



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**La hipoteca como título de ejecución. Análisis de la Ley reformativa al
Código Orgánico General de Procesos del 2019**

AUTOR:

Guillermo Andres Espinoza de los Monteros Armas

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de abogado de los
tribunales y juzgados de la república del Ecuador**

TUTOR:

Jose Miguel Vélez Coello

**Guayaquil, Ecuador
28 de agosto del 2020**



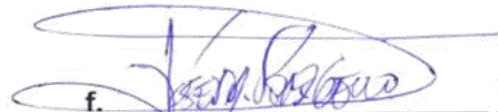
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Espinoza de los Monteros Armas Guillermo Andres**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los tribunales y juzgados de la república del Ecuador**.

TUTOR

f. 
Vélez Coello, José Miguel

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

Ab. Lynch Fernández, María Isabel

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2020



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Guillermo Andres Espinoza de los Monteros Armas**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **La hipoteca como título de ejecución. Análisis de la Ley reformativa al Código Orgánico General de Procesos del 2019** previo a la obtención del título de **Abogado de los tribunales y juzgados de la república del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2020

EL AUTOR

f. 
Espinoza de los Monteros Armas Guillermo Andres



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

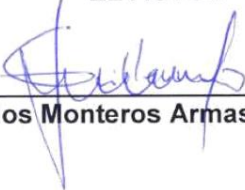
AUTORIZACIÓN

Yo, **Guillermo Andres Espinoza de los Monteros Armas**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La hipoteca como título de ejecución. Análisis de la Ley reformativa al Código Orgánico General de Procesos del 2019**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 28 del mes de agosto del año 2020

EL AUTOR

f. 
Espinoza de los Monteros Armas Guillermo Andres

REPORTE DE URKUND

URKUND

Documento: TESIS - GUILLERMO ESPINOZA DE LOS MONTEROS - FINAL.docx (DT7953658)
Presentado: 2020-09-19 14:09 (-05:00)
Presentado por: Maritza Ginette Reynoso Gauté (maritza.reynoso@cu.uceg.edu.ec)
Recibido: maritza.reynoso.uceg@analysis.orkund.com
Mensaje: Tesis Guillermo Espinoza de los Monteros. [Mostrar el mensaje completo](#)
1% de estas 16 páginas, se componen de texto presente en 2 fuentes.

Lista de fuentes Bloques

Categoría	Enlace/nombre de archivo
TESIS JEAN.docx	
Fuentes alternativas	https://scout.esderecho.files.wordpress.com/2017/01/obligaciones.pdf
Fuentes no usadas	

0 Advertencias. Reiniciar. Exportar. Compartir.

Fuente externa: <https://repositorio.uke.edu.ec/bitstream/37000/573/1/T-UIDE-0536.pdf> 82%

la caución, que consiste en cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena.

CITATION Baños (p. 148 y 3082 (Bailesteros, 2005, pág. 148) De conformidad con el artículo 31 del Código Civil la hipoteca es una especie de caución, con la cual se asegura una obligación principal, de tal manera que, en caso de incumplimiento de la obligación principal, se ejecuta este derecho general de prenda. Así, según el artículo 2309 del mismo cuerpo de leyes,

la hipoteca es un derecho real de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.

CITATION
Cod052 (y 3082 (Codigo Civil, 2005)

EL AUTOR:

f. 

Espinoza de los Monteros Armas, Guillermo Andres

TUTOR:

f. 

Vélez Coello, Jose Miguel

AGRADECIMIENTO

*A mis padres por ayudarme a lo largo de la carrera, por sus sabios consejos
de nunca rendirme.*

A mis profesores por ser parte fundamental de mi formación académica.

DEDICATORIA

*Dedico esta etapa de mi vida a mis padres, por el apoyo incondicional en
todo momento.*

A Dios por bendecirme siempre a lo largo de mi vida.

A mi familia por ser el pilar fundamental de mis logros.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
(FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

DR. JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZ
DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

AB. MARITZA GINETTE REYNOSO DE WRIGHT
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

EDUARDO XAVIER MONAR VIÑA
OPONENTE



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: **Jurisprudencia**
Carrera: **Derecho**
Periodo: **UTE A 2020**
Fecha: **28 de agosto del 2020**

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR** elaborado por la/el estudiante **GUILLERMO ANDRES ESPINOZA DE LOS MONTEROS ARMAS**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **(10) (DIEZ)**, lo cual lo califica como **APTO(A) PARA LA SUSTENTACIÓN**

JOSE MIGUÉLVÉLEZ COELLO

ÍNDICE

AGRADECIMIENTO	VI
DEDICATORIA	VII
TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN	VIII
ACTA DE INFORME FINAL	IX
RESUMEN	XI
ABSTRACT	XII
INTRODUCCIÓN	2
CAPITULO I	3
1.1. EL CONTRATO DE HIPOTECA: LA OBLIGACIÓN, EL CONTRATO, LA CAUCIÓN	3
CAPITULO II	14
2.1. OTROS MODOS DE EXTINGUIR LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN UN TÍTULO DE EJECUCIÓN – EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA.	14
2.2. DE LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA SEGÚN LA REFORMA DEL COGEP	19
2.3. DERECHO CONSTITUCIONAL A LA DEFENSA	20
2.4. ALTERNATIVAS QUE SE DERIVAN DE UN ESTUDIO INTEGRAL DE LA NORMA.	21
LOS CAMBIOS QUE INTRODUCE LA LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO.	24
RECOMENDACIONES	28
BIBLIOGRAFÍA	29

RESUMEN

La hipoteca como título ejecutivo exigible mediante una acción ejecutiva, luego de la reforma del artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos, puede ser ejecutada ahora como título de ejecución. Esta reforma procesal afecta a todos los deudores hipotecarios, quienes podrán ser ejecutados en un procedimiento sobre el cual no pueden proponer excepciones previas ni de fondo, si no tan solo oponerse demostrando que la obligación se encuentra extinguida por pago, transacción, remisión, novación, confusión, compensación o pérdida de la cosa debida, dejando de lado la nulidad, la falsedad, la prescripción o el cumplimiento de la condición resolutoria, así como, no tener la posibilidad de alegar la inejecutividad de la obligación. En el presente trabajo se analizará como la reforma vulnera los derechos constitucionales al debido proceso de los deudores hipotecarios.

