



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

TEMA:

**LA HIPOTECA DENTRO DEL PROCESO DE EJECUCIÓN COMO EL MEDIO
PARA EL COBRO DE OBLIGACIONES**

**PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE:
MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

AUTORA:

AB. JOHANNA JESSENIA LOAIZA RIVADENEIRA

TUTORA:

DRA. NURIA PEREZ PUIG-MIR

Guayaquil, Ecuador

12 de noviembre del 2021



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la **Abogada Johanna Jessenia Loaiza Rivadeneira**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**.

Guayaquil, 12 de noviembre del 2021

DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Dra. Nuria Pérez Puig-Mir

REVISOR

**Dr. Jhonny de la Pared
Revisor**

DIRECTOR DE LA MAESTRIA

**Dr. Miguel Hernández Terán
Director de**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Johanna Jessenia Loiza Rivadeneira

Declaro que:

El Proyecto de Investigación: **La Hipoteca dentro del proceso de ejecución como el medio para el cobro de obligaciones**, previo a la obtención del Grado Académico de **Magister en Derecho Mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollado con base en una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros, conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 12 de noviembre del 2021

LA AUTORA

Abg. Johanna Jessenia Loiza Rivadeneira



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

AUTORIZACIÓN

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, **la publicación** en la biblioteca de la institución del Proyecto de Investigación, previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal, titulada: **La Hipoteca dentro del proceso de ejecución como el medio para el cobro de obligaciones**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 12 de noviembre del 2021

LA AUTORA:

Abg. Johanna Jessenia Loaiza Rivadeneira



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

INFORME DE URKUND

The screenshot shows the URKUND web interface. On the left, document details are displayed: 'Documento: TESIS SEPTIEMBRE 2020 - JOHANNA LOAZA Q1 (2).docx (09835434)', 'Presentado: 2021-03-19 09:48 (-05:00)', 'Presentado por: Andrés Isaac Obando Ochoa (sig.obando@hotmail.com)', 'Recibido: santiago.velazquez_arq@analisis.arkund.com', and 'Mensaje: RV: tesis con conexiones [johanna loaza] [verificar el mensaje con el documento]'. A yellow highlight indicates '4% de estas 41 páginas, se componen de texto presente en 18 fuentes'. On the right, a 'Lista de fuentes' table lists sources with checkboxes for inclusion or exclusion.

Lista de fuentes	Bloques
<input type="checkbox"/>	TESIS Ricardo Andres Albornoz Muñoz - URKUND.doc
<input type="checkbox"/>	http://es.scribd.com/document/511111111/El-procedimiento-de-ejecucion-regulado-en-el-codigo-general-de
<input type="checkbox"/>	https://www.infoderecho.com/2015/12/04/la-hipoteca-330/
<input type="checkbox"/>	http://repositorio.uca.edu.ec/bitstream/20.500.12186/16336/1/RECARABRE%20MARTIN%20.pdf
<input type="checkbox"/>	Fuentes alternativas
<input type="checkbox"/>	Fuentes no usadas

The screenshot shows a document viewer with two panes. The left pane displays the document's metadata: 'SISTEMA DE POSGRADO MAESTRIA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL', 'TEMA: LA HIPOTECA DENTRO DEL PROCESO DE EJECUCIÓN COMO EL MEDIO PARA EL COBRO DE OBLIGACIONES', 'AUTORA: AB. JOHANNA JESSENA LOAZA RIVADENEIRA', 'PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL', 'TUTORA: DRA. NURIA PEREZ PUG-ME', 'Guayaquil, Ecuador', '2020', and 'UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL SISTEMA DE POSGRADO MAESTRIA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL'. The right pane shows the document's content, which is a copy of the metadata from the left pane. The bottom of the image shows a Windows taskbar with several open document windows and a system tray displaying the date and time as 2:31 on 3/11/2021.

Agradecimiento

Mi agradecimiento va dirigido a mi familia quien con su amor y fe me han apoyado en mi camino para alcanzar cada meta propuesta, hoy culminar mi Maestría de Derecho - Mención Derecho Procesal, mi gratitud a la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, y a los docentes del postgrado por la oportunidad de poder adquirir nuevos conocimientos y ser parte de esta Institución de prestigio con una trayectoria académica reconocida, y de la cual me siento orgullosa de haber pertenecido.

Abg. Johanna Jessenia Loaiza Rivadeneira

Dedicatoria

El presente trabajo de investigación, está dedicado a mis padres, quienes me han inculcado constancia y perseverancia en todo lo que me he propuesto, aquellos que con su ejemplo me han llenado de valores los cuales hoy son fundamentales para el desarrollo de mi vida sobre todo en mi ámbito profesional y quienes jamás han soltado mi mano para conseguir cada anhelo y poder actualmente obtener este título de cuarto nivel.

Abg. Johanna Jessenia Loaiza Rivadeneira

Índice General

Introducción	2
La Hipoteca	9
Etimología.....	9
Breve reseña histórica.....	9
Definiciones doctrinarias sobre la hipoteca	15
La hipoteca en Ecuador.....	17
La hipoteca en la legislación ecuatoriana	20
Características de la hipoteca	22
Efectos de la hipoteca.....	25
Clases de hipoteca	26
Hipoteca cerrada	29
Hipoteca abierta	30
El Proceso de Ejecución	32
Generalidades del proceso de ejecución.....	33
Breve estructura del proceso de ejecución.....	35
Naturaleza de la ejecución.....	36
Definición de proceso de ejecución.....	38
Proceso de ejecución en la legislación ecuatoriana	39
Constitución de la República.....	39
Código Orgánico General de Procesos.....	41
Títulos ejecutivos y títulos de ejecución	45
La acción hipotecaria en Ecuador	46
Derecho comparado	49
Argentina	49
Colombia.....	51
Capítulo Metodológico	53
Enfoque de la investigación.....	53
Alcance de la investigación.....	53
Tipo	55
Métodos teóricos.....	55
Métodos Empíricos	58
Capítulo de Resultados	59
Análisis documental.....	59
Código Civil	59

Código Orgánico General de Procesos, COGEP	60
Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia	61
Análisis de las entrevistas	65
Capítulo de discusión	70
Capítulo de Propuesta.....	73
Justificación de la propuesta.....	74
Título de la Propuesta.....	75
Objetivo General.....	75
Propuesta	75
Validación de la propuesta.....	77
Conclusiones.....	79
Recomendaciones.....	81
Referencias	82

Índice de Tablas

Tabla 1 – Métodos, dimensiones.....	56
Tabla 2 – Métodos Empíricos.....	58
Tabla 3 – Ficha Técnica del Validador.....	77

Índice de Apéndices

Apéndice A.....	87
Apéndice B.....	89
Apéndice C.....	100
Apéndice D.....	106

Resumen

La investigación que se presenta tiene como **antecedente** el estudio de la hipoteca, su aparición histórica, características principales, su reconocimiento en la legislación sustantiva y procesal civil ecuatoriana; así como también, su reconocimiento en el ámbito de la legislación internacional latinoamericana. El análisis del proceso de ejecución y la normativa pertinente sobre la acción hipotecaria, también forman parte importante en la temática abordada. El principal **objetivo** del trabajo es presentar una propuesta de reforma del artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos, en la que se incluya a la hipoteca como título de ejecución. La **metodología** empleada es de tipo cualitativa, lo que ha permitido el análisis de las variables como las normas, sustantiva y procesal civil, que contienen a la hipoteca y el proceso de ejecución; el análisis de la jurisprudencia sobre su naturaleza, y las entrevistas realizadas a los expertos en materia civil respecto a cuestiones como características, proceso legal contemplado en la legislación, la tutela de los derechos de las partes. Los **resultados** proporcionan evidencia de que al no encontrarse reconocida la hipoteca dentro de los títulos de ejecución, el documento carece de eficacia y se inobservan disposiciones sustantivas que permiten garantizar los derechos del acreedor hipotecario. Se **concluye** con certeza la necesidad de reformar el artículo 363 del COGEP incluyendo un numeral adicional que disponga a la hipoteca como título de ejecución y de esta forma conste en la legislación procesal, el mecanismo procesal óptimo para garantizar los derechos reconocidos en el contrato de hipoteca.

Palabras clave: *hipoteca, título de ejecución, acción hipotecaria.*

Abstract

The research presented has as its background the study of the mortgage, its historical appearance, main characteristics, its recognition in Ecuadorian substantive and procedural civil law; as well as its recognition in the field of Latin American international legislation. The analysis of the foreclosure process and the pertinent regulations on the mortgage action are also an important part of the issue addressed. The main objective of the work is to present a proposal to reform article 363 of the General Organic Code of Processes, in which the mortgage is included as a title of execution. The methodology used is qualitative, which has allowed the analysis of variables such as the norms, substantive and civil procedure, which contain the mortgage and the foreclosure process; the analysis of the jurisprudence on its nature, and the interviews carried out with the experts in civil matters regarding issues such as characteristics, legal process contemplated in the legislation, the protection of the rights of the parties. The results provide evidence that since the mortgage is not recognized within the foreclosure titles, the document lacks effectiveness and substantive provisions are not observed that allow guaranteeing the rights of the mortgagee. The need to reform article 363 of the COGEP is concluded with certainty, including an additional numeral that provides the mortgage as an execution title and thus establishes in the procedural legislation, the optimal procedural mechanism to guarantee the rights recognized in the mortgage contract.

Keywords: *mortgage, foreclosure title, foreclosure action.*

Introducción

En el ámbito comercial y financiero ecuatoriano, se ha extendido de forma inexorable la hipoteca, como mecanismo asegurador de una obligación de crédito. Este mecanismo se sustenta en ciertas formalidades legales que otorgan validez al convenio de voluntades. La hipoteca se constituye mediante un acuerdo entre el deudor y acreedor hipotecario, que es traducido en un contrato que debe ser protocolizado mediante escritura pública y posteriormente inscrito en el correspondiente registro, con la finalidad de que surta efectos para las partes que lo constituyeron.

Se trata de un derecho de prenda que se constituye sobre bienes inmuebles que no por eso dejan de permanecer en manos del deudor, según la definición del Código Civil. Mediante la constitución de la hipoteca el deudor garantiza sus bienes o el de un tercero, a la totalidad del cumplimiento de la obligación a favor del acreedor. Esto quiere decir, que la hipoteca tiene como característica principal, la accesoriedad; puesto que, depende de la obligación principal. Sin la existencia de una obligación, como el crédito, no podría existir la hipoteca, así lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Por ello, no se predica la independencia de una hipoteca, sin su causa en la obligación.

En el contexto ecuatoriano es posible evidenciar dos tipos principales de hipoteca: hipoteca cerrada e hipoteca abierta. La primera se constituye para la garantía de una obligación determinada y presente; mientras que la segunda, se dirige como garantía de cualquier obligación que pueda tener o llegar a contraer el deudor con el acreedor hipotecario, según lo dispone el artículo 2315 del Código Civil. La última de las referidas, presenta mayor impacto y uso en la práctica ecuatoriana.

El desarrollo histórico del **objeto de estudio**, la hipoteca, muestra como esta última se desprende del género de la prenda. El propio ordenamiento civil ecuatoriano la resalta como derecho real de prenda. Al formar parte de los derechos reales, se entiende que es posible su constitución sobre cosas sin importar la persona, esto es, que no se dirige a la persona como propietario o dueño de la cosa, sino exclusivamente persigue la cosa, así se transfiera de una persona a otra. Por ello, la legislación otorga junto al derecho real una acción para efectivizarlo.

Por otra parte, con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, la normativa procesal civil ecuatoriana diferencia el proceso de ejecución. Aunque no existe una definición legal sobre este último, el proceso de ejecución se entiende como el mecanismo por el cual se busca la tutela y coacción del Estado para ejecutar la obligación contenida en un documento. No se trata de ejecutar una obligación de cualquier documento, solo de aquellos a los que la ley otorga un carácter especial. Aquí también caben las decisiones judiciales, como sentencias o autos ejecutoriados.

De esta forma, el proceso de ejecución como **campo de estudio**, se relaciona directamente con la tutela judicial efectiva, que busca juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Además, la tutela se extiende a la función jurisdiccional del Estado, como aquel ente exclusivo en la soberanía del poder, para hacer cumplir la obligación contenida en un documento que la ley ha otorgado carácter ejecutable. Por ello, únicamente los jueces constitucionales son los encargados de impartir justicia y hacer ejecutar aquello que es ejecutable.

El proceso de ejecución difiere del proceso ejecutivo, en la pretensión que contiene la obligación. El título ejecutivo es el sustento para promover un proceso ejecutivo. La obligación ejecutiva, por lo tanto, debe ser discutida en el

correspondiente proceso, el cual termina con una declaración del derecho. Por el contrario, el proceso de ejecución que tiene como soporte el correspondiente título, no se discute la obligación, sino que se ordena la inmediata ejecución de la obligación. El proceso de ejecución no es de tipo declarativo como el ejecutivo.

Correlativamente, en la legislación sustantiva y procesal civil es posible encontrar referencia a la acción hipotecaria. Esta acción se dirige a satisfacer la obligación contenida en la hipoteca, sin tener que pasar primero por un proceso declarativo, sino mediante la vía de ejecución. De esta manera, el Código Civil menciona que la hipoteca otorga los mismos derechos que la prenda otorga al acreedor prendario. En este contexto, el acreedor prendario puede exigir el remate y subasta pública de la prenda para cubrir el cumplimiento de la obligación, esto por el proceso de ejecución. Esta afirmación se ratifica al incluirse como título de ejecución el contrato prendario en el artículo 363 del COGEP.

La falta de regulación de la acción real hipotecaria tiene como antecedente el uso inconsciente que se le ha dado a la hipoteca abierta. Existe una corriente del pensamiento procesal civil, que sostiene que este tipo de hipoteca, contraviene con los principios de accesoriedad y especialidad. Aunque, es posible advertir que de ninguna manera la accesoriedad es afectada con el otorgamiento de la garantía por uno o más créditos futuros, puesto que, la hipoteca garantiza la obligación determinada en el contrato fuente, la que puede contener créditos futuros que pueden ser determinables. Por ello, en el contexto ecuatoriano es imposible que un acreedor hipotecario pueda embargar y rematar de inmediato el bien inmueble en garantía; puesto que debería en primer lugar correr el proceso ejecutivo donde deberá determinar y liquidar la presunta obligación adeudada; antes de pasar al de ejecución. Podría significar una gran ventaja el uso adecuado de la acción hipotecaria.

El **problema** que surge en el contexto ecuatoriano es que a la hipoteca no es posible otorgarle el título de acción real hipotecaria, puesto que no se incluye dentro de los documentos considerados como títulos de ejecución, así como tampoco como título ejecutivo. De esta forma, al tratar de insertarla en un proceso ejecutivo, es posible que el deudor alegue como excepción que el título no es de naturaleza ejecutiva, al no determinarse la obligación, así como tampoco, la prestación ni el monto que se trata de caucionar. De esta forma, la hipoteca abierta no es un verdadero título ejecutivo. Aunado a lo anterior, en el artículo 363 en que se mencionan los títulos de ejecución, no se encuentra descrita la hipoteca, lo cual impide la realización del proceso de ejecución.

En este contexto, la **pregunta de investigación** se puede plantear de la siguiente manera: ¿Es necesaria una reforma jurídica al artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos, que no contiene a la hipoteca como título de ejecución? Es necesario destacar que, así como en el antiguo Código de Procedimiento Civil, la acción real hipotecaria es desconocida el COGEP. De esta forma, la acción hipotecaria no se ha legislado en el ordenamiento civil ecuatoriano, a pesar de que si se mencione en algunos artículos del Código Civil.

Con los antecedentes expuestos, la **premisa de estudio** del trabajo investigativo sostiene que bajo los presupuestos establecidos sobre la ejecución de la hipoteca dentro de un procedimiento expedito en nuestra legislación que sería el procedimiento de ejecución se puede determinar la necesidad de crear una reforma al Artículo 363 del COGEP en el cual se agregue a la Hipoteca como una alternativa de cobro inmediato de los valores adeudados a través de un documento que contenga las características necesarias para convertirlo en un título de ejecución.

Consecuentemente, la investigación tiene como **principal objetivo** diseñar una propuesta de reforma legal al Artículo 363 del Código General de Procesos añadiendo a la Hipoteca como título de Ejecución. Para **obtener la realización de este objetivo**, resulta necesario analizar la figura de la hipoteca como título de Ejecución y el Procedimiento de Ejecución con otras legislaciones donde lo contemplan; así como también, conocer la opinión de expertos en materia civil para fundamentar la necesidad de implementar a la hipoteca como título de ejecución; por último, es necesario establecer los parámetros para la elaboración de una propuesta de reforma al Artículo 363 del COGEP en el cual se agregue a la Hipoteca como título de ejecución.

Los métodos teóricos que sirven a la presente investigación, se pueden presentar de la siguiente manera:

Método histórico-jurídico: Sirve para investigar aquellos sucesos, hechos y acontecimientos históricos que se han desarrollado desde el pasado hasta la actualidad en el campo de estudio del derecho y la ciencia jurídica. La utilidad de este método se evidencia en la formación de criterio autónomo que gira en base al objeto y campo de estudio de la investigación, como es la hipoteca y el proceso de ejecución; así como también para la construcción de las conclusiones finales, puesto que permitirá abordar la evolución del fenómeno de estudio.

Método jurídico doctrinal: La revisión y estudio de las fuentes bibliográficas más relevantes en la actualidad, así como publicaciones académicas y doctrinales, sobre la consideración de la hipoteca y el proceso de ejecución. Es innegable que el vasto campo de la ciencia del derecho se renueva y alimenta del esfuerzo académico, presentando posiciones doctrinales diversas sobre conceptos y avances en el campo de estudio que se trata en la investigación.

Método de análisis-síntesis: Bajo la tutela de este método es posible realizar la separación del todo que forma la investigación, en distintas partes, para estudiarlas de forma autónoma; lo que al final, permitirá la construcción pormenorizada de conceptos y definiciones, que de forma ordenada dirigirán las conclusiones de la investigación.

Método inductivo-deductivo: Sirve para la obtención de la verdad científica a partir de la verificación de elementos particulares en cada caso, que facultan concluir en conocimiento. Por otra parte, es posible partir del estudio sobre un idea general de la realidad como lo son las normas sustantivas y procesales del derecho civil que contienen la hipoteca y el proceso de ejecución.

Método exegético jurídico: De lo que se trata es de la rigurosidad literal para la interpretación de los distintos textos legislativos. Bajo la dirección de este método es posible conocer únicamente lo dispuesto por el legislador en la tipificación de las normas bajo análisis. El fundamento del método son las reglas del lenguaje y gramaticales.

Método jurídico comparado: El estudio comparado permite la revisión de las normas de distintos países sobre la hipoteca, proceso de ejecución y acción hipotecaria.

Métodos Empíricos

El referente empírico que ha tomado la presente investigación es la técnica de la entrevista. Esta técnica permite el análisis de contenido de las entrevistas realizada a cinco expertos en materia sustantiva y procesal civil en libre ejercicio de la ciudad de Machala, Provincia de El Oro. Las interrogantes serán focalizadas o estructuradas con opciones de respuesta dirigidas a dilucidar la necesidad de reforma del artículo 363 del COGEP.

Novedad Científica

La novedad científica que surge, luego de revisar el desarrollo jurídico de la hipoteca, el proceso de ejecución, la acción o ejecución hipotecaria, el derecho comparado, la jurisprudencia, y el análisis de las técnicas de investigación; es la necesidad de reforma del artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos, donde se incluya a la hipoteca como título de ejecución, y con ello, consolidar la ejecución hipotecaria en el contexto ecuatoriano.

Capítulo Teórico

La Hipoteca

Etimología

Como en todo proceso de generación de conocimiento, el significado de las palabras provee a los investigadores los vestigios e hitos que marcan el camino por el cual se debe transitar para alcanzar el objetivo planteado en una investigación. La palabra hipoteca deriva en su estructura originaria del griego *hypotheke*, la que se construye con el prefijo *hypo* que quiere decir: debajo de, bajo de; seguido de la terminación *theke* cuyo significado es caja, depósito; para Peña (2001) el último término se entendía como algo colocado o depositado. De esta manera, *hypotheke* tuvo como significado originario “fundamento, cimiento, algo colocado debajo” (Diez, 2010, p.126).

Para Cabanellas (2012) esta palabra de origen griego quiere decir “poner una cosa debajo de otra, de sustituirla, añadirla o emplearla” (p.153). En este sentido, aparece con meridiana claridad el significado conocido hasta la actualidad de esta palabra, la que se sirve para indicar lo que sirve como sustento de una obligación. Con el paso del tiempo, la misma palabra vendría a significar el préstamo que sustenta la tenencia de unos bienes de forma momentánea hasta saldar la deuda al acreedor (Lasarte, 2009).

Breve reseña histórica

La revisión histórica se torna trascendental para una investigación en el campo del derecho, porque no existe una lógica de tipo absoluto, es decir, válido para todos los tiempos; sino que la parte abstracta y lógica del derecho está ligada a la parte vital (Gascó, 2000). La historia alimenta la formación y estilo de las instituciones jurídicas, lo que significa que los conceptos y definiciones de aquellas

instituciones, que fueron creados y utilizados en un tiempo determinado, varían en relación del paso de los años y las circunstancias del devenir histórico.

El origen de la hipoteca se encuentra en la antigua Roma (Larrea y Merino, 2004). López (2019) manifestó que la prueba irrefutable de esta afirmación es la minuciosidad de su legislación y la perduración en el transcurso del tiempo de los principales lineamientos de la institución. Para García (1996) es el resultado de dos figuras ideadas para satisfacer el pago de una deuda a los acreedores: la fiducia y la prenda o *pignus*.

La institución de la fiducia se caracterizaba por permitir un mecanismo de cobro de deudas, mediante el cual, el deudor realizaba la trasmisión de una cosa o de la propiedad de la cosa al acreedor, la que se acompañaba con una cláusula de fidelidad que indicaba que “el objeto de la obligación no formaba parte del patrimonio del acreedor sino únicamente de modo transitorio” (Gómez, 2015, p.13), constituyéndose de esta forma la garantía. Mientras que, la prenda o *pignus*, consistía en la afección de una cosa para el cumplimiento de una obligación; Gómez (2015) señalaba que existía dos modos de prenda que se diferenciaban en el momento de su constitución con o sin desplazamiento posesorio, y que indistintamente afectaba a bienes muebles e inmuebles.

