

15

LA HIPOTECA
COMO TÍTULO DE EJECUCIÓN

LA HIPOTECA

COMO TÍTULO DE EJECUCIÓN

THE MORTGAGE AS FORECLOSURE TITLE

David Sebastián Goyes-Aguilar¹

E-mail: dsga89@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3876-7034>

Verónica Patricia Urrutia-Santillán²

E-mail: veronicaurrutia@uti.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9457-1354>

¹ Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador. Ecuador.

² Universidad Tecnológica Indoamérica. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Goyes-Aguilar, D. S., & Urrutia-Santillán, V. P. (2023). La hipoteca como título de ejecución. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 6(3), 132-139.

RESUMEN

El presente artículo científico abarca un análisis sobre la hipoteca, institución jurídica contemplada en el Código Civil ecuatoriano, y que generalmente, y desde sus orígenes, ha sido concebida como una obligación accesoria a la principal, lo que le da una naturaleza de garantía en sí misma, para el cumplimiento de la obligación principal. El Código Orgánico General de Procesos en Ecuador, (COGEP) recientemente ha concebido a la hipoteca como un título de ejecución, lo que se convierte en un tratamiento procesal polémico por cuanto existen varios tipos de hipoteca y dicho código no deja explícito a cuál de ellos se refiere, ni cómo proceder en dicho caso. Se impone entonces, como objetivo general de esta investigación: Revisar críticamente el tratamiento procesal dado a la hipoteca como título de ejecución por el COGEP en Ecuador y se aplica una metodología con enfoque cualitativo y métodos científicos como el de revisión bibliográfica, el histórico-lógico, el analítico-sintético y el inductivo, que conllevan a concluir que, acorde a la clasificación de la hipoteca, como derecho real de garantía, en abierta y cerrada; solo procedería la investidura procesal de ejecución para la hipoteca cerrada.

Palabras clave:

Hipoteca, obligación, título de ejecución.

ABSTRACT

This scientific article covers an analysis of the mortgage, a legal institution contemplated in the Ecuadorian Civil Code, and that generally, and from its origins, has been conceived as an accessory obligation to the principal one, which gives it a guarantee nature in itself. itself, for the fulfillment of the principal obligation. The General Organic Code of Processes in Ecuador (COGEP) has recently conceived the mortgage as a foreclosure title, which becomes a controversial procedural treatment since there are several types of mortgage and said code does not make explicit which of them refers, nor how to proceed in such a case. It is then imposed, as a general objective of this research: Critically review the procedural treatment given to the mortgage as a foreclosure title by the COGEP in Ecuador and a methodology with a qualitative approach and scientific methods are applied, such as the bibliographic review, the historical-logical, the analytical-synthetic and the inductive, which lead to the conclusion that, according to the classification of the mortgage, as a real right of guarantee, open and closed; only the foreclosure procedural investiture would proceed for the closed mortgage. Conclusion whose support is provided by this scientific article.

Keywords:

Mortgage, obligation, execution title.

INTRODUCCIÓN

La hipoteca, término que se ha escuchado desde hace muchos años atrás emplear a los abuelos, padres y conocidos, sin importar su profesión u ocupación, denota la importancia y su presencia en la vida cotidiana, a pesar de su investidura legal y jurídica. Su evolución histórica revela su derivación del contrato de prenda y, de hecho, el propio ordenamiento jurídico ecuatoriano la resalta como un derecho real de prenda. Lo que quiere decir que este recae sobre las cosas dejando de lado a la persona. O sea, que no va dirigido hacia el dueño de la cosa, pero sí a una cosa determinada de la que él es dueño.

Dentro de la legislación ecuatoriana se encuentran especificadas la hipoteca abierta y la hipoteca cerrada, la primera, garantiza obligaciones presentes o futuras y la segunda, garantiza una obligación específica. La primera de las referidas ha ganado mayor impacto ya que, inexcusablemente, dentro del campo financiero y comercial se ha utilizado esta institución jurídica como un mecanismo para asegurar el cumplimiento de la obligación. Este mecanismo es constituido por un acuerdo mutuo entre el acreedor hipotecario y el deudor, el mismo que es plasmado en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad.

