

que se trata de un terreno abandonado que funciona como depósito de materiales de construcción y desmonte. En otras palabras, para la Sala Superior no sería posible ejercer actos de posesión respecto a terrenos no habitados, lo que constituye una interpretación errónea y restringida del derecho real de posesión reconocido por nuestro Código Civil en su artículo 896, como “*el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad*”. Sobre el particular, cabe mencionar que el derecho real de posesión contiene, efectivamente, un ámbito fáctico o eminentemente material, constituido por el denominado en doctrina como “*ius possessionis*” que se trata del simple o mero hecho posesorio que ejerce el poseedor sin la titularidad del derecho subjetivo real. Sin embargo, la interpretación del derecho real de posesión no se agota en este simple sustrato material, pues, **no es simplemente un hecho** sino que, en su concepción más amplia se trata, además, de un interés jurídicamente protegido que tiene por objeto a un determinado bien y que surge a partir del ejercicio de diversos actos de posesión (no sólo físicos) del bien, sino más bien, actos que demuestran un control efectivo de aquel, incluyéndolo dentro de la esfera jurídica y patrimonial del poseedor. Para mayor ilustración, la jurista argentina Marina Mariani de Vidal señala que: “*Poseedor será quien se comporte como titular de un derecho real, es decir, cuando se conduzca con respecto a una cosa como si tuviera un determinado derecho real sobre ella, con independencia de que lo tenga y aunque no lo tenga en realidad*”<sup>4</sup>. En efecto, no debe limitarse al derecho real de posesión únicamente desde su ámbito material o desde el ejercicio fáctico de actos de posesión, siendo que, tratándose de inmuebles no sólo el hecho de habitar en el bien implica el ejercicio del derecho real de posesión, sino también actos que implican que el poseedor ejerce un control autónomo del bien. En tal sentido, el Ad Quem ha soslayado que la parte demandante ha presentado diversos medios de prueba en los que acredita el ejercicio de actos de control autónomo respecto al bien litigioso, incluso viene pagando arbitrios según fluye de los medios de prueba aparejados a la demanda, y, según refiere (en su demanda) han construido un cerco perimétrico y han contratado servicio de guardiana, hechos que no han sido compulsados por la Sala Superior. Por tanto, debe analizarse la controversia a partir de la valoración conjunta de medios de prueba y de la real dimensión del derecho real de posesión, lo que no ha ocurrido, pues se ha llegado a conclusiones erróneas derivadas de una concepción restringida del derecho real de posesión y de una sesgada valoración de medios de prueba, pues, en el mencionado fundamento décimo primero, la Sala parte de las declaraciones testimoniales prestadas durante la audiencia de pruebas, las que no han sido valoradas de manera conjunta con los demás medios de prueba obrante en autos. 6. El mismo defecto de motivación externa se advierte en la sentencia contenida en la resolución de fecha veinticinco de octubre de dos mil diez, de fojas mil ciento cuarenta y dos, pues, en el fundamento vigésimo primero se considera que no se acredita la posesión debido a que no ha existido posesión material del bien. En efecto, se valoran los medios de prueba consistentes en las declaraciones testimoniales vertidas durante la audiencia de pruebas, mencionándose que: “*(...) la testigo Choza Carro al absolver la primera pregunta que le formulara el abogado de la demandada Norma Florentino Bancharo Abensur, en el sentido que, por qué considera la testigo que las demandantes han ejercido posesión sobre el terreno y qué tipo de actos han realizado contestó que como vecina del terreno de la demandante siempre supe que la señora Patricia Rodríguez era propietaria del bien, porque queríamos contactarla para avisarle que pasaban personas arrojando desmonte en el terreno de la demandante*”; de lo que se infiere que los testigos **no dan razón respecto de actos que hayan percibido en forma directa y de los que se pueda inferir la posesión del bien sub litis en la forma invocada por las recurrentes (...)**” (El resaltado es nuestro) 7. Se ha incurrido por tanto, en un evidente defecto de motivación externa o de falta de justificación de las premisas, pues, tanto el Juez de Primer Grado como la Sala Superior han arribado a una conclusión inexacta a partir de una errónea valoración de medios de prueba (premisas), generando una conclusión lógica carente de razonabilidad jurídica. Respecto a este defecto de motivación, el Tribunal Constitucional menciona: “*El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica*. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como lo identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse **problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas**. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones (...) bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y

*razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal*”. (STC. 728-2008-HC/TC) 8. Por tanto, el recurso de casación debe ser declarado fundado en cuanto a la infracción normativa procesal al artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú y al artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil, y ante la nulidad insubsanable advertida en ambas sentencias, se debe ordenar al A Quo la emisión de una nueva sentencia debidamente motivada. 9. Respecto a la infracción normativa al artículo 197 del Código Procesal Civil, cabe mencionar que el defecto de motivación advertido tiene su origen en la inadecuada valoración de los medios de prueba, consistentes en las declaraciones testimoniales vertidas durante la Audiencia de Pruebas, por lo que, es evidente que se ha vulnerado también el derecho probatorio de la parte recurrente, porque, se ha efectuado una valoración errónea de los medios de prueba presentados por la parte demandante a efectos de acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 950 del Código Civil para adquirir la propiedad del bien litigioso por *usucapio*. A mayor razonamiento, cabe precisar que el derecho a probar también forma parte esencial del derecho al debido proceso, por lo que cualquier vulneración a su contenido esencial (ofrecimiento, calificación, actuación o valoración de medios de prueba) originará también la nulidad insubsanable de la resolución judicial lesiva. Sobre el derecho a probar, el Tribunal Constitucional menciona que “*(...) una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Sólo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio*.” (STC. N° 06712-2005-HC/TC). En base a estos argumentos, corresponde estimar este fundamento de casación, pues se ha afectado también el derecho a probar. 10. Por otro lado, se denuncian infracciones normativas de orden material, sin embargo, no es posible su análisis debido a que se han estimado las infracciones normativas de orden procesal, y al advertirse defectos de motivación en las sentencias de ambas instancias, debe ordenarse, conforme ordena el artículo 396 inciso 3 del Código Procesal Civil, el reenvío excepcional, a efectos que el Juez de primer grado emita una nueva sentencia, observando los lineamientos de la presente Ejecutoria Suprema. **V. DECISIÓN:** Estando a las consideraciones expuestas, esta Sala Suprema, en aplicación de lo señalado en el artículo 396 inciso 1) del Código Procesal Civil; declara: **a) FUNDADO** el recurso de casación de fojas mil trescientos cincuenta y seis, interpuesto por Teresa Gutiérrez viuda de Rodríguez, Patricia Carolina Rodríguez Gutiérrez y Roxana Teresa Rodríguez Gutiérrez; en consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista de fecha cuatro de diciembre de dos mil doce, y la declararon **NULA, e, INSUBSISTENTE** la apelada de fecha veinticinco de octubre del año dos mil diez. **b) ORDENARON** al A-Quo emita nueva sentencia, teniendo en cuenta los lineamientos previstos en la presente Ejecutoria Suprema. **c) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad y los devolvieron; en los seguidos por Teresa Gutiérrez Gómez viuda de Rodríguez y otras con Norma Florentina Bancharo Abensur y otros, sobre prescripción adquisitiva de dominio; intervino como ponente, la Juez Supremo señora **Rodríguez Chávez**. - SS. ALMENARA BRYSON, HUAMANI LLAMAS, ESTRELLA CAMA, RODRÍGUEZ CHÁVEZ, CALDERÓN PUERTAS

<sup>1</sup> *Artículo 139 inciso 5 de la Constitución Política del Perú.* - “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.*”

<sup>2</sup> *Artículo 122 del Código Procesal Civil.* - “*Las resoluciones contienen: (...) 3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado (...)*”

<sup>3</sup> *Artículo 197 del Código Procesal Civil.* - *Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.*

<sup>4</sup> MARIANI DE VIDAL, Marina: “*Derechos Reales*” Tomo II. Edit. ZAVALI. Séptima Edición Actualizada. Buenos Aires. 2004.