En ambas figuras puede decirse que existía una garantía plena para el acreedor, pero casi nula protección para el deudor, puesto que el acto del traspaso de la propiedad de los bienes muebles e inmuebles constituía la especie para el pago de la deuda. El sistema del derecho romano, tenía como fundamento el principio de que toda prestación debía ser satisfecha en especie (Andrade, 2006). En esta época no era posible concebir el pago de la deuda de otra manera que no fuera en la especie y

forma contratada; es decir, como la propiedad era tenida como consustancial a la persona, cualquier ataque a ella implicaba un ataque al sentimiento de aquella.

Posteriormente tuvo cabida el desarrollo de la institución de la prenda a prenda sin desplazamiento (Ron, 2010). Ésta última permitía a los deudores emplear el bien ofrecido como garantía para producir o generar los ingresos destinados a satisfacer la deuda con el acreedor. En el pensamiento de Devis (2009) aquí surgen los primeros lineamientos de la hipoteca como se constituye en la actualidad; aunque, no sería hasta el apareamiento de la figura de los registros que se alcanzará el mayor desarrollo de la institución.

Para López (2019), el desarrollo de la institución en esta época podría resumirse de la siguiente manera:

- Derecho Primitivo. – En esta etapa, el principal problema consistía en modelar los límites del pensar jurídico de la época de tal manera que se incluya alguna garantía para el acreedor. Hay que acotar que en esta época solo existía en la mente de los romanos dos derechos reales: el derecho a la propiedad y las servidumbres. La única solución se expresó mediante la adquisición de la propiedad de la cosa gravada por el acreedor, que debía ser devuelta cuando se hubiera cancelado la totalidad de la deuda. La propiedad se convertía en la única garantía suficiente.
- Periodo intermedio. - En este periodo la solución estriba en la transmisión de la posesión de la cosa, con lo cual se garantiza la protección contra transmisiones fraudulentas, aunque en este caso, como en el anterior, la desventaja para el deudor es que la cosa queda inmovilizada desde el punto de vista económico.

- Periodo final. - En este periodo se mezclan ambos modelos y surge uno similar al que se maneja en la actualidad.

La conclusión de López (2019) fue que en el derecho romano la hipoteca se constituyó como una suerte de perfección de la prenda; aunque señala que la diferencia radica en que la prenda (pignus) implica la desposesión de la cosa, lo que no ocurre con la hipoteca. La prenda se erige como el antecedente directo en el planteamiento de la hipoteca, y en ambos casos pueden recaer tanto en bienes muebles como inmuebles.

Armenta (2007) indico que la hipoteca en el derecho romano servía para garantizar todo tipo de créditos, incluso hasta los indeterminados, por este motivo, se extendía no solo sobre bienes presentes, sino hasta futuros del deudor. El derecho de hipotecar todos los bienes se deriva de las costumbres especiales del pueblo romano, como pueblo conquistador, guerrero y al mismo tiempo desinformado sobre el comercio. En este sentido, esta institución se convirtió en una verdadera carga para los deudores frente a las garantías desmedidas de los acreedores, para disponer sobre todos sus bienes.

Para Gómez (2015) un antecedente de la hipoteca en el derecho romano se encuentra también en el contrato de arrendamiento rústico. Mediante este tipo de contratación, el arrendador ingresaba a laborar en la finca arrendada con los bienes muebles necesarios para la producción y cultivo, los cuales pasaban a constituirse en garantía del arrendatario en caso de incumplimiento del contrato.

En el pensamiento de Bravo, Bialostosky, Colin y Capitant (Gómez, 2015, p. 16) se figuran dos aspectos muy criticables:

1. La clandestinidad: no existía registro tanto de las enajenaciones inmobiliarias, ni de la constitución de hipotecas, es decir, la falta de publicidad de estos

instrumentos generaba inseguridad. De esta forma, la extensión de la hipoteca a la mayor parte de los bienes del deudor se constituyó en el medio idóneo de garantía del acreedor.

2. Pluralidad de hipotecas: en estos casos el mayor beneficiado era el primer acreedor hipotecario, ya que solo el poseía el *jus distrahendi* –el cual consiste en el derecho del acreedor hipotecario de vender la cosa recibida en prenda o hipoteca cuando la deuda ha vencido y no ha sido satisfecha-, para poner en venta el inmueble en garantía, sin la necesidad de realizarlo de forma pública. De esta forma, los demás acreedores solo tenían la posibilidad de intentar tomar el lugar del primer acreedor.

Gómez (2015) señaló que el momento en que empieza marcarse la distinción de la hipoteca con otras instituciones como la prenda, es con la aparición de las instituciones justinianas. Así aparece la distinción entre ambos derechos reales de garantía, estableciéndose un régimen de publicidad distinto para cada una. En el caso de la hipoteca la inscripción en el Registro de la Propiedad; y en el de la prenda, el desplazamiento de la posesión de la cosa.

En el desarrollo de la historia y como antecedente de la institución de la hipoteca, resalta lo producido por Francia alrededor de esta figura. Para Colin y Capitant (Gómez, 2015) hasta la edad media no era posible embargar los inmuebles, es decir, únicamente los bienes muebles y rentas podían fungir como garantía a favor de los acreedores. Esto obligó a los acreedores a buscar una forma de hacerse con los inmuebles y para lograrlo tuvieron que ejecutar la enajenación del inmueble, en donde, el acreedor se hacía con la propiedad del inmueble y percibía las rentas, con la obligación de restituirlo al momento de que la deuda sea cancelada totalmente,

caso contrario, adquiriría la propiedad definitiva del inmueble. En palabras de Gómez (2015) esto era más parecido a un pacto de retroventa.

Posterior a ello, los franceses con la finalidad de aminorar los riesgos para el deudor en la enajenación del inmueble, idearon una institución que es el antecedente de la hipoteca. Se trata de la figura de la “dación en prenda del inmueble sin transmisión de la propiedad” (Gómez, 2015, p.15). Mediante esta figura se concedía al acreedor la posibilidad de recibir los frutos y rentas del inmueble en razón de intereses; y por otra parte, a favor del deudor, existe la prohibición de hacerse del inmueble en caso del incumplimiento de la deuda. Aunque se mejoró notablemente la condición del deudor, persistía la condición del despojo de la posesión del bien inmueble a favor del acreedor.

Gómez (2015) explicó que ya para el siglo XIII aparece en Francia la figura del *obligatio bonorum*, mediante la cual, el deudor afectaba de forma anticipada sus bienes inmuebles como garantía del pago de la deuda. En esta figura, el deudor permanecía en posesión de los inmuebles y únicamente en caso de incumplimiento del pago de la deuda, concedía al acreedor la potestad de vender tanto el inmueble como los bienes muebles del deudor. De esta forma, se vislumbran de forma más clara los antecedentes de la hipoteca como derecho real.

Para Colin y Capitant (Gómez, 2015) la *obligatio bonorum* se presentaba en dos formas: una general, que incluía todos los bienes muebles e inmuebles del deudor, aunque no permitía el derecho de persecución se podía excluir la inembargabilidad de los bienes del deudor; y la forma especial, la cual si permitía al acreedor la preferencia y persecución pero sobre un determinado bien inmueble. La forma especial no permitía separarse al deudor del bien, sobre todo si el mismo era necesario como fuente de producción y trabajo para el deudor.

Se puede decir que la concepción de la hipoteca como un mecanismo de garantía a favor del acreedor, por el cual, los bienes del deudor debían ser devueltos hasta que se cancele la totalidad de la deuda, se mantuvo como pensamiento dominante en el campo del derecho (Díaz, 2000). Sin embargo, sería en Francia donde naciera la preocupación por hacer constar la validez de la hipoteca mediante la presentación de un acta auténtica en la que constaría el contrato suscrito por las partes (Azúa, 2000). Sin embargo, aún quedaría pendiente de resolver la cuestión de la facultad desmedida para hipotecar todos los bienes a favor del acreedor.

Resulta necesario acotar que a través de la legislación francesa se realizaron esfuerzos para frenar el abuso en cuanto a la hipoteca de todos los bienes del deudor. Una de las advertencias consolidadas en la legislación manifestaba que “ninguna persona, de la calidad y condición que fuese, pudiese prestar hipoteca sin que demostrase previamente que deudas tenía, a que personas debía; y, que bienes suyos estaban obligados a esas deudas” (Paredes, 2014, p.6).

Teorías generales del objeto de estudio

Definiciones doctrinarias sobre la hipoteca

En el pensamiento clásico de Carnelutti (Peña, 2001), la hipoteca se consideraba como una acción que pretende la efectividad del cobro de la deuda mediante la venta forzosa de la finca gravada (p.113). De esta forma, para Carnelutti esta figura solo podía hacer surgir derechos subjetivos de naturaleza procesal (Carnelutti, 1997); lo cual, como derecho real solo representa un expediente técnico que tiene como objetivo explicar el privilegio y persecución que nacen de ella. En la misma línea de pensamiento, Guasp (Peña, 2001, p.113) consideró que la hipoteca, al igual que el embargo, es un derecho real de naturaleza procesal. En la corriente procesalista, el carácter de derecho real se deriva de la naturaleza procesal del acto.

Por el contrario, existe un sector de la doctrina que otorga a la hipoteca el carácter de privilegio real en lugar de derecho real. Fernández (Peña, 2001) manifestó que los privilegios que otorga la ley poseen idénticos efectos que los que se concretan en la prenda y la hipoteca. En esta forma de pensamiento se trata de desvirtuar la consideración de prerrogativa subjetiva que nace del proceso, para asemejarla con la simple condición dirigida por la ley.

Somarriva (2012) desde inicios del siglo XX manifestaba que la hipoteca es considerada como un derecho real que recae sobre un inmueble que permite al acreedor perseguirlo sin importar en poder de quien se encuentre, sin que el deudor se deshaga de la posesión de la cosa. En la misma línea se inscriben los juristas Planiol, Ripert y Becque (1942) cuando indican que:

la hipoteca es una garantía real que, sin desposeer al propietario del bien gravado, permite al acreedor embargarlo al vencimiento, hacerlo vender a pesar que se halle en poder de tercero y cobrar con cargo al precio con preferencia a los demás acreedores. (p.313).

Lo destacable en estas últimas definiciones doctrinarias es la condición del deudor de no perder la posesión del bien que ha propuesto en hipoteca. De la misma manera, del lado del acreedor se vislumbra la posibilidad, no solo de perseguir el pago, sino de obtener como resultado la venta del bien con la finalidad de satisfacer la deuda vencida. Así también Varsi y Torres (2019) citando a Benavides, han referido que la hipoteca consiste en “un derecho real de garantía con características especiales que confieren seguridad a todos los agentes involucrados: el acreedor hipotecario, el deudor hipotecario y terceros” (p.159).

La hipoteca en Ecuador

Históricamente el Ecuador se ha visto influenciado por la corriente de pensamiento del derecho romano, así como en su vertiente desarrollada luego por el derecho chileno, en lo que respecta al derecho civil. Por ello, la concepción de la hipoteca se registra en la legislación nacional desde la promulgación del código civil (Parraguez, 1986). Dentro de las condiciones que resaltan y que se registran en la normativa se enmarca la publicidad y la obligación de inscripción en el respectivo Registro de la Propiedad del Cantón.

En la concepción general del pensamiento del derecho civil ecuatoriano se plasma alrededor de la hipoteca el pensamiento de garantía de la deuda (De la Cadena, 2010). Mediante la constitución de una hipoteca, el deudor afecta sus bienes como garantía del pago de la deuda sin que ello implique el traspaso de la posesión al acreedor hipotecario. Los bienes permanecen en poder del deudor durante el tiempo que deba cancelar su deuda.

Adicionalmente, la constitución de la hipoteca no es exclusiva para bienes inmuebles, sino que se extiende hasta los bienes muebles, como es caso de naves y aeronaves. La hipoteca se ha desarrollado como una figura clásica que permite la fluctuación del crédito o financiamiento en el sector productivo (Romero, 1983), así como en el sector inmobiliario ha extendido el campo de créditos para adquisición de viviendas; siendo las instituciones bancarias las que presentan el mayor porcentaje de créditos hipotecarios concedidos (Paredes, 2014).

Para Díaz (2000) la institución de la hipoteca fue tomada del código chileno diseñado por Andrés Bello. En este caso, se incluyó a la hipoteca en el apartado de los contratos, haciendo constar la naturaleza de derecho real, algo que también debe reconocerse al autor del código chileno. Esto último ha resultado de vital importancia

para el derecho civil ecuatoriano, evitando los problemas de la simple consideración de la hipoteca como contrato.

En el caso ecuatoriano, la hipoteca se configura como un derecho real de prenda, según la definición del Código Civil. Esto quiere decir que, el derecho se extiende únicamente sobre el bien o la cosa, sin que pueda desvanecerse incluso por la transferencia de dominio del bien (Aguirre, 2012). La prenda, según la norma civil ecuatoriana, consiste en la cosa que se entrega como garantía de un crédito a un acreedor. De esta forma, su finalidad se dirige a la garantía de todas las obligaciones que tenga o en el futuro, pueda llegar a tener, el deudor a favor del acreedor. El derecho de prenda se extiende sobre la cosa, otorgando facultad al acreedor y al deudor para voluntariamente establecer un contrato en el que se compromete, no la propiedad del bien por el pago de una deuda, sino la garantía sobre el crédito que permite encaminar la pretensión de cumplimiento de la obligación sobre la cosa o el bien.

La particularidad principal de la hipoteca radica en que los bienes continúan en poder del deudor (Garaycoa, 1968). El deudor conserva intacto su derecho de propiedad, pudiendo incluso enajenar o hipotecar el mismo bien sobre el cual pese la hipoteca. Esta afirmación indica que el deudor tiene total dominio sobre la cosa o el bien, pudiendo determinar las acciones sobre ellos; por lo tanto, es absolutamente responsable de lo que ocurra sobre aquellos.

Cuestión importante es la capacidad de enajenación de quien pretende hipotecar sus bienes. Esto indica que la hipoteca no podrá ser constituida por quien no posea aquella capacidad o haya sido impedido según la normativa vigente o por mandato judicial (Torres, 2015). De la misma manera, es posible establecer hipoteca sobre bienes que pertenecen a un tercero, que no es el deudor. En este caso, el tercero

compromete sus bienes sin que pueda tener responsabilidad personal por la deuda, exceptuando el caso de que así lo haya convenido en el contrato de hipoteca.

Para que la hipoteca surta efectos interpartes es necesario que se inscriba con las solemnidades correspondientes en el correspondiente registro. En este caso, generalmente se trata del Registro de la Propiedad que cada cantón de las provincias del Ecuador, posee en su jurisdicción. Solo cuando se inscribe el contrato de hipoteca, se cuenta la fecha para que genere todos los efectos jurídicos que emanan de dicho contrato; caso contrario, se consideraría como inexistente (Andrade, 2006). De esta forma, la inscripción de la hipoteca se constituye en una solemnidad sustancial que es imposible inobservar por las partes.

En Ecuador las formas básicas en que se presenta una hipoteca son: hipoteca abierta e hipoteca cerrada (Diaz, 1988). Cada una de ellas será analizada posteriormente en este mismo apartado; sin embargo, es necesario anotar que de ambas formas, la más común es la hipoteca abierta. Esta última afirmación se deriva del hecho de que, la hipoteca abierta se constituye para garantizar obligaciones indeterminadas, tanto de forma parcial como totalmente. De esta forma, incluyen sencillamente enunciaciones genéricas sobre las obligaciones que puedan llegar a existir o que incluso existan entre el deudor y el acreedor. Por ello, la garantía se extiende a un monto no establecido o determinado, sino que resulta de las obligaciones principales.

Sin embargo, pese a que la hipoteca abierta resulta en un mecanismo preferido en el mundo comercial ecuatoriano, su eficacia ha sido puesta en tela de duda por parte de los acreedores hipotecarios. Las normas sustantivas y procesales establecen la garantía de la hipoteca para que en caso de un incumplimiento de la obligación, el acreedor pueda acudir a los órganos jurisdiccionales y obtener una respuesta pronta a

su pretensión sobre el derecho que reposa en el contrato hipotecario con todas las solemnidades para el efecto. Pero ocurre que la hipoteca abierta, como título ejecutivo y por lo tanto procesada en juicio ejecutivo, adolece de falta de celeridad y retardo por múltiples causas, en su despacho; provocando que los acreedores opten por otros mecanismos para solventar el cumplimiento de la obligación.

La hipoteca en la legislación ecuatoriana

En el Libro IV, Título XXXVI, del Código Civil ecuatoriano, se encuentra una definición de hipoteca como derecho de prenda que se constituyen sobre inmuebles y que, a pesar de aquella condición, siguen en poder del deudor, según el artículo 2309 del Código Civil.

Esta sería la definición legal de la institución jurídica aludida; sin embargo, para Coello (2010) esta definición no es eficiente ya que deja de lado las características más relevantes de esta institución. Bajo esta definición no se incluye la formalidad del contrato de hipoteca, aunque la normativa civil la desarrolla en otros artículos.

En la misma forma de pensamiento se alinea Díaz (1988) según el cual, la definición que se encuentra en la legislación civil ecuatoriana puede producir confusión con la definición de prenda. De igual manera propone este autor que la definición legal debería incluir todas las características técnicas de la hipoteca, lo cual facilitará no solo la comprensión gramatical y semántica de la institución, sino a efectos de diferenciación de las demás figuras o instituciones que tengan relación con el crédito.

Según el artículo 595 del mismo Código, la hipoteca forma parte de los derechos reales. Por esto, se constituye sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Somarriva (2012) explicó que de esta forma, los bienes permanecen en manos del deudor, pero se otorga derecho al acreedor para perseguirlo sin importar en manos de

quien se encuentre, incluso para pagarse preferentemente del producto de la subasta. Es decir, el acreedor puede perseguir su derecho sin importar en poder de quien se encuentre el bien; así se haya transferido a otra persona por cualquier medio de los dispuestos en la norma civil.

Los artículos 2311 y 2312 de la norma sustantiva civil ecuatoriana, disponen tanto la constitución de la hipoteca mediante escritura pública, así como su inscripción en el registro correspondiente. Díaz (1988) ha señalado que por regla general la hipoteca se formula mediante escritura pública, excepto por cuestiones especiales determinadas en la misma ley; además, su registro es obligatorio para la producción de los efectos jurídicos que se pretenden. De esta forma, se trata tanto la formalidad contractual de la escritura de hipoteca, así como su debido protocolo en el Registro de la Propiedad, con lo cual se puede considerar finalmente configurada una hipoteca.

El artículo 2313 del mismo cuerpo legal, establece el reconocimiento de los contratos y escrituras de hipotecas celebrados en el extranjero. La única condición para la validación de aquellos es su protocolo de registro en el lugar donde se encuentre el bien objeto de la hipoteca. Para este caso, la legislación civil ecuatoriana reconoce lo pactado bajo las normas de una nación extranjera en relación con los bienes del deudor.

La hipoteca también puede constituirse bajo cualquier condición y desde o hasta cierto día, así lo dispone el artículo 2315 de la norma referida en líneas precedentes. De esta forma, en el segundo inciso del artículo, se establece que cumplida la condición o llegado el día, su fecha es la misma que la de la inscripción. En el tercer inciso también señala que es posible su otorgamiento en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda, de igual manera se deberá considerar que surte

efectos desde su inscripción. El último inciso, ha sido el más polémico y debatido respecto a la hipoteca abierta. En esta parte, solo es necesario indicar que se establece la garantía sobre todas las obligaciones, tanto presentes como futuras, que el deudor tenga o pueda tener a favor de su acreedor.

La libre disposición sobre los bienes hipotecados y la responsabilidad sobre ellos de parte del deudor, se verifica en el artículo 2317. El legislador ecuatoriano establece la posibilidad de que el dueño pueda vender o volver a hipotecar sus bienes. De ello se colige, que puede operar cualquier forma de transferencia de dominio o de la propiedad sobre los bienes que poseen hipoteca. Hay que indicar que no obstante, el acreedor puede perseguir el bien hipotecado, sin importar en manos de quien se encuentre, así también lo dispone el artículo 2330.

Características de la hipoteca

En el campo doctrinario, resulta interesante observar las distintas características que se atribuyen a la hipoteca. Para Varsi y Torres (2019) las principales se resumen en las siguientes:

- Es un derecho real: porque se plantea sobre inmuebles. En el caso ecuatoriano, el derecho real es aquel que se ejecuta siempre sobre una cosa sin considerar a persona.
- Es un derecho accesorio: solo sirve para dar garantía a una obligación principal, por lo tanto no se constituye de forma autónoma. La validez de aquella se condiciona a la del crédito y se extingue por la extinción de la obligación principal. No es posible que exista una hipoteca si antes no hay un crédito al que brinde garantía; sin embargo, esto no quiere decir que la obligación deba ser preexistente o que surja al mismo tiempo de

constitución de la hipoteca, porque ello implicaría negar que este derecho real pueda asegurar obligaciones futuras (Alberdi, 2016).

- Es indivisible: por lo tanto conserva su integridad jurídica. De esta forma, el crédito y sus partes encuentra pleno respaldo en la totalidad del bien hipotecado. En otras palabras, cada una de las cosas hipotecadas se destinan inexcusablemente al pago de toda la deuda; si es que la deuda se desmembrara en partes, estarían destinado el bien al pago de las partes de la deuda.
- Los bienes hipotecados son individualizados: en razón de que no son entregados a la parte acreedora, deben estar plenamente individualizados, así como deben constar en el registro inmobiliario correspondiente.
- Su fuente formal es contractual o convencional (Alberdi, 2016): el acto toma forma de escritura pública que debe contar con aceptación expresa de las partes.
- Es un derecho de naturaleza formal o material: lo que se expresa en que la posesión del bien hipotecado la mantiene el deudor, quien la podría perder únicamente al momento del incumplimiento de la obligación principal.
- Es un derecho de constitución registral: resulta inherente a esta institución la inscripción de la hipoteca en el correspondiente Registro de la propiedad, lo cual otorga publicidad al acto y permite la oponibilidad frente a terceras personas que tengan algún interés en el acto. Alberdi (2016) señala que se torna necesario para considerar una acabada publicidad del acto, se enumeren en la escritura pública de constitución de hipoteca todos los pormenores que se relacionan con la fuente del acto.

