



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

La hipoteca: instrumentación, inscripción y ejecución

AUTOR:

Robles Weisson Ernesto Heráclito

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TUTOR:

Rodriguez Freire Boanerges Renier

Guayaquil, Ecuador

03 de marzo del 2017



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Robles Weisson Ernesto Heráclito**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. _____
Boanerges Freire Boanerges Renier

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
Ab. Lynch Fernández María Isabel

Guayaquil, a los tres días del mes de marzo del año dos mil diecisiete



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **ROBLES WEISSON ERNESTO HERÁCLITO**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **la hipoteca: instrumentación, inscripción y ejecución** previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

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

Guayaquil, a los tres del mes de marzo del año dos mil diecisiete

EL AUTOR

f. _____
Robles Weisson Ernesto Heráclito



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **ROBLES WEISSON ERNESTO HERÁCLITO**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **la hipoteca: instrumentación, inscripción y ejecución**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los tres del mes de marzo del año dos mil diecisiete

EL AUTOR:

f. _____
Robles Weisson Ernesto Heráclito

DEDICATORIA

A mi familia por su incondicional apoyo y a mis profesores por su tiempo...



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Rodríguez Freire, Boanerges Renier, AB.

TUTOR

f. _____

García Baquerizo, José Miguel, AB.

DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

Reynoso Gaute, Maritza, AB.

COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

Índice

Contenido

Resumen	X
Abstract.....	XI
Introducción	12
La Hipoteca: instrumentación, inscripción y ejecución	14
De los derechos reales	14
De los modos de adquirir el dominio y demás derechos reales	14
De los derechos reales de garantía	15
De la hipoteca	18
a) De la Hipoteca Mobiliaria:	21
b) De la Hipoteca Inmobiliaria:	23
De las clases o modalidades de la hipoteca	25
a) Hipotecas voluntarias y legales:	25
De la instrumentación	25
De la inscripción.....	35
De la ejecución.....	39
Conclusiones	47
Referencias.....	48

Resumen

A nuestro saber, la hipoteca es considerada como una garantía que busca proporcionar a su acreedor una mayor seguridad y respaldo a su crédito, de esta manera incentiva los créditos, fomenta la inversión y promueve al desarrollo económico. También es conocida la hipoteca por ser la garantía de mayor aplicación en nuestro país y en muchos más, coadyuvando al desarrollo de la industria y permitiendo a muchas personas acceder a viviendas mediante la obtención de créditos bancarios respaldados, principalmente, en esta garantía. Es indiscutible que la hipoteca ha impulsado a la industria de la construcción, la que sabemos que constituye el motor principal de una economía, fomentada la construcción se requieren de arquitectos, luego de ingenieros civiles, eléctricos, luego de albañiles y guardianía, sin mencionar a los innumerables proveedores de cemento, acero, hormigón, entre otros, para que luego se necesite del carpintero, cristalero y decoradores, para al final tener un proyecto inmobiliario listo para su ocupación, permitiendo a personas y empresas a acceder a ellos, por estas razones y muchas más, es importante revisar, estudiar y entender un poco más de este derecho real que como se ha indicado tanto beneficios ha traído a la sociedad.

Palabras Clave: Derecho civil, hipoteca, derecho real, acción real hipotecaria, solemnidad, inscripción, ejecución.

Abstract

To our knowledge, a mortgage is considered as a guarantee that seeks to provide the creditor with a higher security and support for the credit granted, and as such, it encourages granting credits, boosts investing and promotes economic development. Moreover, a mortgage is known to be the most commonly applied guarantee in our country, and in many other countries, contributing to the industrial development and thus enabling people to access housing by obtaining bank loans, which are mainly supported by this guarantee. It is indisputable that mortgage has contributed significantly to the construction industry, which is known to comprise the main motor of the economy. Increased construction requires architects, later civil engineers, electricians, masons and guards, without mentioning the innumerable providers of cement, steel and concrete among other materials. In a later phase carpenters and decorators are needed to ultimately have the real estate project ready for its occupation allowing persons and businesses to access it.

For the above mentioned reasons, it is important to revise, to evaluate and to gain a further understanding of this right in rem and, as indicated, of how it has brought several benefits to the society.

Key words: Civil law, mortgage, rights in rem, solemnity, inscription, foreclosure.

Introducción

A lo largo de nuestras vidas, sea cual sea la profesión u ocupación que hayamos escogido, hemos escuchado o leído un contrato de hipoteca, esto demuestra su importancia.

Por otra parte, el acceso a nuevos negocios, a nuevas inversiones o incluso a una nueva vivienda u oficina, por lo general, se respaldan con hipotecas, esto en cambio, demuestra su utilidad.

Sobre estos pilares, diremos que la hipoteca es una herramienta esencial que vale la pena estudiar, por este motivo he preparado el presente estudio que nos ayudará a entender mejor sus alcances y efectos, todo ello con el fin de comprender la verdadera razón de ser de la hipoteca, ya que en la actualidad, las hipotecas han sido desnaturalizadas dentro de nuestro país; por ello, partiendo de los principios que la rigen, aterrizaremos conceptos con el objetivo de poder darle un mejor uso a este derecho real, evitando así, que siga siendo una legítima forma de abuso entre acreedores a deudores o entre acreedores mismos.

Utilizaré dentro de este estudio, legislaciones y fallos comparados que nos ayudaran a ampliar nuestra visión sobre este derecho real, la misma que debe hacerse en favor del acreedor, pero teniendo como límite los derechos y garantías esenciales del deudor, de tal manera que incluso las instituciones del sistema financiero, deberían coadyuvar con este cambio.

Al comienzo, analizaremos al derecho real de hipoteca en su conjunto, desde sus principios, conceptos y teorías hasta llegar a la práctica diaria, en donde analizaremos los tres momentos esenciales de la vida este contrato enfocados desde su instrumentación, inscripción y ejecución y, en cada momento, nos detendremos a analizar los problemas prácticos que se presentan día a día en nuestro país, proponiendo para cada uno de ellos, una solución que atienda los principios generales universales, doctrina y por supuesto, la ley.

Por último, fomentaré a lo largo de este estudio, las reformas legales pertinentes con el fin de implementar una acción real hipotecaria que en realidad nos hace falta, ya que el objeto de la hipoteca debe ser otorgar seguridades y garantías a su titular por

el crédito que este ha conferido, entre esas seguridades y garantías está la de una ágil ejecución que solo tendremos con una verdadera acción real hipotecaria, ya que como muchos sabemos, justicia retardada es justicia denegada.

La Hipoteca: instrumentación, inscripción y ejecución

De los derechos reales

Los derechos reales son aquellos que recaen sobre cosas, concepto que guarda relación con lo dispuesto en el Art. 595 del Código Civil según el cual los derechos reales son aquellos que se tienen sobre ciertos objetos sin respecto a determinadas personas.

En el Art. 595 del Código Civil se enlistan los derechos reales en los siguientes términos; dominio, herencia, usufructo, uso o habitación, servidumbre, prenda e hipoteca, siendo este último el objeto del presente estudio.

De la simple lectura de la norma antes citada podemos apreciar que estamos frente a una clasificación taxativa, también conocida como *numerus clausus*. Por otra parte y a modo de comparación, en España, es discutible si se trata de una definición *numerus clausus* o *numerus apertus*. El tratadista español Hernández Gil (como se citó en Peña Bernaldo de Quirós, 2001) invoca el principio de tipicidad legal de los derechos reales, por el cual estos quedan reservados a la prescripción de la ley y no al poder de los particulares lo cual considera “*una garantía a la concepción liberal de la propiedad privada que puedan tener las personas*” (Tomo I p. 65). El tratadista español Lacruz (como se citó en Peña Bernaldo de Quirós, 2001) sigue esta misma línea de pensamiento, pero aún así explica que al defender un sistema *numerus apertus* sobre derechos reales sería el propietario el que gozaría de mayor libertad mientras que con el *numerus clausus* se busca darle más seguridad a las relaciones propias de tráfico jurídico. En definitiva, corresponderá a la función legislativa de cada país determinar que sistema o lineamiento escoge.

De los modos de adquirir el dominio y demás derechos reales

Según lo prescrito en nuestra legislación, los modos de transferir el dominio son: la ocupación, accesión, sucesión por causa de muerte, usucapión y la tradición.

La tradición, según el artículo 686 del Código Civil, consiste en un modo de adquirir el dominio, mediante la entrega que el dueño de una cosa hace a otro, habiendo, por una parte (tradente), la facultad e intención de transferir el dominio; y, por otra (adquirente), la capacidad e intención de adquirirlo. A renglón seguido, la

misma disposición legal establece que: “Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales”.

En el caso de los bienes inmuebles, lo cual nos interesa ya que la hipoteca recae sobre ellos, el artículo 702 es claro al disponer que la tradición sobre este tipo de bienes - y sobre los derechos reales que recaigan sobre ellos - se efectuará mediante la inscripción del título respectivo en el libro correspondiente del Registro de la Propiedad, tema de fundamental importancia para nuestro estudio como más adelante demostraremos.

En nuestro país, la transferencia de dominio opera siguiendo la *teoría del título y del modo*, es decir, se necesita de un título traslativo de dominio al que le seguirá un modo, de tal manera que si no existe el título, aún de verificarse el modo éste no producirá los efectos requeridos. Al respecto, deberá entenderse el título como el acto o contrato contentivo de la finalidad traslativa, como por ejemplo: la venta, permuta o la donación. Este criterio es plenamente reconocido por nuestra legislación, tal lo demuestra el artículo 691 de nuestro Código Civil al exigir como requisito esencial al título traslativo de dominio para que valga u opere la tradición.

En otros países como en Francia, existe lo que se conoce el *sistema de transmisión por solo el contrato*, en el cual se le da más importancia al consentimiento y se establece que el contrato es el requisito único y esencial para que se perfeccione y produzca el efecto traslativo.

De los derechos reales de garantía

El autor español Peña Bernaldo de Quirós (2001) define a los derechos reales de garantía como aquellos “*derechos reales limitados, accesorios de un crédito, que confieren al acreedor facultades que aseguran la efectividad del crédito sobre la cosa misma*” (Tomo II p. 45). A este grupo pertenecen, por ejemplo, la prenda y la hipoteca. Ambos derechos son reales, limitados y accesorios de un crédito según la definición antes referida, aclarando que: son reales, al recaer sobre objetos y en consecuencia tienen el carácter de *erga omnes* frente a terceros dándole por ello seguridad al acreedor; son limitados, porque no se presumen y se interpretan de manera restrictiva ya que en esencia constriñen el derecho de dominio del propietario; y, son accesorios, porque siguen la suerte del crédito principal sobre el cual se constituyeron; de tal

manera que si el crédito es declarado nulo o es transferido, se entiende que el derecho real de garantía que lo cauciona queda también anulado o transferido junto con el principal.

