye el máximo de la hipoteca.

“Por otro lado, si no es posible individualizar el bien por ser indeterminado cuando se constituye la hipoteca, se puede hacer más tarde, pero se le agregará un requisito al propio sistema del derecho real de hipoteca para garantizar créditos futuros: el monto de la garantía valdrá como



el monto máximo del gravamen, el cual no se puede incrementar en ningún caso.” (Alberdi Imas, 2016).

Tenemos como base legal de esta característica el siguiente artículo:

*“Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:*

*2.- Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.”*

(Código Civil Peruano, 1984)

- **Indivisibilidad**

“Las disposiciones de la hipoteca están destinadas a fortalecer los derechos del acreedor hipotecario y tienen por objeto otorgar al acreedor hipotecario la jurisdicción para perseguir la propiedad, además de la preferencia y venta mediante remate judicial. De esta manera, se introduce el principio de indivisibilidad de la hipoteca, que garantiza el crédito con la totalidad del bien, por mínimo que sea el saldo de este que aún subsista.” (Bigio Chrem, 1991).

El principio de indivisibilidad está establecido a favor del acreedor hipotecario, de este modo tiene coberturado el crédito en todos sus sentidos, ya que como mencionó Bigio Chrem, por más mínima que parezca una pequeña parcela, garantiza el crédito en su totalidad, porque cada fracción responderá al pago íntegro y completo del crédito.

Para tal efecto, de esta manera se puede garantizar el crédito, siendo así el único beneficiado con este principio el acreedor hipotecario, por lo que todo el bien queda afectado por el gravamen, cada parte del inmueble garantiza el crédito, es por esto que no se puede dividir y si en caso se dividiera la afectación seguiría subsistiendo en cada parcela que conforme el inmueble, esta característica tiene como Base legal:



*“Artículo 1102.- La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados.”* (Código Civil Peruano, 1984)

- **Literalidad**

La hipoteca está presidida por el principio de literalidad, es exigible respecto a la obligación que figura en la constitución de la misma, por lo que como ya mencioné líneas arriba no puede existir hipoteca tácita, solo garantiza la obligación pactada en su constitución.

- **Formalidad**

“La hipoteca necesita una expresión de forma para ingresar en la “vida de relación”, que es la escritura pública, *in sollemnibus forma dat esse rei.*” (Enrique Varsi Rospiglosi & Marco Torres Maldonado, 2019), la formalidad es sustancial en la praxis, y esta se concreta cuando la hipoteca es constituida mediante escritura pública y posteriormente inscrita en Registros Públicos, asegurando de esta forma la garantía del crédito.

El principio de formalidad tiene como Base legal:

*“Artículo 1098.- La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.”* (Código Civil Peruano, 1984)

*“Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:*

(...)

*3.- Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.”* (Código Civil Peruano, 1984)



- **Publicidad**

“Este principio está referido a la inscripción, como un medio publicitario que represente las características esenciales de una hipoteca.” (Enrique Varsi Rospiglosi & Marco Torres Maldonado, 2019)

La publicidad es un principio rector del Derecho Registral, me atrevería a decir que incluso el más importante del Registro; la hipoteca alcanza su perfección al inscribirse al registro, ya que este garantiza su publicidad y con esto la recuperación del crédito o la obligación que beneficiará al acreedor hipotecario.

La publicidad hipotecaria supone que este es un derecho que se constituye a través del registro. Ya que, al no poder desplazar la posesión a favor del acreedor hipotecario, los terceros necesitan un mecanismo para conocer la existencia de una hipoteca sobre un bien inmueble. (Del Risco Sotil, L. F., 2014), de esta forma la publicidad genera seguridad jurídica y garantiza la legalidad, veracidad y validez de un determinado hecho jurídico como la hipoteca, además de poner en conocimiento de los mismos a terceros, evitando de esta manera ventas y posteriores litigios descontrolados de bienes hipotecados ante el desconocimiento del comprador. A contrario sensu, existirían gravámenes recónditos que lesionarían los derechos de posibles acreedores, así como de los eventuales adquirentes, que otorguen créditos fiándose de la supuesta condición “limpia” de gravámenes de los bienes del obligado u deudor.

Para que la estructura hipotecaria sea válida, es trascendental que cuando los derechos se instauren de manera formal en la escritura pública, sean debidamente registrados. Debe tomarse en cuenta que, si es que no se lleva a cabo el derecho real a través de la posesión, es necesaria su



inscripción, para que adquiriera el carácter de público en el registro, solo así será oponible frente a terceros interesados. (Alberdi Imas, 2016).

### **C. Proceso de ejecución de hipoteca**

“La ejecución de garantías, entendida por la doctrina como ejecuciones comerciales, ejecuciones aceleradas y procesos de ejecución calificada” (Cfr. Carrasco, 2008). La ejecución de garantías reales, es un proceso mediante el cual el acreedor (titular del derecho real), tiene la posibilidad de hacer efectivo su derecho de remate judicial del inmueble ante el incumplimiento del deudor (acción ejecutiva). Para seguir con el proceso ejecutivo, el titular del derecho real debe acompañar la demanda con el título valor o título de crédito, que en la presente investigación el derecho de garantía vendría a ser el de la hipoteca, por lo que debe adjuntarse la escritura pública de hipoteca, que además deberá estar revestida con las formalidades y requisitos exigidos por ley.

“Los procesos únicos de ejecución transitan por cinco etapas” (Hurtado, 2014): a) la calificación, en esta etapa el juez califica la demanda, verifica el título presentado por el actor, puesto que solo se logra iniciar la ejecución mediante títulos ejecutivos ya sean de naturaleza judicial o extrajudicial, en otras palabras, se verifican si es que el título ostentado por el actor, califica o no para que se pueda iniciar este tipo de proceso; b) bilateralidad, en esta etapa el ejecutado toma conocimiento de la pretensión del actor de la demanda; c) etapa probatoria, aquí el ejecutado puede formular contradicción, defensas previas o excepciones; d) decisoria, esta etapa se materializa con el auto final, que comprende la resolución de los temas planteados; e) finalmente la última etapa que es la ejecución forzosa, la cual comprende el remate del bien inmueble que garantizaba la obligación, y el pago del crédito del acreedor.



#### **D. La falta de tutela jurisdiccional efectiva en los procesos de ejecución de hipoteca**

A partir de ahora, debe entenderse que el proceso de ejecución hipotecaria es un mecanismo procesal que tiene por propósito que los acreedores hipotecarios adquieran protección de su derecho (tutela jurisdiccional efectiva), exigiendo a que los deudores cumplan con la obligación, si no cumplen con la orden de pago, se ejecutará la hipoteca mediante el remate del bien. (Hurtado, 2014)

En ese sentido, debemos precisar que en el proceso de ejecución de garantías concurren dos finalidades reconocidas en el Código Procesal Civil; la primera es la finalidad inmediata, es decir aquella que busca que el deudor (los ejecutados) cumplan con el pago de la obligación, esta incluye los intereses, costas y costos, para lo cual los ejecutados deben ser emplazados a fin de que tomen conocimiento del auto de pago; la segunda finalidad es la mediata, que comprende la ejecución forzada, que viene a ser el remate judicial, que busca satisfacer el crédito al acreedor hipotecario a través del remate del bien dado en garantía.

En ese marco, el acreedor hipotecario tiene la facultad de recurrir al órgano jurisdiccional, para que en caso exista una relación conflictuada entre el acreedor y deudor hipotecario, por el incumplimiento de la obligación, se cumpla la finalidad mediata como inmediata a través del proceso de ejecución de garantías. En otras palabras, lo que busca el acreedor ya sea mediante la finalidad mediata o inmediata es adquirir tutela judicial efectiva por parte del órgano jurisdiccional, en otras palabras, satisfacer su crédito.

Dicho lo anterior, el cobro de la deuda es fundamental en los procesos de ejecución garantías. Por lo que la obligación nunca es real, sino personal. Los acreedores se benefician de una mayor seguridad por medio de la escritura que contiene de los derechos reales de garantía. El



bien que está gravado, no puede quedar exento de responsabilidad a la que está sujeto, La forma general de la constitución de estos derechos es convencional, empero su principal efecto está regulado por la ley. (Ronquillo Pascual, 2015)

### **E. Inconvenientes de eficacia en las decisiones judiciales en el proceso de ejecución de hipotecas**

Otorgar tutela judicial efectiva no solo se limita a emitir un juicio para resolver las controversias entre las partes, sino que, además, implica que los sujetos puedan ejecutar la sentencia dictada a su favor, sin ningún inconveniente, de este modo puedan obtener lo que se propusieron inicialmente en el proceso, por esta razón la tutela solo será efectiva cuando el justiciable pueda ejecutar la decisión expuesta en la sentencia dentro de un tiempo razonable. (Morello, 2001)

Por lo tanto, la tutela jurisdiccional efectiva no solo significa emitir una sentencia que resuelva la litis, sino que además esta debe garantizar que las partes puedan ejecutar dicha resolución dictada a su favor, sin embargo en el presente estudio se hace infructuosa la ejecución de la decisión del juez dictada a favor del acreedor hipotecario, en vista de que el bien que garantizaba la acreencia del crédito de dicho acreedor, ha sido rematado en otro juzgado y distrito judicial, imposibilitando de esta manera que el acreedor hipotecario pueda ejecutar su derecho que esta supuestamente tutelado.

Si una sentencia presenta dificultades para que pueda ejecutarse, es decir, si por algún caso el justiciable no consigue ejecutar el fallo a su favor en un tiempo razonable, estamos frente a un problema de eficacia de esa decisión judicial. (Hurtado, 2014)





Con relación a la vulneración del derecho del acreedor hipotecario que es materia de investigación en el presente estudio, se presenta un grave problema de eficacia, pues el acreedor hipotecario no logra satisfacer su crédito, es decir no logra por lo menos obtener resolución favorable que ampare su pretensión, y si en caso lo consiguiera el bien que garantizaba el crédito ya estaría rematado.

#### **F. La persecutoriedad y la oponibilidad del derecho real frente a terceros adquirentes de la hipoteca**

Como consecuencia de la oponibilidad absoluta, frente a terceros, de la que se dispone el derecho real *versus* la relatividad del derecho personal, aquél llevará en su contenido una serie de ventajas y prerrogativas que instrumentalmente garantizan y protegen al titular en el ejercicio de su derecho. Tales cualidades son el *ius persecuendi* y *ius preferendi*, también denominado *ius prioritatis* o *praelationis*. (Derruppe, 1952)

El derecho de persecución es la potestad que posee el acreedor hipotecario de embargar el bien hipotecado que garantiza la cobertura del crédito, ante el incumplimiento de la obligación de pago del deudor, sin importar el poseedor del objeto de garantía.

“Es un atributo que, como manifestación de la eficacia frente a terceros adquirentes del bien o agresores del mismo, consiste la posibilidad de persecución de la cosa donde quiera que esté y cualquiera que sea la persona que la detente. Se trata de una eficacia que, en cuanto la tutela del derecho, se realiza y hace efectiva a través de las acciones reales.” (Derruppe, 1952).

En otras palabras, el derecho real de la hipoteca otorga al acreedor hipotecario el derecho de persecución, de tal manera que, si el deudor hipotecario enajena el inmueble a un tercero, el



acreedor hipotecario tiene la potestad de perseguir el bien inmueble, sin importar cual sea el tercer adquirente, pues busca garantizar su crédito con el inmueble.

Ahora bien, para desarrollar la oponibilidad en los derechos reales, es menester diferenciarla de la oponibilidad en los derechos personales, ya que, el primero resulta oponible frente a todos, por lo que, se les atribuye la expresión *erga omnes*, mientras que, en los derechos personales la oponibilidad versa solo frente a quien se tiene como contraparte, por lo que, solo resultan oponibles *inter partes*. Dicho lo anterior, el presente estudio tiene como uno de los objetos analizar la oponibilidad en los derechos reales, particularmente el de la hipoteca, por lo que resulta necesario abordar la oponibilidad de derechos sobre inmuebles inscritos, regulada en el artículo 2022 del código civil:

*“Artículo 2022.- Oponibilidad de derechos sobre inmuebles inscritos*

*Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.*

*Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común.”* (Código Civil Peruano, 1984)

El artículo anterior está vinculado al principio de prioridad, que como ya se explicó anteriormente establece que, la preferencia de derechos está determinada por la prioridad en el tiempo, que además está respaldada por el principio *prior tempore potior iure* (primero en el tiempo primero en el derecho), ante un conflicto de concurrencia de derechos reales, prevalece el que se haya inscrito primero.