Respecto a la característica de la accesoriedad, existe cierta inconformidad con su aplicación en el caso de la hipoteca abierta. Boretto (2002) explicó que este carácter se ve confrontado puesto que en la constitución de la hipoteca abierta el crédito aún no existe sino que es futuro e indeterminado; en el caso de la hipoteca cerrada, ocurre que el crédito se encuentra determinado y es presente. En la jurisprudencia argentina, el Tribunal Superior de Córdoba, dentro del caso *Pirelli Neumáticos S.A.I.C. c/ Gómez Ángel Alberto*, enseña que: “(...) es improcedente la ejecución hipotecaria, pues dicha garantía, al garantizar un cúmulo de obligaciones completamente imprecisas, configura una hipoteca abierta que resulta nula en nuestro derecho por violar el principio de accesoriedad” (Alberdi, 2016, p.155). Es decir que, la concepción de la hipoteca abierta como incompatible con la accesoriedad permite pensar en la ilegitimidad de esta institución en el ordenamiento jurídico, y no solo en un caso concreto.

Sin embargo, Alberdi (2016) menciona que es necesario observar que en el caso de la hipoteca abierta no se puede desconocer la existencia de una relación causal y jurídica que deberá explicitarse en el contrato fuente del que se nutre la hipoteca. Lo que significa que son plenamente determinables las obligaciones que se derivan de aquella relación causal que se registra en el acto constitutivo de la hipoteca.

La concepción del derecho real de la hipoteca resulta en la ampliación del objeto de los derechos reales. Alberdi (2016) explica que la especialidad del objeto se convierte en una característica de los derechos reales, por cuanto el objeto debe ser una cosa cierta y determinada; de esta forma, la ampliación del objeto se verifica en la inclusión de bienes como parte del objeto de tales derechos. Esta afirmación puede verificarse en la legislación ecuatoriana puesto que el artículo 595 del Código Civil incluye a la hipoteca.

Efectos de la hipoteca

Para Matta (2005) la hipoteca podría generar diversos efectos que se presentan según las fases, ya que se encuentre transcurriendo la obligación o al momento de verificarse su incumplimiento, las mismas que pueden mencionarse desde la perspectiva de las partes constituyentes, tanto de parte del deudor como del acreedor:

En relación con el deudor:

- El deudor mantiene la propiedad y posesión del inmueble: de esta forma puede administrar y disponer del bien como propietario con la única limitante de no afectar los intereses del acreedor, como por ejemplo tratando de afectar el valor del inmueble.
- Libertad jurídica de disposición: puesto que el deudor puede ejecutar cualquier tipo de negocio o disposición jurídica sobre el bien, con lo que no se afecta de ninguna manera el derecho del acreedor incluso por el alcance de la acción hipotecaria.
- Disposición material: en este caso, la libertad de disposición material del bien por parte del deudor se restringe en virtud de la afectación directa de los intereses del acreedor.

En relación con el acreedor:

- Tiene derecho sobre el crédito hipotecaria, incluso para cederlo en su totalidad o en las partes que considere conveniente.
- Está facultado para solicitar el mejoramiento de la garantía en caso de que disminuya el valor del inmueble hipotecado.
- Tiene derecho a la adquisición de la cosa mediante remate judicial.

- Tiene derecho a la acción hipotecaria: de esta forma, puede hacer que se realice el remate del bien hipotecado y obtener el pago de su deuda con el producto del remate (Gómez, 2015).
- Tiene derecho a hacer que se sujete la cosa hipotecada como específica garantía del crédito.
- Puede oponerse frente a terceros en razón de la cualidad y ejecución hipotecaria.
- Puede hacer uso de las cualidades de renuncia y transmisión (Cabanellas, 2001).

En el caso específico de la acción hipotecaria, Gómez (2015) indicó que para su ejecución generalmente deben considerarse los siguientes requisitos: i) Escritura pública debidamente registrada de la hipoteca; ii) Propiedad del bien al constituyente en el momento del acto de la escritura de hipoteca; iii) Existencia del crédito al cual garantiza o asegura la hipoteca. Estos requisitos se presentan de forma general, aunque es necesario indicar que más adelante, por la importancia que gravita para la temática de la investigación, se abordará este tema de forma detallada para conocer los pormenores de la acción hipotecaria, incluso sobre su vigencia o no en la legislación civil ecuatoriana.

Clases de hipoteca

Gómez (2015) citando a León y Mazeaud (p.43) manifestó que es posible la clasificación doctrinaria de la hipoteca según distintos criterios:

- Modo de constitución: según la forma de su creación, sea convencional o legal, es posible clasificarlas en hipotecas convencionales e hipotecas legales. En el primer caso, solo quienes disposición sobre la cosa o el bien

pueden gravarlos, salvo que existe condiciones especiales de ley que permitan hipotecar a quienes no tengan libre disposición.

- Garantía eficaz al acreedor: en hipotecas simples o privilegiadas, donde las primeras son las que integran el derecho común; mientras que las segundas, bajo ciertas condiciones especiales prevalecen sobre las simples.
- Base material: se pueden clasificar en hipotecas especiales e hipotecas generales. Según recaigan sobre ciertos bienes inmuebles, pueden considerarse especiales; por el contrario, si recae sobre todos los bienes inmuebles presentes y futuros del constituyente, se pueden considerar hipotecas generales.
- Créditos garantizados: también se pueden clasificar en generales y especiales.

Para Roca (Gómez, 2015) las hipotecas pueden ser determinadas como ordinarias o de seguridad y de capital o renta. En el caso de las ordinarias, constan aquellas en las que el crédito que se garantiza se detalla en sus particularidades en el registro de tal manera que la hipoteca se une registralmente al crédito, extendiéndose la fe pública incluso al crédito; por otra parte, en las de seguridad el crédito consta en líneas generales en el registro, por lo tanto, la fe pública no se extiende al crédito. En el caso de las hipotecas de capital, son las que garantizan el cumplimiento de la obligación de forma total; mientras que en las de renta, se asegura el pago periódico de rentas.

En esta línea Matta (2005) ha intentado una clasificación de la siguiente manera:

1. Por su origen:

- Hipoteca judicial: que resulta de una sentencia condenatoria o de un fallo o resolución con fuerza ejecutiva.
 - Hipoteca voluntaria: es la que nace de la voluntad dispuesta en un negocio jurídico.
 - Hipoteca legal: es la que se origina mediante disposiciones normativas determinadas.
2. Por su publicidad:
- Hipoteca expresa: es la que se hace constar en el Registro de la propiedad.
 - Hipoteca tácita: es la que no requiere de la inscripción para la validez de sus efectos.
3. Por los bienes sobre los que recae:
- Hipoteca aeronáutica: es la que tiene como bien objeto de la hipoteca una aeronave.
 - Hipoteca naval: se considera como bienes inmuebles susceptibles de hipotecar a las máquinas, botes y buques.
4. Por la titularidad del bien:
- Hipoteca por el dueño: en la cual el bien que sirve de garantía en la hipoteca le continua perteneciendo a su dueño.
 - Hipoteca por terceros: sucede cuando una persona ajena al negocio crediticio u obligación afecta sus bienes inmuebles.

Por su parte, Espin (Gómez, 2015) ha situado como resumen de las posibles clasificaciones de hipoteca, únicamente tres concepciones: i) Por el objeto que recae, en las que se conoce a las hipotecas mobiliarias e inmobiliarias; ii) Por su origen en

voluntarias y legales; iii) Por el tipo de crédito garantizado, que pueden ser ordinarias, excepcionales, de seguridad o de tráfico.

En el caso de la legislación ecuatoriana, aunque no existe de forma específica una clasificación de la hipoteca, sin embargo es posible intentar describir las que surgen de la propia normativa. Paredes (2019) indica que en base a la costumbre, es posible distinguir en la normativa civil ecuatoriana dos clases de hipoteca: hipoteca cerrada e hipoteca abierta. Cada una de ellas presenta ciertas particularidades que se pasan a describir a continuación.

Hipoteca cerrada

La hipoteca cerrada es aquella en la que se hace constar una obligación determinada, es decir, permanecen condiciones inmodificables que deben detallarse pormenorizadamente en el acto constitutivo de hipoteca, generalmente estas disposiciones suelen hacer alusión al plazo y al valor. A ello se refiere el artículo 2333 del Código Civil ecuatoriano cuando indica que si se expresa inequívocamente una determinada cantidad, la hipoteca se limita a aquella.

Para Vicuña (2016) como la hipoteca cerrada cobija únicamente una obligación específica, por cierto monto en dinero o valor, no podrá satisfacer cualquier otra obligación que surja con el acreedor por diferentes circunstancias. Cualquier cambio en la determinación específica hecha constar en el contrato deviene en la desnaturalización de la institución jurídica. En este sentido, el deudor no podrá incluso cancelar la totalidad del crédito sin que antes se halla cumplido con el plazo señalado en la hipoteca.

Hipoteca abierta

La hipoteca abierta constituye la garantía real por la cual se accede a un contrato con múltiples obligaciones, las mismas que pueden ser indeterminadas o no; por lo tanto, el monto total del crédito es indefinido, puesto que dependerá de la totalidad de lo adeudado por el deudor hasta la fecha en que haya caído en mora (Boretto, 2004). En este caso, la obligación que se garantiza aparece como indeterminada; es decir, se propone garantizar negocios jurídicos que se hayan celebrado o que se celebren en el futuro entre el deudor o el acreedor.

Paredes (2019) explicó que esta institución fue diseñada para brindar seguridad a una o varias obligaciones a favor del acreedor, estas obligaciones se pueden suceder durante el tiempo de la relación contractual entre las partes. Generalmente las obligaciones tienen su origen en entidades financieras que pueden ofrecer varios préstamos sucesivos a una sola persona que es el deudor. Es decir, la hipoteca garantizará cada una de las obligaciones contraídas por el deudor sin que tenga incidencia la cuantía de la deuda, plazo o condiciones de pago.

En la legislación ecuatoriana no existe referencia textual y específica a la hipoteca abierta, sin embargo, el artículo 2315 del Código Civil ecuatoriano indica que es posible otorgarse bajo cualquier condición, y desde o hasta cierto día. En el último inciso de esta disposición se encuentra que el fin de aquella es todas aquellas obligaciones, tanto presentes como futuras, del deudor a favor del acreedor, queden aseguradas. De esta manera, se manifiesta de forma clara el carácter de la hipoteca abierta en la legislación ecuatoriana.

La discusión respecto a la hipoteca abierta y sus consecuencias en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, presenta algunas aristas que se tratarán de analizar. La primera discusión gira en torno a que su concepción vulnera el carácter

de accesorio que posee la figura de hipoteca. Es decir, la hipoteca se constituye para garantizar un crédito; de tal forma que si el crédito no existe o se desvanece, ocurrirá lo mismo con la hipoteca. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Sin embargo, con la hipoteca abierta se garantiza obligaciones futuras del deudor a favor del acreedor. Varsi y Torres (2019) han explicado en este caso que, la existencia de un crédito al momento de constitución de la hipoteca, no afirma o ratifica el carácter accesorio de esta garantía; por el contrario, la garantía se dirige exclusivamente al aseguramiento de una obligación, sea ésta presente o futura.

Varsi y Torres (2019) han afirmado que la garantía por obligaciones futuras no elimina el carácter accesorio de la hipoteca. De esta forma, lo accesorio se ratifica cuando se establece la garantía por obligaciones derivadas de créditos futuros que el deudor pueda contraer y para lo cual se constituyó la hipoteca. Por lo tanto, no se trata de una garantía autónoma e independiente, sino que se deriva de los créditos futuros, que son la obligación que cubre la hipoteca.

Por otra parte, existe cierta resistencia a la aplicación de la hipoteca abierta, puesto que existiría una mayor protección jurídica del acreedor. En el caso ecuatoriano, como se ha mencionado en líneas precedentes, esta figura es recurrentemente utilizada, sobre todo por el sistema financiero y comercial, lo que ha significado mayor flujo de dinero e inversiones; así como también, descontentos con las instituciones financieras que proceden a ejecutar las hipotecas a su favor. Los peligros advertidos en este caso se asocian con la indeterminación de la cantidad de patrimonio afectado por la garantía; así como, de la falta de especificación de la causa legal y el objeto de la hipoteca. Como consecuencia de estos peligros, el deudor estaría supeditado a la voluntad del acreedor; de tal forma que, la obligación

contenida en la escritura de hipoteca no podría llegar a satisfacerse completamente, puesto que el acreedor podría añadir más obligaciones.

Sin embargo, estos peligros desaparecen cuando la hipoteca se ciñe a lo que dispone la normativa civil de forma integral. Si bien es cierto, el artículo 2315 establece que todas las obligaciones que tenga o pueda llegar a tener, son las que se garantizan con la hipoteca; también el artículo 1477 señala que, como incluso las cosas que se esperan que existan pueden ser objeto de declaración de voluntad, es necesario que aquellas sean comerciables y que estén determinadas en su género. Además, el mismo artículo indica que la cantidad puede ser incierta, siempre que se incluyan en el mismo acto o contrato, tanto alguna regla o datos que ayuden a su determinación. Con ello, la obligación futura que podría estar garantizada por una hipoteca, no tendría inconvenientes en su declaración cuando se incluya la determinación de su género y reglas o datos que sirvan para determinar la cantidad, en este caso, del patrimonio del deudor que se vería afectado por la hipoteca.

El Proceso de Ejecución

La potestad jurisdiccional comprende no solamente la declaración del derecho en un caso concreto, sino que se extiende hasta la ejecución del cumplimiento de lo juzgado; así como de las obligaciones contenidas en cualquier título de ejecución. Esta afirmación resulta en la consolidación del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que, no basta con la estimación por parte de los jueces, de la demanda propuesta por el actor o en su defecto por la reconvenición del demandado, luego de culminado el proceso correspondiente; sino que además debe cumplirse con lo dispuesto por la autoridad. Incluso, la actividad jurisdiccional se extiende para hacer efectivos aquellos documentos que la ley ha otorgado cierta fuerza especial. Por ello, se requiere la intervención de las autoridades, luego de haber llegado hasta la

resolución del juicio mediante sentencia o presentarse el documento con fuerza especial con las solemnidades correspondientes; para que se haga realmente efectiva la virtualidad de los derechos, evitando que las sentencias y aquellos documentos, sean meras declaraciones retóricas que no tienen cabida en la realidad objetiva (Palacio, 2019).

En el caso ecuatoriano, el cumplimiento de las resoluciones judiciales es un tema que apareja muchos inconvenientes, que no han logrado ser resueltos hasta la actualidad. Vicuña y Chávez (2016) han expresado que:

Uno de los aspectos más críticos del sistema de la administración de justicia actual es la ejecución de las resoluciones judiciales. En la actualidad la sustanciación del proceso es dilatada y compleja; y, más difícil se torna el procedimiento que permita la ejecución del fallo judicial. (p.157).

En este contexto, resulta trascendente para la presente investigación llegar a la comprensión efectiva del concepto de proceso de ejecución. Se trata, por lo tanto, de ahondar en la temática, pasando desde las posibles definiciones que se encuentran en la doctrina actual, así como la concreción en la legislación ecuatoriana.

Posteriormente, se tratará de abordar la extensión de este procedimiento a la hipoteca en la forma de la ejecución hipotecaria.

Teoría sustantiva del campo de estudio

Generalidades del proceso de ejecución

En el desarrollo de la historia de la civilización, en la concepción sobre el derecho y la justicia, es trascendental el rol que debe protagonizar el Estado como ente único con la facultad de administrar justicia. En el caso ecuatoriano, la Constitución de la República en el artículo 167 claramente establece que el ejercicio de esta atribución que emana del pueblo, es exclusivo de los órganos de la Función

Judicial. Ello implica que son los jueces nombrados mediante los mecanismos dispuestos en la propia carta magna y en la normativa correspondiente, los que tienen la potestad constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. De esta forma, resulta evidente que la función de la administración de justicia no se limita a la declaración de un derecho, sino que incluso se dirige a la ejecución de lo resuelto como consecuencia del proceso declarativo; así como para hacer efectivos aquellos documentos que la ley ha otorgado cierta fuerza especial, con la finalidad de que se concreten objetivamente las disposiciones y derechos reconocidos de forma positiva.

Ahora bien, es necesario llegar al entendimiento de lo que significa esta última declaración, sobre ejecutar lo juzgado. Cortés y Moreno (2008) han indicado la necesidad de la precisión en esta parte, para evitar algunos inconvenientes en la práctica judicial:

- No siempre se ejecuta lo juzgado: sobre todo cuando se trata de procesos de ejecución en los que no aparece ningún vínculo judicial; por ejemplo, en la ejecución de títulos extrajudiciales. Aguirre (2019) mencionó que en este caso se rompe con la estructura clásica del precedente declarativo del derecho para llevarse a cabo la ejecución; puesto que, la fuerza coactiva de aquellos títulos se basa en la formalidad determinada de forma anticipada a su creación.
- El órgano jurisdiccional no siempre será el encargado de ejecutar lo juzgado: en este caso, aunque no hay duda sobre el objeto de la ejecución, puede ocurrir que sea otro órgano que deba ejecutar lo resuelto. Cortés y Moreno (2008) propusieron como ejemplo en la legislación española el caso de la ejecución de los laudos arbitrales.

- No todas las decisiones judiciales son ejecutables: en este caso, no pueden ejecutarse sentencias meramente declarativas o que no reportan obligación alguna para las partes, como en el caso de las sentencias desestimatorias de la demanda.

Consecuentemente, la ejecución forma parte vital de la actividad jurisdiccional que no se agota con el cumplimiento de las etapas del juicio. Únicamente se logra la perfección de la tutela efectiva de los derechos cuando la función administradora de justicia toma como instrumento la ejecución -incluso forzosa- para la realización de sus decisiones. Sin la garantía constitucional de ejecución se eliminaría también la seguridad jurídica.

Breve estructura del proceso de ejecución

El proceso de ejecución presenta características muy marcadas y distintas a otros procesos, por ejemplo con el ejecutivo. En el campo doctrinario se ha desarrollado las principales pautas de este proceso; sin embargo, ello no implica el desconocimiento de la afirmación de que cada legislación proponga su normativa con las peculiaridades de cada cultura. En el caso ecuatoriano, **como referente empírico**, el Código Orgánico General de Procesos, COGEP, es la normativa que recoge la regulación de los procedimientos civiles en la legislación ecuatoriana. El proceso de ejecución se encuentra desarrollado en el Libro V, de la norma aludida, lo cual permite su aplicación en la práctica jurídica ecuatoriana. En este contexto, resulta imprescindible realizar una breve descripción del proceso, en comparación con lo que se encuentra en el sector doctrinario. Para Guasp (1968) esta estructura podría formularse de la siguiente manera:

El proceso de ejecución se inicia con la presentación de la demanda y la pretensión de ejecución. En este caso, el actor debe acompañar a su demanda el título de ejecución en que sustenta o fundamenta su petición.

Luego de presentada y calificada la demanda, se ordena inmediatamente el embargo de bienes. Sin embargo, el COGEP establece que los jueces deben emitir un mandamiento de ejecución, concediéndole al demandado un término de 5 días para que realice el pago o en su defecto, presente oposición y su fundamento (Tama, 2017). De no cancelar, el juez ordena el embargo de los bienes. En esta etapa se rompe con la naturaleza del proceso de ejecución, puesto que existiría el riesgo de la desaparición de los bienes que sirven de garantía para el cumplimiento de la obligación.

Luego del embargo de bienes se presenta la realización forzosa. Es decir, se procede al avalúo y enajenación de bienes, siempre y cuando su naturaleza lo permita. Por su parte, en la normativa ecuatoriana se establece que luego del embargo y avalúo de los bienes, el juez convoca a audiencia donde se revisan las excepciones del deudor, además de establecer los bienes embargados que serán objeto de enajenación; incluso, el valor que debe ser entregado al acreedor, luego de producirse el remate.

Por último, luego de realizada la enajenación de bienes, se procede con la entrega del dinero obtenido al acreedor.

Naturaleza de la ejecución

De lo expuesto anteriormente, es posible llegar a evidenciar la naturaleza de la ejecución, la cual, se identifica en los siguientes lineamientos:

- Actividad jurisdiccional: resulta claro que la función de hacer ejecutar lo juzgado forma parte de la función de administrar justicia. Únicamente los órganos de la función judicial tienen esta responsabilidad. Es imposible pensar en la función de justicia si no existiera la posibilidad de ejercer la fuerza o coerción. Cuando se hace alusión a la ejecución forzosa, el uso de la fuerza pública para el cumplimiento de las resoluciones solo puede ser ejercido por el poder público (Palacio, 2019). De esta forma, la ejecución forzosa se entiende como la figura eminentemente jurisdiccional, que requiere del poder público dirigido en los cauces constitucionales y legales para su efectivización.
- Actividad sustitutiva: los actos de la actividad jurisdiccional que conforman la ejecución, se tornan sustitutivos de la conducta de la parte condenada. Cuando una de las partes obtiene una resolución, sentencia o posee un título de ejecución en donde, se verifica cierta obligación y esta no es satisfecha por el deudor, el acreedor encuentra plena libertad para acudir a los órganos jurisdiccionales y reclamar el cumplimiento de la obligación que se acredita (Palacio, 2019). De esta forma, los actos que ejecuta la administración de justicia, se convierten en los sustitutos de la conducta que debió ejecutar el deudor para satisfacer la obligación. Aunque esta conducta encuentra sus límites en la esfera jurídica del deudor, puesto que solo podrá actuar sobre el patrimonio de aquel, en los términos bajo los cuales debió hacerlo.
- Instancia de parte: el proceso de ejecución únicamente puede ser iniciado a instancia de parte. Puesto que existe un título de ejecución o una sentencia, que contiene una obligación específica en contra del deudor, el

acreedor reclama la tutela efectiva, pero no en la fase declarativa del derecho, sino solo en la última parte de ejecución.

