

# Proceso de Ejecución de Garantía Hipotecaria ¿La Cobertura de la Hipoteca tiene como Límite al Monto del Gravamen?

Martín Alejandro Hurtado Reyes\*

*No cabe duda de la importancia que recae en la hipoteca y como consecuencia en el monto del gravamen al hablar de un proceso de ejecución de garantía, sin embargo, el autor demostrará en este artículo que a pesar de la gran importancia del tema, existen lagunas en la legislación actual, siendo el principal problema aquel en el que se presenta una incompatibilidad entre el monto adeudado y el monto del gravamen, siendo bastante común encontrarnos en casos en los que el monto del segundo es altamente superado por el primero. Será este el principal problema a resolver a lo largo del presente artículo, solucionando así la laguna normativa existente en este tema.*

## I. Nota introductoria

Uno de los problemas recurrentes que se viene presentando en los procesos de ejecución de hipotecas que se tramitan en los juzgados civiles con sub especialidad comercial de Lima lo ubicamos en el monto del gravamen hipotecario y la posibilidad que el acreedor hipotecario pueda recuperar la totalidad de su acreencia.

En estos casos tenemos que el ejecutante pide la ejecución de la garantía hipotecaria<sup>1</sup> acumulando el pago del monto capital, los intereses, costos y costas. Por su parte el ejecutado defiende su posición formulando contradicción, normalmente el demandado suele perder el proceso (resultando infundada y otras veces improcedente la contradicción) debido a que no acreditó el cumplimiento de la obligación demandada y que fue garantizada por la garantía real que es materia de ejecución. Lamentablemente, llevado el conflicto al proceso son muy bajas las estadísticas respecto de la solución del proceso por conciliación o transacción, aunque hay situaciones en que se impone la refinanciación.

Como consecuencia del resultado negativo para el ejecutado, se debe iniciar la etapa técnica de ejecución forzada, lo que implica –como sabemos–, sacar a remate

el inmueble otorgado en garantía. Es en esta parte del proceso en la que se encuentra presente el problema que pretendemos analizar.

Es de común encontrar que la suma adeudada por el ejecutado (capital, intereses, costos y costas) y que es el monto del petitorio de la demanda en los procesos de ejecución de garantías, es mucho mayor al monto del gravamen, lo que implica la existencia de una clara diferencia entre el monto adeudado (el que se pide y se ordena pagar) y el monto por el cual el deudor o el garante hipotecario garantizó la obligación (monto del gravamen).

## II. Planteamiento del problema

Cuando en el proceso de ejecución de garantía se presenta la incompatibilidad entre el monto adeudado y el monto del gravamen es donde ubicamos el caldo de cultivo para esta discusión. Siendo necesario satisfacer la acreencia del ejecutante (otorgarle tutela judicial efectiva, dándole eficacia a lo decidido) en esta etapa del proceso hemos podido encontrar diferentes circunstancias que enfrenta el juez para resolver en el camino, a saber:

- a) El deudor es el propietario del inmueble<sup>2</sup> y garantizó la obligación con el bien inmueble por determinado

\* Doctor en Derecho, Magister en Derecho Civil y en Derecho Procesal, profesor del Post Grado de la USMP y profesor principal de la AMAG. Juez Superior Titular de la Corte de Justicia de Lima.

1 Por ello se entiende a la hipoteca como un *derecho de realización de valor*, el cual se constituye en una manifestación del carácter real de la hipoteca, pues una vez que la obligación principal ha vencido, el acreedor hipotecario en cuanto titular del derecho real de garantía tiene derecho de hacerla vender en la forma y por el procedimiento establecido en la Ley. La venta de la cosa ejecutivamente, persigue la finalidad de convertir el inmueble objeto de hipoteca en dinero, para con éste hacer pago al acreedor y con preferencia a cualquier otro acreedor del deudor común ejecutado que no ostente mejor derecho sobre la cosa gravada. GONZALES PORRAS, José Manuel. *Curso de Derecho Civil. Tomo III. Derechos reales y registral inmobiliario*. Editorial Tirant Lo Blach. Valencia 2004. Pág. 421.