El aforismo *prior tempore, potior jure* es una norma que se origina en la existencia de una situación legítima previa, situación que prescinde de la posible existencia de otra situación posterior ya sea compatible o incompatible en relación con la anterior; esta regla también se crea en función de la naturaleza del derecho (personal o real). En cuanto al *ius excludendi et prohibendi* el titular del derecho real anterior excluye la presencia del derecho real posterior de idéntica naturaleza y contenido que pretenda recaer sobre el mismo bien (salvo caso de cotitularidad), pero no imposibilita que, por equivalentes argumentos, el derecho de crédito, principalmente por lo que refiere a su cumplimiento ejecutivo, pueda oponer preferencia, *ergo* exigir subordinación, respecto a otros créditos, posteriores en el tiempo o inferiores en su calidad que pretenden ser de igual manera satisfechas a través del monto que se obtenga del remate forzoso de los bienes del mismo deudor. (Bravo de Mansilla, 1997).

En este punto, la facultad de preferencia es de gran trascendencia para el presente estudio, ya que, como lo expone Bravo de Mansilla, el acreedor hipotecario al oponer preferencia lo puede hacer respecto al crédito posterior en el tiempo, tal es el caso que se viene desarrollando en la investigación, cuando la hipoteca que es un derecho real por excelencia se inscribe con anterioridad a un embargo posterior interpuesto por otra entidad financiera y que inicia el proceso en otro juzgado; aun conociendo la existencia de una hipoteca anterior inscrita en el registro (principio de publicidad registral), no cumple con notificar al acreedor preferente, ya que lo que busca es satisfacer su propio crédito; el otro supuesto cuando el acreedor opone preferencia por la calidad, en este caso quien tiene preferencia es el derecho real, siendo el mismo la hipoteca que es considerada un derecho real por excelencia.

Con relación al segundo párrafo del citado artículo, se entiende que, en caso de un conflicto entre oponibilidad de derechos reales y personales, se aplicará las disposiciones del derecho



común; siguiendo la posición de la profesora Eugenia Ariano en caso se enfrente un derecho real y derecho personal, prevalecerá el real por tener la potestad persecutoria y por gozar de la oponibilidad erga omnes.

En este punto es que resulta pertinente determinar si en un conflicto entre el derecho real -hipoteca- y un derecho personal -crédito-, podría considerarse al embargo como un derecho personal o en su defecto real, por lo que es importante resaltar mi posición al respecto; el embargo es meramente una resolución judicial que sirve como vía para garantizar un derecho personal, como es el de derecho de crédito, por ende, quien inscribe un embargo no cambia la naturaleza del mismo por la de un derecho real, puesto que el derecho de crédito sigue siendo personal, y conforme al artículo 2022 antes desarrollado “*Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común*” (Código Civil Peruano, 1984) el derecho común determina la inclinación de prevalencia del derecho real sobre el derecho personal o de crédito, es decir sobre el embargo, siempre y cuando este sea anterior a la inscripción de embargo.

#### **G. La facultad de preferencia en el derecho de crédito y en el derecho real (hipoteca)**

El derecho de preferencia, o también llamado de prioridad o prelación, encarna la representación de la eficacia y oponibilidad absoluta del derecho real de la hipoteca, que se concede no ya frente a terceros adquirentes –como el derecho de persecutorio–, sino respecto de terceros concurrentes sobre el mismo bien objeto de diversos derechos patrimoniales (reales y personales), que al igual que el acreedor hipotecario buscan satisfacer el cobro de su crédito.

A diferencia de la concurrencia de terceros en los derechos personales donde rige el principio de la igualdad frente al conflicto de la concurrencia de acreedores, en el derecho real prevalece el derecho de preferencia donde preside el principio de calidad, que se aplica frente a



derechos obligacionales y contra los derechos reales de fecha posterior, y el principio de tiempo. (Derruppe, 1952); en consecuencia la hipoteca otorga también al acreedor el derecho de preferencia frente a terceros, es decir antepone el derecho del acreedor hipotecario frente a terceros que buscarán hacer efectivo su crédito con la suma obtenida del remate del bien, priorizando de esta manera satisfacer primero el derecho del acreedor con rango hipotecario.

“Por otra lado, muchos juristas estiman que la idea de preferencia, en verdad, no sólo es más propia de los derechos reales de garantía, sino que puede darse también en los derechos de crédito.” (Vallet de Goytisolo, 1984). La atribución y reconocimiento de la prelación frente a terceros es una cuestión que viene establecida por el ordenamiento jurídico como consecuencia del deber general de respeto de todo derecho subjetivo, y que viene impuesta por razones técnicas de calidad y tiempo, de publicidad (Derruppe, 1952).

En esa misma línea, “el derecho de preferencia no es inherente a la esencia del derecho real de la misma manera que no es incompatible con la esencia del derecho de crédito.” (Rigaud, 1928), de lo anterior se puede contemplar la preferencia en el derecho personal, cuando exista colisión de derechos sobre el pago preferente que se pretende afectar sobre un mismo bien, acreedores que buscan hacer efectivo el cobro de su crédito, por lo que resulta necesario realizar la graduación para fijar el orden de cobro respectivo.

En consecuencia, existen dos posiciones respecto a la preferencia en derechos reales y personales, el presente estudio se inclina por la postura que considera la preferencia inherente a los derechos reales, como la hipoteca; que otorga al acreedor hipotecario el derecho de preferencia, anteponiendo su derecho frente a terceros que buscarán hacer efectivo su crédito con la suma obtenida del remate del bien.



## TITULO II

### 2.1.1.2 El Embargo

El embargo, es aquella acción procesal que se origina en un proceso, encaminada a individualizar los bienes específicos de propiedad del deudor, con el objetivo de ejecutarlos para que mediante el remate judicial del bien se pueda cumplir con el pago de la obligación. (Gonzales & Álvarez, 2014)

La esencia de la medida cautelar de embargo, no es un derecho, sino un acto judicial que está destinado a la tutela del derecho personal del acreedor que busca hacer efectivo el cobro del su crédito, dicho acto sirve de garantía para alcanzar la tutela jurisdiccional efectiva del derecho del acreedor embargante, Siendo así, el embargo es un mecanismo de garantía que tiene por objeto hacer efectiva una resolución judicial respecto del patrimonio del deudor, no obstante no constituye un derecho por sí mismo, sino que sirve de garantía para hacer efectivo un derecho; En síntesis, el embargo es un acto procesal cuya función es asegurar la satisfacción de un crédito o deuda, de esta forma se garantiza el cumplimiento de una obligación, función que posee por ser una medida cautelar de naturaleza civil; a su vez el embargo debe ser inscrito en Registros Públicos, de esta manera se asegura la posibilidad de ejecutar el patrimonio del deudor, en caso no cumpla con la obligación.

Es notorio que, en la práctica, la capacidad de endeudamiento de las personas, no solo se limita a las propiedades que estas poseen, sino que además no se encuentren afectadas o gravadas, es decir, que no exista riesgo de pérdida del patrimonio en caso de incumplimiento del pago de esa obligación. Paradójicamente, la propiedad del deudor debe permanecer en su estado original para garantizar sus obligaciones. Es decir, es necesario gravar los bienes que pretenden



garantizar una obligación, teniendo como requisito previo que esos bienes no se encuentren previamente gravados. (Siguas Rivas, 2014)

Este requisito es frecuente cuando una persona asume obligaciones con los bancos o financieras; esto se debe a que los bancos requieren como condición previa, que el inmueble que garantiza el crédito se encuentre libre de gravámenes, de modo que debe estar acreditado mediante el CRI (certificado registral inmobiliario) que dicho bien se encuentra realengo; a efectos de otorgar un crédito. En muchos casos, no se puede satisfacer dicho requerimiento puesto que, el patrimonio materia de garantía tiene como carga una hipoteca o medida cautelar que versa sobre el bien, lo que descuberturaría el crédito en caso el deudor no cumpla la obligación.

#### **A. Medida cautelar**

“La medida cautelar está destinada más que a servir a la justicia, a darle tiempo a la justicia para que haga eficaz su obra.” (Di Yorio, 1985), por consiguiente, “este instituto procesal está destinado a prevenir los daños que el litigio pueda acarrear o que puedan derivarse de una situación anormal” (Davis Echandia, 1984).

La medida cautelar constituye una eficaz decisión por medio de la cual el Poder Judicial se prestigia, pues importa asegurar no sólo la justa satisfacción de intereses particulares, sino esencialmente el orden y la paz social. (Vergara Gotelli, 1900)

#### **B. La medida cautelar de embargo en forma de inscripción**

La medida cautelar en la modalidad de embargo en forma de inscripción, se dicta cuando la pretensión es dineraria, siendo necesaria la inscripción de la suma ejecutable por la que se embarga un inmueble en registros públicos, a fin de garantizar el pago de una obligación, por medio de la ejecución del bien ante un fallo favorable al acreedor, por ende, el inmueble queda



sujeto al resultado eventual del fallo, que en caso de ser favorable se procederá al remate judicial del inmueble.

La doctrina considera que el embargo no es “definitivo”, y esto a razón de que de ninguna medida cautelar posee esa cualidad, pues las medidas cautelares están caracterizadas por ser provisionales, en efecto porque carecen de finalidad u objetivos propios, puesto que se encuentran sujetos a la decisión de la sentencia, que finalmente pondrá fin a la controversia.

### **TITULO III**

#### **2.1.1.3 La hipoteca frente al embargo**

##### **A. El embargo en forma de inscripción como derecho inmobiliario denominado derecho real.**

La medida cautelar en su modalidad de embargo en forma de inscripción, es en principio un derecho de garantía procesal, cuyo derecho inmobiliario crediticio se produce con la resolución que ordena trabar embargo, y este a su vez tiene tiende a transformarse en un derecho real, pero en efecto sigue siendo un derecho de crédito o personal; empero el título que da origen al crédito y el que será inscrito en Registros sufre cambios esenciales, que conciben mayor fuerza al derecho personal o crediticio, sin embargo sigue siendo un derecho crediticio pues su naturaleza sigue siendo la misma; es claro que no se puede negar que mediante la resolución que traba el embargo se origina un nuevo derecho que es, el derecho de garantía que es independiente del derecho de crédito, provocando una temible alteración jurídica, esto a causa de la nueva función jurídico económica que asume de forma similar al del derecho real de garantía hipotecaria.





## **B. La suspensión del proceso de ejecución de hipoteca por medida cautelar**

En la realidad ocurre, que cuando se inicia un proceso judicial de ejecución de garantías, como es el de la hipoteca, existe la posibilidad de que los ejecutados (deudores), inicien otro proceso de cognición, en razón de refutar el proceso de ejecución iniciado anteriormente; así por ejemplo, si se inicia un proceso de ejecución de garantía hipotecaria, suele pasar en la praxis que los ejecutados inicien otro proceso en los que tengan como pretensión la nulidad de la hipoteca, donde está comprendida la obligación, o la ineficacia del acto de constitución de la misma.

En otros procesos, las partes a menudo adquieren medidas cautelares de no innovar, innovativas, anticipadas o genéricas, que tienen como objetivo específico interrumpir el proceso de ejecución hipotecaria, más aún cuando en el proceso ya se realizan actos procesales encaminados a rematar el inmueble dado en garantía; estas medidas procedentes de un proceso cognitivo, pretenden suspender todos los actos que busquen rematar el bien. (Hurtado, 2014).

Esta situación vulnera los derechos del acreedor hipotecario, toda vez que el deudor pretende dilatar o paralizar la ejecución de la hipoteca, sin embargo, la decisión recae en manos del juez, ya que solo él puede disponer si se suspende el proceso o si se continúa con el remate.

## **C. La extinción de la inscripción hipotecaria**

La extinción de la inscripción hipotecaria está regulada en el artículo 3 de la Ley N° 26639, que estipula lo siguiente:

*“Artículo 3.- Las inscripciones de las hipotecas de los gravámenes y de las restricciones a las facultades del titular del derecho inscrito y las demandas y sentencias y otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles se extinguen a los 10 años de las fechas de las inscripciones y no fueron renovadas.” (Ley 26639, 1996)*



El artículo antes citado, refiere a la extinción de las inscripciones, dicha norma opera cuando se trate de gravámenes que garantizan créditos – como el de la hipoteca –, donde al cumplimiento del plazo estipulado es de 10 años de la fecha de vencimiento del plazo del crédito que estaba garantizado por la hipoteca.

En tal sentido, el aventajado (deudor) realiza una diligencia registral, en la que consigna la declaración jurada con firma legalizada, además de la comprobación del tiempo transcurrido y el título archivado; vale la pena mencionar que todas estas gestiones se realizan sin conocimiento del acreedor hipotecario, pues la función del registrador público solo se limita a tomar una decisión en base a los requisitos que presenta el solicitante, a menos que tome conocimiento de que exista un proceso judicial que pretende ejecutar la hipoteca, lo que no es frecuente pues en el registro no se consignan los procesos.