Palabras claves: Hipoteca, título ejecutivo, título de ejecución, obligación, extinción, procedimiento

ABSTRACT

After the amendment of Article 363 of the General Organic Code of Processes, the mortgage as an enforceable title can now be executed as a title of execution. This procedural reform affects all mortgage debtors, who may be executed in a procedure over which they may not propose prior or substantive exceptions, but only oppose it by demonstrating that the obligation is extinguished by payment, transaction, remission, novation, confusion, compensation or loss of the thing due, leaving aside nullity, falsehood, prescription or compliance with the resolutive condition, as well as not having the possibility of alleging the non-execution of the obligation. This paper will analyze how the reform violates the constitutional rights to due process of mortgage debtors.

Keywords: Mortgage, foreclosure title, obligation, extinction, procedure

INTRODUCCIÓN

La hipoteca como caución garantiza una obligación con un bien inmueble, para que, en caso de incumplimiento de la obligación principal, el acreedor hipotecario pueda realizar el bien inmueble y cobrarse la deuda.

Al ser una obligación accesoria que asegura una obligación principal, existen un sinnúmero de excepciones de fondo que puede interponer el deudor dentro del correspondiente proceso judicial. En nuestra legislación procesal, la hipoteca era un título ejecutivo, y, por lo tanto, para su cobro el acreedor debía interponer la demanda ejecutiva, citar al deudor, y éste podía proponer excepciones dentro del término. Trabada así la litis, el juzgador debía resolver sobre las excepciones planteadas y dictar sentencia. Solo cuando esta sentencia se encontraba ejecutoriada, se podía proseguir con la ejecución.

Sin embargo, con la reforma del COGEP del año 2019, la hipoteca es ahora un título de ejecución, y como tal, se ejecuta directamente, no admite excepciones sino tan sólo oposición sobre extinción de la obligación, impidiendo al deudor defenderse sobre la ejecutividad de la obligación, la nulidad o falsedad del instrumento, incluso la prescripción.

Esta reforma si bien facilita la acción de cobro del acreedor hipotecario vulnera los derechos constitucionales al debido proceso y a la tutela judicial efectiva que tiene el deudor conforme se desarrollará en el presente trabajo.

CAPITULO I

1.1. EL CONTRATO DE HIPOTECA: LA OBLIGACIÓN, EL CONTRATO, LA CAUCIÓN

La Hipoteca es un derecho real sobre un inmueble individualizado, que otorga al acreedor la garantía de persecución y preferencia sobre ese inmueble para cobrar una obligación contenida en un contrato principal.

La doctrina establece que, tradicionalmente, se ha tenido conocimiento que los Derechos Reales se los concibe con un poder que el titular lo puede ejercer de manera directa e inmediata en la cosa que constituye el objeto y que son eficaces frente a cualquier persona que lícita e ilícitamente se inmiscuya. Por otro lado, los Derechos de Crédito consiste en aquellos mediante el cual se exige a una persona la realización de un acto o prestación que puede consistir en dar, hacer, no hacer y que solo será eficaz frente a la persona obligada. (Cerdeira, 2008, pág. 148)

En la identificación de los sujetos que forman parte de esta relación jurídica, tenemos, por un lado, al acreedor hipotecario, quien puede ser una persona natural o jurídica y cuenta con un interés directo en la verificación del cumplimiento de la obligación principal. En caso de que el deudor hipotecario no cumpla con la obligación, el acreedor podrá hacer efectivo su derecho de crédito, de acuerdo a lo estipulado en las cláusulas contractuales (Alberdi, 2016, pág. 133)

De conformidad con los artículos 2311 y 2312 del Código Civil ecuatoriano, el Derecho Real de hipoteca deberá otorgarse por escritura pública (solemnidad requerida), posteriormente, como requisito de publicidad, la hipoteca deberá registrarse en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad, puesto que constituye un gravamen que recae sobre un inmueble.

Tomando en consideración que quien detenta el inmueble es el constituyente, el procedimiento de inscripción de hipoteca otorgará seguridad y certidumbre al acreedor hipotecario respecto de la existencia de la obligación. (Código Civil, 2005)

El Derecho Real de hipoteca le otorga al acreedor la facultad de persecución y preferencia (*ius persecuendi – ius preferendi*), esto significa que el acreedor podrá hacer efectivo el cobro del inmueble sin importar en manos de quien esté y lo hará con preferencia a otros acreedores. Asimismo, el artículo 2330 del Código Civil, establece las facultades de persecución y preferencia que el acreedor hipotecario puede disponer.

De acuerdo a Hernández, en el libro “Derechos Reales de Garantía”, la hipoteca se clasifica de la siguiente manera:

1. Por su forma: Puede ser simple y modal

1.1. Simple: “Es pura, sin ningún tipo de condición, modo o plazo. Reúne aquellos requisitos que se consideran válidos a todos los actos jurídico constitutivo de hipoteca, tales como la capacidad del agente, objeto y forma.” (Walter, 2017, pág. 78)

1.2. Modal: “Se encuentra sujeta a plazo o condición. Se presentan algunos elementos considerados como accidentales que pueden poner fin o postergar la eficacia del acto (plazo) o que incide en la existencia de los efectos del acto (condición), o que imponen una obligación a cargo del beneficiario con un acto de liberalidad (cargo).

Por otro lado, el plazo, condición o cargo, como elementos modales, no forman parte de la esencialidad del acto, en la medida que son los celebrantes quienes le añaden a los actos jurídicos, por ser necesarios para satisfacer sus exigencias, en el caso de la hipoteca, los elementos modales solo pueden ser la condición o plazo.” (Walter, 2017, pág. 78)

2. Por su situación: De conformidad con la situación estas pueden considerarse como expresas o tácitas.
 - 2.1. Expresa: Para que sea considerada válida, la hipoteca debe ser expresa, esto es, cumplir con la exigencia de elevar a escritura pública y posteriormente inscribir en el Registro de la Propiedad. (Xavier, 2012, pág. 285)
 - 2.2. Tácita: La doctrina indica que la hipoteca tácita se refiere a las legales, es decir, aquellas que se encuentran directamente establecidas en la ley, sin que exista formalidad de elevar a escritura pública y posterior inscripción en el Registro de la Propiedad. (Morales, 2005, pág. 55)
3. Por su origen: Se clasifican a su vez en convencionales y legales
 - 3.1. La hipoteca puede ser convencional, si el origen de su constitución es el acuerdo de la voluntad de las partes, se manifiesta la voluntad de constituir, modificar o extinción; por otro lado, la hipoteca legal, se constituye por Ministerio de la Ley. (Cárdenas, 1996, pág. 1630)

Como propósito del presente análisis del contrato de hipoteca, se hará mención a las características esenciales de este contrato:

- a) Convencionalidad: A criterio de Musto, el carácter convencional de la hipoteca se constituye por el acuerdo libre y voluntario de las partes con el fin de garantizar el cumplimiento de la obligación.