C-1109822-146

**CAS. N° 1271-2013 LIMA. SUMILLA:** La expresión “obligaciones directas o indirectas” o “presentes o futuras” no significa *per se* que la hipoteca perviva necesariamente; ella subsiste mientras haya una deuda vigente (que puede ser renovada, ratificada o modificada), pero cancelada ésta o concurriendo cualquiera de las otras causales señaladas en el artículo 1122 del Código Civil la



hipoteca se extingue. Lima, veintinueve de noviembre de dos mil trece.- **LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA:** vista la causa número mil doscientos setenta y uno - dos mil trece, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia: **I. MATERIA DEL RECURSO:** En el presente proceso de ejecución de garantía, la demandada **Gladys Margarita Paz Larrea de Delgado** ha interpuesto recurso de casación, mediante escrito de fojas cuatrocientos setenta y siete, contra el auto de vista obrante de fojas cuatrocientos cincuenta y dos, dictada por la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha veintiséis de diciembre de dos mil nueve (siendo lo correcto dos mil doce), que confirma el auto final contenido en la resolución número veintinueve de fecha veinticuatro de mayo de dos mil doce, mediante la cual se declara infundada la contradicción formulada por los demandados; en consecuencia, en efectividad del apercibimiento decretado por resolución número tres, su fecha once de enero de dos mil once, ordena que se proceda al remate de los bienes dados en garantía, en los seguidos por el Banco de Crédito del Perú. **II. ANTECEDENTES: 1. DEMANDA:** Por escrito de fojas cincuenta y tres, el Banco de Crédito del Perú interpone demanda de ejecución de garantía contra los ejecutados José Edgardo Delgado Vásquez, Gladys Margarita Paz Larrea de Delgado y José Delgado Vásquez S.A. Ingenieros Contratistas Generales, a fin de que cumplan con pagarle la suma de US\$ 154,108.47 (ciento cincuenta y cuatro mil ciento ochenta y cuatro con 47/100 Dólares Americanos), más intereses compensatorios y moratorios, bajo apercibimiento de sacarse a remate el inmueble otorgado en hipoteca. **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:** Mediante escrito de fojas ciento veinticinco los demandados deducen excepción de oscuridad o ambigüedad en la forma de proponer la demanda, señalando: (i) que en el escrito de demanda, su fecha veintidós de octubre de dos mil diez, la actora pide se le pague US\$ 154,108.47 (ciento cincuenta y cuatro mil ciento ochenta y cuatro con 47/100 Dólares Americanos); (ii) en su escrito del veintisiete de diciembre de dos mil diez mediante la cual la actora pretende subsanar la resolución número uno, modificando su demanda, pide que el monto a pagar sea US\$ 153,339.76 (ciento cincuenta y tres mil trescientos treinta y nueve con 76/100 Dólares Americanos); y, (iii) el juzgado por resolución número tres, admite la demanda para que se cancele US\$ 144,202.00 (ciento cuarenta y cuatro mil doscientos dos con 00/100 Dólares Americanos). En ese sentido, refiere que el proceso es ambiguo o confuso, por lo que la