Algunos autores consideran que el acreedor afectado por la cancelación de la hipoteca y por el levantamiento del gravamen, tiene responsabilidad, considerándolo como un acreedor hipotecario negligente, por no haber acudido de manera oportuna al proceso, para materializar su derecho y así hacer efectivo el pago de su acreencia; empero existen casos en los que a pesar de la persistencia del acreedor hipotecario, y aunque hubiera acudido al proceso antes de vencer el plazo prescriptorio, habría sido afectado por el levantamiento de la hipoteca.

Similar situación problemática acontece en la presente investigación, respecto a la segunda figura antes nombrada, y es que el problema en parte le concierne al registro por carecer de conocimiento acerca de los procesos de la vía judicial, sin embargo el estudio no busca profundizar esta situación en la vía registral, muy por el contrario se pretende suplir el vacío legal



en vía judicial, a través de una reforma del código civil, para así evitar este tipo de problemas en un futuro, en los que se vulnera el derecho del acreedor hipotecario.

#### **D. El remate en virtud de una hipoteca o medida cautelar posterior**

Un proceso en el que el acreedor hipotecario preferido no es notificado, y por lo tanto no toma conocimiento de la existencia de un proceso que pretende rematar el mismo bien que garantiza la hipoteca, mediante un embargo posterior a este derecho real. En este caso, el deudor es demandado en otro proceso por un acreedor distinto al acreedor hipotecario preferente, desarrollándose el proceso ante otro órgano jurisdiccional, en el que no se notifica al acreedor preferente. Luego de culminar este proceso, se realiza el remate y el juzgado, conforme a lo previsto por el artículo 739 del Código procesal Civil, que efectúa la transferencia de propiedad y levanta todo gravamen que pesa sobre el inmueble dado en hipoteca. Aun cuando este caso resulta manifiestamente violatorio de los derechos del acreedor hipotecario. (Martel Chang, 2013)

#### **E. La respuesta de los órganos jurisdiccionales como expresión de tutela efectiva**

Aunque la figura anterior se llegue a considerar correcta, igual resultaría discutible la viabilidad jurídica de dichas situaciones, lo que sí es seguro es que se han presentado casos de éxito en la praxis, en los que se ha vulnerado el derecho del acreedor hipotecario a pesar de poseer rango preferente (referente al tiempo y calidad del derecho), de esta manera, se ha dejado sin posibilidad de cobro incluso en la etapa de ejecución al acreedor hipotecario preferente, que venía efectuando su derecho de acción, demandando el pago de su crédito en sede judicial, justamente por el levantamiento o cancelación de la hipoteca constituida a su favor. Frente a tal escenario, y problemática real, resulta necesario adoptar medidas siempre dentro del ordenamiento jurídico para garantizar la tutela de situaciones jurídicas de ventaja que han que han establecido justamente el mismo ordenamiento jurídico. (Martel Chang, 2013)



Como bien menciona Chang, resulta necesario abordar esta situación, que sitúa al acreedor hipotecario, cáusticamente en una situación de desventaja, pues a pesar de poseer una hipoteca a su favor, siendo la misma un derecho real de garantía y con rango preferente, es preciso establecer medidas de manera urgente, para evitar que se siga vulnerando el derecho del acreedor hipotecario.

- **Pleno jurisdiccional distrital en materia comercial de la corte superior de justicia de Lima realizado el 11 de agosto de 2011**

En este pleno participaron los jueces de primera y segunda instancia de la especialidad, allí se abordaron la situación problemática referida al remate en otro juzgado y distrito judicial del inmueble en virtud de una hipoteca posterior proceso donde no se notifica al acreedor hipotecario de rango preferente y se acordó lo siguiente: (Martel Chang, 2013)

Se otorga la medida cautelar de inscripción de la demanda, con el fin de que publicitando en el registro que existe un proceso de ejecución de garantía hipotecaria, se proteja y mantenga viable dicha ejecución, impidiendo que se extinga la inscripción registral de la hipoteca, por medio de la extensión de un asiento de cancelación por caducidad de la inscripción del gravamen o en el caso de que el bien se remate en otro distrito judicial en virtud de una hipoteca posterior y en el que no se notifica al acreedor hipotecario de rango preferente y se evita que el adjudicatario o los sucesivos adquirientes del bien puedan invocar la fe pública que otorga el registro.

Las razones del pleno fueron las siguientes:

Es procedente instar la medida cautelar de anotación de demanda en el proceso de ejecución de garantías hipotecarias, con la finalidad de que la publicidad que otorga el registro prevenga que se produzcan situaciones jurídicas derivadas de los propios registros públicos que



hagan ineficaz la ejecución de garantía. La medida cautelar de anotación de la demanda posibilitará que el registrador público pueda conocer la existencia de un proceso y de este modo evite que se levante la garantía.

Se debe conceder la medida cautelar, porque existe la posibilidad de que el bien inmueble se remate en otro juzgado o distrito judicial, en virtud de una hipoteca posterior, donde no se notifica al acreedor hipotecario de cargo preferente en dicho proceso; de esta forma se imposibilita a que los sucesivos adquirientes del bien o el adjudicatario, puedan invocar la fe pública que ofrece el registro. Se añadió que es indispensable impedir que se cometan actos ilícitos, regularmente acontecidos en la tramitación de procesos interpuestos en provincias.

La finalidad de la anotación de la demanda es proporcionar publicidad de la misma, caracterizada por tener una gravosidad mínima, ya que no evita que se transfiera el bien y así como si hay afectaciones posteriores, pero impide que se levanten administrativamente las hipotecas o el proceso se vea expuesto a actos ilícitos

El acuerdo adoptado en este pleno arribo a lo siguiente:

- Para evitar que la hipoteca que viene siendo objeto de proceso judicial, se vea afectada por gestiones registrales o judiciales, debe publicitarse la existencia del proceso judicial en el registro.
- Tal publicidad debe lograrse mediante medidas cautelares como la medida cautelar genérica del código procesal civil o la anotación de la demanda.



## **El encuentro entre los jueces de primera instancia de la corte superior de justicia de Lima y los registradores públicos de Lima realizado el 22 de junio y el 13 de julio del 2012**

A las conclusiones que arribaron fueron las siguientes:

- Que, no es factible continuar con la ejecución del gravamen que ya fue levantado, empero, el proceso judicial no se detiene porque la deuda no ha sido pagada ni satisfecha.
- Para impedir que la hipoteca que, es objeto de proceso judicial, sea levantada, es preciso que se anote la demanda en los registros públicos; por el contrario, si no se anota la demanda existe la posibilidad de que se cancele la hipoteca por la venta realizada por el liquidador de la empresa.
- Una vez que se ha levantado o cancelado la hipoteca, es imposible continuar ejecutando esta garantía, pero no termina el proceso porque no sea satisfecho el crédito.

Como se ha podido observar, la solución esbozada por el pleno no termina siendo la más adecuada, en atención a que la funesta realidad por la que atraviesa el acreedor hipotecario seguirá siendo la misma, pues a pesar de que el acreedor hipotecario acuda al proceso antes de que se concrete el remate judicial (ya sea en la fase de ejecución o con fecha de remate judicial), estaría imposibilitado de hacer efectivo su derecho y por ende impedido de hacer cobro de su crédito. Considerando nuestra realidad tanto social como jurídica, la respuesta mayoritaria del pleno resulta siendo infructuosa, pues no solamente debe estar de acorde con la realidad jurídica, sino que -talvez en mayor medida-, con la realidad social donde se pretenda salvaguardar el derecho del acreedor hipotecario, queda claro que la posición del pleno es correcta, cuando refiere que ante el levantamiento de la hipoteca no concluye el proceso porque la deuda todavía sigue impaga, sin embargo es ilusoria para la protección del derecho del acreedor hipotecario, pues la única forma



en que el acreedor pueda efectuar su derecho de acción, implicaría que el deudor tuviera más bienes y que estos a su vez sean pasibles de afectación; la probabilidad de que lo anterior se cumpla, es ínfima, porque el deudor casi siempre se encuentra en estado de insolvencia, por lo que carece de otro patrimonio que pueda ser afectado; en conclusión si bien el acreedor puede seguir efectuando su derecho de acción en el proceso, la deuda de su crédito seguirá impaga porque el bien que garantizaba el crédito ya fue rematado, a pesar de que cuando el acreedor inicio el proceso aún no se había concretado el levantamiento de la hipoteca, en fin esta situación versa en detrimento del acreedor, y en cuanto la respuesta del pleno no parece la más idónea, ya que no redujo los riesgos de incobrabilidad, pues no se ajustan a nuestra realidad.

#### **F. La necesidad de reencausar la finalidad de la medida cautelar para superar esa problemática**

Reflexionando sobre el problema antes descrito como se advierte de los eventos descritos, los jueces y registradores públicos que han participado en ellos han orientado sus esfuerzos a encontrar una salida jurídica a la problemática descrita, poniendo énfasis en la necesidad de hacer constar en el registro público la demanda de ejecución de la hipoteca, pues en la medida en que se conozca esa judicialización, el riesgo de que sea levantada o cancelada la hipoteca desaparece, con lo cual se favorece sin duda alguna la protección de los derechos de quien tiene la situación jurídica de ventaja. Por lo menos en sede nacional, la solución aludida trae consigo una variante en cuanto a la finalidad de la medida cautelar, en el sentido de que ella, en este caso, no se concede en relación directa con la pretensión demandada, sino para asegurar la vigencia y eficacia de la hipoteca que sustenta dicha pretensión. En otras palabras, se asegura la garantía, y con ello se asegura la pretensión, lo que pone de manifiesto la variante aludida. (Martel Chang, 2013)



Al respecto de la reflexión de Martel Chang, considero que, indistintamente de si las posiciones planteadas por el pleno reduzcan la situación de desventaja por el que atraviesa el acreedor hipotecario, estas resultan insuficientes, pues atienden a la reducción del riesgo de incobrabilidad mas no a la satisfacción del derecho de crédito del acreedor hipotecario. Por tanto, las decisiones del pleno no representan un cambio trascendental en la práctica judicial; ya que pretender solucionar el problema a través de una medida cautelar de anotación de demanda, efectuada por un acreedor que ya tiene como garantía una hipoteca sobre el mismo bien – que además deviene en excesivo e inconcebible- es volver a un punto de partida equivocado, ya que tal medida resulta extrema, por configurar esquemas procesales fuera del marco regular de un proceso de ejecución de garantía real, por cuanto no todos los juzgadores estarían de acuerdo de optar por esta medida-, por otra parte la medida cautelar de anotación tiene un fin meramente publicístico, en la que prevalece prioritariamente la finalidad abstracta sobre la concreta; por lo que, si se ejecutara esta medida, solo se limitaría a dar publicidad de la existencia de un proceso incoado sobre el mismo bien, mas no de impedir que el nuevo propietario adquiriera el bien en remate judicial; es cierto, muchos compradores podrían desistir de adquirir un bien por tener una anotación de demanda, pero ello no imposibilita su compra.

#### **G. La anotación de demanda como mecanismo de solución frente a la vulneración del derecho de preferencia del acreedor hipotecario**

La medida cautelar de anotación de demanda se considera como el principal eje en los procesos de cognición, en los que la decisión judicial alterará u ocasionará un efecto específico en los Registros Públicos, relacionado al derecho o bien que se litiga en el proceso judicial. (Hurtado, 2014)





Las precauciones en las notas a pie de página requeridas se consideran el núcleo del proceso de identificación. La sentencia modifica o crea ciertos efectos legales en el registro relacionado con el producto o el derecho discutido en la audiencia.

Por tanto, el objeto de la anotación de demanda, es publicitar un litigio en los registros públicos, de esta forma impide que terceros aleguen buena fe respecto al conocimiento de los bienes registrados, de esta manera favorece el resultado de un proceso, en la medida en que pone a conocimiento público la existencia de un litigio o proceso, incoado sobre un bien registrado, por lo que ahuyenta a interesados que pretendan vincularse con el derecho o bien registrado, ya que está subordinado al resultado del proceso, ya sea favorable o desfavorable.

Esta medida se aplica cuando se colige una pretensión pueda tener como consecuencia que se modifique una inscripción en los Registros Públicos, como el caso de la titularidad de un inmueble que se encuentra sometido bajo la prescripción adquisitiva de dominio. Ella no se encuentra subordinada a la naturaleza personal o real de la pretensión deducida sino a que eventualmente si el supuesto de prospera, podría fácilmente intervenir en la situación jurídica del inmueble respecto a terceros. Este escenario persigue la inmediata coordinación entre el proceso y registro como mecanismos que atienden a la seguridad del derecho. (Ledesma Navaéz, 2014).