De acuerdo al principio de autonomía de voluntad de las partes contratantes les permite convenir elementos de la obligación contractual, tales como, sobre cuál bien inmueble debidamente individualizado recaerá el gravamen, el monto del crédito debidamente determinado y la forma en la que esta será cancelada. (Derechos Reales, 2000, pág. 239)

- b) **Accesoriedad:** La hipoteca constituye una caución, por ende, es accesoria a una obligación principal que necesariamente debe ser garantizada. Para esto, debemos tener en cuenta el aforismo “Lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, que indica que el crédito, de manera general tiene vida propia y puede sobrevivir sin una garantía; sin embargo, esta obligación principal es el principio de existencia de la hipoteca, puesto que depende del cumplimiento de la obligación principal para para que se extinga o se ejecute.

- c) **Temporalidad:** De acuerdo a Schreiber, citando por Arias la hipoteca tiene carácter temporal, esto es, se revuelve de alguna manera con el tiempo, sea por el cumplimiento de la obligación principal o la ejecución de la hipoteca.

Este carácter de temporalidad se deriva a que las partes estipulan dentro de las cláusulas el tiempo en que el que el deudor hipotecario deberá cumplir con el crédito. Asimismo, el plazo de la hipoteca puede ser suspensivo o resolutorio, cierto o incierto. (Arias, 1984)

- d) **Especialidad:** El inmueble debe ser individualizado: Este gravamen recae directamente sobre un bien inmueble determinado en su constitución. El principio de especialidad que indica Schreiber, supone que se deberá establecer la ubicación del bien con sus áreas y linderos, numeración, calle y jurisdicción. La finalidad de esta característica es otorgarle seguridad jurídica al acreedor hipotecario de reconocer el bien que será objeto del gravamen.

- e) **Indivisibilidad:** Esta característica se basa en que la obligación principal e encuentra garantizada en virtud de la totalidad del valor del inmueble, aún así el saldo del crédito sea diminuto, esto corresponde a que el gravamen subsiste hasta el pago íntegro de la deuda hipotecaria.

- f) Formalidad y publicidad: Las partes acreditan la existencia de la obligación con el contrato de hipoteca debidamente otorgado mediante escritura pública. El contrato de hipoteca es solemne, puesto que la exigencia de la ley de que el contrato sea elevado a escritura pública permite la producción de efectos relativos entre las partes; al no existir desplazamiento de la posesión a favor del acreedor hipotecario, se requiere de una forma de acreditar la existencia del gravamen.

Para entender la figura de la hipoteca, así como la acción para hacerla efectiva es necesario partir de la definición de “obligación” y de la definición de “contrato”.

“La obligación es el vínculo jurídico por el cual una persona se constriñe a otra a realizar una prestación de dar, hacer y no hacer según la ley, siendo el contrato un acuerdo de voluntades que genera obligaciones.” (Bolaños, 2013, pág. 11)

La consecuencia natural de celebrar un acuerdo de voluntades es su vocación a cumplir las obligaciones que se derivan del pacto. Sin embargo, en caso de incumplimiento, todo acreedor tiene sobre su deudor el derecho general de prenda de cobrarse la deuda en los bienes de su deudor.

En cuanto a la manifestación de consentimiento, la forma de exteriorizar queda al arbitrio de las partes, dicha conveniencia es un indicativo de que es útil celebrar un contrato por escrito, con el fin de obtener un medio de prueba y especificar el alcance de todas las obligaciones de las partes. (Doyharcabal, 1998, pág. 204)

Esta garantía general de prenda es elemento propio de la naturaleza de los contratos bilaterales. No obstante, puede darse el caso que el deudor, luego de verificado el incumplimiento, al momento de la ejecución judicial de la obligación, no tenga bienes suficientes para satisfacer la obligación. Para ese caso, el legislador ha previsto la figura de la caución, que consiste en cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. (Ballesteros, 2005, pág. 148)

De conformidad con el artículo 31 del Código Civil la hipoteca es una especie de caución, con la cual se asegura una obligación principal, de tal manera que, en caso de incumplimiento de la obligación principal, se ejecuta este derecho general de prenda. Así, según el artículo 2309 del mismo cuerpo de leyes, la hipoteca es un derecho real de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor. (Código Civil, 2005)

En este mismo sentido, relativo a la figura de la garantía general, el artículo 2326 del mismo cuerpo de leyes, acertadamente señala que el acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar con las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario. (Código Civil, 2005)

Por lo tanto, como también lo afirma la doctrina, el contrato de hipoteca al ser un contrato accesorio a la obligación principal, solo se ejecuta en caso de incumplimiento de la misma. (Ángel Carrasco, 2008, pág. 17)

La definición de Garantía, comprende como aquellos mecanismos de tutela del acreedor, se lo puede concebir como un sistema de aseguramiento legal o voluntario, que cuenta con la finalidad de cuidar los intereses del acreedor con la seguridad del cumplimiento de la obligación por parte del deudor. (Muñoz, 1996, pág. 84)

Los mecanismos de tutela, inclusive las garantías en un sentido general, se explican desde la perspectiva del denominado Derecho de prenda General o Garantía General de acreedores. En este derecho se toma en cuenta el vínculo jurídico del que desprende el concepto de obligación, esto es, lo siguiente:

Como un pedazo o corte de la vida social que aparece organizado dentro del ordenamiento jurídico, por un especial principio jurídico y por una especial función económica o social, de esta naturaleza orgánica derivan todos los derechos, deberes, facultades o cargas de todos los sujetos agrupados en torno a la obligación. (Picazo, 1998, pág. 67)

De acuerdo al artículo 2311, la hipoteca deberá otorgarse por escritura pública pudiendo celebrarse en una misma escritura pública, tanto la hipoteca como el contrato a que accede. Adicionalmente, la hipoteca no impide que el dueño del bien hipotecado lo venda, en la misma escritura puede celebrarse la prohibición de enajenar el bien inmueble hipotecado. (Código Civil, 2005)

De igual forma, Bercovitz Rodríguez, menciona sobre los efectos de la publicidad registral, se basa en el conocimiento y determinación del bien gravado y aquella posibilidad de conocer lo publicado, que únicamente puede realizarse respecto a los bienes inmuebles. (Rodríguez, 2012, pág. 365)

Así las cosas, el acreedor hipotecario podía ejercer su derecho real sobre el bien hipotecado en caso que de incumplimiento de la obligación principal, a través de un juicio ejecutivo, puesto que la hipoteca constituía un título ejecutivo.