excepción propuesta contemplada en el artículo 446 inciso 4º del Código Procesal Civil debe ser amparada. Asimismo los demandados contradicen el mandato de ejecución amparándose en la inexigibilidad de la obligación y en la extinción de la misma, alegando que, la hipoteca se extingue por pago en el año dos mil siete y que el inmueble fue transferido al dominio exclusivo de doña Gladys Paz Larrea de Delgado el año dos mil ocho, sin gravamen alguno. Señalan que el pagaré que sustenta la obligación del año dos mil diez fue suscrita como fiadores por el patrimonio autónomo y no a título individual por su única propietaria; consecuentemente, un bien propio de doña Gladys Margarita Paz Larrea de Delgado no puede responder por obligaciones de la sociedad conyugal. **3. AUTO DE PRIMERA INSTANCIA:** Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante auto final de fojas trescientos cuarenta y nueve, su fecha veinticuatro de mayo de dos mil doce, declaró infundada la contradicción formulada; en consecuencia, en efectividad del apercibimiento decretado, dispuso se procediera al remate de los bienes dados en garantía; *considerando* que, respecto a lo manifestado en el sentido que la obligación es inexigible y que la misma se encuentra extinguida al haber cumplido con el pago del pagaré número D-00000768651, debe desestimarse por cuanto la obligación materia de ejecución está circunscrita al pagaré número D-192-245038, título valor que es distinto al señalado por los ejecutados, tanto más si se tiene en cuenta que conforme a los términos de la primigenia constitución de hipoteca y su posterior ratificación los ejecutados José Delgado Vásquez y Gladys Paz Larrea de Delgado se obligaron frente al Banco accionante respecto de deudas y obligaciones provenientes de cualquier crédito directo e indirecto. La Sala Superior señala que en el caso sub-litis los referidos co-ejecutados se constituyeron en fiadores solidarios de la persona jurídica emplazada, es decir, la hipoteca garantiza dicha obligación, ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 172 de la Ley 26702; máxime si los ejecutados no han negado en ninguno de sus fundamentos de la contradicción haber suscrito el pagaré de fojas veintinueve a treinta. Además los ejecutados no han acreditado con documento alguno que la obligación puesta a cobro haya sido íntegramente cancelada como lo señala el artículo 1220 del Código Civil o se haya realizado un acuerdo de pago diferente al que se pretende. **4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:** Mediante escrito de fojas trescientos sesenta y ocho los demandados interponen recurso de apelación contra el auto de primera instancia, alegando que no se ha advertido que el argumento de defensa no se orienta a negar la existencia del pagaré sub-litis, sino que lo que se alega es que éste no puede ser cobrado vía ejecución de garantía hipotecaria, sino mediante un proceso de ejecución de dar suma de dinero. Los demandados señalan que al haber pagado al banco el importe contenido en el pagaré número D-00076851, por la suma de US\$