Respecto a la duración de este tipo de medida cautelar, la inscripción en registro de la anotación de la demanda se conservará mientras no termine el proceso, en otras palabras, hasta que no se ejecute la sentencia; para entender mejor el problema en cuestión, a continuación se plantea un ejemplo; si un bien inmueble que se encuentra ofertado en remate judicial y que a su vez aparece registrado con una carga de anotación de demanda sobre el otorgamiento de escritura pública de una compraventa; cuando se remate el bien inmueble el juez ordena que se levanten



todas las cargas y gravámenes a excepción de la anotación de la demanda. Por lo que el nuevo propietario del bien inmueble queda vinculado por los efectos del proceso que se encuentra inscrito en registros; en consecuencia, no podrá negar que el inmueble que adquirió mediante remate judicial, y que este estaba siendo requerido judicialmente, simultáneamente mientras acontecía esta formalización, se estaba iniciando un proceso de ejecución que también pretendía ejecutar el mismo bien, y que aun aparecía como propiedad del ejecutado. (Martel Chang, 2013)

Por consiguiente, el adjudicatario no puede desvincularse de lo anterior antes descrito, pues la anotación de demanda está publicada en el registro, en consecuencia deberá asumir lo que eso conlleva; es pertinente recordar que el bien materia del registro y objeto del litigio está relacionado a la anotación de la demanda, situación distinta es el caso de un proceso de ejecución, en el que el bien representa la garantía de una acreencia (susceptible de ejecución), por lo que el objeto de la litis en ese caso, es la acreencia.

Teniendo claro lo anterior, es preciso afirmar que en ambas medidas cautelares - anotación de demanda y embargo en forma de inscripción- se admite transferir el bien materia de afectación, empero existen notables diferencias entre ellas, la primera concerniente al monto, ya que en la medida cautelar de anotación de demanda no está comprendido el monto de afectación, por lo que en palabras de Martel Chang “no se podrá operar la sustitución sobre dicha medida” (Martel Chang, 2013); y la segunda respecto a la finalidad, ya que la finalidad del embargo es la satisfacción del crédito a través de la ejecución forzada del bien, en cambio en la de anotación de demanda la finalidad es meramente publicística.

En resumen, las principales ideas que concurren a esta afectación se pueden destacar de la siguiente manera: por medio de la medida cautelar de anotación de demanda, se busca asegurar



que el proceso adquiriera el carácter de público, con el objeto de desanimar a terceros ya que no podrán invocar buena fé. Por medio del principio de publicidad de la litis, el tercero adquirente del bien no podrá alegar ignorancia, por lo que le correspondería asumir los efectos de la decisión judicial, de esta forma esta medida no evita o afecta la disposición del inmueble, el que es pasible de enajenación o embargo. (Martel Chang, 2013)

En la actualidad, se ha puesto en evidencia la creciente demanda de las medidas cautelares de anotación de demanda como un medio para evitar circunstancias que hagan infructuosa la ejecución de bienes hipotecados, ante ello existe la necesidad de volver a tratar este problema que aqueja al acreedor hipotecario. Específicamente, se vienen solicitando este tipo de medidas cautelares, para evitar que se afecte el derecho del acreedor hipotecario de rango preferente, por la existencia de otro proceso judicial que busca afectar el mismo bien, que garantizaba la hipoteca, en el que, por situaciones de fraude, no se haya puesto a conocimiento del acreedor hipotecario de rango preferente, sobre la existencia de este proceso; al respecto (Martel Chang, 2013) advierte que resulta oportuno referir que la anotación de demanda no imposibilita la afectación posterior del bien ni su transferencia, sin embargo confiere prevalencia a quien obtuvo dicha medida, de esta forma opera cuando la pretensión principal versa sobre derechos inscritos, a diferencia de los procesos de ejecución de garantía, cuya pretensión principal es de carácter dinerario.

De tal modo que, la anotación de demanda en ese escenario imposibilita que el deudor hipotecario pueda alterar el registro, por consiguiente, evitará que se remate el bien pasible de ser afectado; dado que en las situaciones expuestas anteriormente aún existe la posibilidad de que se levante la hipoteca, mas no la de solicitar la conclusión del proceso, porque la deuda todavía no fue satisfecha, o cancelada, por tanto, continua impaga, por lo que podrá afectar otros bienes del



deudor en virtud al artículo 724 de CPC; lo que es muy poco probable, ya que casi siempre el deudor no tiene más bienes pasibles de ser afectados.

#### **H. Los efectos jurídicos registrales de las anotaciones de embargos en forma de inscripción y de las hipotecas**

El embargo y la hipoteca tienen en común que ambos son mecanismos de seguridad (Manzano Solano, 1994), atendiendo a que en caso el deudor no cumpla con el pago de una deuda en cualquiera de los supuestos, los acreedores puedan ejecutar el bien inmueble a través de un proceso mediante un remate judicial, con el fin de hacer satisfacer su acreencia,

Es menester diferenciar ambas figuras, ya que, si bien en ambos casos se afecta un bien inmueble, no poseen el mismo rango, en el caso de la hipoteca esta comprende a los acreedores privilegiados, mientras que en el embargo a los acreedores ordinarios, otra diferencia a considerar refiere a la voluntad de los juzgadores; en la medida cautelar de embargo la decisión está sujeta a la voluntad de un magistrado, mientras que en la hipoteca la decisión está sujeta a la voluntad del titular registral. Siguiendo el lineamiento de Sigwas; en cualquier caso, tanto la voluntad del registrador como la de autoridad jurisdiccional o administrativa, poco o nada servirán, si es que no se apareja la intervención del sistema de registro, por medio de la extensión del asiento de gravamen. Por lo tanto, sin la realización de la extensión del asiento, así exista un pronunciamiento por parte del titular registral o jurisdiccional, dichos mecanismos devendrían en inexistentes. (Sigwas Rivas, 2014)

“Es necesario señalar que, en las situaciones antes descritas la inscripción registral posee carácter constitutivo” (Rodríguez Otero, 2011), bajo esa premisa podemos afirmar que dichas situaciones jurídicas no generarían efectos ni consecuencias sin que se concretara la inscripción,



en ese sentido; Sigwas afirma que, el efecto principal de estas situaciones jurídicas debidamente inscritas, es el de otorgar “Seguridad” de poder alcanzar el importe de cambio, con el fin de que sea adjudicado hasta el tope de lo establecido a los acreedores, del mismo modo que la titularidad con efectos retroactivos al asiento del gravamen a favor del adjudicatario que pretende adquirir el bien mediante el remate judicial. Por esta razón la inscripción registral, no solo constituye elemento propio del embargo o la hipoteca, sino que además genera en ellos la publicidad *erga omnes* y la tan sonada reserva de rango. (Sigwas Rivas, 2014)

## **TITULO IV**

### **2.1.1.4 La Seguridad Jurídica**

La seguridad jurídica debe entenderse como la seguridad de la propia ley, es decir, la seguridad de la existencia y el contenido de las disposiciones que impone la fuerza del derecho. (Oropeza Barbosa, 2013), puesto que la seguridad no deviene de un estado que cumple un rol pasivo, sino muy por el contrario este debe ser netamente activo, debe fortalecer los sistemas jurídicos, y supervisar la instituciones que se encargan de brindarlas. De este modo, el estado garantiza la tan anhelada seguridad jurídica, y asegura la ausencia de peligro o daño, por lo que es necesario adoptar medidas a fin de que se evite el riesgo de peligro o daño.

En la actualidad la falta de la seguridad jurídica afecta a todas las personas que conforman la sociedad, repercute en el progreso y avance de la población, ya que la seguridad jurídica dota de estabilidad y certeza a los sujetos de derecho, y estas solo se obtendrán a través del contenido de las disposiciones claras y normas jurídicas compatibles, además de contar con los requisitos de



verificabilidad y previsibilidad; y la confiabilidad que son necesarias e imprescindibles para el desarrollo del tráfico jurídico.

Del mismo modo, la seguridad jurídica nace del estado de derecho, debido a la existencia de un sistema de legitimidad y legalidad asentado en una constitución donde prima la democracia, ya que derechos de los ciudadanos reconocidos constitucionalmente no se limitan a ser solo herramientas de protección, sino que ellos fundamentalmente brindan la suficiente certeza y seguridad. (Oropeza Barbosa, 2013). En esa línea de ideas, la seguridad jurídica proporciona a los ciudadanos, la certeza, con la que operan las instituciones en el derecho privado que asumen: el registrador público, entorno al principio de publicidad cumple una función preventiva, además de calificar la legalidad de documentos y futuras inscripciones; el juez que vela por la legalidad, en función a casos en los que exista contienda entre titulares de la materia en controversia, mediante la aplicación de métodos correctivos; y el notario que verifica la autenticidad de documentos. De este modo las funciones del notario y del registrador son complementarias, toda vez que el primero verifica la autenticidad de un documento y el segundo reviste dicho documento de publicidad conforme al principio de publicidad y fe pública.

En síntesis, la seguridad jurídica, esta principalmente fundamentada en la idea de que el derecho será cumplido, de manera que se pueda predecir las conductas de las personas, y en especial la del estado, esto comprende los organismos, órganos e instituciones que lo conforman. La esencia de la seguridad jurídica es la capacidad de predecir el comportamiento de los individuos y del poder de acuerdo a lo que dispone el derecho, las personas pueden no estar de acuerdo con estas acciones, pero la seguridad jurídica les permite saber qué acciones están predeterminadas por ley, y esto resulta ventajoso ya que les permite organizar su vida y eventuales situaciones de una manera legalmente correcta. (Rubio Correa, 2006).



### A. Seguridad jurídica registral

Existen dos tipos de seguridad jurídica otorgadas por el registro; la primera es la llamada seguridad jurídica estática, posee la encomiable labor de proteger al titular del derecho, es decir al propietario legítimo del bien materia de ejecución, por esta razón determina que no pueda concretarse ningún tipo de modificación patrimonial del titular, sin la autorización de este, por lo tanto el propietario, solo podrá ser despojado de su derecho con su consentimiento, de no ser así, se trataría de un despojo. Este tipo de seguridad se encuentra destinada a la protección del titular del derecho, frente a las posibles modificaciones o alteraciones – de terceros – que pueda sufrir el bien. El segundo tipo de seguridad es la denominada seguridad jurídica dinámica, por su parte esta está vinculada al principio registral de buena fé, según la cual ningún beneficio que posea una persona en relación con su patrimonio, puede afectarse por diversas circunstancias ajenas a las del propietario, es decir aquellas en las que no haya adquirido conocimiento, de esta forma debe predominar la buena fé, para que el titular mantenga su derecho. (Cárdenas, 2010).

Dicho lo anterior, ¿Cómo podemos alcanzar la tan aspirada seguridad jurídica?, solo se puede disponer de este principio, cuando los sujetos inscriban su derecho en el registro, ya que solo así se puede garantizar el derecho de oponibilidad y obtener la condición de seguridad jurídica, por consiguiente, frente a un conflicto por el bien inmueble, se puede alegar que el derecho es oponible frente a cualquier otro derecho que no obtenga condición de inscrito sobre el mismo patrimonio.

La seguridad jurídica otorgada por el registro, tiene por objeto garantizar el derecho inscrito, de este modo, el funcionario público encargado de llevar a cabo la calificación registral (Registrador Público), es el responsable de analizar el acto que se pretende inscribir, debe verificar que se cuenten con los requisitos obligatorios para que se puedan registrar (Becerra Díaz, 2017)



La preeminencia que posee la seguridad jurídica registral, se fundamenta de manera notoria en el principio de publicidad registral, pues ambos principios están intrínsecamente vinculados; de esa forma para que se pueda alegar buena fe, un derecho debe estar debidamente inscrito y perfeccionado con el principio de publicidad, solo así tendrá la condición de público, por ende nadie puede alegar desconocimiento, de este modo la seguridad representa la ausencia de riesgos, en consecuencia no opera la buena fe cuando el derecho está inscrito.

### **B. Seguridad jurídica en la hipoteca**

Habiendo analizado la vulneración del derecho del acreedor hipotecario preferente, los efectos que genera la transgresión de su derecho y las situaciones jurídicas formadas referidas a la garantía real que concede la hipoteca, así como el embargo con posterior remate en otro juzgado y distrito judicial, es necesario analizar, como al coexistir estas figuras sumidas en un mismo bien, ocasionan que se vulnere de manera latente los derechos del acreedor hipotecario, y que además se genere inseguridad jurídica en nuestro ordenamiento jurídico. Entendiendo lo anterior, como los efectos que genera el remate judicial de un bien inmueble producto de un embargo frente a una hipoteca cuando la garantía que respalda la obligación crediticia es el mismo bien inmueble. Por lo que es necesario abordar la afección que esta situación provoca en la seguridad jurídica de la hipoteca.

