



UTPL

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

**MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO
PROCESAL**

**Análisis jurídico de la hipoteca abierta y cerrada como
título de ejecución: ¿Podría volver inaplicable el inciso
tercero del art. 351 del COGEP?**

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de:

**MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO
PROCESAL**

Autora: Usiña Chapi, Andrea Isamar

Director: Ortiz Calva, Cristian Javier

LOJA

2024



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NC-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2024

Aprobación del director del Trabajo de Titulación

Loja, 15 de octubre del 2024

Magíster

Paul Javier Moreno

Director de la maestría de Derecho Procesal

Ciudad.-

De mi consideración:

Me permito comunicar que, en calidad de director del presente Trabajo de Titulación denominado: Análisis jurídico de la hipoteca abierta y cerrada como título de ejecución: ¿Podría volver inaplicable el inciso tercero del art. 351 del COGEP? realizado por Andrea Isamar Usiña Chapi ha sido orientado y revisado durante su ejecución, así mismo ha sido verificado a través de la herramienta de similitud académica institucional, y cuenta con un porcentaje de coincidencia aceptable. En virtud de ello, y por considerar que el mismo cumple con todos los parámetros establecidos por la Universidad, doy mi aprobación a fin de continuar con el proceso académico correspondiente.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

Atentamente,

Director: Cristian Javier Ortiz Calva, Magíster

C.I.: 1105030744

Correo electrónico: cjortiz4@utpl.edu.ec

Declaración de autoría y cesión de derechos

Yo, Andrea Isamar Usiña Chapi, declaro y acepto en forma expresa lo siguiente:

Ser autora del Trabajo de Titulación denominado: Análisis jurídico de la hipoteca abierta y cerrada como título de ejecución: ¿Podría volver inaplicable el inciso tercero del Art. 351 del COGEP?, de la maestría en Derecho Procesal, específicamente de los contenidos comprendidos en: Capítulo I Marco Teórico, Jurídico y Doctrinario, Capítulo II Diseño Metodológico, Materiales y Métodos, Capítulo III Análisis e Interpretación de Resultados, Capítulo IV Discusión; siendo el Mgtr. Cristian Javier Ortiz Calva, director del presente trabajo; también declaro que la presente investigación no vulnera derechos de terceros ni utiliza fraudulentamente obras preexistentes. Además, ratifico que las ideas, criterios, opiniones, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad. Eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones judiciales o administrativas, en relación a la propiedad intelectual de este trabajo.

Que la presente obra, producto de mis actividades académicas y de investigación, forma parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja, de conformidad con el artículo 20, literal j), de la Ley Orgánica de Educación Superior; y, artículo 91 del Estatuto Orgánico de la UTPL, que establece: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”, en tal virtud, cedo a favor de la Universidad Técnica Particular de Loja la titularidad de los derechos patrimoniales que me corresponden en calidad de autor/a, de forma incondicional, completa, exclusiva y por todo el tiempo de su vigencia.

La Universidad Técnica Particular de Loja queda facultada para ingresar el presente trabajo al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública, en cumplimiento del artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

.....

Autora: Andrea Isamar Usiña Chapi

C.I.: 0401864459

Correo electrónico: andreisa_94@hotmail.com

Dedicatoria

A mis padres y hermana, por ser testigos de cada uno de mis logros, por acompañarme en cada etapa de mi vida, por apoyarme con amor y dedicación, por ser el pilar de mi vida; este nuevo reto es un tributo que me permite honrar todas las enseñanzas y valores que me han inculcado a lo largo de mi vida. Gracias por siempre estar conmigo y disfrutar cada uno de mis propósitos y metas alcanzadas.

Agradecimiento

Agradezco a Dios por brindarme cada día fortaleza, sabiduría y compromiso para con mis obligaciones, por permitirme seguir adelante y no desmayar con las adversidades que me ha presentado la vida.

Mi especial gratitud a mis padres por brindarme su apoyo incondicional, por formar mi carácter y por cultivar en mí un valor tan invaluable como es la perseverancia.

Quiero extender un profundo agradecimiento a la Universidad Técnica Particular de Loja, y sus docentes por contribuir de manera significativa en mi formación académica y profesional.

Índice de Contenidos

Carátula	I
Aprobación del director del Trabajo de Titulación.....	II
Declaración de autoría y cesión de derechos	III
Dedicatoria	V
Agradecimiento	VI
Resumen	1
Abstract	2
Introducción	3
Capítulo uno	6
Marco Teórico, Jurídico y Doctrinario	6
1.1 Aspectos doctrinarios de la hipoteca	6
1.2 La Hipoteca Abierta	17
1.3 La Hipoteca Cerrada.....	18
1.4 Aspectos Doctrinarios de la Ejecución	20
1.5 Dictamen NO. G03-19-DOP-CC, debate sobre la Hipoteca.....	23
1.6 La Hipoteca como título de ejecución según las reformas del COGEP 2019 y 2023.....	27
1.7 La Hipoteca en el derecho comparado de España	33
1.8 La Ejecución Hipotecaria	38
Capitulo dos	48
Diseño metodológico, materiales y métodos	48
2.1 Objetivos.....	48
2.1.1 <i>Objetivo General</i>	48
2.1.2 <i>Objetivos Específicos</i>	48
2.2 Hipótesis.....	48
2.3 Metodología y Técnicas de Investigación	48

2.4	Recursos.....	50
2.4.1	<i>Humanos</i>.....	50
2.4.2	<i>Materiales y Presupuesto</i>	51
	Capítulo tres	52
	Análisis e interpretación de resultados.....	52
3.1	Información de la población encuestada.....	52
3.2	Análisis de Resultados.....	57
	Capítulo cuatro.....	61
	Discusión.....	61
4.1	La hipoteca como título de ejecución.....	61
4.2	La hipoteca como título de ejecución puede dejar sin efecto el inciso tercero del	
	Art. 351 del COGEP	62
	Conclusiones	65
	Recomendaciones.....	67
	Referencias	69
	Apéndice	72

Índice de tablas

Tabla 1	Años de experiencia en el libre ejercicio de la profesión	52
Tabla 2	¿Qué tipo de títulos de ejecución usted conoce?.....	52
Tabla 3	¿Conoce usted si la hipoteca abierta es un título de ejecución?	53
Tabla 4	¿Conoce usted el procedimiento para ejecutar un título de ejecución?	54
Tabla 5	¿La ejecución hipotecaria podría subsistir sin un juicio ejecutivo previo?	54
Tabla 6	¿La hipoteca abierta al no contener una obligación pura, líquida y	
	determinada deber ser considerada como título de ejecución?	55

Tabla 7 ¿En su experiencia profesional, ha interpuesto una acción de ejecución hipotecaria? Si su respuesta es positiva indique si su demanda fue aceptada a trámite y obtuvo sentencia favorable o en contra.	56
Tabla 8 ¿Cree usted que, si la hipoteca tiene su propio procedimiento de ejecución, debería de eliminarse el tercer inciso del Art. 351 del COGEP?	56

Índice de Figuras

Figura 1 Años de experiencia en el libre ejercicio de la profesión.....	52
Figura 2 ¿Qué tipo de títulos de ejecución usted conoce?	53
Figura 3 ¿Conoce usted si la hipoteca abierta es un título de ejecución?	53
Figura 4 ¿Conoce usted el procedimiento para ejecutar un título de ejecución?	54
Figura 5 ¿La ejecución hipotecaria podría subsistir sin un juicio ejecutivo previo? ..	55
Figura 6 ¿La hipoteca abierta al no contener una obligación pura, líquida y determinada deber ser considerada como título de ejecución?	55
Figura 7 ¿En su experiencia profesional, ha interpuesto una acción de ejecución hipotecaria? Si su respuesta es positiva indique si su demanda fue aceptada a trámite y obtuvo sentencia favorable o en contra.	56
Figura 8 ¿Cree usted que, si la hipoteca tiene su propio procedimiento de ejecución, debería de eliminarse el tercer inciso del Art. 351 del COGEP?	57

Resumen

Las reformas al Código Orgánico General de Procesos (COGEP), vigentes desde el 7 de febrero de 2023, buscan mejorar la administración de justicia y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos. Estas modificaciones responden a la evolución social, los avances tecnológicos y la necesidad de abordar vacíos legales. Una figura clave en estas reformas es la hipoteca, tanto abierta como cerrada, como título de ejecución. Históricamente, la hipoteca no tenía un procedimiento específico para su ejecución, lo que generaba incertidumbre. La reforma de 2019 incluyó la hipoteca en los títulos de ejecución, pero surgieron dudas sobre su aplicación. Por lo que en varias consultas realizadas a la Corte Nacional de Justicia determinó que solo la hipoteca cerrada podría considerarse como un título de ejecución, ya que debe contener una obligación líquida y pura. Sin embargo, en la práctica aún existen desafíos para ejecutar hipotecas, y en algunos casos, se debe seguir el procedimiento ejecutivo tradicional. Este trabajo analiza las complejidades de la hipoteca abierta y cerrada como título de ejecución; analizando que con las últimas reformas al COGEP esta figura jurídica debe ser ejecutada sin necesidad de un juicio ejecutivo previo; también se analizará que, si bien es cierto que la hipoteca tiene su procedimiento propio para su ejecución, ésta posible antinomia podría dejar sin efecto el inciso tercero del Art. 351 del Código Orgánico General de Procesos.

Palabras clave: Hipoteca, Ejecución, Ejecutivo

Abstract

The reforms to the General Organic Code of Processes (COGEP), in force since February 7, 2023, seek to improve the administration of justice and protect the fundamental rights of citizens. These modifications respond to social evolution, technological advances and the need to address legal gaps. A key figure in these reforms is the mortgage, both open and closed, as a title of execution. Historically, the mortgage did not have a specific procedure for its execution, which generated uncertainty. The 2019 reform included the mortgage in the execution titles, but doubts arose about its application. Therefore, in several consultations with the National Court of Justice, it was determined that only the closed mortgage could be considered as an execution title, since it must contain a liquid and pure obligation. However, in practice there are still challenges to foreclosing mortgages, and in some cases, the traditional foreclosure procedure must be followed. This work analyzes the complexities of the open and closed mortgage as an execution title; analyzing that with the latest reforms to COGEP this legal figure must be executed without the need for a prior executive trial; It will also be analyzed that, although it is true that the mortgage has its own procedure, it could render void the third paragraph of Art. 351 of the General Organic Code of Processes.

Keywords: Mortgage, Foreclosure, Executive

Introducción

La figura de la hipoteca deriva de un derecho real de prenda, por lo que nuestra legislación ecuatoriana ha previsto dos modalidades para su constitución, las cuales son la hipoteca abierta y la cerrada, entendiendo que la primera garantiza obligaciones presentes o futuras y la segunda garantiza una obligación específica, por lo que es factible analizar las interrogantes que han presentado sobre la inclusión de esta figura jurídica.

En las reformas planteadas al Código Orgánico General de Procesos del 2019, se incluyó la hipoteca dentro de los títulos de ejecución, sin establecer distinción en su forma de constitución, por lo que dejaba varios cuestionamientos sin respuesta a la hora de su ejecución, pues no se establecía como tal si era la hipoteca abierta o cerrada la que debía seguir la vía de ejecución prevista en el Art. 362, 363 y siguientes de la norma legal en cuestión.

En el ámbito jurídico, antes de las reformas de 2019, para que el acreedor hipotecario pudiera ejecutar una hipoteca debía seguir un procedimiento ejecutivo hasta que se dicte sentencia, para luego ejecutarla y solicitar el embargo y remate de los inmuebles que respaldaban la hipoteca. Sin embargo, con la inclusión de la hipoteca de los títulos de ejecución, la ejecución de esta figura jurídica se vuelve autónoma y más expedita, pues se le asigna un procedimiento específico.

Posteriormente con las últimas reformas al Código Orgánico General de Procesos en el año 2023 se incluyó la hipoteca abierta y cerrada como parte de los títulos de ejecución, por lo cual con el análisis jurídico de este tema de estudio se pretende dilucidar la problemática que acarrea ejecutar una hipoteca abierta de forma autónoma y si con este se debería dejar sin efecto lo dispuesto en el inciso tercero del Art. 351 del COGEP, que contempla que dentro de los procesos ejecutivos el acreedor podrá solicitar las providencias preventivas que se creyere asistido.

El presente trabajo consta de cuatro capítulos que se desarrollarán de la siguiente manera: El primer capítulo de este trabajo contendrá el marco teórico, jurídico y doctrinario, en el cual se estudiara los aspectos doctrinarios de la hipoteca en sus dos modalidades

abierta y cerrada, lo cual se lo hará mediante una bibliografía actualizada que permita establecer de forma clara y sencilla las diferenciaciones entre estas dos formas de hipoteca; se abordara también lo que respecta a la hipoteca como título de ejecución según las reformas al COGEP del 2019 y 2023 concluyendo el presente capítulo con un análisis comparativo de la legislación española en temas de ejecución hipotecaria.

En el segundo capítulo de este trabajo se desarrollará el diseño metodológico, los métodos y materiales a utilizarse en esta investigación, debiendo de indicar que para ello se ha planteado un objetivo principal y tres específicos que abordan el tema en cuestión, una hipótesis que permite plantear una posible explicación al tema de estudio, así también es de indicar que la presente investigara bajo una metodología analítica, mediante una técnica de investigación científica, consecuentemente para la recopilación de información sobre la problemática planteada se realizara encuestas a abogados en libre ejercicio de la profesión quienes brindaran información de la problemática de estudio ya aplicado al diario vivir del profesional del derecho.

El tercer capítulo abordará el análisis de los resultados obtenidos a través de la recopilación de la información obtenida mediante los instrumentos de investigación (encuestas) para luego de ello realizar una interpretación de la información recopilada lo que permitirá ya ir formando un criterio más acercado a la hipótesis planteada en el capítulo anterior y por ende permita dar una posible solución al tema de estudio.

En el cuarto capítulo se realizará una breve discusión de toda la información recopilada a través de la investigación doctrinada y jurídica, si como también de los resultados obtenidos de las encuestas permitiendo dilucidar las interrogantes de si la hipoteca es o no meramente un título de ejecución y si ésta no necesita de un juicio ejecutivo previo para su ejecución.

El desarrollo de este trabajo presenta una especial relevancia, por cuanto permite abordar la problemática de la ejecución hipotecaria abierta y cerrada como procedimiento autónomo y si con ello no habría la necesidad de que se siga manteniendo dentro de los

procedimientos ejecutivos un apartado que permita solicitar providencias preventivas en casos de deudas hipotecarias.

Capítulo uno

Marco Teórico, Jurídico y Doctrinario

1.1 Aspectos doctrinarios de la hipoteca

Para ahondar en el ámbito de la doctrina hipotecaria, vale mencionar que Revista de Definiciones y Etimologías, el investigador Valentín Anders (2021), refiere que la palabra hipoteca viene de dos vocablos griegos, así:

ὑποθήκη (hypothēke), compuesta con el prefijo ὑπό (hipo - debajo de) y θήκη (theke - caja, bolsa, depósito, colección de cosas depositadas). Pero esta palabra viene del verbo τίθημι (colocar, establecer) y el elemento -theke muchas veces significó meramente algo colocado o depositado. Así en griego clásico hypothēke significó en principio fundamento o cimiento, algo "colocado debajo". Después pasó a significar derecho real de garantía, sobre un bien inmueble (p. 1)

En este sentido podríamos decir que de los vocablos provenientes la palabra hipoteca supone una acción y un efecto, ya que al decir que supone colocar algo debajo nos da a entender que por sobre esta figura jurídica existe una obligación contraída por el deudor y que le da derechos de cobro al poseedor de la hipoteca.

Cabe mencionar que la garantía hipotecaria en la Antigua Roma para garantizar el cobro de una deuda se lo podía realizar de dos formas; en la Revista Laboral Kutxa (2019) las detalla de la siguiente forma:

La fiducia. El deudor traspasaba la propiedad de un bien a fin de asegurar el pago de esa deuda.

El *pignus* o prenda. Definía el acuerdo entre quien contraía la deuda y su prestamista, por el cual se constituía un derecho real de garantía a favor de la persona acreedora sobre la cosa pignorada (empeñada), con el que se garantizaba el cumplimiento de la obligación contraída (p. 1)

Se ha traído a colación estas dos formas de cobro de una deuda porque como en la Antigua Roma aún era muy nuevo el término y los alcances de la hipoteca pues debían de establecerse otras formas de garantía para el cobro de una deuda, así pues, como podemos

ver en la fiducia ya se transfería de dominio de un bien al prestamista para con ello asegurar el pago de la obligación, que cuando haya sido cancelada la deuda se le sería restituida la propiedad, mientras que con la prenda que es la que más se asemeja a la hipoteca no se transfiere el dominio pero si se da derechos al acreedor para que en caso de incumplimiento de pago el acreedor pueda disponer del inmueble y con eso satisfacer el pago de la obligación contraída.