Los tipos de hipoteca, dejan en claro que al no existir norma que regule la acción hipotecaria, se ha provocado el uso desmedido de la hipoteca abierta. En base a ello, varios doctrinarios sostienen que este tipo de hipoteca estaría contraponiéndose a los principios de accesoriedad y especialidad. Aunque es factible señalar que la accesoriedad no se ve afectada, pues la misma garantía cubre todas las obligaciones del deudor.

De hecho, antes de que entraran en vigor las últimas reformas al COGEP, el acreedor hipotecario no podía rematar, ni embargar el bien en cuestión, ya que, primero, debía agotar el procedimiento ejecutivo en el cual se establece la obligación en concreto y luego, poder ejecutarla. En base a estas premisas se impone la necesidad de analizar si la hipoteca se enmarca dentro de los títulos ejecutivos o dentro de los títulos de ejecución.

El campo del derecho es muy variable, puesto que va a la par de la evolución de la sociedad misma. Por ende, ha sido necesario incorporar mecanismos ágiles, con el fin de exigir el cumplimiento de diversas obligaciones. Sin embargo, se omitió el trámite que se le debería dar a ciertas controversias, específicamente a la obligación hipotecaria.

En base a dicha omisión, el legislador ha tenido que implementar reformas en la legislación actual, para lo cual expide la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, publicado en el Registro Oficial No. 517 del año 2019, ley que reforma el artículo 363 del COGEP, enumerando ahora los títulos de ejecución, y, entre ellos, se encuentra la hipoteca. Pero, yerra

nuevamente el legislador, al no especificar el tipo de hipoteca que debe ser concebida como título de ejecución.

Una vez vigente la reforma del COGEP, donde se establece a la hipoteca como un título de ejecución y con el pasar del tiempo y hasta la actualidad, se hace visible la falencia de dicha reforma, por cuanto en la práctica procesal diaria, es preciso determinar a qué tipo de hipoteca se refiere dicha norma, ya que, por su naturaleza, cualquier tipo de hipoteca no sería susceptible de dicho tratamiento procesal. Lo que es más evidente cuando la hipoteca es abierta y redundante en incertidumbre para los propios jueces a la hora de dar paso al inicio de la ejecución de este tipo de hipoteca.

Ahora bien, partiendo de que la ejecución, procede en obligaciones determinadas de dar, hacer o no hacer, y constituye la orden de cumplir con dicha obligación, incluso, de ser necesario de manera forzosa; en el caso de la hipoteca, al recaer sobre bienes inmuebles, el juzgador ordenará la ejecución, la cual le otorga al deudor, la potestad de poder pagar la obligación en el término de 5 días antes de proceder con la ejecución forzosa que conllevaría al remate de la propiedad.

Finalmente se ahondará en el estudio de la ejecución, sus definiciones, características, y el tratamiento procesal establecido en la legislación ecuatoriana, para poder vincular o no, a la hipoteca con los títulos de ejecución.

DESARROLLO

En el campo del derecho es de gran importancia el estudio histórico, ya que esto ha conllevado a que, en la actualidad, se evidencie el desarrollo a la par en que evolucionan las sociedades humanas y ajustándose a las circunstancias que surgen con el pasar de los años. Dicho esto, se aborda el estudio de la etimología de la hipoteca ya que los significados de las palabras marcarán la ruta a seguir para poder llegar al objetivo planteado dentro de la presente investigación. La palabra Hipoteca epistemológicamente proviene del griego *hypothekē*, la misma que deriva de un prefijo "hypo" que significa de bajo y "theke" que significa colocar o establecer, sin embargo "theke" mayormente quiere decir algo colocado o depositado