Es evidente que la hipoteca, otorga al acreedor hipotecario, el estado de ser merecedor de seguridad, y garantía de su acreencia, por lo que el acreedor hipotecario se siente seguro de satisfacer su crédito, ya que mediante la hipoteca deja de ser un simple crédito personal y se convierte en crédito hipotecario real, que atiende a coberturar sin duda alguna, la totalidad del crédito. En consecuencia, el acreedor desatiende los otros bienes del deudor, poco o nada le importa si el deudor se encontrará en estado de insolvencia luego de afectar su único bien, solo





dirige toda su atención al bien hipotecado, ya que la disminución del valor de este bien altera la cobertura de su crédito.

De esta forma, la hipoteca se encarga meramente de otorgarle al acreedor la seguridad de satisfacer su acreencia, mas no le beneficia de otra forma, enriqueciendo ni aumentando su crédito.

Es oportuno distar el derecho que dispone el acreedor hipotecario, y el del titular de un crédito personal, u ordinario; el primero porque se trata de un derecho real, que está constituida por una garantía – el bien- por lo que obtiene una posición privilegiada, ya que la hipoteca otorga el derecho de oponibilidad erga omnes, y la condición de prioridad y persecutoriedad, respecto al bien pasible de afectación, que garantiza la acreencia del derecho real, en suma la garantía propia del acreedor hipotecario le concede mayor credibilidad, que la de un acreedor de derecho personal, de un crédito ordinario; en palabras de Bravo la hipoteca confiere conjuntamente prioridad y persecutoriedad, respecto a la satisfacción del crédito mediante la obtención del valor del bien afectado, como consecuencia la credibilidad y la garantía que la acreedor hipotecario posee, deviene en mayor y más intensa, en comparación con la que puede tener un acreedor ordinario o un acreedor cuyo crédito sea privilegiado, el cual sólo podrá otorgar preferencia en el cobro, más no reipersecutoriedad de su objeto. (Bravo de Mansilla, 1997)



## CAPITULO III

### RESULTADO Y ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS

A lo largo de la investigación, se ha venido analizando cuestiones entorno a la vulneración del derecho del acreedor preferente y al remate judicial por embargo, buscando describir la realidad social y jurídica imperante que padece el acreedor hipotecario en nuestro país -a través del análisis documental de investigaciones jurídicas, normas legales, resoluciones judiciales, doctrinas jurídicas respecto al tema de investigación; así como la realización de entrevistas a diversas entidades financieras en calidad de acreedores hipotecarios-, para conocer la realidad por la que atraviesan dichos acreedores, una realidad que, en cuanto a la tutela del derecho del acreedor hipotecario se refiere, posee diversos aspectos negativos.

En este acápite de la investigación, procederemos a exponer de manera concreta los resultados del estudio; a partir de las entrevistas realizadas a diez acreedores financieros de seis entidades financieras, donde se advierte la realidad jurídica social que atraviesan los acreedores, en relación a la vulneración del derecho del acreedor hipotecario frente al remate judicial por embargo, a través de gráficos correspondientes, para posteriormente realizar la contratación respectiva.

Es necesario precisar, que en la entrevista no se consignan datos personales de los entrevistados, ni de las entidades financieras, esto a razón de que, los entrevistados en su calidad de gestores judiciales, son responsables del resultado de los procesos que les designa la entidad, por lo que, al consignar estos datos, se estarían viendo afectados.



### **3.1 ANÁLISIS DE LOS HALLAZGOS**

A lo largo de la investigación se plantearon diversas posiciones respecto a la vulneración de derecho del acreedor hipotecario, asimismo se analizó la normativa vigente, jurisprudencia, doctrina, debates, plenos que están inmersos en la investigación, así como la entrevista que aportó de manera trascendental en el estudio, de acuerdo a lo investigado y con los resultados obtenidos, ahora corresponde consolidar el estudio mediante el análisis de los hallazgos, para lo cual se ha convenido analizarlos en referencia a los objetivos planteados inicialmente.

#### **3.1.1 DESARROLLO DEL OBJETIVO GENERAL**

El principal objetivo del presente estudio, es demostrar la existencia de la vulneración del derecho acreedor hipotecario preferente al permitir el remate del bien sin tener en cuenta la hipoteca, que descubierta su acreencia, producto de un embargo judicial del inmueble en otro distrito judicial y juzgado (objetivo general), en ese marco, la hipótesis planteada señala que existe vulneración del derecho del acreedor hipotecario preferente al permitir el remate del bien sin tener en cuenta la hipoteca que descubierta su acreencia, producto de un embargo judicial del inmueble en otro distrito judicial y juzgado.

En ese sentido, cabe destacar que el estudio desarrollado acredita de manera taxativa la existencia de vulneración del derecho del acreedor hipotecario, en efecto se confirma la hipótesis planteada inicialmente, hipótesis que se puede acreditar a través de los diversos plenos que se fueron realizando a lo largo de los años sobre esta problemática, en busca de encontrar soluciones acordes a la realidad, soluciones que como sean demostrado, no son las más adecuadas para la realidad jurídico social del acreedor hipotecario; por otro lado tomando en cuenta la entrevista realizada a las entidades financieras de la ciudad del Cusco en calidad de acreedores hipotecarios,



pudo evidenciarse que, efectivamente sea vulnerado el derecho del acreedor hipotecario, en razón a que las hipotecas que si bien garantizaban el derecho del acreedor hipotecario, están siendo perjudicadas, en ese sentido aunque esta financiera no se vio afectada particularmente por la problemática, porque como acreedores hipotecarios están constantemente pendientes del estado de los bienes que garantizan sus hipotecas, a fin de evitar que situaciones como las desarrolladas en el estudio afecten su derecho; pero si conocen casos donde entidades financieras sean visto afectadas porque en la vía judicial sean permitido remates judiciales de bienes inmuebles (productos de embargos) que tenían una hipoteca anterior, donde entidades financieras (acreedores hipotecarios) no toman conocimiento de ello, sino hasta después del remate, situación que vulnera el derecho de preferencia, y persecución, que es otorgado al acreedor hipotecario, por poseer un derecho real de garantía; también coinciden con los argumentos analizados en la investigación, brindados por doctrinarios, así como opiniones de teóricos que concuerdan en la existencia de dicha vulneración.

De esta forma, queda claro que, en el presente estudio, evidentemente sea confirmado la hipótesis general sobre esta problemática, situación que debe cambiar en gran medida para salvaguardar el derecho del acreedor hipotecario.

### **3.1.2 DESARROLLO DEL OBJETIVO ESPECÍFICO I**

Respecto al primer objetivo específico, que pretende demostrar la necesidad de establecer medidas legales dentro de nuestro ordenamiento jurídico (emisión, modificación y derogación de Leyes) para garantizar el derecho del acreedor hipotecario frente a situaciones jurídicas de desventaja que ha permitido el ordenamiento jurídico, y tomando en cuenta la hipótesis que determina que existe la necesidad de establecer medidas legales dentro de nuestro ordenamiento



jurídico (emisión, modificación y derogación de Leyes), para garantizar el derecho del acreedor hipotecario frente a situaciones jurídicas de desventaja que ha permitido el ordenamiento jurídico; es que podemos afirmar que sea logrado alcanzar el primer objetivo específico, como confirmar la hipótesis del mismo, en virtud a que tanto la respuesta obtenida de la entrevista, así como los plenos desarrollados en el estudio y el análisis por teóricos especialistas en la materia, coinciden en que es necesario establecer medidas legales, a fin de finiquitar esta situación de desventaja por la que atraviesa el acreedor hipotecario preferente.

Respecto a la entrevista, las entidades financieras como acreedores hipotecarios, concuerda en que es necesario establecer medidas legales, ya que de esta forma se permitirá proteger el ejercicio pleno, oportuno y preferente del acreedor hipotecario, por lo que si se concreta la propuesta se podría garantizar la ejecución del bien a favor del acreedor hipotecario y, sobre todo se protegerá plenamente el derecho preferente de dicho acreedor,

Por otra parte, en el ámbito jurisprudencial, los plenos distritales analizados en la investigación, también consideran necesario establecer medidas legales, cabe destacar que la respuesta por parte de los plenos, como medio de solución, no parece la más adecuada; el pleno propuso el empleo de las medidas cautelares de anotación de demanda, que, si bien atienden a la reducción del riesgo de incobrabilidad, no atienden a la satisfacción del derecho de crédito del acreedor hipotecario. Por tanto, las decisiones del pleno no representan un cambio trascendental en la práctica judicial; ya que pretender solucionar el problema a través de una medida cautelar de anotación de demanda, efectuada por un acreedor que ya tiene como garantía una hipoteca sobre el mismo bien – que además deviene en excesivo e inconcebible- es volver a un punto de partida equivocado, ya que tal medida resulta extrema, por configurar esquemas procesales fuera del marco regular de un proceso de ejecución de garantía real, por cuanto no todos los juzgadores



estarían de acuerdo en considerar esta medida, por otra parte la medida cautelar de anotación de demanda posee un fin meramente publicístico, en la que prevalece prioritariamente la finalidad abstracta sobre la concreta.

Finalmente es preciso comentar que en la implementación de las medidas legales que se debe realizar en nuestro ordenamiento, se debe considerar la actual realidad jurídico social, puesto que la presente norma no contempló este ámbito, por lo que, ante esta situación, deviene en infructuosa, ya que no solamente debe estar de acorde con la realidad jurídica, sino que -talvez en mayor medida-, con la realidad social, donde se pretenda salvaguardar el derecho del acreedor hipotecario.

### **3.1.3 DESARROLLO DEL OBJETIVO ESPECÍFICO II**

Para concluir con el estudio, se decidió considerar un segundo objetivo específico, cuyo propósito es demostrar que el permitir que en otro juzgado y distrito judicial se remate el bien, atenta contra la seguridad jurídica que ofrece la hipoteca como garantía real. En consecuencia la hipótesis es que, permitir que en otro juzgado y distrito judicial se remate el bien, atenta contra la seguridad jurídica que ofrece la hipoteca como garantía real; puesto que la hipoteca otorga al acreedor hipotecario, el estado de ser merecedor de seguridad, y garantía de su acreencia, en efecto el acreedor hipotecario se siente seguro de satisfacer su crédito, ya que mediante la hipoteca deja de ser un simple crédito personal y se convierte en crédito hipotecario real, que atiende a coberturar sin duda alguna, la totalidad del crédito; sin embargo la presente situación desdibuja la seguridad jurídica que ofrece la hipoteca, produciendo un efecto contraproducente, generando inseguridad jurídica en cuanto a la efectividad y eficacia de las decisiones judiciales y en el campo de aplicación previsible que poseía antes la hipoteca como garantía real por excelencia; como



consecuencia de esta inseguridad se estaría creando un clima de inestabilidad jurídica, llegando incluso a ahuyentar a capitales extranjeros.

En esa misma línea a lo largo de la investigación se han planteado diversos argumentos propios, así como de diversos teóricos que demuestran que la presente problemática, atenta contra la seguridad jurídica que ofrece la hipoteca como derecho real de garantía; respecto a la entrevista realizada a las entidades financieras de la ciudad del cusco, concuerdan con que indudablemente se estaría atentando contra la seguridad jurídica; pero en menor grado en comparación con la tutela jurisdiccional efectiva que no obtuvo el acreedor hipotecario.

Tomando en consideración los puntos desarrollados, y siendo coherentes con la situación que padece el acreedor hipotecario preferente, podemos afirmar que efectivamente sea logrado concretar el segundo objetivo específico y confirmar su respectiva hipótesis.

### **3.2 DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN TEÓRICA DE LOS HALLAZGOS**

En este acápite, se realizará una contrastación considerando los resultados obtenidos en la investigación, en principio, a través de los resultados podemos comprobar que indudablemente las hipótesis planteadas devienen en válidas, en razón a que tanto en las entrevistas, como en las opiniones de diversos teóricos especialistas en la materia, y mediante lo abordado por los plenos distritales, confirman las hipótesis, ya que todos denotan una clara vulneración del derecho del acreedor hipotecario preferente al permitir el remate del bien sin tener en cuenta la hipoteca que descubierta su acreencia, producto de un embargo judicial del inmueble en otro distrito judicial y juzgado; y es que me atrevería a decir, que nuestra actual normativa permite que se lleve a cabo situaciones como esta, sin tomar en consideración que en muchos casos la realidad en la que están inmersos los justiciables superan el derecho.