Definición de proceso de ejecución

Para Palacio (2019) los procesos de ejecución son “aquellos destinados a la realización efectiva de un derecho reconocido por un título ejecutivo -normalmente, una sentencia firme- a través de la coacción estatal” (p.23). En esta definición, se resalta la previa existencia de un título ejecutivo para su ejercicio; sin embargo, en la legislación ecuatoriana, se debe considerar la diferencia entre los títulos ejecutivos y los títulos de ejecución. En los primeros, es necesaria la previa determinación de la obligación mediante el juicio ejecutivo.

Para Palacio (2019) a través del proceso de ejecución se busca “efectivizar la condena impuesta por una anterior sentencia de condena” (p.77). El principal problema de esta afirmación se encuentra en lo incompleto de la definición, puesto que, en los procesos de ejecución no solo se busca el cumplimiento de lo dispuesto mediante sentencia ejecutoriada, sino además, de las obligaciones contenidas en los títulos de ejecución.

La definición que Montero (2004) realizó, resalta el cambio de la realidad objetiva producto de la intervención de las autoridades. En este sentido, expresa que el juicio de ejecución es “aquel en el que se realiza por el órgano jurisdiccional una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior para acomodarlo a lo establecido en el título” (p.304). Lo que se espera del Estado es la ejecución de ciertas actividades que favorezcan la pretensión del requirente.

Para Devis (2009) en el proceso de ejecución, es posible evidenciar ciertas características, según las cuales:

...la pretensión del actor aparece claramente determinada en el título, como una obligación a su favor y en contra del demandado; dicha pretensión, no obstante, no ha sido satisfecha voluntariamente por éste, lo que ha conllevado la instauración de un proceso de ejecución, mediante el cual se conmine al demandado a cumplir con la obligación que le corresponde. (p.419).

En este contexto, como el título contendría de forma explícita la obligación, así también se encontrará la pretensión del actor. Por ello, debido al incumplimiento de la obligación verificada en la voluntad del demandado, se busca la actuación del Estado para conminar al demandado. Aunque, sería necesario agregar, se busca la coacción del Estado para la satisfacción de la obligación. Cortés y Moreno (2008) al respecto han mencionado que el propio carácter de las normas jurídicas y el monopolio de la jurisdicción, condicionan al Estado a que en ciertos momentos deba recurrir a la coacción como medio para el cumplimiento de sus resoluciones.

Proceso de ejecución en la legislación ecuatoriana

Constitución de la República

Como primer antecedente normativo y base fundamental del proceso de ejecución es posible resaltar el derecho a la tutela judicial efectiva según lo estipula el artículo 75 de la Constitución de la República. Bajo este principio se desarrollan los lineamientos que permiten verificar la obligación del Estado en cuanto a la garantía de cumplimiento y efectivización de los derechos. De esta forma, la tutela debe abarcar el momento mismo del acceso a la justicia, pasando luego por el desarrollo del proceso y las garantías propias en esta etapa, para luego llegar a la obtención de la resolución del problema o pretensión y concluir con la ejecución de lo decidido.

Respecto a la tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional del Ecuador, máximo organismo intérprete de la Constitución de la República, en la sentencia No. 030-09-SEP-CC, Caso No. 0100-09-EP, ha indicado que:

El derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas, se relaciona con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que en un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley se haga justicia, por lo que se puede afirmar que el contenido de la garantía es amplio, y se constituye por tres momentos: el primero, que es el libre acceso a la justicia; el segundo, que lo constituye el desarrollo del proceso en tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia. Dicho resumen, es el acceso a la jurisdicción, el derecho al debido proceso y la eficacia de la sentencia

Es por eso que, el proceso de ejecución no se trata de un mero formulismo con el cual, los jueces, ejecutan una actividad adicional en el ejercicio de sus funciones, sino que consiste en la efectiva concreción de los derechos de las personas que iniciaron un proceso o que se amparan un título de ejecución. Ello excede en gran medida la simple actividad del juzgador, pues se trata de un mecanismo que brinda seguridad y confianza en el sistema jurídico, de que las normas, resoluciones y decisiones judiciales van a cristalizarse.

Cabe destacar lo mencionado en el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial, esto es, que los únicos que pueden juzgar y hacer ejecutar lo juzgado son las juezas y jueces constitucionales. De esta manera, son los administradores de justicia los responsables de hacer cumplir, mediante los mecanismos legales a su disposición, las prerrogativas a que tiene derecho el reclamante.

Código Orgánico General de Procesos

En lo atinente a la ejecución de títulos de ejecución, distintos a las sentencias, el artículo 370 del COGEP señala la necesidad de presentar una solicitud ante el juzgador. En este caso, dicha solicitud debe cumplir los requisitos de la demanda, tal como constan en los artículos 142 y 143 del mismo cuerpo normativo. Además de aquellos requisitos, debe incluirse la identificación del título de ejecución que presta sustenta para la demanda.

Luego de admitida la solicitud, el juzgador dispondrá que un perito realice la liquidación de capital, intereses y costas en el término que la autoridad confiera para el efecto, ello lo determina al artículo 371. En el artículo 372 del COGEP, ya se determina mandamiento de ejecución en contra del deudor; luego de que el juzgador haya recibido la liquidación por parte del perito designado para el efecto. El mandamiento de ejecución debe constar tanto la identificación del deudor, la obligación determinada previamente, siendo posible añadir copia de la liquidación; así como además, la orden de cumplir con la obligación en el término de cinco días. En el caso de títulos de ejecución distintos a la sentencia ejecutoriada, es necesario notificar al ejecutado en persona o mediante tres boletas.

El COGEP establece varias formas por las que el ejecutado puede oponerse, como son: “1. Pago o dación en pago; 2. Transacción; 3. Remisión; 4. Novación; 5. Confusión; 6. Compensación; 7. Pérdida o destrucción de la cosa debida”. El artículo 373 también indica la obligación de justificar su oposición, así como el hecho de que se produzca luego de la ejecutoria de la sentencia o de la exigibilidad del título de ejecución. La ejecución, a pesar de presentarse la oposición, se resuelve en audiencia. Aceptada alguna de las causas de oposición, se ordenará el archivo de la causa.

Por otra parte, dentro del proceso de ejecución es posible que el deudor proponga fórmula de pago. Según el artículo 374 cuando se proponga plazo para ésta, es necesario que el ejecutado acompañe una garantía, excepto que el acreedor no la requiera. La fórmula de pago puede ser total o parcial; cuando es total, el juzgador dispondrá el levantamiento del embargo o dispondrá medidas sobre los bienes que están en garantía de la fórmula propuesta; por el contrario, cuando es aceptada parcialmente, se continuará la audiencia en la parte no acordada. Si el deudor incumple la fórmula de pago, se harán efectivas las garantías dispuestas sobre los bienes, incluidas el embargo.

Cuando el ejecutado no cumpla con el mandamiento de ejecución, se dispondrá la publicación de la misma en la página web de la judicatura. Esto con la finalidad de que terceros conozcan y participen con sus derechos en la respectiva audiencia de ejecución. Adicionalmente, se ordenará el embargo de los bienes que hayan sido acreditados ante el juez y se ordenará que un perito realice al avalúo de los mismos, el mismo que presentará su respectivo informe. El juez debe notificar el informe a las partes para que sea discutido en audiencia, a la que deberá acudir el perito para la sustentación de su informe.

El embargo en el proceso de ejecución procede, a pesar de que consten medidas preventivas sobre el bien. En este caso, se notificará al juez que dispuso las providencias preventivas para que notifique al acreedor solicitante a fin de que participe como tercerista en el proceso de ejecución. El artículo 376 también indica que si se practica el embargo sin llegar al remate se notificará al juez que dictó providencias preventivas, las mismas subsistirán hasta que sean canceladas por el mismo juez que las ordenó. Si se lleva a efecto el remate, el juez notificará la cancelación de las providencias preventivas al juez que las ordenó.

De esta forma, el proceso de ejecución en el contexto ecuatoriano se convierte en un proceso sumario que permite la participación tanto del acreedor como del deudor y de terceros que tengan interés en la ejecución. La posibilidad de contradicción de la parte ejecutada se entiende exclusivamente en la alegación de las causas que se dirigen a cancelar la deuda, esto quiere decir, que el deudor ve restringido su actuación a la alegación del cumplimiento de su obligación por los mecanismos legales conocidos. La fórmula de pago representa una alternativa para la protección de los derechos del acreedor como del ejecutado; mediante esta figura, es posible establecer acuerdo de pago con una garantía acorde a la obligación, aunque no cesa el proceso de ejecución, puede llegar a impedir el embargo y remate de los bienes que constan como garantía. El embargo y remate de los bienes únicamente procede por el incumplimiento del mandato de ejecución. La legislación prevé la participación de terceros en la respectiva audiencia para hacer valer sus derechos frente al deudor.

La ejecución en el COGEP



Figura 1.
Adaptado por la autora

Títulos ejecutivos y títulos de ejecución

Además de revisar lo concerniente al fundamento normativo del proceso de ejecución, es imperativo revisar la diferencia que existe entre los títulos ejecutivos y los títulos de ejecución. Hay que destacar que, antes de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, no diferenciaba en nada a ambos títulos, lo cual ocasionó muchos problemas en la práctica civil. De esta manera, en el artículo 413 de la norma derogada por la vigencia del COGEP, se enunciaban los títulos ejecutivos, junto con los títulos de ejecución.

A diferencia del COGEP que ha dividido en dos artículos a los títulos ejecutivos de los títulos de ejecución. En el artículo 347 de la referida norma, constan los títulos ejecutivos, los mismos que son exigibles mediante la aplicación del procedimiento ejecutivo; mientras que en el artículo 363 se enumeran los títulos de ejecución, los que se pueden exigir de forma directa mediante el proceso de ejecución previsto en el Título V del mismo cuerpo de leyes aludido.

La diferencia que resalta en cuanto a estos títulos es que los de ejecución presentan una fuerza de cumplimiento y por ende de coacción mayor que el de los ejecutivos. Ello permite la reclamación directa en la fase de ejecución. Hernández (2017) manifiesta que la diferencia puede tomar como criterio la declaración de certeza del derecho, que puede ser realizada por las partes o por los jueces o árbitros con potestad jurisdiccional. En el primer caso, se estaría frente a títulos ejecutivos; mientras que si la declaración la realizan jueces o árbitros, se trataría de títulos de ejecución. Sin embargo, el mismo autor destaca que sorprendentemente el COGEP se ha apartado de este criterio cuando concede fuerza de ejecución tanto a actas de

mediación como a contratos prendarios y de reserva de dominio (Hernández, 2017, p. 36).

Los títulos ejecutivos son aquellos que contienen una obligación “clara, pura, determinada y actualmente exigible”, como lo determina el artículo 348 del COGEP. Si se trata de una obligación en dinero, además debe ser líquida o liquidable. Los títulos ejecutivos no pueden contener obligaciones de no hacer. En los títulos ejecutivos la obligación es plenamente determinable y además es declarada con certeza por los particulares que la constituyen. Por ello, en los procesos sustentados en títulos ejecutivos se busca la declaración del derecho contenido en la obligación.

Los títulos ejecutivos contienen obligaciones ejecutivas que son discutidas cuando se instaura el debido proceso. La discusión gira en torno a la obligación contenida en el título, por lo tanto, el acreedor debe demostrar que su pretensión es valedera; mientras que el deudor puede oponerse o contradecir, planteando no solamente las excepciones de las que se crea asistido, sino incluso atacar la propia naturaleza y validez del documento que contiene la obligación ejecutiva. Por el contrario, el título de ejecución permite la instauración de una acción de ejecución, en la que no está en discusión la obligación contenida en el título; incluso, el ejecutado únicamente puede oponerse mediante las causas que permiten la cancelación de la obligación que al momento se encuentra incumplida. El título de ejecución contiene la fuerza otorgada por la ley para que se satisfaga, sin discusión, la obligación contenida en el título.

La acción hipotecaria en Ecuador

Luego de que se ha revisado lo concerniente al proceso de ejecución y la hipoteca, surge la interrogante acerca de que si existe la acción real hipotecaria en Ecuador. Este aspecto resulta trascendental para el ámbito de protección de los

derechos reales, puesto que a cada uno de ellos, el legislador le ha correspondido con una acción real, como el caso de la prenda o la herencia; situación que será analizada y verificada con la normativa sustantiva y procesal del ámbito civil ecuatoriano.

Es necesario indicar que desde la normativa sustantiva civil se hace referencia a la acción hipotecaria, aunque no se encuentra plenamente legislada. Díaz (2000) ha señalado que la acción hipotecaria es aquella que permite y promueve la venta del bien hipotecado, debido a que se dirige contra este (p. 44). De esta forma, la acción hipotecaria debería encontrarse bajo una norma que satisfaga dicha pretensión. Los artículos 2327 y 2416 del Código Civil hacen referencia a esta acción. Sin embargo, el artículo 2326 de la norma aludida contiene una disposición que haría pensar en la probable existencia de la acción.

El artículo 2326 prescribe que el acreedor hipotecario posee igual derecho que el acreedor prendario para hacerse pagar con las cosas hipotecadas. Esto quiere decir que la misma acción que podría ejecutar el acreedor prendario sobre la prenda para obtener la pretensión de pago; es la que le corresponde al acreedor hipotecario. En este caso, si revisamos lo dispuesto, tanto en la norma sustantiva como procesal respecto a la prenda, se podrá encontrar lo siguiente:

Título XXXV Del Contrato de Prenda del Código Civil:

Art. 2299.- El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que se le pague, con el producto, o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta el valor de su crédito; sin que valga estipulación en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios. (...).

COGEP:

Art. 363.- Títulos de ejecución. - Son títulos de ejecución los siguientes: ...

5. El contrato prendario y de reserva de dominio. (...).

En los artículos referidos, es posible evidenciar que, en el caso de la prenda, el derecho que asiste al acreedor, consiste en el remate público de la prenda para satisfacer el pago de la obligación incumplida. Este derecho se respalda en la garantía procesal de que el contrato prendario tiene la fuerza de un título de ejecución. Por lo tanto, el acreedor prendario posee un amplio derecho para exigir la satisfacción de la obligación incluso por vía de ejecución. Si se revisa lo referente a la hipoteca, no es posible encontrar su inclusión dentro de los títulos de ejecución, lo cual podría hacer efectiva la igualdad con la acción prendaria para reclamar el embargo y remate del bien hipotecado por vía de ejecución.

Por el contrario, en el contexto ecuatoriano, para hacer valer la obligación contenida en el contrato de hipoteca, el acreedor debe recurrir a la vía ejecutiva. El artículo 347 del COGEP dispone la enunciación de los títulos ejecutivos; aunque no se declara expresamente la hipoteca, pero en razón del carácter público y solemne del contrato de hipoteca, se la adecua al numeral 2 del referido artículo que menciona tanto a la copia como a la compulsa. Es decir, que el acreedor hipotecario debe acudir a la vía ejecutiva, un proceso declarativo, que primero deberá superar para luego, si la sentencia es favorable, pueda acudir a la ejecución para la cancelación de la deuda con el producto del embargo y remate del bien que se encuentra en garantía.

Consecuentemente, aunque aparece como intencional la disposición del legislador ecuatoriano de conceder la acción hipotecaria, en realidad no se encuentra dispuesta expresamente. El óbice que impide la acción hipotecaria puede aludirse a la falta de inclusión de la hipoteca dentro de los títulos de ejecución que prevé la norma procesal de la legislación ecuatoriana. De esta forma, no se satisface el derecho del

acreedor hipotecario dispuesto en la norma civil, para que al igual que el acreedor prendario, pueda reclamar el embargo y remate, por vía de ejecución.

Derecho comparado

Argentina

En Argentina, el Código Civil y Comercial ha soportado recientes reformas, que incluyen el ámbito de la hipoteca. La más reciente reforma ha sido la Ley 27.271, del 01 de septiembre del 2016, que modifica la Ley 26.994 del 01 de octubre del 2014, en los artículos referentes 2189 y 2210 referentes a la especialidad de la hipoteca. Por otra parte, la definición legal de hipoteca se encuentra en el artículo 2205, que la determina como:

un derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado.

Es decir, al igual que en Ecuador, forma parte de los derechos reales. Esto significa que recaen específicamente sobre inmuebles sin importar la persona. Lo relevante en este concepto se traduce en la expresión y reconocimiento del derecho del acreedor frente al incumplimiento del deudor, en las facultades de persecución y preferencia. En esta afirmación es posible encontrar el antecedente de la acción hipotecaria.

Por otra parte, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 17.454 del 27 de agosto de 1981, dentro del artículo 523 establece los títulos ejecutivos. En el numeral de dicho artículo se establece que tienen categoría de título ejecutivo

únicamente el instrumento privado que ha sido suscrito por el deudor y que además haya sido reconocido judicialmente o se hubiese certificado y protocolizado por escribano público. De esta forma, la escritura de hipoteca encaja en como un título ejecutivo. Es necesario indicar que en este apartado, no es la intención describir todo lo referente a la constitución de la hipoteca en Argentina, sino únicamente lo referente a la determinación expresa del proceso de ejecución hipotecaria.

Cabe resaltar que en la legislación argentina no se encuentra una diferenciación de tipo de títulos ejecutivos y de ejecución. Sin embargo, la diferencia se explica por títulos que autorizan ejecuciones especiales, según lo determina el artículo 595 de la ley procesal civil. En el Libro Tercero, Título III, Capítulo II, de la norma procesal civil se establece dentro de las ejecuciones especiales la ejecución hipotecaria. Aunque es necesario indicar que en el artículo 597, solo se hace referencia a las excepciones admisibles; y, posteriormente en el artículo 598 al Informe sobre condiciones del inmueble hipotecario.

Para poder conocer el procedimiento en la ejecución especial hipotecaria, la legislación argentina opera desde todo el procedimiento procesal referente al juicio ejecutivo. Esto quiere decir, que desde la determinación del contrato hipotecario como título ejecutivo que permite la ejecución especial hipotecaria, se pasa por lo referente al embargo y excepciones, hasta llegar a la subasta. El artículo 596 dispone que las ejecuciones especiales hipotecarias deberán observar el procedimiento para el juicio ejecutivo, estableciendo dos únicas excepciones:

1. Sólo procederán las excepciones previstas en el capítulo siguiente o en la ley que crea el título.
2. Sólo se admitirá prueba que deba rendirse fuera de la circunscripción territorial del juzgado cuando el juez, de acuerdo con

las circunstancias, lo considerará imprescindible, en cuyo caso fijará el plazo dentro del cual deberá producirse.

Es decir, la ejecución hipotecaria procede no como un proceso de conocimiento, sino exclusivo de ejecución. Aunque, en el proceso de ejecución se admiten excepciones como incompetencia, falta de personería, litispendencia y falsedad de título. Esto implica que el proceso de ejecución no se desatiende de las pautas procesales que permiten la defensa de los intereses del deudor.

Colombia

La definición legal de hipoteca en el Código Civil colombiano, se asemeja a la de Ecuador. En el artículo 2432 se indica que “la hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”. Aunque gran parte del sector doctrinario e incluso jurisprudencial han mencionado que esta definición no indica las características de la hipoteca como debiera hacerlo, sino que se limita a establecer a la hipoteca como derecho en referencia a la prenda, cuando esta última se concibe únicamente como contrato. De esta forma, la figura de la hipoteca también ha sido debatida en el contexto jurídico colombiano.

Respecto a la figura de la ejecución o acción hipotecaria, es el Código General del Proceso colombiano el que presenta las disposiciones pertinentes. De esta forma, para el acreedor hipotecario colombiano se presentan dos opciones muy amplias: Adjudicación o realización especial de la garantía real y la efectividad de la garantía real mediante el pago con el producto de los bienes ejecutados. En el primer caso, el acreedor busca hacerse pagar la obligación mediante la adjudicación del

bien. Los artículos 467 y 468 del Código General del Proceso, establecen los procedimientos para la realización de estas pretensiones. En ambos procesos, la legislación colombiana dispone de excepciones características, así como las de mérito que pueden ser alegadas por el deudor.

Capítulo Metodológico

Enfoque de la investigación

El trabajo investigativo que se presenta posee un fundamento cualitativo, que a diferencia del enfoque matemático o cuantitativo, permite abarcar áreas y fenómenos de carácter humanístico y social, a través de la observación y análisis de dichos fenómenos. A través de este enfoque es posible extraer contenidos e información que van desde la teoría a la práctica, mediante la aplicación de técnicas como las observaciones, entrevistas, grabaciones y registros escritos como visuales, lo cual facilita la comprensión de los temas o fenómenos estudiados.

La investigación en este trabajo se inicia y desarrolla con la descripción y explicación del problema de investigación. De esta forma, es posible realizar la descripción, mediante la revisión y estudio bibliográfico de la literatura actual sobre la acción hipotecaria, además de la normativa civil y procesal civil; así como, de la jurisprudencia, sobre la hipoteca, de conformidad a lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos. Además del estudio de la legislación internacional comparada sobre la acción hipotecaria. Como corolario de la explicación de los conceptos y definiciones, teorías, jurisprudencia, legislación comparada y las dimensiones de la investigación, se presenta la fundamentación objetiva de los resultados de la investigación.

Alcance de la investigación

Exploratoria: la investigación de tipo exploratoria es aquella que se dirige a extraer toda la información sobre la temática que se investiga y llegar a su comprensión, obteniendo un acercamiento con aquello que era desconocido y se recaba mayor información para proseguir con la investigación.

La investigación sobre la hipoteca dentro del proceso de ejecución como medio para el cobro de obligaciones, trata de presentar la limitación de la legislación procesal civil, al no incluir la hipoteca en los títulos de ejecución del COGEP.

Descriptiva: es la que ayuda a describir hechos, personas o situaciones que se traten de abordar y analizar, promoviendo lo más significativo de una situación o hecho, tratando de definir las unidades de análisis para la búsqueda de datos y fuentes en las que se vaya a consultar.