Para Cabanellas (2012), es "*poner una cosa debajo de otra, de sustituirla, añadirla o emplearla*". En base a lo expresado por el autor se aprecia medianamente el significado conocido hasta el presente de esta palabra, entendiendo que es el sustento de una obligación". Históricamente, la hipoteca se remonta a la antigua Grecia quienes ya usaban dicha figura, pero fueron los romanos los que gracias a su minuciosa legislación que ha perdurado durante siglos, fijaron las bases y lineamientos de dicha figura que se concoe hoy en día. Díaz Garaycoa (1988), en su obra, *La Hipoteca en el Código Civil Ecuatoriano*, afirmó que "*dicha institución como la concebimos actualmente tuvo su origen en Roma, porque ha quedado demostrado*

que la hipoteca griega tuvo un fundamento distinto”, diferencia que, básicamente, recae en el carácter público que aplicaban en Grecia y el carácter privado que era aplicado por el Derecho romano.

Dicho sea de paso, el Derecho romano definió dos figuras que garantizaron el cumplimiento de la obligación de los deudores siendo estas, la fiducia y el pignus. En sí, la fiducia es aquella transferencia que se da a la propiedad en garantía del acreedor, mientras que, el pignus, es considerado como aquella figura jurídica similar a la prenda. Es decir, que esta transfería a aquella, la posesión, con el fin de devolver la obligación cuando la misma fuese pagada.

Ahora bien, partiendo de que el Derecho romano reconoce el derecho a la propiedad; se regulan los mecanismos para asegurar el cobro de las obligaciones y es así, que nace el pignusconventum o llamado también hypotheca, figura que consistía en la afectación directamente a los bienes del deudor y que podía constituirse de dos formas, una, con la transferencia transitoria de la posesión al acreedor y la otra, sin dicha transferencia que a su vez, afectaba indistintamente a los bienes muebles e inmuebles.

En el período romano aun no existía una diferencia clara sobre la prenda y la hipoteca, ya que eran consideradas similares y de igual forma, aplicadas. Ahí se comienza a observar una diferenciación y es por eso, que Gómez (2015), señaló que el momento en que empieza marcarse la distinción de la hipoteca con otras instituciones como la prenda, es con la aparición de las instituciones justinianas. Así, aparece la distinción entre ambos derechos reales de garantía, estableciéndose un régimen de publicidad distinto para cada una. En el caso de la hipoteca, la inscripción en el Registro de la Propiedad; y en el de la prenda, el desplazamiento de la posesión de la cosa.

Para Torga et al. (2014), la Revolución Francesa es la etapa importante respecto al Derecho, ya que es aquí donde se intenta realizar una unificación de las leyes, pasando la página de lo que fue las leyes romanas, y dentro de esta transición, se produce un cambio significativo de la hipoteca, en el que se deja claro que los únicos bienes factibles a ser hipotecados, eran los inmuebles; dejando a salvo, acciones diferentes para los bienes muebles. La Revolución Francesa constituyó una concepción de la hipoteca y que es conocida hasta la actualidad y en la cual se establece un criterio unificado de que lo único susceptible a hipotecar son los bienes inmuebles y estos, en garantía de una obligación.

La hipoteca como los contratos de prenda, están encajinados al fin de asegurar el cumplimiento en cuanto a las obligaciones. Es por ello, que es importante tomar en consideración que es una obligación. Al respecto, Manasevich (2011), indica que *“la definición más corriente entre nosotros es la que considera la obligación como*

un vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo”

Por su parte, Hinestrosa (2007), refiere que *“obligación significa ligamen, atadura, vínculo, términos próximos entre sí, cuando no sinónimos, que vertidos al derecho implican una relación jurídica, o sea una relación sancionada por aquel, establecida entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina acreedor, espera fundadamente un determinado comportamiento, colaboración, que es la prestación, útil para él y susceptible de valoración pecuniaria y a cargo de otro sujeto pasivo, llamado deudor, quien se encuentra por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido 4 del nexo, so pena de quedar a padecer ejecución forzada, o sea a verse constreñido alternativamente, a instancia de su contraparte, a realizar la prestación original o a satisfacer su equivalente en dinero”* (p. 23)

Ahora bien, una vez que se entiende qué es una obligación, es importante que se abarque el tema de la hipoteca y para ello es deber considerar que es aquella figura jurídica por la cual, una persona, interpone una prohibición sobre un inmueble con el fin de que se dé el cumplimiento de una obligación, ya sea esta, propia o a su vez, ajena.

