

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

**TEMA:**

La validez de la hipoteca abierta y su ejecutividad como título de ejecución – Análisis  
del caso ecuatoriano

**AUTOR:**

Abg. Marco André Salas Bowen

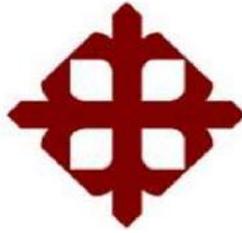
**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de:  
MÁGISTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**TUTOR:**

Dr. De La Pared Darquea, Johnny Dagoberto

**GUAYAQUIL, ECUADOR**

**27 DE JULIO DE 2023**



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

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad **Marco André Salas Bowen**, como requerimiento parcial para la obtención del grado académico de **Magister en Derecho mención Derecho Procesal**.

**DIRECTOR DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

**Dr. Johnny De La Pared Darquea**

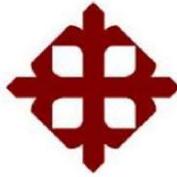
**REVISORA**

**Dra. Nuria Pérez Puig-Mir de Wright**

**DIRECTOR DE LA MAESTRÍA**

**Dr. Miguel Hernández Terán**

**Guayaquil, 27 de julio del 2023**



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

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, Abg. Marco André Salas Bowen

**DECLARO QUE:**

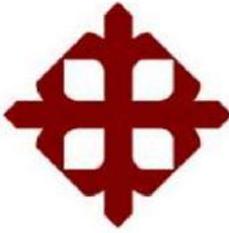
El proyecto de investigación: **“La validez de la hipoteca abierta y su ejecutividad como título de ejecución – Análisis del caso ecuatoriano.”** previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan durante el desarrollo del trabajo investigativo, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

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

**Guayaquil, 27 de julio de 2023**

**EL AUTOR**

**Abg. Marco André Salas Bowen**



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

**AUTORIZACIÓN**

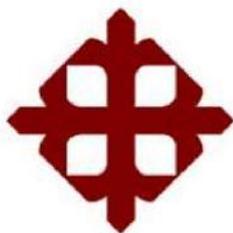
**Yo, Abg. Marco André Salas Bowen**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del proyecto de investigación previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho Mención Derecho Procesal en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, titulado: “**La validez de la hipoteca abierta y su ejecutividad como título de ejecución – Análisis del caso ecuatoriano**”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, 27 de julio de 2023**

**EL AUTOR:**

**Abg. Marco André Salas Bowen**



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

**URKUND** Abrir sesión

<b>Documento</b>	<a href="#">Trabajo de titulación - Abg. Marco Salas Bowen.docx</a> (D171356340)
<b>Presentado</b>	2023-06-26 11:42 (-05:00)
<b>Presentado por</b>	andres.obando@cu.ucsg.edu.ec
<b>Recibido</b>	miguel.hernandez.ucsg@analysis.orkund.com
<b>Mensaje</b>	RV: Trabajo de titulación corregido - Abg. Marco André Salas Bowen <a href="#">Mostrar el mensaje completo</a> 3% de estas 38 páginas, se componen de texto presente en 8 fuentes.

Lista de fuentes Bloques

Categoría	Enlace/nombre de archivo
UNIVERSIDAD AGRARIA DEL ECUADOR / D116355947	<input checked="" type="checkbox"/>
<a href="#">Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D78248986</a>	<input type="checkbox"/>
UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL / D80555784	<input type="checkbox"/>
UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE / D104445465	<input type="checkbox"/>
Universidad Regional Autónoma de los Andes / D168507249	<input type="checkbox"/>

0 Advertencias. Reiniciar Compartir

Universidad Católica Santiago Comment0 de Guayaquil

Sistema de Posgrado Maestría en Derecho mención Derecho Procesal

Tema: La validez de la hipoteca abierta y su ejecutividad como título de ejecución - Análisis del caso ecuatoriano Autor: ABG. Marco André Salas Bowen Trabajo de titulación previo a la obtención del título de máster en derecho procesal Tutor: DR. De la Pared Darquea Jhonny Guayaquil, Ecuador 11 de febrero de 2022

INDICE

Contenido Comment2 ÍNDICE ii AGRADECIMIENTO v RESUMEN vi ABSTRACT vii INTRODUCCIÓN 1  
MARCO METODOLÓGICO 3 Método 3 Enfoque metodológico 4 Técnicas de investigación 4 CAPÍTULO 1  
MARCO TEÓRICO 5 La hipoteca, su esencia, su naturaleza jurídica 5 Primer aspecto esencial de la  
naturaleza de la hipoteca: su carácter de carga o gravamen 6 Segundo aspecto esencial de la  
naturaleza de la hipoteca: su accesoriadad 8 Tercer aspecto esencial de la naturaleza de la hipoteca,  
la solemnidad 12 Elementos esenciales de la hipoteca como contrato 14 Elementos esenciales de la  
hipoteca como contrato procedentes de los aspectos esenciales de carga o gravamen de la hipoteca y  
accesoriadad como derecho real 17 La accesoriadad 17 La especialidad 19 La indivisibilidad 21  
Elementos esenciales de la hipoteca como contrato procedentes del aspecto de solemnidad de la

## **AGRADECIMIENTO**

A Nuestro Señor Jesucristo y a Nuestra Madre María por su persistencia en su confianza en este servidor

Al Amor de mi Vida, Emily Pinzón, por su entrega, confianza y apoyo incondicional

A mi Papá, Marco Salas Benites, por su ejemplo y amor incondicional de padre y amigo

Al doctor Javier Aguirre Valdez por su confianza y por las incontables oportunidades que me ha brindado.

**ÍNDICE**

<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>VI</b>
<b>ÍNDICE.....</b>	<b>VII</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>IX</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>X</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>MARCO METODOLÓGICO .....</b>	<b>3</b>
<b>Método .....</b>	<b>3</b>
<b>Enfoque metodológico .....</b>	<b>4</b>
<b>Técnicas de investigación.....</b>	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO 1 MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>5</b>
<b>La hipoteca, su esencia, su naturaleza jurídica .....</b>	<b>5</b>
<b>Elementos esenciales de la hipoteca como contrato.....</b>	<b>14</b>
<b>La hipoteca abierta, su contexto actual.....</b>	<b>25</b>
<b>Naturaleza y procedencia .....</b>	<b>28</b>
<b>Sus elementos y su nuevo cariz estructural y funcional .....</b>	<b>29</b>
<b>CAPÍTULO 2 DISCUSIÓN Y PROPUESTA.....</b>	<b>32</b>

<b>Viabilidad de la hipoteca abierta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....</b>	<b>32</b>
<b>Propuesta .....</b>	<b>67</b>
<b>CAPÍTULO 3 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>68</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>68</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>70</b>
<b>CAPÍTULO 4.....</b>	<b>70</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>70</b>

## RESUMEN

El presente trabajo analiza la institución jurídica de la hipoteca en su especie: la hipoteca abierta. Para ello, se inicia el estudio en una primera parte que comprende los considerandos generales de la hipoteca como derecho real y la determinación y análisis de lo que juzgamos como aspectos esenciales de la misma; proseguimos con su implementación a nivel contractual y la determinación de sus elementos esenciales a partir de su carácter de derecho real y de sus aspectos esenciales. Este iter conceptual bajo el umbral del análisis de la normativa vigente pertinente y bajo los aportes realizados por múltiples entendidos en la materia.

Habiendo distinguido los elementos esenciales del contrato de hipoteca y sus alcances, el siguiente paso consiste en analizar si la hipoteca, en su especie, hipoteca abierta, como contrato posee los elementos esenciales para su nacimiento y subsistencia como institución jurídica y si posee, así mismo, los elementos esenciales para ser considerado título de ejecución ejecutable vía procedimiento de ejecución. Las diversas aplicaciones de esta en los juzgados a nivel nacional coadyuvarán a la identificación de la problemática y nos ayudará a perfilar una propuesta que mejore la comprensión de su aplicación y ejecutividad en nuestro entorno. El trabajo concluye con el enunciado categórico referente a la viabilidad de la hipoteca abierta como título de ejecución en nuestro ordenamiento jurídico.

**Palabras clave:** hipoteca abierta, título de ejecución, procedimiento de ejecución, elementos esenciales.

## ABSTRACT

In this paper we analyze the legal institution of the mortgage in its kind: the open mortgage. For this, we begin the study in a first part that includes the general considerations of the mortgage as real right and the determination and analysis of what we judge as essential aspects of it; we continue with its implementation at the contractual level and the determination of its essential elements based on its character of real right and its essential aspects; We end with the study of each one of the faculties that derive from the essential elements of the mortgage as a contract. We go through this conceptual iter under the threshold of the analysis of the relevant current regulations and under the contributions made by multiple experts in the matter.

Having distinguished the essential elements of the mortgage contract and its scope, the next step is to analyze whether the mortgage, in its kind, open mortgage, as a contract has the essential elements for its birth and subsistence as a legal institution and if it also has , the essential elements to be considered an executable execution title via the execution procedure. The various applications of this in the courts at the national level will contribute to the identification of the problem and will help us to outline a proposal that improves the understanding of its application and execution in our environment. The work concludes with the categorical statement referring to the viability of the open mortgage as a title of execution.

**Keywords:** open mortgage, foreclosure title, foreclosure procedure, essential elements

## INTRODUCCIÓN

La problemática planteada sobre la procedencia de la hipoteca abierta como título de ejecución ha generado en la actualidad no pocos debates en los despachos judiciales y en las mesas de diálogo entre entendidos del Ecuador sobre si esta especie de hipoteca elevado a escritura pública e inscrito conforme ordena la ley cuyos elementos esenciales se encuentran no determinados y son determinables constituye un título de ejecución apto para incoar el procedimiento de ejecución recogido en el Libro V del Código Orgánico General de Procesos. Es una duda que ha surgido a raíz de las reformas de junio de 2019 del COGEP en las que se estableció que dicho contrato solemne constituye un título de ejecución. En el mencionado cuerpo legal, no existe mención y no se realiza distinción alguna sobre si uno u otro tipo de hipoteca (abierta o cerrada) es o no apto para iniciar el trámite de ejecución; así tampoco podría considerarse hipoteca y, por ende, título habilitante al instrumento que carezca de sus elementos esenciales al momento de iniciar el trámite de ejecución porque, simplemente, no existe hipoteca o este ha degenerado en otro. Este trabajo tiene como ambicioso objetivo disipar la duda sobre si la hipoteca abierta en el caso ecuatoriano contiene los elementos mínimos o esenciales necesarios para ser considerado título de ejecución y ser habilitante idóneo para un eventual procedimiento de ejecución. Los presupuestos teóricos de la hipoteca y de su especie, hipoteca abierta, el análisis del contenido normativo en el sistema jurídico ecuatoriano referente a esta institución, los pronunciamientos oficiales de la más alta Corte de legalidad junto con los aportes doctrinarios realizados sobre el tema en cuestión contrastados con los pronunciamientos de los jueces a nivel nacional permitirán concluir sobre la validez y ejecutividad de la hipoteca abierta en el contexto ecuatoriano. Para conseguir el

cometido señalado se alcanzarán las siguientes cuotas que nos permitirán demostrar la tesis fundamental de nuestro trabajo:

**Objetivo General:**

Analizar la validez de la institución de la hipoteca abierta aplicada en el contexto ecuatoriano y su ejecutividad mediante procedimiento de ejecución.

**Objetivos Específicos:**

Fundamentar los presupuestos teóricos de la hipoteca y de la hipoteca abierta.

Sintetizar los referentes empíricos alrededor de la hipoteca.

Analizar el contenido normativo de la valoración de la hipoteca abierta en el sistema jurídico ecuatoriano.

Analizar los pronunciamientos judiciales referentes a la validez y ejecutividad de la hipoteca abierta.

Determinar la validez de la hipoteca abierta instrumentada en el caso ecuatoriano y su ejecutividad mediante procedimiento de ejecución.

Dentro de los métodos sistemáticos del derecho utilizados en el desarrollo del tema está el método exegético el cual determinará la realidad normativa actual en el Ecuador y su alcance en la institución de la hipoteca; así mismo, el método dogmático profundizará los conceptos básicos que giran alrededor de esta institución jurídica y determinará sus elementos y aspectos básicos al momento de su implementación en un contrato como en la ejecución como título de ejecución; finalmente, con el método casos de estudio se identificará la problemática en torno a la institución bajo análisis y realizará una propuesta más concreta que permita disipar las dudas existentes.

A través de este trabajo se ha logrado demostrar que en el caso ecuatoriano la hipoteca abierta constituye un título de ejecución idóneo para el cobro de obligaciones

garantizadas con este derecho real; se ha logrado demostrar que partiendo de la normativa que rige actualmente la institución, la hipoteca abierta posee autonomía estructural en su constitución y dependencia funcional en el momento de su ejecución como lo afirman renombrados tratadistas. Para afirmar esto, ha quedado explicado como la escritura de hipoteca abierta inscrita respeta todos los elementos esenciales necesarios para su existencia jurídica y su oponibilidad frente a terceros; así mismo, se demostró que la hipoteca abierta ya como título de ejecución idóneo cumple todos los elementos esenciales para ser estimada como tal con el finde obtener el cobro de obligaciones contenidas en títulos ejecutivos adheridos a ella y detalladas en la respectiva solicitud de ejecución por cuantías determinadas de diversas maneras extra escritura. El actual régimen constitucional y legal ecuatoriano permite, no impide, la aplicación de esta moderna institución que lejos de menoscabar derecho alguno de las partes intervinientes ha demostrado ser una figura óptima, versátil y eficiente en la acelerada práctica comercial que vivimos en esta época.

## **MARCO METODOLÓGICO**

### **Método**

Debido a la naturaleza del fenómeno jurídico como objeto de estudio e investigación del presente trabajo de tesis, el enfoque cualitativo es el más adecuado para este cometido dado que los factores a analizar no son cuantificables bajo paradigmas exactos y estrictos de medición sino más bien desarrollados en la discusión que existe al día de hoy por parte de los operadores de justicia sobre el tema en análisis y sobre cómo el desarrollo conceptual y procesal, que se le está dando a la institución de la hipoteca abierta, pudiese afectar sus elementos esenciales de constitución y existencia. La construcción de una teoría en armonía y respeto con la estructura básica de esta institución teniendo como presupuesto un bagaje conceptual

relevante y objetivo que cristalizará una propuesta y unas recomendaciones ante la problemática planteada.

### **Enfoque metodológico**

La propuesta a estructurar tiene como asidero un marco teórico que recoge el estudio de los elementos básicos de la institución de la hipoteca abierta, identifica las controversias que giran en torno a algunos de ellos y, frente a estas discusiones teóricas, señala las posiciones que van acorde a una concepción lógica y coherente con el tema en cuestión. Esta teoría fundamentada que se pretende propugnar, ha considerado las principales posturas asumidas por funcionarios judiciales a la hora de dirimir conflictos y ha buscado proponer una solución objetiva y eficiente que coadyuve a la finalidad buscada por el ordenamiento jurídico al normar el trámite de ejecución y al definir cuáles son los títulos de ejecución aptos para incoar una acción de ejecución.

El enfoque adoptado aportará una solución diáfana y específica al problema jurídico que se ventila en los principales juzgados del país y con ello se dará cumplimiento a los objetivos planteados en el presente trabajo.

### **Técnicas de investigación**

Dos son las técnicas a utilizarse que contribuirán a alcanzar los objetivos delimitados, la investigación documental y el análisis de casos. El primero será de utilidad en la etapa de recopilación de datos relevantes que permita cotejar las diversas teorías que se sostienen en los principales despachos judiciales y la segunda ayudará a analizar los puntos de vista aplicados en providencias judiciales que tienen como base las teorías sostenidas por los operadores de justicia. Esto, claro está, habiendo seleccionado pronunciamientos judiciales que contengan las principales posturas

observadas desde las reformas de 26 de junio de 2019 del COGEP, fecha desde la cual la hipoteca es considerada como título de ejecución.

Imposible definir las técnicas de análisis de datos que podría utilizar debido a que si bien se obtendrá información con la ayuda de las técnicas arriba descritas, el objetivo de este trabajo no es la gestión y administración de dicha información para producir una conclusión cualitativa en base a ellas sino simplemente de referencia general a lo que se discute a nivel judicial y extrajudicial sobre el tema bajo análisis.