Respecto a la necesidad de establecer medidas legales para superar esta situación, podemos asegurar que dicho objetivo se efectuó de manera positiva en la investigación, pues todas nuestras unidades de estudio lo corroboran, por tanto, vale decir que esta posición debe ser tomada en cuenta por la urgencia de salvaguardar el derecho del acreedor hipotecario preferente

Por otra parte, a través del análisis documental y mediante el resultado de las entrevistas, nos permiten comprobar que la presente problemática atenta contra la seguridad jurídica, ya que acaece en detrimento de la seguridad que ofrece la hipoteca como garantía real, por lo que las deficiencias de la norma, desdibujan la figura de la hipoteca, provocando de esta manera que los procesos judiciales no obtengan el bien que le es propio a su derecho.





## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** Existe una evidente vulneración del derecho del acreedor hipotecario, al permitir el remate del bien (producto de un embargo judicial) sin tener en cuenta la hipoteca; en tanto la garantía que ofrecía la hipoteca resulta siendo ineficaz e infructuosa, al no dotar de seguridad al acreedor hipotecario, por encima del deudor y terceros adquirientes del bien hipotecado; a pesar de estar respaldada por un título inscrito en registros públicos, de esta forma no supera la situación problemática que aqueja al acreedor hipotecario; lo que influirá en la efectividad y eficacia de las decisiones judiciales y en el campo de aplicación previsible que poseía la hipoteca, incidiendo en la estabilidad de crédito futuros, creando un clima de inestabilidad jurídica.

**SEGUNDA:** La hipoteca por ser un derecho real, es oponible *erga omnes*, es decir no sólo contra terceros que de manera ilícita ocasionen un detrimento en el bien hipotecado, sino esencialmente contra los terceros que de forma lícita lo obtengan en todo o en parte, y frente a los acreedores menores en grado o posteriores en el tiempo que quieran satisfacer sus créditos con su ejecución coactiva (prelación o privilegio); la eficacia de la hipoteca está motivada por la división del rango preferente y por razones de certeza y seguridad en el tráfico jurídico, que condicionan su efectividad respecto a su publicidad registral.

**TERCERA:** Existe la necesidad de establecer medidas legales que eviten que se siga vulnerando el derecho del acreedor hipotecario, en la medida en que se soslaye la situación de desventaja que atraviesa el acreedor hipotecario, para que el riesgo de que sea levantada o cancelada la hipoteca desaparezca, y de esta forma se logre asegurar la vigencia y eficacia de la hipoteca que sustenta dicha pretensión., de este modo se asegura la garantía, y con ello se asegura la pretensión



## RECOMENDACIONES

**PRIMERA:** Se recomienda que el estudio siga siendo analizado, a fin de encontrar la solución más adecuada, para evitar que se vulnere el derecho del acreedor hipotecario; que permitió nuestro ordenamiento jurídico, considerando que a pesar de que la problemática de esta investigación fue objeto de debates jurídicos y plenos, no encontraron una propuesta adecuada para el problema en cuestión, por lo que resulta necesario que la presente investigación siga siendo estudiada.

**SEGUNDA:** Para establecer medidas legales que eviten la situación de desventaja por la que atraviesa el acreedor hipotecario, se recomienda considerar la actual realidad jurídico social, ya que la solución que se esboce, no solamente debe estar acorde con la realidad jurídica, sino que - quizás en mayor medida-, con la realidad social, donde se pretenda salvaguardar el derecho del acreedor hipotecario. En vista de que, como se ha evidenciado en la investigación, la funesta realidad por la que atraviesa el acreedor hipotecario, no solo se enfrenta al estado de insolvencia por parte del deudor sino también al fraude que pudiere existir entre el deudor y el nuevo acreedor, de rango inferior, para de esta forma lograr levantar la hipoteca y defraudar el crédito del acreedor hipotecario.

**TERCERA:** La seguridad jurídica, que es, uno de los principios fundamentales que otorga la hipoteca como derecho de garantía real, debería ser propugnada seriamente, en vista de que la situación problemática en cuestión atenta contra este principio, ya que la seguridad jurídica permite predecir las conductas de las personas y especialmente la del estado, por lo que es de vital importancia para la sociedad; por esta razón se recomienda que sea propugnada de manera urgente.



## BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi Imas, L. (2016). *La hipoteca y sus características en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Argentina: An. de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales .
- Amoros, M., & Chico, M. (1990). *Comentarios al código civil y Compilaciones forestales*. Madrid.
- Ariano Deho, E. (2012). *Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Arias-Schreiber Pezet, M. (2006). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Arqueros Lázaro, M. S. (2020). *Seguridad jurídica registral debilitada en los embargos inscritos como consecuencia del sistema consensual de transferencia inmobiliaria*. Trujillo.
- Becerra Díaz, D. R. (2017). *La vulneración del derecho de propiedad debido a la inapropiada seguridad jurídica registral*. Lima.
- Benavides. (2011). *Extención de la hipoteca en cuanto al crédito*. Lima: En W. Gutiérrez y M. Muro. Gaceta Jurídica.
- Bigio Chrem, J. (1991). Reflexiones en relación a la hipoteca en el Código civil de 1984. *Derecho PUCP*, 45.
- Bravo de Mansilla, G. (1997). *Derecho o carga real: Naturaleza jurídica de la hipoteca (tesis doctoral)*. Sevilla.
- Cárdenas, B. (2010). *El Principio de la Fe Pública Registral*. Lima: Libertad.
- Carrasco Chugnas, J. (2013). *La naturaleza jurídica del embargo en forma de inscripción y su implicancia en el derecho real de propiedad (tesis de pregrado)*. Cajamarca.
- Cfc Burdese, A. (1977). *Considerazione in tema di diritti reali*. República Dominicana del Congo.
- Cfr. Carrasco, A. (2008). *Tratado de los derechos de Garantía*. España: Aranzandi.
- Coca Guzmán, R. (4 de Enero de 2021). *Lp. Pasión por el derecho*. Obtenido de <https://lpderecho.pe/principio-prioridad-preferente-excluyente-registral-derecho-civil/>
- Código Civil Peruano*. (1984).
- Código Procesal Civil Peruano*. (1992).



- Couture, E. (1976). *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires: Depalma.
- Cuadros Villena, C. F. (1996). *Derechos Reales*. Lima: Fecat.
- Davis Echandia, H. (1984). *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Universidad.
- Deho Eugenia, A. (2014). *Estudios sobre la tutela cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Del Risco Sotil, L. F. (2014). La coberura y Vigencia extraordinaria de la hipoteca sávana. *Themis*, 66.
- Derruppe, J. (1952). *La natura juridique du droit du preneur á bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*. París.
- Di Yorio, A. (1985). *Temas de derecho procesal*. Buenos Aires: Depalma.
- Eichler, H. (1954). *Institutionem des Sachenrechts*. Berlín.
- Enrique Varsi Rospiglosi & Marco Torres Maldonado. (2019). Propiedad y Derechos Reales Analisis Jurídico. En *Gaceta Civil & Procesal Civil* (págs. 159-174). Lima.
- Ferrandis Vilella, J. (1960). Introducción al estudio de los derechos reales de garantía. *Boletín oficial del estado BOE*, 37-62.
- Gonzales, G., & Álvarez, J. (2014). . *Embargo, tercería de propiedad y remate judiciales de inmuebles*. Lima: Jurista.
- Hinostroza Mingue, A. (2002). *El embargo y otras medidas cautelares*. Lima: San Marcos.
- Hurtado, M. (2014). En búsqueda de la tutela perdida en los procesos de ejecución de hipoteca: Apuntes iniciales. En C. (. Montoya, *Las Garantías Reales Gaceta Civil & procesal civil* (págs. 51-70). Lima: El Búho.
- Ledesma Navaéz, M. (2014). La tutela cautelar en el proceso civil. En J. Avendaño Valdez, J. Monroy Gálvez, & F. Osterling Parodi, *Gaceta Civil y procesal civil: La procedencia del cambio de nombre* (págs. 225-234). Lima: El Búho .
- Legal Information Institute*. (1992). Obtenido de [https://www.law.cornell.edu/wex/es/derecho\\_hipotecario#:~:text=El%20acreedor%20hipotecario%2C%20comunmente%20una,intereses%20y%20el%20monto%20prestado](https://www.law.cornell.edu/wex/es/derecho_hipotecario#:~:text=El%20acreedor%20hipotecario%2C%20comunmente%20una,intereses%20y%20el%20monto%20prestado).
- Ley 26639. (1996). *Artículo 3*.
- Manzano Solano, A. (1994). *Derecho registral inmobiliario para iniciación y uso de universitarios*. España: Centro de estudios registrales de españa.



- Martel Chang, R. (2013). La tutela cautelar como garantía de la vigencia de la hipoteca en los procesos de ejecución. En J. Avendaño Valdez, J. Monroy Gálvez, & F. Osterling Parodi, *La filiación: cambios normativos y reciente desarrollo jurisprudencial* (págs. 255-267). Lima: Gaceta Jurídica.
- Monroy Galvez, J. (1987). *Temas de proceso civil*. Lima: Studium.
- Montel, A. (1939). *Ancora sulla natura giuridica delle garanzie reali*.
- Montero Aroca, J., & Flors Maties, J. (2004). *Tratado de proceso de ejecución civil*. Valencia.
- Morello, A. M. (2001). *La eficacia del proceso*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Muro, A. (1999). *Manual de derechos reales de garantía*. Lima: Zes.
- Musto, N. (2000). *Derechos Reales*. Buenos Aires: Astrea.
- Oropeza Barbosa, A. (2013). *La seguridad jurídica en el campo del Derecho Privado*. Lima: El Búho.
- Papaño, R.; Kiper, c. & Dillón, G. (2004). *Derechos Reales* (Vol. Vol. 1). Buenos Aires: Astrea.
- Peláez Bardales, M. (2008). *Medidas cautelares en el proceso civil*. Lima: Grijley.
- Puma, A. (1960). *Considerazioni sulla natura reale dell'ipoteca*. Italia.
- Revilla Vilca, K. D. (2017). *Tesis de Grado: La seguridad jurídica en los remates judiciales desarrollados en el Poder Judicial en los años 2014 al 2015*. Lima.
- Rigaud, L. (1928). *El derecho real. Historia y teorías. Su origen institucional*. Madrid.
- Roca Sastre, R. (1968). *Derecho Hipotecario*. Barcelona.
- Rodríguez Otero, L. (2011). *Elementos del Derecho hipotecario ajustados al programa de notarias*. España: Bosch.
- Ronquillo Pascual, J. (2015). *Tercería de Propiedad contra embargo e hipoteca* (1era ed.). Lima: El Búho.
- Rubino, D. (1956). *L'ipoteca immobiliare e mobiliare, en trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milán: Cicu-Messineo.
- Rubio Correa, M. (2006). *El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: PUCP.
- Servat Adua, J. (1948). Derechos reales y pactos de trascendencia real. *RCDI*., 755-759.



Siguas Rivas, J. (2014). La caducidad registral de las medidas cautelares de embargo en forma de inscripción y de las hipotecas. *Vox Juris*, 228-237.

Torres Manrique, F. J. (2007). *Principios Registrales*. Lima.

Vallet de Goytisolo, J. (1984). *Estudios sobre garantías reales*. Madrid.

Vergara Gotelli, J. F. (1900). Embargos y demandas verosíblemente acreditadas. *Asociación civil Derecho y Sociedad*, 11-13.