Así lo señalaba, los artículos 422 y 423 del ya derogado Código de Procedimiento Civil (CPC), por el cual, un juicio ejecutivo podía fundarse en título hipotecario. Es más, el artículo 485 del Código de Procedimiento Civil señalaba que, si la ejecución se seguía contra el deudor principal, hallándose el inmueble gravado en posesión de un tercero, debía citarse también a éste la demanda, si el acreedor pretendía ejercer el derecho de hipoteca. (Código Civil, 2005)

Bajo la legislación adjetiva civil anterior, la acción de cobro se seguía por la vía ejecutiva. La cual consistía en acompañar la demanda con el título que reúna las condiciones de ejecutivo, tal como se detallaba en el parágrafo 2o. "Del Juicio Ejecutivo".

La principal virtud de este procedimiento era su celeridad, en comparación con los procedimientos verbales sumarios y ordinarios que constaban en el mismo cuerpo de leyes. Por ejemplo, el artículo 421 señalaba que en caso del Juez considerar ejecutivo el título, así como la obligación correspondiente, podía ordenar que el deudor la cumpla o proponga excepciones en el término de tres días. (Código Civil, 2005)

Además, según el artículo 423 si la ejecución por cantidad de dinero, se fundaba en título hipotecario, se podía ordenar el embargo del bien hipotecado en el auto de pago, a solicitud del ejecutante. (Código Civil, 2005)

Frente a este auto de pago, sin embargo, el legislador había previsto el ejercicio del legítimo derecho a la defensa a través de las excepciones dilatorias o perentorias, las cuales podían interponerse en el término de tres días de citada la demanda, so pena de dictarse sentencia con el carácter de ejecutoriada con fuerza de cosa juzgada.

Asimismo, si el demandado contestaba la demanda proponiendo excepciones, tenía lugar la sustanciación de un procedimiento adversarial en donde cada una de las partes podía presentar prueba que sustente sus afirmaciones.

Este proceso, finalizaba con una etapa de alegatos escritos y una sentencia relativamente expedita, sobre la cual se podía apelar para ante el Superior, para que ratifique o revoque la sentencia, sin que luego de ello, pueda interponerse un recurso de casación, dada la naturaleza ejecutiva del procedimiento.

Esta tradición procesal, se mantuvo en la promulgación del Código Orgánico General de Procesos que entró en vigencia el 22 de mayo del 2016, en el cual, se estableció que la acción hipotecaria se ejercía a través de procedimiento ejecutivo de conformidad con el artículo 347 que señalaba cuáles documentos constituyen títulos ejecutivos, tal como se detalla a continuación: (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Art. 347.- Títulos ejecutivos. Son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de dar o hacer:

1. Declaración de parte hecha con juramento ante una o un juzgador competente.
2. Copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas.

3. Documentos privados legalmente reconocidos o reconocidos por decisión judicial.

4. Letras de cambio.

5. Pagarés a la orden.

6. Testamentos.

7. Transacción extrajudicial.

8. Los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos.”

El artículo 348 del mismo cuerpo procesal señala que para que proceda el procedimiento ejecutivo, la obligación contenida en el título deberá ser clara, pura, determinada y actualmente exigible. Cuando la obligación es de dar una suma de dinero debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética. Si uno de los elementos del título está sujeto a un indicador económico o financiero de conocimiento público, contendrá también la referencia de este. (Còdigo Orgànico General de Procesos, 2015)

Se considerarán de plazo vencido las obligaciones cuyo vencimiento se haya anticipado como consecuencia de la aplicación de cláusulas de aceleración de pagos. Cuando se haya cumplido la condición o si esta es resolutoria, podrá ejecutarse la obligación condicional y si es en parte líquida y en parte no, se ejecutará en la parte líquida. Si la obligación es en parte líquida, la o el actor acompañará una liquidación pormenorizada siguiendo los criterios establecidos en el título. (Còdigo Orgànico General de Procesos, 2015)

El artículo 349 por su parte mantiene el mismo requisito de procedibilidad por el cual, la demanda deberá reunir los requisitos previstos en las reglas generales de este Código y se propondrá acompañada del título que reúna las condiciones de ejecutivo. Siendo que, en caso de omisión de este requisito no será subsanable y producirá la inadmisión de la demanda. (Còdigo Orgànico General de Procesos, 2015)

Asimismo, se mantuvieron las reglas de la obligatoriedad de proponer excepciones so pena de dictarse una sentencia con el carácter de ejecutoriada en caso de no contestación. Así también, mantiene la posibilidad de apelar.

Durante la vigencia del COGEP, todas las acciones hipotecarias se sustanciaban en procedimiento ejecutivo, el cual permitía al demandado la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa, garantizado por el artículo 76, numeral 7, de la Constitución, así como ejercer el derecho a recurrir de la decisión judicial, tal como lo asegura el artículo 76, numeral 7, literal m de la Constitución. (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008)

En consideración a las falencias y vacíos legales que observó el Poder Legislativo en el nuevo régimen procesal implementado por el Código Orgánico General de Procesos, con la finalidad de aplicar los principios del debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica establecidos en los artículos 11, 75, 76 y 82 de la Constitución del Ecuador, el Poder Legislativo decidió “Armonizar” el sistema procesal con las normas establecidas en la Constitución bajo la implementación de reformas al Código Orgánico General de Procesos.

Mediante Registro Oficial Suplemento No. 517 publicado el miércoles 26 de junio del 2019, entró en vigencia la Ley Reformatoria del COGEP el legislador reformó el artículo 363 y estableció a la Hipoteca como título de ejecución, es decir, ya no un título ejecutivo (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Este cambio, implica que el acreedor hipotecario ya no debe recurrir a la vía ejecutiva con doble instancia para hacer valer su derecho de prenda, si no que basta con la solicitud de ejecución prevista en el artículo 370 del COGEP para que el Juez ordene el embargo del bien sin posibilidad de que haya juicio, si no tan solo una oposición taxativa sin derecho a apelar ante el superior. Así lo señala el artículo 373 del mismo cuerpo de leyes: (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

“Art. 373.- Oposición de la o del deudor. La o el deudor únicamente podrá oponerse al mandamiento de ejecución dentro del término de cinco días señalados en el artículo anterior, por las siguientes causas:

1. Pago o dación en pago.
2. Transacción.
3. Remisión.
4. Novación.
5. Confusión.
6. Compensación.
7. Pérdida o destrucción de la cosa debida.