Vistas las principales semejanzas, corresponde revisar someramente las principales diferencias entre el derecho de prenda e hipoteca. La principal diferencia, más allá del objeto sobre el que recaen (el derecho de prenda recae sobre bienes muebles y el de hipoteca sobre inmuebles y naves), es que en el derecho real de prenda, por regla general, se produce un desplazamiento de la cosa, de tal manera que esta pasa a manos del acreedor para seguridad de su crédito; en cambio, en el derecho real de hipoteca dicho desplazamiento no se produce sino que es reemplazado por la publicidad registral que le otorga la inscripción en el Registro de la Propiedad y de esta manera el deudor hipotecario mantiene la posesión de la cosa, sin perjuicio de que el acreedor hipotecario pueda ejercer las acciones reales respectivas en caso de incumplimiento del crédito. Esta diferencia sirve para reiterar la importancia que se le confiere a la inscripción del contrato de hipoteca en el Registro de la Propiedad, inscripción que será materia de análisis más adelante.

Por otra parte, para fortalecer la finalidad de garantía que persiguen estos derechos reales, la ley les ha conferido el carácter de indivisibles. En efecto, de conformidad con el artículo 2310 del Código Civil, la cosa hipotecada cauciona el pago de la totalidad de la deuda, es decir, el deudor hipotecario no tiene derecho a pedir a su acreedor que cancele parcialmente su hipoteca por haber pagado la mayoría o parte de la deuda, ya que la hipoteca garantiza la totalidad del crédito caucionado y hasta que este no se pague por completo no podrá el deudor exigir su levantamiento; sin embargo, al ser este derecho constituido a favor del acreedor, nada prohíbe que él pueda, por voluntad propia, cancelar parcialmente el gravamen.

Asimismo, la hipoteca subsiste así el bien hipotecado sea fraccionado o subdividido, en cuyo caso la hipoteca se entenderá vigente respecto de cada parte resultante de la división física del inmueble.

En los derechos reales de garantía, existen dos tipos de principios, uno es el **principio de accesoriedad** y el otro es el **principio de especialidad**, principios que definiremos a continuación y que utilizaremos a lo largo de este estudio.

En relación con el primer principio, esto es, el de accesoriedad, cabe decir que la hipoteca, como derecho real de garantía que es, debe siempre ser constituida para asegurar el cumplimiento de un crédito u obligación principal. La hipoteca no puede ser constituida como derecho autónomo, por lo que siempre es calificada como contrato accesorio, lo que significa que existe y vive como consecuencia del derecho crediticio principal que sí es autónomo. El autor Boretto (2004) nos explica que toda relación jurídica tiene tres elementos esenciales que son:

- 1.- El sujeto activo que es el facultado para ejercer el derecho conferido a su favor, y el sujeto pasivo que es el obligado a soportar el ejercicio de la acción del sujeto activo.
- 2.- El objeto de la relación, en el caso de una relación jurídica real será el objeto del gravamen y si se habla de una relación jurídica personal sería la actuación humana debida, es decir, la prestación; y,
- 3.- La causa que es el hecho sobre el cual se desprende la relación jurídica.

A renglón seguido, el autor continúa explicando que dentro de la causa prevista y así se trate de una hipoteca que garantice obligaciones que se contraigan en el futuro, **estas deben estar siempre determinadas** -que no es lo mismo que individualizadas- (la individualización en una consecuencia de la determinación), ya que se debe siempre precisar lo que el autor denomina como la causa fuente. Por ello, a la luz de este principio de accesoriedad, si se trata de una hipoteca, no habrá manera que esta subsista si no existe una relación jurídica personal (crédito), en conclusión, así sea para garantizar deudas futuras, debe al menos especificarse en el contrato de constitución de hipoteca la causa fuente por la cual emana este derecho real y debe señalarse el objeto de la relación jurídica personal (la prestación que se garantiza), reunidos estos elementos, estamos frente a una verdadera hipoteca “abierta”.

En cuanto al principio de especialidad, el mismo autor Boretto (2004) nos enseña que existen dos tipos de especialidad, la objetiva y la subjetiva, la primera tiene como finalidad la de determinar específicamente el inmueble sobre el cual se constituye el derecho real y la segunda busca individualizar el crédito garantizado en el acto constitutivo.

Más adelante explicaré la importancia de estos principios y su vulneración en la práctica diaria.

De la hipoteca

La hipoteca es un contrato unilateral, gratuito, accesorio, solemne, nominado e individual.

Para empezar, la hipoteca es un contrato ya que este es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas destinado a crear obligaciones. Según el autor chileno Vodanovic (2001) el contrato, en general, es un “*acto jurídico de eficacia puramente obligatoria (...) los que a su vez se clasifican como actos de eficacia obligatoria y actos de eficacia real*” (p. 47). Mediante este contrato, se llega a lo que la doctrina llama *renuncia abdicativa de un derecho real*, esto es que el propietario cede y otorga ese derecho real que mantiene como propietario absoluto a favor de otra persona; por ello se entiende que los demás derechos reales son separaciones o variaciones del derecho real de dominio, que constituye la principal relación jurídica entre una persona y una cosa, por este motivo es que reiteramos que la hipoteca no recae sobre la propiedad, sino directamente sobre el bien inmueble, en razón de que el propietario cede ese derecho real en específico sobre determinado inmueble a favor de un tercero.

Es un contrato unilateral porque, una vez constituida, la única parte que contrae obligaciones es el acreedor hipotecario, esto es, la de cancelar el gravamen hipotecario en el evento de que el deudor extinga la obligación principal.

Es un contrato gratuito, en el caso de la hipoteca sin remuneración (la cual es de mayor uso ya que por lo general el deudor de la obligación principal es el mismo propietario del inmueble sobre el cual constituye la hipoteca) porque reporta utilidad para una sola de las partes (acreedor hipotecario) mientras que la otra es la única que sufre el gravamen (deudor hipotecario).

Es un contrato accesorio, porque busca asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de tal manera que sigue su suerte y no puede subsistir sin ella.

Es un contrato solemne porque está sujeto a solemnidades previstas en la ley para su constitución, como lo es la solemnidad de ser otorgada mediante instrumento

público o de constituirse por mandato de la ley según ella lo establezca, tal como lo dispone el artículo 2311 de nuestro Código Civil.

Es un contrato nominado porque está plenamente regulado en nuestra legislación, específicamente, en los artículos 2309 y siguientes del Código Civil.

Por último, es un contrato individual, porque solo obliga a las partes contratantes que han prestado su consentimiento para celebrar el contrato, esto significa que solo las obliga a ellas pero asimismo tiene carácter *erga omnes* y esto es que debe ser respetado por todos, así no hayan comparecido al contrato respectivo. Para explicar mejor este punto, podemos aclarar que, como he venido diciendo, la hipoteca sigue al bien, pero no por ello se trata de una obligación *propter rem*, que significa “propia de la cosa”, es decir que así el inmueble hipotecado pase a ser de propiedad de un tercero, no significa que este tercero adquirente asume a título personal el crédito o deuda que la hipoteca garantiza, solo significa que este tercero deberá soportar que el acreedor ejerza su acción real sobre el bien caucionado, a diferencia de las obligaciones *propter rem* en que la obligación es propia de la cosa por lo tanto su titular asume el deber de pago a título personal, como sucede en el caso del pago de expensas de bienes sujetos a propiedad horizontal; por lo tanto, la hipoteca no es una obligación *propter rem* y por lo tanto garantiza únicamente hasta el valor del mismo bien hipotecado.

A continuación, veremos los diferentes conceptos que utilizan los tratadistas para definir o explicar la hipoteca:

Para Carnelutti (como se citó en Peña Bernaldo de Quirós, 2001), la hipoteca es como “*una facultad o poder puramente procesal, una acción tendente a la efectividad de la deuda mediante la venta forzosa de la finca gravada*” (Tomo II, p. 113).

De La Cámara (como se citó en Peña Bernaldo de Quirós, 2001), define la hipoteca como un embargo anticipado y termina diciendo que no es un derecho real.

Por último, Guasp (como se citó en Peña Bernaldo de Quirós, 2001), reúne estas posturas y nos enseña que la hipoteca “*tiene un carácter de derecho real como también tiene este carácter el embargo que es de naturaleza procesal, es un embargo anticipado*” (Tomo II, p. 113).

Un concepto un poco más amplio y detallado nos lo dan los autores españoles Chico y Ortiz, Fernández y Agero (1966) quienes explican: *La hipoteca es un derecho real que sujeta directamente los bienes inmuebles sobre que recae al pago de la obligación dineraria para cuya seguridad se constituyó. Toda hipoteca supone la existencia de una obligación, es decir, un crédito y una deuda que se garantiza afectando o sujetando un bien inmueble a la efectividad del pago de aquella. Caso de que la deuda no se satisfaga, el titular de la hipoteca, esto es, el acreedor, podrá ejecutar y perseguir el inmueble sobre el que recae dicho derecho de hipoteca hasta que, vendido públicamente, se transforma en dinero y el acreedor pueda cobrarse de lo que se le debe.* (p. 39)

Otro extremo de la doctrina ha criticado la concepción antes citada ya que a criterio de ellos la hipoteca no es un derecho real, por ejemplo, el autor R. L. Fernández (como se citó en Valiente Noailles, 1955), explica en relación a la prenda y a la hipoteca: *“estos dos últimos no son, en nuestro concepto y malgrado la denominación del Código Civil, derechos reales, sino privilegios (convencionales), con la misma naturaleza jurídica e idénticos efectos que los privilegios que expresamente confiere la ley (privilegios reales)”* (p. 395).

En mi opinión, la hipoteca si es un derecho real porque confiere derechos indiscutibles a su acreedor sobre una cosa; no es un privilegio convencional porque la relación jurídica entre el acreedor y la cosa sigue a esta última así el deudor hipotecario la haya enajenado, por este motivo podemos definir a la hipoteca como un derecho real de garantía constituido a favor de un acreedor para garantizar el pago de una deuda para la cual fue constituida, derecho que puede ser ejercido por el acreedor hipotecario sobre la cosa sin importar su dueño, poseedor o nuevo propietario.