La presente investigación se enmarca en la presentación de la hipoteca como mecanismo de ejecución para la satisfacción de la obligación hipotecaria, la que debería incluirse en la enumeración de los títulos de ejecución para su concreción en la legislación ecuatoriana.

Explicativa: es la investigación que se dirige a determinar las posibles causas en los diversos tipos de estudio, llegando a la concreción de explicaciones y conclusiones que permiten confirmar o descartar la tesis principal.

La hipoteca como derecho real de prenda, se constituye como garantía de una obligación que puede ser presente como futura. Los derechos reales generalmente se acompañan de la acción real, como en el caso de la acción prendaria. El artículo 363 del COGEP incluye el contrato prendario como título de ejecución, sin embargo, no se incluye a la hipoteca dentro de estos títulos. De esta forma, la hipoteca es considerada como título ejecutivo y por ende, para efectivizarla, debe presentarse a la vía ejecutiva y posterior a esa decisión, procede la ejecución. La legislación sustantiva civil dispone la igualdad de la hipoteca con la prenda para la ejecución de la garantía, mediante subasta pública, para obtener la pretensión de satisfacción de la obligación. Sin embargo, la falta de inclusión de la hipoteca en los títulos de ejecución impide al acreedor hipotecario acceder a la acción hipotecaria de forma

preferente, con lo que se torna imperante la modificación del texto del artículo 363 del COGEP, para que se incluya a la hipoteca.

Tipo

La investigación que se presenta es de tipo no experimental puesto que no tiene como finalidad la manipulación deliberada de variables. En este caso, la investigación no experimental se dirige a la observación de fenómenos, en su contexto natural, desprovistos de cualquier manipulación, para posteriormente analizarlos. La intención no es la variación de las variables independientes. De esta forma, en esta investigación no se construyen situaciones, sino se limita a observar las existentes.

Métodos teóricos

Método histórico-jurídico: Sirve para investigar aquellos sucesos, hechos y acontecimientos históricos que se han desarrollado desde el pasado hasta la actualidad en el campo de estudio del derecho y la ciencia jurídica. La utilidad de este método se evidencia en la formación de criterio autónomo que gira en base al objeto y campo de estudio de la investigación, como es la hipoteca y el proceso de ejecución; así como también para la construcción de las conclusiones finales, puesto que permitirá abordar la evolución del fenómeno de estudio.

Método jurídico doctrinal: La revisión y estudio de las fuentes bibliográficas más relevantes en la actualidad, así como publicaciones académicas y doctrinales, sobre la consideración de la hipoteca y el proceso de ejecución. Es innegable que el vasto campo de la ciencia del derecho se renueva y alimenta del esfuerzo académico, presentando posiciones doctrinales diversas sobre conceptos y avances en el campo de estudio que se trata en la investigación.

Método de análisis-síntesis: Bajo la tutela de este método es posible realizar la separación del todo que forma la investigación, en distintas partes, para estudiarlas de forma autónoma; lo que al final, permitirá la construcción pormenorizada de conceptos y definiciones, que de forma ordenada dirigirán las conclusiones de la investigación.

Método inductivo-deductivo: Sirve para la obtención de la verdad científica a partir de la verificación de elementos particulares en cada caso, que facultan concluir en conocimiento. Por otra parte, es posible partir del estudio sobre un idea general de la realidad como lo son las normas sustantivas y procesales del derecho civil que contienen la hipoteca y el proceso de ejecución.

Método exegético jurídico: De lo que se trata es de la rigurosidad literal para la interpretación de los distintos textos legislativos. Bajo la dirección de este método es posible conocer únicamente lo dispuesto por el legislador en la tipificación de las normas bajo análisis. El fundamento del método son las reglas del lenguaje y gramaticales.

Método jurídico comparado: El estudio comparado permite la revisión de las normas de distintos países sobre la hipoteca, proceso de ejecución y acción hipotecaria.

Tabla 1

Métodos, dimensiones, sistema y trayectoria

Métodos	Dimensiones	Sistema conceptual	Trayectoria y modelos
Histórico-Lógico	Tutela judicial efectiva	Acción real	Hipoteca

<p>Sistematización jurídico doctrinal</p>	<p>Hipoteca</p> <p>Proceso de ejecución</p>	<p>Características, efectos, importancia y tipos</p> <p>Regulación jurídica de la ejecución.</p>	
<p>Jurídico Comparado</p>	<p>Proceso de ejecución</p>	<p>Acción hipotecaria</p>	<p>Ecuador</p> <p>Argentina</p> <p>Colombia</p>

Adaptado por la autora.

Métodos Empíricos

Tabla 2

Categorías, dimensiones, técnicas y unidades de análisis

CATEGORIAS	DIMENSIONES	INSTRUMENTOS	UNIDADES DE ANALISIS
Juicio de ejecución	La hipoteca como título de ejecución	Análisis documental	Código Civil Título XXXVI, artículo 2309 COGEP Libro V, Título I
		Entrevista a profundidad	Cinco expertos profesionales en el derecho civil
		Análisis de jurisprudencia	Dos sentencias dadas por la corte nacional de justicia

Adaptado por la autora.

Capítulo de Resultados

Análisis documental

El principal análisis que es posible desarrollar en el presente trabajo, consiste en la comprensión de las normas sustantivas y procesales civiles que enmarca la legislación ecuatoriana. En torno al objeto de la investigación, resaltan los artículos que a continuación se procederá a presentar.

Código Civil

El Código Civil ecuatoriano, Título XXXVI, artículo 2309, dispone lo siguiente:

Art. 2309.- Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.

La principal cuestión que es posible resaltar es sobre la consideración de derechos de prenda. Aunque sea debatible la definición aludida, el punto es la equiparación con otra figura conocida como la prenda. Hay dos diferencias que la ley contempla: recae sobre bienes inmuebles, mientras que, la prenda sobre los muebles; y la segunda, estriba en que los bienes permanecen en posesión del deudor. De esta forma, la hipoteca se constituye en un mecanismo que marca la relación jurídica entre dos sujetos. El acreedor y el deudor hipotecario, constituyen los sujetos de la relación; mientras que el objeto recae en la individualización del bien inmueble.

Por otra parte, el artículo 2326 del mismo cuerpo de ley, determina que es posible para el acreedor de una hipoteca obtener el pago con las cosas hipotecas, así como en el caso de la prenda. Esto significa que, en la relación jurídica, frente al incumplimiento de la parte deudora, se hace efectivo el contrato de hipoteca que

recae sobre el bien inmueble individualizado. Se añade además que, los derechos para hacerse pagar el acreedor, son los mismos que se presentan frente a la prenda.

En este contexto, resulta necesario revisar lo que dispone el mismo cuerpo normativo respecto a la prenda. No hace falta revisar todo lo concerniente a esta figura, bastará por revisar la consideración sobre aquellas prerrogativas que se conceden con esta figura.

El texto del artículo 2299 del Código Civil ecuatoriano, referente a los derechos del acreedor prendario, resulta claro en manifestar la potestad para hacer que se cumpla la obligación. En este contexto, la norma expresa dos mecanismos por los cuales se puede satisfacer el cumplimiento: el producto de la subasta pública, o la adjudicación en pago hasta el valor del crédito. El legislador, respecto a la prenda, otorga una amplia garantía para el acreedor hipotecario. Es por ello que, será posible observar en el COGEP, la inclusión de la prenda en los títulos de ejecución; mientras que, la hipoteca no aparece en esta proposición.

Código Orgánico General de Procesos, COGEP

En la norma procesal civil ecuatoriana, se ha tratado de evidenciar la calidad de título que se otorga a la hipoteca. En lo que respecta a la investigación, específicamente se busca identificar a los títulos de ejecución, para conocer cuáles son los títulos que la legislación reconoce. En este sentido, el artículo 363 del COGEP determina los siguientes:

Art. 363.- Títulos de ejecución.- Son títulos de ejecución los siguientes:

1. La sentencia ejecutoriada.
2. El laudo arbitral.

3. El acta de mediación.
4. El contrato prendario y de reserva de dominio.
5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código.
6. Las actas transaccionales.
7. Los demás que establezca la ley. (...)

En esta enumeración de títulos de ejecución, no se encuentra la hipoteca. Sin embargo, en el numeral 4 aparece el contrato prendario. La cuestión que resalta entonces es, que si existe la prerrogativa sustantiva de que el acreedor hipotecario goza de los mismos derechos que el acreedor prendario, ¿por qué no se ha incluido a la hipoteca dentro de los títulos de ejecución? Esto significa que, no debería existir discusión sobre si la calidad del contrato de hipoteca pueda ser catalogada también como de ejecución, puesto que, existe una norma imperante del ordenamiento civil que manda aquella consideración, la cual, ha sido inobservada por el legislador en el momento de la elaboración de las normas procesales.

Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia

En este apartado se presenta el análisis de la jurisprudencia del más alto organismo de control de legalidad del Ecuador. La Corte Nacional de Justicia, ha desarrollado jurisprudencia vinculante sobre múltiples temas de legalidad; de esta forma, es posible encontrar referencia a la naturaleza de la acción hipotecaria. Concomitantemente, es posible encontrar jurisprudencia acerca de la naturaleza del proceso ejecutivo. Toda esta información permitirá desarrollar las conclusiones

acerca de la necesidad de reformar el artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos.

Referente al objeto del derecho real de hipoteca, la Corte Nacional de Justicia, dentro de la Resolución No. 243-2012, Proceso Civil No. 834-2009, de fecha 23 de julio de 2012; menciona lo siguiente:

Referente al objeto del derecho real de hipoteca: “El contrato de hipoteca tiene por finalidad garantizar una obligación principal que, en caso de no cumplirse, permite vender la cosa hipotecada para pagar con el precio al acreedor”.

Es evidente que la naturaleza garantista que posee el derecho real de hipoteca, que permite la seguridad de los negocios, comercios, pactos o convenios, esta institución pretende a través de su conformación, garantizar las obligaciones, su esencia y origen no constituye otra que la de responder eventuales incumplimientos por parte de quien se constituye como deudor hipotecario, para precaución o respaldo de quien se constituye a cambio como acreedor hipotecario.

A criterio de este organismo de justicia, la naturaleza del contrato de hipoteca es únicamente el de garantizar una obligación principal, mediante la venta de la cosa hipotecada. Es decir, que frente al incumplimiento del deudor, la hipoteca se erige como mecanismo que permite coaccionar el pago debido mediante la venta del bien hipotecado. La obligación principal es la que subsiste y la que se solicita sea cancelada el acreedor, para ello, el contrato real de hipoteca figura como la garantía frente al incumplimiento del deudor. El incumplimiento del deudor da derecho al

acreedor que posee la hipoteca a su favor, para que se proceda a la venta del bien hipotecado para lograr obtener el pago de la deuda. En este caso, no existe duda de que la esencia de la hipoteca es esta; y que, el proceso debe orientarse, por lo tanto, a la satisfacción del objeto del contrato de hipoteca.

Por otra parte, la misma Corte se ha pronunciado respecto a la diferencia entre acción de conocimiento y la acción de ejecución. El proceso de ejecutivo pretende abarcar la acción de ejecución siempre que exista un título ejecutivo que se presente en el proceso. En la Resolución No. 518-2012, dentro del Juicio No. 628-2011, de fecha 07 de diciembre del 2012, ha determinado que en garantía de los derechos de los acreedores amparados en título ejecutivo, el juez debe ordenar al obligado que cumpla inmediatamente o proponga excepciones en tres días término, sin perjuicio de la posibilidad de proponer medidas cautelares sobre los bienes; de esta forma, la legislación ecuatoriana considera que los juicios ejecutivos fundados en títulos tienen como finalidad hacer cumplir la obligación mediante un proceso de ejecución y no de conocimiento.

Es importante lo que resalta la Corte en referencia a la consideración del proceso de ejecución, cuando la pretensión es acompañada con título ejecutivo. En la referencia al objeto del contrato de hipoteca, el mismo organismo había manifestado que lo esencial es la garantía del cumplimiento de la obligación mediante la venta del bien hipotecado. Esto significa que, si la calidad del título no es la de ejecutivo, el proceso ya no será de ejecución, sino de conocimiento. Claro está que la pretensión del presente trabajo no estriba en la consideración de la hipoteca como proceso ejecutivo, sino como proceso de ejecución; sin embargo, se evidencia en la jurisprudencia la importancia de la determinación de la calidad del título para decidir el tipo de acción a implementarse. Al no encontrarse establecido en la legislación

ecuatoriana la calidad del título de la hipoteca, el único camino a elegir sería el proceso ejecutivo como acción de conocimiento.

En cuanto a la conceptualización del juicio de conocimiento y la diferencia con el juicio ejecutivo, la misma sentencia indica que el primero busca la solución definitiva a los problemas jurídicos con la ayuda de una sentencia; tiene como finalidad la declaración de un derecho. Por el contrario, el juicio ejecutivo busca que la obligación sea ejecutada frente al incumplimiento del deudor.

Consecuentemente, el proceso ejecutivo en última instancia se vale de la ejecución para hacer cumplir la obligación. Esto difiere del proceso de conocimiento, en el cual se pretende el reconocimiento de un derecho. Es preciso notar que si dentro el contrato de hipoteca no ostenta en la legislación, la calidad de título ejecutivo o de ejecución, entonces lo que correspondería sería adoptar un proceso de conocimiento.

También existe criterio jurisprudencial relacionado con la diferencia entre proceso de conocimiento y de ejecución. La Corte Nacional de Justicia, dentro de la Resolución No. 068-2013-ST, Juicio No. 346-2010 del 18 de marzo del 2013, manifiesta lo siguiente:

El proceso de conocimiento se entiende como el que procura declarar un derecho y el de ejecución es el que se dirige al cumplimiento del derecho mediante medidas de coacción. (...). En aquél, el mandato debe ser formado por el juez mediante la decisión o sentencia; en cambio, en éste el mandato ya existe y se trata simplemente de su ejecución. La diferencia entre ambos procesos resulta de la antítesis entre la razón y la fuerza: aquélla es el instrumento del proceso de

conocimiento o declarativo genérico, y ésta, el del proceso ejecutivo (...). El juicio ejecutivo (...) no es de ejecución pura, sino que puede transformarse, en ciertas ocasiones, en un proceso de conocimiento, dependiendo de las excepciones que presente el demandado.

En este sentido, la ejecución se concibe como la exhibición y aplicación del poder coercitivo que ostenta el Estado mediante la función judicial. Cabe resaltar que no se prefiere o elige la fuerza sin razón; sino que, la razón de la coacción es el mandamiento de ejecución. Por otra parte, resulta interesante la declaración que hace la Corte referente a los juicios ejecutivos que pueden convertirse en juicios de conocimiento, según las excepciones que presenten las partes. Esto último significa que los procesos ejecutivos abarcan no solo pretensiones de ejecución; cuando se presentan excepciones de forma deliberada, incluso se podría lograr en primer lugar, la declaración de un derecho, para posteriormente, solicitar su ejecución. Esto es lo que ocurre con la hipoteca, aun cuando su naturaleza es netamente de ejecución.

Análisis de las entrevistas

Luego de que se ha revisado lo concerniente al marco teórico y conceptual respecto a la hipoteca y el proceso de ejecución, se procederá a realizar el análisis de los resultados de las técnicas de investigación. Específicamente, se analizarán las respuestas de los profesionales expertos en derecho civil a las interrogantes planteadas durante la entrevista. Es necesario indicar que esta técnica resulta muy útil a la hora de recabar datos que sirven a la investigación cualitativa; por ello, la entrevista es de tipo estructurada o enfocada, en donde se han determinado con anterioridad las preguntas, que dirigen el diálogo, junto con las categorías u opciones de las que podrá elegir el sujeto interlocutor. Para el propósito de la investigación se han elegido cinco expertos en materia civil que respondan a las interrogantes

presupuestadas, lo cual es **la condición ética que permite la confiabilidad de los datos**.

¿La hipoteca abierta vulnera el principio de accesoriedad previsto en la legislación ecuatoriana?

De los cinco expertos entrevistados, cuatro han respondido de forma negativa, correspondiendo al 80%, mientras que, solo un entrevistado ha respondido haciendo uso de la afirmación. El resultado indica que la posición mayoritaria de los entrevistados considera que la hipoteca abierta no vulnera el principio de accesoriedad que se prevé en la legislación civil ecuatoriana.

Este resultado permite inferir que, la hipoteca abierta al encontrarse determinada en la legislación civil ecuatoriana, también goza de la atribución de accesoriedad. De esta forma, la hipoteca abierta al ser accesorio al crédito, depende inmediatamente del primero, sin el cual, no podría existir. La hipoteca abierta, por lo tanto, no puede predicarse sin la atribución de la característica de la accesoriedad.

¿La escritura pública de hipoteca se considera como un título ejecutivo o de ejecución en el Código Orgánico General de Procesos?

Las opciones de respuesta en esta pregunta se concretaron en cuatro categorías. La primera correspondiente a Ejecutivo, que obtuvo solo una respuesta favorable; la segunda, de Ejecución, que no obtuvo ninguna; de la misma manera, la tercera, de Ambos, que tampoco consiguió respuestas favorables; por el contrario, la última categoría de Ninguno, obtuvo cuatro respuestas. De esta forma, la respuesta mayoritaria, con el 80% considera que la escritura pública de hipoteca no es considerada por el COGEP ni como título ejecutivo, ni como de ejecución.

Es posible observar que para los entrevistados, el COGEP no determina la calidad de título que presenta la escritura pública de Hipoteca. Aunque existe la noción de que, podría ser considerada como título ejecutivo, según el 20% de la respuesta a la interrogante, la mayoría insiste en la falta de determinación de la norma procesal ecuatoriana sobre el tipo de título que contiene la obligación dispuesta en la escritura.

¿Considera que la legislación ecuatoriana faculta la aplicación de la acción hipotecaria, tal como se realiza con la prenda?

En esta pregunta es posible observar como la totalidad de los entrevistados coinciden en que la legislación ecuatoriana no reconoce la acción real hipotecaria, en la misma manera como lo hace con la prenda. Bajo este resultado, es posible llegar a inferir que, aunque la hipoteca sea un derecho de prenda, y en esta última se reconozca la acción prendaria reconociendo el contrato prendario como título de ejecución, no sucede lo mismo con la hipoteca.

El 100% de los entrevistados reconocen que la hipoteca, tal y como se recoge actualmente en la legislación civil ecuatoriana, no cuenta con el mecanismo de acción hipotecaria, para activarlo en la misma medida como la acción prendaria.

¿El juicio ejecutivo tutela de forma adecuada la pretensión de la hipoteca?

Para el 80% de los entrevistados, el juicio ejecutivo no resultaría en la vía idónea para la ejecución de la hipoteca; mientras que para el 20%, esta vía sería la indicada. La mayoría ha considerado que el juicio ejecutivo no tutela de forma adecuada la pretensión de la hipoteca.

Este resultado permite inferir que, a pesar de que la vía ejecutiva sirva para llevar a cabo la pretensión establecida en el contrato de hipoteca cuando ocurra el

incumplimiento de la obligación, no se estaría tutelando de manera efectiva la pretensión establecida en la hipoteca. Por lo tanto, el juicio ejecutivo quedaría expuesto como inadecuado, a pesar de su aplicación para el caso de la hipoteca.

¿Cuáles es el mayor obstáculo que se encuentra en el juicio ejecutivo para garantizar la acción hipotecaria?

El 80% de los entrevistados considera que el mayor obstáculo es el tiempo transcurrido entre el inicio del proceso y la conclusión de la pretensión de la hipoteca. Solo el 20% considera que los obstáculos son variables de acuerdo a las circunstancias de cada proceso.

Para la mayoría de los juzgadores el obstáculo para la acción hipotecaria mediante la vía de juicio ejecutivo se presenta en el tiempo que se debe esperar para llegar a solicitar la ejecución de la obligación. El juicio ejecutivo, como juicio de conocimiento, permite la consideración de las razones a favor o en contra de la existencia de una obligación; por ello, primero se debe obtener la sentencia favorable, para que aquella funja como documento de ejecución, lo cual sucede al final del juicio ejecutivo. Mientras que, en la acción hipotecaria, el proceso es de ejecución de la obligación, y la única excepción posible sería el pago.

¿Considera necesaria una reforma al artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos que permita la inclusión de la hipoteca como título de ejecución con la finalidad de tutelar efectivamente la pretensión de la acción hipotecaria?

En esta pregunta, únicamente el 20% de la muestra considera que no resulta necesario una reforma del artículo 363 del COGEP en la que se incluya la hipoteca como título de ejecución; mientras que el 80% admite que se requiere dicha reforma. Por lo tanto, la mayoría respalda la opción de reforma del artículo de la ley adjetiva civil.

Los resultados indican la posición de los expertos en cuanto a la necesidad de reformar el artículo, como una medida plausible que se dirige a tutelar de manera efectiva la pretensión de la acción hipotecaria. Es decir, a criterio de los especialistas, no existiría una medida más adecuada que la reforma.

Capítulo de discusión

Luego de que se ha expuesto cada una de las preguntas focalizadas a los profesionales expertos en materia civil, resulta necesario realizar el respectivo análisis y discusión de los resultados. Este ejercicio permite dilucidar aquellas dudas que surgen al final de la aplicación de las técnicas de investigación. Como se ha mencionado, la técnica utilizada es la entrevista estructurada y focalizada, que como **metodología ha permitido lograr el objetivo general** del presente estudio mediante la recolección de datos que merecen ser analizados para comprender los resultados obtenidos. Sin embargo, es necesario advertir que dicha técnica presenta como limitante la obtención de resultados en virtud de las alternativas planteadas previamente, sin opción a la proliferación de nuevas alternativas o discusiones sobre la situación fáctica consultada por parte de los sujetos a quienes se dirige la entrevista.