## **CAPÍTULO 1 MARCO TEÓRICO**

### **La hipoteca, su esencia, su naturaleza jurídica**

“Para que exista derecho real es suficiente la presencia de una situación jurídica activa de poder que tenga por objeto una cosa” así culminó la obra del profesor Bravo de Mansilla (1997) y con ello inicia este trabajo que busca profundizar en los aspectos básicos y esenciales de la institución de la hipoteca y su aplicación en su especie, la hipoteca abierta, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para ello en el presente trabajo se hará un recuento de los elementos esenciales de esta institución, aquellos que constituyen su naturaleza, su implicación en el contrato de hipoteca, así como las facultades que se desprenden de todo lo anterior.

Se definió a la esencia o naturaleza de una entidad o institución como “aquello por lo cual una cosa es lo que es” (p. 120); de esta definición el mismo autor Mariano Artigas (1990) concluyó afirmando que de la razón de ser de una determinada entidad se desprende su finalidad. De modo que la finalidad de una entidad o institución está determinada por su propia esencia o naturaleza. Tres son los aspectos esenciales de esta institución: su carácter de carga o gravamen, su accesoriedad y la solemnidad que implica su constitución.

La hipoteca en el Código Civil (2005), fue recogida como un derecho real cuya finalidad consiste en el aseguramiento de una obligación con una carga o gravamen que recae sobre un determinado bien inmueble de propiedad del deudor de la relación jurídica o de un tercero que decide asegurar el crédito. El concepto de carga o gravamen y su origen ayudará a explicar algunos aspectos importantes de esta institución.

### **Primer aspecto esencial de la naturaleza de la hipoteca: su carácter de carga o gravamen**

En toda relación jurídico crediticia existe una relación entre dos sujetos: el acreedor o titular del crédito y el deudor o titular de la obligación. Esta relación jurídica la llamó el profesor Bravo de Mansilla (1997) como la deuda caracterizada por el derecho que tiene la parte activa (acreedor) de exigir el cumplimiento a la parte pasiva (deudor) lo estipulado por las partes y por este último la obligación de cumplir con dicha prestación. Esta conexión de carácter subjetivo y personal tiene como resguardo al cumplimiento de la deuda u obligación una sujeción de carácter objetivo patrimonial general que recae sobre la parte pasiva en beneficio de la parte activa. Este resguardo o garantía general del patrimonio del deudor con respecto a sus obligaciones asumidas, fue recogida en nuestro código civil en el artículo 2367, es conocida como garantía general de prenda. René Abeliuk (1971) para explicarla dividió el concepto por partes y comentó: “Hay una garantía porque realmente el patrimonio del deudor está asegurando que, si no voluntariamente, cuando menos forzosamente o por equivalencia, se cumplirá su obligación” (p.250) y al referirse a la garantía general comentó: “Y se la llama garantía general, para distinguirla de las específicas en que queda afectado un bien determinado del deudor al cumplimiento, como ocurre precisamente en la prenda e hipoteca.” (p.252). Es decir, consiste en *la responsabilidad*

general que tiene un deudor que se halla obligado con la totalidad de su patrimonio para el cumplimiento del crédito asumido. A diferencia de esta última, la hipoteca consiste en una especificación o prelación sobre un bien específico del deudor que responderá por una o varias obligaciones con un bien inmueble de su propiedad sobre el cual recae esta afección o gravamen. De modo que responsabilidad general e hipoteca son dos conceptos que se incluyen y se mantienen presentes en una relación jurídica de deuda. Es muy oportuno citar ahora al cónsul romano Quinto Mucio Escévola (1997):

No hay, pues, derogación del artículo 1911 CC puesto que la responsabilidad ilimitada del deudor es absoluta, si bien por la existencia de la hipoteca hay cierta excisión (sic) o separación, ya que existen unos bienes, los hipotecados, directamente responsables, y otros bienes (el resto del patrimonio) subsidiariamente responsables en su generalidad de tal patrimonio y jugando unos y otros separadamente.(p.35)

Concluyó el mencionado catedrático que “la hipoteca constituye un patrimonio afectado directa y principalmente a la satisfacción de un crédito”(p.38). Es decir, la constitución de la hipoteca no implica perturbación alguna en la operatividad de la garantía general de prenda. La relación entre ambas quedaría de la siguiente forma: la garantía general de prenda es una garantía común y subsidiaria en beneficio de todo acreedor mientras que la garantía otorgada por una hipoteca constituye un mecanismo especial de respaldo para determinados créditos en beneficio de un acreedor específico. Se denota con mayor claridad este primer aspecto que conforma la esencia o naturaleza de la hipoteca como tal: la afectación del gravamen o carga de tipo real.

Esta afección o carga realrecae sobre bienes inmuebles (bienes inmuebles por naturaleza como por adherencia, así como por destinación mas estas dos últimas clases no de forma autónoma) tal y como fue recogido el artículo 2309 y siguientes de nuestro Código Civil; sobre bienes inmuebles comerciables, corporales (con excepción al inmueble incorporal del derecho de usufructo que recae sobre un bien raíz); actuales como futuros (que se espera que existan); sujetos a condición o plazo y puros; sobre cuotas (refiriéndonos a la cuota en cosa singular y de parte cierta de la cosa común).

### **Segundo aspecto esencial de la naturaleza de la hipoteca: su accesoriedad**

Otro de los componentes de la esencia del derecho real de hipoteca es el elemento de accesoriedad definida por los profesores Alessandri, Somarriva&Vodanovic (2015) como aquél aspecto por el cual “ciertas cosas tienen vida jurídica subordinada a la existencia de una cosa principal”(p.220).Esta definición se colige de lo normado en nuestro código civil sobre esta institución. Múltiples artículos en nuestro código civil denotaron este aspecto esencial de accesoriedad del contrato de hipoteca: Así en el artículo 2311 de nuestro Código Civil se realizó un primer acercamiento al principio de accesoriedad cuando se comentó sobre la forma en cómo se deberá otorgar la hipoteca, esto es mediante escritura pública y prosiguió en su segundo inciso enunciando que la hipoteca accede a un contrato del cual depende y da la posibilidad de que el mismo sea integrado en el contrato de hipoteca; de la misma manera, en cuanto a su exigibilidad el contrato de hipoteca en el artículo 2330 hace referencia al acreedor que por los derechos adquiridos en base a un contrato principal garantizado con esta caución tiene la facultad de perseguir el inmueble gravado en manos de quien esté; y sin pretender agotar los ejemplos, el artículo 2336 cuando se refería a la forma en cómo se extingue el contrato hipoteca: se aplica el principio *accessoriumsequiturprincipale* que trae como consecuencia que la extinción del

contrato al cual accede el contrato de hipoteca, acarrea la extinción de esta última. Desde donde se puede observar que la hipoteca como derecho accesorio o de segundo grado comparte su condición y estado con el contrato principal al que garantiza en su condición y estado de constitución, en su duración, en su exigibilidad y en su extinción.

El profesor Bravo de Mansilla (1997) se preguntó cuáles son las principales manifestaciones o implicaciones que conlleva el principio de accesoriedad en relación al contrato de hipoteca, a lo que arguye las siguientes: la necesidad de existencia previa o simultánea de un crédito para la constitución y nacimiento de la hipoteca; la exigencia de coincidencia subjetiva en la titularidad del crédito y de la hipoteca; la inseparable cesión de la hipoteca junto con el crédito; y la extinción de la hipoteca como consecuencia de la extinción del crédito.

Estas consideraciones descritas por el profesor español denotaron un claro panorama sobre la extensión del principio de accesoriedad, su generalidad y su carácter absoluto en la hipoteca. Consideraciones que podrían entrar en una aparente contradicción o crisis con ciertas situaciones que viabiliza nuestro Código civil. Se trató del aseguramiento de obligaciones aún no existentes al momento de la constitución del contrato de hipoteca, así como la permanencia del contrato de hipoteca pese a la extinción de la obligación a la cual asegura. Con estas situaciones mencionadas daría la impresión de una aparente autonomía de la hipoteca respecto al crédito en cuanto tal. Es dable profundizar con mayor detenimiento estos puntos para zanjar la duda.

El artículo 2321 de nuestro Código Civil otorgaba la posibilidad de que la hipoteca recaiga sobre bienes futuros, es decir, sobre bienes tanto que no se encuentran aún en poder del deudor como los que aún no existen. El articulado viabiliza la constitución

de la hipoteca y, únicamente, su oponibilidad mediante la publicidad que otorga el acto de la inscripción en el registro correspondiente cuando los adquiera. Es decir, “la garantía estará sujeta a que la obligación futura o incierta se convierta en una obligación que en un momento determinado tenga existencia y sea cierta” (Varsi, 2019, p.162)

¿Constituye esta posibilidad de otorgamiento de la hipoteca un menoscabo al principio de accesoriedad? Consideraron los profesores peruanos Enrique Varsi y Marco Torres (2019) que no. Según los letrados, el carácter accesorio del crédito se cumple no al momento del nacimiento de la garantía sino basta su estado de complemento cuando proceda su vigencia al momento de la existencia de la obligación esperada. Similar criterio sostuvo el profesor Fernando Azofra (2015) que enunció en apoyo de esta tesis que “la hipoteca flotante permite garantizar obligaciones futuras, definidas por referencia a los actos jurídicos básicos de los que deriven o pueda derivar, sin que sea preciso que exista, al tiempo de la constitución de la hipoteca, la relación o relaciones jurídicas en cuyo seno se gestarán o nacerán”. El citado profesor luego de realizar un amplio estudio sobre la institución y su viabilidad en el estado español enunció el fenómeno de relajación del principio de accesoriedad que por la acelerada práctica comercial bancaria, especialmente, se ha aceptado y acogido en el innovador artículo 153 de la Ley hipotecaria española (2007) adaptándose a los tiempos modernos que de lo contrario entorpecería el ritmo comercial actual al tener que exigir que se eleve una escritura al momento del nacimiento de la obligación que, en algunos casos, no resulta posible por diversos factores y la constitución de hipotecas por cada obligación que el deudor posea.

El profesor César Gómez Estrada (2008) estableció una interrogante que vemos oportuno plantear sobre si la hipoteca podría realizarse “en abstracto”, es decir, en

relación a cualquier bien que adquiriera en un futuro o debería determinarse el mismo, a lo que comentó el profesor que, a pesar de la aparente generalidad del artículo 2321 del Código Civil, sí debe determinarse con el fin de evitar hipotecas generales y “con el fin de ejercitar el derecho que el mismo artículo le concede de hacer inscribir la escritura una vez adquiriera el constituyente el inmueble.”

Ahora es momento de desarrollar la aparente afectación que propiciaría al principio de accesoria la no extinción de la hipoteca al momento de la extinción del contrato principal. En la práctica, ocurre que en múltiples situaciones al extinguirse o modificarse la obligación garantizada con la hipoteca, esta última subsiste y se mantiene vigente en el registro respectivo dada la no cancelación de su inscripción. La pregunta que surge en este supuesto es ¿constituye una afectación al principio de accesoria este evento? El profesor Bravo de Mansilla (1997) comentaba que no:

en estos supuestos, más que ruptura de la accesoria, se produce una discordancia entre la realidad civil y su reflejo registral, manteniéndose en ambos planos por separado dicha accesoria de la hipoteca respecto al crédito que garantiza... Mas, junto a la hipoteca, en dicho plano registral y erga omnes, también se finge y aparenta la subsistencia íntegra de la obligación, la cual, en cuanto no se exprese la reducción o extinción que ha experimentado en su reflejo registral a través de la inscripción de la hipoteca, se mantendrá en apariencia como estaba ante los terceros ajenos a la relación crédito-hipotecaria que, sin culpa ninguna (de buena fe), desconozca tal extinción o modificación. (p.104)

En pocas palabras, la razón de ser de que persista la inscripción de una hipoteca cuya obligación garantizada se ha extinguido consiste en que se inscribió para

asegurar dicho crédito y pervive por dicha apariencia. Es decir, en el ámbito registral la apariencia consiste en que dicha obligación subsiste a pesar de que inter partes la realidad sea otra.

### **Tercer aspecto esencial de la naturaleza de la hipoteca, la solemnidad**

Para terminar con el estudio de los aspectos esenciales del derecho real de hipoteca, es importante considerar a la solemnidad como una formalidad necesaria para la existencia de este acto jurídico y cuáles son los requerimientos que realiza el Código Civil para que la hipoteca sea válida y oponible a terceros pero antes estimo necesario aclarar ciertos conceptos para evitar confusiones.

El afamado notario de la ciudad de México, Bernardo Pérez (1978) quien, por cierto, actualmente se encuentra en funciones disertó, en su momento, sobre la relación de los conceptos de formalidad y solemnidad en el nacimiento a la vida jurídica y de la eficacia de los actos jurídicos. Mencionó, refiriéndose a la formalidad, que “todos los contratos son formales porque requieren de una forma para exteriorizar la voluntad” (p. 65). Es decir, concibió a la formalidad como aquel concepto genérico que consiste en el requisito requerido por la ley para la existencia y eficacia de un acto jurídico. Tomando como base este planteamiento, reprodujo la doctrinaria clasificación de las formalidades en *ad solemnitatem* y *ad probationem*. Las define así:

Los formalismos *ad solemnitatem* son aquellos que son necesarios para la existencia del acto o contrato jurídico. Su falta produce la inexistencia del mismo.

A esta formalidad se le suele llamar *ad substantiam*...; por otro lado, los formalismos *ad probationem* son las formalidades para la prueba del acto jurídico.

No son necesarias ni para la existencia ni para la validez del acto jurídico.

(Bernardo Pérez 1978, P. 430)

De modo que los primeros son aquellos requisitos sine qua non para la existencia de un acto jurídico mientras que los segundos atañen más a cómo se prueba frente a terceros. Cabe mencionar que la publicidad se encasilla dentro de las formas establecidas por la ley para probar determinados actos jurídicos mediante la inscripción de los mismos en el registro público correspondiente; esta inscripción tiene un carácter declarativo del acto jurídico por medio del cual las partes intervinientes exteriorizan su voluntad frente a terceros. Esto supone la existencia del acto jurídico. En otras especies, el acto jurídico requiere para su existencia la inscripción en el registro público de modo que la publicidad tomaría el carácter de formalidad *ad solemnitatem* y el hecho propio de la inscripción tendría carácter constitutivo de derechos y, también, declarativo de derechos frente a terceros. En este caso, los dos tipos de formalidades se hallan satisfechos por el hecho mismo de la inscripción. Este es el caso de la hipoteca.

En el Código Civil en los artículos 2311 y 2312 se estableció los requisitos de forma exigidos para la constitución de la hipoteca. Curiosamente, son dos las exigencias que otorga este cuerpo de ley para que la misma tenga plena validez: que la misma se eleve a escritura pública así como también se inscriba en el Registro de la Propiedad correspondiente. Ambas exigencias por el carácter que le otorga la ley constituyen en la institución de la hipoteca en formalidades *ad solemnitatem*. El Código civil peruano comparte esta característica con el ecuatoriano. Es por que los profesores Enrique Varsi y Marco Torres (2019) comentaron referente a la hipoteca que:

no es un contrato real sino solemne toda vez que no se perfecciona con la traditio sino con la observancia de la forma prescrita, en este caso escritura pública y

subsiguiente inscripción en el Registro. Así a la solemnidad se la conceden dos elementos (P.320)

Con estas ideas claras es identificable que la solemnidad es un aspecto esencial del derecho real de hipoteca que junto con su aspecto de carga real y accesoriedad constituyen una entidad jurídica única dispuesta a ser instrumentada en un contrato con sus respectivos elementos esenciales.

### **Elementos esenciales de la hipoteca como contrato**

Habiendo recorrido brevemente los aspectos esenciales de la hipoteca como derecho real, compete ahora analizar la implicación contractual que tienen estos aspectos en el contrato de hipoteca de modo que determinarlos elementos o cláusulas propias de esta institución y el carácter de cada una de ellas.

Se reputan elementos generales de todo contrato aquellos que recogen lo necesario para que el mismo nazca a la vida jurídica o, en palabras propias, existan y tengan validez jurídica. René Abeliuk (1971) citó la doctrina comúnmente aceptada la cual clasifica los elementos de todo acto jurídico en requisitos de existencia y validez que enunciados de manera general son los siguientes: consentimiento exento de vicios, capacidad, objeto lícito, causa lícita y las solemnidades.