Para la autora María del Refugio González (1981), en su obra *Génesis y Evolución de la Prenda e Hipoteca en el Derecho Romano*, hace referencia a las formas de lo que se conocía como pignus:

Al derecho pretorio se atribuye la posibilidad de que se pactara la prenda sin que el acreedor adquiriera ni la posesión ni el dominio de la cosa, ya que el deudor retenía la cosa en calidad de arrendatario o precarista. Esto podía hacerse por simple conventio y los derechos del acreedor se limitaban a los concedidos por el pacto de vendendo; esta prenda sin posesión, convencional, abría una amplia gama de posibilidades para el comercio jurídico y fue llamada posteriormente hypotheca (p. 150)

En esta forma de prenda, el deudor conservaba el uso del bien inmueble, ya sea como arrendatario o precarista, mientras que los derechos del acreedor se circunscribían a lo estipulado en un pacto, este convenio se lo reconoció más adelante como hypotheca, representando una innovación clave que permitiría abrir nuevas posibilidades en el comercio jurídico, permitiendo a los deudores acceder a créditos sin despojarse físicamente de sus bienes.

El Profesor Luis Mariano Robles Velasco (2001), en su *Revista Critica de Derecho*, hace referencia a una diferenciación presente en la antigua Roma entre la figura del Pignus y la Hipoteca, mencionando lo siguiente:

La evolución histórica de esta figura alude a la sustitución del pignus por hypotheca, ya que el término hypotheca comienza a prevalecer sobre el de pignus en la época de

los Severos, llegándose a interpolar en la mayoría de los textos clásicos anteriores a Diocleciano aplicando al nombre de pignus conventum el termino de hypotheca (p. 3)

Es necesario resaltar que originalmente en Roma, se utilizaba el término "pignus" para referirse a un tipo de garantía real, sin embargo y con el avance de la sociedad, comenzó a prevalecer el término "hypotheca" para referirse un derecho real de garantía. Este cambio podría decirse que no fue simplemente una cuestión de terminología, sino que reflejaba una transformación en la práctica legal y en la percepción de los derechos de garantía, ya que con ello se dio a la hipoteca un valor de preferencia.

Manuel Somarriva en su libro Tratado de las Caucciones define a la hipoteca como: "el derecho real que recae sobre un inmueble que, permaneciendo en poder del constituyente, da derecho al acreedor para perseguirlo de manos de quien se encuentre y de pagarse preferentemente del producto de la subasta" (Somarriva, 2012, p. 309)

Esta figura permite que el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación principal, ejerza su derecho a perseguir el bien, independientemente de quién lo tenga en su posesión en ese momento.

Se ha hablado que la hipoteca es un derecho real, pero en sí que entendemos por el tantas veces mencionado "derecho real":

El autor Claudio Marcelo Kiper (2016), en su Obra Manual de Derechos Reales, define al derecho de garantía como:

Es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad, obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al ius perseguendi y al ius preferendi. (p. 15)

Hay que entender que los derechos reales son aquellos que vinculan directamente a una persona con un bien, estableciendo de esta forma una relación jurídica que no solo otorga

al titular del derecho un control inmediato sobre un inmueble, sino que también la otorga la capacidad de exigir el respeto de ese derecho frente a terceros.

Así mismo, se ha hablado que la hipoteca, es utilizada de forma recurrente en virtud que brinda garantía a un crédito, pero ¿qué es la garantía?, para ello el autor Luis Diez Picazo y Antonio Gullón, describen la garantía como: “medida de refuerzo que se añade a un derecho de crédito para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o nueva facultades” (Diez, P. Gullon, 2012, p. 494)

Se entiende que la garantía es considerada como una medida que se agrega a un derecho de crédito con el objetivo de reforzar su cumplimiento y asegurar que el acreedor reciba devuelta lo que ha prestado.

En este sentido la garantía da al derecho de crédito, la facultad para que el acreedor pueda exigir del deudor una prestación o el cumplimiento de una obligación. Sin embargo, dado que esta obligación depende en gran medida de la solvencia y buena fe del deudor, se suelen añadir medidas de refuerzo para aumentar la probabilidad de que el acreedor obtenga la satisfacción de su crédito.

Para Raúl Diez Duarte (2016), en su libro *La Hipoteca en el Código Civil Chileno*, manifiesta:

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 (p. 10)

Una parte esencial de la hipoteca es que, aunque el inmueble sigue en posesión del deudor, el acreedor tiene la facultad de perseguir el bien en manos de terceros en caso de incumplimiento, esta potestad de persecución refuerza la garantía, permitiendo que el acreedor, en caso de ejecución, se pague preferentemente con el producto obtenido de la venta del inmueble hipotecado.

De esta manera, la hipoteca no solo asegura el cumplimiento de la obligación dineraria adquirida, sino que también establece un orden de prelación entre los acreedores, protegiendo los intereses del acreedor hipotecario ante posibles situaciones de insolvencia del deudor.

En este mismo sentido el autor Beaumont menciona que “el derecho de hipoteca, surge, normalmente, como consecuencia de un acuerdo contractual entre el acreedor de una obligación principal y el deudor de la misma o un tercero que asume responder por el deudor” (Beaumont, 2011, p. 296)

La hipoteca es un acuerdo legal entre una persona natural o jurídica a la cual podríamos llamar prestamista y una persona a la cual se llamará de deudor; en virtud de ello el prestamista otorga un préstamo, a cambio de una propiedad como garantía.

De lo anotado podríamos destacar algunas de las características de la hipoteca entre las que podemos describir:

Accesoriedad

La función de la hipoteca es garantizar un derecho creditorio. Entonces, se dice que el crédito es el principal y su accesorio es la hipoteca, que le procura seguridad. La suerte del derecho real está ligada a la obligación a la que accede. En consecuencia, si ésta nace, se transmite o se extingue, la hipoteca sigue el mismo cambio (Imas, 2016, p. 155); de la misma forma hay que considerar que “la accesoriedad de la hipoteca está referida a su dependencia respecto de un derecho personal que es el derecho de crédito” (Papaño, 2004, p. 94)

De lo anotado queda más que claro que la característica de accesoriedad de la hipoteca es garantizar al acreedor la protección de sus intereses ya que constituye una garantía real sobre un crédito que viene siendo el elemento principal de la garantía hipotecaria, y que su elemento accesorio que es la hipoteca seguirá el mismo fin, pudiendo el acreedor pese que esta garantía es accesoria disponer del bien garantizado a través de la hipoteca para satisfacer la obligación de pago.

En sí, la hipoteca actúa como un derecho secundario que depende directamente de la existencia del crédito principal; esta dependencia resalta la naturaleza complementaria de la hipoteca, la cual no tiene otra finalidad que asegurar el cumplimiento de la obligación crediticia a la que accede, ofreciendo una mayor seguridad al acreedor. La accesoriedad de la hipoteca subraya, además, su papel dentro del marco más amplio del derecho de crédito, estableciendo un vínculo indisoluble entre el derecho personal y el derecho real que protege el interés del acreedor

Convencional

El Colegio de Abogados de la Universidad de Costa Rica, en su obra Hipoteca Legal e Hipoteca convencional, manifiesta:

Dependen del acuerdo de las partes y de la forma que se le dé por medio de la escritura de constitución. A ese acto pueden comparecer acreedor y deudor, o ser otorgada unilateralmente por el dueño de los bienes que se gravan (p. 3)

Al hablar de hipoteca convencional podemos decir que es una figura jurídica que ejemplifica la importancia del consenso entre las partes involucradas en un acuerdo financiero. Su existencia y validez dependen del entendimiento y acuerdo alcanzado por el acreedor y el deudor, el cual se formaliza mediante una escritura de constitución. Este documento no solo sirve como testimonio de la voluntad compartida de establecer la hipoteca, sino que también garantiza la seguridad jurídica de la transacción.

En el acto de constitución, tanto el acreedor como el deudor tienen la posibilidad de comparecer, asegurando que ambas partes comprenden y aceptan las condiciones pactadas. Sin embargo, la ley también permite que la hipoteca sea otorgada unilateralmente por el dueño de los bienes que se gravan, lo que otorga una flexibilidad adicional a esta figura. Esta posibilidad de constitución unilateral facilita ciertos procesos, especialmente en casos donde la celeridad y la simplicidad son necesarias

Para Rospigliosi, la hipoteca es convencional cuando es pactada libremente por las partes para garantizar el cumplimiento de una obligación. Exige un acuerdo de las voluntades

que tienen como fin inmediato constituir el derecho real de hipoteca. Por ello se sostiene que la causa fuente de la hipoteca es siempre el contrato (Rospigliosi, 2019, p. 160)

Al respecto, de la convencionalidad de la Hipoteca, el autor R. Cardenas (1996), menciona:

La hipoteca puede ser convencional, si el origen de su constitución es el acuerdo de la voluntad de las partes, se manifiesta la voluntad de constituir, modificar o extinción; por otro lado, la hipoteca legal, se constituye por Ministerio de la Ley (p. 1630)

Vale mencionar que la convencionalidad de la hipoteca se perfecciona por el pacto entre las partes ya que de forma voluntaria el acreedor acepta la hipoteca constituida a su favor, como el deudor en ceder derechos sobre su propiedad, es por esta voluntad de las partes que la hipoteca da origen a su naturaleza jurídica de garantizar una obligación.

Indivisible

Para el autor Schreiber (2006), en su obra Exégesis del Código Civil peruano de 1984, sobre la indivisibilidad manifiesta:

La indivisibilidad es una de las modalidades más típicas del derecho real de hipoteca establecida en favor del acreedor quien, mediante la indivisibilidad, tiene garantizado su crédito en todos y cada uno de los inmuebles afectados y con cada parte de ellos, todo lo cual responde al pago íntegro de dicho crédito y cada fracción del mismo (p. 649)

La indivisibilidad en el derecho real de hipoteca significa que el acreedor tiene garantizado su crédito sobre la totalidad de los bienes hipotecados y sobre cada una de sus partes. Esto asegura que el acreedor puede reclamar el pago completo de la deuda no solo sobre un bien específico, sino sobre todos los bienes involucrados en la hipoteca, sin importar si estos son vendidos o divididos. Esta modalidad protege los intereses del acreedor, asegurando que el crédito se pague en su totalidad, ya que cada parte del bien hipotecado sigue respondiendo por la totalidad de la deuda hasta que ésta sea completamente saldada

Mariani de Vidal (2004), en su obra Derechos Reales, ha expuesto algunas de las consecuencias de la característica de indivisibilidad de la hipoteca:

- 1) la extinción de una parte de la deuda no da lugar a una extinción parcial de la garantía hipotecaria,
- 2) si el deudor muere y deja dos herederos el adjudicatario del inmueble no podrá pretender abonando su parte que se cancele la hipoteca.
- 3) El coacreedor o coheredero del acreedor a quienes se les hubieran pagado sus partes pertinentes; no podrán cancelar parcialmente la hipoteca (p. 164)

La indivisibilidad en el derecho real de hipoteca tiene importantes implicaciones que refuerzan la protección del acreedor. En primer lugar, la extinción parcial de la deuda no lleva a una cancelación parcial de la hipoteca. Esto significa que incluso si el deudor paga una parte de la deuda, la hipoteca sigue aplicándose sobre el bien en su totalidad hasta que se pague por completo.

Además, en el caso de que el deudor fallezca y deje herederos, el adjudicatario del inmueble no puede cancelar la hipoteca pagando solo su parte proporcional. La garantía hipotecaria se mantiene sobre el bien íntegro, sin importar el número de herederos involucrados.

Así mismo, si el crédito pertenece a varios acreedores o coherederos, el pago a uno de ellos no permite la cancelación parcial de la hipoteca. La garantía sigue siendo indivisible y abarca el bien completo hasta que la totalidad de la deuda se haya pagado a todos los acreedores.

Sobre los alcances de la Hipoteca en el Libro Estudios sobre el Código Civil (1893), Lección Octava menciona:

La hipoteca garantiza el cumplimiento de la obligación, porque da al acreedor derecho de preferencia en el pago respecto de los demás acreedores personales, sobre el valor de la cosa hipotecada, cuyo derecho realiza mediante la venta forzada de ella. De manera, que el objeto de la hipoteca y su efecto esencial es la venta de la cosa y la preferencia en el pago, que sobre el valor de ella obtiene el acreedor en concurrencia con otros acreedores (p. 7)

De lo anotado, hay que señalar la hipoteca es una herramienta fundamental para garantizar el cumplimiento de una obligación, ya que otorga al acreedor un derecho de preferencia en el pago sobre el valor del bien hipotecado en comparación con otros acreedores personales.

Esto se logra mediante la venta forzada del bien, permitiendo al acreedor recuperar el monto adeudado de manera prioritaria, en efecto, el objetivo principal de la hipoteca es asegurar que, en caso de incumplimiento de la obligación, el acreedor tenga la capacidad de vender el bien hipotecado y recibir el pago correspondiente antes que otros acreedores.

Vale mencionar en esta parte de la investigación que el Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2023), hace notar un derecho de preferencia sobre los acreedores hipotecarios, detallando un artículo que textualmente dice:

Embargo preferente de una o un acreedor hipotecario. No obstante, lo dispuesto para el embargo de inmuebles, si un bien raíz es embargado por una o un acreedor no hipotecario, y luego ocurre que una o un acreedor hipotecario obtiene, en otro proceso, la orden de embargo de tal inmueble, se cancelará el primer embargo y se efectuará el segundo. La o el acreedor no hipotecario conservará el derecho de presentarse como tercerista en la ejecución seguida por la o el acreedor hipotecario

Lo mismo ocurrirá si el primer embargo se ha obtenido por una o un acreedor hipotecario y el segundo se pide por otro con hipoteca anterior (Art, 385)

En este sentido podemos decir que el embargo preferente de un acreedor hipotecario es una disposición legal que prioriza los derechos de aquellos que tienen una hipoteca sobre un bien inmueble frente a otros acreedores; este derecho de prioridad refleja la naturaleza privilegiada de las hipotecas, que generalmente están respaldados por la inscripción registral de la hipoteca.

Además, en el caso de que haya múltiples acreedores hipotecarios, el embargo preferente se aplicará de manera que el derecho de prioridad lo tendrá el acreedor cuya hipoteca esté inscrita con anterioridad en el registro de la propiedad; esto asegura que los

derechos de los acreedores hipotecarios sean respetados en el orden en que fueron adquiridos, garantizando así un sistema justo y ordenado en la ejecución de las hipotecas

Este mecanismo de preferencia en el pago fortalece la posición del acreedor, brindándole una seguridad adicional de que podrá recuperar su crédito de manera efectiva.

El Código Civil (CC, 2005), sobre el derecho de preferencia manifiesta: “las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha del registro, salvo cuando se ceda su rango” (Art. 1112)

Este apartado de la norma resalta la importancia de la inscripción registral, ya que esto otorga seguridad y transparencia en el proceso de constitución de una garantía hipotecaria; es por tal que el sistema de registro tiene como objetivo proteger los derechos de los acreedores, asegurando que cualquier persona que adquiera un derecho sobre un inmueble pueda conocer la existencia de hipotecas constituidas de forma previa.

Esto también garantiza que, en caso de ejecución o concurso, los acreedores serán pagados en el orden de prioridad que corresponde según la inscripción de sus hipotecas.

Avanzando en el tema de investigación hemos podido observar que al hablar de hipoteca recurrimos frecuentemente a una obligación y ¿que entendemos por ello?; por eso describimos la obligación así:

En la Revista Judicial de Costa Rica Nro. 109, se define a la obligación como:

La obligación es el vínculo jurídico que nos apremia o constriñe a pagar a otro alguna cosa. Con mayor rigor científico, podemos decir que es el vínculo jurídico establecido entre dos personas por el cual una de ellas puede exigir de la otra la entrega de una cosa o el cumplimiento de un servicio o de una abstención (p. 11).

Se podría entender, por tanto, que la obligación se presenta como un lazo jurídico fundamental que nos conlleva a satisfacer las demandas de otro, ya sea mediante el pago de una suma de dinero, la entrega de un bien, la prestación de un servicio, o incluso la abstención de una acción específica; por lo que desde una perspectiva más rigurosa, la obligación se define como un vínculo jurídico establecido entre dos personas, donde una de ellas tiene el

derecho de exigir a la otra la entrega de una cosa, el cumplimiento de un servicio o la abstención de realizar ciertos actos.