2 El artículo 3108 del Código Civil Argentino define a la hipoteca como "el derecho real constituido en seguridad de un crédito de dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor", el cual –según Areán– fue criticado en su momento debido a que no contempla el supuesto de la hipoteca constituida por un tercero, por lo que, en lugar de decir que los "inmuebles continúan en poder del deudor", debió utilizarse la expresión "constituyente". Esta aseveración es cierta, pero de todas formas el Código ha considerado en la definición el caso más corriente, o sea en la hipoteca constituida por el propio deudor. Por otra parte –agrega– el art. 3121 trata en especial la hipoteca establecida por un tercero. AREÁN, Beatriz. *Derechos reales*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires 2003, pág. 814.

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

- b) En acto constitutivo la obligación se encuentra garantizada por una persona distinta al deudor, al que suele llamarse, garante hipotecario (el constituyente, señala la doctrina), aquí tenemos que se garantizó al deudor hasta un monto determinado, el gravamen es determinado. El garante hipotecario pretende cubrir (garantizar) con su inmueble hasta el monto al que se comprometió y el ejecutado busca cobrar la totalidad de lo adeudado.
- c) Que sea un tercero<sup>3</sup> ajeno al proceso el que adquiera el bien inmueble hipotecado y que es materia de ejecución y se apersona al proceso y consigne judicialmente el monto que aparece en el registro como gravamen. En este caso el tercero consigna en el juzgado el monto del gravamen conforme aparece en el registro antes del remate y pide que no se lleve a cabo (se suspenda) el remate el inmueble. Pese al depósito judicial efectuado el ejecutante pretende cobrar la totalidad de lo adeudado.

### III. Un repaso de la norma sustantiva

La hipoteca es una figura que si bien cuenta con regulación en el Código Civil, en el cual encontramos los presupuestos para su validez y eficacia; entendemos sin embargo, que la misma desarrolla sus efectos con plenitud dentro del proceso civil. Es aquí en la que encontramos –se puede decir– el aspecto dinámico de la hipoteca, sobre todo en los procesos de ejecución de garantías.

Por lo cual, resulta necesario hacer una revisión previa de lo regulado en el Código Civil sobre el aspecto que nos corresponde analizar.

Tenemos que el artículo 1099 inciso 3 del Código Civil<sup>4</sup> señala que para la validez de la hipoteca, se requiere cumplir con uno de sus requisitos, es decir, establecer el *monto del gravamen*, el cual debe ser una cantidad determinada<sup>5</sup> o determinable<sup>6</sup> y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble (hoy Registro de Predios).

Con lo cual, no cabe duda que toda hipoteca constituida, para su validez deberá contener un monto con el que se haya gravado el inmueble en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. No es válida la hipoteca si la misma no contiene el monto del gravamen.

**“(…) no cabe duda que toda hipoteca constituida, para su validez deberá contener un monto con el que se haya gravado el inmueble en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. No es válida la hipoteca si la misma no contiene el monto del gravamen.”**

De otro lado, tenemos el artículo 1107 del citado cuerpo normativo que dispone *“La hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio”*. Con lo cual al parecer –el dispositivo– sugiere de forma general cuál serían los conceptos que debe cubrir la hipoteca, dentro de los que encontramos al capital, intereses, primas y costas del juicio (dentro de las cuales obviamente incluiremos a las costas y costos aunque el Código Civil no lo señale).

Las disposiciones contenidas en el Código Civil no han contemplado un supuesto de hecho que sea compatible con lo que pretendemos analizar. Por lo que podríamos sostener que la regulación normativa de la hipoteca en el Código Civil no contiene una regla que determine una solución en caso que el monto del gravamen sea menor a lo adeudado (entiéndase capital, intereses, costos y costas), tampoco aparece una solución normativa consignada en el Código Adjetivo, existiendo –bajo mi punto de vista– una laguna normativa<sup>7</sup>, que merece ser solucionada.