No es objetivo del presente trabajo ahondar en cada uno de ellos sino más bien tener como supuestos estos elementos que llamaremos generales; supuestos que dan paso a los elementos propios de cada contrato los que a su vez se encuentran clasificados por nuestro Código civil y será esta clasificación de la cual partiremos.

El artículo 1460 de nuestro Código civil (2005) incorporó la clásica clasificación inspirada en Pothier de los elementos que constituyen cada tipo de contrato. Así “se distinguen de cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su

naturaleza, y las puramente accidentales” (P.219) Siendo los elementos de la esencia aquellos por los cuales un contrato típico es el que es y sin los cuales degenera en otro o no surte los efectos propios del mismo; elementos naturales o de la naturaleza son aquellos que si bien no participan de la estructura del negocio, según palabras del profesor argentino Julio Piñero (2004), sí se predicen o derivan de él perteneciendo a la zona de los efectos del mismo, además que de no pronunciarse las partes sobre estos rigen las normas supletorias dadas por el legislador para el tipo de contrato; mientras que los elementos accidentales son aquellos que requieren una expresa manifestación de la voluntad de las partes y su ausencia “significará que el contrato producirá sus efectos normales, sin variación de ninguna especie” (Abeliuk, 1971, Pag. 50). Sobre los primeros, no puede operar la voluntad de las partes mas sobre el resto de ellos sí.

Existen otras clasificaciones modernas como la del argentino Fernando López de Zavallía (1998) el cual se apegó a la línea trazada por Carnelutti distinguió tres categorías de los requisitos propios de cada contrato: los presupuestos, los elementos y las circunstancias. Los presupuestos los definió como aquellos requisitos extrínsecos de cada contrato que preexisten y subsisten a su constitución. Es decir, elementos como la capacidad y el poder de negociación del sujeto y la misma idoneidad del objeto son circunstancias que permanecerán indistintamente de si se celebra o no el contrato. Los elementos son aquellos requisitos constitutivos e intrínsecos de cada contrato. El autor los dividió en dos pares de categorías a través de los cuales se pueden apreciar mejor teniendo así el contenido y la forma y lo estructural y lo substancial. Las cláusulas esenciales naturales y accidentales se encuentran ubicadas en la primera categoría cuando se habla del contenido de los contratos. Finalmente, llama circunstancia a aquellas circunstancias extrínsecas al contrato que se pueden apreciar no antes sino durante la aparición del contrato y durante su ejecución afectando su fin como el

cumplimiento de una condición, el tiempo y el lugar y el conjunto de situaciones económicas iniciales que alteradas otorgarían la facultad a la parte perjudicada de romper o rescindir el contrato.

En base a lo enunciado la hipoteca como contrato está animada o informada por los aspectos esenciales que se siguen de su ser como derecho real: su carácter de carga o gravamen, su accesoriedad y la solemnidad. Es pertinente analizar cómo influyen estos aspectos en el carácter contractual de la hipoteca y qué elementos se concretan emanados de estos mismos aspectos.

### **Elementos esenciales de la hipoteca como contrato procedentes de los aspectos esenciales de carga o gravamen de la hipoteca y accesoriedad como derecho real**

Según lo mencionado en un primer momento, el concepto de carga real en la institución de la hipoteca denota una limitación real, una afectación a la cosa gravada con el contrato de hipoteca. Esta incidencia en la cosa gravada con el contrato de hipoteca la ha identificado el profesor español Bravo de Mansilla (1997) como la “*afección inherente a su objeto*” que se deriva del concepto de carga real. Este concepto de afección inherente como carga real realza el aspecto de accesoriedad que posee la institución de la hipoteca y que poseerá el contrato de hipoteca en su operatividad, especialmente. Seguirá a la cosa gravada donde se encuentre o en manos de quien se encuentre como la sombra a su cuerpo. De esta realidad de “*afección inherente*” se derivarán otros de los elementos esenciales del contrato de hipoteca como su natural indivisibilidad y su esencial especialidad objetiva que conforman los tres elementos esenciales que desarrollaremos a continuación.

#### ***La accesoriedad***

Si bien nuestro Código Civil (2005) en su parte pertinente no estableció una definición de la hipoteca como contrato que nos permita delimitar claramente sus

aspectos esenciales mas estos se pueden extraer de la lectura completa de la normativa que regula la institución. Así, el artículo 2315 en su segundo inciso rezó como sigue: “Podrá, asimismo, otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda, y correrá desde que se inscriba.” Es decir, la hipoteca se concibe como un contrato accesorio cuya existencia y operatividad quedan pendientes hasta la existencia del contrato principal contenedor de las obligaciones aseguradas si es que la misma es celebrada antes que las obligaciones a las cuales garantiza. Se ve con mayor claridad su carácter accesorio cuando su celebración es simultánea al contrato al que garantiza.

La profesora María Parra Lucán (Parra, 2009, c.p. Azofra, 2015) enunció que “la accesoriedad, por contra, es la consecuencia del carácter instrumental, derivado o mediato de la garantía, en relación al crédito al que sirve, de la dependencia funcional.” Es decir, el elemento esencial de la accesoriedad contenido en el contrato de hipoteca (P. 116) tiene su basamento, así mismo, en el aspecto esencial de la instrumentalidad o accesoriedad de la hipoteca como derecho real poniendo especial énfasis en que su presencia tiene una implicación trascendental en la ejecución u operatividad del contrato de hipoteca, “*dependencia funcional*”.

Queda claro que la hipoteca tiene como finalidad el aseguramiento de una o unas obligaciones principales existentes o no a la fecha de la celebración de esta última. En la práctica comercial ecuatoriana, esta accesoriedad se palpa cuando en la redacción del contrato de hipoteca se hace directamente referencia a un contrato u obligación principal al que accede; así mismo, se constata dicho particular cuando producto de las corrientes transacciones entre dos personas naturales este decide inscribir en el registro correspondiente el aludido contrato sin especificación alguna de obligación principal a

la cual accede; sin embargo para su ejecutividad se requiere puntualizar el contrato u obligación principal que garantiza.

### ***La especialidad***

La naturaleza real y caucionadora de la hipoteca tiene como requisito básico que la misma recaiga sobre un determinado bien inmueble y que garantice una o un cúmulo de las acreencias a favor de la parte activa de la relación jurídica. El principio y elemento de especialidad recoge estas dos aristas necesarias en el contrato de hipoteca que, en ocasiones, se amoldan a las diferentes realidades comerciales. Es por ello que conviene un repaso por estas dos facetas del principio de especialidad.

La especialidad aplicada al bien inmueble sobre el cual recae el gravamen o afectación es un aspecto que se ha tornado esencial para el contrato de hipoteca no sólo por el mismo hecho de que el contrato de hipoteca sea “*real*” y exista aquella exigencia que por garantía especial implica señalar el objeto sobre el cual recae sino, además, porque es una exigencia jurídica naturalmente impuesta a todos los derechos reales sobre los cuales se ejercen los mismos que en el contrato de hipoteca tiene un fin caucionador de obligaciones. De ser así, surge la cuestión: entonces, ¿qué es lo que lo hace particular al elemento esencial de especialidad en la hipoteca? Pues el plus que se añade al elemento esencial de especialidad en el derecho real de hipoteca como contrato es su fin caucionador de obligaciones y su concreción en el contrato de hipoteca conlleva a que, si bien no exista el bien inmueble en manos del otorgante al momento de la celebración del contrato, sí se determine a lo menos las características básicas (linderos, áreas, códigos, etc.) del bien que se tiene o que potencialmente se adquirirá el cual cumplirá el carácter caucionador propio del contrato de hipoteca. Lo dicho se colige con lo recogido en nuestra normativa civil artículo 2320 que resulta ser el más evidente al afirmar que “la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes

raíces que se posean en propiedad o usufructo...” así como en el 2334, numeral 3, en el que se exigió como requisito para su inscripción en el registro correspondiente la descripción de los linderos y otras características que permitan identificar el bien inmueble sobre el cual recae el gravamen.

La especialidad aplicada al crédito garantizado por el contrato de hipoteca implica que en un primer momento exista una relación jurídica de deuda como lo hemos comentado más arriba; relación jurídica que acarrea la existencia de una o más obligaciones y por las cuales se otorga una hipoteca para garantizarlas. De la misma manera a cómo opera este principio en referencia al inmueble sobre el cual recae el gravamen el cual debe ser descrito clara y precisamente en el contrato de hipoteca y en la escritura como tal, así mismo ocurre con los créditos u obligaciones que garantiza. El tratadista Marco Ortega (2013) enunció que la legislación peruana exige que se identifique la obligación principal garantizada y esto no debe limitarse únicamente al importe cubierto por el contrato de hipoteca; va mucho más allá, se necesitan los datos suficientes que permitan individualizar lo que es materia de respaldo. Criterio opuesto mantiene el profesor Guillermo Bravo (1997, p.45) que propugna y se alinea a una estructura moderna de la hipoteca que considera al principio de especialidad de una manera más flexible y es permisiva en cuanto a la determinación de las obligaciones o créditos que esta ampara. Frente a la posible pugna que pudiese existir entre el criterio conservador del representante del primer grupo como del segundo que tiene un cariz más heterodoxo, tiene un papel dirimente la legislación que regula o no la institución de la hipoteca abierta. Dicho con otras palabras, la legislación adquiere una función preponderante y contundente al momento de graduar el alcance que tendría el principio de especialidad en el contrato de hipoteca y cuando no se pronuncie al respecto con norma dispositiva o prohibitiva se viabiliza la una o la otra según lo que

dispongan las partes en mérito del principio de la autonomía de la voluntad de las partes intervinientes en el negocio jurídico.

### ***La indivisibilidad***

Existen dos tendencias a nivel de legislación civil al momento de definir sobre si el elemento contractual de indivisibilidad es o no un elemento esencial del contrato de hipoteca. La primera llamada la tendencia ortodoxa afirmó que el elemento de la indivisibilidad es un elemento esencial. Esta corriente tiene su origen en el derecho civil romano, en específico, en el Corpus Iuris Civilis en la sección de las Institutas; de la misma manera, esta corriente tiene su asidero en el Código Napoleónico; mas la influencia nos llega a través del Código Civil de don Andrés Bello. A propósito del efecto que han tenido los precitados cuerpos legales en nuestra legislación, el profesor colombiano Hernán Valencia Restrepo (Restrepo, 1986, c.p. Castaño, 2005, p.55-56) establece que el Código de don Andrés Bello tuvo cuatro fuentes romanistas de los países europeos: la legislación española fue influenciada por la Lex Visigothorum; la legislación germana; legislación francesa que se fundamenta en los escritos de Pothier y en el Código Napoleónico; y el Corpus Iuris civilis considerada la más importante recopilación de Derecho Romano. Esta es la línea de influencia al Código de Bello considerado la base del derecho privado en la mayor parte de países de Latinoamérica entre los cuales se halla el código civil ecuatoriano.

En el artículo 2310 de nuestro Código Civil (2005, p.433) se evidencia la tendencia a considerar a la indivisibilidad como un aspecto esencial al contrato de hipoteca. Las consecuencias prácticas que conlleva esta preminencia de la función de aseguramiento por sobre el de la autonomía de la voluntad de las partes estriba en la no disposición de la sección del bien inmueble sobre el cual recae el gravamen a modo de ejercicio práctico del principio de especialidad; así mismo, se establecería que todo tipo de

aumentos, mejoras (art. 2323) e incluso los bienes muebles que se reputan inmuebles por accesión (art. 2322) padecen el gravamen impuesto por la hipoteca y pasan a garantizar a la obligación principal.

Por otro lado, la corriente moderna de finales del siglo XX propugnó que el elemento de indivisibilidad de la hipoteca es un elemento de la naturaleza y no de la esencia y por tanto, disponible por la voluntad de las partes intervinientes en el negocio jurídico dado que afirman que establecer dicho elemento como esencial de la hipoteca se debe a “razones puramente prácticas de política legislativa” (Bravo, 1997) y que no es concebible que este elemento se repute de la esencia de la hipoteca cuando su “no esencialidad” no afecta a la naturaleza jurídica del contrato de hipoteca. Es por ello que apegándonos a estas razones concluimos que establecer la indivisibilidad como elemento esencial surge por razones prácticas de aseguramiento y su obligatoriedad y consideración como esencial se sostiene por la mera imposición legislativa.

### **Elementos esenciales de la hipoteca como contrato procedentes del aspecto de solemnidad de la hipoteca como derecho real**

Habiendo estudiado brevemente los elementos esenciales del contrato de hipoteca procedentes de los aspectos de carga real o gravamen y de accesoriedad, es preciso dar un rápido vistazo a los elementos esenciales que se predicen del aspecto esencial de solemnidad de la hipoteca.

#### ***Solemnidad***

En la época clásica del derecho romano que comprende desde el año 27 A.C. hasta el 235 D.C., el derecho romano como tal se encontraba enormemente influido por lo religioso, según lo considera así la historiadora argentina Romina Aramburu (2020, p90). Existía el pensamiento común de que era voluntad de los dioses el cumplimiento

de formalidades cuya omisión conllevaba su no trascendencia a la vida jurídica. Era una etapa con un excesivo rigor formalista. Era la época en que el sistema procesal se regía por las *Legis Acciones* o *Acciones de la Ley* todas ellas cargadas de un fuerte componente formal en las que el menor error en la recitación o en el cumplimiento de las formas tenía como consecuencia la pérdida de la contienda judicial.

A pesar del excesivo formalismo inicial, la hipoteca o prenda sin desplazamiento se implementaba mediante contrato consensual que no requería de forma solemne alguna, peor aún de inscripción para publicitación del acto, lo consideró así la profesora María del Refugio González (1976, p.36). Así fue recogido en la primera obra jurídica publicada en el año 533, el *Digesto*, en seis títulos del libro XX que contienen todo lo referente a la prenda e hipoteca. No fue sino hasta el Código Francés de 1804 o más conocido como Código Napoleónico el que modernizó algunas de las instituciones jurídicas, entre ellas las de garantías mobiliarias, trayendo como corolario la exigencia de escritura pública en los contratos consensuales de hipoteca motivo por el cual pasó a ser un requisito esencial del contrato como tal. A partir de este hito legal, las codificaciones posteriores que tomaron como punto de referencia al Código Napoleónico adoptaron estas innovaciones no siendo el Código de don Andrés Bello una de las excepciones.

Nuestro Código Civil que tuvo una influencia evidente del Código de don Andrés Bello recogió como aspecto esencial del contrato de hipoteca dos formalidades *ad solemnitatem* establecidas para la existencia y validez del mismo. Ellas constan en los artículos 2311 y 2312 de nuestro Código Civil (2005, p.23). La primera de ellas consiste en que el contrato de hipoteca debe instrumentarse en escritura pública, es decir, no basta la redacción de una minuta suscrita por las partes para darle validez a dicho contrato, no basta el consentimiento de los contratantes. El consentimiento de

las partes debe manifestarse respetando las formalidades sustanciales establecidas por la ley por diversos motivos señalados por el profesor Ramón Meza (1979, p. 233): “pone a las partes a cubierto de un malentendido, atrae su atención acerca de la gravedad del contrato que concluyen y les suministra una prueba preconstituida en caso de controversia”. Así la solemnidad de la escritura pública otorga mayor seguridad en todos los sentidos.

### ***Publicidad***

Al referirnos a la publicidad como segunda formalidad *ad solemnitates* relevante señalar lo que la antes llamada Corte Suprema de Justicia dilucida en su fallo casatorio de 27 de abril de 2004 en causa 179-2003 en la cual citó a renombrados tratadistas para ubicar a la publicidad como el cuarto tipo de formalidad que pudiese existir en un ordenamiento jurídico según el tratadista Arturo Alessandri Bravo (2008) quien adicionaba una categoría más al listado propuesto por el profesor Guillermo Ospina Fernández respecto a la necesidad de formalidades y los tipos de las mismas. Este último autor afirmaba que en el derecho civil colombiano se registran tres tipos de formalismos a saber: el formalismo *ad solemnitatem*; el formalismo *ad probationem*; y, el formalismo voluntario. Es adecuado desarrollar esta idea sobre el rol y la importancia de la publicidad en relación a los actos jurídicos y por qué diferimos en ubicar a la inscripción como medio de publicidad en la hipoteca dentro de este cuarto tipo de formalidad.