En la primera interrogante planteada, se ha podido evidenciar la falacia de la supuesta vulneración del principio de accesoriedad que se acusa con la hipoteca abierta. Cuando se hace referencia a esta última figura, generalmente se presenta como argumento que, la hipoteca abierta al no establecer con claridad las obligaciones a las que garantiza el contrato, entonces no existe accesoriedad. Sin embargo, para la mayoría de los profesionales consultados, la hipoteca abierta no se constituye en vulneradora de la accesoriedad. Esto último se afirma en el conocimiento de los profesionales acerca de la obligación principal y fuente que si se establece en el contrato. Es decir, la accesoriedad no se puede negar como

característica de la hipoteca abierta, puesto que la o las obligaciones futuras que pudieran garantizarse con aquella, encuentran sustento en la fuente del contrato que las determina.

Por otra parte, en la segunda pregunta respecto a la prescripción del COGEP acerca del contrato de hipoteca, si como título ejecutivo o de ejecución, se confirma la falta de precisión de la norma aludida. Pese a que se presentaron importantes reformas con la entrada en vigencia del COGEP, por ejemplo con la diferenciación de los títulos ejecutivos de los de ejecución, no es posible encontrar la especificación de la escritura de hipoteca en ninguno de los artículos que los recogen. El legislador ecuatoriano no ha considerado la inclusión de la hipoteca bajo ningún título promoviendo con ello, inseguridad jurídica en la aplicación de dicha figura. Debe aclararse que, la alusión a la falta de determinación de la calidad de título que ostenta la hipoteca, no se relaciona con el modo o vía procesal por el que la práctica jurídica se ha decantado; esto significa que, a pesar de no contar con la especificación del tipo de título, si era necesario llevar a la práctica un proceso que permita a los acreedores hipotecarios obtener la satisfacción de la obligación. En esta parte, la referencia exclusiva al título, no existe una formulación normativa específica que otorgue claridad para el tratamiento procesal de la hipoteca.

Cuestión trascendental en el ámbito ecuatoriano es la equiparación que la ley otorga para la tutela de los derechos de prenda y de hipoteca. En la tercera pregunta, el 100% de los entrevistados consideran que no establece o facilita la acción hipotecaria en comparación con la acción prendaria. Esto es posible identificar, además de la opinión de los expertos, en lo que determina el COGEP en el artículo 363 numeral 4, respecto a los títulos de ejecución en los que incluye el contrato prendario y de reserva de dominio. Adicionalmente, el artículo 2326 del Código

Civil expresa que el acreedor hipotecario posee los mismos derechos que el acreedor prendario para hacerse pagar con los bienes hipotecados. Es decir, que la legislación procesal civil ecuatoriana no ha previsto la acción hipotecaria pesa a contar con la legislación sustantiva que expresamente la determina.

Otro de los temas que se abordaron en la entrevista, es la cuestión de los obstáculos que se presentan actualmente en el momento de hacer efectiva la hipoteca. Para la mayoría de los juzgadores el obstáculo para la acción hipotecaria mediante la vía de juicio ejecutivo se presenta en el tiempo que se debe esperar para llegar a solicitar la ejecución de la obligación. El juicio ejecutivo, como juicio de conocimiento, permite la consideración de las razones a favor o en contra de la existencia de una obligación; por ello, primero se debe obtener la sentencia favorable, para que aquella funja como documento de ejecución, lo cual sucede al final del juicio ejecutivo. Mientras que, en la acción hipotecaria, el proceso es de ejecución de la obligación, y la única excepción posible sería el pago.

Por otra parte, existe uniformidad de criterio en cuanto a la posición de que la vía ejecutiva no tutela de forma adecuada la pretensión de la hipoteca. En la práctica jurídica, por la necesidad de llevar a efectivizarse los acuerdos y derechos que se determinan en la hipoteca, como el cumplimiento de la obligación, se ha hecho verosímil el proceso ejecutivo. Sin embargo, este proceso es de tipo declarativo, lo que significa que en él deberá discutirse sobre la existencia o no de un derecho en virtud de lo que las partes dispongan en conocimiento de la autoridad. De esta forma, este proceso no se dirige a la ejecución de la pretensión del cumplimiento de una obligación, sino que únicamente puede llegar a declarar la existencia de la obligación y el derecho del acreedor de exigir su cumplimiento. De ahí que, el acreedor hipotecario, podrá acudir luego de pasar por el engorroso proceso ejecutivo, al

proceso de ejecución. Es necesario indicar que, en el contrato de hipoteca existe un acuerdo voluntario que se ha traducido en la disposición de las partes que se ha elevado a escritura pública, cumpliendo con las formalidades y solemnidades para el efecto. Es decir, existe o se ha determinado voluntariamente una relación generadora de derechos u obligaciones que, no debería necesitar un posterior reconocimiento.

En este contexto, la respuesta mayoritaria para resolver los múltiples inconvenientes comentados, se traduce en una necesaria reforma al artículo 363 del COGEP. Esta reforma tendría como objeto la inclusión de la hipoteca como título de ejecución, lo cual permitiría la efectiva tutela de los derechos y obligaciones contenidas en el contrato hipotecario. Además, se dilucidaría la cuestión sobre el tipo de título que ostenta la hipoteca, brindando seguridad jurídica.

Capítulo de Propuesta

En el presente acápite se tratará de presentar una alternativa para solucionar la deficiente e imprecisa normativa que determina los títulos de ejecución. El Libro

xxx, Título xxx, artículo 336 del Código Orgánico General de Procesos, contiene la especificación de los títulos de ejecución, sin que se haya incluido a la hipoteca dentro de esta calidad; sin embargo, como se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo, existe la necesidad de incluir dentro de esta norma, también a la hipoteca, con el objetivo de garantizar la satisfacción del cumplimiento de la obligación hipotecaria.

Justificación de la propuesta

La hipoteca es el principal mecanismo de aseguramiento de créditos, contratos y convenios, por lo tanto, requiere de un procedimiento jurídico acorde a su naturaleza. La propuesta que se presenta pretende otorgar al contrato de hipoteca la calidad de título de ejecución, lo que permitirá garantizar que el incumplimiento de la obligación sea satisfecho con el objeto de la hipoteca. Las partes intervinientes en el contrato de hipoteca han resuelto someter de forma voluntaria, por una parte, la capacidad para gravar un bien inmueble, y por otra, el conceder algún tipo de crédito a favor del deudor. Esta relación es reconocida jurídicamente con el contrato de hipoteca, el cual requiere de un procedimiento jurídico específico para su ejecución. Al incluirse a la hipoteca como título de ejecución, inmediatamente se garantiza que la voluntad de las partes expresadas en el contrato, así como los derechos emanados de aquella relación jurídica, sean respetados mediante la concreción de un procedimiento, que no necesita la declaración de un derecho, sino la coacción en la ejecución. Sin la determinación de la calidad de título de ejecución a la hipoteca, el objeto de aquella relación jurídica, es solo una mera declaración de voluntades sin efectos inter-partes.

Título de la Propuesta

Proyecto de Reforma del Artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos en concordancia con el Artículo 2326 del Código Civil Ecuatoriano.

Objetivo General

Proponer un proyecto de reforma al COGEP, para incluir en calidad de título de ejecución a la hipoteca y garantizar el cumplimiento de la obligación hipotecaria.

Propuesta

Considerando:

Que, la Constitución de la República del Ecuador en el numeral 1 del Art. 11 expresa que “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento”.

Que, la Constitución en el Art. 75 consagra 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. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

Que, el artículo 82 de la Constitución, establece: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

Que, la Constitución del Ecuador en sus artículos 168 y 169 prescribe que: “la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, fases y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral y que el sistema procesal es un modo para la realización de la justicia y las normas procesales consagran los

principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal”.

Que, el Código Civil ecuatoriano en el Art. 2326, dispone lo siguiente “El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar con las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda”.

Que, con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos, se ha podido evidenciar que no se contempla la debida relación con las normas sustantivas que disponen sobre los derechos del acreedor hipotecario y la implementación del régimen procesal pertinente.

Que, es necesario armonizar el sistema procesal actual con las normas constitucionales, para garantizar la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva del derecho de los acreedores hipotecarios, mediante la aplicación de un debido proceso.

Que, de acuerdo al Artículo 120 numeral 6 de la Constitución la Asamblea Nacional puede expedir, codificar, reformar o derogar leyes;

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales se expide la presente:

Proyecto de Reforma del Artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos en concordancia con el Artículo 2326 del Código Civil Ecuatoriano.

Artículo 1. – *Agréguese a continuación del numeral 4 del artículo 363, el siguiente numeral:*

“5.- La hipoteca.”

Disposiciones Transitorias

PRIMERA: Los procesos iniciados con la presentación del contrato de hipoteca continuaran sustanciándose hasta su conclusión, conforme la normativa vigente a la presentación de la demanda.

Disposición Final

La presente reforma entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Validación de la propuesta

Tabla 3

FICHA TÉCNICA DEL VALIDADOR	
Nombre: Dr. Juan Sarango Rodríguez	
Cédula N°: 110216639-2	
Profesión: Abogado en libre ejercicio. Magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional	
Dirección: Machala.	

ESCALA DE VALORACION ASPECTOS	MUY ADECUAD A 5	ADECUAD A 4	MEDIANAMENTE ADECUADA 3	POCO ADECUAD A 2	NADA ADECUAD A 1
Introducción	X				
Objetivos	X				
Pertenecía	X				
Secuencia	X				
Premisa	X				
Profundidad	X				
	X				

Coherencia					
Comprensión	X				
Creatividad	X				
Beneficiarios	X				
Consistencia lógica	X				
Cánones doctrinales jerarquizados	X				
Objetividad	X				
Universalidad	X				
Moralidad social	X				

Fuente (Obando, 2015)

Comentario:

La presente propuesta es adecuada, no obstante, sería apropiado establecer un mayor grado de factibilidad de poder ser aplicada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Fecha: 07 de agosto de 2020

Firma _____ CI: 110216639-2

Conclusiones

La figura de la hipoteca presenta características que la destacan como título de ejecución. Entre estas características se encuentran la convencionalidad, que se sustenta en la aceptación de las partes sobre los acuerdos en el contrato de hipoteca; es un derecho real, porque solo recae sobre bienes inmuebles; es accesoria de lo principal; debe tener constancia registral; y, su naturaleza es formal o material, puesto que solo ante el incumplimiento del contrato, el bien hipotecado puede ser reclamado por el acreedor. El detalle de cada característica señala a la naturaleza intrínseca de la hipoteca, como título que posibilita la ejecución de lo pactado, frente al incumplimiento de la obligación por parte del deudor.

La naturaleza y características de la hipoteca posibilitan la aplicación de un determinado procedimiento que la legislación procesal civil ecuatoriana reconoce como proceso de ejecución. Este procedimiento es una garantía para hacer cumplir lo resuelto por la autoridad, así como, para hacer cumplir las convenciones voluntarias de las partes ceñidas en documento al que la ley otorga fuerza especial. La ejecución no busca la declaración de un derecho, como en el proceso ordinario, sino por el contrario, busca la satisfacción de lo resuelto o lo acordado por las partes.

En el ámbito internacional, legislaciones como las de Argentina y Colombia, reconocen la acción hipotecaria. Esto significa que, reconociendo las características y atendiendo a la definición de la hipoteca, como derecho real que recae sobre bienes inmuebles, que no dejan de permanecer en manos del deudor; las legislaciones procesales han tenido que proveer un mecanismo propio de garantía de los derechos a través de la acción hipotecaria.

La norma sustantiva civil ecuatoriana determina que el acreedor hipotecario posee los mismos derechos que el acreedor prendario. Sin embargo, la tutela requerida no se ha extendido al reconocimiento en la legislación procesal, limitándose al reconocimiento del contrato prendario como título de ejecución, pero no ocurre lo mismo con la hipoteca.

La opinión y análisis de los expertos en materia civil, coincide en que la hipoteca requiere ser tratada en base a su naturaleza, como título de ejecución. Este criterio se sustenta en factores como la indeterminación legal de la calidad de la hipoteca, en el reconocimiento de los derechos de los acreedores hipotecarios en la legislación civil, en la incapacidad de otros mecanismos jurídicos para garantizar los derechos de los acreedores hipotecarios.

El Código Orgánico General de Procesos en el artículo 363 de los títulos de ejecución requiere la urgente reforma para la inclusión de la hipoteca. Solo la reforma del referido artículo permitirá que la naturaleza, características, derechos y criterios jurídicos, pueden concretarse en el ámbito de la práctica jurídica. Si la hipoteca aún no se encuentra reconocida en la norma procesal civil, se deja a este documento prácticamente sin el valor que la norma sustantiva civil sí reconoce.

Recomendaciones

Al término de la presente investigación, únicamente se ha enfatizado la novedad de la reforma al artículo 363 del COGEP, donde se incluye a la hipoteca como título de ejecución. Sin embargo, durante la investigación surgieron algunos temas que se relacionan con la normativa procesal que también merecen ser profundizados en posteriores trabajos de tipo académico.

Una de las interrogantes que queda abierta al debate es la situación del proceso de ejecución en la legislación procesal civil ecuatoriana. Es decir, si el proceso de ejecución, tal como se lo concibe y dispone en la norma procesal, garantiza los derechos de las partes. Existen consideraciones que destacan que desde la presentación de la demanda y el tiempo que dispone el legislador para que la parte demandada conteste, no se garantiza plenamente la satisfacción del cumplimiento de la obligación. Por otra parte, la cuestión del tiempo que transcurre entre el embargo y el remate del bien, también genera una crítica a la forma procesal. En este contexto, existe un campo para la investigación y la posible propuesta de reestructuración del proceso de ejecución.

En todo caso, queda pendiente el desarrollo de nuevas investigaciones que permitan encontrar o implementar un sistema de justicia procesal respetuoso de los derechos de las partes. En este aspecto, hay que reconocer que el derecho procesal, como rama del derecho, comparte la impetuosidad del cambio, cuando existen normas o reglas que, en lugar de proteger y garantizar derechos, se convierten en obstáculos para la concreción de la justicia.

Referencias

- Aguirre, V. (2012). *La tutela jurisdiccional del crédito en el Ecuador*. Ecuador, Quito: Ediciones Legales.
- Aguirre, V. (2019). *El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los Tribunales ecuatorianos*. Foro: Revista de Derecho, No. 14, pags. 5-43.
- Alberdi, L. (2016). *La hipoteca y sus caracteres en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año 13 (46), pags. 152-167.
- Andrade, S. (2006). *Los títulos valor en el derecho ecuatoriano, 3ra edición*. Ecuador, Quito: Fundación Andrade y Asociados.
- Armenta, T. (2007). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. España, Madrid: Ed. Marcial Pons.
- Azúa, S. (2000). *Teoría General de las Obligaciones*. México, Ciudad de México: Ed. Porrúa.
- Boretto, M. (2002). *Hipoteca abierta: un tema urticante (con especial referencia a los contratos de cuenta corriente bancaria y cuenta corriente mercantil)*. Argentina, Buenos Aires: La Ley.
- Boretto, M. (2004). *Hipotecas abiertas. Segunda Edición*. Argentina, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Cabanellas, G. (2012). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II*. Argentina, Buenos Aires: Editorial Hestastia.

- Carnelutti, F. (1997). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México, Ciudad de México: Editorial Colección Clásicos del Derecho Procesal.
- Coello, E. (2010). *Sistema Procesal Civil*. Ecuador, Loja: Editorial Talleres Gráficos de la UTPL.
- Cortés, V.; Moreno V. (2008). *Manual de Derecho Procesal Civil, Parte General*. España, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Devis, H. (2009). *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Colombia, Bogotá: Temis.
- De la Cadena, L. (2010). *Práctica Procesal Civil, El Juicio Ejecutivo. Primera Edición*. Ecuador, Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Díaz, A. (2000). *Teoría General de las Obligaciones, Volumen I*. México, Ciudad de México: Publicaciones y Materiales Educativos del Instituto Politécnico Nacional.
- Díaz, P. (1988). *La Hipoteca en el Código Civil del Ecuador*. Ecuador, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Díaz, J. (2000). *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*. España, Madrid: Edita Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris.
- Diez, R. (2010). *La Hipoteca. 3ra edición*. Chile, Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas El jurista.
- García, J. (1996). *Las medidas cautelares en Materia Civil. Tomo I*. Ecuador, Quito: Ediciones Rodin.

- Garaycoa, P. (1968). *La Hipoteca en el Código Civil Ecuatoriano*. Ecuador, Quito: Corporación de estudios y publicaciones.
- Gascó, F. (2000). *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*. España, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Gómez, J. (2015). *Derechos Reales de Garantía: La Hipoteca*. Tesis inédita de maestría. Universidad Rafael Landívar. Guatemala de la Asunción, Guatemala.
- Guasp, J. (1968). *Derecho Procesal Civil*. España, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Hernández, R. (2017). *El sistema de excepciones tasadas en el procedimiento ejecutivo, establecido en el Código Orgánico General de Procesos*. Tesis inédita de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Larrea, J.; Merino, R. (2004). *Derecho civil del Ecuador, vol. XI*. Ecuador, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Lasarte, C. (2009). *Derechos Reales y Derechos Hipotecarios. Principios del Derecho Civil*. Argentina, Buenos Aires: Marcial Pons.
- López, J. (2019). *Naturaleza jurídica de la hipoteca*. Revista de Derecho Civil. No. 1. Vol. 6 (2), pags. 109-124.
- Matta, D. (2005). *Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala*. Guatemala: Ediciones Mayte.
- Montero, J. (2004). *Derecho jurisdiccional: proceso civil*. España, Valencia: Tirant lo Blanch.

- Palacio, J. (2019). *Consideraciones Generales del Procedimiento de Ejecución establecido en el Código Orgánico General de Procesos*. Ecuador Ibarra: Digiflash Corpographic.
- Paredes, A. (2019). *Eficacia de la hipoteca frente al fideicomiso mercantil en garantía, posible desaparición de este último, estudio jurídico, reglamentación y propuesta*. Tesis inédita, Universidad Central del Ecuador.
- Parraguez, Luis. (1986). *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Teoría General de las Obligaciones, Volumen I*. Ecuador, Quito: Gráficas Mediavilla.
- Peña, A. (2001). *Derechos reales. Derecho hipotecario*. España, Madrid: Edita Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris.
- Planiol; Ripert y Becquer. (1942). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo XII. Argentina, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Romero, G. (1983). *Las Compañías y Legislación Mercantil del Ecuador*. Ecuador, Quito: Editorial Voluntad.
- Ron, F. (2010). *Breves Comentarios sobre los Títulos*. Ecuador, Quito: Editorial LEX.
- Somarriva, M. (2012). *Tratado de las Caucciones*. Chile, Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar Cono Sur Ltda.
- Tama, M. (2017). *Sipnosis gráfica de ciertos asuntos del COGEP*. Guayaquil - Ecuador: Editorial Murillo Editores.
- Torres. A. (2015). *De las Obligaciones y los Contratos Civiles*. Ecuador, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Varsi, E.; Torres, M. (2019). *Características de la Hipoteca*. Gaceta Civil y Procesal Civil. No. 67 (1), pags. 159-174.

Vicuña, L. (2016). *Manual Del Código Orgánico General De Procesos (COGEP)*. Ecuador, Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.

Vicuña, L.; Chávez, J. (2016). *Manual del Código Orgánico General de Procesos COGEP*. Ecuador, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

APÉNDICE A

ENTREVISTA DIRIGIDA EXPERTOS EN MATERIA CIVIL

Tema: La hipoteca dentro del proceso de ejecución como el medio para el cobro de obligaciones.

Entrevistador: Ab. Johanna Jessenia Loaiza Rivadeneira

CUESTIONARIO:

1.- ¿La hipoteca abierta vulnera el principio de accesoriedad previsto en la legislación ecuatoriana?

.....
.....
.....
.....

2.- ¿La escritura pública de hipoteca se considera como un título ejecutivo o de ejecución en el Código Orgánico General de Procesos?

.....
.....
.....
.....

3.- ¿Considera que la legislación ecuatoriana faculta la aplicación de la acción hipotecaria, tal como se realiza con la prenda?

.....
.....

.....
.....

4.- ¿El juicio ejecutivo tutela de forma adecuada la pretensión de la hipoteca?

.....
.....
.....
.....

5.- ¿Cuáles es el mayor obstáculo que se encuentra en el juicio ejecutivo para garantizar la acción hipotecaria?

.....
.....
.....
.....

6.-¿Considera necesaria una reforma al artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos que permita la inclusión de la hipoteca como título de ejecución con la finalidad de tutelar efectivamente la pretensión de la acción hipotecaria?

.....
.....
.....
.....

APÉNDICE B

JURISPRUDENCIA RESOLUCIÓN

243-2012

**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**



Justicia que se ve

JUEZ PONENTE

DR. PAÚL ÍÑIGUEZ RÍOS

(Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial)

PROCESO CIVIL 834-2009 (Extinción de derecho de hipoteca)

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, 23 de julio de 2012; a las 09h15.-

VISTOS: El recurso de Casación presentado dentro de la acción de cancelación de hipoteca propuesta por Rafael María Fernández Orellana y Luz Balbina Encalada Guanuquiza en contra de Aida María Guzmán Zeas, hállese en conocimiento de este TRIBUNAL para resolución del mentado recurso.

Siendo el instante de resolver, para hacerlo se considera:

1. COMPETENCIA.

El Consejo de la Judicatura de Transición posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales, el 26 de enero de 2012. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión del día 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas

**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**



Justicia que se ve

**JUEZ PONENTE
DR. PAÚL ÍÑIGUEZ RÍOS**

(Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial)

Especializadas, en cumplimiento de lo dispuesto en el Art. 183 del Código Orgánico de la Función Judicial.

La Sala Especializada de lo Civil tiene competencia para conocer los recursos de casación y apelación, conforme lo disponen los Arts. 184, numeral 1 y 76, numeral 7, literal k) de la Constitución de la República; Art. 184 y 190 numeral primero del Código Orgánico de la Función Judicial; Art. 320 del Código de Procedimiento Civil; y, Art. 1 de la Ley de Casación; y, Segunda Disposición Transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial que dispone que: *"...en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código..."*. Por lo expuesto, avocamos conocimiento de la presente causa que, por sorteo le corresponde al señor Juez Nacional Doctor Paúl Íñiguez Ríos, Ponente y señoras Juezas Nacionales Doctora María Rosa Merchán Larrea y Doctora Paulina Aguirre Suárez, como integrantes de este Tribunal.

2. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

2

**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**



Justicia que se ve

**JUEZ PONENTE
DR. PAÚL ÍÑIGUEZ RÍOS**

(Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial)

La acción tiene origen por el petition de Rafael María Fernández Orellana y Luz Balbina Encalada Guanuquiza quienes comparecen demandado en contra de Aida María Guzmán Zeas la extinción del derecho hipotecario y la prohibición de enajenar que pesa sobre un inmueble de propiedad de los peticionarios.

La segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial del Azuay, en conocimiento de la causa por la apelación interpuesta, emitió su fallo, en el que se expone entre varias cosas y principalmente lo que encamino a la resolución a la aceptación del recurso de apelación, revocar la sentencia del inferior y declarar sin lugar la demanda, que estableció que como prueba la demandada presenta una letra de cambio manifestando que es aceptada y con aval de los actores y que ha sido impugnada por vía falsedad por la parte actora determinando que ésta impugnación se debía probar como dispone el artículo 114 del Código de Procedimiento Civil lo cual se dice, no hacen los demandados, que ha solicitado la demandada confesión judicial a la que no comparecieron los actores declarándoles confesos, que las preguntas de la confesión para los actores referían al reconocimiento de firma y de la obligación que consta en la letra de cambio que se presentó en el proceso

**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**



Justicia que se ve

**JUEZ PONENTE
DR. PAÚL ÍÑIGUEZ RÍOS**

(Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial)

por ello que la Sala manifiesta acoge el pliego de preguntas que constituye una orientación debida para que se conceptúe como indicio de mala fe, que en consecuencia todo el análisis realizado para declarar la procedencia de la acción queda sin trascendencia legal, que la demandada se exceptiona en negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, que la confesión ficta de la actora en primera instancia no surte el efecto jurídico que en principio le ha consignado el Juez de la causa, por lo que acogiendo el recurso de apelación, revocó el fallo subido en grado declarando sin lugar la demanda.

3. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-

3.1. DE LA PARTE ACCIONANTE (Única recurrente):

3.1.1 Las normas que se estiman infringidas son: Artículos 113, 114, 115 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 2336 del Código Civil.

3.1.2. Que la causal en la que se funda el recurso es la tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, en lo que tiene que ver con falta de aplicación en la



sentencia dictada de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba artículos 114 y 115 del Código de Procedimiento Civil, que ha conducido a la no aplicación de la norma de derecho del artículo 2336 del Código Civil en la sentencia.

4. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.

4.1 CONCEPCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

4.1.1 La acción de casación “...de “casar”, significa anular y va dirigida a **anular la sentencia expedida por un tribunal inferior, pero tal anulación siempre es ejecutada por un tribunal superior....**”.¹, el objetivo de casar la sentencia busca la anulación de la misma en los casos previstos en la ley, deriva entonces del derecho constitucional a recurrir de los fallos o resoluciones, y al derecho de seguridad jurídica, tutela efectiva de derechos y otros conexos, que permitirían cuando proceden, mediante la anulación de la sentencia, armonizar el derecho, esto con la emisión de la nueva sentencia

¹ Cfr. Estudio de los Recursos en el Proceso Civil, Editorial Edino, Guayaquil-Ecuador, 2da Edición, Pág. 183.

CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA



Justicia que se ve

JUEZ PONENTE
DR. PAÚL ÍÑIGUEZ RÍOS

(Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial)

que va en lugar de la recurrida y que recogería las correcciones de derecho o cualquiera de las especificadas en el artículo 3 de la Ley de Casación y que se haya alegado, una vez que el Tribunal de Casación haya realizado un examen o estudio del fallo impugnado, y verificado cualquiera de los errores del que nos habla el citado artículo 3 de la Ley de Casación.

4.1.2 Prieto-Castro y Ferrandiz Leonardo, respecto del funcionamiento del recurso, se expone: ***“...el Tribunal funcionalmente encargado de su conocimiento, verifica un examen de la aplicación del Derecho realizada por el órgano a quo ó de la observancia de determinados requisitos y principios del proceso, que por su importancia se elevan a la categoría de la casación.”***². Éste recurso permite entonces la unificación del derecho, la homologación de los derechos y obligaciones de las personas, permite extraer la jurisprudencia que regirá y será de obligatorio cumplimiento, evitando así casos aislados, decisiones contradictorias, fallos imparciales, etc., garantizado de esta manera El Estado constitucional de derechos y justicia que prescribe el artículo 1 de la Constitución.

² Cfr. Derecho Procesal Civil, Editorial Tecnos-Madrid, Vol. 1, 3ra. Edición, 1978, pág. 262.



4.2 ANÁLISIS DEL CASO

4.2.1. La hipoteca según el artículo 2309 es **"...un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor"**, el doctor Juan Larrea Holguín refiere que **"...En realidad, más que una definición, es una descripción aproximada y por comparación. En efecto, se califica a la hipoteca como "un derecho de prenda", pero esto no resulta muy exacto, ya que existen diferencias fundamentales con la prenda propiamente dicha; ha de entenderse que el Código se refiere aquí a la prenda como un género; como garantía de obligaciones..."**³, referente al objeto del derecho real de hipoteca sostiene el mismo autor que: **"...El contrato de hipoteca tiene por finalidad garantizar una obligación principal que, en caso de no cumplirse, permite vender la cosa hipotecada para pagar con el precio al acreedor..."**⁴,

³ Cfr. Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2003, Vol. 3, pág. 630.

⁴ Cfr. Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2003, Vol. 3, pág. 641.

4.2.2. Es evidente la naturaleza garantista que posee el derecho real de hipoteca, que permite la seguridad de los negocios, comercios, pactos o convenios, esta institución pretende a través de su conformación, garantizar las obligaciones, su esencia y origen no constituye otra que la de responder eventuales incumplimientos por parte de quien se constituye como deudor hipotecario, para precaución o respaldo de quien se constituye a cambio como acreedor hipotecario.

4.2.2. Los recurrente han sostenido y alegan que el fallo impugnado incurre en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de los artículos 114 y 115 del Código de Procedimiento Civil que condujeron a la inaplicación del artículo 2336 del Código Civil en la sentencia, que dice: ***"...La hipoteca se extingue junto con la obligación principal. Se extingue, asimismo, por la resolución del derecho del que la constituyó, o por el cumplimiento de la condición resolutoria, según las reglas legales. Se extingue, además, por la llegada del día hasta el cual fue constituida. Y por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva."*** Sobre esta causal, reseña el doctor Vinicio Cueva Coronel que ***"...Esta causal se refiere a las incorrecciones, defectos e injusticias que el juez puede cometer al actuar en la parte decisiva y delicada del***



proceso, al pronunciar la sentencia, y, en forma específica, al momento en que el juez debe valorar la prueba, puesto que, en torno a dicho acto, gira la resolución final que adopta el juez...¹⁶, teniendo presente que en casación civil no cabe nueva valoración de la prueba, el examen o verificación de la sentencia contendrá únicamente el análisis en el sentido de que si la prueba ha sido analizado en la forma y condiciones establecidas en la ley.

4.2.3. La acción como ya se conoce, se ha entablado pretendiendo la extinción de la hipoteca y sus efectos, la demanda concreta fue la extinción del derecho hipotecario y la prohibición de enajenar alegando que nada se le debe a la acreedora hipotecaria que el dinero fue pagado, obligación por la cual se constituyó la hipoteca y prohibición de enajenación, por lo que se halla solucionada la obligación. Por su parte el Tribunal Ad quem, ha fundamentado su fallo estableciendo las pruebas que obran del proceso a las que se ha referido y motivado, el fallo recurrido no sólo hace la enunciación del artículo 114 del Código de Proceder Civil, sino que también lo aplica, el hecho de que la parte recurrente no concuerde con el criterio del juzgador no puede tomarse como falta de aplicación, pues, revisada y analizada la

¹⁶ Cfr. Manual de casación en Materia Civil, Editorial Jurídica, 2006, pág. 53.

**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**



Justicia que se ve

JUEZ PONENTE
DR. PAÚL ÍÑIGUEZ RÍOS

(Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial)

sentencia, ésta incluso cumple con lo preceptuado en el artículo 115 del invocado Código y lo hace de manera tácita al hacer la valoración de la prueba conforme a las reglas de su sana crítica, dicha valoración es realizada en conformidad con lo estatuido en los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, estableciendo en la parte pertinente del fallo impugnado que la demandada ha presentado un documento cambial que ha sido impugnado por la parte actora pero que aquella impugnación no ha sido probada, es evidente entonces que lo que le ha llevado al Juez pluripersonal de Instancia a emitir el fallo recurrido ha sido la apreciación conjunta y bajo las reglas de la sana crítica de las pruebas que se practicaron tanto en Primera cuanto en Segunda Instancia, estableciendo por sentido común de lógica, la existencia de una deuda por el documento presentado por la parte demandada y que no se ha podido desvirtuar y que impide la extinción del derecho real hipotecario que por su esencia, se constituye para garantizar las obligaciones como ya hemos visto en líneas anteriores quedando también aplicado de manera tácita el artículo 2336 del Código Civil en cuanto a su contraste opuesto, es decir, en el sentido de que al no ocurrir ninguna de las circunstancias que se expresan en el mentado artículo, no procede la extinción de la hipoteca demandada.

CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA



Justicia que se ve

JUEZ PONENTE
DR. PAÚL ÍÑIGUEZ RÍOS

(Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial)

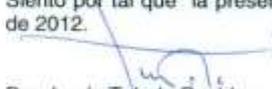
4.2.4. Éste Tribunal, habiendo examinado la sentencia y los elementos que permiten su valoración, acertada y uniformemente llega a concluir que la sentencia recurrida ha analizado, valorado y perpetuado la prueba, en la forma y condiciones que prescribe la ley, no habiéndose incurrido en la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación de las normas que ha indicado el recurrente.

5. RESOLUCIÓN.-

Por lo expuesto, esta Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA"**, desechando el recurso interpuesto, NO casa la sentencia. Sin costas por considerar que no se ha litigado con mala fe. Notifíquese.- Dr. Paúl Íñiguez Ríos; Dra. María Rosa Merchán Larrea; Dra. Paulina Aguirre Suárez; Jueza Nacionales; y Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora que Certifica."

RAZON:

Siento por tal que la presente copia es igual a su original.- Quito, a 23 de julio de 2012.


Dra. Lucía Toledo Puebla.
SECRETARIA RELATORA DE LA SALA DE LO CIVIL Y
MERCANTIL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

APÉNDICE C

Juicio No. 628-2011

PONENCIA DEL DR. WILSON ANDINO REINOSO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA: SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito, 07 de diciembre de 2012. Las 09h45.-

VISTOS: Miriam Esperanza López Galarza, interpone recurso de hecho, por habersele negado el de casación de la sentencia emitida el 31 de enero del 2011, por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que confirma la sentencia dictada por el Juez Décimo Segundo de lo Civil de Pichincha, la cual desecha la demanda por improcedente, dentro del juicio ejecutivo seguido por la recurrente en contra la Cooperativa de Ahorro y Crédito General Ángel Flores Limitada a través de su Representante Legal Abg. Galo Iván Verdesoto. Para resolver, se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.-** Este Tribunal tiene jurisdicción en virtud de que sus miembros han sido constitucional y legalmente designados mediante Resolución N° 4-2012 de 25 de enero del 2012 ; y la competencia, en mérito a lo dispuesto por el artículo 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; artículo I de la Ley de Casación; y, por el sorteo de rigor cuya acta obra del proceso, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, examinando el escrito que contiene el recurso de casación observa que contiene los requisitos de legitimación, oportunidad y formalidades previstas en los artículos 4, 5, 6 de la Ley de Casación, por lo expuesto, se admite a trámite el recurso de hecho, y se analiza el de casación deducido en base al artículo 6 de la citada Ley. **SEGUNDO: ELEMENTOS DEL RECURSO, NORMAS INFRINGIDAS.-** Estima la casacionista que las normas de derecho infringidas son los artículos 11, 66 numeral 18, artículo 76 numeral 7, literales a), b), c), h), k), 169, 173, 424 de la Constitución de la República; falta de aplicación de los artículos 18, reglas 6 y 7; 2348, 2363 y 2364 del Código Civil; errónea interpretación de los artículos 2354, 2355, 1570, y 1740 ibidem; errónea interpretación del artículo 440 del Código de Procedimiento Civil y falta de aplicación de los artículos 113, 114, 115, 116, 117 y 194 numeral 1) del mismo cuerpo de leyes. Fundamenta su recurso en la causal primera, segunda, cuarta, y quinta del artículo 3 de la Ley de Casación, realizando además los argumentos de la impugnación por los que interpone el recurso. **TERCERO.- ANÁLISIS PREVIO DE LAS ACCIONES EJECUTIVAS: 3.1.** En relación a esta clase de acciones ejecutivas cuyo fundamento, en el presente caso, es el acuerdo transaccional celebrado el 13 de enero de 1992 entre la Cooperativa de Ahorro y Crédito General Ángel Flores Limitada, se lo plantea mediante la vía prevista por el Título Segundo, de

la Sustanciación de los Juicios, Parágrafo 2do., Sección 2ª, en los artículos 413 al 415 del Código de Procedimiento Civil en que se determinan cuales son los títulos ejecutivos, sobre la ejecución de las sentencias extranjeras y de los requisitos que deben reunir para que las obligaciones fundadas en algunos de los títulos sean exigibles en juicio ejecutivo. El artículo 419 del Código Procesal Civil prescribe que *“La demanda se propondrá acompañada de título que reúna las condiciones de ejecutivo”*. Juicio Ejecutivo que a criterio de Caravantes *“más que un juicio es un procedimiento por el que se trata de llevar a efecto, mediante embargo y venta de bienes el cobro de créditos que constan en algún título que tiene fuerza suficiente para constituir por sí mismo plena probanza. No se dirige pues este juicio a declarar derechos dudosos o controvertidos, sino a llevar a efecto los que se hallan reconocidos por actos o títulos de tal fuerza que constituyen vehemente presunción de que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea desde luego atendido”*. Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, Pág.33 manifiesta que el Juicio Ejecutivo es: *“La fase de ejecución de condena de un juicio ordinario. Aquel proceso donde, sin entrar en la cuestión de fondo de las relaciones jurídicas, se trata de hacer efectivo lo que consta en un título al cual la ley da la misma fuerza que a una ejecutoria. Se ha dicho que este procedimiento sumario no constituye en rigor un juicio, sino un medio expeditivo para efectividad de sentencias y documentos que hacen fe y tienen fuerza compulsiva especial”*. 3.2. Es por ello que en las acciones ejecutivas, para que se resguarde y amparen los derechos de los acreedores y garanticen su cumplimiento en los artículos 421 a 428 del Código Procesal Civil, se considera que si el título es ejecutivo así como la obligación correspondiente, ordenará el juez al obligado cumpla o proponga excepciones en el término de tres días pero a la vez faculta una serie de medidas cautelares sobre los bienes de la o el ejecutado. Estas medidas en nuestra legislación se han implementado para asegurar la eficacia y los resultados o efectos de un proceso presente o posterior sobre la seguridad de sus bienes u obligaciones, medidas que se pueden pedir antes, con la demanda o después para garantizar sus derechos en forma oportuna y eficaz o como expresa Carnelutti: *“Se trata de crear un estado jurídico provisional que dure hasta que se efectúe el proceso jurisdiccional o el proceso ejecutivo”*. Dice también que en los procesos cautelares *“se procura en vía meramente preventiva y mediante un conocimiento preliminar el aseguramiento de los bienes o de las situaciones que de hecho serán motivo de un proceso ulterior”*. De lo que se concluye y por tanto se aclara, que el presente juicio ejecutivo es una acción de ejecución más no de conocimiento, cuya resolución no tiene el carácter de definitiva, y por ende no produce cosa juzgada por la potestad que concede el artículo 448 del Código Procesal Civil de intentar la vía ordinaria, cuando señala, que **“El acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza, de conformidad con la ley y a satisfacción del juez, por los resultados del juicio ordinario, siempre que lo solicite el deudor, manifestando que tiene que intentar la vía ordinaria.** En este caso, no se admitirán las excepciones que hubieren

sido materia de sentencia en el juicio ejecutivo. En subsidio de la fianza, puede el acreedor pedir que, mientras se tramita el juicio ordinario, el dinero se deposite, de acuerdo con la ley. Si el deudor no intentare la vía ordinaria dentro de treinta días, contados desde que se verificó el pago, o la suspendiere por el mismo término, quedará prescrita la acción y se mandará cancelar la fianza." (Es nuestro las negrillas), precepto que no ha sido reformado y se encuentra vigente. **CUARTO: 4.1. EL JUICIO EJECUTIVO NO CONSTITUYE UN PROCESO DE CONOCIMIENTO.**-Nuestra legislación ha considerado que los juicios ejecutivos fundados en los diferentes títulos, como el cheque, la letra de cambio, el pagaré a la orden, etc., tienen por finalidad hacer cumplir la obligación impaga mediante un proceso de ejecución, pero no de conocimiento tal como trata nuestro Código de Procedimiento Civil a partir de los artículos 413 al 490. El legislador en el artículo 2 de la Ley de Casación ha instituido en su inciso primero, que: *"El recurso de casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo. Igualmente procede respecto de las providencias expedidas por dichas cortes o tribunales en la fase de ejecución de las sentencias dictadas en proceso de conocimiento, si tales providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en el fallo, o contradicen lo ejecutoriado"* (Las negrillas nos corresponde). En tal virtud, el recurso de casación sólo procede contra las sentencias o autos dictados en los procesos "de conocimiento"; y éste no es el caso en estudio. Como señala el Dr. Luis Cueva Carrión en su importante obra *La Casación en Materia Civil*, Ediciones Cueva Carrión, II Edición ampliada y actualizada, Año 2011, Pág. 177-178 que *"El recurso de casación gira en torno al proceso de conocimiento; se torna necesario, entonces, conocer a fondo qué es, en qué consiste, cómo se caracteriza este tipo de proceso. Pero, antes, debemos destacar que el proceso de conocimiento es lo opuesto al proceso de ejecución. Repárese bien en lo que decimos: no decimos que el proceso de conocimiento es lo opuesto al juicio ejecutivo, sino al proceso de ejecución, porque éste es diferente a nuestro juicio ejecutivo"*. Entonces, el juicio de conocimiento es aquel proceso que busca la solución definitiva a conflictos mediante una sentencia con valor de cosa juzgada. Las características del proceso de conocimiento es que es un proceso modelo, como ocurre en el juicio ordinario. Lastimosamente la ley no define cual es el proceso de conocimiento, solamente entre los diferentes trámites encontramos el juicio ordinario, el cual constituye la columna vertebral de todos los procesos, de él nace el procedimiento para la presentación de la demanda, la contestación a la demanda, la contrademanda, la forma de presentar las pruebas, los alegatos y la sentencia. Cuando una acción no tiene trámite especial (Art. 59 CPC) se debe sujetar a lo que establece el proceso ordinario, por lo tanto cuenta con un trámite propio. Finalmente, el proceso de conocimiento es de competencia exclusiva (Juez Civil). El juicio de conocimiento tiene como fin último la declaración de un derecho, mientras que el juicio ejecutivo, tiene su procedimiento propio,

busca la ejecución de una obligación ante el incumplimiento de esta, por lo tanto, no constituye un proceso de conocimiento. **4.2.** En casos como el presente, de juicio ejecutivo, no existe unidad de criterio en la doctrina de si se trata de un proceso de conocimiento o no, para unos no es de conocimiento ni definitivo para otros es de conocimiento y definitivo, ante lo cual, es cabal resaltar el respetable criterio del doctor Jorge Zavala Egas, cuando dice: *“Mayor duda alcanza el caso de las sentencias expedidas en juicio ejecutivo que serán finales al ser dictadas por los jueces de última instancia, pero dudo mucho que se puedan considerar definitivas, dada la posibilidad de su ulterior revisión en juicio ordinario que permite el Art. 458 (448) del Código de Procedimiento Civil”*. (La Ley de Casación: principales postulados en la Casación, estudios sobre la Ley, Pág. 37). **QUINTO.-5.1. LOS JUICIOS EJECUTIVOS NO CAUSAN COSA JUZGADA:** En el caso que nos ocupa la ley faculta accionar vía ordinaria. El Código Procesal Civil en el artículo 297 instituye que: *“La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho. Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no sólo la parte resolutive, sino también los fundamentos objetivos de la misma”*. Que de conformidad con el principio jurídico *-Non bis in idem-* (No dos veces sobre lo mismo). Como lo traduce Fenech: *“No dos procesos sobre el mismo objeto”* pues, se atenta a la Institución de la Cosa Juzgada. Principio jurídico universal que ha sido acogido por la mayoría de legislaciones y por ende en la nuestra, en el literal i), numeral 7 del artículo 76 de la Carta del Estado. El Dr. Jorge Zavala Baquerizo en su obra *“El Proceso Penal Ecuatoriano”*, Tomo III, al tratar de la cosa juzgada en la página 451 dice: *“El límite objetivo de la cosa juzgada está dada por el objeto del proceso, es decir, por el hecho que se consideró y que fue motivo del juzgamiento. Por lo tanto cuando la pretensión punitiva que se quiere nuevamente exhibir, se basa en el mismo hecho, cabe la excepción procesal de una cosa juzgada”*, añadiendo a esto dice el autor *“Debemos aclarar, que no importa que el mismo hecho se lo califique jurídicamente en forma distinta al que anteriormente se lo había calificado; de todas maneras operará la cosa juzgada, como excepción procesal perentoria; pues, el hecho en si fue conocido por el Juez Penal...”*. Pues bien, las características básicas de la cosa juzgada son la inmutabilidad y la ejecutividad del fallo, por ello *“La cosa juzgada se traduce en un juicio dado, por lo cual la parte cuya demanda ha sido rechazada o declarada sin lugar no puede volver a reclamar el mismo asunto en otro juicio; o por el cual, asimismo, la parte cuyo derecho ha sido reconocido o declarado, puede obrar en justicia sin que sea posible que el mismo o cualquier otro juez pueda revisar o discutir la decisión a firme”* (Dr. Juan Falconi Puig. Código de Procedimiento Civil, pág.103). Jaime Guasp sostiene que: *“La Cosa Juzgada en sentido amplio es, pues, la fuerza que el derecho atribuye*