## ANEXOS

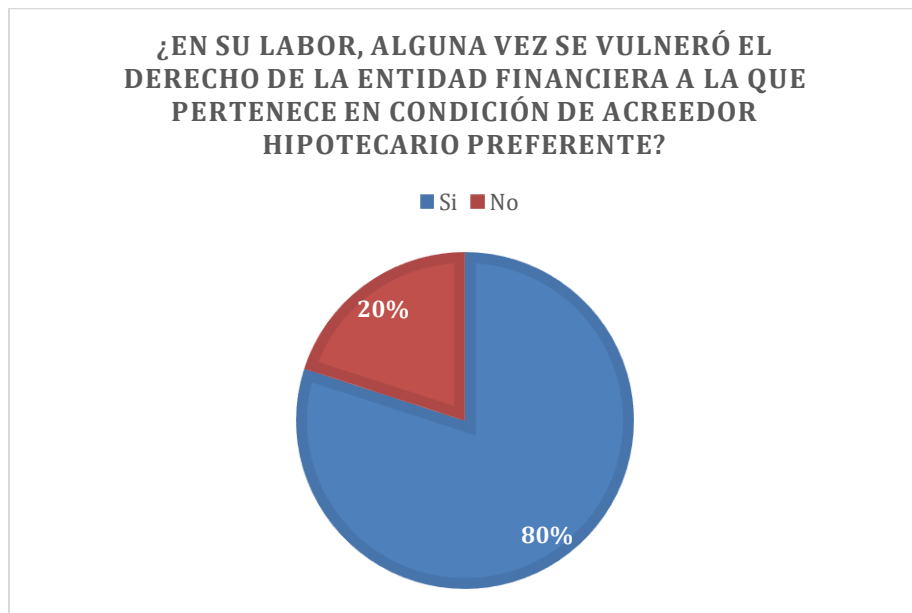
### RESULTADOS DEL ESTUDIO

#### Ejecución de la entrevista:

Se ha realizado, en el presente estudio entrevistas a diez acreedores hipotecarios de seis entidades financieras, se consideró que las financieras en calidad de acreedores hipotecarios, son los más idóneos, para contribuir con esta investigación, a través de datos referidos a la vulneración del derecho del acreedor hipotecario, al embargo y remate judicial. finalmente se arribaron a los siguientes resultados:

#### Resultados de la entrevista:

Figura 1



**Fuente:** Acreedores hipotecarios de entidades financieras.

**Elaboración:** Propia

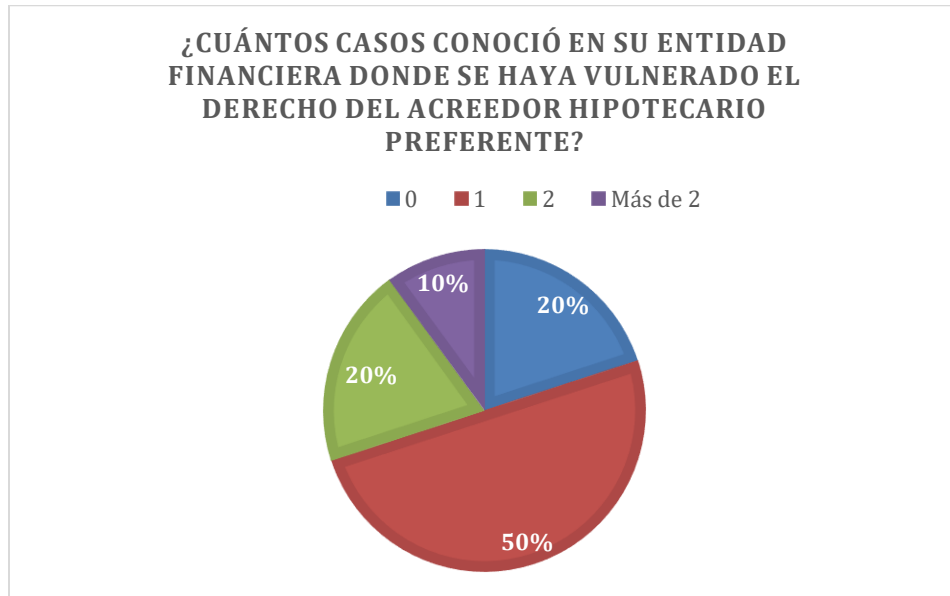


### Interpretación:

De la entrevista realizada a 10 acreedores hipotecarios, solo al 20%, no se le vulneró su derecho como acreedor hipotecario porque pudieron efectuar a tiempo su derecho, pero más de la mayoría, que representa el 80% de los entrevistados si se les vulneró el derecho como acreedores hipotecarios.

Por lo que, mediante la información comprendida en el gráfico, podemos afirmar que a los acreedores entrevistados se les vulneró el derecho de acreedor hipotecario, información que más adelante será analizada, discutida y contrastada.

**Figura 2**



**Fuente:** Acreedores hipotecarios de entidades financieras.

**Elaboración:** Propia



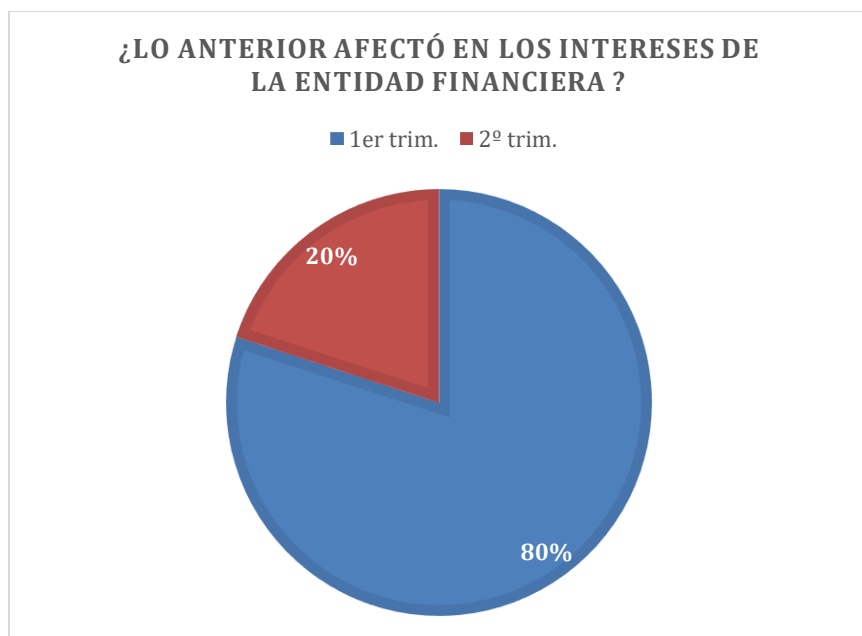


### Interpretación:

De 10 acreedores hipotecarios entrevistados, el 10% conoció más de dos casos donde se vulneró el derecho como acreedor hipotecario de su entidad, el 50 % solo un caso, mientras que el 20% conoció dos casos de este tipo de vulneración, y el otro 20% restante, no conoció ninguno.

En esa línea, la preguntada realizada tiene por objeto, conocer con qué frecuencia se viene vulnerando el derecho del acreedor hipotecario.

**Figura 3**



**Fuente:** Acreedores hipotecarios de entidades financieras.

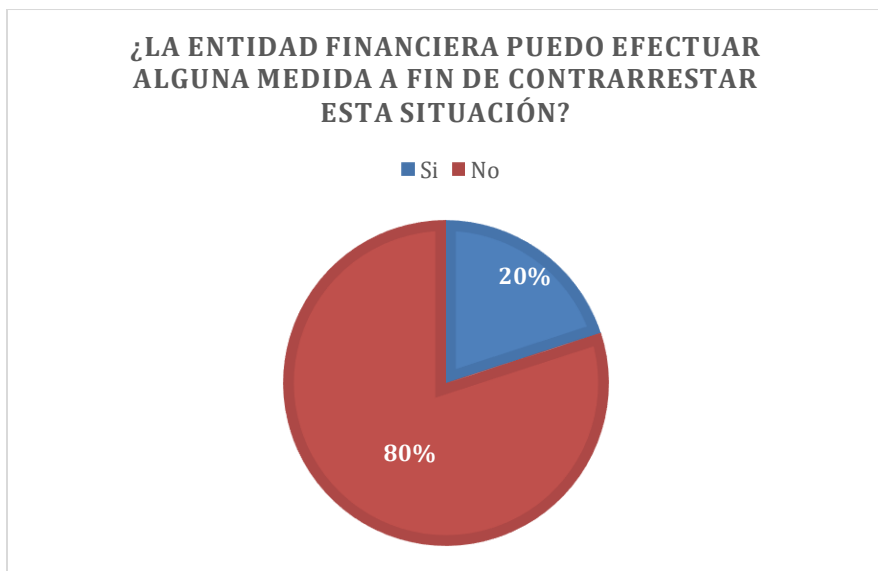
**Elaboración:** Propia



### Interpretación:

Esta interrogante pretendía conocer si el acreedor hipotecario debido a la problemática del presente estudio, resulta ciertamente afectado, tal como advierte el gráfico, indudablemente el acreedor hipotecario resulta afectado por el remate judicial que descubre su crédito representado por el 80% de los entrevistados, atendiendo a la presente situación, está de más decir que merece ser tratada de manera urgente; solo a un 20% no tuvo afección porque conocieron oportunamente el embargo sobre el mismo bien que garantizaba su hipoteca.

**Figura 4**



**Fuente:** Acreedores hipotecarios de entidades financieras.

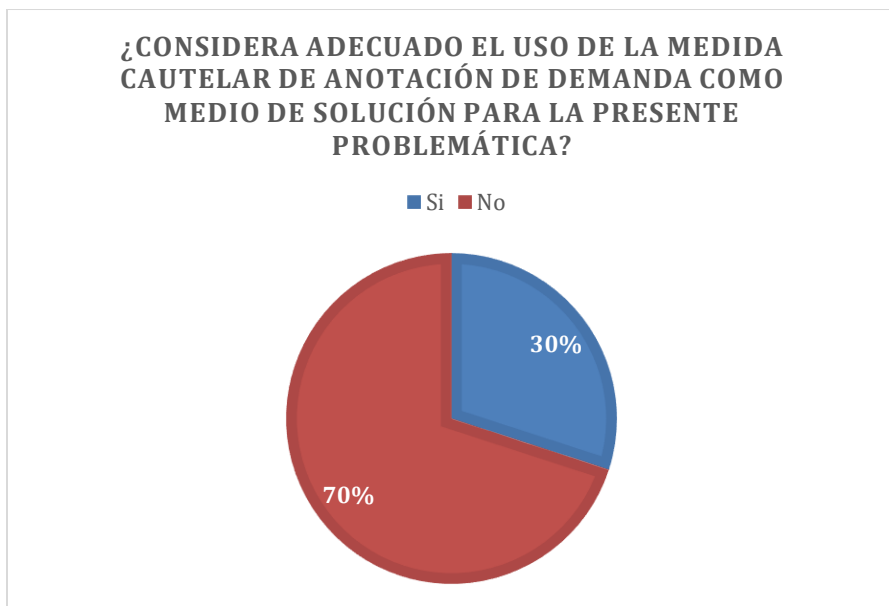
**Elaboración:** Propia



### Interpretación:

En el ámbito jurisprudencial, se presentaron casos en los que los acreedores hipotecarios, a pesar de intentar efectuar su derecho de acción, antes del remate judicial del bien, no pudieron satisfacerlo; es la razón de la presente interrogante, a fin de conocer si los acreedores hipotecarios pudieron efectuar oportunamente su derecho. Los resultados indican que, el 80% no pudo efectuar ninguna medida para contrarrestar esta situación, en algunos casos en razón a que el bien ya había sido rematado en otro juzgado y distrito judicial.

**Figura 5**



**Fuente:** Acreedores hipotecarios de entidades financieras.

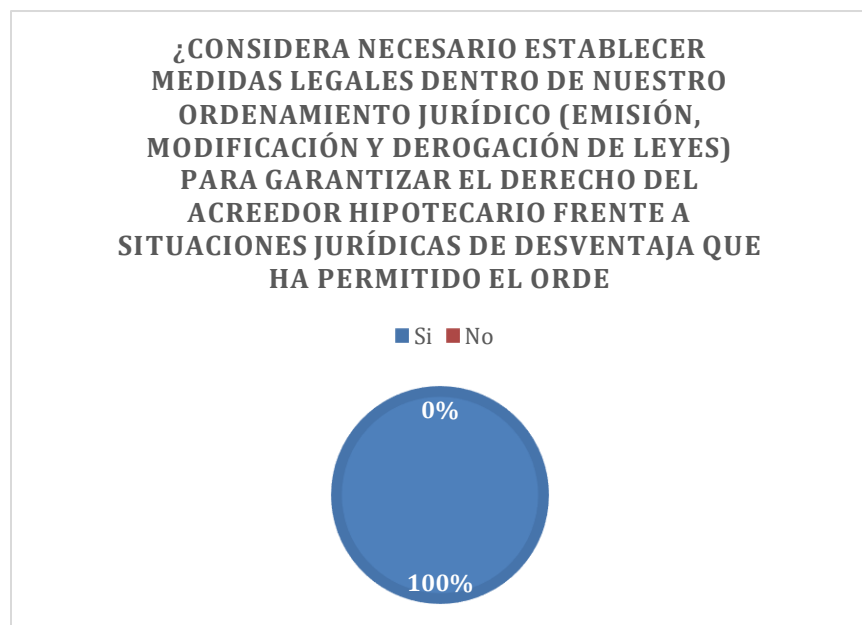
**Elaboración:** Propia



### Interpretación:

Es necesario enfatizar a que la medida cautelar de anotación de demanda está facultada meramente a dar publicidad, mas no imposibilitar el remate judicial del bien que mantiene una hipoteca anterior; en esa línea el 70 % de entrevistados, considera inadecuada el uso de esta medida como solución para la presente problemática, sin embargo, un 30% considera idónea el uso de la misma, como medio de reducción del riesgo de incobrabilidad por el que atraviesa el acreedor hipotecario.