En la sentencia comentada, el profesor Ospina expuso que la mayor parte de los actos jurídicos reconocidos y autorizados en el derecho civil colombiano, en su caso, y podemos afirmar ecuatoriano debido a las raíces comunes entre ambos ámbitos legales, son contratos consensuales porque se perfeccionan por la sola voluntad de los intervinientes en el mismo sin necesidad de una forma en concreto salvo las

excepciones que por ley se encuentran establecidas. Esta situación es evidencia de una manifestación del principio protagónico en el ámbito del derecho civil como lo es el principio general de la consensualidad de los actos jurídicos, el cual, conjuntamente con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes constituyen la base fundamental desde la cual se erige el derecho civil como tal. ¿Qué consecuencias trae el papel primordial que tiene el principio general de la consensualidad de los actos jurídicos? Pues, como afirmó el precitado autor colombiano, su importancia implica “tanto el reconocimiento de la eficacia jurídica de la voluntad privada como la libertad en la escogencia de las formas o medios de expresión de la voluntad.” (p. 300) Es decir, que los actos jurídicos consensuales pueden ser elevados a la categoría de solemnes por la sola iniciativa de la voluntad de los intervinientes en el acto jurídico. Esto conllevaría a que el mismo acto jurídico pierda eficacia jurídica respecto a terceros, sea inoponible por el designio de los participantes, y no sólo eso, si no que también podría implicar que no tenga validez alguna, sea nulo, si lo desean así.

La pregunta sobre cómo se publicita o se da a conocer a terceros la escritura pública de hipoteca se responde mediante la inscripción en el Registro donde se encuentre localizado el predio gravado. Según Cuadros Villena (1996, p.34) “la inscripción constituye la expresión de la publicidad de la hipoteca... es pues no solamente solemnidad de la hipoteca, sino – fundamentalmente – la garantía y seguridad de los terceros”. Dicho de otra manera, en el contrato de hipoteca la publicidad, inscripción en el registro correspondiente, comporta un requisito esencial para la validez del acto en cuanto tal, entre las partes intervinientes, como para la validez frente a terceros, nos referimos a su oponibilidad. Esto, también, se desprende de lo establecido en el artículo 2312 del Código Civil (2005) cuando hablando de la inscripción como medio de publicidad establece “sin este requisito, no tendrá valor

alguno, ni se contará su fecha sino desde la inscripción.” Queda claro que la inscripción es un elemento esencial de la hipoteca como contrato y su omisión acarrea graves consecuencias respecto a su validez entre las partes intervinientes y frente a terceros. Esa es la causa por la cual no tiene razón de ser que se integre con las formalidades de publicidad sino mas bien con las formalidades ad solemnitatem en el caso del contrato de hipoteca.

Habiendo revisado los presupuestos teóricos de la hipoteca, su naturaleza jurídica en cuanto tal y cómo se cristalizan los aspectos contenidos en ella en su dimensión contractual, es oportuno revisar la especie objeto de nuestro estudio y que ha traído no pocas discusiones sobre su procedibilidad en su constitución como en su ejecución en nuestro ordenamiento jurídico. Precisamente ese es el íter del siguiente capítulo, se analizará a la institución de la hipoteca en su tipo de hipoteca abierta en cuanto a su aspecto de contrato como de título de ejecución no sin antes revisar un poco el contexto sobre el cual se ha venido desarrollando esta figura. A continuación, el análisis de lo propuesto.

### **La hipoteca abierta, su contexto actual**

La zona de convergencia y discusión de las ideas modernizantes acerca del sistema de garantías a finales del siglo pasado e inicios del presente lleva el nombre de Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado organizadas periódicamente por la Asamblea General de la OEA. En la última de ellas, la sexta, que se celebró en Washington, D.C. del 4 al 8 de febrero de 2002 se aprobó la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias la cual fue producto de múltiples reuniones de expertos que desde 1996 venían elaborando borradores de trabajo y revisiones motivadas por la Secretaría General de la OEA junto con el Centro Jurídico Nacional para el libre Comercio Interamericano tal y como lo

documentó el profesor David Morán (2020) en su obra. Según el mencionado autor, las Guías Legislativas como la Ley Modelo de Garantías Mobiliarias de la CNUDMI, los convenios internacionales como el Convenio de Ciudad del Cabo que se efectuó el año 2001 en Sudáfrica, las leyes modelo como la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Inmobiliarias y el UniformCommercialCode americano puesto a consideración de los Estados Federados en el año 1951 han sido evidencia de los diversos esfuerzos de armonización que tienen como objetivo común:

...reducir la complejidad derivada de las divergencias entre sistemas legales y tradiciones jurídicas sobre la filosofía subyacente en la regulación de las operaciones de financiación con garantía sobre activos, las piezas básicas del Derecho de garantías mobiliarias, y fórmulas de función equivalente, y otras disciplinas concurrentes (propiedad, concursal, cuestiones registrales, ejecución, procesal).

Pero cuáles fueron los principales aportes que la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias sugerían y sugieren a los países de tradición española (influidas por el Código civil español de 1889) y francesa (influidas por el Código Napoleónico de 1804); pues la Ley Modelo ofreció uniformidad normativa aplicable a los diversos tipos de garantías mobiliarias que pudiesen existir en sus etapas de constitución, publicidad y ejecución en las que basta que una garantía mobiliaria, que pudiese adoptar una determinada figura contractual, tenga como fin garantizar el cumplimiento de determinada obligación para que su institución se subordine al régimen normativo establecido para su constitución, publicidad y ejecución. Sin adentrar en mayores pormenores, asaz es decir que en el contexto actual para muchas economías los bienes muebles han adquirido una preponderancia tal que gran parte de la riqueza y del

dinamismo de su economía dependen no ya en propiedades inmobiliarias como factor determinante sino en “bienes muebles tangibles y en derechos intangibles”. Así lo saca a relucir el profesor David Morán (2020) en su obra al afirmar que

En la actualidad, la empresa con mayor riqueza no es necesariamente la que tiene más inmuebles. Con sólo pensar en empresas como Netflix, Amazon o Apple, en las cuales sus mayores activos son el desarrollo de nuevas tecnologías y la propiedad intelectual de sus invenciones, se comprueba que los activos mobiliarios han adquirido fundamental preponderancia. (P.108)

Este es el entorno habitual y el curso natural que están tomando muchos de los negocios contemporáneos en lo que a garantías crediticias se refiere y es el ambiente en el cual se debate la institución bajo nuestro estudio. Un ambiente que requiere un sistema de garantías apto para el acceso al crédito en condiciones versátiles y equitativas para los intervinientes en el acto comercial así como un marco jurídico para las mismas que coadyuve a:

...la constitución de garantías sobre un amplio conjunto de bienes y derechos para garantizar obligaciones de cualquier naturaleza, presentes o futuras, establezca unas reglas claras y previsibles de prioridad con la debida publicidad, ponga a disposición medidas ágiles y eficaces de ejecución en caso de incumplimiento y reconozca la eficacia del derecho del acreedor en las situaciones de insolvencia. (Morán, 2020, p.33)

No es dable excluir y tener a menos la contribución que ofrecen los bienes inmuebles y, por ende, la hipoteca frente al crecimiento económico y al auge comercial que se perciben en sendas sociedades. Es riqueza, sin lugar a duda, que

requiere de las herramientas e instrumentaciones necesarias para la adaptación a los modernos giros ordinarios de negocio en los que se denota una aceleración comercial que implica una reducción en los costos de transacción y una eficaz ejecución en casos en los que la operación crediticia se ve defraudada por incumplimiento de la parte obligada. La hipoteca abierta es una de las tantas respuestas que se esgrimen con miras a favorecer la transición y acoplamiento de los bienes inmuebles al fenómeno del nuevo orden económico y social que se nos avecina si no lo estamos viviendo ya. Es preciso analizar y estudiarla a continuación.

### **Naturaleza y procedencia**

La hipoteca abierta es definida por la profesora argentina Rosa Piazza (2005) como “*las constituidas para garantizar créditos indeterminados*”. En resumidas cuentas eso es lo que es una hipoteca abierta, una especie o tipo de hipoteca destinada a garantizar diversos créditos que pudiesen ser pasados, concomitantes o futuros a su constitución sin la necesidad que los mismos sean descritos o detallados en la escritura de hipoteca a la cual acceden, no así en su ejecución en la que requiere una pormenorización de los mismos en aras de los principios de accesoriedad y especialidad propios de su naturaleza funcional

No está claramente definido el hito preciso o pivote base desde el cual se origina la institución. El profesor argentino Eduardo Galisteo (2018) expuso que la institución tiene su origen en los aportes realizados por la doctrina y la jurisprudencia de los años 90 en los cuales se propugnaba abiertamente la flexibilización del principio de especialidad frente a los criterios rigurosos de los 80. ¿Cómo se llegó a esta situación? Gracias a que una buena parte de la población se benefició de las políticas públicas gubernamentales de vivienda a partir de las décadas de los 60 y, precisamente, en nuestro país a mediados de los 80, según Fernando Carrión (1986). Fue, entonces, la

expansión del sector inmobiliario de los años 80, la intervención estatal al facilitar el acceso a particulares, el ingreso de una buena parte de la población latinoamericana a una vivienda yañadieron los doctores Adolfo GurrieriyEdelberto Torres-Rivas (1990), las crisis a nivel de Latinoamérica por el deficitario estilo de desarrollo que involucra un conjunto de desequilibrios estructurales interrelacionados que repercute a largo plazo en los estratos medios y básicos de la sociedad generando subempleo y desempleo y una dependencia estrecha al sistema financiero. Fue dicha dependencia al sistema financiero, la aceleración comercial generada por las nuevas tecnologías y el aprecio a los principios de eficiencia y eficacia que tenía como consecuencia evitar elevados costes de transacción los que fueron abono para que la hipoteca como la conocemos en su dimensión cerrada (una obligación – una hipoteca), mute en la figura de la hipoteca abierta (una o varias obligaciones ahora y no ahora – una hipoteca).

### **Sus elementos y su nuevo cariz estructural y funcional**

La hipoteca abierta es una innovación práctica al escenario expuesto en el anterior subapartado pero veamos cuál ha sido la resonancia que ha tenido en su estructura.

Los elementos que propiamente han mutado y han sido el principal factor diferenciador con la especie tradicional de hipoteca han sido los elementos contractuales de accesoriedad y de especialidad en cuanto al crédito, los mismos que tienen como base en el aspecto esencial de carga o gravamen y de accesoriedad de la hipoteca como derecho real.

El elementocontractual de accesoriedad en la hipoteca abierta consiste en aquel componente por medio del cual los créditos garantidos por esta caución no necesariamente deben existir al momento de la constitución del contrato de hipoteca, no así la relación comercial existente entre los intervinientes. Es decir, basta que exista una relación comercial real y constatable entre dos personas para que pueda

constituirse una hipoteca en garantía de las obligaciones que se desprenderán de un contrato madre que puede ser escrito, y nos atrevemos a aseverar, que puede ser verbalel cual regule la relación entre los contratantes. Es oportuno comentar el ejemplo de los contratos de cuenta corriente comercial que se dan entre particulares los cuales posterior a la liquidación de los valores de créditos y de deuda generados en un lapso puedan ser cobrados vía ejecución si la relación comercial se ve defraudada; o los contratos de cuenta corriente bancaria los cuales, así mismo, si posterior a la fecha de cierre el deudor cae en mora esta puede ser cobrada vía ejecución hipotecaria de existir un contrato de hipoteca que garantice las obligaciones generadas del contrato de cuenta corriente bancaria; tenemos también a nivel estatal las relaciones que se dan en determinados países con las empresas transnacionales de hidrocarburos o gas con las cuales el Estado pide suscribir hipotecas abiertas para garantizar las obligaciones que se deriven del contrato hidrocarburífero.

Este fenómeno fue llamado por el profesor Fernando Azofra (2015) como la descausalización de la garantía hipotecaria que consiste en que “la constitución, transferencia o validez de la garantía no depende de la existencia o validez de las obligaciones garantizadas” (P.206) trayendo como principal consecuencia una aparente autonomía estructural por parte del contrato de hipoteca. ¿Por qué la llamamos aparente? Pues porque la garantía hipotecaria sigue conservando su aspecto y elemento de accesoriedad que, normalmente, en la especie cerrada se ve complementada con la determinación del crédito o contrato al cual accede en la escritura de constitución (principio de especialidad en cuanto al crédito)mas en la especie abierta se ve satisfecha con la mención del contrato madre generador de los créditos u obligaciones garantizados y, de no mencionarse el contrato madre, basta que se haga mención a la relación comercial o acuerdo verbal al cual accede.

El elemento contractual de especialidad en cuanto al crédito en esta especie de hipoteca consiste en la determinación clara, cierta y líquida que debe realizarse de los créditos garantizados susceptibles de un eventual trámite de ejecución. Una determinación que debe realizarse por medios extrahipotecarios, a nuestro parecer, siguiendo la lógica y la dinámica propia del principio de accesoriedad. Debido a ello, no es necesario colocar el monto garantizado en la escritura de constitución, ni tampoco es necesario señalar que dicho dato se lo obtendrá extrahipotecariamente porque se comprende que si existen o existirán varias obligaciones concomitantes o futuras al acto de constitución de hipotecano es necesario y, en ocasiones, lógico establecer un monto claro, cierto y líquido garantizado. Dicho monto es determinable vía solicitud de ejecución de título hipotecario sin que esto afecte la accesoriedad y especialidad del contrato de hipoteca. Se evidencia así la dependencia funcional del mismo. Criterios opuestos de aquellos quienes como la doctora Elena Highton(Highton, 2000, c.p. Cárdenas, 2004) afirman que todo lo relacionado a la constancia de la causa o la entidad y magnitud de las obligaciones garantizadas no tienen nada que hacer con la especialidad en cuanto al crédito sino más bien con el principio de accesoriedad. Ella comenta que:

La llamada especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito consiste en la fijación de la responsabilidad hipotecaria, afectación hipotecaria o gravamen, es decir, el monto por el que la finca responde hipotecariamente. El gravamen real no es solamente “hipoteca” sino una “hipoteca por tal monto”. El crédito puede ser de hacer, no hacer o dar algo distinto del dinero, pero ello no empecé a que la hipoteca siga siendo una gravamen en una suma de dinero. (P. 43)

El profesor argentino Rogelio Galisteo (2018) sacó a relucir que son tres las posturas que se asumieron referente al alcance del principio de especialidad en la especie de la hipoteca abierta a nivel de jurisprudencia y de doctrina. Por un lado, se encontraban aquellos que propugnan la tesis restrictiva u ortodoxa los cuales afirman que en la escritura de hipoteca abierta debe especificarse la causa de la garantía, el o los créditos garantizados junto con el valor amparado por la garantía. Ellos afirmaron que el crédito garantizado debe nacer simultáneamente al contrato de hipoteca. Se encontraban, también, aquellos que propugnan una tesis intermedia los cuales afirman que si bien el principio de especialidad no debe recoger todos los elementos descritos por la teoría restrictiva, sí debe a lo menos señalarse el monto máximo garantido por la hipoteca y cuando no, debe realizarse dicha determinación extra acto constitutivo cual es la postura en la que nos ubicamos. La tesis no es necesario que los créditos nazcan concomitantemente al contrato de hipoteca. Finalmente, la tesis amplia o flexible la cual concibió la determinación de la obligación, causa y demás elementos del crédito, como propio de las hipotecas típicas o tradicionales, también, llamadas cerradas a diferencia de las denominadas abiertas las cuales no tienen que dar detalle alguno sobre la obligación o créditos que garantizan por su naturaleza como tal.

Habiendo hecho un repaso de aquellos elementos neurálgicos del contrato de hipoteca es preciso analizar si en el ordenamiento jurídico ecuatoriano dicha institución tiene cabida. Es oportuno proceder así con el estudio propuesto siguiendo la línea descrita por los elementos de accesoriedad y especialidad.