La hipoteca, al ser un derecho real tiene un valor de cambio respecto a un inmueble afectado, creando un vínculo entre el acreedor y la cuantía respecto al bien que fue gravado. El mismo que le permitirá, dar por terminada la obligación acreedor-deudor.

Dentro de la misma línea está que *“la hipoteca es un derecho real que grava un inmueble, el cual no deja de permanecer en poder del que constituye, con la finalidad de buscar asegurar el cumplimiento de una obligación principal, otorgando al acreedor el derecho de perseguir el bien en manos de quien lo posea y pagarse preferentemente con el producto de la ejecución”*. (Duarte, 1991)

En el mismo sentido los juristas Planiol & Ripert (1942), indican que *“la hipoteca es una garantía real que, sin desposeer al propietario del bien gravado, permite al acreedor embargarlo al vencimiento, hacerlo vender a pesar que se halle en poder de tercero y cobrar con cargo al precio con preferencia a los demás acreedores”*.

Mientras que Somarriva (2012), refiere que *“la hipoteca es considerada como un derecho real que recae sobre un inmueble que permite al acreedor perseguirlo sin importar en poder de quien se encuentre, sin que el deudor se deshaga de la posesión de la cosa”*.

Si bien se entiende que la hipoteca es un contrato que se genera por el mero hecho de que las partes se comprometen con el cumplimiento de la obligación, ahora bien, para Galindo Garfías (1996), el contrato es *“el acto jurídico típico del derecho privado y se caracteriza porque las*

declaraciones de voluntad de las partes que lo celebran son concurrentes, convienen en crear entre sí relaciones jurídicas; forman un acuerdo de voluntades o consentimiento, lo que constituye propiamente el elemento esencial del contrato. El contrato puede ser considerado como acto jurídico por una parte y como norma individualizada de conducta desde otro punto de vista”.

La hipoteca es aquel derecho real que tiene como objetivo asegurar el cumplimiento de una obligación. Dentro de sus definiciones sobresale que, la condición del deudor es no perder la posesión de sus bienes y así mismo, la facultad que da al acreedor en caso de incumplimiento por parte del deudor, no solo le permite obligar al pago, sino también, obtener como resultado de un proceso la venta del bien con el fin de satisfacer la obligación vencida.

La legislación define a la hipoteca como un derecho de prenda que se constituye sobre inmuebles y que a pesar de eso, la posesión sigue en manos del deudor. Definición que se encuentra en el Libro IV, Título XXXVI, del Código Civil ecuatoriano, en su Artículo 2309, pero que, para algunos autores, esta definición es insuficiente, ya que no especifica las características que debe tener el contrato y las formalidades que debe cumplir para su validez. Sin embargo, el legislador ecuatoriano, dentro del mismo cuerpo legal, lo ha desarrollado en otros artículos.

Dentro del estudio doctrinario se encuentran varias características atribuidas a la hipoteca, dentro de la presente investigación se analizan las consideradas importantes, para que tenga el efecto jurídico requerido dentro de la legislación y sea susceptible de ejecución en caso de incumplimiento, dentro de estas características están:

Derecho real: porque es aplicable únicamente a bienes inmuebles, dentro de la legislación ecuatoriana entendemos que el derecho real es aplicado sobre las cosas sin importar la persona, el Código Civil en su artículo 595 establece que *“derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”.*