normalmente a los resultados procesales. Esta fuerza se traduce en un necesario respeto y subordinación a lo dicho y hecho en el proceso. El proceso, en virtud de la cosa juzgada, se hace intachable dice lo que en el proceso se ha conseguido" (Derecho Procesal Civil. Pág. 548). Por su parte Ugo Rocco indica que: "La fuerza o eficacia obligatoria inherente a la materia de la decisión judicial contenida en la sentencia" (Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Pág. 314). De manera que la doctrina establece la necesidad de que las decisiones sean definitivas y causen cosa juzgada para que proceda el recurso de casación. Humberto Murcia Ballén, en su obra el Recurso de Casación Civil, Pág. 174, sobre este tema insinúa que dado el carácter extraordinario del recurso de casación "La ley lo reserva para impugnar únicamente ciertas y determinadas sentencias: Las proferidas en procesos que, ora por la naturaleza de la cuestión controvertida o ya por la cuantía del negocio, revisten mayor entidad o trascendencia". Así, pues, la cosa juzgada según Hernando DevisEchandia, no es un efecto de la sentencia, sino de la voluntad del Estado manifestado en la Ley que regula (Teoría General del Proceso, T. II, Editorial S. R. L. Buenos aires, 1985. Pág. 562,565). Discernimientos doctrinarios que nos tutelan y auxilian a percibir la Institución de la Cosa Juzgada que no se produce en las acciones ejecutivas. 5.2. Aquí nos valdremos de la interpretación de la Ley que realiza J.R. Duque Sánchez en su Manual de Casación Civil, páginas 278 y 279, cuando precisa: "La casación no podría ser nunca inútil si tomáramos el vocablo en sentido peyorativo. Cuando aquí hablamos de "casación inútil" o hacemos bajo otro concepto que llega incluso a considerarlo como una especie de casación en interés de la ley" para luego advertir sobre que "La casación, junto con la correcta interpretación de la ley (interés público), debe perseguir un fin útil práctico (interés privado)". Entonces, sin entrar en mayor debate, el legislador, al disponer en el artículo 448 del Código Procesal Civil que en los juicios ejecutivos el acreedor tiene la facultad de intentar la vía ordinaria para que sea revisada, con la salvedad de que no podrán ser admisibles las excepciones que hubieran sido materia de la sentencia, no procede accionar vía acción extraordinaria de casación, pues, la casación es una acción promovida contra la autoridad de cosa juzgada. De ahí que, el proceso ejecutivo se dirige a declarar derechos dudosos o controvertidos como lo ha sostenido la doctrina, sino a llevar a efecto los que se hayan reconocido por actos o en títulos de tal fuerza que determine que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado para que sea atendido y pueda ser sustanciado por separado el juicio ordinario, o como lo dice Eduardo J. Couture en su libro Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4ta edición, Pág. 385 "No obstante la abundante literatura que tiene este tema no creemos que la naturaleza jurídica del juicio ordinario posterior haya sido examinada con la objetividad necesaria. El concepto en que se apoya la idea de un juicio ordinario posterior al ejecutivo es el de que la sumariedad de éste priva de las garantías necesarias para la defensa. La revisión tiene por objeto, pues, reparar las consecuencias de un debate apresurado. La hipótesis parecería ser válida con relación al ejecutado, que es quien se defiende, pero no para el

ejecutante, que es quien ataca y tiene el título ejecutivo a su favor. Pero la ley no distingue entre uno y otro otorga el privilegio de la revisión a ambas partes". Por estos razonamientos, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA"** SE RECHAZA el recurso de casación interpuesto Y NO CASa la sentencia dictada el 31 de enero de 2011 por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha, por no ser el juicio ejecutivo un proceso de conocimiento. Sin costas. Léase, notifíquese y devuélvase. F) Dr. Wilson Andino Reinoso, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dra. Paulina Aguirre Suárez; Jueces Nacionales. Dra. Lucía Toledo Puebla, Secretaria Relatora que certifica.-

Lo que comunico para los fines de ley.

Dra. Lucía Toledo Puebla
SECRETARIA RELATORA

APÉNDICE D



SALA TEMPORAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

RESOLUCIÓN N.- 068-2013-ST

"Ponente: Dr. Juan Maldonado Benítez

Juicio No. 346-2010

Actor: Jorge Arguello Lombeida

Demandado: Richard Paz Zambrano

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA TEMPORAL ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito D.M., lunes dieciocho de marzo del dos mil trece, las once horas con treinta minutos.- VISTOS. Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala

Temporal Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, en mérito a lo dispuesto en el Artículo 184 de la Constitución de la República del Ecuador; los artículos 157 y 264, numeral 8 literal c) del Código Orgánico de la Función Judicial; el Artículo 1 de la Ley de Casación; y, las Resoluciones 070 y 177 del Pleno del Consejo de la Judicatura.- En lo principal, Jorge Washington Arguello Lombeida, impugna la sentencia emitida por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas de 11 de marzo del 2010, a las 14h30, que revoca la sentencia dictada por el juez a quo, que aceptara la demanda.- El recurso se encuentra en estado de resolución, para hacerlo, se considera:

PRIMERO.- Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de las normas señaladas en la parte expositiva del presente fallo y el Artículo 190, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.- El recurso de casación ha sido calificado y admitido a trámite por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 25 de octubre de 2010, las 10h25.- Respecto de la **ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN UN JUICIO EJECUTIVO**, esta Sala hace las siguientes puntualizaciones legales y doctrinarias.- **1.- Procesos de conocimiento y procesos de ejecución.** Los conceptos "procesos de conocimiento" y "procesos de ejecución" son nociones teóricas, no se refieren a los procesos específicos del derecho positivo de determinado Estado. El proceso de conocimiento se entiende como el que procura declarar un derecho y el de ejecución es el que

se dirige al cumplimiento del derecho mediante medidas de coacción.- Devis Echandía dice que "Los procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, e incluyen, por lo tanto, al grupo general de declarativos y a los dispositivos. En todos ellos el juez regula un conflicto singular de intereses, y determina quién tiene el derecho, es decir, el juez es quien *ius dicit*. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genéricos.- Cuando no se trate de una pretensión discutida que implique la necesidad de declarar quién tiene razón, sino de una pretensión cuya existencia aparece clara y determinada en el título que se aduce pero que está insatisfecha, porque el obligado no ha cumplido su obligación correlativa, estamos en presencia del proceso ejecutivo. En aquél, el mandato debe ser formado por el juez mediante la decisión o sentencia; en cambio, en éste el mandato ya existe y se trata simplemente de su ejecución.- La diferencia entre ambos procesos resulta de la antítesis entre la razón y la fuerza: aquélla es el instrumento del proceso de conocimiento o declarativo genérico, y ésta, el del proceso ejecutivo. (Hernando Devis Echandía. Teoría General del Proceso., p. 165. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1997).- **2.- No existen procesos puros de conocimiento y de ejecución.** Couture divide los procesos en "a) acciones (procesos) de conocimiento, en que se procura tan sólo la declaración o determinación del derecho; b) acciones (procesos) de ejecución, en que se procura la efectividad de un derecho ya reconocido en una sentencia o en un título ejecutivo, con las medidas de coacción consiguientes". (Eduardo J. Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil., p.p. 66, 67. Editorial B y F. Buenos Aires. 2002). Y explica que "Aunque examinados aisladamente, conocimiento y ejecución parecen funciones antagónicas del orden jurídico, lo cierto es que, en el derecho de los países hispanoamericanos, ambas actividades interfieren recíprocamente y se complementan en forma necesaria. Virtualmente todo proceso de ejecución lleva consigo etapas o elementos de conocimiento (...) Esta sistematización, sobre la base de un derecho positivo determinado, que va desde un máximo de ejecución y un mínimo de conocimiento, a un máximo de conocimiento y un mínimo de ejecución, puede

formularse con cualquier otro derecho positivo.- En este sentido conviene actuar con cierta precaución. Los distintos sistemas jurídicos varían mucho en esta materia; históricamente ha habido también cambios sustanciales. Las conclusiones fundadas para un sistema histórico o extranjero pueden inducir a error si el régimen varía. (...) Los procedimientos particulares de la ejecución, en su conjunto, se hallan encaminados más hacia el obrar que hacia el decidir. El derecho entra aquí en contacto con la vida, de tal manera que su reflujo exterior se percibe mediante las transformaciones de las cosas; si la sentencia condena a demoler el muro, se demuele; si condena a entregar el inmueble, se aleja de él a quienes lo ocupen; si condena a pagar una suma de dinero y ésta no existe en el patrimonio del deudor, se embargan y venden otros bienes para entregar su precio al acreedor. Hasta este momento, el proceso se había desarrollado como una disputa verbal, simple lucha de palabras; a partir de este instante cesan las palabras y comienzan los hechos.- Esta transformación de la actividad jurisdiccional de dialéctica en práctica, de proceso de conocimiento en proceso de ejecución, plantea uno de los problemas más interesantes de esta materia. Se trata de saber si la ejecución es, efectivamente, jurisdicción, lo mismo que el conocimiento, o si, por el contrario, en razón de su *vis coactiva* constituye administración y no jurisdicción". (Eduardo J. Couture. Fundamentos del Derecho Procesal Civil., p.p. 360, 361 Editorial B y F. Buenos Aires. 2002).- La dialéctica de Couture explica pertinentemente que no existen procesos de conocimiento y procesos de ejecución puros. Para encasillar un tipo de proceso específico debemos analizar de manera concreta las características del procedimiento en estudio, siguiendo el principio dialéctico de "un máximo de ejecución y un mínimo de conocimiento, a un máximo de conocimiento y un mínimo de ejecución". Existen legislaciones que no permiten que el ejecutado presente excepciones sobre el derecho material sino únicamente en juicio por cuerda separada, mientras otras, como la Ecuatoriana, permite la presentación de todas las excepciones que el demandado quiera. Eso explica que nuestro Juicio Ejecutivo se transforme fácilmente en un proceso de conocimiento.- Por ejemplo, en Costa Rica, el juicio ejecutivo (que se encontraba vigente hasta la expedición de la Ley 8624 de Cobro Judicial de 1 de

noviembre de 2007, que lo derogó y estableció otro trámite), es máximo de ejecución y mínimo de conocimiento porque la sentencia tiene la finalidad de solamente confirmar o no la ejecución y el embargo. Cualquier otra alegación debe decidirse en proceso ordinario o abreviado, que son de conocimiento: "Código Procesal Civil de Costa Rica. Juicio Ejecutivo. ARTÍCULO 445.- Sentencia estimatoria. En la sentencia estimatoria se confirmarán la ejecución y el embargo, y se ordenará la continuación del procedimiento, hasta que se le haga pago al acreedor por las sumas y extremos que indicará.- Lo dispuesto en esa sentencia podrá ser revisado en proceso ordinario o abreviado, pero el establecimiento de éste no suspenderá la ejecución de la sentencia, salvo que se rinda una garantía suficiente, a satisfacción del juez, que cubra el principal, ambas costas y los daños y perjuicios.- En este caso el proceso ordinario o abreviado deberá presentarse antes de que se entreguen los bienes adjudicados en remate. La garantía deberá quedar fijada y rendida a más tardar un mes después de presentada la demanda".- **CONCLUSIONES.** El juicio ejecutivo establecido en los artículos 419 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, no es de ejecución pura, sino que puede transformarse, en ciertas ocasiones, en un proceso de conocimiento, dependiendo de las excepciones que presente el demandado. El fallo que resuelva el litigio causa efecto de cosa juzgada formal cuando las excepciones resueltas se refieran a la inejecutividad del título y de la obligación (Artículos 413 y 415 del Código de Procedimiento Civil) en cuyo caso no procede el Recurso de Casación. En cambio, el fallo causa efecto de cosa juzgada sustancial cuando las excepciones resueltas se refieran al derecho material o a contradicción de las presunciones "iuris tantum" de autenticidad de los títulos así como la licitud de su causa y la provisión de fondos (Artículo 233 Codificación de la Ley de Mercado de Valores), en cuyo caso si procede el Recurso de Casación. Existen antecedentes en los cuales la Ex Corte Suprema de Justicia si ha aceptado recursos de casación en juicios ejecutivos, cuando el fallo impugnado no se ha limitado a la simple ejecución de un derecho preexistente sino que toma decisión de fondo sobre el derecho material, criterios con los que esta Sala está completamente de acuerdo.- En el presente caso, el demandado presenta la excepción

de cosa juzgada, que no se refiere a la ejecutividad del título y la obligación, sino que ataca directamente a la existencia de la obligación, objeto de la Litis que ha sido motivo de sentencia que en este punto causa efecto de cosa juzgada sustancial y no puede ser discutido nuevamente en juicio ordinario, por expresa disposición del Artículo 448 del Código de Procedimiento Civil que indica que en la vía ordinaria “no se admitirán las excepciones que hubieren sido materia de sentencia en el juicio ejecutivo”; por lo que la admisión del presente recurso de casación en juicio ejecutivo es legal.- **SEGUNDO.-** En virtud del principio dispositivo contemplado en el Artículo 168, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, desarrollado en el Artículo 19 del Código Orgánico de la, son los recurrentes quienes fijan los límites del análisis y decisión del Tribunal de Casación, salvo los vicios que por disposición constitucional o legal puedan perseguirse de oficio.- **TERCERO.-** El peticionario considera infringidas las siguientes normas de derecho: Artículos 113, 114, 115, 116, 121 y 142 del Código de Procedimiento Civil.- Las causales en las que funda el recurso son la primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.- **CUARTO.-** La causal tercera se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto. Esta causal permite casar el fallo cuando el mismo incurre en inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas relativas a la valoración de la prueba, cuando ello ha conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en el fallo impugnado; el recurrente en su fundamentación deberá demostrar el error de derecho en que ha incurrido el Tribunal de instancia, ya que nuestro sistema no admite la alegación del error de hecho en la valoración de la prueba, como causal de casación, ya que pertenece al llamado sistema de casación puro. En el caso de la causal tercera, la configuración de la llamada “proposición jurídica completa”, en el supuesto de la violación indirecta, requiere que se señale: a) la norma relativa a la valoración de la prueba que ha sido inaplicada, indebidamente aplicada o erróneamente interpretada; y, b) la norma de derecho sustantivo

que, como consecuencia del vicio en la aplicación de la norma de valoración de la prueba, ha sido equivocadamente aplicada o inaplicada. Para integrar la proposición jurídica completa conforme lo requiere esta causal, se deben: a) citar las normas relativas a la valoración de la prueba que el tribunal de instancia ha infringido (aplicado indebidamente, omitido aplicar o interpretado erróneamente), en aquellos casos en los cuales nuestro sistema de derecho positivo establece el sistema de prueba tasada; y, de ser del caso, citar los principios violados de la sana crítica en los casos en los cuales se aplica la misma; y, b) citar las normas sustantivas infringidas (aplicación indebida o falta de aplicación) como consecuencia del yerro en las normas y principios reguladores de la prueba, requisito indispensable para la integración de la proposición jurídica completa y para la procedencia del cargo al amparo de la causal tercera, porque no basta que en la sentencia haya vicio de derecho en la valoración probatoria sino que es indispensable este otro requisito copulativo o concurrente.- **4.1.-** El peticionario luego de transcribir el texto de las normas establecidas en los Artículos 115, 117, 118 del Código de Procedimiento Civil, manifiesta que la Sala no aplica los preceptos jurídicos de valoración de la prueba, por cuanto no aprecia en su conjunto todos los medios de prueba constantes en el proceso. Y principalmente -dice- el Artículo 142 ib., que se refiere a la indivisibilidad de la confesión judicial que es el medio probatorio en el que los miembros de la Sala de la Corte Provincial de Justicia, se sustentan para revocar el fallo de primera instancia, aduciendo ineffectividad del título y la obligación contenida en la letra de cambio; que no se analiza la totalidad de las pruebas, sino únicamente una parte de la confesión rendida por el demandado. **4.2.-** Expresa también el recurrente, que la letra de cambio que motiva el presente juicio, proviene de un contrato de compra venta de un vehículo que siendo de su propiedad, lo ha enajenado a favor del demandado Jhon Paz Zambrano por el valor de USD. 9000, suma que ha sido cancelada mediante el pago de USD. 5000 en efectivo y los restantes USD. 4000 con un cheque; pero que al presumir que el indicado cheque "no era eficaz", -dice- el demandado ha aceptado firmar sin condición una letra de cambio. **4.3.-** El Artículo 115 del Código de Procedimiento Civil contiene la norma de apreciación de la prueba

de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El recurrente expresa que la Sala ad quem, solamente ha hecho mención de una parte de la confesión rendida por el demandado y que ha servido de base para revocar la sentencia; la causal tercera del Artículo 3 de la Ley de Casación, tiene por encontrar vicios de violación indirecta de normas de derecho material pero en ningún caso hacer revisión integral del juicio ni valorar nuevamente la prueba, como se lo hacía en el desaparecido recurso de tercera instancia.- **4.4.-** Toda vez que no hay motivos para considerar ninguna otra impugnación y del análisis anterior, la Sala anota lo siguiente: La letra de cambio es un título de crédito a la orden; creado y regulado por la ley que contiene un mandato de pago emitido por el girador para que otra persona –girado o librado- de aceptar la orden, la cumpla en los términos fijados en el documento en favor de su tenedor. Los requisitos de la letra de cambio se encuentran establecidas en el Artículo 410 del Código de Comercio y contendrá: 1) La denominación de la letra de cambio inserta en el texto mismo del documento y expresada en el idioma empleado para la redacción del mismo. Las letras de cambio que no lleven la referida denominación, serán sin embargo válidas si contuvieran la indicación expresa de ser a la orden; 2) La orden incondicional de pagar una cantidad determinada; 3) El nombre de la persona que debe pagar (librado o girado); 4) La indicación del vencimiento; 5) La del lugar en donde debe efectuarse el pago; 6) El nombre de la persona a quien o a cuya orden debe efectuarse el pago; 7) la indicación de la fecha y del lugar en que se gira la letra; y 8) La firma de la persona que la emite (girador o librador). En la especie, se encuentran cumplidos los indicados requisitos en la letra de cambio que ha servido de base en el presente juicio, por tanto, es inadmisibile que se haya aceptado solo una parte de una confesión judicial como fundamento para revocar la sentencia emitida por el juez a quo; por lo que efectivamente, se estaría incumpliendo con el texto del Artículo 142 del Código de Procedimiento Civil. Con la motivación que antecede y por todo lo expuesto, la Sala Temporal Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la

sentencia dictada por la Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas el 11 de marzo del 2010, a las 14h30 y en su lugar, acepta la sentencia dictada por el Juez de Primera instancia.- Entréguese la caución a la parte afectada por la demora.- Sin costas.- Léase y notifíquese.- Fdo. DR. JUAN MALDONADO BENÍTEZ, JUEZ NACIONAL TEMPORAL; DR. MILTON POZO CASTRO, JUEZ NACIONAL TEMPORAL; DR. MANUEL SÁNCHEZ ZURATY, JUEZ NACIONAL TEMPORAL.- Certifico.- DRA. MARÍA ELENA BORJA CHÁVEZ, SECRETARIA RELATORA”.

Es fiel copia del original, lo certifico. Quito, distrito metropolitano, veinticuatro de abril del dos mil trece.

**DRA. MARÍA ELENA BORJA CHÁVEZ
SECRETARIA RELATORA**

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Johanna Jessenia Loaiza Rivadeneira** con C.C: 0704866441, autora del trabajo de titulación: **La Hipoteca dentro del proceso de ejecución como el medio para el cobro de obligaciones**, previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL** 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 graduación 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 graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 12 de noviembre de 2021

JOHANNA
JESSENIA LOAIZA
RIVADENEIRA

Firmado digitalmente por
JOHANNA JESSENIA
LOAIZA RIVADENEIRA
Fecha: 2021.11.14
23:46:09 -05'00'

f. _____
Nombre: Loaiza Rivadeneira Johanna Jessenia
C.C: 0704866441

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La Hipoteca dentro del proceso de ejecución como el medio para el cobro de obligaciones		
AUTOR(ES):	Johanna Jessenia Loaiza Rivadeneira		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Dr. Jhonny de la Pared/ Dra. Nuria Pérez Puig-Mir		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	12 de noviembre de 2021	No. DE PÁGINAS:	112
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho civil		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Hipoteca, Título de ejecución, Acción hipotecaria		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>La investigación que se presenta tiene como antecedente el estudio de la hipoteca, su aparición histórica, características principales, su reconocimiento en la legislación sustantiva y procesal civil ecuatoriana; así como también, su reconocimiento en el ámbito de la legislación internacional latinoamericana. El análisis del proceso de ejecución y la normativa pertinente sobre la acción hipotecaria, también forman parte importante en la temática abordada. El principal objetivo del trabajo es presentar una propuesta de reforma del artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos, en la que se incluya a la hipoteca como título de ejecución. La metodología empleada es de tipo cualitativa, lo que ha permitido el análisis de las variables como las normas, sustantiva y procesal civil, que contienen a la hipoteca y el proceso de ejecución; el análisis de la jurisprudencia sobre su naturaleza, y las entrevistas realizadas a los expertos en materia civil respecto a cuestiones como características, proceso legal contemplado en la legislación, la tutela de los derechos de las partes. Los resultados proporcionan evidencia de que al no encontrarse reconocida la hipoteca dentro de los títulos de ejecución, el documento carece de eficacia y se inobservan disposiciones sustantivas que permiten garantizar los derechos del acreedor hipotecario. Se concluye con certeza la necesidad de reformar el artículo 363 del COGEP incluyendo un numeral adicional que disponga a la hipoteca como título de ejecución y de esta forma conste en la legislación procesal, el mecanismo procesal óptimo para garantizar los derechos reconocidos en el contrato de hipoteca.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> Si	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0992754017	E-mail: jobbhycs@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Andrés Obando Ochoa		
	Teléfono: +593-992854967		
	E-mail: ing.obandoo@hotmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			