## **CAPÍTULO 2 DISCUSIÓN Y PROPUESTA**

### **Viabilidad de la hipoteca abierta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano**

Es preciso determinar si la hipoteca en su especie abierta tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico. Para dicho cometido, la norma sustantiva y la adjetiva que

regulan a la hipoteca abierta como contrato y como título de ejecución para luego continuar con un breve vistazo a la palestra judicial sobre los pronunciamientos y aplicación de esta figura.

La hipoteca abierta como contrato se encuentra normada en nuestro Código Civil (2005) en el Título XXXVI el cual comprendió 26 artículos que prevén situaciones como su constitución, modalidades, variaciones en cuanto al tipo de obligaciones garantizadas, derechos del acreedor, ciertas directrices básicas registrales y su extinción. No es provechoso disertar sobre las normas comunes que comparten ambas especies de hipoteca por lo que para ser más precisos y evitar ambages analizaremos este articulado a la luz de los elementos diferenciadores de la hipoteca abierta como contrato cuales son los elementos de accesoriedad y de especialidad. Para ello, vemos ventajoso formular dos preguntas en base a las cuales apreciaremos si la hipoteca abierta como contrato está o no amparada por el Código Civil ecuatoriano.

**¿Es viable la hipoteca abierta según la normativa contenida por nuestro Código Civil? De ser así, ¿Cómo se cumple con los principios de accesoriedad y especialidad?**

Si bien ya ha quedado en evidencia cuáles han sido los cuerpos legales que han influido de una manera determinante en la elaboración del Código Civil de don Andrés Bello, es importante destacar que todas estas fuentes, las cuales las podemos resumir en el Corpus Iuris Civile, el Código Napoleónico y el Código Español, recogen una concepción restrictiva o tradicional de los elementos de accesoriedad y de especialidad de la hipoteca en cuanto a que únicamente es viable o jurídicamente válida la hipoteca cerrada y esta concepción ortodoxa de los mencionados principios es preservada por don Andrés Bello en su Código Civil.

Dos son los artículos que dejan entrever la prenombrada concepción ortodoxa en los principios de accesoriedad y de especialidad; ambos artículos permanecen casiinalterados en nuestro Código Civil salvo por determinados detalles que los analizaremos en el momento oportuno. La información afirmada se encuentra organizada en el siguiente cuadro:

<b>Código de don Andrés Bello (1855)</b>	<b>Código Civil Ecuador (2005)</b>
<p data-bbox="443 712 852 963">Art. 2413 La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquiera condición, y desde o hasta cierto día.</p> <p data-bbox="443 1079 833 1626">Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto, no valdrá sino desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día; pero cumplida la condición o llegado el día, su fecha será la misma de la inscripción.</p> <p data-bbox="443 1742 842 1921">Podrá, asimismo, otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que</p>	<p data-bbox="976 712 1385 963">Art. 2315 La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquiera condición, y desde o hasta cierto día.</p> <p data-bbox="976 1151 1366 1697">Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto, no valdrá sino desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día; pero cumplida la condición o llegado el día, su fecha será la misma de la inscripción.</p> <p data-bbox="976 1814 1375 1993">Podrá, asimismo, otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que</p>

<p>acceda, y correrá desde que se inscriba.</p>	<p>acceda, y correrá desde que se inscriba.</p> <p>La hipoteca podrá, en consecuencia asegurar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor hipotecario.</p>
<p>Art.2432 La inscripción de la hipoteca deberá contener:</p> <p>1. El nombre, apellido y domicilio del acreedor, y su profesión, si tuviere alguna, y las mismas designaciones relativamente al deudor, y a los que, como apoderados o representantes legales del uno o del otro, requieran la inscripción.</p> <p>Las personas jurídicas serán designadas por su denominación legal o popular y por el lugar de su establecimiento; y se extenderá</p>	<p>Art. 2334 La inscripción de la hipoteca deberá contener:</p> <p>1. El nombre, apellido y domicilio del acreedor, y su profesión, si tuviere alguna, y las mismas designaciones relativamente al deudor, y a los que, como apoderados o representantes legales del uno o del otro, requieran la inscripción.</p> <p>Las personas jurídicas serán designadas por su denominación legal o popular y por el lugar de su establecimiento; y se extenderá</p>

<p>a sus personeros lo que se dice de los apoderados o representantes legales en el inciso anterior;</p> <p>2. La fecha y la naturaleza del contrato a que accede la hipoteca, y el archivo en que se encuentra.</p> <p>Si la hipoteca se ha constituido por acto separado, se expresará también la fecha de este acto, y el archivo en que existe;</p> <p>3. La situación de la finca hipotecada y sus linderos.</p> <p>Si la finca hipotecada fuere rural, se expresará el departamento, subdelegación o distrito a que pertenezca, y si perteneciere a varios, todos ellos.</p>	<p>a sus personeros lo que se dice de los apoderados o representantes legales en el inciso anterior;</p> <p>2. La fecha y la naturaleza del contrato a que accede la hipoteca, y el archivo en que se encuentra.</p> <p>Si la hipoteca se ha constituido por acto separado, se expresará también la fecha de este acto, y el archivo en que existe;</p> <p>3. La situación de la finca hipotecada y sus linderos.</p> <p>Si la finca hipotecada fuere rural, se expresará la provincia, cantón y parroquia a que pertenezca; y si perteneciere a varios, todos ellos.</p>
--	---

<p>Si fuere urbana, la ciudad, villa o aldea, y la calle en que estuviere situada.</p> <p>4. La suma determinada a que se extiende la hipoteca, en el caso del artículo precedente; y,</p> <p>5. La fecha de la inscripción y la firma del conservador.</p>	<p>Si fuere urbana, la ciudad, población, y la calle en que estuviere situada;</p> <p>4. La cantidad determinada a que se extiende la hipoteca, en el caso del artículo precedente; y,</p> <p>5. La fecha de la inscripción y la firma del registrador de la propiedad.</p>
---	---

El artículo 2413 del Código de Bello constó de tres incisos en los que se visualiza las modalidades en las que la misma podrá otorgarse o constituirse. Es así que en los dos primeros incisos se hizo mención de las hipotecas otorgadas a condición y a plazo las cuales no serán objeto de mayor explicación en el presente trabajo; no así el tercer inciso el cual, con una escueta redacción, aparentemente daría pie para pensar en la procedibilidad de las hipotecas abiertas dado que el mismo inciso permite separar en tiempo la fecha de su constitución con la fecha de celebración de los contratos a los cuales acceda siendo posible que la misma se constituya antes de la constitución de los créditos como después. El inciso terminó con una sentencia contundente que va en

consonancia con lo establecido en el artículo 2410 del Código de Bello: “*y correrá desde que se inscriba*” Es decir, se denota la preeminencia del elemento esencial constitutivo y declarativo de publicidad el cual tiene carácter de formalidad ad solemnitatem tal cual lo hemos explicado más arriba. Ello tiene como consecuencia que sea antes o después la celebración de los contratos a los cuales acceda la hipoteca, esta sólo tendrá validez al momento de su inscripción pero ¿qué implica su inscripción? Es justamente aquí donde se termina de cerrar el círculo de la inviabilidad de la hipoteca abierta en el Código de Bello.

Según la profesora peruana Elena María Vivar (1994), hizo mención de lo que enuncia la respetada doctrina registral, la inscripción es el “asentamiento o traslado que se hace en los libros del Registro, del contenido de los títulos presentados a las oficinas registrales”, ella continuó comentando que previo a que se produzca la inscripción registral debe realizarse un acto anterior denominado “*calificación registral*” por medio del cual se revisa, entre otros asuntos, el cumplimiento de las normas legales en cuanto a la formación del título. Es oportuno mencionar que el Reglamento para la Oficina del Registro Conservatorio de Bienes Raíces expedida en Santiago de Chile el 24 de junio de 1857 recogía en su artículo 80 cual calco el artículo 2413 del Código de Bello, así lo exhibió el letrado español Alberto Aguilera (1881) en su obra. En definitiva, para que la inscripción de la hipoteca sea calificada registralmente debe observar lo preceptuado por el Código Civil para ello. Es así que el artículo 2432 del Código de Andrés Bello, en su numeral segundo, manda obligatoriamente que se describa en la inscripción la fecha y la naturaleza del contrato al cual accede la hipoteca y el archivo en que se encuentra sea recogido en la misma escritura pública ambos, como si se hubieren constituido por separado. Dígase de otra manera, debe estar determinado el contrato garantido para que proceda la calificación

registral y posterior inscripción en el Código de Bello. Bajo esta óptica y siguiendo la lógica de todo lo transcrito, el Código Civil de don Andrés Bello se encuadró en las posturas tradicionales las cuales ligan a la hipoteca con el contrato al cual acceden en el momento de su constitución, es decir, en la inscripción (teoría restrictiva o tradicional del principio de accesoriadad) como también el deber de delimitar el inmueble sobre el cual recae el gravamen, el crédito asegurado y la suma por la cual responde el inmueble (teoría restrictiva o tradicional del principio de especialidad). Por lo tanto, no es viable la hipoteca en su especie abierta en el régimen legal brindado por el Código de Andrés Bello. Es conveniente analizar sobre la factibilidad de la mencionada institución en nuestro Código Civil.

El Congreso de la República del Ecuador adoptó y aprobó el Código Civil de Andrés Bello el 21 de noviembre de 1857 en el gobierno del presidente Juan Francisco de Robles y García el cual comenzó a regir a partir del 1 de enero de 1861. Nuestro Código Civil tuvo algunas codificaciones dentro de las más importantes y la que deseamos destacar se encuentra la del año de 1970 la cual fue trabajada por la Comisión Legislativa Permanente establecida para reformar y codificar el Código Civil con la tarea de integrar los avances en materia constitucional que conllevaban un cambio en ciertos criterios jurídicos del derecho privado, principalmente, en ámbitos del orden familiar, igualdad entre cónyuges y sobre las limitaciones al derecho de propiedad. En la esfera del derecho hipotecario, el doctor Juan Larrea Holguín (2008) hizo un recuento de las que han sido las reformas a la institución que nos ocupa haciendo mención a la reforma dictada por el presidente Gabriel García Moreno el 15 de mayo de 1869 con algunas modificaciones del Congreso Nacional el 7 de julio del mismo año y otras del reglamento de 29 de julio de 1869 en la que se puso en plena vigencia la necesidad de la inscripción de los derechos reales sobre inmuebles en los

que se incluye a la hipoteca, además, de otras reformas a tener en cuenta como la mención en el artículo 2311 de las hipotecas legales, el inciso segundo del artículo 2335 que señala que la falta de determinación o profesión del acreedor o del deudor, no anulan la inscripción de la hipoteca y la reforma del inciso final del artículo 2315 sobre hipoteca abierta.

Es de vital importancia ahondar sobre la última reforma mencionada en el párrafo anterior que versa justamente sobre el artículo bajo análisis. La ley 256 del 4 de junio de 1970 añadió el tercer inciso al artículo 2315 que expresamente permite la hipoteca abierta. Fue de mucha curiosidad para quienes redactamos el presente trabajo hallar que los códigos civiles de los otros países que dependen del de Bello no recogieran este inciso existente en nuestro Código Civil percatándonos que el debate sobre su procedibilidad a nivel jurisprudencial y doctrinario continúa. Juan Larrea Holguín (2008) mencionó, sin precisar, sobre jurisprudencia ecuatoriana que acogía y aceptaba la hipoteca abierta y con ello la flexibilización de los elementos de accesoriedad y de especialidad. Expuso, de manera general, un caso y el criterio aplicado para zanjar la dificultad avenida:

En el caso, -dice una sentencia-, la hipoteca surte efectos respecto de toda la cantidad dada a mutuo, como si se la hubiera entregado de contado. Por lo mismo, efectuada la inscripción de la escritura, el crédito goza de la correspondiente preferencia, así sobre la cantidad dada de contado como sobre la entregada a plazo. (P. 560)

De modo que de ser por el artículo 2315 de nuestro Código Civil la hipoteca abierta es viable por norma expresa que lo avala así pero qué es lo que ocurre con el artículo

2334 el cual de una manera tan diáfana señala como requisito indispensable para la inscripción en su numeral segundo, primer inciso: “La fecha y la naturaleza del contrato a que accede la hipoteca, y el archivo en que se encuentra” (P. 299). De este particular se ahondará a continuación.

Tanto en el mismo Código Civil como en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional constan cuáles son las formas o criterios a través de los cuales se llega a una solución cuando acontecen las afamadas antinomias legales o conflictos entre leyes. Es así que tenemos el conocido criterio de que se preferirá la norma especial a la general cuando exista pugna o duda al momento de aplicar la una o la otra. El Código Civil para muchas materias se reputa como norma residual. Ello se colige de lo mencionado en el artículo 4 del mencionado cuerpo legal al establecer que “en el juzgamiento sobre materias arregladas por leyes orgánicas o especiales, no se aplicarán las disposiciones de este Código, sino a falta de esas leyes.” (P. 209) Siendo la normativa aplicable la propia de la materia o de la regulación a la cual regule.

Habiendo dicho esto, los Registros de la Propiedad a nivel nacional son regulados por sus propios reglamentos u ordenanzas expedidos por la autoridad municipal para el efecto y son estas normas las aplicables en lo que a inscripción de actos y contratos se refiere, no ya el artículo 2334 del Código Civil. Fruto de ello, es idóneo enunciar que son los Municipios vía ordenanza y los mismos Registros de la Propiedad a través de sus reglamentos internos lo encargados de indicar cuáles son los requisitos necesarios para que una solicitud de inscripción de una hipoteca abierta sea calificada registralmente y, por ende, inscrita. De nuestro estudio y revisión, no hemos encontrado que exista ordenanza o reglamento que requiera como condición para la calificación registral e inscripción lo preceptuado por nuestro Código Civil en el artículo 2334 aplicable a la hipoteca abierta. Todo lo contrario, existe normativa que

las declara procedentes sin restarle validez alguna por no tener incorporada la obligación o contrato a que accede. Como ejemplo está el Código Municipal para el Distrito Municipal de Quito que aúna en sí el conjunto de ordenanzas que se encuentran vigentes para la ciudad de Quito. Este cuerpo legal al momento de determinar los aranceles o tarifas por los servicios de registro o certificación del Registro de la Propiedad reza en su artículo 1364, numeral 8,

en los actos y contratos de cuantía indeterminada, tales como: hipotecas abiertas, fideicomisos, fusiones, rectificaciones, entre otras, se considerará para el cálculo del arancel o tarifa por el servicio de registro, el avalúo comercial municipal de cada inmueble.

Es decir, reconoció su procedibilidad y existencia sin que exista en el cuerpo legal bajo estudio restricción o condicionamiento alguno sobre su aptitud para inscribirse. Ello se sigue también de los requisitos exigidos en la misma página del Registro de la Propiedad de Quito sin que se reclame para la calificación registral el numeral 2 o 4 del artículo 2334 de nuestro Código Civil.

El caso expuesto en el párrafo anterior se repite en los Registros de la Propiedad de las grandes ciudades como Guayaquil y Cuenca sin que podamos generalizar al resto de registros de la propiedad de municipios con menores cantidad de personas y menor extensión de tierra por sobrepasarnos dicha tarea al momento actual. Sí podemos afirmar que en las normativas observadas y analizadas (normativa sustantiva) es viable y procedente la hipoteca abierta en su constitución como al momento de su inscripción en los Registros Correspondientes respondiendo la pregunta planteada en el presente

apartado. Es oportuno analizar a la institución de la hipoteca como título de ejecución en la normativa adjetiva pertinente.

**¿Es viable la hipoteca abierta según la normativa contenida por nuestro Código Orgánico General de Procesos? De ser así, ¿Cómo se cumple con los principios de accesoriadad y especialidad?**

A partir de la vigencia del Código Orgánico General de Procesos (2015) existió una importante distinción entre ciertos títulos que tenían una fuerza de cumplimiento mayor que el resto de los títulos recogidos en el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil pues en muchos de ellos ya constaba probada o reconocida la obligación y su incumplimiento tales como la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y las actas de transacción. Es así que el Código Orgánico General de Procesos al día de hoy, el cual de paso fue reformado en el artículo que nos ocupa mediante la Ley Orgánica publicada el 26 de junio de 2019 en el Suplemento de Registro Oficial No. 517, contiene una lista taxativa de aquellos títulos susceptibles de incoar el trámite de ejecución contenido en el Libro V del prenombrado cuerpo legal. La hipoteca es uno de ellos.