El artículo 2309 de nuestro Código Civil define, a la hipoteca, como un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.

Al respecto y para evitar confusiones entre estos dos derechos reales, prenda e hipoteca, vale recordar las diferencias antes explicadas sobre ellos, ya que así tengan el mismo fin (garantizar una obligación), no son ni significan lo mismo.

En nuestra legislación, como consta en el artículo 2320 del Código Civil, se dispone que la hipoteca cabe solo sobre naves y bienes inmuebles. Respecto a la hipoteca de naves, habrá que estar a las disposiciones del Código de Comercio que no son materia de este estudio; sin embargo, también cabe anotar que existe la hipoteca sobre bienes muebles y que se denomina hipoteca mobiliaria y tiene pleno uso, por ejemplo, en España. Dicha hipoteca está regulada por la Ley de Hipoteca Mobiliaria la que acepta íntegramente a esta figura legal con sus debidas restricciones, las cuales pasaremos a analizar brevemente comparándola con la hipoteca inmobiliaria.

a) De la Hipoteca Mobiliaria: La hipoteca mobiliaria, siguiendo las disposiciones contenidas en la Ley de Hipoteca Mobiliaria (en adelante LHM), dispone que dicha hipoteca no cabe sobre todo tipo de bienes muebles enajenables, a diferencia de la hipoteca inmobiliaria que por regla general si puede tener como objeto cualquier tipo de bien inmueble. La hipoteca mobiliaria tendrá por objeto únicamente los bienes señalados en la LHM, siendo estos bienes susceptibles de una permanente identificación y diferenciación de otros de su misma clase o especie, lo cual permite que sean plenamente determinables, tanto al momento de constituirse como al momento de ejecutarse. El artículo 12 de la LHM indica de manera taxativa que solo podrán ser objeto de esta garantía:

- Los establecimientos mercantiles
- Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril de propiedad particular.
- Las aeronaves
- La maquinaria industrial
- La propiedad intelectual y la industrial.

Entiéndase en este caso a los establecimientos mercantiles no solo como el local comercial físico sobre el que se desarrolla la actividad económica *per se*. El tratadista español Peña Bernaldo de Quirós (2001) explica la hipoteca mobiliaria sobre los establecimientos mercantiles como una *“hipoteca que afecta con mayor o menor alcance, a la empresa en su unidad; y, cuando menos, alcanza a su núcleo más fundamental (el derecho de arrendamiento del local empresarial y las instalaciones del empresario)”* (Tomo II, p. 94). Para ello, indica también que se debe analizar a la empresa como un todo, como la agrupación de todos los elementos, materiales, por ejemplo, máquinas y/o utensilios y demás instrumentos de producción del negocio, o

inmateriales, como nombre comercial, marcas distintivas y demás derechos de propiedad intelectual relacionados al negocio, que ayudan al desenvolvimiento de la actividad empresarial a que se dedica el empresario.

Los demás bienes objeto de este gravamen no merecen mayor explicación al no ocupar mayor importancia en este trabajo, basta con señalarlos para enmarcar y entender la hipoteca mobiliaria, pero con respecto al último de la lista, esto es la propiedad intelectual y la industrial, vale detenernos un momento para hacer una importante distinción que nos ayudará a entender mejor el derecho real de hipoteca inmobiliario materia principal de este análisis:

Si bien es cierto que la LHM dispone que se puede constituir hipoteca mobiliaria sobre la propiedad intelectual o la propiedad industrial, en su sentido literal esto no es tan cierto y al respecto Peña Bernaldo de Quirós (2001) nos enseña que a pesar del nombre otorgado “hipoteca de propiedad intelectual e industrial”; la hipoteca no recae sobre la propiedad ya que no caben derechos sobre derechos, sino que recae sobre el objeto de la propiedad; en otras palabras, la propiedad no es objeto de la hipoteca siendo el objeto de la hipoteca las facultades que se otorgan al acreedor hipotecario sobre el objeto correspondiente, y en el presente caso al hablar de propiedad intelectual o industrial nos referimos al objeto inmaterial protegido, por esta razón, continua el mismo autor diciendo, que esta hipoteca no es propiamente un derecho real (en el caso de la propiedad intelectual e industrial) por cuanto la hipoteca no tiene por objeto una cosa corporal, aunque reconoce que sí se trata de una especie de derecho análogo al derecho real de hipoteca, al ser un derecho absoluto (oponible a terceros) ya que otorga también facultades sobre el objeto (obra intelectual o industrial) que se encuentra protegida frente a todos menos frente al acreedor hipotecario en el caso de una eventual ejecución de la garantía por un incumplimiento.

Lo antes dicho puede ser perfectamente trasladado a la hipoteca inmobiliaria, ya que esta tampoco recae sobre el derecho de propiedad del deudor hipotecario, sino que recae sobre el inmueble mismo, otorgándole, como ya explicamos, facultades al acreedor hipotecario sobre determinado bien raíz, derecho que además debe ser respetado frente a todos.

El contrato de hipoteca mobiliaria deberá ser necesariamente otorgado mediante instrumento público al igual que la hipoteca inmobiliaria que revisaremos

luego con más detenimiento. Adicional a ello, la LHM creó un registro especial de gravámenes denominado Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, el cual no tiene como objeto pasar a ser un registro de propiedad de bienes muebles, puesto que su propósito no es determinar a los dueños de esta clase de bienes, sino únicamente inscribir determinados actos relativos a la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento juntos con otros actos relacionados que la misma ley establece. De esta manera podemos retirar una vez más la importancia en la inscripción de la hipoteca, la cual necesitará siempre de un registro que cumpla con la publicidad respectiva para poder salvaguardar los intereses del acreedor, ya que como he venido diciendo, tanto en la hipoteca mobiliaria como inmobiliaria, el bien caucionado permanece en poder del deudor hipotecario.

b) De la Hipoteca Inmobiliaria: Es aquella que, siguiendo los mismos conceptos aplicados para la hipoteca antes mencionada, recae sobre bienes inmuebles; por lo tanto, para construir un concepto propio de hipoteca inmobiliaria podríamos agrupar todo lo antes dicho y resumir a la hipoteca como: un derecho real de garantía protegido frente a todos (*erga omnes*) que confiere poderes y facultades especiales al acreedor hipotecario sobre el inmueble objeto del gravamen.

De la antedicha definición nace la pregunta: ¿Que bienes pueden ser objeto de una hipoteca inmobiliaria?

En principio y tal como se infiere de su denominación, principalmente su objeto son los bienes inmuebles; no obstante, es menester indicar que los bienes objetos de este derecho real deben ser especial y expresamente determinados, esto por el principio de especialidad objetiva en cuanto el bien caucionado debe ser descrito para que pueda ser perfectamente identificado tanto al momento de su constitución para saber cual es el bien afectado, como al momento de la ejecución para saber cual es el bien inmueble a rematar.

Continuando con lo antes dicho, la hipoteca grava los bienes inmuebles pero también recae sobre todos aquellos bienes muebles que por accesión se reputen inmuebles por pasar a ser parte de él, teniendo en cuenta que si son separados del predio causarían un detrimento a este. Uno de los derechos del acreedor hipotecario es que la garantía mantenga su valor económico. Por lo anterior, es obligación del

deudor hipotecario conservar el bien hipotecado con la finalidad de no mermar su valor, de forma que pueda cubrir íntegramente el crédito en seguridad del cual fue constituido. Para el efecto, el artículo 588 del Código Civil establece que bienes muebles se reputan inmuebles.

El artículo 2320 del Código Civil también prevé la posibilidad de constituir el derecho real de hipoteca sobre el usufructo de un inmueble. Al respecto, el Código Civil no explica o regula con mayor detalle esta posibilidad, solo la menciona en dicho artículo; por otra parte, en el Título IX del Código Civil que habla del Derecho de Usufructo en especial, tampoco dice más sobre la posibilidad de constituir hipoteca sobre él, pero el artículo 817, contenido en el Título antes citado, dispone que el usufructo es embargable, por lo tanto, si la ley permite que el usufructo pueda ser embargado y si la hipoteca, para ciertos autores, es, entre otros elementos, un embargo anticipado, nada contradice que se pueda hipotecar el usufructo de un inmueble a pesar que solo hay un artículo que lo disponga y carezca de mayor regulación o desarrollo. En todo caso, cabe mencionar lo dispuesto en el artículo 817 el cual dispone que se pagará a los acreedores del usufructuario con el usufructo embargado hasta el valor de sus créditos. Sin embargo, es necesario señalar que no se podrá hipotecar el usufructo legal que tienen los padres de familia sobre los bienes raíces de sus hijos ni el usufructo que tengan los cónyuges sobre los bienes inmuebles que formen parte de la sociedad conyugal ya que, en ambos casos, estos usufructos son constituidos por la ley y no son transferibles, por lo tanto no se pueden hipotecar porque son conferidos en razón de la persona (padres y cónyuges) y al no ser transferibles no podrá prosperar el remate, que es la consecuencia directa de la hipoteca en caso de no cumplirse con la obligación principal.

En vista de la ausencia de regulación en la legislación local, podríamos referir ciertos artículos y criterios de la legislación española que hablan sobre el particular. Al respecto, la Ley Hipotecaria dispone que podrá hipotecarse el derecho de usufructo, pero se extinguirá la hipoteca si se resuelve el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario; en cambio, si el usufructo se extingue por voluntad del mismo usufructuario, subsistirá la hipoteca sobre el bien inmueble hasta que se cumpla la obligación asegurada o hasta que venza el tiempo en el que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho del usufructuario que le puso fin.

Además, podemos inferir que si puedo hipotecar el usufructo también podemos hipotecar la nuda propiedad. Al respecto, la misma norma española indica que la mera propiedad (nuda propiedad) podrá ser hipotecada; en este caso, si el usufructo se consolidare en la persona del nudo propietario, se extenderá la hipoteca incluyendo también el usufructo salvo pacto en contrario.