Las obligaciones aseguran que los acuerdos y promesas tengan un respaldo legal, protegiendo así los intereses de las partes involucradas; este vínculo jurídico es, por tanto, una herramienta indispensable para mantener la estabilidad y la justicia en las interacciones sociales y económicas

Por su parte el Jurista Fernando Hiestrosa (2007), en su Obra Tratado de las Obligaciones, concepto, estructura y vicisitudes, al respecto de las obligaciones manifiesta:

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)

Hay que entender que una obligación no es otra cosa que el nexo entre personas o persona con un objeto en este caso una propiedad con la cual existe una responsabilidad exigible ante un compromiso adquirido, al existir las obligaciones la ley ha provisto de normas procesales que permitan que en caso de incumplimiento se pueda requerir mediante la vía judiciales a través de medios de ejecución.

La obligación no debe ser entendida como un simple acuerdo voluntario, sino como una figura legal que impone responsabilidades claras, ello por cuanto el acreedor tiene el derecho de exigir o disponer de algo, que debe ser útil para él y tener un valor económico, mientras que el deudor está obligado a cumplir con esa prestación.

Esta figura jurídica otorga al acreedor la posibilidad de recurrir a la ejecución forzosa, como un mecanismo que puede obligar al deudor a cumplir la prestación original, esta capacidad coercitiva del derecho subraya la seriedad de las obligaciones y la importancia de su cumplimiento, asegurando que los compromisos asumidos no sean meramente voluntarios, sino que estén respaldados por la fuerza de la ley.

1.2 La Hipoteca Abierta

Al respecto de la hipoteca abierta el autor Pablo A. Pirovano (2006) menciona:

La Hipoteca es una garantía real que accede a un contrato con diversas obligaciones, algunas determinadas y otras por determinarse. A través de ella se garantiza una o varias obligaciones, siendo el monto final del crédito a ejecutar una incógnita, ya que dependerá del importe adeudado por el deudor a la fecha de quedar constituido en mora si ello sucediese (p. 1)

Vale resaltar que la hipoteca abierta es una garantía real que se permite a un contrato y puede respaldar múltiples obligaciones, tanto específicas como futuras, su función principal es asegurar el cumplimiento de estas obligaciones, pero el monto exacto del crédito que podría ejecutarse es incierto; este monto dependerá de cuánto deba el deudor en el momento en que incurra en mora, si es que esto ocurre

En una de las ponencias expuestas por los autores Mata Rosa Piazza, Leandro Posteraro Sanchez y Elba Maria de los Angeles Frontini (2005), en su revista Notarial Nro. 951, han descrito a la hipoteca abierta como:

Podemos llamar “abierta” a la hipoteca que se constituye anticipadamente para garantizar operaciones futuras, sin que exista la causa fuente de la cual emana el crédito futuro que se garantiza o que, existiendo, no se lo determine debidamente.

Consideramos que las hipotecas abiertas propiamente dichas, es decir las que garantizan créditos absolutamente indeterminados, no pueden constituirse válidamente, nuestro derecho positivo actual. Las mismas violan el principio de accesoriedad, a pesar de que se determine una suma máxima para dar cumplimiento a la especialidad (p. 494)

En este sentido podemos decir que la hipoteca abierta garantiza créditos absolutamente indeterminados, es decir, aquellos en los que no se especifica ni el crédito ni la causa de éste; esta modalidad de hipoteca no establece un monto máximo, esta indeterminación del monto del crédito produciría en sí una ejecución quizá insegura o abusiva, ya que no se establece porque monto se estaría ejecutando ni por qué monto se realizaría la venta forzosa del inmueble hipotecado.

Entendiendo que la hipoteca abierta garantiza todas las obligaciones que contraiga el deudor con el acreedor desde lo presente hasta lo de futuro desde el momento de su suscripción; de la misma forma para el jurista Mauricio Boretto (2004), “la hipoteca es abierta en tanto y cuanto se constituya anticipadamente para cubrir operaciones futuras, sin que exista la causa fuente de la cual emana el crédito futuro que se garantiza y por un plazo determinado” (p. 14)

La hipoteca abierta se destaca como una herramienta flexible y dinámica en el ámbito de créditos financieros, diseñada para garantizar todas las obligaciones que un deudor contraiga con un acreedor, tanto presentes como futuras, desde el momento de su suscripción, esta modalidad de hipoteca ofrece una solución eficiente para situaciones donde las necesidades de crédito pueden evolucionar con el tiempo, proporcionando una cobertura continua y adaptativa.

Por lo tanto, la hipoteca proporciona una protección flexible y amplia al acreedor, cubriendo no solo las deudas actuales, sino también cualquier deuda futura que el deudor pueda tener en relación con el contrato, esta flexibilidad brinda beneficios al acreedor, pero en cierta parte podríamos decir que para el deudor esta flexibilidad e indeterminación del monto de cobertura genera cierta incertidumbre a la hora de la ejecución forzosa.

1.3 La Hipoteca Cerrada

La hipoteca cerrada es “aquella que se constituye para garantizar única y exclusivamente una obligación determinada, es decir un solo crédito con unas condiciones de pago específicas e inmodificables, ejemplo valor y plazo” (Vasquez, 2014, p. 17) por lo que cuando hablamos de hipoteca cerrada esta siempre será para un crédito determinado y que

con la sola culminación de la obligación ya no tendría razón de ser porque habría terminado su plazo de vigencia.

Hay que entender que la principal característica de la hipoteca cerrada es su naturaleza estrictamente vinculada a una obligación particular, esto implica que una vez que la obligación ha sido cumplida y el crédito ha sido saldado, la hipoteca pierde su razón de ser, ya que su plazo de vigencia se extingue automáticamente con la culminación del compromiso garantizado.

Esta especificidad ofrece una claridad y seguridad notable tanto para el acreedor como para el deudor, el acreedor tiene la certeza de que la garantía está estrictamente ligada a un solo crédito, lo que facilita la gestión y ejecución de la hipoteca en caso de incumplimiento, por su parte, el deudor sabe exactamente las condiciones bajo las cuales su propiedad está gravada y puede planificar su cumplimiento de manera precisa.

El Art. 2333 del Código Civil ecuatoriano relativo a la hipoteca cerrada, 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 (Nacional, 2005, p. 110)

En este sentido la hipoteca cerrada regula una cantidad específica y nunca más del doble del valor de la obligación principal, protege al deudor de cargas excesivas. Este marco legal asegura que, incluso si se acuerdan condiciones diferentes, la hipoteca se mantenga dentro de límites razonables. Además, el derecho del deudor a solicitar una reducción de la hipoteca y la necesidad de una nueva inscripción garantizan transparencia y equidad en el manejo de las obligaciones hipotecarias

La elección entre constituir una hipoteca abierta o cerrada ha sido, históricamente, una decisión estratégica crucial para los acreedores hipotecarios. Esta elección adquiría una relevancia particular debido a la incertidumbre jurídica existente antes de las reformas al

Código Orgánico General de Procesos del 2023. En ese entonces, no se tenía una claridad definitiva sobre cuál de estas dos modalidades era más adecuada y susceptible de ejecución efectiva.

Es necesario destacar que una hipoteca abierta ofrece flexibilidad al cubrir tanto obligaciones presentes como futuras, permitiendo al deudor acceder a crédito adicional sin necesidad de constituir nuevas hipotecas. Sin embargo, esta modalidad también presentaba retos en términos de ejecución y claridad jurídica, lo que generaba dudas entre los acreedores sobre su conveniencia y seguridad.

Por otro lado, la hipoteca cerrada, al ser más específica y limitada a obligaciones concretas, brindaba una mayor certeza sobre los términos y condiciones de la garantía. No obstante, su naturaleza restrictiva podía ser menos favorable para deudores con necesidades de financiación recurrentes o crecientes.

Las reformas del 2023 al Código Orgánico General de Procesos buscaron precisamente abordar esta ambigüedad y proporcionar un marco jurídico más claro y definido para la ejecución de hipotecas, sean abiertas o cerradas. Estas reformas han contribuido a mejorar la previsibilidad y seguridad jurídica, facilitando la toma de decisiones informadas y estratégicas por parte de los acreedores hipotecarios, y fomentando un ambiente financiero más estable y confiable.

1.4 Aspectos Doctrinarios de la Ejecución

El autor Rodolfo Bucio Estrada, define a la ejecución como: “El vocablo ejecución proviene de EX, E: fuera de; sequor, sequi; seguir, lo que sigue, y a su vez de exsequor, exsequi, lo que va después. Ejecución de sentencia será, entonces, lo que va después de la sentencia” (Estrada, p. 54); así mismo el autor destaca que el “proceso de ejecución es la sucesión de actos interdependientes y coordinados para la obtención de un fin común, que es la satisfacción de la obligación consignada en un acto jurídico en favor del ejecutante” (Estrada, p. 54)

Así, la ejecución se refiere a las acciones que ocurren después de que se ha dictado una sentencia, mientras que el proceso de ejecución implica una serie de actos

interdependientes y coordinados con el objetivo común de cumplir la obligación establecida en un acto jurídico a favor del ejecutante. En otras palabras, una vez que se dicta una sentencia, el proceso de ejecución se pone en marcha para asegurar que la decisión judicial se lleve a cabo y la parte beneficiada reciba lo que se le ha concedido.

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2023), sobre la ejecución dice: “Es el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución”. (Art. 362)

La misma norma procesal ha previsto cuáles serán los títulos de ejecución detallándolos en el Art. 363, en el siguiente orden:

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, abierta o cerrada.
11. Los demás que establezca la ley. (Art. 363)

Esta normativa procesal proporciona un marco jurídico claro y estructurado para la ejecución de diferentes tipos de obligaciones, asegurando que tanto acreedores como deudores tengan un entendimiento preciso de las herramientas y procesos disponibles para hacer cumplir las resoluciones y acuerdos legales, este enfoque integral refuerza la seguridad

jurídica y la eficacia del sistema judicial en la protección de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones.

Así mismo, los títulos de ejecución permiten al acreedor solicitar ante el juzgador el cumplimiento de las obligaciones, pudiendo ser estas de dar, hacer o no hacer, por lo que una vez el acreedor ha decidido emprender el proceso de ejecución deberá de cumplir con el proceso establecido por la ley, pudiendo ser la ejecución de una sentencia el acreedor deberá comenzar solicitando una liquidación, misma que será realizada por un perito designado a sorteo por el juzgador, hecho lo cual se pondrá en conocimiento de las partes dicha liquidación para ser aprobada o impugnada, si es el caso que se aprobó la liquidación, el juzgador emitirá el correspondiente mandamiento de ejecución, donde ordenará que el demandado pague o cumpla la obligación en el término de cinco días.

Al hablar de ejecución hay que destacar que al ser este un proceso tendiente a dar cumplimiento una decisión o disposición judicial, es necesario referirnos a la ejecución forzosa; para ello se hará un breve análisis de su definición e implicaciones.

Para el autor Alberto Hinojosa Mínguez, (2017), en su libro Derecho Procesal Civil, Tomo XI, sobre los Procesos de Ejecución, manifiesta:

Los procesos de ejecución son aquellos que se caracterizan por tener un trámite simplificado, sumamente expeditivo y que no admite mayores dilaciones. En efecto, en dicha clase de procesos la tramitación es brevísima, el número de actos procesales que lo conforman es menor en relación al de otros procesos, los plazos son cortos y pocas las formalidades, las causales de oposición o contradicción del ejecutado son limitadas, existiendo también restricciones en cuanto a los medios de prueba que pueden ser ofrecidos; todo ello dirigido a la obtención de una mayor celeridad en la secuela progresiva de la ejecución con miras a la satisfacción inmediata de la pretensión del ejecutante, la misma que se basa en instrumentos respecto de los cuales existen visos de verosimilitud o certeza del derecho exigido. (p. 8)

Hay que resaltar que, los procesos de ejecución se distinguen por su carácter ágil y directo, diseñado para resolver con rapidez y eficacia las demandas del acreedor; a diferencia

de otros procedimientos judiciales, estos procesos están estructurados para minimizar las formalidades y simplificar el trámite; esta celeridad se logra mediante la reducción del número de actos procesales y la limitación de los plazos, lo que evita demoras innecesarias y garantiza una resolución pronta.

Además, las oportunidades del demandado o ejecutado para oponerse al proceso son escasas, tanto en términos de las causales permitidas como en cuanto a los medios de prueba disponibles, dichas limitaciones podrían decirse que responde a la necesidad de asegurar la eficacia del proceso.

1.5 Dictamen NO. G03-19-DOP-CC, debate sobre la Hipoteca

El Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos (2018), ha generado debate entre el poder Legislativo y el Ejecutivo, ello en virtud de la objeción parcial presentada por el presidente de la República a las reformas presentadas por la Asamblea Nacional que datan, por lo que la Corte Constitucional, el 12 de febrero del 2019, apertura el estudio de dichas objeciones bajo el número de caso 0002-19-OP.

Una vez aperturado el caso la Corte Constitucional convocó a audiencia en la cual concurren en calidad de legitimado activo el representante del ejecutivo y en calidad de legitimado pasivo el representante de la Asamblea Nacional, en representación de terceros interesados en el caso compareció el representante del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, mediante un *amicus curiae*, el cual destaca que la objeción por inconstitucionalidad presentada por el ejecutivo presenta deficiencias pero que no es motivo suficiente para alegar inconstitucionalidad a las reformas planteadas al COGEP.

La objeción parcial realizada por el presidente de la República al proyecto de ley reformatoria al Código Orgánico General de Procesos, se fundamentó en el inciso tercero del Art. 137 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE, 2008), que textualmente dice:

Aprobado el proyecto de ley, la Asamblea lo enviará a la presidenta o Presidente de la República para que lo sancione u objete de forma fundamentada. Sancionado el proyecto de ley o de no haber objeciones dentro del plazo de treinta días posteriores

a su recepción por parte de la Presidenta o Presidente de la República, se promulgará la ley, y se publicará en el Registro Oficial. (Art. 137)

El Presidente de la República objeta en virtud de que existieron vicios en el procedimiento en la aprobación de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos (COGEP), dicho proyecto de ley busca modificar 70 artículos, 4 disposiciones transitorias, 4 disposiciones reformativas, 1 disposición derogatoria y 1 disposición final; cuantificándose como tal 80 objeciones a la propuesta de Ley.

Entre los artículos objetados por el ejecutivo, se encuentra la objeción planteada al Art. 68 del del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos que reforma al artículo 363 del COGEP en cuanto la reconfiguración de nuevos títulos de ejecución, que específicamente se refiere a la inclusión de la hipoteca en los títulos de ejecución, a lo cual el Dictamen No. G03-19-DOP-CC, establece tres posturas por parte del Ejecutivo, Legislativo y el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, así:

El Ejecutivo establece que la hipoteca es un tipo de fianza, es decir accesoria a la obligación principal, por lo que puede establecerse de una obligación pura y simple y contener condición y plazo, lo que la diferencia de un título ejecutivo, esto es una obligación clara, pura, determinada y actualmente exigible; lo cual genera antinomia que vulnera la seguridad jurídica, ya que primero se debería establecer la exigibilidad de la obligación principal y de la hipoteca en sentencia, siendo que esta ya es un título de ejecución, lo que transgrede el orden constitucional, el debido proceso y la seguridad jurídica, contemplados en los artículos 76 y 82 de la Constitución (párr. 271)

Según la apreciación del ejecutivo, la inclusión de la hipoteca dentro de los títulos de ejecución, llegaría a producir una contradicción normativa ya que podría vulnerar principios fundamentales como el debido proceso y la seguridad jurídica; esto por cuanto la exigibilidad inmediata de la hipoteca, sin una verificación judicial previa de la obligación principal, podría llevar a la ejecución de bienes sin la certeza de que la deuda subyacente es exigible, desobedeciendo así el orden constitucional.

La antinomia a decir del ejecutivo surgiría porque, si bien la hipoteca se presenta como un derecho accesorio a la obligación principal, se le estaría otorgando simultáneamente la condición de título de ejecución, lo que implicaría que ya es exigible sin necesidad de establecer previamente un juicio ejecutivo; lo cual la Corte Constitucional destaca que al incluir a la hipoteca como título de ejecución se afecta la certeza y estabilidad que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a las partes involucradas, ya que se ejecuta un derecho sin haber resuelto completamente la cuestión de fondo.