Por ello, es que el contenido del artículo 1107 del Código Sustantivo debe entenderse en el sentido que los conceptos ahí mencionados, son aquellos que mínimamente deben cubrir la hipoteca, por cierto, sin agotarlos, dejando margen a lo que establezca el pacto. Pero no que ellos se deben cubrir a toda costa, sin considerar el monto del gravamen.

3 La designación de “tercero” debe reservarse para el caso de quien adquiere el inmueble del constituyente de la hipoteca, porque en este supuesto sí se da la incorporación de otro a una relación jurídica hipotecaria preexistente, como consecuencia del acto de disposición. PAPAÑO, Ricardo, KIPER, Claudio, DILLÓN, Gregorio y CAUSSE, Jorge. *Derechos reales*. Editorial Astrea. Buenos Aires 2004. Pág. 78.

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

1.- Que afecte el bien del 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.

5 La exposición de motivos del Código Civil no es precisa sobre este aspecto, ya que se limita a señalar de forma genérica que es determinable el monto del gravamen, cuando no lo está en el acto constitutivo, pero hay un procedimiento o criterios para llegar a su determinación, sin que sea necesario una nueva declaración de voluntad.

6 Analizando el Código Civil, Max Arias-Schreiber sostiene que al mencionarse que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable el legislador consagra el denominado principio de especialidad, conforme al cual resulta posible mediar los alcances del gravamen, lo cual es trascendente para las partes y también para terceros interesados en la constitución de sucesivas hipotecas sobre el mismo bien, todo lo cual se proyecta favorablemente en el desarrollo del crédito, facilitando su dinámica. ARIAS-SCHREIBER PÉZET, Max. *Exegesis del Código Civil de 1984. Tomo IV, Derechos Reales*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 1995. Pág. 178.

7 Criterio asumido por Alchourrón y Buligim para significar que en un determinado sistema jurídico no existe una solución normativa que sea aplicable a una situación determinada que se presenta en la realidad. Se puede entender como la ausencia de regulación normativa con respecto a un caso, el ordenamiento jurídico no ha regulado alguna situación que en la realidad se produce. Esta situación se presenta cuando el juez debe decidir sobre un caso determinado y no encuentra una solución normativa en la legislación, no se contempla una consecuencia jurídica atribuible al caso.

En ese sentido, podemos decir que resultan diferentes los conceptos *monto de gravamen* y las *obligaciones* (u otros conceptos) que pueden ser *coberturadas* con la misma.

En el primer caso, nos encontramos con el monto máximo, el límite por el cual se afecta el bien con fines de ejecución, es el monto acordado por las partes respecto del cual el acreedor puede satisfacer su crédito; en tanto que en el segundo caso nos encontramos con los conceptos que pueden ser cubiertos por la hipoteca: capital, intereses, primas y costas.

La incompatibilidad entre ambos que se presenta de cotidiano en un proceso judicial es lo que motiva este breve trabajo.

#### IV. El monto del gravamen

El monto del gravamen en nuestro sistema jurídico no solo es un presupuesto de validez de la hipoteca (sin monto de gravamen no hay hipoteca jurídicamente válida)<sup>8</sup>, sino que además constituye un pilar fundamental de la misma, del cual se pueden generar diversas situaciones jurídicas.

La configuración en el documento constitutivo del gravamen y su monto se relaciona con el principio de especialidad de la hipoteca desde la perspectiva del *derecho real* (el cual es integrado por la determinación del crédito garantizado que se relaciona con el *derecho personal*), por ello, se entiende según Areán que la especialidad en cuanto al gravamen consiste, en que el o los inmuebles quedan gravados en una suma cierta de dinero que tenga curso legal en la República. Sólo hasta la concurrencia de esa suma el o los inmuebles son afectados por el derecho real.<sup>9</sup>

Siendo así, entendemos de un lado, que para el propietario del inmueble es importante que se fije el monto del gravamen, pues, el bien a partir de allí queda gravado y responde por sus obligaciones hasta dicho monto. Saber con exactitud el monto del gravamen le permite al propietario comprometer el mismo bien con nuevas hipotecas, ello si el valor del mismo alcanza para cubrir estos nuevos compromisos. Admitiendo la posibilidad de actos simulados de gravamen de inmuebles.