De las clases o modalidades de la hipoteca

Para efectos de esta investigación, trataremos únicamente la clasificación de la hipoteca que hace la ley, esto es en voluntarias y legales, sin perjuicio del resto de criterios que utiliza la doctrina para clasificar la hipoteca.

a) Hipotecas voluntarias y legales: La hipoteca es voluntaria cuando las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, deciden constituir este gravamen para asegurar el cumplimiento de una obligación principal; en cambio, las hipotecas legales son aquellas que la ley, en circunstancias particulares, ordena que se constituyan. Un claro ejemplo es el que encontramos en la forma de pago de posturas a plazo en el caso de venta forzosas de bienes inmuebles. El artículo 401 del Código Orgánico General de Procesos dispone que si la cosa rematada es un bien inmueble, quedará hipotecado por lo que se ofrezca a plazo, debiendo inscribirse este gravamen en el correspondiente registro al mismo tiempo que el traspaso de la propiedad. En este caso vale indicar que el juez suple la voluntad del deudor quien no es llamado a dar su consentimiento en esta venta forzosa, sino que el juez ocupa su lugar y consiente en ello.

Ahora bien, una vez sentados los conceptos y partiendo de los fundamentos antes estudiados, podemos pasar a revisar los problemas prácticos que surgen de la aplicación de principios y conceptos legales que giran en torno al derecho real de hipoteca vistos desde el momento de su instrumentación, inscripción y ejecución.

De la instrumentación

En primer lugar, cabe recordar que el contrato de hipoteca es un contrato solemne. La solemnidad se manifiesta al exigir la ley que sea otorgada mediante escritura pública en el caso de las voluntarias, y por mandato de la ley en las legales,

tal como lo dispone el artículo 2311 del Código Civil. Al respecto, cabe insistir que la solemnidad de este contrato consiste en la obligatoriedad de otorgarlo mediante escritura pública, no sobre su inscripción, ya que la inscripción es solo la manera en que opera la tradición de los derechos reales, de tal forma que si tenemos un contrato de hipoteca otorgado por escritura pública pero sin inscribir estamos frente a un contrato ineficaz ya que la ley no le confiere valor alguno en cuanto al derecho real, pero no estamos frente a un contrato nulo por falta solemnidades.

Una vez que ha quedado claro que el contrato de hipoteca, de acuerdo a la manera en que se perfecciona, es un contrato solemne, es menester señalar quien puede comparecer a celebrarlo, en otras palabras, quien puede constituir el derecho real de hipoteca. Como es obvio, solo podrá constituir este derecho real el propietario o dueño absoluto, o el usufructuario o nudo propietario del inmueble sobre el cual se constituirá el gravamen. Adicionalmente, no solo que el propietario es aquel que puede constituir el gravamen, sino que aparte de tener esta capacidad legal de ejercicio, el propietario debe tener la facultad de disposición sobre el inmueble a hipotecarse. El artículo 2316 del Código Civil dispone que *“no podrán constituir hipoteca sobre sus bienes, sino la persona que sea capaz de enajenarlos y con los requisitos necesarios para su enajenación...”*

La ley le exige al deudor hipotecario que tenga facultad de disponer el bien al momento de hipotecarlo, ya que está autorizando –expresamente- a su acreedor hipotecario, para que ejecute el bien en caso de no cumplir con la obligación principal. Esto sería una venta forzosa pero venta en definitiva, por eso se dice que la hipoteca es un embargo anticipado y por ello se exige que desde un principio la facultad de disposición para poder hipotecar. A continuación detallaré, con sus respectivas bases legales, ciertos casos especiales en que se requieren requisitos adicionales a los antes vistos (capacidad legal de ejercicio y facultad de disponer) para constituir hipotecas:

- El cónyuge a cuyo cargo este la administración de la sociedad conyugal, no podrá hipotecar los bienes inmuebles que pertenezcan a la sociedad conyugal sin autorización expresa del otro cónyuge. Artículo 181 del Código Civil.

- Los padres que ejercen la representación legal de sus hijos bajo la patria potestad, no podrán enajenar ni gravar los bienes inmuebles de sus hijos sin previa autorización del juez correspondiente. Artículo 297 del Código Civil.
- Los tutores y curadores tienen la misma prohibición legal sobre los bienes del pupilo o interdictos que estén a su cargo y que se impone a los padres de familia descrita en el literal anterior. Artículo 418 del Código Civil.
- El fiduciario podrá gravar los bienes inmuebles que posea bajo propiedad fiduciaria civil siempre y cuando cuente con la autorización judicial respectiva conforme se revisó en los numerales anteriores. Artículo 770 del Código Civil.
- El administrador que sea representante legal de una compañía mercantil anónima y limitada no podrá gravar con hipoteca los bienes sociales sin previa autorización de la Junta General de Accionistas o Socios según sea el caso. Artículo 253 y literal h) del artículo 118 de la Ley de Compañías.
- Los copropietarios de una universalidad jurídica de bienes, como por ejemplo de una sucesión indivisa, podrán hipotecar su cuota, pero dicha hipoteca dependerá del resultado de la partición en razón de que la hipoteca gravará solo a los bienes que se le adjudiquen en proporción a su cuota y que puedan ser objeto de hipoteca; caso contrario, caducará el gravamen hipotecario. Para evitar este riesgo, el acreedor hipotecario debería exigir que al acto constitutivo del derecho real comparezcan todos los copropietarios a dar su consentimiento de forma expresa. Artículo 2319 del Código Civil.
- Por último, un tercero podrá hipotecar un bien inmueble propio, con el objeto de garantizar obligaciones de terceros. Esto se denomina fianza hipotecaria ya que su fin es garantizar una deuda ajena (como sucede en la fianza) pero con mayor eficacia al limitar su riesgo solo comprometiendo un bien inmueble específico de su patrimonio y no todo su patrimonio como sucedería en la fianza personal. Artículo 2246 del Código Civil.

Ahora bien, en nuestro día a día hemos visto o leído contratos de hipoteca que han sido instrumentados bajo la modalidad de “hipoteca abierta”. Esta figura ha sido desnaturalizada por las instituciones del sistema financiero hasta llegar al punto de convertirse en lo que la doctrina llama un “bolsillo de payaso” que son utilizados para incorporar todos los créditos que hayan o vayan a conferir a sus clientes, hecho que

en palabras del autor argentino Boretto (2004), *“arruina el crédito de esta persona”* (p. 93). En este sentido, las hipotecas abiertas, como actualmente se instrumentan en nuestro país por los bancos, violan los principios de accesoriedad y especialidad antes vistos que son los que evitan que estos tipos de hipotecas se conviertan en bolsillo de cualquier obligación; tal es su grado de peligro que pueden llegar a ser sancionadas, incluso, con la nulidad. Un ejemplo de esto puede ser el fallo citado por el autor Bottero en su obra, fallo que fue expedido por una corte argentina en que se declaró nula la hipoteca abierta a favor del Banco de la Independencia (CCCom. De Rosario, sala IV, 14-4-83, “Banco Independencia Coop. Ltda. c/Guerra, Oswaldo”, E. D. 107-215) por violar el principio de especialidad y no permitir individualizar el crédito garantizado al estipularse en el contrato que: *“se constituye la hipoteca para garantizar todas y cada una de las obligaciones, como también las que cualesquiera de ellos contraigan en el futuro por cualquier causa, razón o título”* (p. 37).

En la misma obra, el autor resalta la importancia de estos principios citando un fallo de los juzgados de Mendoza, Argentina, expedido dentro del concurso preventivo de la compañía Neumáticos Valle Grande S.A. (SCJ de Mendoza, Sala Primera, 18-5-98, “Neumáticos Valle Grande s/Conc. prev.”, L. S. 280, p.81) en que el juez declaró válida la hipoteca al contener y detallar la causa fuente de las obligaciones que garantiza y sus montos. Al respecto, la referida cláusula decía lo siguiente: *“garantizar el pago de todas y cada una de las deudas que actualmente tenga contraídas o contraiga en el futuro, cualquiera sea el carácter de aquellas y siempre que reconozcan su origen en las cuentas corrientes No. 020087 y 050025 abiertas a nombre de la misma, se devenguen por facturas por venta de mercaderías, mediante cheques, letras, pagares y/o cualquier otra forma de instrumentación comercial, como así también los intereses, actualizaciones y acrecidos de cualquier índole que resulten de dichos importes deudores, todo ello hasta el monto máximo de trescientos setenta millones de australes y por el plazo de diez años computados a partir de la fecha”*. (p. 87)

Por ello, definiremos a las hipotecas abiertas como aquellas que son constituidas para garantizar créditos determinados, que pueden ser presentes, pasados o futuros, mientras que la hipoteca cerrada o típica es aquella que en el mismo acto constitutivo se individualizan o tipifican los créditos que garantiza y sus montos.

Por otra parte, los principios de accesoriedad y especialidad son considerados de orden público, por lo tanto, las convenciones o cláusulas que las partes pacten al respecto no pueden ser para transgredirlos o contravenirlos so pena de nulidad como ya lo vimos en el fallo del Banco de la Independencia antes citado.

El profesor Mosset Iturraspe, (como se citó en Boretto, 2004), insiste en la importancia de este punto al afirmar que: *“Si bien es discutible si la relación entre el crédito y la hipoteca tiene que ver con la especialidad o accesoriedad, o tal vez con ambas, esta fuera de debate que esa vinculación no se limita al deber de expresarlo en una suma de dinero sino que requiere la constancia de la causa, entidad y magnitud de la obligación garantizada.”* (p. 33)

La discusión a la que se refiere el profesor Mosset, se debe a que la doctrina se encuentra dividida en posturas a favor de las garantías abiertas y otra parte en contra de estas, pero si algo es seguro, es que estos principios son los que regulan los derechos reales de garantía y entre ellos consta la hipoteca, por lo tanto, la razón de ser de estos principios -y los derechos que protegen- son claramente vulnerados por las cláusulas que imponen las instituciones del sistema financiero ecuatoriano a sus clientes que, en ciertos casos, por no decir en su mayoría, son contratos de adhesión en el cual el deudor hipotecario (cliente) no puede discutir sobre el contenido del mismo sino que le es impuesto su texto y debe suscribirlo, en caso de no hacerlo, no será sujeto del crédito bancario. A continuación transcribiré la típica cláusula que utilizan los bancos en sus contratos de hipoteca para poder compararla con las cláusulas de los fallos citados:

“...SEGUNDA: DERECHO REAL DE HIPOTECA.- Con los antecedentes expuestos, EL DEUDOR HIPOTECARIO declara que constituye a favor del BANCO hipoteca con el carácter de abierta y de primera inscripción sobre el inmueble descrito en la cláusula primera con el fin de garantizar todas y cada una de las obligaciones contractuales o extracontractuales, legales o convencionales, pasadas, presentes o futuras, contraídas o por contraer de modo directo, indirecto o por interpuesta persona, vencidas o por vencer del DEUDOR HIPOTECARIO, para con y/o a través de o con intervención del BANCO, sean éstas de la naturaleza que fueren y de cualquier origen....”