A diferencia de los títulos ejecutivos, los títulos de ejecución tienen incorporada en su estructura dos aditamentos: la existencia de la obligación junto con su incumplimiento o mora, sea de manera voluntaria o judicial, como es el caso de la sentencia ejecutoriada y del laudo arbitral los cuales adquieren estas características por reconocimiento judicial. Es factible que el reconocimiento de la obligación lo realicen las partes intervinientes en la elaboración del título pero que el reconocimiento de su incumplimiento o mora quede a voluntad del acreedor o beneficiario de la obligación contenida en dicho título teniendo a su libre disposición el inicio del trámite de ejecución en cuya solicitud de ejecución basta que enuncie el incumplimiento y a lo

mucho señale la cuantía de lo liquidado a la fecha; el deudor como protesta o contradicción también llamada oposición puede comparecer ante el Juez ejecutor adaptando su respuesta a alguna de las causales contenidas en el artículo 373 del COGEP (Código Orgánico General de Procesos) que son formas de extinción de la obligación las que de manera general se enuncian para culminar con el trámite de ejecución.

Pues ¿qué es lo que ocurre con la hipoteca abierta y qué es lo que hace que esta tenga dicha aptitud de título de ejecución o documento habilitante para iniciar el trámite de ejecución? Por ser la hipoteca abierta producto de aquella tendencia flexibilizadora de los principios o elementos de accesoriedad y especialidad, tanto el reconocimiento de la obligación concreta como su incumplimiento quedan a merced y voluntad del acreedor de la garantía hipotecaria dado que la hipoteca abierta en su cuerpo reconoce la existencia de una relación jurídica en la que interviene un deudor y un acreedor beneficiario del contrato de hipoteca en la que se deja expresa constancia de que dicho instrumento garantizará todas las obligaciones vigentes y por nacer a la vida jurídica que tenga el deudor para con su acreedor; así mismo, deja la posibilidad para que en cualquier momento a voluntad del acreedor este pueda hacer efectiva su garantía por considerar este que la obligación de la cual es beneficiario ha sido incumplida, escenario en el cual el deudor se opondría de acuerdo al 373 del COGEP.

Desafortunadamente, la redacción del artículo 362 del COGEP ha dado pie para que se malinterprete por parte de algunos operadores de justicia la viabilidad de la hipoteca abierta en la composición y comprensión explicada. Esto debido a que el mencionado artículo abre el libro V Ejecución con la definición del trámite de ejecución como el “conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución”. Esta definición, según algunos, excluiría de la

categoría de los títulos de ejecución a la hipoteca abierta por no incorporar una obligación determinada en el cuerpo de su escritura pública. Como lo mencionábamos, no se trata más que de una interpretación errada dado que el artículo 362 define el trámite de ejecución, propiamente, y realiza una mención general de los títulos de ejecución no siendo su objetivo la definición de estos últimos dado que suponer ello conllevaría un menoscabo a las modernas estructuras de garantías, prendas e hipotecas abiertas, en el actual ámbito comercial. En pocas palabras, se trata de una interpretación al texto de la ley que debe ser aclarado con una reforma legal sea definiendo lo que es un título de ejecución, algo no realizado por nuestro COGEP, sea añadiendo en el numeral 10 del artículo 363 los términos “abierta o cerrada” para zanjar la controversia que ha generado no pocos problemas.

### **Pronunciamientos judiciales en torno a la hipoteca abierta como título de ejecución**

A continuación, una exposición breve respecto a lo que ocurre al día de hoy con esta institución jurídica en las cortes y juzgados del país a través de pronunciamientos oficiales realizados judicial como extrajudicialmente.

#### ***Corte Constitucional del Ecuador***

Este título de ejecución cuya génesis y preferencia se encuentra en la acelerada práctica comercial de no pocos giros de negocios, tiene su asidero de una manera eminente y contundente en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes el cual permitiría a los intervinientes atenerse a su naturaleza aparentemente autónoma y a su dependencia funcional en la que el acreedor poseerá una posición privilegiada pero consentida por parte de su deudor.

Existen otras muchas razones para concluir sobre su procedibilidad a nivel de norma sustancial como adjetiva. Dentro de ellas, la misma Corte Constitucional que en

su dictamen No. 003-19-DOP-CC tuvo lugar por una objeción parcial planteada por el Presidente de la República de aquel entonces al Proyecto de Ley Orgánica Reformativa al COGEP aprobado por la Asamblea Nacional el 16 de octubre de 2018 expone en el punto 3.3.43 que las acogidas que se han hecho a los nuevos títulos de ejecución parten del principio de la autonomía de la voluntad de la partes recogido en el artículo 66, #29, lit. d de la Constitución y que no procede la objeción por inconstitucionalidad a la reforma al artículo 363 del COGEP “siendo una norma procedimental regulable por la ley”.

Lo curioso de este numeral es que afirma lo último refiriéndose al nuevo conjunto de títulos de ejecución a incorporarse dentro de los cuales se encuentra la hipoteca, “de modo general”, es decir, en su modalidad abierta y cerrada. Queda expuesta la postura de la Corte Constitucional a la figura bajo análisis la cual no contraviene derechos o principios constitucionales según lo mencionado añadiendo este dictamen la apelación al principio de la autonomía de la voluntad de las partes para justificar la viabilidad de la hipoteca abierta en nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente, se incorporó la hipoteca como nuevo título de ejecución y con ello se marcó la procedibilidad de los dos tipos, abierta y cerrada en el trámite de ejecución.

### ***Corte Nacional de Justicia***

El principal órgano de control de legalidad en la absolución de consulta efectuada por el presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha (2021) mediante oficio 171-2020-P-CPJP-YG de fecha 03 de febrero de 2020, se pronunció mediante oficio 0120-AJ-P-CNJ-2021 de fecha 25 de enero de 2021 el cual se titula “Las hipotecas abiertas o cerradas – El título de ejecución debe contener una obligación líquida y pura.”, afirma que las modalidades de la hipoteca pueden ser abiertas, condicional, a cierto plazo o cerrada y concluye categóricamente que la hipoteca

abierta no podría constituir en sí misma título de ejecución dado que no tiene incorporado en el cuerpo de la escritura pública una obligación líquida, pura y ya cuantificada.

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.

La Corte Nacional de Justicia emitió este criterio tomando como presupuesto conceptual lo recogido en el ya analizado artículo 362, sólo pueden ser títulos de ejecución aquellos que tengan integrada en su composición una obligación líquida/liquidable, clara y pura. Esta idea se repite en las diversas absoluciones de consultas realizadas a diversos jueces siendo esta un ejemplo palpable que evidencia la posición de la Corte Nacional de Justicia ante el tema discutido en este trabajo. Consiste un error de interpretación del mencionado artículo como consta expuesto más arriba.

### ***Unidades Judiciales***

A continuación, es interesante analizar los criterios de algunos jueces de los juzgados de primera instancia de las ciudades más grandes del país en los cuales se puede denotar su punto de vista frente a la procedibilidad de la hipoteca como título de ejecución. Estas citas se han tomado aleatoriamente con el único ánimo de conocer las razones por las cuales se inadmite a trámite la hipoteca abierta como título de ejecución.

***Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquitodel Distrito  
Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha***

En el proceso 17230-2023-05183 se pretendió el cobro de una obligación contenida en un contrato de mutuo vía trámite de ejecución mediante un título de hipoteca abierta el cual es inadmitido a trámite por no completar la demanda mediante providencia de fecha 03 de abril de 2023. Es oportuno citar una de las razones contenidas en la motivación de este auto interlocutorio, relevante a la discusión en cuestión:

... en la especie, el actor solicita se ejecute una hipoteca abierta, al respecto se observa lo siguiente: a) Si bien de acuerdo con el numeral 10 del artículo 363 ibídem la hipoteca es un título de ejecución, en la hipoteca abierta agregada a la demanda no existe una obligación clara, determinada, líquida, de plazo vencido; donde conste el monto de la obligación a fin de proceder a la ejecución... En este caso, la obligación que se pretende ejecutar no está determinada de forma clara y precisa ni forma parte del título de ejecución; por el contrario, se refiere a otro documento, que es precisamente lo que pretende ejecutar el actor, esto es, el contrato de mutuo, el mismo que no constituye título de ejecución.

Este juzgado mantuvo el criterio de exclusión de la hipoteca abierta de los títulos de ejecución por no contener en su redacción la obligación que se intenta ejecutar. Este despacho judicial cae en el error de interpretación del artículo 362 del COGEP el cual no determina lo concluido por el juzgador citado. Con esta interpretación se excluye a la hipoteca y a la prenda abiertas y mantiene a nuestro ordenamiento jurídico relegado a las nuevas corrientes de vanguardia de actos comerciales.

En el proceso 17230-2021-19088 se pretendió el cobro judicial de un pagaré a la orden a través del trámite de ejecución vía ejecución de un contrato de hipoteca abierta. En el mencionado proceso, la Jueza calificó la solicitud de ejecución e inicia la ejecución conforme derecho. A continuación, su auto interlocutorio de calificación a la solicitud de ejecución:

Avoco conocimiento en mi calidad de Juez Titular de la Unidad Judicial de lo Civil con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, y en virtud del sorteo realizado, se considera.- La demanda presentada, es clara y contiene los requisitos previstos por el Art. 142, 143 y 370 del Código Orgánico General de Procesos; por haberse fundamentado en un contrato de hipoteca abierta y prohibición voluntaria de enajenar, que constituye TÍTULO DE EJECUCIÓN al tenor de lo previsto en el artículo 363 numeral 10 del COGEP, se admite la demanda a trámite mediante PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN previsto en el Libro V, Título I del Código Orgánico General de Procesos.

Esta juzgadora consideró que la solicitud inicial de ejecución en su título de ejecución hipotecario contiene todo lo necesario para incoar el trámite referido. Es decir, que el título de ejecución hipotecario ampara una obligación que no necesariamente está recogida en el cuerpo del contrato de hipoteca sino más bien se encuentra descrito y complementado en la solicitud de ejecución sin que esto signifique una causal de improcedencia. Conforme a esta postura, los principios de accesoriadad y especialidad no se han vulnerado, antes bien se han adaptado a una nueva forma de interpretación y ejecución hipotecaria.

En el proceso 17230-2020-10318 existió una postura similar al anterior caso citado. Se trata de un trámite de ejecución en el cual el juzgador considera que la solicitud de ejecución hipotecaria reúne todo lo necesario para la procedencia de cobro judicial vía trámite de ejecución. A continuación la cita referida:

La demanda presentada por el BANCO DEL AUSTRO S. A., a través de su procurador judicial Dr. Ferdinand Wladimir Galarza León, es clara y contiene los requisitos previstos por el artículo 142, 143 y 370 del Código Orgánico General de Procesos; por haberse fundamentado en el Contrato de Hipoteca Abierta y Prohibición Voluntaria de Gravar y Enajenar, que constituye título de ejecución al tenor de lo previsto en el artículo 363 numeral 4 del COGEP, se admite la demanda a trámite mediante procedimiento de ejecución previsto en el Libro V, Título I del Código Orgánico General de Procesos.

Es importante recalcar que la mencionada postura es adoptada en una época en el que existían criterios encontrados y era muy controversial admitir a trámite una solicitud de ejecución cuyo título habilitante sea una escritura de hipoteca abierta.

***Unidad Judicial Civil del cantón Cuenca provincia del Azuay***

En el proceso 01333-2022-02335 se pretendió el cobro de cinco obligaciones vía trámite de ejecución mediante un título de hipoteca abierta el cual es inadmitido a trámite debido a que sólo una de las cinco obligaciones se encuentra vencida e impaga. Lejos de centrarnos en la ligereza de la parte actora de intentar demandar el cobro de cuatro obligaciones no vencidas, nos enfocamos en una de las razones por las cuales el juzgador inadmite a trámite la solicitud de ejecución:

En suma, si el accionante requiere ejecutar la hipoteca mediante procedimiento de ejecución, debió acreditar que todas las obligaciones que tenga con la parte demandada, a la fecha estén vencidas, dado que si solo una de aquellas está impaga, deberá ejercer en la vía prevista en los títulos ejecutivos. Por lo tanto, la demanda en los términos como se la ha propuesto deviene en manifiestamente inadmisibile.

Se trata de una mala lectura a la cláusula de aceleración de pagos contenida en la escritura de hipoteca por la cual este juzgador concluye que deben estar vencidas todas las obligaciones para que pueda proceder el trámite de ejecución vía título hipotecario. Si bien no inadmitió la solicitud de ejecución por no ser la hipoteca abierta un título de ejecución reconocido por nuestro COGEP, sí lo hace por considerar que para su ejecutividad deben estar vencidas todas las obligaciones existentes con la parte deudora. Se trata de una postura reduccionista de la accesoriedad que tiene implicaciones al momento de la ejecución de la hipoteca.

En el proceso 01333-2022-08229 se denotó una particularidad oportuna a citar en esta parte del estudio. En el mencionado proceso, el Juez pidió aclarar la solicitud de ejecución en el sentido de que la parte actora debe determinar en la solicitud de ejecución si el título ejecutivo que contiene la obligación exigida sería la única obligación a cobrar. Esto tal vez porque la parte actora hizo alusión a más obligaciones y no las determinó en el memorial inicial. Aquí la cita de lo comentado:

Previo a calificar la demanda, y de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del Art. 146 del COGEP, se dispone que la parte accionante, en

el término de CINCO DÍAS, complete y aclare su demanda, de la siguiente manera:

- En relación con el numeral 5 del Art. 142 ibídem, indique si es la única obligación que se va a ejecutar o existen más obligaciones pendientes respaldadas por la hipoteca abierta, ya que esta, se entendería que se constituyó para garantizar deudas futuras e indeterminadas al momento de otorgársela en la escritura pública.

De igual forma teniendo en cuenta el contenido del contrato de hipoteca indique en que parte del mismo los intervinientes pactan que en caso de incumplimiento se someten al proceso de ejecución de la hipoteca.

Es interesante destacar la primera observación realizada dado que este juzgador dio por sentado que el principio de especialidad en cuanto a las obligaciones a ser determinadas para incoar el trámite de ejecución pueden estar contenidos fuera de la misma escritura de hipoteca abierta. Es la concepción moderna del principio de especialidad en cuanto al crédito u obligación garantido.

Acto seguido al escrito de aclaración ingresado por la parte actora, el Juez en cuestión admitió y calificó a trámite la solicitud de ejecución:

La solicitud que antecede presentada por el Dr. Mario Alejandro Vintimilla Atencia, Procurador Judicial del Dr. Juan Eugenio Vélez Palacios, Procurador General y Representante Legal del **BANCO DEL AUSTRO S.A.** en contra de la compañía **DEALER AUTO & SHOPPING AUQUILLA Y ASOCIADOS CIA. LTDA.** representada legalmente por el Gerente el Señor Luis Eduardo Auquilla Cisneros y en contra del Señor **LUIS EDUARDO AQUQUILLA**

**CISNEROS por sus propios y personales derechos**, es clara, precisa y cumple los requisitos legales previstos en los Arts. 370, 142 y 143 del Código Orgánico General de Procesos, fundamentándose en un **CONTRATO DE HIPOTECA**, documento que constituye título de ejecución, al tenor de lo previsto en el numeral 10 del Art. 363 de la normativa antes citada, por lo que se califica y admite a trámite mediante **PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN**.

En el proceso 01333-2019-07348 la juzgadora consideró que la hipoteca abierta que no contiene en su cuerpo la obligación exigida en la solicitud de ejecución no es un título apto para incoar el trámite de ejecución ya que todas las hipotecas abiertas no son títulos adecuados para hacerlo. Así se denota en la cita a continuación:

El Libro V del Código Orgánico General de Procesos define lo que es la ejecución en el Artículo 362: Es el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución. El Reformado Artículo 363 del COGEP enumera cuáles son los títulos de ejecución, entre ellos el contenido del numeral 10. La hipoteca. Es evidente que no toda escritura de hipoteca constituye un título de ejecución debe darse una debida correspondencia y armonía. 4.3.- En la especie, es la escritura de hipoteca abierta un título de ejecución?. Para responder este interrogante hay que tener como origen el Pagaré a la Orden suscrito el 30 de mayo de 2019, en el que se detalla la suma de dinero prestada y la forma de pago, los intereses, pago anticipado, la garantía hipotecaria, el domicilio al que se sujetan las partes y el trámite para el caso de incumplimiento se exigirá judicialmente el pago de la obligación.