127,000.00 (ciento veintisiete mil con 00/100 Dólares Americanos), se extinguió la obligación garantizada con la hipoteca y consecuentemente la hipoteca misma, en aplicación del artículo 1122, numeral 1º del Código Civil, por lo que se incurre en equivocación al haber dado validez al artículo 172 de la Ley 26702. **5. AUTO DE VISTA:** Elevados los actuados a la Sala Superior en virtud del recurso de apelación interpuesto por los demandados, la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante auto de vista de fojas cuatrocientos cincuenta y dos, del veintiséis de diciembre de dos mil nueve (siendo lo correcto dos mil doce), confirma el auto apelado; *considerando* que si bien los recurrentes refieren que un proceso de ejecución de dar suma de dinero sería el idóneo para tramitar la presente causa a fin de acreditar la inexigibilidad de la obligación contenida en el pagaré sub litis, no es menos cierto que tal argumento en concreto, no ha sido invocado en la etapa postulatoria del proceso. Sin perjuicio de ello la causal de inexigibilidad de la obligación bien puede ser objeto de alegación y probanza en un proceso de ejecución de garantías como el presente, el cual, al igual que el proceso de ejecución de obligación de dar suma de dinero, son especies del denominado proceso único de ejecución, y en los cuales de manera similar se pueden invocar las causales de contradicción. La Sala Superior indica que los coejecutados recurrentes José Edgardo Delgado Vásquez y su esposa Gladys Paz Larrea de Delgado, no solo ostentan la calidad de otorgantes de la hipoteca sub-litis, sino que son sus obligaciones las que precisamente están garantizadas con la hipoteca y estando a que en el título valor sub-litis ostentan la calidad de fiadores solidarios, deben responder como deudores de la mencionada relación jurídica cambiaría, pues son tan deudores como el emite de pagaré, la empresa José Delgado Vásquez S.A Ingenieros Contratistas Generales. En ese contexto la garantía hipotecaria que se está ejecutando no se subsume en la hipótesis normativa prevista en el artículo 172 de la Ley 26702, vigente al momento de otorgarse la garantía real. **III. RECURSO DE CASACION:** Esta Sala Superior, mediante resolución de fecha treinta y uno de mayo de dos mil trece, obrante a fojas treinta y cinco del respectivo cuaderno formado, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la demandada Gladys Margarita Paz Larrea de Delgado, por la infracción normativa de los artículos 1099, inciso 1º, 1104, 1122, inciso 1º, 2022 y 2120 del Código Civil, 61.2 de la Ley de Títulos Valores y 139 incisos 3º y 5º de la Constitución Política del Estado. **IV. MATERIA CONTROVERTIDA:** El asunto materia de debate se contrae en determinar si la obligación puesta a cobro ya estaba vencida. **V. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA: Primero.-** Que, la recurrente menciona que se habría infringido el debido proceso y existiría déficit de motivación en la resolución impugnada, sin embargo, sus argumentos están relacionados con una aplicación distinta de las normas en debate, lo que constituye propiamente discusión jurídica sobre los alcances de la llamada "hipoteca sámana" y nada tiene que ver con las infracciones denunciadas. Por consiguiente, tal punto de la casación debe ser rechazado. **Segundo.-** Que, a fin de delimitar el asunto en controversia se hace necesario indicar los fundamentos de la demanda: - Con fecha veinticuatro de abril de dos mil, los esposos José Edgardo Delgado Vásquez y Gladys Margarita Paz Larrea de Delgado constituyeron garantía hipotecaria para garantizar obligaciones directas o indirectas. - Posteriormente, con fecha dieciséis de mayo de dos mil cinco, se ratificó la referida hipoteca y se precisó que ella garantizaba "las deudas y obligaciones que en la fecha o en el futuro" pudieran tener los clientes. - Mediante Pagaré número D192-245038, emitido el diez de marzo de dos mil diez, la empresa José E. Delgado Vásquez S.A. Ingenieros Contratistas Generales se comprometió a pagar a favor del Banco de Crédito la suma puesta a cobro, constituyéndose los esposos Delgado Vásquez y Paz Larrea en fiadores solidarios. - No habiéndose cancelado el pagaré, se ha iniciado la presente demanda de ejecución de garantía hipotecaria. **Tercero.-** Que, expuestos los hechos, se advierte que la hipoteca se constituyó para garantizar créditos directos o indirectos y, además, futuros. Tal hecho se encuentra dentro de las posibilidades que el Código Civil otorga a las partes para diseñar su programa contractual. Así, de manera expresa, el artículo 1104 del indicado Código menciona que "la hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual", habiéndose señalado que con ello el acreedor protege "un rango o prelación respecto de la potencial ejecución de una obligación no existente", permitiendo que las empresas del Sistema Financiero no incurran en los gastos "que les demandaría constituir una garantía hipotecaria cada vez que se otorga una línea de crédito". **Cuarto.-** Que, sin embargo, que la norma permita las hipotecas futuras no significa que éstas sean eternas y que puedan extenderse en el tiempo sin posibilidad de finalización alguna. Un análisis integral de los dispositivos del Código Civil permite afirmar que toda hipoteca es susceptible de extinguirse, bastando para ello que exista cualquiera de las causales enunciadas en el artículo 1122 del señalado cuerpo legal, esto es, (i) extinción de la obligación que garantiza; (ii) anulación, rescisión o resolución de dicha obligación; (iii) renuncia escrita del acreedor; (iv) destrucción del inmueble; o, (v) consolidación. **Quinto.-** Que, por consiguiente, la expresión "obligaciones directas o indirectas" o "presentes o futuras" no significa que la hipoteca