Como se aprecia, el deudor solo puede oponer estas formas jurídicas de extinguir las obligaciones. Sin embargo, esta reforma legislativa restringe el legítimo derecho a oponer otras causales de extinción de obligaciones las cuáles se desarrollarán en el capítulo siguiente.

CAPITULO II

2.1. OTROS MODOS DE EXTINGUIR LA OBLIGACIÓN CONTENIDA EN UN TÍTULO DE EJECUCIÓN – EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA.

Tal y como consta del procedimiento de ejecución previsto en el Código Orgánico General de Procesos, la única defensa que puede proponer el deudor son las relativas a la extinción de la obligación. Sin embargo, de un análisis de la norma procesal, podemos constatar que la misma recoge algunos de los medios de extinción de obligaciones ya establecidos en el artículo 1583, numerales del 2 al 8 del Código Civil, tal como se cita a continuación: (Código Civil, 2005)

Art. 1583.- Las obligaciones se extinguen, en todo o en parte:

(...)

2. Por la solución o pago efectivo;

3. Por la novación;

4. Por la transacción;

5. Por la remisión;

6. Por la compensación;

7. Por la confusión;

8. Por la pérdida de la cosa que se debe;

(...)

Sin embargo, se observa que no todos los medios de extinción de las obligaciones han sido recogidos por el legislador en el COGEP. De esta forma, se puede evidenciar que los siguientes modos de extinguir las obligaciones no se encuentran contemplados en la legislación procesal para oponerlas a una ejecución, tales como, la convención, la nulidad, la condición

resolutoria y la prescripción, conforme se cita a continuación: (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

1. Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo.
9. Por la declaración de nulidad o por la rescisión;
10. Por el evento de la condición resolutoria; y,
11. Por la prescripción.

Estas otras formas de extinción, que no están contempladas en el Código Orgánico General de Procesos como medios de oposición, deben poder ser invocadas contra un título de ejecución, por cuanto, forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano estando reguladas por la legislación especial en materia civil del Libro IV “De las Obligaciones”.

A continuación, se analizarán las formas de extinción:

a) Nulidad

En primer lugar, puede darse el caso que la hipoteca que se ejecuta tenga vicios tanto en el contrato como en la escritura. Es decir, puede que el contrato de hipoteca sea nulo, o bien, puede que la escritura pública que contiene la hipoteca sea también nula. En cuyo caso, al existir nulidad sea del contrato o sea del instrumento público, no pueda ejecutarse la obligación, y el deudor tiene todo el derecho de excepcionarse en la nulidad. (Alessandri, 2008, pág. 52)

En segundo lugar, puede darse el caso que el instrumento público que contiene la hipoteca sea falso. Que las firmas hayan sido falsificadas. En cuyo caso, al haber falsedad del instrumento público, no pueda ejecutarse la obligación, y el deudor tiene todo el derecho de excepcionarse en la falsedad.

Estas hipótesis de nulidad y falsedad, no están contempladas en el Código Orgánico General de Procesos como oposición a la ejecución, por lo tanto, el deudor ejecutado se encuentra en total indefensión.

b) Condición Resolutoria

Sobre este punto, puede darse el caso que se haya constituido la hipoteca como garantía de pago de un préstamo financiero, que no se cumplió del todo. Es decir, se celebra un contrato de préstamo, y el deudor garantiza el pago de la suma recibida constituyendo una hipoteca sobre un bien inmueble de su propiedad, mas resulta que el préstamo nunca se efectivizó del todo y sin embargo el deudor responderá con el bien inmueble aun cuando el acreedor hipotecario nunca cumplió con la obligación principal. En este caso, nos encontramos frente a la condición resolutoria tácita por la cual, el incumplimiento de la obligación principal por parte del acreedor hipotecario extingue la obligación del deudor.

Al respecto, el artículo 1568 señala que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos. (Código Civil, 2005)

De conformidad con el artículo 1495 la condición se llama resolutoria cuando por su cumplimiento se extingue un derecho. (Código Civil, 2005)

Luego, el artículo 1505 señala que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. (Código Civil, 2005)

Esto quiere decir, que el ejecutado pudiendo justificar jurídicamente su incumplimiento de pago, en el incumplimiento de su acreedor de realizar el préstamo, no puede alegar dicho argumento por cuanto el legislador no lo ha establecido como medio de oposición, aun cuando la legislación civil lo contempla como un modo de extinguir las obligaciones.

c) Prescripción

Puede darse el caso que pretenda ejecutarse una hipoteca que cauciona una obligación principal que se encuentra prescrita. El artículo 2392

señala que la prescripción es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, por no haberse ejercido dichas acciones y derechos, durante cierto tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice que prescribe cuando se extingue por la prescripción. (Código Civil, 2005)

El artículo 2414 del Código Civil señala que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible, y sobre la hipoteca, el artículo 2416 del Código Civil señala que la acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden.

El artículo 2393 expresamente señala que el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla. El juez no puede declararla de oficio. Por lo tanto, el deudor legitimado por la legislación civil para oponer la prescripción frente a la ejecución de una hipoteca, obligado a alegarla para su aprovechamiento, no puede hacerlo por cuanto la Asamblea Nacional no incluyó la prescripción como medio de oposición en un procedimiento de ejecución. (Código Civil, 2005)

d) Otros medios de oposición

Adicionalmente a los modos de extinción señalados, existen otros medios de defensa que pueden ser invocados por el deudor y que el legislador no los ha previsto, tan elementales como oponer que el título de ejecución no puede ser ejecutado. Por ejemplo, en el caso de haberse celebrado una hipoteca para garantizar una obligación que se encuentra en periodo de gracia de cinco años y que, sin embargo, se solicita su ejecución antes de dicho tiempo.

De conformidad con la reforma del Código Orgánico General de Procesos del año 2019, el deudor no puede oponer la inexigibilidad de la obligación, por cuanto, el artículo 373 del Código Orgánico General de Procesos es taxativo. No obstante, estos medios de oposición restringidos tienen su razón de ser frente a una sentencia ejecutoriada o un laudo arbitral nacionales o extranjeros, donde ya se juzgó lo principal, o bien, en los títulos

que constituyen métodos auto compositivos de solución de conflictos como lo son, el acta de mediación, la transacción judicial y extrajudicial, que tienen fuerza de sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada, por lo tanto, se justifica su delimitación. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

En cambio, la hipoteca es una garantía accesoria de una obligación principal que puede y debe ser discutida. En el procedimiento ejecutivo, antes de la reforma el demandado al contestar a la demanda por un crédito hipotecario podía formular oposición acompañando la prueba conforme con lo previsto en este Código, mientras que el juzgador podía ordenar el embargo del bien desde la primera providencia. Actualmente, el ejecutado no puede discutir la obligación ni defenderse en cualquier de los puntos señalados en el presente trabajo.