De la misma forma el Dictamen No. G03-19-DOP-CC, describe la postura del Legislativo así:

El Legislativo establece que la reforma agrega como títulos de ejecución no solamente a la hipoteca, sino también al auto que aprueba una conciliación parcial en caso de incumplimiento de los acuerdos aprobados, al auto que contiene la orden de pago en el procedimiento monitorio ante la falta de oposición del demandado, y a las actas transaccionales, distinguiendo por primera vez los títulos ejecutivos, que permiten su cobro por medio de un procedimiento ejecutivo, de los títulos de ejecución los cuales se ejecutan por la vía de apremio, mediante el procedimiento aplicable a las sentencias ejecutoriadas (párr. 272)

Para el legislativo la inclusión de nuevas figuras jurídicas a los títulos de ejecución refleja un esfuerzo por agilizar la ejecución de ciertos actos jurídicos que, aunque no sean sentencias en sentido estricto, contienen obligaciones claras y exigibles, como lo son, la hipoteca, el auto que aprueba una conciliación parcial en caso de incumplimiento de los acuerdos aprobados, el auto que contiene la orden de pago en el procedimiento monitorio, y las actas transaccionales.

Cabe mencionar que, los títulos de ejecución, conforme a esta reforma, son aquellos que se ejecutan a través de la vía de apremio por así decirlo, aplicando el mismo procedimiento que se utiliza para las sentencias ejecutoriadas; esta distinción destaca un cambio en cómo se manejan ciertos documentos con carácter de títulos de ejecución dentro

del sistema judicial, otorgándoles una fuerza ejecutiva inmediata similar a la de una sentencia firme.

En el Dictamen No. G03-19-DOP-CC, también se pronuncia el Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal y manifiesta lo siguiente:

El Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal expone que no existe óbice para que la hipoteca cerrada se constituya en un título ejecución, pues existe certeza respecto del título y del derecho incorporado sí habría un problema de constitucionalidad sobre la hipoteca abierta que carecía de certeza la determinación del derecho incorporado, por lo que esto debería modularse (párr. 273)

El Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, hace una distinción importante entre la hipoteca cerrada y la hipoteca abierta en el contexto de su consideración como títulos de ejecución, según su postura, no cabría ningún tipo de impedimento para que la hipoteca cerrada se constituya en un título de ejecución, ya que ofrece certeza respecto al título como la obligación que respalda, lo que facilita su ejecución judicial.

Mientras que, en la hipoteca abierta carece de la misma certeza, ya que no siempre queda claro cuáles son las obligaciones que se garantizan con la hipoteca, esta falta de certeza podría generar problemas de constitucionalidad, dado que la ejecución forzosa de un derecho no claramente determinado puede vulnerar los derechos de los deudores.

Al respecto de los pronunciamientos antes indicados la Corte constitucional ha realizado la siguiente valoración:

En cuanto a la hipoteca como título de ejecución, la Corte Constitucional enfatiza que el gravamen hipotecario se instrumenta en una escritura pública acorde al artículo 2311 del Código Civil siendo un título ejecutivo, conforme al artículo 347 número 2 del propio COGEP, lo que no le impide que sea un título de ejecución de conformidad con el artículo 363 del COGEP, precisando que las escrituras públicas mantendrán su calidad de títulos ejecutivos, y sólo la hipoteca pasa a ser título de ejecución, acorde a la facultad de libre configuración legislativa (párr. 275)

La Corte Constitucional viabiliza la posibilidad de que la hipoteca, a pesar de ser respaldada por un título ejecutivo, también tenga la capacidad de ser ejecutada de manera directa, para de esta manera fortalecer su eficacia como mecanismo de garantía real; con la inclusión de la hipoteca dentro de los títulos de ejecución se busca asegurar que los acreedores hipotecarios puedan hacer valer sus derechos de manera eficiente, sin dilaciones procesales, manteniendo de esta forma un equilibrio con los derechos de los deudores, dentro de un marco normativo claro y constitucionalmente válido.

La Corte Constitucional, en el Dictamen No. G03-19-DOP-CC, concluye que la reforma presentada que incluye otras figuras jurídicas como títulos de ejecución: “en la forma que ha sido planteada por el Ejecutivo, no procede la objeción por inconstitucionalidad a la reforma al artículo 363 del COGEP, siendo una norma procedimental regulable por la ley” (párr. 276)

Finalmente, la Corte Constitucional, en el debate presentado sobre la inclusión de hipoteca dentro de los títulos de ejecución, concluyó que la hipoteca, aunque respaldada por un título ejecutivo, también puede ser considerada como un título de ejecución, y con lo cual se ilustra las complejidades inherentes a las reformas procesales y la necesidad de encontrar un equilibrio entre la eficacia en la ejecución de las obligaciones y la garantía de los derechos constitucionales, la decisión de la Corte Constitucional reafirma el poder del legislador para definir y modular las normas procesales, mientras subraya la importancia de asegurar que tales reformas no comprometan la seguridad jurídica ni el debido proceso.

1.6 La Hipoteca como título de ejecución según las reformas del COGEP 2019 y 2023.

La entrada en vigencia de las reformas al Código Orgánico General de Procesos busca adaptar y fortalecer el marco legal que rige los procedimientos judiciales, es por ello que con las últimas reformas al código que datan de fecha 07 de febrero del 2023, Registro Oficial 245, se busca abordar deficiencias en la actividad procesal y con ello mejorar la administración de justicia garantizando de esta forma la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Es importante considerar que las reformas al Código Orgánico General de Procesos surgen como evolución de la sociedad, avances de la tecnología y la identificación de vacíos legales que necesitan ser abordados para mantener el equilibrio y la eficacia del sistema procesal judicial.

En este sentido y como materia de investigación de las últimas reformas se realiza un análisis de una figura jurídica de mucha importancia como es la hipoteca abierta y cerrada como título de ejecución, ya que si bien es cierto el Código Civil (C.C., 2005) menciona que: “La Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor” (Art. 2309) en la norma procesal no se establecía como tal que procedimiento debía de seguirse al momento de proceder con su ejecución.

En materia procesal antes de las reformas al Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2023), la figura jurídica de la hipoteca era solo un derecho real de prenda sobre un bien raíz, que en el caso de requerir ejecutarla debía de hacerse mediante procedimiento ejecutivo, mismo que en el Art. 347 determina los títulos ejecutivos donde nada se habla de la hipoteca, sino que más bien se la podía o tenía que encuadrar en los numerales 2 y 8 del mencionado artículo que dice “Copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas” y “Los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos” (Art. 347) ello en virtud que la hipoteca como tal no tenía un procedimiento propio para su ejecución.

Mas adelante y con la incertidumbre si la hipoteca era meramente un título de ejecución la norma legal planteó una reforma al Código Orgánico General de Procesos que data de fecha 26 de junio del 2019, mediante el Registro Oficial Nro. 517, en la cual por primera vez se incluía la figura jurídica de la hipoteca dentro de los titulo de ejecución que dice, (COGEP, 2019), “Son títulos de ejecución los siguientes: 10. La hipoteca” (Art. 363) con lo cual se da un avance y un procedimiento propio a dicha figura jurídica.

Sin embargo en las reformas del 2019 se incluyó a la hipoteca como título de ejecución seguían persistiendo varios cuestionamientos sobre esta figura jurídica, para lo cual la (Presidencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador CNJ, 2021, p. 2) mediante oficio 0120-AJ-P-CNJ-2021 absuelve una de las interrogantes sobre la hipoteca como título de

ejecución que textualmente dice: “Respecto de la hipoteca como título de ejecución, se consulta cuáles serían títulos de ejecución, las hipotecas abiertas, cerradas o todas” a lo cual la Corte da respuesta a la consulta indicando:

El título de ejecución debe contener una obligación líquida y pura, es decir por un valor determinado en dinero y que no esté sujeta a condición. En esos términos la hipoteca abierta no podría constituir en si misma título de ejecución por cuanto no está determinado una obligación en concreto y su valor; al contrario, la hipoteca cerrada debe ser necesariamente por un valor determinado. Presidencia de la Corte Nacional de Justicia. (25 de enero 2021). Absolucion de Consultas Criterio No Vinculante.

De lo anotado la Corte resalta la distinción entre hipoteca abierta y cerrada, subrayando la importancia de la determinación y especificidad en los títulos de ejecución, ya que la hipoteca abierta presenta un desafío significativo en cuanto a su idoneidad como título de ejecución, dado que la hipoteca abierta no se asocia a una obligación específica y su valor no está claramente definido, no cumple con los requisitos de una obligación líquida y pura; esto significa que, a pesar de su utilidad y flexibilidad para garantizar obligaciones futuras, la hipoteca abierta no puede constituir por sí misma un título de ejecución, ya que carece de la especificidad y determinación necesarias.

Por el contrario, la hipoteca cerrada se ajusta perfectamente a las exigencias de un título de ejecución, esto por cuanto al estar vinculada a una obligación concreta y a un valor específico, la hipoteca cerrada proporciona la claridad y certeza necesarias para ser ejecutada. Esta modalidad de hipoteca asegura que, en caso de incumplimiento, el acreedor pueda recurrir a la ejecución del título de manera efectiva, respaldada por una obligación claramente definida y cuantificada.

En resumen, de lo absuelto por la Corte, se podría concluir que mientras que la hipoteca abierta ofrece flexibilidad para cubrir obligaciones futuras, su falta de especificidad y determinación la excluye como título de ejecución; por otro lado, la hipoteca cerrada, con su obligación claramente definida y valor específico, cumple con los requisitos necesarios, asegurando un proceso de ejecución claro y efectivo.

Cabe mencionar que indistintamente si la hipoteca es abierta o cerrada mantiene la esencia de ser un derecho real, así el autor Alberdi (2023), dice al respecto:

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 causa. (p. 15)

La hipoteca, en su esencia como derecho real, se establece para garantizar el pago de un derecho crediticio. Esta función de garantía coloca al crédito como el contrato principal, con la hipoteca surgiendo como una consecuencia directa de dicho crédito. En otras palabras, la hipoteca existe para asegurar que el deudor cumpla con su obligación de pagar el crédito otorgado.

Sin embargo, el establecimiento de una hipoteca no es un mero accesorio o un simple contrato entre las partes suscriptoras. Al contrario, la constitución de una hipoteca genera una serie de obligaciones y consecuencias para ambas partes involucradas: el acreedor y el deudor, estas obligaciones y consecuencias derivan en una relación jurídica compleja que se origina del acuerdo de hipoteca.

Para el acreedor, la hipoteca proporciona una seguridad adicional, permitiéndole contar con un bien inmueble como respaldo en caso de incumplimiento del deudor, esta seguridad, sin embargo, implica también ciertas responsabilidades, como el respeto a los límites del valor de la garantía y la necesidad de seguir procedimientos legales específicos para ejecutar la hipoteca en caso de incumplimiento.

Para el deudor, la hipoteca implica la obligación de cumplir con los términos del crédito para evitar la pérdida del bien hipotecado. Además, el deudor debe mantener el bien en condiciones adecuadas y cumplir con cualquier otra estipulación que haya sido acordada en el contrato de hipoteca.

Tomando como referente de que la hipoteca es un derecho real que respalda una deuda, nos preguntamos ¿es verdaderamente un título de ejecución? a lo cual la Abg. Leyre Suarez Dávalos (2022), directora de la Revista DENTONS hace el siguiente análisis:

Un criterio común de los jueces sobre la hipoteca, es que no es verdaderamente un título de ejecución, ya que, en varias jurisdicciones, se han inadmitido demandas de ejecución de hipotecas, bajo al argumento de que no contienen una obligación clara, determinada, líquida y de plazo vencido. (p. 1)

Así mismo, la autora dice: “un acreedor hipotecario tenía y todavía tiene, que seguir un procedimiento de conocimiento para declarar el incumplimiento y solo entonces, proceder a ejecutar la sentencia y, si no recibe el pago, subastar los bienes hipotecados” (Dávalos, 2022, p. 1) analizando este apartado y de la experiencia profesional podríamos decir que si bien la norma procesal nos ha dotado de una figura jurídica que respalda una obligación en muchos de los casos ya llegando a la práctica no se puede hacer efectivo dicho derecho mediante el procedimiento de ejecución teniendo que regresar al procedimiento establecido antes de las mencionadas reformas del COGEP mediante un juicio ejecutivo.

Las reformas planteadas a los títulos de ejecución pretendían simplificar y agilizar los procesos, pero en la realidad, pueden encontrarse con obstáculos que dificultan su implementación efectiva; en este contexto la necesidad de regresar a procedimientos previos, como el juicio ejecutivo, indica que las reformas no siempre han alcanzado su propósito de facilitar la ejecución de derechos hipotecarios.

Esto sugiere la necesidad de una revisión continua y un ajuste de las normas procesales para garantizar que el marco legal responda de manera eficaz a las necesidades de los actores involucrados en estos procesos.

De la misma forma la Presidencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador CNJ, 2021, p. 2, en una consulta mediante oficio 0150-AJ-P-CNJ-2021 responde a la siguiente interrogante: “se puede en proceso de ejecución ejecutarse una hipoteca que no contenga una obligación principal” a lo cual la Corte dice:

No es correcto hablar de la hipoteca como un título de crédito autónomo que puede ejecutarse por la vía coercitiva como es el caso de las obligaciones de dar, siendo siempre necesario que deba existir la obligación principal líquida, pura y de plazo vencido. Por ello en consultas anteriores se ha señalado que se puede ejecutar el contrato de mutuo hipotecario, es decir, cuando el instrumento contiene la obligación y también la garantía. De no presentarse la obligación principal no procedería la ejecución exclusivamente de la hipoteca. Presidencia de la Corte Nacional de Justicia. (25 de enero 2021). Absolucion de Consultas Criterio No Vinculante

Lo anotado por la Corte Nacional de Justicia indica de forma clara que la hipoteca no podría ejecutarse sin una obligación principal líquida, pura y de plazo vencido, ya que una de las características de hipoteca es la accesoriedad, por lo cual no cumple con la obligación de dar, es aquí donde surge el problema de que si planteamos una demanda por ejecución hipotecaria realmente ésta será aceptada a trámite, ya que si bien el COGEP la ha incluido en los títulos de ejecución, ésta no cumple con todos los requisitos para que sea ejecutable de forma directa.

Por lo que en el presente trabajo se analiza las complejidades de la hipoteca abierta y cerrada como títulos de ejecución, delineando las características únicas de cada una y destacando la importancia de comprender su funcionamiento, desde la citación o notificación al deudor hasta el remate del bien hipotecado, se examinará detalladamente cómo estos instrumentos legales cumplen su función en la materialización de las garantías y la protección de los intereses de las partes.

Así mismo se abordará un cuestionamiento que surge desde la perspectiva procesal ya que si bien es cierto que se ha incluido a la hipoteca abierta y cerrada dentro de los títulos de ejecución determinados en el Art. 363 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2023), qué sentido tiene que se siga considerando a esta figura jurídica dentro del procedimiento ejecutivo a la hora de solicitar una medida preventiva tal como lo refiere el Art. 351, inciso tercero del referido cuerpo legal que dice “También podrá pedirse embargo de los bienes raíces, siempre que se trate de crédito hipotecario” (Art. 351) interrogante que

sobreviene por considerar que existe una antinomia en la norma que si bien ya se consideró a la hipoteca en los títulos de ejecución no cabría seguirla incluyendo en la tramitación de los títulos ejecutivos.

Esta situación genera un cuestionamiento legítimo, ya que, si la hipoteca ya está reconocida como título de ejecución, lo que implica que debería ser tramitada bajo un procedimiento que permite una acción directa y rápida, ¿por qué se sigue considerando dentro del procedimiento ejecutivo para la solicitud de medidas preventivas como el embargo?

Este aparente conflicto, o antinomia, entre las normas procesales, podría interpretarse como una falta de armonización dentro del COGEP. La duplicidad de procedimientos puede generar confusión y retrasos innecesarios, contraviniendo el objetivo fundamental de las reformas procesales, que es la simplificación y la eficacia en la administración de justicia.

En la práctica, esta antinomia podría llevar a situaciones donde los actores jurídicos se vean obligados a recurrir a procesos redundantes o contradictorios, afectando la certeza y la seguridad jurídica; Para quizá resolver esta desavenencia normativa, sería necesario un ajuste legislativo que clarifique y armonice el tratamiento procesal de las hipotecas como títulos de ejecución, asegurando que la inclusión de las hipotecas en el procedimiento ejecutivo no sea redundante ni genere obstáculos adicionales para la protección de los derechos de los acreedores.

1.7 La Hipoteca en el derecho comparado de España

El Código Civil Español (C.C.E., 2011), en el Título XV de los contratos de prenda, hipoteca y anticresis dice:

Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca:

1. Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.
2. Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca.
3. Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto

(Art. 1857)

Así mismo, el mencionado Código Civil (C.C.,2011) manifiesta: “Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor” (Art. 1858) por lo que se entiende que la hipoteca es la figura jurídica que permite asegurar el cumplimiento de obligaciones mediante la vinculación de bienes inmuebles, se constituye como un pilar esencial en el ámbito de las transacciones financieras y crediticias.