Esta cláusula, como ya hemos dicho, viola los principios de accesoriedad y especialidad al no determinar su causa legal ni el objeto que garantiza. La violación a estos principios se vuelve palpable al analizar lo siguiente:

- ¿Hasta qué punto el gravamen hipotecario está afectando al patrimonio del deudor? En este sentido, ningún acreedor aceptaría una segunda hipoteca sobre este mismo inmueble ya que el primer acreedor hipotecario podrá seguir incluyendo obligaciones hasta satisfacer únicamente sus créditos eternizando de esta manera su privilegio y abusando de su preferencia.
- También se estaría violando el principio conocido como el *rango de avance* en que se permite que a medida que se van cancelando las deudas garantizadas principalmente por la hipoteca, las demás deudas u obligaciones de menor rango avancen y puedan ser también satisfechas, este derecho fue incluso alegado en Argentina, en el caso “Hipermercado Metro Max” (Tercer Juzg. De Proc. Conc. y Reg. De la ciudad de Mendoza, autos 5759, “Pedro López e Hijos SACIA p/Conc. prev.”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, No 2001-2, p.531) dentro de la apertura de su proceso preventivo en el cual, si bien es cierto que el juez rechazó esta alegación, fue porque lo alegó el mismo deudor y se le aplicó la teoría de sus propios actos en que el deudor propiamente había reconocido también la deuda al hacer abonos parciales, por lo tanto, ahora no podía pretender anular la hipoteca alegando que dicha hipoteca afecta a sus demás acreedores. Sin embargo, el razonamiento del juez nos da a entender que si hubiese sido alegado este derecho por un tercero acreedor dentro del mismo concurso, hubiese sido aceptado.
- Por otra parte, este tipo de hipotecas puede convertirse en instrumento de abusos por parte del acreedor en que incluso, habiéndose ya cancelado toda la obligación que garantiza, siga manteniendo arbitrariamente el gravamen hipotecario con la excusa de que podrán originarse más obligaciones futuras sin determinarlas.
- En el ámbito procesal, estas hipotecas abiertas también presentan un problema práctico ya que al no indicarse la causa legal ni objeto que garantiza, peor se indica el monto o la forma de liquidar el monto adeudado, el artículo 347 del COGEP establece que es título ejecutivo, entre otros: *la copia y la compulsión auténtica de las escrituras públicas*, en este numeral entraría la hipoteca, pero el problema se vuelve real al analizar el siguiente artículo del COGEP, el 348,

el cual dispone que la obligación contenida en el título ejecutivo deberá ser clara, pura, determinada y actualmente exigible; en este caso, en el título (acto constitutivo de la hipoteca) no está determinada la obligación y por ello tampoco su valor, en consecuencia no se sabe el monto exacto de la deuda.

Por lo antes indicado, la aplicación actual de estas cláusulas de hipoteca abierta hacen imposible determinar la verdadera capacidad de endeudamiento del deudor. En mi opinión, acepto que las hipotecas abiertas tienen una utilidad práctica, por lo tanto comparto su existencia; pero, dado el alcance amplísimo que se les está dando hoy en día, creo también que deben ser reguladas (trabajo que le correspondería a los jueces por medio de la jurisprudencia como sucede en Argentina), de tal forma que una hipoteca abierta que garantice obligaciones futuras pueda ser posible siempre y cuando se especifique, en su acto constitutivo, la causa legal y el objeto (prestación principal) que garantizan; de esta manera, el resto de acreedores del deudor y el mismo deudor podrán determinar la verdadera capacidad de endeudamiento que tiene. Hay que recordar que una vez inscritos, los derechos reales son absolutos, es decir, oponibles a terceros. Creo que se impone una modificación al régimen de la hipoteca abierta con el propósito de proteger al resto de acreedores y a la comunidad en general que necesita conocer la situación actual patrimonial de una persona. Esta regulación serviría para evitar abusos del mismo acreedor hipotecario ya que la hipoteca abierta, como actualmente se constituye, le otorga excesivos poderes al acreedor, como el de liberar el inmueble gravado solo bajo su voluntad con la excusa de que en el futuro se puedan generar nuevas obligaciones, entonces, si esto no se regula, ¿está obligado el deudor a vivir supeditado a esa hipoteca hasta que el acreedor se apiade y quiera cancelar el gravamen sobre el inmueble?

Con la referida regulación, también se precaverían abusos entre los mismos acreedores del deudor hipotecario. A continuación explico mejor este punto con un ejemplo que recuerdo claramente de una clase dictada por el Doctor Boanerges Rodríguez Freire:

“A” celebra un contrato de mutuo con “B” (que viene a ser un Banco en este caso) que le presta USD\$200.000 a “A”. El Banco “B” le exige garantías reales a “A” para garantizar el mutuo (crédito) otorgado a su favor, en consecuencia, “A” constituye hipoteca abierta en favor de “B” sobre un bien inmueble que según avalúos periciales

asciende a USD\$2'000.000. En dicho contrato de hipoteca se conviene una cláusula igual a la transcrita en este trabajo.

Teniendo en cuenta que el crédito garantizado de "A" es de USD\$200.000 y el avalúo del inmueble es de USD\$2'000.000, aparece "C" y decide celebrar en favor de "A" un contrato de mutuo por USD\$300.000 en vista de que la diferencia de la garantía podría cubrir su obligación. "A" constituye derecho real de hipoteca de segunda inscripción a favor de "C" quien lo acepta por motivos de la gran diferencia existente entre el crédito del Banco a "A" y el avalúo del inmueble.

Tiempo después, aparece "D" y decide celebrar otro contrato de mutuo a favor de "A" en que le presta USD\$500.000. "D" confía en la capacidad de pago y solvencia de A y decide no pedir garantías reales, por lo tanto, tiene un crédito quirografario. En esta misma situación están otros acreedores por deudas de menor valor ya que conocen a "A" y le han prestado dinero en cantidades menores conociendo su capacidad financiera.

Por motivos ajenos a la voluntad de "A", su situación económica se ve mermada hasta llegar al punto de la insolvencia, hecho del que varios de sus acreedores se enteran y deciden iniciar gestiones de cobro en contra de "A", pero "D", en lugar de iniciar su gestión de cobro decide reunirse con "B" (Banco) que es a su vez acreedor hipotecario de primera inscripción del inmueble de propiedad de "A". "D" ofrece al Banco hacer un pago por subrogación y cancelar por cuenta de "A" la deuda originada en el mutuo por USD\$200.000 más sus intereses, el Banco (persona jurídica interesada en cobrar) acepta el pago por subrogación y cede a "D" el crédito principal junto con todas sus cauciones (incluida, obviamente, la hipoteca sobre el inmueble avaluado en USD\$2'000.000), luego de perfeccionada la cesión del crédito y de sus garantías, "D" decide iniciar el proceso ejecutivo en contra de "A" en base al contrato de hipoteca y alega que dicha hipoteca garantiza no solo las obligaciones del crédito principal con el que vino de USD\$200.000 sino que en razón de la cláusula descrita también debe garantizar las obligaciones pasadas entre el nuevo acreedor hipotecario ("D") y "A"; de esta manera, "D" sacrifico USD\$200.000 para poder obtener preferencia de primera inscripción en la hipoteca y así poder cobrar su nuevo crédito de USD\$200.000 y el pasado de USD\$500.000 ejecutando la hipoteca que grava el inmueble avaluado en USD\$2'000.000.

En la práctica, es muy posible que estas situaciones se presenten y estarían cubiertas por un manto de legalidad porque ni la ley lo prohíbe ni tampoco la jurisprudencia se ha manifestado con mayor fuerza en este sentido. En el acto constitutivo no se señaló la causa de la hipoteca ni el objeto que garantizaba y “D” aprovechó esto para incluir su propio crédito perjudicando a “C”, entonces, ¿Qué pasaría con los otros acreedores perjudicados que creyeron dar un crédito pensando que sabían la verdadera capacidad de endeudamiento del deudor “A”? O peor aún, ¿qué pasa con “C” el cual nunca pudo subir a un rango preferente a que tenía derecho si “D” no hubiese adquirido el crédito y garantías de “B”?...

Por último, considero necesario citar y explicar el análisis jurídico realizado por el Doctor Pedro Alvear Icaza sobre este tema:

Al efecto, el ilustre Doctor analizó la legalidad de las referidas hipotecas abiertas al considerarlas también, como lo que él llamo: *“un instrumento de opresión económica no contemplado en la legislación ecuatoriana”*. El Código Civil, en el año 1970, fue reformado por la Comisión de Legislación y Codificación de acuerdo con lo dispuesto en el numero 2 del Art. 139 (Art. 120, num. 6) de la Constitución Política de la Republica vigente a esa época. Las funciones encomendadas a esta Comisión Jurídica fueron únicamente la de **codificar** la legislación vigente, más no reformarla ya que carecía de facultades legislativas para hacerlo, sin embargo, saliendo del ámbito de sus facultades conferidas, la Comisión reformó e introdujo el ultimo inciso del artículo 2430 de ese entonces, que luego pasó a ser el artículo 2339 y que hoy es el artículo 2315; el último inciso materia de esa ilegal reforma de la Comisión fue utilizado por la banca como base legal para las llamadas hipotecas abiertas, el cual dispone: *“..La hipoteca podrá, en consecuencia, asegurar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor hipotecario...”*

A la Comisión se le confirieron facultades para codificar, lo que se entendería como recopilar y agrupar leyes vigentes, pero esto no puede ser ampliado al punto de legislar, por lo tanto, la hipoteca abierta no tiene sustento legal alguno ya que su base legal antes citada fue introducida de manera fraudulenta e ilegal por la Comisión, toda vez que al final de la codificación efectuada por la referida Comisión Jurídica de ese entonces (que consta publicada en el Suplemento No. 104 del Registro Oficial, con fecha 20 de Noviembre de 1970), se establece textualmente lo siguiente:

“Ha servido como fundamento principal para ésta codificación:

- 1.- La edición del Código Civil, publicada por la Comisión Legislativa Permanente en 1.960, en el Tomo I de “Constitución y Leyes del Ecuador.”*
- 2.- Las Reformas publicadas en el Registro Oficial No. 78 de 9 de febrero de 1962;*
- 3.- Las Reformas expedidas por la Comisión Legislativa Permanente, publicadas en el Registro Oficial No. 446, de 4 de junio de 1970; y,*
- 4.- El Decreto Supremo No. 40 de 2 de Julio de 1.970, publicado en el Registro Oficial No. 15 de 10 de los mismos mes y año.”*

Al respecto el Doctor Alvear manifiesta acertadamente (y digo acertadamente por que dediqué tiempo a corroborarlo) que en ninguno de los cuerpos legales antes anotados consta la disposición introducida por la Comisión Jurídica como inciso final del Art. 2339 (hoy artículo 2315) del Código Civil y aseveró que: **“la hipoteca debe ser determinada expresamente, siendo la determinación de la obligación principal a la que accede un elemento de la esencia del contrato hipotecario, la falta de tal determinación trae como consecuencia la inexistencia jurídica del mismo.”** Así las cosas, la hipoteca abierta no tiene sustento u origen legal ya que el legislador, el único con capacidad para permitirlo vía reforma legal, no introdujo dicho inciso sino una Comisión Legislativa con competencias exclusivas para codificar el Código Civil y no para reformarlo.