En este punto, vale hacer una crítica a la reforma de 2019, puesto que el legislador no derogó la regla que se encuentra en el capítulo del procedimiento ejecutivo del Código Orgánico General de Procesos, que en el tercer inciso del artículo 351 del Código Orgánico General de Procesos continúa señalando que al inicio del proceso ejecutivo en la calificación de la demanda “también podrá pedirse embargo de los bienes raíces, siempre que se trate de crédito hipotecario”. Norma inaplicable y que genera confusión por cuanto la hipoteca según el cuerpo adjetivo vigente es un título de ejecución. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

En consecuencia, aun cuando la naturaleza de la hipoteca es accesoria a una obligación principal, debidamente regulada por el Código Civil, al momento de su ejecución, el ejecutado no puede oponer las mismas reglas civiles para ejercer su legítimo derecho a la defensa, si no que se encuentra limitado por un método de ejecución que es propio para las sentencias ejecutoriadas, tal como se explica a continuación.

2.2. DE LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA SEGÚN LA REFORMA DEL COGEP

El artículo 370 del Código Orgánico General de Procesos establece que, si se trata de la ejecución de un título hipotecario, se deberá presentar una solicitud que, además de los requisitos de la demanda, contenga la identificación del título de ejecución que sirve de habilitante para presentar la solicitud. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

El artículo 372 del Código Orgánico General de Procesos, establece sobre el mandamiento de ejecución, que, recibida la liquidación, la o el juzgador expedirá el mandamiento de ejecución que contendrá:

1. La identificación precisa de la o del ejecutado que debe cumplir la obligación.
2. La determinación de la obligación cuyo cumplimiento se pretende, adjuntando copia de la liquidación, de ser el caso.
3. La orden a la o al ejecutado de pagar o cumplir con la obligación en el término de cinco días, bajo prevención que, de no hacerlo, se procederá a la ejecución forzosa. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Cuando se trate de ejecución de una hipoteca, la notificación del mandamiento de ejecución a la o al ejecutado se efectuará en persona o mediante tres boletas.

El artículo 367 del Código Orgánico General de Procesos señala sobre las obligaciones de dar dinero o bienes de género que cuando se trate de una obligación de dar dinero, la o el juzgador dictará mandamiento de ejecución ordenando que la o el demandado, consigne la cantidad de bienes genéricos o deposite el importe de dichos bienes a su precio corriente de mercado a la fecha que se lo dictó, bajo prevenciones de proceder al embargo de bienes suficientes en la forma prevista por el Código Orgánico General de Procesos. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

La ejecución propuesta por el pago de pensiones periódicas, por el cumplimiento de obligaciones que debían satisfacerse en dos o más plazos, podrá comprender las pensiones y obligaciones que se hubiesen vencido en los períodos o plazos subsiguientes, aun cuando el juicio se hubiese contraído al pago de una sola pensión, o a la que debió darse o hacerse en uno de los plazos.

Como puede observarse, este procedimiento es expedito precisamente porque contiene normas que son propias de la ejecución de una sentencia, no de una garantía accesoria a una obligación principal. En todo caso, el legislador pudo haber matizado o dotado de reglas especiales para la ejecución de las hipotecas.

Frente a ello, a continuación, realizaremos un análisis sobre el derecho a la defensa y sobre si existe o no en el COGEP alguna forma de oponerse a la ejecución de una hipoteca.

2.3. DERECHO CONSTITUCIONAL A LA DEFENSA

El hecho que el legislador no permita al deudor ejecutado proponer estos medios de defensa, atenta contra los principios del debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica establecidos en la Constitución.

El artículo 75 señala que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. Por lo tanto, que no pueda oponerse el deudor, violenta la tutela judicial efectiva. (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008)

El artículo 76 establece las garantías del debido proceso, y claramente señala que nadie quedará en indefensión. Por lo tanto, en aplicación de estos principios constitucionales, el juzgador por mandato del artículo 11 de la Constitución debe oír todos los argumentos que exponga el deudor ejecutado en la audiencia y considerarlos antes de proseguir con la ejecución, y no solo cuando se invoquen los taxativos del artículo 373 del Código Orgánico General de Procesos.

2.4. ALTERNATIVAS QUE SE DERIVAN DE UN ESTUDIO INTEGRAL DE LA NORMA.

De conformidad con el artículo 79 del COGEP, en la audiencia de ejecución, deben aplicarse las reglas generales a todas las audiencias, que incluyen entre otras reglas los siguientes derechos de las partes:

La o el juzgador concederá la palabra a las partes, para que argumenten, presenten sus alegaciones y se practiquen las pruebas, cuidando siempre que luego de la exposición de cada una, se permita ejercer el derecho a contradecir de manera clara, pertinente y concreta lo señalado por la contraria. Iniciará la parte actora. (Còdigo Orgànic General de Procesos, 2015)

Esto quiere decir, que el ejecutado en la audiencia puede oponer la prescripción, la verificación de la condición resolutoria, o la nulidad de la hipoteca.

Es de notar que la hipoteca aun cuando constituye un título de ejecución, no pierde su naturaleza de instrumento público que puede ser impugnado en su nulidad o falsedad en cuanto es una prueba documental.

Por lo tanto, el ejecutado puede incidentar sobre ello de conformidad con el artículo 214 del COGEP que señala que es documento falso aquel que contiene alguna suposición fraudulenta en perjuicio de tercero, por haberse contrahecho la escritura o la suscripción de alguno de los que se supone que la otorgaron o de los testigos o del notario por haberse suprimido, alterado o añadido algunas cláusulas o palabras en el cuerpo del instrumento, después de otorgado y en caso de que haya anticipado o postergado la fecha del otorgamiento. (Còdigo Orgànic General de Procesos, 2015)

Así también, el artículo 215 señala que los documentos públicos serán declarados nulos cuando no se han observado las solemnidades prescritas por la ley, las ordenanzas o reglamentos respectivos. (Còdigo Orgànic General de Procesos, 2015)

Como se puede observar, el mismo código impera sobre la falsedad o nulidad de las escrituras públicas, por ello, podemos concluir que dentro de la audiencia que se llevará al tenor del artículo 79 del Código Orgánico General de Procesos, el ejecutado podrá probar como en derecho corresponde que el título hipotecario es nulo o es falso. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Sobre este punto, no existe mayor claridad en el COGEP, por lo que depende siempre de cada juez, como encargado de dirigir las audiencias el permitir o no la exposición y práctica de pruebas en la oposición del deudor en la audiencia de ejecución.