La posibilidad de enajenar el bien inmueble asegurado con la hipoteca permite establecer un equilibrio en la relación contractual entre el acreedor y el deudor, ya que principalmente otorga al acreedor un mecanismo de recuperación en caso de que el deudor no cumpla con sus obligaciones; esto no solo protege los intereses del acreedor, sino que también sirve como incentivo para que el deudor cumpla con la obligación principal, conociendo que el bien dado en garantía podría perderse en caso de incumplimiento.

El Código Civil español (C.C.E., 2011), en el capítulo III de dicho cuerpo legal ha presentado todo un apartado destinado al estudio de la hipoteca, que va desde el Art. 1874 a 1880, de lo que entre más destaca es:

La hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación, y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, o en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, con las declaraciones, ampliaciones y limitaciones establecidas por la ley, así en el caso de permanecer la finca en poder del que la hipotecó, como en el de pasar a manos de un tercero. (Art. 1877)

Lo citado en el artículo que antecede establece que la hipoteca no se limita únicamente al bien inmueble que sirve de garantía para el crédito; su alcance se extiende a diversos elementos relacionados con el bien hipotecado.

En este sentido, la hipoteca abarca no solo el bien principal, sino también las accesiones naturales, las mejoras realizadas, los frutos pendientes y las rentas no percibidas al momento de vencer la obligación.

En sí, la hipoteca no solo cubre el bien principal, sino también una serie de elementos accesorios y situaciones relacionadas, proporcionando una garantía más completa y robusta. Esta extensión asegura que los derechos del acreedor hipotecario se preserven y se mantengan válidos a lo largo del tiempo y en diferentes circunstancias, reflejando la importancia de una protección integral en las relaciones crediticias.

Así mismo la legislación española ha normado todos los aspectos referentes a la hipoteca mediante la creación de la Ley Hipotecaria normativa creada por primera vez mediante el Decreto Ley de 08 de febrero de 1946 y que posteriormente fue reformada el 16 de marzo del 2019, siendo la última reforma y la que se encuentra vigente la Ley y Reglamento Hipotecario de fecha 09 de mayo del 2023, por lo que analizado lo que manifiesta el código civil español sobre la hipoteca queda revisar como se procederá en los casos de ejecución para lo cual la Ley y Reglamento Hipotecario (2023) presenta la figura de ejecución extrajudicial que dice:

El procedimiento se iniciará mediante requerimiento dirigido al Notario, expresando las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta objeto de la reclamación en el momento del requerimiento, especificando el importe de cada uno de los conceptos.

El requirente entregará al Notario los siguientes documentos:

- a) La escritura de constitución de la hipoteca con nota de haberse inscrito. Si no pudiese presentarse la escritura inscrita, deberá acompañarse con la que se presente nota simple del Registro de la Propiedad que refleje la inscripción.
- b) El documento o documentos que permitan determinar con exactitud el interés, ya sea directamente, ya mediante simples operaciones aritméticas, en los casos de hipoteca en garantía de créditos con interés variable. (Art. 236-a.)

Aquí podemos ver que la legislación española ha incluido algo muy innovador como es la ejecución extrajudicial a realizarse ante un Notario público, lo que resultaría más beneficioso para el acreedor ya que con ello se descongestiona el aparataje judicial brindando de esta forma un seguridad jurídica al ejecutante, de lo anotado anteriormente podemos ver

que este tipo de ejecución tiene cierta similitud con la ejecución convencional con la presentación de una solicitud que deberá ser analizada y admitida a trámite por el notario, aquí también se puede observar que para justificar la ejecución por el impago de una obligación simplemente el acreedor entregará un documento simple con un cálculo de lo adeudado.

En conjunto, estos requisitos y documentos aseguran que el procedimiento de ejecución hipotecaria se inicie con una base sólida, protegiendo tanto los derechos del acreedor como los del deudor, y garantizando que el proceso se desarrolle de acuerdo con los principios de transparencia y legalidad

Hecho lo cual la mencionada Ley y Reglamento Hipotecario (R.H., 2023), indica:

Si de la certificación registral no resultan obstáculos a la realización hipotecaria solicitada, el Notario practicará un requerimiento de pago al deudor indicándole la causa y fecha del vencimiento del crédito y la cantidad reclamada por cada concepto y advirtiéndole que de no pagar en el término de diez días se procederá a la ejecución de los bienes hipotecados siendo de su cargo los gastos que ello ocasione. (Art. 236-c).

Es de notar que con esta forma de ejecución una vez que el notario ha constatado que el peticionario, acreedor ha cumplido con los requisitos de Ley y en función de su competencia procederá a notificar al deudor para que el término de diez días pague lo adeudado vemos aquí que esta orden de pago es similar al mandamiento de ejecución ordenando por un juez en nuestra legislación ecuatoriana.

Continuando con el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, la Ley y Reglamento Hipotecario (R.H., 2023), manifiesta:

Transcurridos diez días desde el requerimiento sin que éste hubiere sido atendido, el Notario procederá a notificar la iniciación de las actuaciones a la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio, si fuese distinta del deudor, así como a los titulares de cargas, gravámenes y asientos posteriores a la hipoteca que se ejecuta, para que puedan, si les conviene, intervenir en la subasta o satisfacer

antes del remate el importe del crédito y de los intereses y gastos en la parte asegurada por la hipoteca. (Art. 236-d)

El Notario en atribución de sus potestades una vez que haya verificado que no se ha cumplido con la orden de pago en el término establecido notificará a terceros de ser el caso con el inicio de la ejecución de la hipoteca para que si les interesa intervengan en la posterior subasta, nótese que en España no se utiliza el término remate de inmueble sino subasta de la finca.

Es también de indicar que, en la legislación española, se indica que, en caso de incumplimiento, se notificara a terceros interesados, similar a nuestra legislación ecuatoriana se oficia a terceros interesados y constantes en el registro de la Propiedad para que hagan valer sus derechos con la respectiva acción de tercería.

La Ley y Reglamento Hipotecario (R.H., 2023) indica que si se verificara que el deudor o un tercero han pagado el importe de la deuda ...”se darán por terminadas las actuaciones y por conclusa el acta con la diligencia de haberse efectuado el pago” (Art. 236-e)

En el caso de no haberse dado cumplimiento con la notificación de pago la Ley y Reglamento Hipotecario (R.H., 2023) dice que: “treinta días desde que tuvieron lugar el requerimiento de pago y la última de las notificaciones antes expresadas, se procederá a la subasta de la finca ante el Notario” (Art. 236-f) en nuestra legislación el aviso de remate se fijará en la audiencia de ejecución lo que difiere en este apartado ya que aquí tendrá que haber pasado el termino de treinta días y de forma implícita tendrá q realizarse la subasta.

Para efectos de la subasta hipotecaria La Ley y Reglamento Hipotecario (R.H., 2023) en el numeral 3 del Art. 236-f, dice:

Los anuncios se fijarán en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y del Registro de la Propiedad y se insertarán en el “Boletín Oficial” de la provincia o de la Comunidad Autónoma en que se practique la ejecución y en el de aquélla o aquéllas en que radiquen las fincas, si el valor que sirve de tipo para la subasta excede de 5.000.000 de pesetas. Si el valor excede de 12.000.000 de pesetas, se publicarán, además, en

el "Boletín Oficial del Estado". Asimismo, a petición y a costa del interesado que lo solicite, podrá publicarse en cualquier otro medio (Art. 236-f)

Analizando este apartado vemos las diferencias presentes con nuestra legislación ya que cuando el juez ordena la publicación del remate se la realizará en la página de la función judicial así como también de creerlo necesario y a petición de parte se la publicará en los diarios de mayor circulación de la circunscripción de ubicación del inmueble, sin embargo de lo citado anteriormente se hace notar que el anuncio de la subasta se publicará en el boletín oficial de la provincia o estado dependiendo del monto de la obligación, diferenciación que no se hace en nuestra legislación.

En conclusión, la figura de la ejecución extrajudicial ante un Notario, agiliza el proceso de ejecución y ofrece una alternativa más eficiente al procedimiento judicial, este proceso se inicia con un requerimiento al Notario, acompañado de la documentación pertinente, y sigue con la notificación al deudor para que pague en un plazo de diez días. Si no se realiza el pago, se procede a la subasta del bien hipotecado.

En comparación con la legislación ecuatoriana, se observan diferencias en los plazos, la terminología utilizada y la manera en que se notifica y publica la subasta, lo que refleja las particularidades de cada sistema jurídico. Sin embargo, ambos marcos legales comparten el objetivo de proteger los intereses de las partes involucradas.

1.8 La Ejecución Hipotecaria

La autora Soraya Callejo Carrión (2019), en su libro Ejecución Hipotecaria, Cuestiones Prácticas, define a la ejecución hipotecaria como: "un proceso de ejecución que surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación garantizada con una hipoteca, siendo estas obligaciones, obligaciones dinerarias" (p. 58)

La ejecución hipotecaria es un proceso legal que permite a un acreedor, usualmente un banco o entidad financiera cobrar una deuda impagada mediante la venta forzosa de la vivienda o inmueble hipotecado; debiendo indicar que la ejecución hipotecaria se inicia

cuando el deudor no cumple con sus obligaciones de pago, generalmente después de un cierto número de cuotas atrasadas.

El autor Jesús Gómez Sánchez (2002), al respecto de la ejecución hipotecaria manifiesta lo siguiente:

La ejecución hipotecaria es una modalidad de la ejecución civil dineraria de carácter especial a través de la cual se realiza el bien o derecho hipotecados para dar satisfacción al acreedor ejecutante. Éste, ante el impago del crédito por parte del deudor, solicita la realización del bien sobre el que recae el derecho real de hipoteca. (p. 141)

La ejecución hipotecaria está ligada a un derecho real específico, lo que otorga al acreedor una garantía directa sobre el bien hipotecado; el procedimiento se puede activar o iniciar cuando el deudor deja de pagar el crédito garantizado con la hipoteca, y el acreedor solicita al juzgador competente la venta del bien hipotecado para recuperar el monto adeudado, esta acción no solo busca satisfacer la deuda, sino también conservar la entereza del sistema de crédito, ofreciendo seguridad judicial y crediticia tanto a los acreedores como a los deudores.

El autor Jesús Gómez Sánchez (2002), también hace alusión a ciertas particularidades de la ejecución hipotecaria como se describe a continuación:

Es necesario diferenciar dos relaciones en el momento del incumplimiento de una obligación garantizada por hipoteca: por un lado, la relación obligacional entre un acreedor y un deudor que desemboca en una reclamación del crédito debido, y, por otro lado, la relación hipotecaria surgida por la constitución de un derecho real de hipoteca, entendido éste como un derecho real (poder inmediato y directo sobre una cosa) que recae sobre un bien para garantizar el pago al acreedor mediante la realización del mismo. Esta segunda relación es la que origina que se sustancie la ejecución hipotecaria cuando se ha incumplido la relación obligacional (p. 142)

Vale recalcar que, el proceso de ejecución hipotecaria, no es solamente una mera extensión de la reclamación de una deuda, sino la materialización del derecho real que recae

sobre el bien hipotecado, este procedimiento permite al acreedor satisfacer su crédito mediante la venta o adjudicación del bien, asegurando así que el valor del bien garantizado sea aplicado al momento de la obligación incumplida.

El autor resalta dos escenarios el primero que se lo puede ver como de naturaleza personal que se establece entre el acreedor y el deudor, donde el acreedor tiene derecho a reclamar el pago de la deuda pendiente en caso de incumplimiento; y el segundo de carácter real, que nace de la constitución de la hipoteca, la cual otorga al acreedor un derecho directo e inmediato sobre el bien hipotecado.

Hay que tomar en cuenta que cuando se va a realizar la ejecución de una garantía hipotecaria, el acreedor deberá presentar una demanda ante el juzgador competente con los requisitos contemplados en el Art. 142 del Código Orgánico General de Procesos, es decir se deberá de cumplir de la misma forma que cualquier demanda con todas las solemnidades sustanciales que provee el Art 107 del mismo cuerpo legal.

Una vez presentada la petición de ejecución ante el juez, la misma deberá de ser calificada en el término máximo de cinco días, hecho lo cual el juez ordenará la notificación al o los ejecutados para que puedan ejercer su legítimo derecho a la defensa, para posteriormente emitir el correspondiente mandamiento de ejecución, cabe resaltar que en este tipo de procedimientos la ejecución viene ya desde la calificación.

Al respecto del mandamiento de ejecución el Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2023), dice:

Recibida la liquidación, la o el juzgador expedirá el mandamiento de ejecución que contendrá:

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

Cuando se trate de ejecución de títulos que no sean la sentencia ejecutoriada, la

notificación del mandamiento de ejecución a la o al ejecutado se efectuará en persona o mediante tres boletas (Art. 372)

El mandamiento de ejecución destaca la importancia de brindar al deudor una última oportunidad para cumplir voluntariamente su obligación, antes de que se proceda con medidas coercitivas; la advertencia de que la falta de cumplimiento resultará en la ejecución forzosa establece un claro sentido de urgencia y seriedad en el proceso.

Cuando el título a ejecutar no es una sentencia ejecutoriada, la notificación al deudor debe ser realizada en persona o, en su defecto, mediante la entrega de tres boletas, garantizando así que el demandado conozca del procedimiento de ejecución en su contra.

En el caso de la ejecución hipotecaria, el juez que conoce sobre la demanda de ejecución en auto de calificación ordenara el embargo del inmueble de conformidad con lo dispuesto en el Art. 376 y 384 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP., 2023)

El embargo de inmuebles se practicará aprehendiéndolos y entregándolos a la o al depositario respectivo, para que queden en custodia de esta o este. Los inmuebles sobre los que se haya constituido anticresis judicial, continuarán en poder de la o del acreedor ejecutante (Art. 384)

El embargo de bienes inmuebles es una medida cautelar crucial dentro del proceso de ejecución, orientada a asegurar que los bienes del deudor queden bajo control judicial hasta que se resuelva la obligación de pago pendiente.

La práctica del embargo se lleva a cabo mediante la aprehensión física del inmueble y su entrega al depositario judicial, quien se encarga de custodiarlo, esta acción tiene como objetivo garantizar la disponibilidad del inmueble para cumplir con la deuda en caso de ser necesario.

Hay que hacer énfasis a un apartado de la norma procesal muy importante como lo es el embargo preferente, al respecto el Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2023), manifiesta:

Embargo preferente de una o un acreedor hipotecario. No obstante, lo dispuesto para el embargo de inmuebles, si un bien raíz es embargado por una o un acreedor no

hipotecario, y luego ocurre que una o un acreedor hipotecario obtiene, en otro proceso, la orden de embargo de tal inmueble, se cancelará el primer embargo y se efectuará el segundo. La o el acreedor no hipotecario conservará el derecho de presentarse como tercerista en la ejecución seguida por la o el acreedor hipotecario (Art. 385)

Esta disposición refleja la prioridad que se otorga a los derechos del acreedor hipotecario, en virtud que su crédito está garantizado específicamente por el inmueble hipotecado, es por eso que cuando un bien inmueble ha sido embargado inicialmente por un acreedor no hipotecario, y posteriormente un acreedor hipotecario obtiene una orden de embargo sobre el mismo bien en otro proceso, el primer embargo se cancelará automáticamente en favor del segundo.

Es de hacer notar que, el acreedor no hipotecario no pierde totalmente sus derechos, ya que, a pesar de la cancelación de su embargo, sigue conservando la facultad de presentarse como tercerista en la ejecución seguida por el acreedor hipotecario; con lo cual esta figura permite que el acreedor no hipotecario pueda intervenir en el proceso de ejecución, defendiendo sus intereses y pudiendo reclamar una parte del producto de la venta forzosa.

Al hablar de embargo se hace muy necesario, llegar a definir a esta figura jurídica para ello el autor Víctor Moreno Catena (2019), manifiesta:

El embargo es la actividad jurisdiccional desarrollada en la ejecución forzosa, mediante la que, una vez que se han individualizado bienes de contenido patrimonial en el del patrimonio del deudor, suficientes para cubrir la responsabilidad determinada por el despacho de ejecución, son perseguidos en la ejecución forzosa declarándolos sujetos a la ejecución, para proporcionar al acreedor una cantidad de dinero, bien directamente, porque ser habido precisamente dinero, o bien a través de la realización de otros elementos patrimoniales susceptibles de convertirse en dinero (sin perjuicio de que el pago pueda efectuarse en otra forma, como la entrega en administración para pago) (p. 217)

En este sentido el embargo actúa como una herramienta coercitiva y de protección en el proceso judicial, permitiendo que, una vez agotadas otras vías de cobro, el acreedor pueda

obtener la cantidad que se le debe a través de la disposición de los bienes embargados; este es un mecanismo jurídico fundamental dentro del proceso de ejecución forzosa, cuyo objetivo principal es garantizar que el acreedor reciba la satisfacción de su crédito.