Para Peralta (2007), *“se debe destacar que la característica de derecho real, ha sido discutida e incluso cuestionada por varios autores, quienes manifiestan que no existe una relación directa entre la cosa y el acreedor, sino que, para que se logre el cumplimiento de la obligación, el acreedor siempre debe acudir a la vía jurisdiccional para lograr hacerse del inmueble a su favor, entonces ya no es una relación entre el acreedor y la cosa, sino que el acreedor debe demandar al titular de la propiedad o en caso de que éste poseionado un tercero, en donde el estado se convierte en el garantizador de los derechos del acreedor”.* (p. 162)

Accesoriedad: La hipoteca es accesoria de una obligación principal, considerada como una caución para garantizar el cumplimiento de la obligación, hay que tener muy en cuenta que la hipoteca no puede existir por sí misma sin la existencia de la obligación principal.

Para Alberdi (2016), *“la esencia de la hipoteca, como derecho real, consiste en servir de garantía del pago de un derecho crediticio, por consiguiente, el contrato principal lo constituye el crédito, siendo la hipoteca consecuencia del mismo. No obstante, el convenimiento de la hipoteca genera obligaciones y consecuencias para las partes, derivando una relación causal”.*

Indivisibilidad: La hipoteca en ningún caso puede ser dividida en su integridad jurídica, por cuanto está sujeta a garantizar la totalidad de la obligación, por más que la misma sea desmembrada, el bien estaría destinado al pago total de las obligaciones.

Para Peralta (2007), *“la indivisibilidad significa que el gravamen se extiende a todo el inmueble afectado y a cada una de sus partes, mientras exista un saldo impago, la hipoteca permanece íntegra sobre la totalidad del inmueble”.* (p. 214)

Especialidad: esta característica nos indica que el inmueble debe ser singularizado, detallado con exactitud su ubicación, linderos y dimensiones, con las cuales el acreedor obtiene la seguridad de reconocer el bien sobre el que va a recaer dicho gravamen.

Para Alberdi (2016), *“su especialidad radica en dos aristas, por una parte, la especialidad del objeto, por cuanto se centra en los derechos reales, en consecuencia, debe ser determinada individualmente y cierta. Por otra parte, se considera el crédito principal al cual acompaña la hipoteca, ya que el mismo tiene fecha y condiciones de cumplimiento de la obligación”.*

Formalidad y publicidad: básicamente, esta característica radica en cumplir con las solemnidades requeridas por la ley y ser elevado a escritura pública, y la misma ser inscrita en el registro de la propiedad para con eso, cumplir con la publicidad. Al respecto, Alberdi (2016), señala que se torna necesario para considerar una acabada publicidad del acto, se enumeren en la escritura pública de constitución de hipoteca, todos los pormenores que se relacionan con la fuente del acto.

Una vez determinadas las características de la hipoteca, es procedente continuar analizando sobre los tipos, dejando en claro que, dentro de la legislación ecuatoriana, no se determina clases, ni tipos de hipotecas. Los tipos vigentes y aplicables dentro del Ecuador, se han desarrollado en base al derecho consuetudinario, de tal manera, que han quedado plasmadas la hipoteca abierta y la hipoteca cerrada.

Hipoteca abierta es aquella que se constituye para garantizar una o más obligaciones contraídas, obligaciones

que muchas veces, surgen en el tiempo de vigencia de la ya constituida hipoteca, la misma que será garantía por todas estas obligaciones nuevas. Esto es muy común en el diario vivir gracias a los productos y servicios que ofrecen las instituciones financieras. La hipoteca cerrada tiene una definición parecida, ya que es constituida para garantizar una obligación. En este caso, se especifica que será inmutable y en el cual, dentro del mismo instrumento de constitución, se determina la obligación, el valor y el término en que debe ser cumplida dicha obligación. El Código Civil, en su artículo 2333 manifiesta que *“la hipoteca podrá limitarse a una determinada cantidad, con tal que así se exprese de un modo inequívoco; pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del valor conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado. El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho valor; y reducida, se hará a costa del deudor nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda”*. (Ecuador. Congreso Nacional, 2005)