Por otra parte, el primer artículo de nuestro Código Civil dispone que: *“La ley es una declaración de la voluntad soberana...”*. Al respecto, el doctor Juan Larrea Holguín (1991) nos explica que la frase citada debe entenderse en un *“sentido puramente formal”* (p. 47) y que es esta *voluntad soberana* la única que a través de sus órganos competentes le corresponde expedir, reformar o derogar leyes. Ahora, en el caso que nos ocupa, este último inciso agregado de forma fraudulenta no puede ni debe cumplir sus propósitos porque esta disposición infringe el requisito de forma antes visto (aquel que establece que la ley tiene que ser dictada únicamente por la autoridad competente y la Comisión no era competente), ya que, a criterio del Doctor Alvear, si es utilizado el inciso como norma jurídica y fundamento legal, *“se estaría constituyendo un abuso o exceso de poder y esa situación debe ser eliminada mediante la declaratoria de inexistencia de la norma jurídica, razón por la cual no se*

puede pedir que dichos actos o contratos de hipoteca abierta se encuadren en los supuestos de hecho de una disposición inexistente porque no deberían tener o generar ningún efecto legal". Los jueces deberán aplicar el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 25 del Código Orgánico de la Función judicial y el principio de tutela judicial efectiva de los derechos previsto en el artículo 23 del mismo cuerpo legal para desconocer los efectos de este último inciso del actual artículo 2315, ya que en virtud del principio de seguridad jurídica los jueces tienen la obligación de velar por la fiel aplicación de la Constitución y las leyes y en este caso el referido inciso ha sido agregado violando las solemnidades legales requeridas por la Constitución de ese entonces y la actual para reformar una ley, y en razón del principio de tutela judicial efectiva de los derechos, los jueces tienen la obligación de resolver siempre las excepciones deducidas por los litigantes en base a la Constitución y las leyes vigentes.

Como complemento a lo antes dicho por el recordado Doctor Alvear, quisiera agregar que es cierto que este criterio jurídico no ha sido acogido ni mencionado -por medio de la jurisprudencia- por ningún juez o tribunal de nuestro país. Esto no se debe a su falta de fundamento sino, todo lo contrario, que las instituciones financieras de la época prefirieron transar con los clientes que el Doctor Alvear representaba antes de esperar la sentencia de un juez o tribunal que acepte esta postura y de esa manera desencadenar un nefasto efecto dominó para el resto de garantías hipotecarias "abiertas" que acostumbraban constituir los bancos. Como alguna vez escuché, los bancos prefirieron perder un dedo a perder la mano, al transar con sus clientes, y estos últimos aceptaron ya que tenían claro que en el futuro podrían necesitar algún nuevo crédito bancario.

De la inscripción

En primer lugar, empezaré diciendo que la inscripción del contrato de hipoteca debe llevarse a cabo en el Registro de la Propiedad del cantón donde se encuentren los bienes raíces, ya que esta es la institución en la que consta oficialmente la historia de dominio y gravámenes de los bienes inmuebles de la circunscripción territorial. Además de lo antes dicho, el registro de la propiedad tiene también como objeto el de certificar a terceros la realidad jurídica que pese sobre determinado bien o bienes inmuebles, de tal forma que los terceros adquirentes o personas interesadas puedan conocer a través de dicha institución los gravámenes, derechos y limitaciones que

graven la propiedad sobre bienes inmuebles. Hay que recordar que los gravámenes no son notorios, por lo que sin el Registro de la Propiedad, no sería posible constituir este gravamen ya que el acreedor hipotecario no está en posesión del bien y dicho derecho real no afecta tampoco la posesión del propietario.

El artículo 11 de la Ley de Registro, dispone en su literal c) los libros que están a cargo del Registrador de la Propiedad. Esta enumeración es taxativa y entre ellos se establece el Registro de Gravámenes que es el libro pertinente donde el Registrador debe realizar la inscripción del contrato de hipoteca. El artículo 2334 del Código Civil, por su parte, establece la información que deberá contener la inscripción de una hipoteca.

Previo a realizar la inscripción del contrato presentado, el funcionario registral realizará una calificación del título presentado para su inscripción. Esta calificación, la define el autor Pérez Lasala (como se citó en Scotti, 1980):

La función calificadora debe actuar en todo caso para que solo tengan acceso al registro los títulos válidos y perfectos. De no existir tal función, se formarían verdaderas cadenas de inscripciones fraudulentas, amparadas por el Estado, y los asientos del registro solo servirían para engañar al público, favoreciendo el tráfico ilícito y provocando un sinnúmero de litigios. (p. 28)

A manera de ejemplo del examen de calificación antes dicho, podemos mencionar el caso en que el autor argentino Scotti (1980) expone el fallo de los jueces integrantes de la Sala D de lo Civil en que confirmaron la postura del Registrador de la Capital Federal de Argentina al negarse a inscribir la hipoteca sobre unidades complementarias (estacionamientos ubicados en el sótano del edificio y un baño en la planta baja del mismo edificio) de manera independiente sin que se grave también con la hipoteca a la unidad inmobiliaria a que están adscritas. Este expediente fue el tramitado por “Wuille Bitle, Horacio A. Contra el Registrador antes indicado, fallo que fue expedido por la Cámara Nac. En lo Civil, Sala D (29/5/73; “FIDES”, t. IV, p. 582, No. 24) en que consideraron que al ser partes complementarias de una cosa principal no podrían ser susceptibles de ser hipotecadas independientemente, más aún si el consorcio de copropietarios había establecido que dichas unidades complementarias solo pueden ser utilizadas por los titulares de las unidades principales a las que están adscritas.

Como ya hemos dicho, la hipoteca solo nace con la inscripción en el Registro de la Propiedad respectivo. El artículo 2312 dispone que si la hipoteca no es inscrita no tendrá efecto alguno, y es que a través de su inscripción es que este derecho se vuelve absoluto, por esta razón, con su inscripción, opera la *publicidad registral* de los derechos reales para que sean conocidos y por ende respetados por terceros. Cabe recordar lo antes dicho sobre la importancia de la inscripción, ya que si el contrato de hipoteca no ha sido inscrito, solo generará obligaciones personales entre las partes, la misma que se resume en la obligación personal de exigir la inscripción del contrato, esto se debe a que los contratos solo dan origen a obligaciones personales, por lo tanto, hasta que la inscripción ocurra no se constituirá el derecho real que se pretende.

En el caso que nos ocupa, cabe indicar el problema actual que gira en torno a las inscripciones que realizan ciertos Registradores de la Propiedad de nuestro país. Partiremos diciendo que los contratos de hipoteca impuestos por las instituciones del sistema financiero se han vuelto, hasta cierto punto, en contratos de adhesión, en los que el cliente del banco debe firmar el contrato o no ser sujeto del crédito. Parece que con el paso del tiempo se han venido agregando cláusulas y otros contratos al mismo instrumento público para resguardar aun más el crédito garantizado. A manera de ejemplo, a continuación transcribiré una parte de un contrato de hipoteca con una institución del sistema financiero que es muy similar al utilizado por otros bancos:

“...UNDÉCIMA: PROHIBICION VOLUNTARIA DE ENAJENAR, GRAVAR Y ARRENDAR.- Para mayor seguridad y garantía del cumplimiento de todas las obligaciones que cauciona esta hipoteca y de las que se contrae con este instrumento público, LA DEUDORA HIPOTECARIA , declara que constituye a favor del BANCO prohibición voluntaria de enajenar, gravar y arrendar por escritura pública de cualquier manera sobre el dominio de el o los inmuebles que quedan hipotecados; en consecuencia, no se podrá vender ni gravar, ni en todo ni en parte, el o los bienes hipotecados, ni constituir prenda industrial emplazada en los inmuebles, ni constituir servidumbre, ni derechos de usufructo, uso o habitación, ni darlos en anticresis ni pasar su tenencia a terceros sin autorización previa y escrita del BANCO. Estas prohibiciones de enajenar, gravar y arrendar por escritura pública, durarán hasta que se inscriba en el Registro de la Propiedad del cantón correspondiente, escritura pública de cancelación de hipoteca que el BANCO otorgará una vez solucionadas todas

las obligaciones que se hallaren pendientes, siempre en los términos del presente contrato...” (Lo subrayado me pertenece)

El mayor problema con la cláusula antes transcrita, es que al ser incorporada en el mismo instrumento público que el contrato de hipoteca (que si es objeto de inscripción), piensan ciertos Registradores que por ello deben inscribir la escritura completa - al creer erróneamente ellos que escriben escrituras - por este motivo terminan inscribiendo este pacto de no enajenar o gravar un bien inmueble, pacto en el cual parece que el deudor hipotecario limita su derecho de dominio a la voluntad del acreedor hipotecario, hecho que es inexacto y falso por los motivos siguientes:

- El Doctor Alvear Icaza (s.f) nos enseña: *“El Registrador de la Propiedad no puede inscribir prohibiciones de enajenar voluntarias o convencionales, ni por mandato judicial, porque estas atentan contra el orden publico”* (p. 192). Lo antes dicho guarda perfecta relación con lo ya estudiado a lo largo de este trabajo. El derecho real de dominio es un derecho de orden público, por lo tanto no puede ser sometido a voluntad de un tercero, el mismo artículo 2317 del Código Civil dispone que el propietario de bienes gravados con hipoteca podrá venderlos, enajenarlos e hipotecarlos **no obstante cualquier estipulación en contrario**; en este caso, el acuerdo antes visto, que es el pacto o convención de no enajenar o gravar un bien inmueble, constituye una obligación personal (en específico lo que constituye es una promesa de no hacer) y la infracción a esta promesa trae como consecuencia la misma sanción que ocurre cuando se incumple con una obligación personal que emana de un contrato, que es la indemnización de daños y perjuicios;
- A criterio del Doctor Alvear (s.f), el pacto o convención de no enajenar o gravar un bien mueble o inmueble tampoco es oponible a terceros, y justamente no lo es ya que no es un derecho real que se constituye a su favor y por que la ley tampoco lo prohíbe, es más la ley permite que el propietario de un bien hipotecado pueda venderlo según lo dispuesto en el artículo 2317 antes revisado.
- Por último, así el registrador decida irse contra el orden público y decida inscribir este pacto o convención de no gravar ni enajenar, la pregunta que nace es ¿En qué libro realizará dicha inscripción? Como ya dijimos los libros a cargo del Registrador de la Propiedad son taxativos y están previstos en el literal c)

del artículo 11 que entre otros, establece el libro denominado Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar, pero en este registro la misma ley dispone que se inscribirán únicamente las prohibiciones de enajenar de carácter judicial, es decir las que emanan de decretos judiciales, el artículo 27 de la misma ley dispone aquello, por lo tanto en concordancia con el punto anterior, esta prohibida la inscripción de las prohibiciones voluntarias de enajenar, solo cabe la inscripción de las prohibiciones judiciales por el motivo antes señalado.