La importancia del embargo radica en que permite asegurar el cumplimiento de una obligación pendiente, protegiendo los derechos del acreedor y proporcionando un medio eficaz para la ejecución de una garantía hipotecaria.

Por su parte Eduardo J. Couture (1997), en su libro *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, al respecto del embargo dice:

Se llama en nuestro derecho embargo (término similar, aunque no idéntico, a la saisie francesa y al pignoramento italiano) a una providencia de cautela, consistente en incautarse materialmente de bienes del deudor, en vía preventiva, a los efectos de asegurar de antemano el resultado de la ejecución (p. 467)

De lo anotado podríamos decir que el embargo es una herramienta crucial en el proceso de ejecución forzosa donde el juzgador actúa a petición del acreedor, enajenando un bien patrimonial del deudor para garantizar que estos bienes sean utilizados para satisfacer la deuda pendiente, ya sea directamente o a través de su venta forzosa, cumpliendo así con la finalidad de la ejecución que es el resarcimiento efectivo del acreedor.

Este procedimiento tiene el objetivo de proteger los intereses del acreedor al asegurar que los bienes embargados estarán disponibles para posteriormente ser rematados conforme la Ley.

Una vez embargado el inmueble del deudor, la ley establece que se debe convocar a la Audiencia de Ejecución, tal como lo establece el Código Orgánico General de Procesos (2023), audiencia que deberá de seguir los siguientes lineamientos:

1. Conocer y resolver sobre la oposición de la o del ejecutado por extinción de la obligación o pagos parciales posteriores al título de ejecución, debidamente justificados.
2. De ser procedente aprobar fórmulas de pago, incluso cuando impliquen la suspensión del procedimiento de ejecución.

3. Conocer sobre las observaciones de las partes al informe pericial de avalúo de los bienes y de ser el caso designar otra u otro perito.
4. Señalar de entre los bienes embargados, los que deben ser objeto de remate, con base a su avalúo y al monto de la obligación
5. Resolver sobre la admisibilidad de las tercerías y sobre reclamaciones de terceros perjudicados (Art. 392)

De llevarse a cabo con normalidad la audiencia, el juzgador en el primer punto a más de verificar que se haya dado cumplimiento con todas las solemnidades sustanciales inherentes a los procesos, procederá a preguntar si existen pagos parciales dentro de la presente causa, de no existir ningún pago se continuara con la audiencia.

En el segundo punto, si los demandados hubieran comparecido a la audiencia podrán proponer una fórmula de pago a la obligación pendiente, si se llegare a aceptar la fórmula de pago el juez aprobará lo acordado entre las partes y ya no se continuará con la audiencia, dejando constancia que en caso de incumplir con lo pactado se continuara con la ejecución de la totalidad de lo adeudado.

En el tercer punto el juez solicitara al perito evaluador, sustente su informe, hecho lo cual el juez preguntara al acreedor si tiene alguna observación, de ser este el caso se solicitara se nombre otro perito, si no es este el caso y no hay observaciones por parte del acreedor se dejara indicado al juzgador que se encuentra de acuerdo que se tenga por aprobado dicho informe.

Hecho lo anterior, en el cuarto punto el juez, determinara el inmueble embargado y ordenara el remate del mismo señalando día y hora en los cuales se publicará en la página web del Consejo de la Judicatura el remate del inmueble para que los que tengan interés presenten su postura.

De ser el caso que hubiere terceristas en la misma audiencia de ejecución el juez concederá la palabra al tercerista para que fundamente su planteamiento y el juez resolverá sobre su admisibilidad.

En suma, la audiencia en un proceso de ejecución es un momento crucial en el que se definen los pasos a seguir para garantizar el cumplimiento de las obligaciones pendientes, el juzgador, como garante del debido proceso, inicia verificando que todas las formalidades y solemnidades procesales se hayan cumplido, asegurando así la legitimidad de las actuaciones, en este mismo momento procesal se exploran las posibilidades de resolver la deuda de manera amistosa, ofreciendo a los demandados la oportunidad de proponer una propuesta o fórmula de pagos; esta fase es primordial, ya que si ambas partes logran un acuerdo y el juez lo aprueba, se podría evitar la continuación de la audiencia y por ende la ejecución forzosa.

Vale resaltar que el peritaje juega también un rol esencial, ya que el perito evaluador al sustentar su informe, asegura que el valor del bien embargado sea justo y adecuado. Finalmente, en la fase decisiva de la audiencia, el juez ordena el remate del bien embargado, fijando los detalles de su publicación para que los interesados puedan participar en el remate.

La posibilidad de que aparezcan terceristas añade una capa adicional de complejidad, ya que estas personas pueden alegar derechos sobre el bien embargado. El juez, en su rol imparcial, debe escuchar y resolver sobre la admisibilidad de estas intervenciones, asegurando así que todos los derechos involucrados sean considerados.

Resuelto todos los puntos de la audiencia de ejecución el juzgador deberá señalar día y hora en los cuales se llevará a cabo el remate del bien inmueble embargado, según lo dispuesto en el Art. 398 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP, 2023), que dice:

Los bienes de la o del ejecutado, que no se encuentren descritos en los artículos anteriores, sean muebles o inmuebles, derechos o acciones, se rematarán a través de la plataforma única de la página web del Consejo de la Judicatura.

Por acuerdo de las partes y a su costa, los bienes embargados también se podrán rematar en entidades públicas o privadas autorizadas por el Consejo de la Judicatura (Art. 398)

Vale hacer un breve análisis de la conceptualización de la figura jurídica del remate, para ello el tratadista Juan Larrea Holguín (2006), en su obra Diccionario del Derecho Civil, al respecto del remate manifiesta:

Venta que se hace por orden del juez, generalmente en un juicio ejecutivo, para pagar al acreedor con el valor de la cosa vendida. No se puede perseguir la finca hipotecada, si fue vendida en pública subasta, pero los acreedores hipotecarios serán pagados con el precio del remate. (p. 407)

El remate, por tanto, es una etapa crucial en el proceso de ejecución forzosa, en la que se procede a la venta pública y forzosa de los bienes embargados del deudor para satisfacer la deuda pendiente con el acreedor, este acto tiene un carácter predominante judicial, ya que se realiza bajo la supervisión de un juez, quien garantiza que se cumplan todas las formalidades legales y se respeten los derechos de las partes involucradas.

El objetivo del remate es realizar la venta forzosa de los bienes embargados para con ello saldar la obligación contraída por el deudor, para que esto sea efectivo y justo, los bienes embargados debieron primeramente ser valorados de manera justa y precisa por el perito evaluador designado por el juzgador encargado de la causa, a fin de que su venta refleje su verdadero valor de mercado, este proceso de avalúo es esencial y necesario, ya que determina la base sobre la cual se fijará el precio mínimo de venta.

Como lo manifiesta la norma procesal la publicidad del remate es una característica esencial, por lo cual se publicará en la Página Web del Consejo de la Judicatura, asegurando así la participación de posibles postores para de esta forma promover una competencia que permita alcanzar un precio justo por los bienes subastados, esto no solo beneficia al acreedor, que busca recuperar el dinero prestado, sino también al deudor, ya que con ello se procura obtener el mayor valor posible por sus bienes.

En suma, el remate representa la culminación del proceso de ejecución, donde se materializa la obligación impaga mediante la venta forzosa de los bienes inmuebles del deudor, ya que con esto no solo se asegura que el acreedor pueda cobrar, al menos en parte, lo que se le debe, mediante la venta forzosa de los bienes embargado; sino que también,

enfatisa la naturaleza coercitiva de la ejecución forzosa, demostrando que el incumplimiento de las obligaciones puede llevar a la pérdida de los bienes del deudor.

El remate, por tanto, no solo es un procedimiento legal de ejecución, sino también un recordatorio de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de obligaciones dinerarias adquiridas, donde el sistema de justicia interviene para equilibrar los derechos del acreedor con los del deudor, siempre dentro de los márgenes establecidos por la ley.

Capítulo dos

Diseño metodológico, materiales y métodos

2.1 Objetivos

2.1.1 Objetivo General

- Realizar un análisis jurídico y doctrinario de la hipoteca abierta y cerrada como título de ejecución.

2.1.2 Objetivos Específicos

- Determinar las diferenciaciones existentes entre la hipoteca abierta y cerrada al momento de su ejecución.
- Establecer si la hipoteca como título de ejecución podría dejar sin efecto el inciso tercero del Art. 351 del COGEP.
- Hacer un análisis comparativo de la figura jurídica de la hipoteca como título de ejecución con otras legislaciones

2.2 Hipótesis

¿La hipoteca abierta al no determinar una obligación pura, líquida y determinada no se la debería contemplar dentro de los títulos de ejecución?

¿La hipoteca cerrada cumple con los requisitos para ser considerada título de ejecución?

¿Podría la hipoteca como título de ejecución dejar sin efecto el inciso tercero del Art. 351 del Código Orgánico General de Procesos?

2.3 Metodología y Técnicas de Investigación

La presente investigación se realizará bajo los parámetros de los siguientes Métodos y Técnicas de Investigación:

Metodología Analítica

La metodología analítica se basa en la descomposición de un fenómeno en sus elementos constitutivos para identificar y seleccionar la información relevante acerca del tema en cuestión. Esta aproximación metodológica se centra en examinar minuciosamente las partes que componen el fenómeno estudiado, permitiendo una comprensión más profunda y detallada.

En el contexto de la investigación sobre la hipoteca abierta y cerrada, esta metodología es particularmente valiosa. Al aplicar la metodología analítica, se puede desglosar el proceso de ejecución de estas dos modalidades de hipoteca en sus componentes clave, como sus características distintivas, sus implicaciones jurídicas y su aplicación práctica. Este desglose facilita la identificación de los aspectos específicos que afectan la ejecución de cada tipo de hipoteca, proporcionando una visión más clara de cómo funcionan y se comparan en la práctica.

Además, la metodología analítica permite una exploración exhaustiva y una comprensión detallada de la complejidad y diversidad inherente a la hipoteca abierta y cerrada. La investigación puede abordar aspectos como la flexibilidad y la rigidez de cada modalidad, sus implicaciones para los acreedores y deudores, y cómo estas características afectan el proceso de ejecución.

La consulta bibliográfica apropiada es una parte esencial de este enfoque, ya que proporciona la base de información necesaria para realizar un análisis completo. A través de la revisión de literatura relevante y de fuentes especializadas, el investigador puede acceder a perspectivas teóricas y prácticas que enriquecen el entendimiento del tema.

Técnica de investigación científica.

La técnica de investigación científica elegida que se emplea en este caso se basa en el análisis profundo de la información doctrinaria para abordar y resolver un problema específico de investigación. En este contexto, la investigación se centra en examinar por qué la hipoteca, a pesar de que la legislación ya la ha definido como título de ejecución, sigue siendo objeto de discusión y consideración en los títulos ejecutivos, específicamente en el inciso tercero del Artículo 351 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP).

El análisis doctrinario permite explorar en detalle cómo la hipoteca ha sido conceptualizada y clasificada en el marco legal. Aunque la legislación ha establecido la hipoteca como un título de ejecución, el hecho de que esta figura jurídica siga siendo discutida y referida en los títulos ejecutivos puede indicar la existencia de cuestiones subyacentes o interpretativas que merecen atención. Este fenómeno puede reflejar una discrepancia entre

la teoría legal y su aplicación práctica, o puede evidenciar la necesidad de clarificaciones adicionales en la normativa.

El propósito de esta técnica es identificar y proponer posibles soluciones a las inquietudes planteadas. El análisis de la doctrina y de los textos legales relevantes ofrece una base sólida para entender las razones detrás de la inclusión continua de la hipoteca en los títulos ejecutivos. Este enfoque permite evaluar si la normativa vigente es adecuada o si requiere ajustes para alinearse con la intención legislativa y resolver posibles ambigüedades.

2.4 Recursos

2.4.1 Humanos

En el presente trabajo investigativo, los recursos humanos juegan un papel crucial para garantizar la calidad de la investigación; el equipo de trabajo está compuesto por varias figuras clave, cada una aportando una perspectiva fundamental para el desarrollo del estudio.

Primero, el director de tesis ofrece orientación y supervisión experta, asegurando que el enfoque de la investigación sea riguroso y esté bien fundamentado, su experiencia y conocimiento en el campo de la investigación proporcionan una base sólida para abordar la problemática planteada y asegurar que el estudio se realice conforme a los estándares académicos y científicos.

La autora de la tesis, en su rol de investigadora principal, tiene la responsabilidad de llevar a cabo el análisis, la recopilación y la interpretación de datos, la comprensión detallada del tema para explorar y desarrollar el problema de investigación son esenciales para el éxito del trabajo; la investigación se enriquece con una visión personal y habilidad para integrar la información de manera coherente y crítica.

Además, la colaboración de abogados en libre ejercicio de la profesión a través de encuestas es de suma importancia, ya que serán quienes aporten un conocimiento práctico y actualizado sobre la problemática legal que motiva el estudio; su experiencia en la aplicación real de las leyes y su comprensión de las implicaciones prácticas proporcionan una perspectiva valiosa que complementa el análisis teórico.

2.4.2 Materiales y Presupuesto

En el desarrollo del presente trabajo, la adecuada gestión de materiales y presupuestos juega un papel importante en la obtención de los objetivos de investigación, ya que se enfoca en detallar los recursos necesarios y los costos asociados para llevar a cabo el proyecto, proporcionando una visión integral sobre cómo estos elementos impactan el progreso y la ejecución del trabajo académico.

Por su parte los materiales abarcan todos los recursos físicos necesarios para el desarrollo de la investigación, pudiendo incluir equipos tecnológicos, libros, códigos y revistas científicas, así como otros insumos esenciales; la elección adecuada de materiales no solo garantiza la calidad y precisión de los resultados obtenidos, sino que también asegura que el proyecto se lleve a cabo de manera eficiente y efectiva.

Por otro lado, el presupuesto es un componente económico que define los límites financieros del proyecto, lo cual permite estimar y distribuir el gasto, abordando aspectos como la adquisición de materiales, costos operativos y cualquier otro gasto asociado con la investigación, un manejo adecuado del presupuesto permite a la investigadora de este trabajo planificar y ejecutar su investigación dentro de las limitaciones financieras, evitando sorpresas y optimizando el uso de los recursos disponibles.

A continuación, se presentan algunos de los rubros que puede incluirse en la elaboración del presente trabajo de investigación:

ACTIVIDAD	INVERSION
Materiales de oficina	40.00
Libros, códigos, leyes	100.00
Internet	50.00
Impresiones	30.00
Imprevistos	100.00
TOTAL	320.00

Capítulo tres

Análisis e interpretación de resultados

3.1 Información de la población encuestada

La presente investigación está dirigida a los abogados en libre ejercicio de la profesión del cantón Montufar, provincia del Carchi.

- De los cuales en libre ejercicio de la profesión se encuentran **30**

Tabla 1

1.- Años de experiencia en el libre ejercicio de la profesión

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
2 años	10	33%
5 años	15	50%
8 años o mas	5	17%
Total	30	100%

Figura 1

Años de experiencia en el libre ejercicio de la profesión



Tabla 2

2.- ¿Qué tipo de títulos de ejecución usted conoce?

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Sentencia	15	50%
Acta de mediación	8	27%
La transacción	2	6%

Hipoteca	5	17%
Total	30	100%

Figura 2

¿Qué tipo de títulos de ejecución usted conoce?

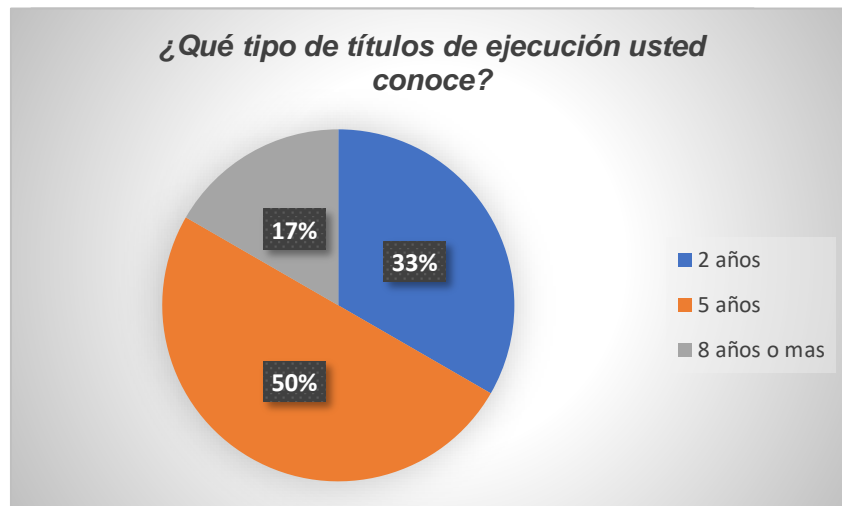


Tabla 3

3.- *¿Conoce usted si la hipoteca abierta es un título de ejecución?*

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Si	15	50%
No	15	50%
Total	30	100%

Figura 3

¿Conoce usted si la hipoteca abierta es un título de ejecución?