Puede que se presente el caso en que la obligación asumida por el deudor sea determinable (por ejemplo cuando se garantiza las obligaciones contenidas en títulos valores completos o por operaciones crediticias que tendrán un valor final en el futuro), aun en estos casos, se hace necesario fijar el monto del gravamen, siempre este debe aparecer fijado en el acto constitutivo, sin dejar lugar a dudas. Aquí se ve claramente la diferencia entre monto del gravamen

y el monto del crédito garantizado. El deudor puede que no sepa al momento del acto constitutivo cuál será el monto (final) de la obligación (cuánto será su deuda), pero, sí sabe en el presente hasta qué monto compromete el inmueble para garantizar esas obligaciones determinables.

De otro lado, para el tercero que se vincule con un bien hipotecado el monto del gravamen es de suma importancia (vital importancia, diría mejor), ya que al adquirirlo sabe con certeza cuál es el monto por el que debe responder el inmueble, independiente si el deudor tiene una deuda superior a dicho monto, poco o nada le debe interesar al tercero la indeterminación de la obligación asumida por el deudor, lo trascendente para él es el monto del gravamen. Ello nos lleva a sostener que con el monto del gravamen se establece la máxima responsabilidad hipotecaria del bien, la cual no debe variar en el caso de los terceros que se relacionan con el bien.

Lo mismo debe ocurrir para el “constituyente” cuando es diferente a la persona del deudor, aquí el monto del gravamen se convierte en una especie de coraza jurídica que lo protege contra cualquier exceso del acreedor hipotecario.

Sobre el monto del gravamen debemos entender que cuando la disposición legal señala que se debe fijar de forma determinada, debe entenderse que debe aparecer en la minuta, escritura e inscrita en el registro, sin la menor duda de su alcance y extensión, es decir, se debe expresar en forma numérica, con una suma fija y claramente especificada, sobre este aspecto no hay mayor discusión. Suma fija e incontrovertible y punto.

En resumen, el monto del gravamen es gravitante para los intereses del acreedor, ya que sirve para respaldar su crédito y los conceptos que de él se generen; para el deudor, ya que sabe con certeza el monto hasta el que ha comprometido el bien inmueble y cómo se podría vincular con otros acreedores dando en garantía el mismo bien; para el tercero, debido a que en caso que se vincule con el propietario/deudor conoce con exactitud hasta que monto se encuentra comprometido el inmueble para poder liberarlo del gravamen, en el mismo sentido para el garante hipotecario.

Pese a que nuestra norma sustantiva permite el monto del gravamen determinado (suma fija) y por determinar (suma no fija), es en estos últimos casos en donde radica el mayor problema, ya que en estos supuestos al parecer la disposición del Código Civil permitiría que el monto del gravamen sea “por determinar” (que sea determinable), lo cual implica la no precisión de una suma fija que haga ver sin duda alguna cuál es el monto del gravamen.

8 Conviene precisar que la legislación comparada no es uniforme en presentar al monto del gravamen como presupuesto de validez de la hipoteca. El Código Civil argentino señala en el artículo 3.109 que “no puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, **por una suma de dinero también cierta y determinada**. Si el crédito es condicional o indeterminado en su valor, o si la obligación es eventual, o si ella consiste en hacer o no hacer, o si tiene por objeto prestaciones en especie, basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca”. Artículo 145 de la Ley Hipotecaria Española precisa para la validez de las hipotecas voluntarias, se requiere: que se hayan constituido en escritura pública y que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad (Artículo 145). Por su parte el Código de Comercio de Colombia señala sobre las hipotecas de embarcación en la que se debe señalar “el importe del crédito que garantiza el **gravamen, determinado en cantidad líquida**, y los intereses del mismo. Si la hipoteca es abierta se indicará la cuantía máxima que garantiza” (artículo 1571).