Para concluir y fortalecer esta postura, cabe insistir en lo que se dijo en líneas anteriores, esto es que el Registrador de la Propiedad **no** inscribe escrituras, el Registrador de la Propiedad inscribe actos o contratos (contenidos en escrituras) y lo que se publica son derechos reales, por este motivo el Registrador debe inscribir el acto o contrato de hipoteca en específico y no toda la escritura que contiene otros convenios ajenos al derecho real de hipoteca materia de la inscripción, ya que como se indicó, no es procedente la inscripción del pacto o convenio de no enajenar o gravar un inmueble, ya que el Registrador recibe escrituras, inscribe actos o contratos y publica derechos reales.

De la ejecución

Para empezar, es necesario comentar el lugar que ocupan los créditos hipotecarios en la prelación de créditos, prelación que, en palabras del profesor Vodanovic (1940) define como *“el conjunto de reglas legales que determinan el orden y la forma en que deben pagarse a los diversos acreedores de un deudor”* (p. 9). Al respecto, el artículo 2372 del Código Civil dispone que la hipoteca es una causa de preferencia, por lo tanto, agregando lo dispuesto en el artículo 2381 del Código Civil, los acreedores hipotecarios no están obligados a esperar los resultados del concurso general, sino que podrán ejercer de inmediato las acciones hipotecarias respectivas para satisfacer sus créditos. Este derecho es denominado por el autor Peña Bernaldo de Quirós como: *derecho de ejecución separada*.

Ahora bien, el problema práctico que nos toca revisar en el procedimiento de ejecución de la hipoteca es uno muy importante, para ello empezaré con el siguiente aforismo: “Cada derecho está protegido por una acción”.

Partiendo desde este punto, tenemos el derecho real de herencia que está protegido por la acción real de petición de herencia, asimismo tenemos el derecho real de prenda que esta protegido por la acción de remate de prenda, entre otros derechos más, y, de ahí tenemos, al derecho real de hipoteca protegido por la acción real hipotecaria, la misma que en palabras del tratadista Díaz Fraile (2000) es la: *“Acción en virtud de la cual el acreedor promueve la enajenación del bien hipotecado, puesto que se dirige especialmente contra este”* (p. 44), pero: ¿En realidad, tenemos una acción real hipotecaria?

Nuestra legislación menciona y hace referencia a la supuesta acción hipotecaria, pero en realidad no está legislada como la verdadera acción real que es; sin embargo, algo curioso que encontré es que dentro del Título XXXVI De la Hipoteca, en nuestro Código Civil, se ubica el artículo 2326 que dispone:

*“Art. 2326.- El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar **con las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda.**”* (Lo resaltado en negrillas me pertenece).

En concordancia con este artículo, debemos revisar el 2299 ubicado en el Título XXXV Del Contrato de Prenda del Código Civil; el artículo 596 del Código de Comercio relativo a la Prenda Agrícola e Industrial (utilizaremos este tipo de prenda ya que es la más parecida a la hipoteca ya que no hay desplazamiento) y artículo 363 del COGEP, que disponen:

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....”

Código de Comercio:

“Art. 596.- Si no se paga el crédito a su vencimiento, el acreedor puede pedir al juez el remate de los objetos empeñados. Acompañará a su solicitud el

respectivo contrato y un certificado del Registrador de la Propiedad que acredite que aun no ha sido cancelado.

Cumplidos estos requisitos, el juez ordenará el embargo de la prenda y su venta en pública subasta conforme al Art. 573... (Lo resaltado en negrillas me pertenece)

C.O.G.E.P.:

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

4. El contrato prendario y de reserva de dominio... (Lo resaltado en negrillas me pertenece)

Los tres artículos antes citados guardan relación entre sí y confieren indiscutiblemente la acción de remate o ejecución de prenda que tiene por finalidad **ejecutar de inmediato** el bien prendado y así cumplir con la obligación principal a la que accede; sin embargo, la ley en su artículo 2326 correspondiente a la hipoteca intenta garantizar y otorgar al acreedor hipotecario los mismos derechos que tiene el acreedor prendario, lo cual en la realidad no sucede ya que el acreedor hipotecario, en la práctica, debe iniciar, en el mejor de los casos, un procedimiento ejecutivo en base al título ejecutivo que tiene por haberse otorgado mediante escritura pública el acto constitutivo de la hipoteca, y luego, una vez obtenida la sentencia ejecutoriada de ese procedimiento ejecutivo, podrá continuar, recién ahí, el procedimiento de ejecución de la sentencia ejecutoriada, más no del derecho real de hipoteca como si sucede en el derecho real de prenda.

El artículo 347 del COGEP señala cuales son los títulos ejecutivos, el numeral 2 del referido artículo incluye a la: ***“Copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas”***. En este precepto entraría la hipoteca cuya solemnidad legal es ser otorgada mediante instrumento público y el tercer inciso del artículo 351 contenido en el mismo Capítulo relativo al Procedimiento Ejecutivo dispone que:

“Art. 351.- Inicio del proceso y contestación a la demanda. La o el juzgador calificará la demanda en el término de tres días.

Si el ejecutante acompaña a su demanda los correspondientes certificados que acrediten la propiedad de los bienes del demandado, con el auto de calificación podrán

ordenarse providencias preventivas sobre tales bienes, hasta por el valor que cubra el monto de lo reclamado en la demanda. Sin perjuicio de los certificados a que se refiere este inciso, no se exigirá el cumplimiento de los demás presupuestos previstos en este Código para las providencias preventivas.

También podrá pedirse embargo de los bienes raíces, siempre que se trate de crédito hipotecario...” (Lo resaltado en negrillas me pertenece)

Por lo tanto, de las normas citadas podemos concluir que así la intención del legislador haya sido crear la acción real hipotecaria con el artículo 2326 del Código Civil, esto no sucedió y por lo tanto es inexistente en nuestra legislación a diferencia de la acción de remate de prenda que está plenamente regulada y que tiene **como fin el ejecutar de manera inmediata** y sin retardo alguno el bien afectado con el gravamen; en cambio, en la hipoteca, debería primero el acreedor hipotecario pasar por un procedimiento ejecutivo en el que aún se le da oportunidad al deudor de presentar excepciones por un término de 15 días, para posteriormente efectuar la audiencia única donde se resolverá la acción planteada, luego de esto recién se obtendrá la sentencia ejecutiva que una vez ejecutoriada podrá ser objeto de ejecución; este procedimiento adicional hace más extenso el procedimiento de ejecución de la hipoteca y por ende no se le puede conferir la calidad de acción real hipotecaria como tal; es más, existirá la contingencia de que dentro de las excepciones que presente el deudor -dentro del procedimiento ejecutivo- pueda alegar la prevista en el numeral 1 del artículo 353 del COGEP que es la de “título no ejecutivo”, ya que como indique al hablar de la hipoteca abierta, esta no determina la obligación ni causa legal, por ende tampoco especifican la prestación a la que acceden y peor aún señalan el monto que caucionan, por ello no podrían constituir tampoco un verdadero título ejecutivo ya que es imposible determinar o liquidar, con el simple contrato de hipoteca abierta, el valor adeudado.

En mi opinión, la falta de regulación de esta acción real hipotecaria se deba al uso descontextualizado que se le ha dado a la hipoteca abierta, ya que esta, como ya se indicó, contraviene con los principios de accesoriedad y especialidad, por ende jamás podrá un acreedor hipotecario embargar y rematar de inmediato si está primero supeditado a pasar por el engorroso procedimiento ejecutivo para determinar y liquidar lo que se le adeuda previo al procedimiento de ejecución en que procede el remate

(realización del bien para el pago del crédito), trámite que se podrían ahorrar los acreedores con un uso consciente y justo de esta garantía.

Cabe agregar que este desconocimiento de la acción hipotecaria no es novedad del COGEP, incluso esta acción tampoco era reconocida en el Código de Procedimiento Civil.

Una vez demostrado que la acción hipotecaria no existe en nuestra legislación, a pesar que uno u otro artículo del Código Civil la mencione, podemos citar casos de otra legislación, por ejemplo la española, que si contempla y ha desarrollado plenamente esta acción hipotecaria como la verdadera acción real que es; en la legislación española, entre otros procedimientos como: el juicio ejecutivo ordinario, el juicio declarativo ordinario y procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca (todos procedimientos judiciales puestos a elección del actor para seguir su acción real), de estos, el procedimiento judicial más célere es el *procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, el cual no necesita de pacto previo entre las partes en la escritura publica de constitución de hipoteca para que sea viable a diferencia del procedimiento extrajudicial que a continuación veremos. El artículo 130 de la Ley Hipotecaria de España impone que:

*“Para pueda tramitarse la reclamación con arreglo al **procedimiento judicial sumario** será indispensable que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta, y un domicilio, que fijara el deudor, para la practica de los requerimientos y de las notificaciones.”* (Lo resaltado me pertenece)

Con estos pocos requisitos o supuestos que la ley establece, un acreedor hipotecario puede ejercer su acción real hipotecaria por medio del procedimiento sumario antes dicho, para ello y comparándolo un poco con nuestra realidad, podríamos hacer referencia a decisiones del Tribunal Supremo de España que el mismo autor Díaz Fraile (2000) cita, ya que los criterios judiciales de ese país van encaminados a ratificar la validez de este procedimiento sumario en que no existe enfrentamiento entre las partes, por ello dicho procedimiento sumario no puede convertirse en juicio declarativo ni ejecutivo sino que debe constituir una simple vía de apremio dirigida contra los bienes hipotecados, tanto es así, que a criterio de este autor y de Peña Bernaldo de Quirós (como se citó en Díaz Fraile, 2000) indican que

en este tipo de juicio *“no existen partes procesales, sino simples afectados”* (p. 51) y como ya mencione en nuestro país, se debe agotar primero el procedimiento ejecutivo (que pasaría a ser un juicio declarativo comparándolo con la legislación española) y posterior a ello pasaríamos al de ejecución con el que se logra finalmente el objeto propuesto que es promover la venta forzosa del bien hipotecado para con su resultado, cubrir la deuda.