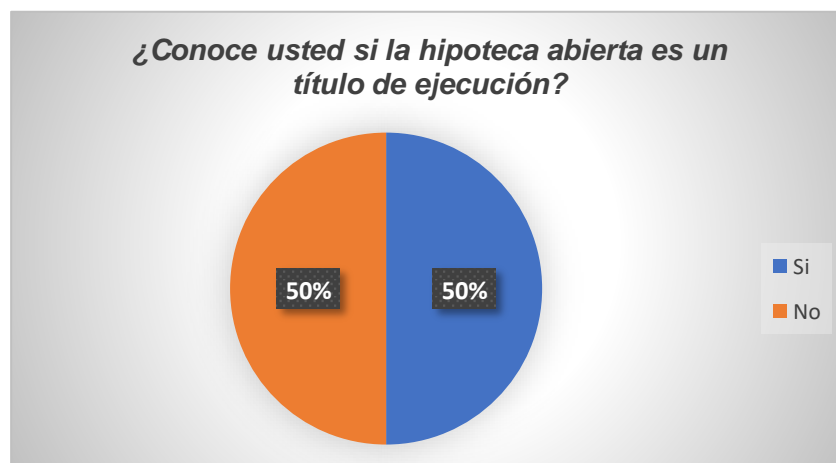


Tabla 4

4.- ¿Conoce usted el procedimiento para ejecutar un título de ejecución?

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Si	30	100%
No	0	0%
Total	30	100%

Figura 4

¿Conoce usted el procedimiento para ejecutar un título de ejecución?

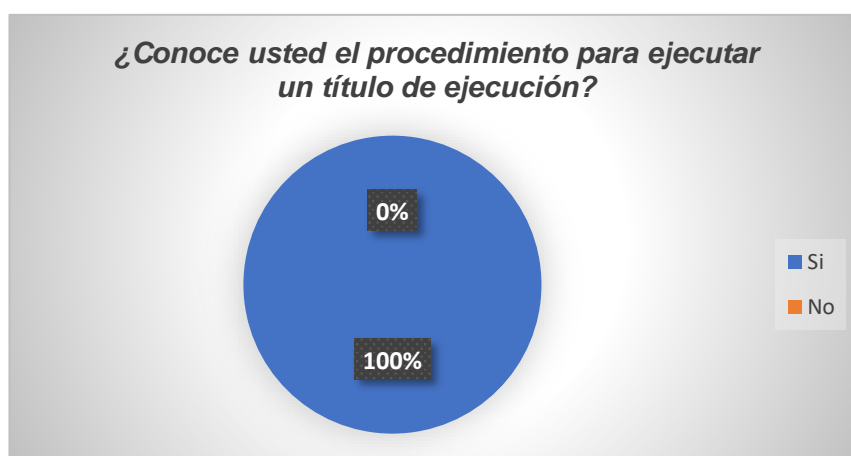


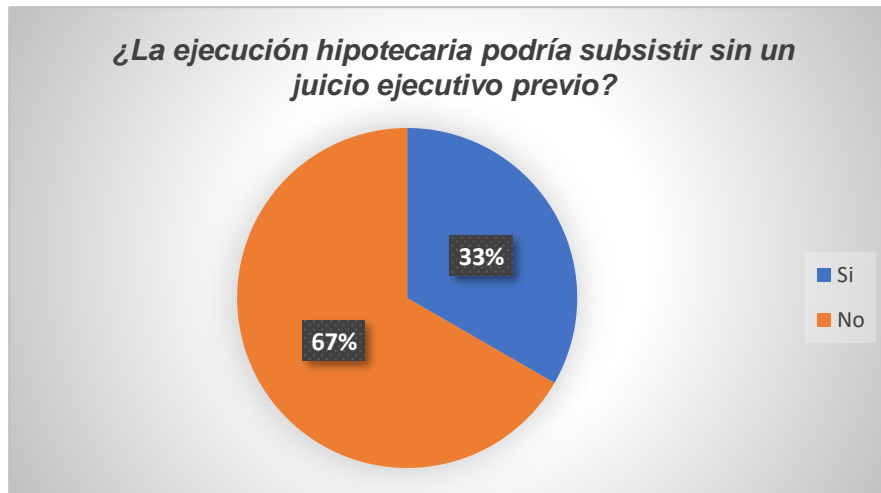
Tabla 5

5.- ¿La ejecución hipotecaria podría subsistir sin un juicio ejecutivo previo?

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Si	10	33%
No	20	67%
Total	30	100%

Figura 5

¿La ejecución hipotecaria podría subsistir sin un juicio ejecutivo previo?

**Tabla 6**

6.- *¿La hipoteca abierta al no contener una obligación pura, líquida y determinada deber ser considerada como título de ejecución?*

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Si	15	50%
No	15	50%
Total	30	100%

Figura 6

¿La hipoteca abierta al no contener una obligación pura, líquida y determinada deber ser considerada como título de ejecución?

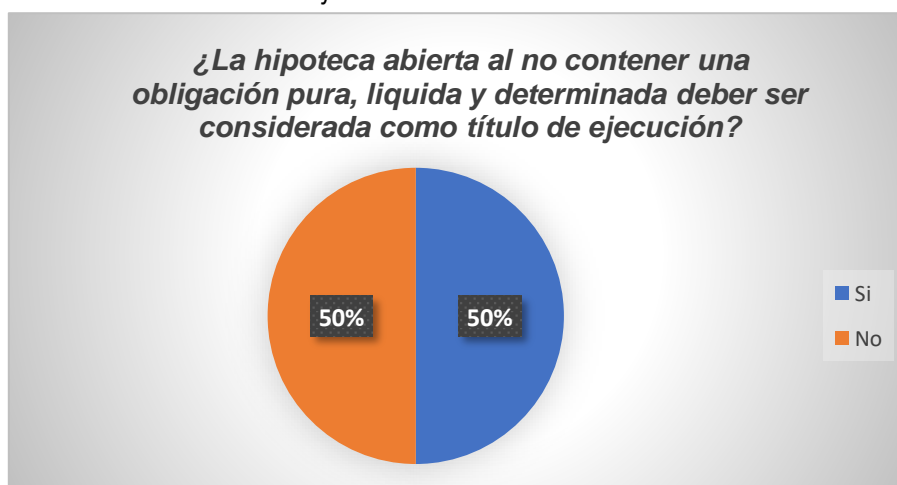


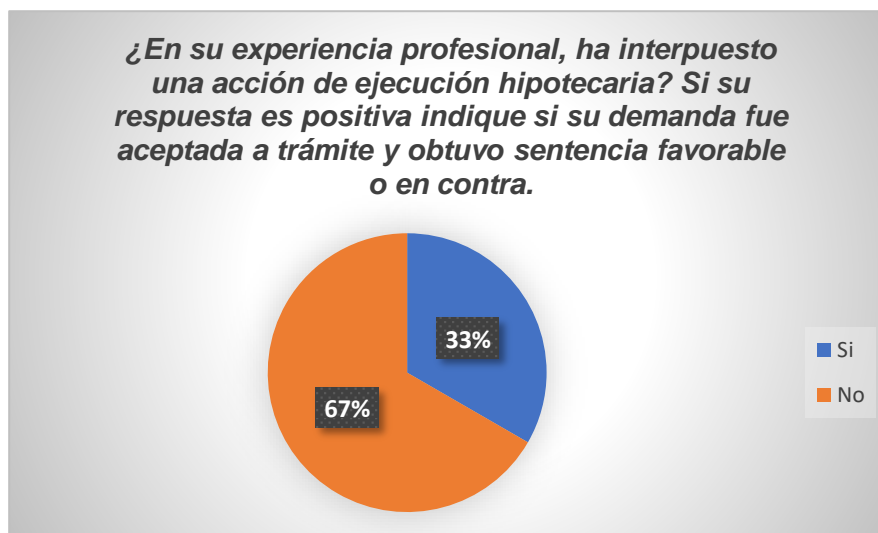
Tabla 7

7.- ¿En su experiencia profesional, ha interpuesto una acción de ejecución hipotecaria? Si su respuesta es positiva indique si su demanda fue aceptada a trámite y obtuvo sentencia favorable o en contra.

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Si	10	33%
No	20	67%
Total	30	100%

Figura 7

¿En su experiencia profesional, ha interpuesto una acción de ejecución hipotecaria? Si su respuesta es positiva indique si su demanda fue aceptada a trámite y obtuvo sentencia favorable o en contra.

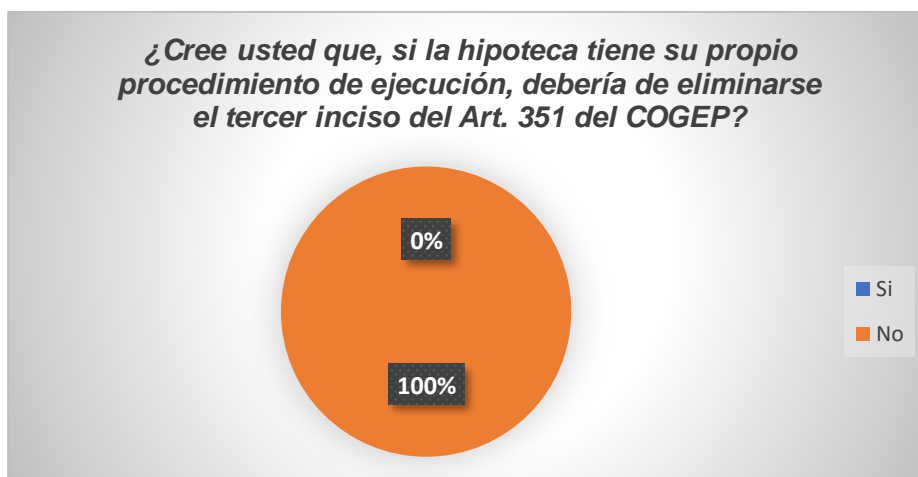
**Tabla 8**

8.- ¿Cree usted que, si la hipoteca tiene su propio procedimiento de ejecución, debería de eliminarse el tercer inciso del Art. 351 del COGEP?

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
Si	0	0%
No	30	100%
Total	30	100%

Figura 8

¿Cree usted que, si la hipoteca tiene su propio procedimiento de ejecución, debería de eliminarse el tercer inciso del Art. 351 del COGEP?



3.2 Análisis de Resultados

Con el fin de dilucidar el objetivo planteado al inicio de este trabajo, se ha evacuado la aplicación de encuestas a abogados en libre ejercicio de la profesión del cantón Montufar, provincia del Carchi, de los cuales en su mayoría tienen cinco años de experiencia por lo que conocen y entienden sobre la problemática planteada, cabe mencionar que al realizar las encuestas se dio una breve explicación del presente tema de estudio por lo que existió una buena acogida.

Ahondando ya en las interrogantes realizadas mediante encuesta se ha iniciado preguntando, ¿cuáles son los títulos de ejecución que conoce? A lo cual la mayoría de los encuestados ha respondido que el título de ejecución que más han utilizado a la hora de ejecutar una obligación es la sentencia, quedando en segundo lugar las actas de mediación ya que por lo ágil del trámite en mediación resulta más favorecedor para el abogado ejecutar un acta de mediación, seguido de ello los encuestados han respondido que la transacción permite su ejecución pero que no es muy recurrente, en último lugar los encuestados han respondido que la hipoteca antes de las reformas del COGEP en el 2019 era muy incierta como título de ejecución.

En lo que refiere a la tercera interrogante sobre si conoce si la hipoteca abierta constituye título de ejecución los encuestados han respondido en un 50% que si conoce y en

otro 50% que no, podría decirse que esta situación se da a lugar en virtud que en las reformas del 2019 recién se incluyó a la hipoteca como título de ejecución pero que no era muy recurrente por cuanto no se establecía si correspondía a la hipoteca abierta o cerrada.

Esta discrepancia podría atribuirse a las reformas introducidas en 2019, las cuales reconocieron a la hipoteca como un título de ejecución, más sin embargo, esta inclusión no ha sido ampliamente comprendida o aplicada, probablemente debido a la falta de claridad en cuanto a si la normativa se refiere específicamente a la hipoteca abierta, cerrada, o a ambas modalidades, con lo cual claramente se evidencia una necesidad de mayor difusión y comprensión de las reformas legales sobre la ejecución hipotecaria.

En cuanto a la cuarta interrogante sobre si conoce cuál es el procedimiento para ejecutar un título de ejecución todos los encuestados han respondido que sí, ello por cuanto la ejecución es una figura jurídica que permite hacer efectivo el pago de una obligación de dar o hacer; esta respuesta unánime nos lleva a entender que al menos en teoría, los encuestados poseen un conocimiento claro de los mecanismos legales disponibles para asegurar el cumplimiento de obligaciones mediante la ejecución de los títulos de ejecución en este caso hipoteca.

En la quinta interrogante donde se pregunta si la ejecución hipotecaria podría subsistir sin un juicio ejecutivo previo, la mayoría de abogados han manifestado que cuando existe una obligación hipotecaria siempre la han tramitado por la vía ejecutiva, puesto que en muchos casos cuando se ejecuta de forma directa la hipoteca el juez no la admite a trámite.

Esta respuesta sugiere que, en la práctica jurídica, existe una percepción de mayor seguridad y efectividad al optar por el juicio ejecutivo, probablemente debido a la mayor previsibilidad y aceptación que esta vía ofrece en comparación con la ejecución directa de la hipoteca, la cual podría enfrentar obstáculos procesales si no es precedida por un juicio ejecutivo.

En lo referente a la interrogante sexta se ha consultado si la hipoteca abierta al no contener una obligación pura, líquida y determinada deber ser considerada como título de ejecución, por lo cual los encuestados han respondido de forma parcial indicando por una

parte que no podría la hipoteca ejecutarse por cuanto no contiene una obligación determinada, mientras que la otra mitad de los encuestados ha manifestado que la norma es clara y por cuanto consta dentro de los títulos de ejecución es plenamente ejecutable.

Esta diferencia de opiniones subraya la necesidad de mayor claridad y consenso en la interpretación y aplicación de la normativa sobre hipotecas abiertas en el contexto de la ejecución judicial, con lo cual se destaca que aún existen ambigüedades en la legislación actual que pueden llevar a diferentes interpretaciones entre los profesionales del derecho, resulta de suma importancia contar con directrices más precisas que aclare cómo deben tratarse las hipotecas abiertas cuando se consideran como títulos de ejecución, para evitar inconsistencias en su aplicación práctica.

En la séptima interrogante la mayoría de encuestados ha manifestado que no ha interpuesto una acción de ejecución hipotecaria, sino que más bien la han tramitado por vía ejecutiva, la minoría de los encuestados manifestó que si ha interpuesto una acción de ejecución hipotecaria pero que cuando se lo hace con hipotecas abiertas los jueces en muchas de las veces envían a completar la demanda o de plano la rechazan por no reunir los requisitos de ley.

En cuanto a la octava interrogante sobre la pregunta ¿Cree usted que, si la hipoteca tiene su propio procedimiento de ejecución, debería de eliminarse el tercer inciso del Art. 351 del COGEP? todos los encuestados han manifestado que si bien las últimas reformas del Código Orgánico General de Procesos han incluido a la hipoteca abierta y cerrada como título de ejecución, es importante que dentro del trámite ejecutivo se siga manteniendo la opción de solicitar el embargo cuando se trate de créditos hipotecarios.

Con estos resultados se evidencia una preocupación por garantizar mecanismos de protección adicionales para los acreedores, asegurando que puedan contar con herramientas eficaces para la recuperación de sus créditos en situaciones en que la hipoteca, por sí sola, no pudiera ser suficiente para ejecutarla bajo su propio trámite.

Con estos resultados también podría concluirse que, aunque la hipoteca ha ganado más claridad y viabilidad como título de ejecución tras las reformas, aún existen otros

instrumentos que los abogados prefieren por mayor seguridad y eficiencia en el proceso de ejecución.