9 AREÁN, Beatriz. *Op. Cit.*, pág. 816.

Acuciosas jurisprudencias en sede registral han convenido en que en la hipoteca la obligación que se garantiza puede ser determinada o determinable, en tanto que en el monto del gravamen se debe constituir e inscribir en las hipotecas que tienen monto fijo, puesto que en el gravamen no se debe admitir la posibilidad –por infructuoso e impreciso, generando inseguridad jurídica– un gravamen determinable<sup>10</sup>, por ejemplo cuando al monto del gravamen se le agregan los concepto “más intereses, comisiones y gastos”.<sup>11</sup>

## V. Casos objeto de análisis

### Caso A

Expongamos el problema que surge en los casos (donde existe la mayor controversia) en los que el deudor es el propietario del inmueble y garantizó la obligación con este bien por determinado monto; sin embargo, la suma ordenada pagar (con autoridad de cosa juzgada) y liquidada con intereses, costos y costas, es mayor al monto del gravamen.<sup>12</sup>

Como ya dijimos, en estos casos el ejecutante pretende cobrar la suma total adeudada y el ejecutado busca recuperar el monto restante del valor del inmueble rematado –por supuesto– después de pagar al ejecutante hasta el monto del gravamen.

En estos casos considero que la obligación y cualquier otro concepto adeudado se encontrarán garantizados sólo hasta el monto máximo del gravamen. Esto es, si el quantum del gravamen es menor a la totalidad de lo adeudado en autos, corresponde al ejecutante en el mismo proceso o en otro (dependiendo de la aplicación temporal del artículo 724 del Código Procesal Civil) cobrar la suma no cubierta por la hipoteca.

Habiéndose producido el remate del inmueble hipotecado, cualquier medida tendiente al cobro de la suma no pagada, debe recaer en el certificado de depósito –con medida cautelar o medida de ejecución– que proviene del valor obtenido del inmueble rematado o sobre otros bienes de propiedad del ejecutado. El inmueble rematado ya salió de la esfera jurídica del ejecutado.

Detrás de esta posición se encuentra presente lo pactado por las partes, el pacto es importante para estos casos, de tal manera que si las partes establecieron que el monto del gravamen es por suma determinada y la misma cubre como lo dice el artículo 1107 del Código Civil, capital, intereses y costas, se debe entender que

los mismos conceptos deben ser cubiertos solo hasta donde alcance el gravamen.

Por ello, el acreedor al momento de celebrar el pacto debe asumir con mucha diligencia el establecimiento del gravamen, sabiendo que la deuda impaga va a generar conceptos que se devengarán en el tiempo y que luego le va a resultar infructuoso cobrarlo.

Es importante destacar que resultaría infructuoso que las partes establezcan en el pacto la posibilidad de ampliar el gravamen (sin necesidad de una nueva declaración de voluntad) en casos que la deuda sea mayor, pues, se corre el riesgo de establecer un monto del gravamen incierto, lo que puede impedir el tráfico jurídico del inmueble, ya que el tercero que se vincule con él no tendrá reglas claras del monto del gravamen y el acreedor no tendría límite para cobrar su acreencia con el valor de realización del inmueble.

Se encuentra en juego la seguridad jurídica, ello si consideramos que el deudor puso de manifiesto su voluntad para gravar el inmueble por determinado monto. El ejecutar el inmueble y cobrarse del remate una suma mayor a la convenida afectaría lo pactado. Constituiría un cambio no convenido de las reglas establecidas por las partes, si el juez lo permite, sería propiamente una intromisión en la relación contractual, lo cual no se encuentra permitido por el artículo 62 de la Constitución.

De otro lado, se podrían afectar el tráfico jurídico del inmueble hipotecado y además el derecho de terceros, pues al hacerse público el gravamen (a través del registro) todos aquellos que se vinculen con el inmueble, por ejemplo adquiriéndolo, pueden verse perjudicados, pues no podrían liberar el predio del remate, si el monto máximo no es respetado. O si se quiere constituir una segunda hipoteca sobre el mismo bien inmueble, la misma no tendría viabilidad, ya que el monto de la primera se estaría convirtiendo en indeterminado.

En resumen, en este primer supuesto hipotético (que se presente en los estrados judiciales), considero que el juez debe respetar el monto máximo de hipoteca y satisfacer al acreedor ejecutante, hasta el monto del gravamen que fue pactado con su deudor. Dejando a salvo el derecho del acreedor para que pueda cobrar el monto no cubierto por la hipoteca conforme a lo que dispone el artículo 724 del Código Adjetivo.