Ampliando un poco más lo dicho sobre el procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca, podemos agregar que según Díaz Fraile (2000), este *“es un procedimiento de base registral”* (p. 53). Lo que explica acertadamente basándolo en el principio de la legitimación registral (principio en que todo lo inscrito en el Registro de la Propiedad está revestido de veracidad legal y surte, por ello, plenos efectos legales hasta que se demuestre lo contrario) ya que este procedimiento se basa en la presunción de que el derecho real de hipoteca pertenece plenamente a su titular, al acreedor hipotecario, y por lo tanto está en todo su derecho de realizar su acción contra el inmueble a cambio de un valor que servirá para satisfacer su crédito.

Otra razón por la cual se limita la intervención del deudor en este procedimiento, es por que se establece una dualidad entre las acciones, y según explica Peña Bernaldo de Quirós (como se citó en Díaz Fraile, 2000): *“lo que se pretende del deudor es consecuencia de la acción personal, por lo tanto en esta acción real no se pretende nada de él por eso es correcto que se limite su intervención”* (p. 51). Pero en todo caso, siempre se le dará la oportunidad al deudor de que pueda enervar la acción de ejecución pagando lo adeudado antes de que se efectúe la enajenación forzosa (remate).

Una vez demostrada que la acción real hipotecaria tiene plena acogida en otras legislaciones, cabe ahondar en el tema explicando otro tipo de procedimiento mediante el cual también se puede ejercer esta acción real y que es aún más eficaz en razón de su celeridad al lograr su objetivo; objetivo que como ya mencioné, es la realización del bien hipotecado para cubrir íntegramente el crédito con el ingreso de la venta. El procedimiento que se explica a continuación, es otro claro ejemplo del verdadero reconocimiento, eficacia y acogida que tiene la acción real hipotecaria en España, por ello, como procedimiento alternativo a los procedimientos judiciales antes mencionados, se establece el *procedimiento extrajudicial (notarial)*:

El autor español Peña Bernaldo de Quirós nos enseña que según el artículo 129 de la misma Ley Hipotecaria, siempre que las partes lo hayan pactado en el acto constitutivo de la hipoteca, podrá convenirse la venta extrajudicial del bien hipotecado en caso de que no se cumpla con la obligación asegurada, esta venta extrajudicial se hará ante un notario siguiendo, como lo dispone dicho artículo, las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario.

Los autores españoles Peña Bernaldo de Quirós y Díaz Fraile, han cuestionado en sus obras la constitucionalidad de este procedimiento hipotecario extrajudicial. Al respecto Peña Bernaldo de Quirós (2001) responde que este procedimiento no es inconstitucional debido a que el Notario no está haciendo las veces de juez ya que en este procedimiento no hay enfrentamiento de partes, ni el notario “juzga” ni “ejecuta lo juzgado” (p. 186), sino lo que se busca, en palabras de Díaz Fraile, (2000) es la de **“darle a la escritura pública contentiva del acto constitutivo de hipoteca, el carácter de sentencia en firme, y por lo tanto ejecutable”** (p. 89) con la finalidad de:

“Otorgar al acreedor la posibilidad de cobrar su crédito sin la colaboración del deudor, mediante la realización del valor del bien gravado, procurándose por acto propio el reintegro de la cantidad que se adeudaba...este procedimiento busca prescindir de la fase de cognición, y conservar solo la fase de apremio o ejecución en sentido estricto, se trata pues de un proceso especial de apremio, sin fase de contención, oposición o controversia entre partes.” (Díaz Fraile, 2000, p. 80)

Ambos autores determinan como requisito *sine qua non* para este procedimiento extrajudicial de venta, el que esté previsto o pactado previamente por las partes (acreedor y deudor hipotecario) en el instrumento público contentivo del acto constitutivo de la hipoteca, en dicho contrato, además, agregan que se deberá indicar lo siguiente:

- El valor en que las partes interesadas avalúan el inmueble objeto de la hipoteca.
- El domicilio señalado por el hipotecante, propietario del bien hipotecado, para la práctica de requerimientos y notificaciones.
- La designación del representante o la persona que cuando llegue el día comparezca en representación del hipotecante (deudor hipotecario) a otorgar

y suscribir en su nombre la escritura de venta (la misma ley faculta a que esta persona pueda ser el mismo acreedor hipotecario que inicia el procedimiento).

A la solicitud dirigida al notario, el tratadista Díaz Fraile (2000) indica que se debe agregar un certificado registral actualizado que demuestre que la hipoteca no ha sido cancelada, ya que no importará que otra persona sea su nuevo propietario, aun así el acreedor hipotecario podrá ejercer el *ius persecuendi* (derecho de persecución) del derecho real de hipoteca que es titular.

Conclusiones

En base a lo estudiado a lo largo de este trabajo, podemos concluir diciendo que la hipoteca es una herramienta necesaria para garantizar las obligaciones contractuales que contraigan las personas, debido a su importancia es necesario decir que sus efectos no son infinitos y no puede ser utilizada para someter y dejar en indefensión al deudor hipotecario, en consecuencia este derecho real debe atender a los principios de accesoriedad y especialidad.

Como hemos visto, la hipoteca debe cumplir ciertos requisitos para poder cumplir sus efectos, en especial debe ser otorgada mediante instrumento público, luego debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad respectivo para que opere la tradición y de paso al principio de publicidad registral para finalmente tener un derecho real constituido sobre el cual podremos ejercer una acción real con el objeto de satisfacer una obligación principal incumplida.

Por último, la acción real hipotecaria que nace con el derecho real de hipoteca no ha sido plenamente regulada en nuestra legislación local, sin embargo hemos establecido cual debe ser el objeto, procedimiento y trato que debería tener esta acción real comparándola con la de España.

Referencias

- Alvear, P. (s.f). *Las prohibiciones judiciales de enajenar y su inscripción en el registro de la propiedad*. Guayaquil: (s.i).
- Ballarin, R. (1980). *La hipoteca*. Madrid: Editorial Montecorvo, S.A.
- Boretto, M. (2004). *Hipotecas abiertas*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Chico y Ortiz, J. (1981). *Estudios sobre derecho hipotecario*. Madrid: Marcial Pons – Libros Jurídicos.
- Chico y Ortiz, J., Fernández, E. y Agero, V. (1966). *Manual del Registro de la Propiedad*. Madrid: Marcial Pons.
- Código Civil (2005). Registro Oficial Suplemento, 24 de Junio de 2005. Ecuador.
- Díaz, C. (1967). *Derecho hipotecario*. Madrid: Editorial revista de derecho privado.
- Díaz, J. (2000). *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*. Madrid: Edita Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris.
- Laquis, M., Flah, L. y Smayevsky, M. (1992). *El condominio. Hipoteca del condominio*. Buenos Aires: Ediciones de palma Buenos Aires.
- Larrea, J. (1991). *Derecho Civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Peña, M. (2001). *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Madrid: Edita Fundación Beneficentia Et Peritia Iuris.
- Roca, R. y Roca-Sastre, L. (1979). *Derecho hipotecario*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A. - Barcelona.

Scotti, E. (1980). *Derecho registral inmobiliario*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Valiente, L. (1955). *Derechos reales y privilegiados*. Buenos Aires: Ediciones Arayú,
librería editorial Depalma, S.A.C.I.

Vodanovic, A. (2001). *Tratado de las obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial jurídica
de Chile.

Vodanovic, A. (1940). *La prelación de crédito*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento.



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Robles Weisson Ernesto Heráclito**, con C.C: # **0917649162** autor del trabajo de titulación: **la hipoteca: instrumentación, inscripción y ejecución**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

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

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

Guayaquil, **03 de marzo de 2017**

f. _____

Nombre: **Robles Weisson Ernesto Heráclito**

C.C: **0917649162**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La hipoteca: instrumentación, inscripción y ejecución		
AUTOR	Ernesto Heráclito Robles Weisson		
REVISOR/TUTOR	Bonerges Renier Rodriguez Freire		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador.		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	3 de marzo de 2017	No. DE PÁGINAS:	49
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Civil, Inmobiliario y Registral.		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Derecho civil, hipoteca, derecho real, acción real hipotecaria, solemnidad, inscripción, ejecución.		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>A nuestro saber, la hipoteca es considerada como una garantía que busca proporcionar a su acreedor una mayor seguridad y respaldo a su crédito, de esta manera incentiva los créditos, fomenta la inversión y promueve al desarrollo económico. También es conocida la hipoteca por ser la garantía de mayor aplicación en nuestro país y en muchos más, coadyuvando al desarrollo de la industria y permitiendo a muchas personas acceder a viviendas mediante la obtención de créditos bancarios respaldados, principalmente, en esta garantía. Es indiscutible que la hipoteca ha impulsado a la industria de la construcción, la que sabemos que constituye el motor principal de una economía, fomentada la construcción se requieren de arquitectos, luego de ingenieros civiles, eléctricos, luego de albañiles y guardianía, sin mencionar a los innumerables proveedores de cemento, acero, hormigón, entre otros, para que luego se necesite del carpintero, cristalero y decoradores, para al final tener un proyecto inmobiliario listo para su ocupación, permitiendo a personas y empresas a acceder a ellos, por estas razones y muchas más, es importante revisar, estudiar y entender un poco mas de este derecho real que como se ha indicado tanto beneficios ha traído a la sociedad.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR:	Teléfono: 0999421889	E-mail: eroblesw@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Reynoso de Wright Maritza		
	Teléfono: +593-4-994602774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			