Es importante señalar que, en ambos casos, se debe constituir mediante escritura pública, cumpliendo con las solemnidades que exige la ley, celebrado ante un Notario Público y debe ser perfeccionado con la inscripción en el Registro de la propiedad del lugar al que pertenece el bien hipotecado

La legislación ecuatoriana determina ciertas particularidades, es así como el código civil en su artículo 2310, señala que *“la hipoteca es indivisible. En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella”*. En el artículo 2311 *ibidem* manifiesta: *“La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública, o constituirse por mandato de la ley en los casos por ella establecidos. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que accede”* (Ecuador. Congreso Nacional, 2005) diferenciando claramente, que la hipoteca se otorga mediante escritura pública diferente de la prenda.

En el mismo ordenamiento legal en su artículo 2312 dice que *“la hipoteca deberá, además, ser inscrita en el registro correspondiente. Sin este requisito, no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde la inscripción”* (Ecuador. Congreso Nacional, 2005).

En el artículo 2315 en su inciso 3 señala que *“la hipoteca podrá, en consecuencia, asegurar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor hipotecario”*. (Ecuador. Congreso Nacional, 2005)

Y, en su artículo 2333 establece que *“la hipoteca podrá limitarse a una determinada cantidad, con tal que así se exprese de un modo inequívoco; pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del valor conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya*

estipulado. El deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho valor; y reducida, se hará a costa del deudor nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda”. (Ecuador. Congreso Nacional, 2005).

En el artículo 2336, indica que *“la hipoteca se extingue junto con la obligación principal. Se extingue, asimismo, por la resolución del derecho del que la constituyo, o por el cumplimiento de la condición resolutoria, según las reglas legales. Se extingue, además por la llegada del día hasta el cual fue constituida. Y por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva”*. (Ecuador. Congreso Nacional, 2005)

Sin embargo, hay que tomar en consideración que el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) establece en su artículo 363 sobre los títulos de ejecución a la Hipoteca siendo que esta, debe ser considerada como un título de ejecución y por ende, este se debe ventilar mediante un trámite legal.

Según Cabanellas (2012), *“la ejecución, es la efectividad de una sentencia o fallo; en especial, cuando se toman los bienes de un deudor moroso para satisfacer a los acreedores mediante dicho mandamiento judicial”*. Basados en esta definición, puede decirse que la ejecución es una decisión judicial, en la cual, se ordena al deudor a cumplir su obligación, sin derecho a plantear excepción alguna, y en el caso de incumplimiento llegar al cobro de la obligación de manera forzada, persiguiendo los bienes del deudor.

Según Palacios (2019), *“el juez autorizaba al acreedor ponerse en posesión de todos los bienes, se publicaban anuncios de venta en los sitios más frecuentados, se nombraba a un sindicó y se adjudicaba los bienes en masa al mejor postor”*. (p. 5)

La Constitución de la República del Ecuador establece a la ejecución, como un derecho específicamente, sobre la tutela efectiva, de acuerdo a lo tipificado en el artículo 75, la misma que establece que *“toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”*. (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

De tal manera, la tutela efectiva garantiza el desarrollo de un proceso judicial para luego obtener en sí, la resolución del problema o mejor dicho, sobre las pretensiones con la ejecución de la sentencia. Sin embargo, hay que considerar que la tutela efectiva se relaciona específicamente, sobre el acceso a la justicia para que estos hagan valer las garantías establecidas en la Constitución.

No obstante, es importante identificar que el procedimiento de ejecución se encuentra establecido en el Código Orgánico General de Procesos, el mismo determina que el ejecutante consiga que las obligaciones adquiridas por el o los deudores, sean cumplidas mediante la ejecución de ciertos actos como son el embargo y remate de los bienes mediante una sentencia o mediante los títulos de ejecución.

El Código Orgánico General De Procesos en su artículo 363 habla sobre los títulos ejecutivos y sobre todo enmarca el acceso directo respecto a la fase de ejecución.