perviva necesariamente; ella subsiste mientras haya una deuda vigente (que puede ser renovada, ratificada o modificada), pero cancelada ésta o concurriendo cualquiera de las otras causales señaladas en el artículo 1122 del código civil la hipoteca se extingue. Lo contrario originaría que la hipoteca se extendiera en el tiempo sin posibilidad alguna de extinguirla, con el consiguiente perjuicio del deudor y el favorecimiento impropio al acreedor.

**Sexto.-** Que, atendiendo a lo dicho, se tiene que la hipoteca original, ratificada en el año dos mil cinco, tenía como supuesto deudas de la sociedad conyugal. Por su parte, el Pagaré número D192-245038 se origina por una deuda de la empresa José E. Delgado Vásquez Ingenieros Contratistas Generales donde los esposos demandados actúan como fiadores solidarios. **Sétimo.-** Que, siendo ello así lo que debe verificarse es si dicho crédito se encuentra garantizado con la hipoteca constituida en el año dos mil y ratificada en el año dos mil cinco. **Octavo.-** Que, estando a lo expuesto se aprecia -conforme lo señala el sexto considerando del auto recurrido- que el Banco ejecutante ha reconocido que el Pagaré número D-00076851 por la suma de US\$ 127,000.00 (ciento veintisiete mil con 00/100 Dólares Americanos) fue cancelado y extinguió la obligación original. Específicamente la pregunta que se le hizo en la Declaración de Parte del apoderado del Banco de Crédito del Perú fue la siguiente: "¿Diga Ud. Como es verdad que el pagaré No.0000078561 a que se refiere la Escritura de Ratificación de Hipoteca del 17 de mayo del 2005 otorgada ante el Notario Alberto Flórez Barrón fue pagada después de múltiples amortizaciones con fecha 15 de octubre del 2007? El representante del Banco respondió: "Sí, es cierto". **Noveno.-** Que, de la respuesta antes señalada se desprende lo siguiente: (i) Que la hipoteca del año dos mil y su ratificación del año dos mil cinco fue otorgada para garantizar el pagaré número D-00076851 (por la suma de US\$ 127,000.00 (ciento veintisiete mil con 00/100 Dólares Americanos); (ii) Que dicho pagaré fue cancelado el quince de octubre de dos mil siete; (iii) Que a esa fecha los deudores no tenían vínculo obligacional con el Banco de Crédito del Perú; y, (iv) Que habiendo ocurrido el pago se había extinguido la obligación y no existiendo ésta se había extinguido la hipoteca, por mandato expreso de lo expuesto en el artículo 1104 del Código Civil. **Décimo.-** Que, por consiguiente, si bien es verdad existe otro pagaré que al parecer no ha sido cancelado y en la que intervienen los demandados como fiadores solidarios, no es menos cierto que tal deuda no está garantizada con una hipoteca que ya se extinguió. **Undécimo.-** Que, finalmente, no es necesario pronunciamiento alguno sobre la constitucionalidad del artículo 172 de la Ley 26702, pues la propia parte demandante ha reconocido que la obligación que originó la hipoteca había sido cancelada. **Duodécimo.-** Que, por las razones expuestas, habiéndose infringido el artículo 1104 del Código Civil, la casación debe ser amparada. **VI. DECISION:** Por estas consideraciones y conforme a lo establecido en el artículo 396 del Código Procesal Civil: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fojas cuatrocientos setenta y siete, interpuesto por Gladys Margarita Paz Larrea de Delgado; en consecuencia, **NULO** el auto de vista de fecha veintiséis de diciembre de dos mil nueve (siendo lo correcto dos mil doce), obrante a fojas cuatrocientos cincuenta y dos; y, **actuando en sede de instancia: REVOCARON** el auto apelado de fecha veinticuatro de mayo de dos mil doce, que declara infundada la contradicción interpuesta, **REFORMÁNDOLA** declararon **FUNDADA** la contradicción; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, conforme a Ley; en los seguidos por el Banco de Crédito del Perú contra Gladys Margarita Paz Larrea de Delgado y otros, sobre ejecución de garantía; y los devolvieron. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Calderón Puertas.-** SS. ALMENARA BRYSON, HUAMANÍ LLAMAS, ESTRELLA CAMA, RODRÍGUEZ CHÁVEZ, CALDERÓN PUERTAS

<sup>1</sup> Morales Acosta, Alonso. En. Comentarios al Código Civil. Tomo V. Derechos Reales. Gaceta Jurídica, Lima 2003, artículo 1104, pp. 973 y 974.

<sup>2</sup> "En ese sentido, si no surge la obligación futura, la hipoteca no surtirá efecto alguno debiendo, en consecuencia, extinguirse o cancelarse". Ob. cit., p. 973.