**Figura 6**



**Fuente:** Acreedores hipotecarios de entidades financieras.

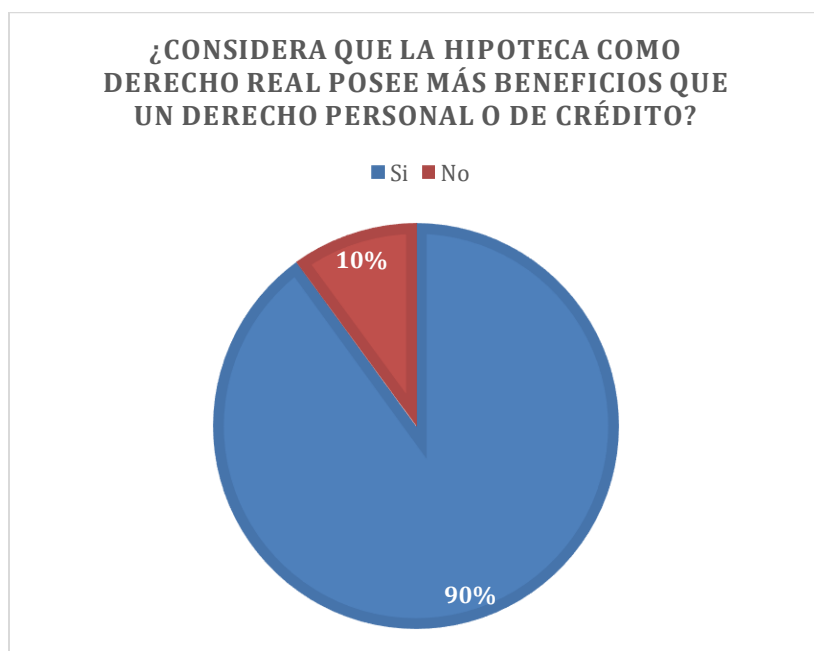
**Elaboración:** Propia



### Interpretación:

De los 10 entrevistados, el 100% concuerda en que es necesario establecer medidas legales que garanticen el derecho del acreedor hipotecario, ya que de esta forma se permitirá proteger el ejercicio pleno, oportuno y preferente del acreedor hipotecario

**Figura 7**



**Fuente:** Acreedores hipotecarios de entidades financieras.

**Elaboración:** Propia

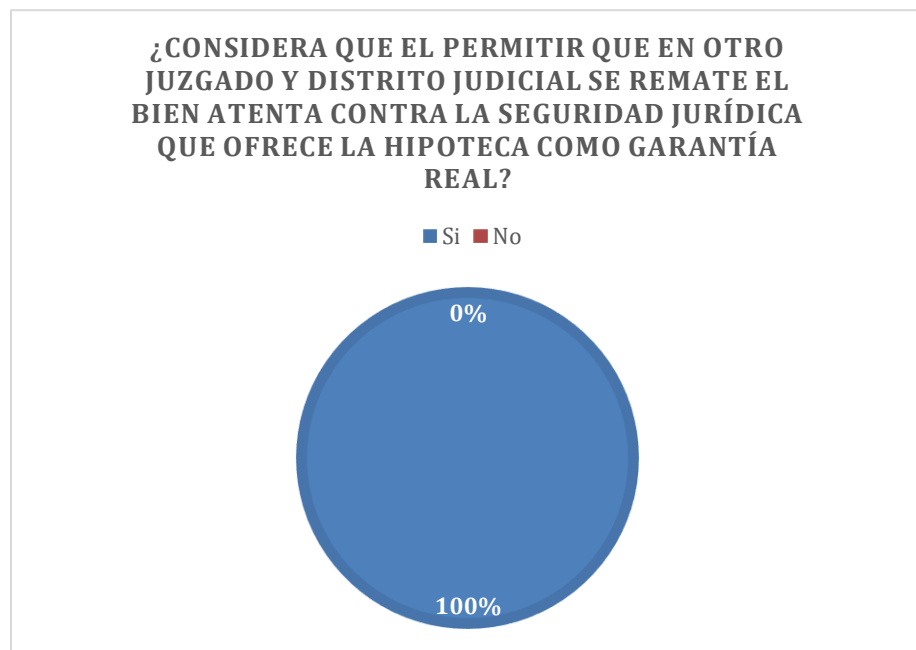


### Interpretación:

La mayor parte de los entrevistados, consideran que el derecho real posee más beneficios que el personal, ya que consideran que el derecho real prevalecerá por tener la potestad persecutoria y por gozar de la oponibilidad erga omnes; se realizó la siguiente interrogante, pues como se expresó a lo largo de la investigación se consideró dentro del marco del derecho personal o de crédito al embargo en forma de inscripción, por otro lado la hipoteca es un derecho real por excelencia; por lo que es necesario precisar cuál de ellos posee mayor ventaja, en vista de que la presente problemática enfrenta ambos derechos.

Del grafico podemos afirmar que el 80% considera que la hipoteca posee mas beneficios que un derecho real, y solo 10% que no.

**Figura 8**



**Fuente:** Acreedores hipotecarios de entidades financieras.



**Elaboración:** Propia

**Interpretación:**

La seguridad jurídica que posee la hipoteca como derecho real de garantía, es indiscutible; ya que el acreedor hipotecario puede garantizar su acreencia mediante la ejecución de un bien; y por consiguiente su derecho, sin embargo, esta seguridad jurídica en la situación analizada en la investigación, parece ilusoria, ya que como se evidencia en la entrevista, el 100% de los entrevistados, considera que, dicha situación atenta contra la seguridad jurídica que otorga la hipoteca.



**GUÍA SEMIESTRUCTURADA DE LA ENTREVISTA REALIZADA A  
ACREEDORES HIPOTECARIOS DE ENTIDADES FINANCIERAS**

**Consentimiento informado:**

La entrevista a realizar está orientada a contribuir con la investigación de tesis de la alumna Kelly Paola Tamata Rojas, para optar título de abogado de la Universidad Andina del Cusco, dicho estudio se titula “LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO PREFERENTE FRENTE AL REMATE JUDICIAL POR EMBARGO”, que tiene por objetivo demostrar que existe vulneración del acreedor hipotecario

**Dirigido:**

**Tiempo de duración de la entrevista:** Entre 20 a 25 minutos

**Fecha de entrevista:** 10 de mayo de 2021

**Recursos:** La guía de la entrevista, grabadora y apuntes

**Datos Generales:**

**Nombre y Apellido:** .....

**Cargo:** .....

**Tiempo que labora en la Institución (años/meses)**

.....

*Objetivo general: Demostrar que existe vulneración del acreedor hipotecario preferente al permitir el remate del bien sin tener en cuenta la hipoteca, que descubierta su acreencia, producto de un embargo judicial del inmueble en otro distrito judicial y juzgado.*





¿En su labor, alguna vez se vulneró el derecho de acreedor hipotecario de la entidad financiera a la que pertenece en condición de acreedor hipotecario preferente?	
¿Cuántos casos conoció en su entidad financiera donde se haya vulnerado el derecho del acreedor hipotecario preferente?	
¿Lo anterior afectó en los intereses de la entidad financiera?	
¿La entidad financiera puede efectuar alguna medida a fin de contrarrestar esta situación?	

*Objetivo específico 1: Demostrar la necesidad de establecer medidas legales dentro de nuestro ordenamiento jurídico (emisión, modificación y derogación de Leyes) para garantizar el derecho del acreedor hipotecario frente a situaciones jurídicas de desventaja que ha permitido el ordenamiento jurídico.*



<p>¿Considera adecuado el uso de la medida cautelar de anotación de demanda como medio de solución para la presente problemática?</p>	
<p>¿Considera necesario establecer medidas legales dentro de nuestro ordenamiento jurídico (emisión, modificación y derogación de Leyes) para garantizar el derecho del acreedor hipotecario frente a situaciones jurídicas de desventaja que ha permitido el ordenamiento jurídico</p>	

*Objetivo específico 2: Demostrar que el permitir que en otro juzgado y distrito judicial se remate el bien, atenta contra la seguridad jurídica que ofrece la hipoteca como garantía real.*

<p>¿Considera que la hipoteca como derecho real posee más beneficios que un derecho personal o de crédito?</p>	
--	--



¿Considera que el permitir que en otro juzgado y distrito judicial se remate el bien, atenta contra la seguridad jurídica que ofrece la hipoteca como garantía real?



**CUESTIONARIO DE ENTREVISTA REALIZADA A LAS ENTIDADES  
FINANCIERAS EN CONDICIÓN DE ACREEDORES HIPOTECARIOS**

**Consentimiento informado:**

La entrevista a realizar está orientada a contribuir con la investigación de tesis de la alumna Kelly Paola Tamata Rojas, para optar título de abogado de la Universidad Andina del Cusco, dicho estudio se titula “LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO PREFERENTE FRENTE AL REMATE JUDICIAL POR EMBARGO”, que tiene por objetivo demostrar que existe vulneración del acreedor hipotecario preferente al permitir el remate del bien sin tener en cuenta la hipoteca. Por ello, la información proporcionada será únicamente para uso académico.

**Datos Generales:**

Nombre y Apellido: .....

Cargo: .....

Tiempo que trabaja en la institución (meses/años) .....

**Cuestionamiento concerniente a la investigación:**

1.- ¿En su labor, alguna vez se vulneró el derecho de acreedor hipotecario de la entidad financiera a la que pertenece en condición de acreedor hipotecario preferente?

Si: \_\_\_\_ No: \_\_\_\_

Comente:

-----  
-----



-----  
-----

2.- ¿Cuántos casos conoció en su entidad financiera donde se haya vulnerado el derecho del acreedor hipotecario preferente?

-----

3.- ¿Lo anterior afectó en los intereses de la entidad financiera?

-----  
-----  
-----  
-----

4.- ¿La entidad financiera puede efectuar alguna medida a fin de contrarrestar esta situación?

-----  
-----  
-----  
-----  
-----

5.- ¿Considera adecuado el uso de la medida cautelar de anotación de demanda como medio de solución para la presente problemática?



---

---

6.- ¿Considera necesario establecer medidas legales dentro de nuestro ordenamiento jurídico (emisión, modificación y derogación de Leyes) para garantizar el derecho del acreedor hipotecario frente a situaciones jurídicas de desventaja que ha permitido el ordenamiento jurídico?

---

---

---

---

7.- ¿Considera que la hipoteca como derecho real posee más beneficios que un derecho personal o de crédito?

---

---

---

8.- ¿Considera que el permitir que en otro juzgado y distrito judicial se remate el bien, atenta contra la seguridad jurídica que ofrece la hipoteca como garantía real?

---

---



**MATRIZ DE CONSISTENCIA**

PROBLEMA PRINCIPAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS	VARIABLES DE ESTUDIO	METODOLOGÍA
¿Existe vulneración del derecho del acreedor hipotecario preferente al permitir el remate del bien sin tener en cuenta la hipoteca que descubierta su acreencia, producto de un embargo	Demostrar que existe vulneración del acreedor hipotecario preferente al permitir el remate del bien sin tener en cuenta la hipoteca, que descubierta su acreencia,	Existe vulneración del derecho del acreedor hipotecario preferente al permitir el remate del bien sin tener en cuenta la hipoteca que descubierta su acreencia, producto de	CATEGORIA 1°  Vulneración del derecho del acreedor hipotecario preferente	TIPO DE ESTUDIO  Empírica Propositiva: puesto que se basa en el estudio de la norma jurídica en relación con la realidad o entorno social; en ese sentido este tipo de investigación está orientada al estudio de “la eficacia de la



judicial del inmueble en otro distrito judicial y juzgado?	producto de un embargo judicial del inmueble en otro distrito judicial y juzgado.	un embargo judicial del inmueble en otro distrito judicial y juzgado	CATEGORÍA 2° Remate judicial por embargo	norma, la realidad sociojurídica y las fuentes materiales del derecho”) y a su vez es propositiva porque en la investigación se formula una propuesta de modificación de una norma jurídica.
--	---	--	---	--





## PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 610 Y 637 DEL CÓDIGO

### PROCESAL CIVIL

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 610 Y 637 DEL CODIGO PROCESAL CIVIL

Modifíquese los artículos 610 y 637 del Código Procesal Civil, en los términos siguientes:

TITULO IV

PROCESO CAUTELAR

Capítulo I

Medidas Cautelares

Requisitos de la solicitud. -

Artículo 610.- El que pide la medida debe:

1. Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar;
2. Señalar la forma de ésta;



3. Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida, adjuntar el certificado de cargas y gravámenes de los mismos, y el monto de su afectación;
4. Ofrecer contracautela; y
5. Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal.

“Artículo 637.- Trámite de la medida

La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.

Si se tratase de un bien que posee gravámenes, el juez de oficio deberá notificar a los terceros que pudiesen ser afectados por esta medida.

Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco (5) días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida.

De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo.”