“Son títulos de ejecución los siguientes: 1. La sentencia ejecutoriada. 2. El laudo arbitral. 3. El acta de mediación. 4. El contrato de prenda y contratos de venta con reserva de dominio. 5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código. 6. La transacción, aprobada judicialmente, en los términos del artículo 235 del presente Código. 7. La transacción, cuando ha sido celebrada sin mediar proceso entre las partes. 8. El auto que aprueba una conciliación parcial, en caso de incumplimiento de los acuerdos aprobados. 9. El auto que contiene la orden de pago en el procedimiento monitorio, ante la falta de oposición del demandado. 10. La hipoteca. 11. Los demás que establezca la ley”.

De acuerdo a la Ley Orgánica para la Transformación Digital y Audio Visual en su artículo 80: “Reemplácese el numeral 10 del artículo 363 por el siguiente: “10. La hipoteca, abierta o cerrada.” Sin embargo, en el COGEP en su artículo 370, se habla sobre la ejecución la misma que establece que *“si se trata de la ejecución de un título que no sea la sentencia o auto ejecutoriado, se deberá presentar una solicitud que, además de los requisitos de la demanda, contenga la identificación del título de ejecución que sirve de habilitante para presentar la solicitud”.*

La norma señala que si no existe una sentencia en firme respecto a las pretensiones presentadas por las partes accionantes, se deberá en estos casos, presentar el título ejecutivo para sustentar lo alegado siendo que además, esto es un requisito en este tipo de procesos judiciales. Una vez que el juez califique la demanda y no se mande a aclarar o completar la misma, se deberá designar un perito, el mismo que tiene que ser calificado por la función judicial y, designado este, tiene la obligación de realizar la respectiva liquidación del capital, intereses y costas procesales.

El mismo cuerpo legal, en su artículo 372 determina *“admitida la solicitud prevista en el artículo anterior o directamente si se trata de ejecución de sentencia ejecutoriada, la o el juzgador designará una o un perito para la liquidación de capital, intereses y costas en el término concedido para el efecto. Previamente la o el actor tendrá el término de cinco días para presentar los comprobantes de respaldo de gastos conforme con las normas de costas*

previstas en este Código”. (Ecuador. Asamblea Nacional, 2016)

Palacios (2019), identifica que el procedimiento de ejecución es *“si la obligación es de dar especie o cuerpo cierto, dinero o bienes de género, el juzgador dictará mandamiento de pago o de ejecución para que en el término de 5 días el deudor pague la obligación, sino se dictarán las medidas forzosas para el cobro. Si la obligación es de hacer se solicitará en el término de cinco días la realización del hecho, si no se cumple se podrá nombrar un perito para que lo realice, el juzgador deberá regular los honorarios para la realización de la obra a costa del deudor. Si la obligación es de no hacer, el juzgador puede ordenar la reposición al estado anterior, disponiendo que en el término de cinco días deshaga el hecho, si no es posible deshacer lo hecho, el juzgador en audiencia establecerá los daños y perjuicios y dispondrá la ejecución en cuanto la obligación sea líquida”.* (p. 246)

Por otra parte, en los procesos que realiza la ejecución el deudor en la mayor parte propone una fórmula de pago y en el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 374 habla claramente que *“la fórmula de pago propuesta por parte de la o del ejecutado no suspende la ejecución y deberá incluir una garantía que asegure el cumplimiento de la obligación cuando sea a plazo, salvo que la o el ejecutante no lo requiera”.* (Ecuador. Asamblea Nacional, 2016)

Cuando el acuerdo adoptado entre las partes y su fórmula, sea aceptado total o parcialmente, en estos casos, el juzgador es el encargado de ordenar el levantamiento del embargo respecto a de los bienes que se han puesto impedimentos. En el caso de que el deudor, incumpla con la fórmula de pago, se harán efectivas las garantías sobre los bienes que se han puesto las prohibiciones de enajenar y por ende, se procederá con el embargo de las mismas.