Una interpretación contraria significaría favorecer –indebidamente– a un acreedor que al constituir

10 “Efectivamente, como lo señala el Registrador, constituye un requisito de validez de la hipoteca que el gravamen, o también denominado, monto de la afectación, sea de cantidad determinada o determinable. Ello responde al principio de especialización que informa que todo derecho real de garantía, por el cual tiene que existir individualización de bienes, obligaciones y gravámenes, y que legislativamente se encuentra amparado en el artículo 1099. Los procedimientos o criterios exigibles en los gravámenes determinables deben venir acompañados de una adecuada información y deben estar precitados de tal manera que resulten predecible el monto que en determinado momento adquiriera la hipoteca. No bastará, en ese sentido, que se haga referencia como criterio a tomar en una hipoteca de monto determinable, las costas, cargas y gastos de cualquier naturaleza, pues ello haría en realidad a la hipoteca de monto indeterminable”. Resolución del Tribunal Registral del Norte N° 063-2002-ORLL/TRN.

11 “La apelante invoca, en apoyo de su impugnación, el artículo 1107 del Código Civil. En efecto, la norma legal mencionada refiere que los intereses, las comisiones y los gastos están cubiertos por la hipoteca, sin embargo, la apelante no ha advertido que dicha norma regula la cobertura obligacional de la hipoteca, esto es, cuales son las obligaciones accesorias a la principal que, al igual que esta, resultan garantizadas con el gravamen. En otras palabras, el dispositivo glosado regula un aspecto propio de la determinabilidad obligacional, mas no de la determinabilidad del monto del gravamen”. Resolución N° 099-2005-SUNARP-TR-T.

12 El profesor Aliaga Huaripata parte de la interrogante ¿qué sucedería si finalmente la cantidad o cuantía del gravamen inscrito resulta ser inferior a los rubros considerados anteriormente? (capital, intereses, primas y costas), dando respuesta a la misma expresa que pese a reconocer que la doctrina y la jurisprudencia se hallan divididas en esta materia, consideramos que la solución a la cuestión debería ser concordante con el “principio de especialidad” que informa al Código Civil, por lo que el inmueble afectado solo debería responder hasta el monto o cuantía del gravamen inscrito, de ahí la importancia de que el mismo sea determinado o determinable”. ALIAGA HUARIPATA, Luis. *Código Civil comentado, comentan 209 especialistas en las diversas materias de derecho civil. Tomo V. Derechos Reales*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima 2007. Pág. 592.

la hipoteca que garantizaría su crédito, no tuvo la diligencia necesaria para fijar un monto mayor al crédito que otorgó a fin de garantizar los intereses, primas y demás conceptos autorizados por la norma.

**“Pese a que nuestra norma sustantiva permite el monto del gravamen determinado (suma fija) y por determinar (suma no fija), es en estos últimos casos en donde radica el mayor problema, ya que en estos supuestos al parecer la disposición del Código Civil permitiría que el monto del gravamen sea ‘por determinar’ (...).”**

Sin dejar de mencionar que en estos casos el actor desde el inicio del proceso sabe cuál es el monto del gravamen y hasta donde el pacto le autoriza a cobrar con relación al inmueble hipotecado. Las reglas del acto constitutivo respecto al monto del gravamen las tiene claras el ejecutante antes de iniciar el proceso de ejecución de garantías, por lo cual, la conducta del acreedor de pretender cobrar la totalidad de lo adeudado se presenta como una conducta contradictoria a la asumida en el acto constitutivo.

Siendo recomendable (para evitar estas peripecias judiciales) que en estos casos el juez del proceso al dictar el auto de pago deje constancia de esta situación, es decir, que indique para conocimiento de las partes cual es el monto máximo del gravamen, cuando se aprecia de la demanda que el monto liquidado (saldo deudor) por la parte ejecutante sea mayor, ello para evitar los problemas ya anotados. Además sirve para prevenir al ejecutante (a su abogado en realidad) para preparar una mejor estrategia de trabajo ante esta adversidad.