Por lo que, a falta de esta oportunidad procesal, la única opción que tiene el deudor es demandar por cuerda separada y en procedimiento ordinario la nulidad de la hipoteca, sea porque existe nulidad del contrato o nulidad de la escritura pública.

La nulidad del contrato de hipoteca puede demandarse cuando no ha existido capacidad del contrayente, cuando existen vicios del consentimiento, o cuando no hay causa ni objeto lícito tal como lo prevé el artículo 1461 del Código Civil, asimismo, podrá demandarse la nulidad cuando no se cumplan los requisitos de validez del contrato de hipoteca como por ejemplo que se celebre por escritura pública.

Finalmente, sobre la escritura pública y su alcance probatorio, tanto el artículo 1717 del código civil como el artículo 208 del COGEP señalan expresamente que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado, su fecha declaraciones que en ellos haga la o el servidor público que los autoriza, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados, por lo tanto, sobre la verdad de su contenido podría ser el objeto de la litis en Juicio, posibilidad que en la legislación vigente se encuentra vedada al ejecutado.

Por otra parte, la nulidad de la escritura pública que contiene el contrato, sólo podrá ser demandado cuando se contravenga las solemnidades sustanciales que se requieren para tal celebración.

El artículo 205 del COGEP señala que documento público es el autorizado con las solemnidades legales. Si es otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública. El artículo 26 de la Ley Notarial señala que Escritura pública es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo. Se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la Ley o acordados por voluntad de los interesados.

Los requisitos de una escritura pública se encuentran detallados en el artículo 29 de la Ley Notarial de los cuales destacamos los siguientes:

1.- El lugar, día, mes y año en que se redacta; y también la hora si el notario lo estima conveniente;

2.- El nombre y apellido del notario autorizante y el del Cantón donde ejerce;

3.- El nombre y apellido de los otorgantes, su nacionalidad, estado civil, edad, profesión u ocupación y domicilio;

4.- Si proceden por si o en representación de otros, y en este último caso se agregarán o insertarán los comprobantes de la capacidad;

8.- La exposición clara y circunstanciada del acto o contrato convenido, sin que pueda usarse de números, signos ni abreviaturas, a menos que corresponda a denominaciones técnicas;

10.- La fe de haberse leído todo el instrumento a los otorgantes, a presencia del intérprete y testigos cuando intervengan; y,

11.- La suscripción de los otorgantes o del que contraiga la obligación si el acto o contrato es unilateral, del intérprete y los testigos si lo hubieren, y del notario, en un sólo acto, después

de salvar las enmendaduras o testaduras si las hubiere. (Ley Notarial, 1966)

El artículo 47 señala que es nula la escritura que no se halla en la página del protocolo donde, según el orden cronológico debía ser hecha y el artículo 48 señala que por defecto en la forma son nulas las escrituras públicas que no tienen la designación del tiempo y lugar en que fueron hechas, el nombre de los otorgantes, la firma de la parte o partes, o de un testigo por ellas, cuando no saben o no pueden escribir, las procuraciones o documentos habilitantes, la presencia de dos testigos cuando intervengan en el acto y la del notario o del que haga sus veces.

Esta norma es muy relevante, puesto que por mandato expreso del artículo 34 de la Ley Notarial, si la escritura original careciere de alguno de los requisitos expresados en el Art. 48, pero estuviere firmada por las partes, valdrá como instrumento privado, y si es calificada como un instrumento privado, no puede constituir un título de ejecución, sino que debe seguir siendo un título de ejecutivo para que en un proceso de conocimiento – ejecutivo, sí- pero de conocimiento al fin, el deudor pueda oponer esta excepción de manera que la escritura constituya un principio de prueba por escrito y deba demandarse en la vía ordinaria, con lo cual se ratifica lo expresado en este trabajo, que la reforma del 2019, menoscaba derechos del deudor, e impide su ejercicio a la legítima defensa previsto en las propias leyes. (Ley Notarial, 1966)

LOS CAMBIOS QUE INTRODUCE LA LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO.

Finalmente, durante el desarrollo del presente trabajo, entró en vigencia la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 229, del lunes 22 de junio de 2020, la misma que trajo algunos cambios en relación a la prelación de créditos hipotecarios. (Ley de Apoyo Humanitario , 2020)

En la Sección IV sobre la Prelación de los créditos de primera clase, al artículo 34, establece sobre la prelación de créditos desde el año 2020 hasta el año 2023, que los créditos privilegiados de primera clase, se pagarán en el siguiente orden de preferencia:

1. Los créditos de alimentos a favor de niñas, niños y adolescentes;
2. Todo lo que deba por ley el empleador al trabajador por razón del trabajo, que constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aún a los hipotecarios;
3. Las costas judiciales que se causen en el interés común de los acreedores;
4. Los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor. Si la enfermedad hubiera durado más de seis meses, fijará el juez según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia;
5. Las expensas necesarias para los funerales del deudor difunto;
6. Los créditos que estuvieren garantizados con prenda o hipoteca;
7. Los créditos debidos a acreedores y proveedores del deudor de los demás segmentos de crédito, que no se encuentren contenidos en otros numerales de este artículo;
8. Los derechos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por aportes, primas, fondos de reserva, convenios de purga de mora patronal, multas, descuentos u otros que engendren responsabilidad patronal y por créditos concedidos a los afiliados o beneficiarios;
9. Los derechos del Estado y las demás instituciones del Estado que señala la Constitución, no contempladas en lo dispuesto por

el numeral seis de este artículo y que consten en leyes especiales;

10. Los derechos del Estado y de las instituciones del Estado que señala la Constitución para cobrar las correspondientes obligaciones, a sus funcionarios u empleados, sentenciados como autores, cómplices o encubridores de peculado; y,

11. Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses.

El artículo 2376 del Código Civil señala que A la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran: 3. El acreedor prendario sobre la prenda. El artículo 2379 del mismo cuerpo de leyes en cambio señala que La tercera clase de créditos comprende los hipotecarios. (Código Civil, 2005)

Por lo tanto, como primer elemento a destacar tenemos que se modifica el orden de prelación de los créditos privilegiados de primera clase, en esencia subordinando las deudas del Estado a las deudas privadas, de tal manera, que los créditos que normalmente gozan de prenda e hipoteca suben de la segunda y tercera clase, respectivamente, al orden sexto de la primera clase.