Capítulo cuatro

Discusión

4.1 La hipoteca como título de ejecución

La hipoteca ha sido tradicionalmente un instrumento para garantizar el cumplimiento de obligaciones, sin embargo, la reforma introducida en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) en el año 2019 generó un debate significativo en torno a si la hipoteca se debería de configurar como un título de ejecución autónomo.

En este sentido la hipoteca se ha definido como un derecho real de garantía que recae sobre un bien inmueble, permitiendo así asegurar el pago de una deuda, para que en el caso de que el deudor incumpla con sus obligaciones, el acreedor hipotecario tiene la potestad de ejecutar la hipoteca, lo que implica la venta forzosa del bien inmueble para recuperar el monto adeudado.

Previo a la reforma del COGEP del 2019, la ejecución de una hipoteca requería la obtención de una sentencia judicial mediante tramite ejecutivo, que declarara la existencia de la deuda y la obligación del pago, esta necesidad de un juicio previo otorgaba una protección adicional de seguridad jurídica, garantizando que los derechos del deudor fueran debidamente considerados antes de proceder con la ejecución; sin embargo, la reforma introducida en el artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos 2019 estableció que la hipoteca, bajo ciertas condiciones, puede constituirse como título de ejecución, permitiendo al acreedor iniciar un proceso judicial de ejecución sin necesidad de un juicio previo.

A pesar de la reforma legal a la norma procesal en el año 2019, la naturaleza de la hipoteca como título de ejecución seguía siendo objeto de debate, por lo que en el 2023 las reformas al COGEP incluyeron en el texto del Art. 363 que la hipoteca abierta y cerrada constituiría título de ejecución; en este sentido y de los resultados obtenidos mediante las técnicas de investigación (encuesta) los profesionales de derecho han manifestado que en el caso de la hipoteca abierta no se podría constituir como título de ejecución ya que carecen de una obligación clara y determinada.

La modificación del artículo 363 del COGEP en 2019 permitió que, la hipoteca pudiera constituirse como título de ejecución autónomo. Esto facultaba al acreedor a iniciar un proceso de ejecución sin necesidad de un juicio previo, simplificando y acelerando el proceso para el acreedor. Vale resaltar que, esta medida no estuvo exenta de debate. La naturaleza de la hipoteca como título de ejecución fue objeto de intensa discusión, ya que algunos juristas argumentaban que esto podía vulnerar los derechos de los deudores al eliminar la revisión judicial preliminar.

El debate se intensificó con las reformas al COGEP en 2023, que incluyeron en el texto del Art. 363 que tanto la hipoteca abierta como la cerrada como títulos de ejecución. Ya que se evidenció que la aceptación de la hipoteca abierta como título de ejecución era cuestionable ya que la modalidad de hipoteca abierta carecía de la precisión necesaria para ser considerada un título de ejecución, ya que esta indefinición podría llevar a interpretaciones arbitrarias y a posibles abusos en su aplicación.

En conclusión, aunque las reformas al COGEP han buscado agilizar el proceso de ejecución hipotecaria y fortalecer los derechos de los acreedores, han generado un debate significativo sobre la protección de los derechos de los deudores, esto por cuanto la discusión se centra en encontrar un equilibrio adecuado que permita una ejecución eficiente de la hipoteca abierta y cerrada sin comprometer las garantías procesales y la seguridad jurídica que debe imperar en el sistema judicial.

4.2 La hipoteca como título de ejecución puede dejar sin efecto el inciso tercero del Art. 351 del COGEP

Cuando hablamos de ejecución hipotecaria, lo primero que se nos viene a la mente es el embargo y posterior remate del inmueble gravado con la hipoteca, con lo cual el acreedor hipotecario podría cubrir la deuda que se encuentra pendiente por falta de pago.

Es por ello que el Código Orgánico General de Procesos en su intento de minimizar el trámite de ejecución hipotecaria, ha dispuesto que la hipoteca abierta y cerrada constituya título de ejecución sin la necesidad de interponer un juicio ejecutivo previo, frente a ello han surgido varios cuestionamientos de procedibilidad ya que para accionar este tipo de

procedimientos se debe de demostrar la existencia de una deuda; sin embargo tras el análisis de los resultados de la investigación se ha podido determinar que la hipoteca abierta no podría ejecutarse por sí sola, por tanto en este tipo de casos se hace muy necesario la interposición de un juicio ejecutivo previo

El Código Orgánico General de Procesos (2023), dice:

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 (Art. 351) *(las negrillas y subrayado son de mi autoría)*.

Cabe señalar que dentro del procedimiento ejecutivo el accionante podrá solicitar el embargo del inmueble hipotecado, pero esto se realizará bajo los lineamientos del procedimiento de los títulos ejecutivos contemplado desde el Art. 347 y siguientes del COGEP, con la diferenciación que para proceder con la venta forzosa del inmueble hipotecado tiene que haberse pronunciado una sentencia, posteriormente realizarse una liquidación, pronunciar un mandamiento de ejecución y si no hay pago de la obligación sentar la correspondiente razón de no pago.

Hecho lo cual, desde ahí comenzaría la ejecución forzosa, debiendo el acreedor solicitar un avalúo pericial para posterior a ello el juez convocará a audiencia de ejecución para ordenar el remate del inmueble embargado, por lo que con todo este procedimiento la ejecución hipotecaria se alargaría demasiado, en tanto que si se ejecuta directamente la hipoteca como título de ejecución el trámite se minimiza y con ello se garantiza los derechos del acreedor.

En tal sentido, la ejecución hipotecaria prevista en el Art. 363 del Código Orgánico General de Procesos, no podría dejar sin efecto el inciso tercero del Art. 351 del COGEP, ello por cuanto se hace necesario que dentro del procedimiento ejecutivo se provea de una herramienta que permita solicitar las providencias preventivas a que se creyere asistido el acreedor hipotecario; si bien la hipoteca puede ejecutarse mediante un trámite autónomo, es importante que en vía ejecutiva exista la alternativa de embargo en este tipo de procedimientos mucho más cuando se trata de hipoteca abierta.

Conclusiones

Antes de las reformas al Código Orgánico General de Procesos en 2019, no estaba claro si la hipoteca podía ser un título de ejecución, por lo que con la reforma del 2019 se incluyó la hipoteca como título de ejecución, pero aún persistían dudas sobre su aplicación, ya que no se determinaba si aplicaba para la modalidad de hipoteca abierta o cerrada.

Las reformas al Código Orgánico General de Procesos (COGEP) en 2023 buscan fortalecer el marco legal para los procedimientos judiciales en especial los de procedimiento de ejecución y con ello mejorar la administración de justicia, por lo que ante varios cuestionamientos se ha incluido en el texto de la norma procesal la hipoteca abierta y cerrada como títulos de ejecución, lo que agiliza el proceso de cobro de deudas.

La hipoteca abierta garantiza obligaciones presentes y futuras del deudor con el acreedor, mientras que la hipoteca cerrada se limita a una obligación específica. Esta flexibilidad de la hipoteca abierta la hace más atractiva para los acreedores, pero también plantea desafíos en términos de ejecución.

La Corte Nacional de Justicia ha aclarado que la hipoteca abierta no podría considerarse como un título de ejecución en sí misma, ya que la obligación debe ser líquida y determinada, esto significaría que la hipoteca abierta solo podría ser ejecutada si se concreta en una obligación específica.

La ejecución hipotecaria en Ecuador en comparación con la legislación española presenta un gran avance ya que en el país europeo se ha provisto de una ley específica para este tipo de trámites como lo es la Ley Hipotecaria y el reglamento a dicha Ley, es de resaltar que en España la ejecución de una hipoteca se la puede realizar de forma extrajudicial ante un Notario, dotando por tanto facilidades al acreedor hipotecario para que pueda cobrar su deuda.

Existe una posible antinomia en el Código Orgánico General de Procesos, ya que la hipoteca abierta y cerrada se incluye como título de ejecución y también como un contrato prendario accesorio en el procedimiento ejecutivo, por lo cual de la interrogante planteada y del análisis de los resultados a lo largo de esta investigación se concluye que pese a que la

hipoteca se puede ejecutar de forma autónoma debe de seguir considerándose como un contrato accesorio en el procedimiento ejecutivo.

Recomendaciones

Emitir una jurisprudencia clara que establezca de manera definitiva si la hipoteca abierta por ser su naturaleza jurídica la de garantizar obligaciones presentes y futuras del deudor con el acreedor puede ser un título de ejecución en sí misma o si requiere concretarse en una obligación específica.

Realizar estudios comparativos con las legislaciones de otros países sobre la ejecución hipotecaria, con el fin de identificar mejores prácticas e implementarlas en el Ecuador, priorizando la garantía de los derechos tanto del acreedor como del deudor, evitando largos litigios que podrían ser solucionados por vías alternativas de solución de conflictos como nos nuestra la legislación española.

Fomentar el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación y el arbitraje, para resolver disputas relacionadas con la ejecución hipotecaria, antes de recurrir a la vía judicial con el objetivo de agilizar el proceso de cobro de deudas y reducir los costos para los acreedores

Implementar programas de capacitación para jueces y abogados sobre la ejecución hipotecaria, incluyendo las particularidades de la hipoteca abierta y cerrada, así como los procedimientos para su ejecución judicial, ya que se presentan muchos debates entre juristas y abogados a la hora de entablar un procedimiento de ejecución de una hipoteca abierta, que en muchos de los casos es rechazada por los jueces por no contener una obligación determinada.

Revisar el Código Orgánico General de Procesos, para eliminar posibles antinomias entre la inclusión de la hipoteca como título de ejecución y su consideración como contrato prendario accesorio en el procedimiento ejecutivo, de esta forma ya se tendría la certeza de que camino judicial se debe tomar para su efectiva ejecución.

Mantener vigente otras alternativas de ejecución, como lo es la medida de embargo dispuesta en el inciso tercero del Art. 351 del Código Orgánico General de procesos, ya que si bien esta medida proviene de un juicio ejecutivo, permite a los acreedores tener mas amplitud a la hora de ejecutar un crédito hipotecario, ya que tendrán a su disposición dos

caminos jurídicos con el mismo fin, que es el de la ejecución hipotecaria en garantía de los derechos de los acreedores y con ello el pago de las obligaciones contraídas por los deudores.

Referencias

Legislación

Asamblea Nacional del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial* N° 449

Asamblea Nacional del Ecuador. (2019, 26 de junio). Código Orgánico General de Procesos. *Registro Oficial* N° 517

Asamblea Nacional del Ecuador. (2023, 07 de febrero). Código Orgánico General de Procesos. *Registro Oficial* N° 245

Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código Civil. *Registro Oficial* N° 46

Corte Constitucional del Ecuador, (2019, 14 de marzo). Dictamen NO. 003-19-DOP-CC.

Corte Nacional de Justicia, (2021, 25 de enero). *Las Hipotecas Abiertas o Cerradas - El Título de Ejecución debe contener una obligación líquida y pura*. Oficio 0120-AJ-P-CNJ-2021

Corte Nacional de Justicia, (2021, 25 de enero). *La Hipoteca no es considerada como un título de Crédito Autónomo Ejecutivo*. Oficio 0150-AJ-P-CNJ-2021

Bibliografía

Alarcón, M. (1893). *Estudios sobre el Código Civil*. Sociedad Anónima

Arias-Schreiber Pezet, M. (2006). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Gaceta Jurídica.

Beaumont, R. (2011). *Hipoteca para garantizar títulos transferibles por endoso al portador*. Gaceta Jurídica.

Boretto, M. (2004). *Hipotecas Abiertas*. Rubinzal-Culzoni

Cárdenas, R. (1996). *La hipoteca en la codificación civil peruana*. Cultural Cuzco

Carrion, S. C. (2019). *Ejecución Hipotecaria, Cuestiones prácticas*. Dykinson

Catena, V. M. (2009). *La Ejecución Forzosa*. Palestra.

Couture, E. J. (1997). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma.

Diez, P. Gullón, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos

Duarte, R. D. (2016). *La Hipoteca en el Código Civil Chileno*. Metropolitana.

- Gonzalez, M. D. (1981). *Génesis de la Prenda e Hipoteca en el Derecho Romano*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las Obligaciones*. Universidad Externado de Colombia .
- Holguin, J. L. (2006). *Diccionario de Derecho Civil*. Corporacion de Estudios y Publicaciones
- Kiper, C.M. (2016). *Manual de Derechos Reales*. Rubinzal-Culzoni
- Minguez, A. H. (2017). *Derecho Procesal Civil*. Jurista Editores.
- Papaño, R. K. (2004). *Derechos Reales*. Astrea.
- Sanchez, J. G. (2002). *La Ejecucion Civil*. Dykinson.
- Somarriva, M. (2012). *Tratado de las Caucciones*. EdiarCono Sur Ltda.
- Vidal, M. D. (2004). *Derechos Reales*. Zavalía.

Linkografía

- Aguilar, D. (2023). *La Hipoteca como Título de Ejecucion* [Tesis maestria, Universidad Indoamerica]. Repositorio Institucional. URL <https://bit.ly/4djbesY>
- Anders, V. (2021). *Diccionario Etimológico Castellano en Línea*. URL <https://bit.ly/4dFZMHs>
- Blog Laboral Kutxa. (29 de octubre del 2019). Hipotecas, toda una historia. Recuperado el 27 de julio del 2024 <https://bit.ly/4dj7zeG>
- Bolaños, J. J. (septiembre del 2013). La Obligacion Civil Romana y las Garantias del Derecho de Credito. *Revista Judicial Costa Rica*, (109), 11. <https://bit.ly/3AouHKk>
- Centro de Información Jurídica en Línea. (s.f). Hipoteca Legal e Hipoteca Convencional <https://bit.ly/3WVOaKZ>
- Dávalos, L. S. (2022). *La Hipoteca es verdaderamente un titulo de ejecucion*. <https://bit.ly/3M0wEij>
- Estrada, R. B. (s.f.). *El proceso de ejecucion* . Obtenido de <https://bit.ly/3M3njXk>
- Imas, L. A. (2016). *La Hipoteca y sus caracteres en el Codigo Civil y Comercial* <https://bit.ly/3yqVF3k>
- Mata, R., Posteraro, L., Frontini, E. (2005). Hipotecas Abiertas, Hipotecas y Dominio Desmembrado. *Revista Notarial*. (951), 494. <https://bit.ly/3WR7s35>

Ministerio de Justicia de España. (1889, 24 de julio). Código Civil <https://bit.ly/3YFNWZS>

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, España. (2023, 09 de mayo). Ley y Reglamento Hipotecario <https://bit.ly/3yAfBk8>

Pirovano, P. A. (17 de marzo de 2006). La Hipoteca Abierta, Crítica a un fallo desafortunado. *Revista Jurídica La Ley*, (s/n). <https://bit.ly/3yIQNqh>

Rospigliosi, E. V. (2019). *Características de la Hipoteca*. Propiedad y Derechos Reales. <https://bit.ly/3YOxB4U>

Apéndice

Modelo de Encuesta

UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

Encuesta dirigida a abogados en libre
ejercicio de la profesión del cantón Montúfar



OBJETIVO: Determinar si la hipoteca como título de ejecución puede aplicarse sin un juicio ejecutivo previo, y si con ello debería de dejarse sin efecto inciso tercero del Art. 351 del COGEP

INSTRUCCIONES:

- Lea con atención cada una de las preguntas y seleccione la alternativa que usted crea que es la acertada
- La información que usted brinde es confidencial por lo que se solicita responda con la veracidad del caso

ENCUESTA

1. Indique usted cuántos años de experiencia tiene en el libre ejercicio de la profesión.

Marque con una X

2 años

5 años

8 años o más

2. ¿Qué tipo de títulos de ejecución usted conoce? Marque con una X

Sentencia

Acta de Mediación

Transacción

Hipoteca

3. ¿Conoce usted si la hipoteca es un título de ejecución? Marque con una X

Si

No

4. ¿Conoce usted el procedimiento para ejecutar un título de ejecución? Si su respuesta es positiva explique brevemente. Marque con una X

Si

No

5. ¿La ejecución hipotecaria podría subsistir sin un juicio ejecutivo previo? Marque con una X

Si

No

Por qué.....

6. ¿La hipoteca abierta al no contener una obligación pura, líquida y determinada deber ser considerada como título de ejecución? Marque con una X

Si

No

Por qué.....

7. ¿En su experiencia profesional, ha interpuesto una acción de ejecución hipotecaria? Si su respuesta es positiva indique si su demanda fue aceptada a trámite y obtuvo sentencia favorable o en contra. Marque con una X

Si

No

.....

8. Cree usted que, si la hipoteca tiene su propio procedimiento de ejecución, debería de eliminarse el tercer inciso del Art. 351 del COGEP. Marque con una X

Si

No

Por qué.....