La juzgadora consideró se circunscribe en la postura tradicional referente al principio de especialidad en cuanto al crédito garantido. Una muestra más que los criterios son encontrados entre un y otro despacho judicial.

***Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil***

En el proceso 09332-2022-19279 se pretendió el cobro de una obligación contenida en un contrato de mutuo vía trámite de ejecución mediante un título de hipoteca abierta el cual es inadmitido a trámite por no completar la demanda mediante providencia de fecha 13 de marzo de 2023. Las razones que motivaron esa decisión son similares al primer caso citado. Se evidenció lo siguiente:

Como se puede observar, las respuestas referentes a la hipoteca son muy claras, ya que señalan que las hipotecas abiertas no pueden ser consideradas como títulos de ejecución, porque no determinan una obligación, no determinan plazos o fechas, no están sujetas a contratos o títulos principales, tienen cuantía indeterminada, por tanto, no cumplen con ninguna de las características de ejecutividad, por ende no pueden ser exigibles por la vía de ejecución, sino que deberán ser judicializadas por otras vías para justificar y reconocer el derecho que se exige, probando la existencia de la relación comercial, contrato, obligación, incumplimiento y exigibilidad (requerimiento en mora).

La juzgadora sostuvo la teoría restrictiva (tradicional) del principio de accesoriedad y especialidad por lo cual se alinea al criterio mantenido por la Corte Nacional de Justicia. Así lo manifestó en el referido auto de archivo de la demanda mediante cita que realiza a la absolución de consulta arriba transcrito. No nos detendremos a rebatir

este argumento dado que a se ha explicado con holgura las falencias en las que incurre esta perspectiva.

En el proceso 09332-2022-19495 el juzgador inadmitió de plano la solicitud de ejecución por considerar que el título hipotecario no contiene en su composición las obligaciones garantizadas, esto al tenor de lo que establece (o de la interpretación que le da) el artículo 362 del Código Orgánico General de Procesos. El mencionado comulgó con aquellos que propugnan que la hipoteca debe contener en su estructura todas las obligaciones garantizadas. Cita a continuación:

**PRIMERO:** El COGEP en su artículo 363.10 considera a la hipoteca como un título de ejecución. El artículo 362 del COGEP dice que la ejecución *“Es el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución.*

...SEGUNDO: El artículo 1561 del Código Civil establece que: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”; el Art. 1576 del precitado cuerpo legal dice: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”. Así también su Art. 1580, dice que: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.”. En este contexto, es trascendental el artículo 364 del COGEP, que establece textualmente:

“Art. 364.- Facultades de la o del juzgador y de las partes. La ejecución se circunscribirá a la realización o aplicación concreta de lo establecido en el título de ejecución..- Las partes actuarán en plano de igualdad, pero se limitarán

exclusivamente al control del cumplimiento del título de ejecución, conforme con la ley.

Dicho artículo indica que la ejecución de un título se circunscribe a aplicación concreta de lo establecido en él; por tanto, para efectivizarlo en forma directa vía procedimiento de ejecución (donde el deudor queda privado de un proceso de conocimiento o ejecutivo), tal hecho debe ser pactado previamente. En el presente caso, la hipoteca fundamento de la solicitud, no tiene constancia que las partes hayan acordado aquello; peor aun cuando la misma hipoteca dice en su cláusula decimocuarta, que las partes se someten al trámite ejecutivo o verbal sumario. Lo que hace manifiestamente inadmisibles el acto de proposición de ejecución (demanda). El Art. 147 numeral 2 inciso segundo del Código Orgánico General de Procesos determina textualmente: “Si la o el juzgador estima que la demanda es manifiestamente inadmisibles, la declarará así en la primera providencia, con expresión de los fundamentos de su decisión y ordenará...”. Por tanto, el suscrito juez declara que INADMITE la demanda de procedimiento de ejecución formulada por HELEN MARIA CASTRO SORIANO, procuradora judicial del representante legal del BANCO PICHINCHA, contra RODRIGUEZ PLAZA GIOVANNY RAMON y VILAÑA VILLAMAR LILIBETH MARTHA. Se ordena el archivo del expediente y que los originales sean devueltos a quien los presentó. Notifíquese.-

Queda en evidencia lo mencionado. El juez en cuestión se adhirió a la línea tradicional de comprensión del principio de accesoriedad y especialidad. Razón por la cual inadmitió a trámite la solicitud de ejecución en cuestión.

En el proceso 09332-2022-13684, a diferencia del juzgador anterior, el juez consideró que la escritura de hipoteca abierta reúne o tiene todo lo necesario para iniciar un trámite de ejecución. Así lo estableció en su auto interlocutorio de calificación:

VISTOS: La solicitud que antecede deducida por los abogados PABLO MANUEL OLAYA LEON y JOSSUE ANTONIO JARAMILLO CUESTA, en calidad de Procuradores Judiciales del BANCO PICHINCHA C.A. en contra de los señores OTTO FRANKLIN VERA MORAN Y ZOILA ARACELLY ZUÑIGA MOSQUERA por sus propios derechos y por los que representan de la sociedad conyugal que tiene formada, es clara, precisa y cumple los requisitos legales previstos en los artículos 370, 142 y 143 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y se fundamenta en un Contrato de Hipoteca Abierta, documento que constituye título de ejecución, al tenor de lo previsto en el artículo 363 del mismo código; por lo que se califica y admite a trámite mediante procedimiento de ejecución. Notificada esta providencia, venga el expediente para señalar perito que liquide los valores adeudados por el demandado, según lo expresado en la demanda, los documentos adjuntos y la ley. Tómese en cuenta el casillero judicial y los correos electrónicos señalados.. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Este juzgador se alineó a aquella posición moderna que reconoce que los principios de accesoriadad como de especialidad son respetados por la escritura de hipoteca abierta.

Ante los criterios encontrados de magistrados de diversos grados en el ejercicio de la potestad judicial tal como lo hemos exhibido es conveniente que la Corte Nacional de Justicia amparada en la facultad recogida en el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial vía resolución con fuerza de ley expida un pronunciamiento vinculante el cual pueda disipar las dudas e interpretaciones en conflicto que pululan en los despachos judiciales al día de hoy sobre la temática en cuestión; un pronunciamiento que permita, a lo menos, formalizar los criterios vertidos en las absoluciones de consultas hechas por los jueces inferiores.

Aun cuando lo señalado en el numeral anterior escapa de las manos de quien redacta el presente trabajo, es decir, depende netamente del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, ello no nos exime de realizar una propuesta para solventar la laguna jurídica detectada en nuestro ordenamiento jurídico.

#### **Modelo de solicitud de ejecución de título hipoteca abierta**

Frente a la realidad controvertida que rodea a la hipoteca abierta como título de ejecución, existen algunas puntualizaciones en la solicitud de ejecución como tal a la hora de iniciar un trámite de ejecución. A continuación, un modelo de solicitud de ejecución en el que se puede destacar aquellos aspectos concretos a tener en cuenta basados en lo establecido en el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos junto con todo lo disertado en el presente trabajo:

**SEÑOR JUEZ DE LA UNIDAD CIVIL CON SEDE EN EL CANTÓN  
GUAYAQUIL.-**

**XXXXXXXXXXXXXX**, ante usted, con el debido respeto, comparezco y digo:

## I

**DESIGNACIÓN DE ACTOR Y DEMANDADO**

**1.1.** Es actor el compareciente: **XXXXXXXX**, ecuatoriano, con cédula de ciudadanía número **XXXXXXXX**, de **XX** años de edad, de estado civil casado, de profesión abogado, domiciliado en la ciudadela **XXXXXXXX**, condominio Casa Grande de esta ciudad de Guayaquil y con dirección electrónica **XXXX@XXX.com** a nombre y en calidad de **Procurador Judicial** del señor Economista **XXXXX**, **XXXX**, con cédula de ciudadanía número **XXXXXXXX**, de **XX** años edad, de estado civil casado, de profesión economista, domiciliado en esta ciudad de Guayaquil, en su calidad de Presidente Ejecutivo y Representante Legal del **XXXXX**, con RUC número **XXXXXXXX** conforme consta de la copia certificada de la Escritura Pública de Procuración Judicial que acompaño a fin de acreditar mi intervención en la presente causa, como **ANEXO 1**.

**1.2.** Los ejecutados son:

- Los señores **XXXXXXXX**, con cédula de ciudadanía número **XXXXX** por sus propios y personales derechos y por los que representa la sociedad conyugal o de bienes que tiene formada, y **XXXXX**, con cédula de ciudadanía **XXXXXXXX** por sus propios y personales derechos y por los que representa la sociedad conyugal o de bienes que tiene formada en sus calidades de “Deudores hipotecarios”, actual propietario de uno de los bienes inmuebles hipotecados objeto de la presente solicitud de ejecución como consta en certificado de Registro de la propiedad y mercantil del cantón **XXXXX** adjunto a la presente como **ANEXO X**.

- La compañía **XXXXXX** representada por el señor **XXXXXXX**, con cédula de ciudadanía número 0XXXXXXX, en su calidad de “Deudor hipotecario” actual propietaria de uno de los bienes inmuebles hipotecados objeto de la presente solicitud de ejecución como consta en certificado de Registro de la propiedad y mercantil del cantón XXXXXXs adjunto a la presente como ANEXO X.

## II

### TÍTULOS HIPOTECARIOS OTORGADOS A FAVOR DE MI REPRESENTADO

#### 2.1. Hipoteca 1

Con fecha XX de XXXXX de XXXX, ante la abogada XXXXX, Notaria XXXXX del cantón Guayaquil, comparecen los cónyuges XX XXXXXXXXX por sus propios y personales derechos y por los que representan de la sociedad conyugal que tienen conformada, parte a quien se denomina “LA DEUDORA HIPOTECARIA”; la compañía XXXXXXXX por la interpuesta persona de su Gerente General y representante legal, señor XXXXX en calidad de “DEUDOR” suscribieron una escritura pública por la que constituyó una Hipoteca Abierta, Antícresis y Prohibición Voluntaria de Enajenar y Gravar a favor del XXXXX respecto de un solar de su propiedad descrito a continuación: **Descripción del inmueble aquí**

Dicha escritura de hipoteca garantiza las obligaciones contraídas o por contraer, de forma directa o indirecta, individual o conjunta, a favor o a la orden de mi representado, por los deudores: XXXXXXXX, así como de la compañía XXXXX y fue

inscrita ante el Registrador de la Propiedad del cantón XXXX, el XXXXXX, bajo el número XXXX del Registro de Hipotecas y, anotada con el número XXXXXX del Repertorio. Todo lo anterior consta debidamente descrito en el Testimonio que se adjunta en la presente demanda, como **ANEXO x** y consta corroborado en el certificado emitido por el señor Registrador de la Propiedad de XXXXXX que se adjunta a la presente demanda como **ANEXO x**.

## **2.2. Hipoteca 2**

Con fecha XX de XXXXX de XXXX, ante la abogada XXXXX, Notaria XXXXX del cantón Guayaquil, comparecen los cónyuges XX XXXXXXXXX por sus propios y personales derechos y por los que representan de la sociedad conyugal que tienen conformada, parte a quien se denomina “LA DEUDORA HIPOTECARIA”; la compañía XXXXXXXX por la interpuesta persona de su Gerente General y representante legal, señor XXXXX en calidad de “DEUDOR” suscribieron una escritura pública por la que constituyó una Hipoteca Abierta, Antícresis y Prohibición Voluntaria de Enajenar y Gravar a favor del XXXX respecto de un solar de su propiedad descrito a continuación: **Descripción del inmueble aquí**

Dicha escritura de hipoteca garantiza las obligaciones contraídas o por contraer, de forma directa o indirecta, individual o conjunta, a favor o a la orden de mi representado, por los deudores: XXXXXXXX, así como de la compañía XXXXX y fue inscrita ante el Registrador de la Propiedad del cantón XXXX, el XXXXXX, bajo el número XXXX del Registro de Hipotecas y, anotada con el número XXXXXX del Repertorio. Todo lo anterior consta debidamente descrito en el Testimonio que se

adjunta en la presente demanda, como **ANEXO x** y consta corroborado en el certificado emitido por el señor Registrador de la Propiedad de Samborondón que se adjunta a la presente demanda como **ANEXO x**.

### III

#### OBLIGACIONES VENCIDAS GARANTIZADAS

#### CON LAS HIPOTECAS OTORGADAS

En vista de que las hipotecas referidas en el acápite anterior, garantizan (independientemente de otras personas naturales o jurídicas) las contraídas por los señores XXXXX, paso a enumerar las obligaciones que, a la fecha, tales personas mantienen vencidas e impagas para con mi representado:

- 3.1. **Contrato de Mutuo (Código: XXX XXXX)** suscrito al XX de noviembre de 2019 entre el XXXXX, debidamente representado por el señor XXXXXXXX, en su calidad de VICEPRESIDENTE EJECUTIVO-GERENTE GENERAL en su calidad de ACREEDOR; y los señores XXXXXXXX en calidad de DEUDORES por la suma de **QUINIENTOS SEIS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD. \$506.000,00)** a pagarse mediante CIENTO OCHENTA (180) dividendos mensuales contados desde la fecha de suscripción del presente contrato hasta el 15 de noviembre de 2034. El contrato de mutuo en mención lo adjunto al presente, debidamente suscrito por los deudores como **ANEXO X**.
  
- 3.2. **Contrato de Mutuo (Código: XXX XXXX)** suscrito al XX de noviembre de 2019 entre el XXXXX, debidamente representado por el señor XXXXXXXX, en su calidad de VICEPRESIDENTE EJECUTIVO-GERENTE GENERAL en su calidad de

ACREEDOR; y los señores **XXXXXXXXXX** en calidad de DEUDORES por la suma de **QUINIENTOS SEIS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD. \$506.000,00)** a pagarse mediante CIENTO OCHENTA (180) dividendos mensuales contados desde la fecha de suscripción del presente contrato hasta el 15 de noviembre de 2034. El contrato de mutuo en mención lo adjunto al presente, debidamente suscrito por los deudores como **ANEXO X**.

En consecuencia, señor juez, a la fecha, los señores **XXXXXX**, no han cancelado a mi representado la totalidad de los valores adeudados antes detallados, derivados de las obligaciones contenidas en los títulos también referidos anteriormente, pese a las reiteradas solicitudes del **XXXX**, por lo que, en ejercicio de la facultad concedida en dichos instrumentos y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 348 del Código Orgánico General de Procesos, el **XXXX**, ha declarado de manera expresa vencidas la totalidad de las obligaciones a cargo del señor **XXXXXX**. En consecuencia, los deudores deben, a la actualidad, **la suma total** de **XXXXXX CON 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD. \$ XXXX)** tal como se puede colegir de la suma de las liquidaciones acompañadas a esta demanda.

#### IV

#### **SOLICITUD DE EJECUCIÓN DE TÍTULOS HIPOTECARIOS**

- 4.1. Con los antecedentes expuestos, comparezco ante usted, en mi calidad de Procurador Judicial del señor economista **XXXX**, Presidente Ejecutivo y Representante Legal del **XXXXXX**, amparado en los artículos 363, numeral 10, 364 y 370 del Código Orgánico General de Procesos **a solicitar la EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE**

**HIPOTECA ABIERTA** descritos en los numerales 2.1. y 2.2. de esta solicitud de ejecución.

- 4.2.** Como consecuencia de ello, solicito a usted, se sirva designar a un perito para la liquidación de capital, intereses y costas que deberá incluir los siguientes rubros:
- 4.2.1.** Los intereses corrientes y de mora devengados, vencidos y no pagados en las tres obligaciones, desde su vencimiento hasta el día del pago, a la tasa máxima regulada para obligaciones vencidas.
- 4.2.2.** Las costas procesales, entre las que se deberán incluir los honorarios del abogado patrocinador de mi procurado.
- 4.2.3.** Todos los porcentajes y recargos que sean procedentes, según lo estipulado en leyes especiales aplicables a la materia.
- 4.3.** Posteriormente a ello, usted se servirá expedir el correspondiente mandamiento de ejecución y, en caso de incumplimiento, ordenar el embargo de los inmuebles materia de los mencionados contratos hipotecarios, para lo cual contará con el auxilio de la fuerza pública y, posteriormente, dispondrá la venta en subasta pública de los bienes, previo avalúo.
- 4.4.** El producto del remate deberá ser aplicado a la deuda que los deudores **XXXXXX** ordenados en el mandamiento de ejecución correspondiente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Artículos 362, 363 numeral 10 y siguientes del Código Orgánico General de Procesos; artículos 1, 7 y 8 literal g) y q) del Código de Comercio; artículo 225 inciso segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero; artículos 1567, 1583, 2099-2115, 2309 y siguientes del Código Civil y todas las demás normas que fueren aplicables.