Por lo cual, se debe recomendar a los ejecutantes en estos casos, que si pretenden evitar que el monto remanente del remate llegue a manos del ejecutado, cuando aún queda pendiente por pagar la suma total, deben afectar –oportunamente– la suma consignada por el adjudicatario siempre que ella exceda el monto del gravamen. Pues, desde que se produce el remate, adjudicación y auto de transferencia hasta que el ejecutado pretende cobrar esta suma, transcurre el tiempo necesario para hacerlo dentro del mismo proceso o fuera de él. Si el certificado de consignación no se encuentra afectado por medida judicial, obviamente el juez ni la parte ejecutante, pueden –con las reglas vigentes– evitar que el dinero sea cobrado por el ejecutado, aun si esta decisión nos pueda dejar un sin sabor, porque se dibuja con ello una estela de injusticia. La estrategia para evitar que el ejecutado recupere el

monto remanente del remate, aun sabiendo que debe una suma mayor a la fijada como gravamen hipotecario se encuentra en manos del abogado del ejecutante, no siendo plausible que el juez actúe oficiosamente en estos casos para ejercer función dikelógica en el caso, dando la posibilidad que el acreedor cubra la totalidad de la acreencia aun teniendo un límite en el monto del gravamen.

#### **Caso B**

Veamos ahora que sucede cuando la deuda se encuentra garantizada por un tercero, es decir, por quien llamamos comúnmente el *garante hipotecario*. En este caso el garante –valga la redundancia– garantizó al deudor hasta un monto determinado, hasta el monto del gravamen.

En este tipo de situaciones se presenta una acumulación de pretensiones, por un lado, la llamada pretensión personal contra el deudor para que cumpla con la obligación asumida; del otro, la pretensión real, contra el garante hipotecario para que en caso el deudor no cumpla, este asuma las obligaciones del mismo con la garantía otorgada, es una pretensión real porque el garante hipotecario no tiene la condición de deudor, por tanto, no está obligado a cumplir como *debitor* sino como garante hipotecario, es el inmueble de su propiedad el que respalda la obligación asumida por el deudor, pero, hasta determinado monto.

En estos casos, no me quedan dudas en que la obligación asumida por el “tercero” a la relación obligacional, debe tener un límite para el garante hipotecario (monto del gravamen), es decir, que el acreedor, solo puede ejecutar y rematar el inmueble del garante hipotecario, cobrando su acreencia hasta el monto del gravamen, ni un céntimo más.

Lo contrario, traería como consecuencia que el garante hipotecario se vea perjudicado por un monto mayor al que garantizó en la escritura de constitución de hipoteca y que además aparece en el registro publicitada.

Puede suceder que el garante hipotecario decida transferir a un tercero el bien inmueble con la hipoteca, ello no significa que por esta transferencia se produzca el cambio del monto del gravamen ni que el ejecutante se encuentre impedido de perseguir el bien con independencia de quien es su actual propietario (*ius persequendi*)<sup>13</sup>, pues quien se constituye como nuevo propietario asume el gravamen conforme al monto pactado por el propietario originario y el acreedor. Por lo cual, si fuera demandado el nuevo adquirente, compromete su inmueble solo hasta el monto máximo por el cual se fijó el gravamen hipotecario.

#### **Caso C**

Resulta que en algunos casos judiciales, en tanto se produce la ejecución forzada del bien hipotecado (remate) aparece en el proceso un tercero alegando

13 El acreedor puede perseguir el inmueble gravado en manos de los sucesivos adquirentes y hacer valer los derechos como lo haría con el constituyente de la hipoteca (*ius persequendi*). AREAN, Beatriz. *Op. Cit.*, pág. 816.

haber adquirido el bien inmueble del anterior propietario (deudor).

El tercero se apersona al proceso y consigna la suma dineraria que se encuentra fijada en el registro como monto máximo del gravamen, peticiona además la suspensión del remate programado y en algunos casos se permiten peticionar el levantamiento de la hipoteca en el registro.