Esta reforma implica una mayor preferencia de los créditos hipotecarios y una vez más pone en una mejor posición al acreedor hipotecario.

CONCLUSIONES

Del estudio realizado se puede concluir que la reforma del COGEP del año 2019, afecta los derechos del deudor a la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y el debido proceso, puesto que la multiplicidad de excepciones relativas a la nulidad, falsedad, inejecutividad del título, cumplimiento de la condición resolutoria, no pueden oponerse en Juicio, y tan solo pueden plantearse bajo el principio general del desarrollo de audiencias, dependiendo del Juez su admisión y debate.

Por lo tanto, frente a una ejecución, la única alternativa que tendrá el deudor será iniciar por cuerda separada una acción de nulidad de escritura pública o bien una acción de nulidad de contrato, proceso de conocimiento ordinario de muy larga duración.

Al respecto, la Corte Constitucional debería pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la reforma por cuanto menoscaba los derechos de los demandados a ejercer su defensa en igualdad de condiciones, considerando, que, para los contratos de hipoteca suscritos antes de la reforma, los deudores dieron su consentimiento bajo una legislación aplicable que no contemplaba la ejecución directa, si no la demanda ejecutiva. Por lo tanto, la voluntad se encuentra afectada por una reforma legal sobreviniente.

RECOMENDACIONES

Por todo lo expuesto, corresponde reformar el Código Orgánico General de Procesos de manera que la hipoteca constituya un título ejecutivo, hasta con un procedimiento más expedito si se quiere. Sin embargo, no puede transformarse un contrato accesorio en un título de ejecución pasado en autoridad de cosa juzgada so pretexto de la celeridad en el cobro, sobre todo si la obligación se encuentra debidamente garantizada, de manera que no se vulneren los derechos constitucionales del debido proceso y de la defensa del deudor.

Así mismo, la Corte Nacional de Justicia debe pronunciarse sobre la vigencia de la regla por la cual, las hipotecas son título de ejecución, considerando que las que fueron celebradas antes del 26 de junio de 2019, no contenían la consecuencia jurídica de ejecución sino la legítima expectativa de una acción ejecutiva en caso de impagos. La reforma sobreviniente contiene una circunstancia legal no prevista al momento del consentimiento, que de haber sido conocida hubiera influido significativamente en la celebración del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberdi, L. (2016). La hipoteca y sus caracteres en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*.
- Alessandri, A. (2008). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Àngel Carrasco, L. C. (2008). *Tratado de los derechos de garantía, tomo II*. Madrid: Aranzadi.
- Arias, S. . (1984). *Exégesis del Código Civil Peruano*. Lima.
- Ballesteros, D. -P. (2005). *Sistema de Derecho Civil, volumen II*. Madrid: Tecnos.
- Bolaños. (2013). La obligación civil romana y las garantías del Derecho de Crédito. *Revista Judicial, Costa Rica No. 109*.
- Cárdenas, R. (1996). *La hipoteca en la codificación civil peruana*. Lima: Cultural Cuzco.
- Cerdeira, G. (2008). Derecho o carga real: Naturaleza jurídica de la hipoteca. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*.
- Código Civil. (2005).
- Código Orgánico General de Procesos. (22 de mayo de 2015). *Registro Oficial Suplemento 506* .
- Constitución de la República del Ecuador*. (Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008).
- Derechos Reales*. (2000). Buenos Aires: Atrea.
- Doyharcabal, S. (1998). Naturaleza Jurídica del mutuo: contrato real, consensual o solemne. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*.

Ley de Apoyo Humanitario . (22 de junio de 2020). *Registro Oficial Suplemento 229* .

Ley Notarial. (11 de noviembre de 1966). *Registro Oficial 158* .

Morales, R. (2005). La constitución de hipoteca mediante negocio jurídico. *Revista peruana de jurisprudencia*.

Muñoz, M. (1996). *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. Madrid: Civitas.

Picazo, L. D. (1998). *Instituciones de Derecho Civil, segunda edición, volumen II Derechos Reales*. Madrid: Tecnos.

Rodríguez, B. (2012). *Manua de Derechos Reales*. Madrid: Bercal.

Walter, H. (2017). *Derechos reales de garantía*. Lima, Perú: Rhodas.

Xavierez, C. (2012). *Compedio de derecho civil, 7ma edición, volumen III*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces.



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Espinoza de los Monteros Armas, Guillermo Andres, con C.C: # 0924781693 autor/a del trabajo de titulación: **La hipoteca como título de ejecución. Análisis de la Ley reformatoria al Código Orgánico General de Procesos del 2019** previo a la obtención del título de **Abogado de los tribunales y juzgados de la república del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 28 de agosto de 2020



Nombre: Espinoza de los Monteros Armas, Guillermo Andres

C.C: 0924781693



Presidencia
de la República
del Ecuador



Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	La hipoteca como título de ejecución. Análisis de la Ley reformativa al Código Orgánico General de Procesos del 2019.		
AUTOR(ES)	Espinoza de los Monteros Armas, Guillermo Andres		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	José Miguel Vélez Coello		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y ciencias sociales y políticas		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los tribunales y juzgados de la república del Ecuador.		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	28 de agosto de 2020	No. DE PÁGINAS:	30
ÁREAS TEMÁTICAS:	Contrato, hipoteca, procedimiento		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Hipoteca, título ejecutivo, título de ejecución, obligación, extinción, procedimiento		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): La hipoteca como título ejecutivo exigible mediante una acción ejecutiva, luego de la reforma del artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos, puede ser ejecutada ahora como título de ejecución. Esta reforma procesal afecta a todos los deudores hipotecarios, quienes podrán ser ejecutados en un procedimiento sobre el cual no pueden proponer excepciones previas ni de fondo, si no tan solo oponerse demostrando que la obligación se encuentra extinguida por pago, transacción, remisión, novación, confusión, compensación o pérdida de la cosa debida, dejando de lado la nulidad, la falsedad, la prescripción o el cumplimiento de la condición resolutoria, así como, no tener la posibilidad de alegar la inejecutividad de la obligación. En el presente trabajo se analizará como la reforma vulnera los derechos constitucionales al debido proceso de los deudores hipotecarios.			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-9-94602774	E-mail: guillermoandres95otmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza Ginette		
	Teléfono: +593-9-94602774		
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucgs.edu.ec		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			