El Código Orgánico General de Procesos en su art 375 establece que, en el caso de darse el incumplimiento del mandamiento de ejecución, la parte accionante solicitará al juez, que se proceda a realizar el embargo de los bienes del deudor y, por ende, es obligación del juzgador, realizar la publicación en la página web de la función judicial, para que concurren los terceros interesados en el remate de los bienes.

CONCLUSIONES

En el estudio se determinó que se debe identificar el tipo de hipoteca que se enmarca dentro de la ejecución, por cuanto dentro del ordenamiento legal ecuatoriano se diferencian dos clases de hipoteca. Siendo la una, de carácter abierto y esta garantiza una obligación principal o futura, mientras que en la hipoteca cerrada, se determina una sola obligación por la cual debe responder el o los

deudores. Cumpliendo esta, con los requisitos para encuadrar dentro del título de ejecución.

Los elementos jurídicos-doctrinarios de la hipoteca para que sea considerada un título de ejecución son: 1) el título debe ser autónomo, subsista por sí sólo, que la obligación este determinada con claridad en el documento de ejecución, la obligación principal y la garantía debe constar en el mismo título; 3) debe ser ejecutable, irrevocable y exigible; 4) la obligación debe ser cierta y expresa; 5) en el caso de las hipotecas, en la mayoría de casos debe contener una obligación de dar, no puede ser ambigua u oscura, el título no puede generar dudas al juzgador.

Lograr la ejecución de una hipoteca abierta por su naturaleza jurídica es muy complicado en la práctica judicial, los jueces de ejecución, en la mayoría de los casos, niegan ejecutarla y archivan el proceso, porque ni siquiera consta la obligación en el título, sino que, el monto al que accede la hipoteca se encuentra plasmado en un título ejecutivo o monitorio, el cual debe pasar primero, por un juicio para determinar si existe la obligación. En la hipoteca cerrada, sí se logra su ejecución, porque la obligación que consta en el título está determinada con exactitud y precisión, y el juez, verifica que existe un derecho, que ha sido incumplido por el deudor y que los plazos y condiciones son claros

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alberdi, L. (2016). La hipoteca y sus caracteres en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 13(46), 152-167.

Cabanellas, G. (2012). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II. Editorial Hestastia.

Díaz Garaycoa, P. (1988). *La hipoteca en el código civil del Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Duarte, R. D. (1991). *La hipoteca en el código civil chileno*. PE editores.

Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

Ecuador. Asamblea Nacional. (2016). *Código Orgánico General de los Procesos*. Registro Oficial 506. <https://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/10/Codigo-Organico-General-de-Procesos.pdf>

Ecuador. Congreso Nacional. (2005). *Código Civil ecuatoriano*, publicada su última modificación en el Registro Oficial Suplemento 46. <https://bde.fin.ec/wp-content/uploads/2021/02/CODIGOCIVILultmodif08jul2019.pdf>

Galindo Garfías, I. (1996). *Teoría general de los contratos*. Ed. Porrúa.

Gómez, J. (2015). *Derechos Reales de Garantía: La Hipoteca*. (Tesis de maestría). Universidad Rafael Landívar.

Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las Obligaciones*. Universidad Externado de Colombia.

Manasevich, R. A. (2001). *Las Obligaciones*. Temis S.A.

Palacios, J. (2019). *Consideraciones Generales del Procedimiento de Ejecución establecido en el Código Orgánico General de Procesos*. Digiflash Corpographic.

Planiol, M., & Ripert, G. (1942). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo XII. Rubinzal-Culzoni Editores.

Somarriva, M. (2012). *Tratado de las cauciones*. Editorial Jurídica Ediar Cono Sur Ltda

Torga, N., Sánchez, S., & Pereda, A. (2014). De Roma a la actualidad, sistematización doctrinal y normativa de las garantías reales. *Revista Aequitas*, 4, 13-50.