Si asumimos que este tercero adquirente del inmueble objeto del remate compró el mismo con la información del registro (principio de publicidad registral) y que el monto del gravamen publicitado es el monto máximo hasta el cual el ejecutante puede satisfacer su acreencia, entonces, el juez tendría que suspender el remate programado y en su oportunidad hacer el endoso al ejecutante del monto que tenga relación con la suma máxima del gravamen.

Con ello nos encontraríamos ante una situación que evidencia la liberación del inmueble de cualquier posible ejecución forzada en este proceso, ya no será posible el remate si el acreedor recibe la suma máxima del gravamen, aun si la deuda del ejecutado fuera mayor. El acreedor vio satisfecho su crédito con relación al inmueble solo hasta el monto máximo del gravamen, cualquier saldo impago, tendrá que ejercerlo ante el deudor con el mecanismo establecido en el artículo 724 del Código Procesal Civil, dependiendo si el proceso se inició con el texto originario o con el actual.<sup>14</sup>

Lo que no resulta admisible –según mi punto de vista– es que el pedido que se refiere al levantamiento de

hipoteca en el registro, simplemente porque el juez del proceso no se encuentra en capacidad de hacerlo viable, dejando a salvo el derecho para el tercero lo haga valer como mejor lo considere adecuado.

#### A manera de conclusión

1. En el auto de pago de los procesos de ejecución de garantía el juez debe indicar el monto del gravamen cuando la deuda demandada sea mayor.
2. El monto del gravamen del inmueble hipotecado se constituye en el límite del monto hasta el cual el acreedor puede cobrar lo que resulte del remate del bien inmueble rematado.<sup>15</sup>
3. El acreedor con una suma a su favor después del remate no puede exigir que le paguen con el remanente si no lo afectó –previamente– con mandato judicial para evitar que cobre el ejecutado.
4. La sola exigencia del ejecutante ante el juez para indicar que el ejecutado le adeuda una suma mayor al gravamen no es suficiente para evitar que el remanente sea cobrada por el obligado, el juzgador no puede actuar de oficio cautelando esta suma para pagar el monto no cubierto con la ejecución de hipoteca.
5. El ejecutante –en los casos en que el monto del gravamen es menor a lo adeudado– debe utilizar las medidas cautelares o medidas de ejecución para evitar que el remanente del remate sea cobrado por el ejecutado, cuando el mismo haya garantizado el crédito con su inmueble. 

14 Cobrar el saldo en otro proceso (con la regla anterior) o cobrarlo en el mismo proceso (con la regla actual): “Si después del remate del bien dado en garantía, hubiera saldo deudor, se proseguirá la ejecución dentro del mismo proceso, conforme a lo establecido para las obligaciones de dar suma de dinero”.

15 Ver Pleno Jurisdiccional Civil de 1999: ¿Resulta exigible el cobro de capital, intereses, costos y costas, que constituyan suma mayor a la que se fijó en la garantía? CONSIDERANDO: Que el art. 1107° del C.C. define los alcances de la cobertura de la hipoteca, indicando que cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio. Que la norma precedente debe ser interpretada en concordancia con el art. 1099°, inc. 3. el cual prescribe que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable, de modo que el gravamen sólo cubra hasta el monto señalado. Que de la lectura de ambas normas se advierte que el inmueble hipotecado debe responder por los conceptos a que alude el art. 1107° pero siempre dentro del monto del gravamen. Que resulta exigible el cobro de suma mayor por los conceptos señalados sólo cuando se reúnan en una sola persona el deudor de la obligación y el garante hipotecario, mas no cuando la hipoteca la constituye un tercero, a menos que se haya garantizado el capital, sin pacto sobre intereses, costas y costos. EL PLENO ACUERDA: POR MAYORIA (41 votos) No resulta exigible la suma mayor a la que se fijó en la garantía. En otros términos, no se extiende más allá de la suma fijada en la garantía. En efecto, la hipoteca se extiende o afecta el bien sólo hasta el monto del gravamen, en virtud a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 1099 del Código Civil, de ahí que no resulta exigible un monto mayor al gravamen que pesa sobre el bien’.