## VI

### DOCUMENTACIÓN ADJUNTA

A continuación se detallan los documentos que deben ser adjuntados a la solicitud de ejecución realizando un énfasis en que la o las hipotecas abiertas son títulos de ejecución completos que garantizan las obligaciones descritas en el apartado X.

## VII

### CUANTÍA

- 7.1.** La cuantía de la presente solicitud de ejecución es de **XXXXXX CON 00/100 DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD. \$ XXXX)** más los valores que se devenguen hasta la fecha de pago de la obligación, como ha quedado antes expresado.
- 7.2.** Ofrezco reconocer pagos parciales que legalmente se demostraren, sin perjuicio de los que ya han sido debidamente reconocidos en los antecedentes de esta demanda.

## VIII

### ESPECIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTO

- 8.1.** El trámite que debe darse a la presente causa es el procedimiento previsto en el TITULO I del Libro V del Código Orgánico General de Procesos, prescrito para los procedimientos de ejecución. Toda vez que, en virtud de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos, la hipoteca constituye título de ejecución.
- 8.2.** En vista de que los deudores se han sometido expresamente a la jurisdicción del cantón Guayaquil, usted es el Juez competente, de acuerdo con lo establecido en el numeral 3 del artículo 10 del Código Orgánico General de Procesos.

## IX

### CITACIONES, NOTIFICACIONES Y AUTORIZACIONES

- 9.1.** A los señores **XXXXXX**, con cédula de ciudadanía número **XXXXXX** y **XXXXXX** con cédula de ciudadanía número **XXXXX** se los citará mediante atento deprecatorio: cantón **XXXXXX**. Desconocemos dirección de correo electrónico.
- 9.2.** A la compañía **XXXXXX** representada por el **XXXXXX**, calidad que se demuestra con certificado de registro mercantil que se adjunta como **ANEXO X** se la citará en su domicilio ubicado en la siguiente dirección: **XXXXXX**. Desconocemos dirección de correo electrónico del demandado.

- 9.3. Recibiré notificaciones en la casilla judicial número XXXX de esta ciudad de Guayaquil y en la dirección electrónica [XXXXXXXXXXXXX@gmail.com](mailto:XXXXXXXXXXXXX@gmail.com)
- 9.4. Autorizo a los profesionales: XXXX y XXXXX para que, con su sola firma, presenten cuantos escritos y/o documentos consideren necesarios en defensa de los intereses de mi representada, así como intervengan en el desglose de documentos.

Sírvase proveer.-

### **Propuesta**

Mediante una propuesta de reforma de ley cuya iniciativa la pueda tener cualquiera de los actores habilitados para ello según el artículo 134 de la Constitución de la República del Ecuador sugerimos la reforma del artículo 363, numeral 10, del Código Orgánico General de Procesos por medio de la cual se pueda agregar a dicho numeral una especificación que permita dilucidar la cuestión sobre la viabilidad de la hipoteca abierta como título de ejecución apto para iniciar un trámite de ejecución.

A la actual escueta redacción del artículo objeto de reforma pretendemos añadir las dos modalidades existentes de hipoteca siendo la forma acabada de nuestra propuesta la siguiente:

Art. 363 Son títulos de ejecución los siguientes:

10. La hipoteca, **abierta o cerrada.**

De una manera eficiente se logra zanjar la problemática existente expuesta en este trabajo con lo que quedaría satisfecha nuestra aspiración de rellenar esta laguna

jurídica; no se postula una definición de los títulos de ejecución, artículo 362 del Código Orgánico General de procesos, esa sería otra alternativa tal vez no tan contundente como la reseñada pero que podría reducir el margen de discreción en el tema. Sin embargo, con la reforma propuesta, se desvanecería, indirectamente, la errónea interpretación adoptada por la Corte Nacional de Justicia y por los juzgados inferiores de considerar que los títulos de ejecución deben contener en su composición la obligación que se intenta cobrar vía trámite de ejecución, una mirada miope a las corrientes modernas de vanguardia de derecho comercial y procesal.

### **CAPÍTULO 3 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **CONCLUSIONES**

Este trabajo ha pretendido analizar, como objetivo general, la viabilidad de la institución de la hipoteca abierta en nuestro ordenamiento jurídico y nos ha permitido concluir que la misma está enmarcada dentro del marco constitucional y legal (Código Civil y Código Orgánico General de Procesos, propiamente) de este; que esta figura respeta los principios básicos de la institución tales como el principio de accesoriedad y especialidad tan controvertidos al momento de explicar la misma; y que, por lo tanto, la mencionada se reputa como título de ejecución apto para incoar el trámite de ejecución recogido en el Libro V del Código Orgánico General de Procesos.

A modo de conclusión, se trata de una figura moderna cuya estructura se ha adaptado a las exigencias del comercio actual y cuya utilidad se ha tornado necesaria, en muchos casos, al momento de asegurar grandes transacciones de dinero cuya recurrencia es frecuente en determinados giros de negocio.

De modo que estamos frente a una institución con autonomía estructural y dependencia funcional cuyos principios de constitución se mantienen intactos con ligeras modificaciones al principio de accesoriedad, en cuanto a que basta que exista

una relación comercial vigente entre dos sujetos capaces para que la misma subsista, y ligeras modificaciones al principio de especialidad en cuanto a que ya no es necesario que las obligaciones garantizadas estén recogidas en el cuerpo de la escritura de hipoteca para su existencia junto con el monto tope garantido, no así el bien inmueble gravado dado que el principio de especialidad se ha desgajado convirtiéndose por lo primero en un elemento de la esencia del contrato y en lo segundo un elemento natural del mismo.

Este trabajo ha cumplido con sus objetivos específicos lo cual permite, asimismo, concluir lo siguiente:

- La estructura básica de la hipoteca y de la hipoteca abierta profundizando en los elementos como contrato de una y otra realizando un discernimiento prolijo sobre sus componentes esenciales, de la naturaleza y accidentales distinguiendo las particularidades de ambas instituciones.
- Las tendencias actuales y las voces autorizadas de cada una de ellas, realizando especial énfasis sobre aquellas que avalan la existencia y procedibilidad de la hipoteca abierta.
- Revisión y lectura completa a los artículos de nuestro ordenamiento jurídico que soportan la viabilidad de la hipoteca abierta como institución existente y como título de ejecución.
- Identificación y análisis los pronunciamientos judiciales de diversos niveles sobre la institución en cuestión reconociendo las premisas sobre las cuales se apoyan dichas argumentaciones.
- Como cierre final, la hipoteca abierta es viable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con la debida fundamentación.

## **RECOMENDACIONES**

Promover una reforma legal al artículo 363, numeral 10, del Código Orgánico General de Procesos en cuya parte pertinente se añadan las dos modalidades de la hipoteca. El artículo reformado quedaría de la siguiente manera:

Art. 363 Son títulos de ejecución los siguientes:

**10. La hipoteca, abierta o cerrada.**

## **CAPÍTULO 4**

### **Bibliografía**

Abeliuk, R. (1971). *Las obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Aguilera, A. (1881). *Código civil de la República de Chile: (comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América)*. Madrid: García y Caravera.
- Alberdi, L. (2016). La hipoteca y sus caracteres en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 152-167.
- Aramburu, R. (2020). *Historia e Instituciones del Derecho Romano*. Buenos Aires: EDULP.
- Azofra, F. (2015). *La hipoteca flotante*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Bello, A. (1855). *Código Civil*. Santiago de Chile: Robustiano Vera Ediciones.
- Bonito, J. (2015). Propuesta de Ley Reformatoria al artículo 121 del Código Civil del Ecuador. *Tesis de grado para la obtención del título de abogado de los Tribunales de la República del Ecuador*. Puyo, Pastaza, Ecuador: Uniandes-Puyo.
- Bravo, G. (1997). *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Cárdenas, H. (2004). La especialidad crediticia en la hipoteca y las cláusulas de escala móvil. *Revista Mexicana de Derecho*, 66-89.
- Carrión, F. (1986). De la manipulación de la esperanza a la gestión del fracaso: la triste historia del plan Techo. *Ecuador Debate*, 103-113.
- Castaño, R. (2005). A Propósito del Derecho Romano y el origen del código civil Colombiano. *Revista Científica General José María Córdova*, 54-57.
- Cores, C. D. (2007). La reforma francesa del derecho de garantías mobiliarias: una perspectiva latinoamericana. *Revista de derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, 71-117.
- Dictamen 003-19-DOP-CC, 0002-19-OP (Corte Constitucional 14 de Marzo de 2019).
- Galisteo, E. (9 de Mayo de 2018). *SAIJ, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina*.  
Obtenido de SAJJ: <http://www.saij.gov.ar/eduardo-rogelio-galisteo-hipotecas-abiertas-codigo-civil-comercial-nacion-dacf180087-2018-05-09/123456789-0abc-defg7800->

81fcanirtcod?&o=0&f=Total%7CFecha/2018%5B20%2C1%5D%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B75%2C1%5D%7COrga

Gómez, C. (1987). *De los principales contratos civiles*. Bogotá: Pama Editores Ltda.

González, M. (1978). Génesis y evolución de la prenda y la hipoteca. *Revista CIDE*, 145-169.

Hipoteca abierta, 17230-2023-05183 (Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquío del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha 3 de abril de 2023).

Hipoteca abierta, 09332-2022-19495 (Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil).

Hipoteca abierta, 09332-2022-13684 (Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil).

Hipoteca abierta, 01333-2022-02335 (Unidad Judicial Civil del cantón Cuenca provincia del Azuay).

Hipoteca abierta, 01333-2022-08229 (Unidad Judicial Civil del cantón Cuenca provincia del Azuay).

Hipoteca abierta, 17230-2020-10318 (Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquío del Distrito Metropolitano de Quito 06 de Octubre de 2020).

Hipoteca abierta, 17230-2021-19088 (Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquío del Distrito Metropolitano de Quito 08 de Noviembre de 2021).

Hipoteca abierta, 01333-2022-02335 (Unidad Judicial Civil del cantón Cuenca provincia del Azuay 18 de Febrero de 2022).

Hipoteca abierta, 09332-2022-19279 (Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil 8 de Diciembre de 2022).

Larrea, J. (2008). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones.

Las hipotecas abiertas o cerradas - El título de ejecución debe contener una obligación líquida y pura, 0120-AJ-P-CNJ-2021 (Corte Nacional de Justicia 25 de Enero de 2021).

López de Zavalía, F. (1997). *Teoría de los Contratos. Parte General*. Buenos Aires: Zavalía.

- Mata, P., Sánchez, L., & Frontini, E. (2005). Hipotecas abiertas. Hipotecas y dominio desmembrado. Rango hipotecario. *Revista notarial* 951, 493-527.
- Meza, R. (1979). *Manual de derecho civil. De las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Morán, D. (2020). *Ley Modelo Interamericana sobre Grantías Mobiliarias: su implementación*. Madrid: Marcial Pons.
- Nacional, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Asamblea Nacional.
- Nacional, A. (22 de Mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos. *Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Pichincha, Ecuador: CEP.
- Nacional, C. (24 de junio de 2005). Codificación del Código Civil. *Codificación del Código Civil*. Quito, Pichincha, Ecuador: CEP.
- Ortega, M. (2013). El principio de especialidad hipotecaria. *Ius et Veritas*, 164-185.
- Pérez, B. (1978). La forma en los actos jurídicos y en los contratos. *Revista de derecho notarial mexicano*, 68-106.
- Piñero, J. (2004). Contrato y acto jurídico en el Derecho Comparado. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 517-530.
- Torres, A. G. (1990). *Los años noventa ¿Desarrollo con equidad?* San José: FLACSO.
- Varsi, E., & Torres, M. (2018). Las hipotecas de máximo en el sistema de garantías peruano. *Ius et Veritas*, 76-85.
- Varsi, E., & Torres, M. (2019). Características de la hipoteca . *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 159-174.
- Varsi, E., & Torres, M. (2019). Clasificación y tipología de la hipoteca. *Instituto Pacífico* , 171-191.

Vivar, E. (1994). Naturaleza Jurídica de la Inscripción en el Sistema Registral Peruano.

*Derecho - Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú*, 117-

130

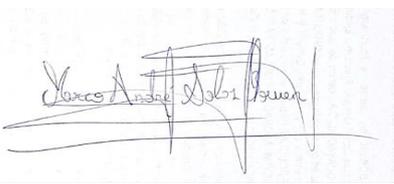
## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Marco André Salas Bowen, con C.C: 0927206755 autor del trabajo de titulación: La validez de la hipoteca abierta y su ejecutividad como título de ejecución – Análisis del caso ecuatoriano, previo a la obtención del grado de MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

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

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

Guayaquil, 27 de julio del 2023

f. 

Marco André Salas Bowen

C.C: 0927206755



Presidencia  
de la República  
del Ecuador



Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes



**SENESCYT**

SECRETARÍA NACIONAL DE EDUCACIÓN SUPERIOR,  
CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN

**REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA**

**FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN**

<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>	La validez de la hipoteca abierta y su ejecutividad como título de ejecución – análisis del caso ecuatoriano		
<b>AUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Marco Salas Bowen		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b> (apellidos/nombres):	Dr. Johnny De la Pared Darquea		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>UNIDAD/FACULTAD:</b>	Sistema de Posgrado		
<b>MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:</b>	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal		
<b>GRADO OBTENIDO:</b>	Magíster en Derecho Mención Derecho Procesal		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	27 de julio del 2023	<b>N° DE PÁGINAS:</b>	74
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Hipoteca, Institución jurídica		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Hipoteca Abierta, Título De Ejecución, Procedimiento De Ejecución, Elementos Esenciales.		
<b>RESUMEN/ABSTRACT</b> (150-250 palabras):			
<p>El presente trabajo analiza la institución jurídica de la hipoteca en su especie: la hipoteca abierta. Para ello, se inicia el estudio en una primera parte que comprende los considerandos generales de la hipoteca como derecho real y la determinación y análisis de lo que juzgamos como aspectos esenciales de la misma; proseguimos con su implementación a nivel contractual y la determinación de sus elementos esenciales a partir de su carácter de derecho real y de sus aspectos esenciales. Este iter conceptual bajo el umbral del análisis de la normativa vigente pertinente y bajo los aportes realizados por múltiples entendidos en la materia. Habiendo distinguido los elementos esenciales del contrato de hipoteca y sus alcances, el siguiente paso consiste en analizar si la hipoteca, en su especie, hipoteca abierta, como contrato posee los elementos esenciales para su nacimiento y subsistencia como institución jurídica y si posee, así mismo, los elementos esenciales para ser considerado título de ejecución ejecutable vía procedimiento de ejecución. Las diversas aplicaciones de esta en los juzgados a nivel nacional coadyuvarán a la identificación de la problemática y nos ayudará a perfilar una propuesta que mejore la comprensión de su aplicación y ejecutividad en nuestro entorno. El trabajo concluye con el enunciado categórico referente a la viabilidad de la hipoteca abierta como título de ejecución en nuestro ordenamiento jurídico.</p>			
<b>ADJUNTO PDF:</b>	SI X	NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> 0967470497	E-mail: msalasbowen@gmail.com	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:</b>	<b>Nombre: Ing. Andrés Isaac Obando</b>		
	<b>Teléfono: 0982466656</b>		
	<b>E-mail: ing.obando@hotmail.com</b>		

**SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA**

<b>N° DE REGISTRO</b> (en base a datos):	
<b>N° DE CLASIFICACIÓN:</b>	
<b>DIRECCIÓN URL</b> (tesis en la web):	