



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**  
**CARRERA DE DERECHO**

*PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADO DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR*

**TÍTULO:**

**“LA PREFERENCIA EN EL PAGO DE LA OBLIGACIÓN PRODUCTO DEL  
REMATE POR PARTE DEL ACREEDOR HIPOTECARIO Y SU  
INCIDENCIA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES, EN LA UNIDAD  
JUDICIAL CIVIL DEL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL AÑO 2015.”**

Tesis previa a la obtención del título de Abogado de los tribunales y juzgados de la  
república del Ecuador.

**AUTOR:**

David Armando Tene Tenemaza

**TUTOR**

Dr. Geovanny Marcelo Mendoza Andramunio

**Riobamba – Ecuador**

**2017**

## HOJA DE CALIFICACIÓN



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO

FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**“LA PREFERENCIA EN EL PAGO DE LA OBLIGACIÓN PRODUCTO DEL REMATE POR PARTE DEL ACREEDOR HIPOTECARIO Y SU INCIDENCIA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES, EN LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL DEL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL AÑO 2015.” *Tesis de grado previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, aprobado por el Tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo, y ratificado con sus firmas.***

### MIEMBROS DEL TRIBUNAL

TUTOR

10

Dr. Geovanny Mendoza

Calificación

Firma

MIEMBRO 1

9

Dr. Rafael Yépez

Calificación

Firma

MIEMBRO 2

10

Dr. Patricio Hidalgo

Calificación

Firma

NOTA FINAL:

9.66

### 1.3 Autorización del tutor

**Doctor. Geovanny Mendoza Andramuño**

*CATEDRÁTICO DE LA CARRERA DE DERECHO, FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.*

#### **CERTIFICO:**

*Haber asesorado y revisado detenidamente y minuciosamente durante todo su desarrollo, el proyecto final de investigación titulado: “**LA PREFERENCIA EN EL PAGO DE LA OBLIGACIÓN PRODUCTO DEL REMATE POR PARTE DEL ACREEDOR HIPOTECARIO Y SU INCIDENCIA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES, EN LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL DEL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL AÑO 2015.**” Realizada por David Armando Tene Tenemaza, por lo tanto autorizo proseguir los trámites legales para su presentación.*

**Doctor. Geovanny Mendoza**

**TUTOR**

#### 1.4 Autoría

##### ***Derechos de autoría***

*Yo, David Armando Tene Tenemaza C.C: 0603776816, declaro que soy responsable de las ideas, doctrinas, resultados y propuestas expuestas en el presente trabajo de investigación y los derechos de autoría pertenecen a la Universidad Nacional de Chimborazo.*

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Tene David', with a large, stylized flourish above the name.

**David Armando Tene Tenemaza**

**C.C: 0603776816**

## 1.5 Agradecimiento

### **Agradecimiento**

*Ante todo quiero agradecer a Dios por darme la oportunidad de disfrutar y poder gozar la vida que me da día a día y tener a mis padres con vida que a pesar de los duros momentos que tuvieron que afrontar con el accidente automovilístico que sufrí siendo un niño y consecuencia de aquello la discapacidad visual, pero jamás se dejaron vencer y me dieron todo su Amor y apoyo que con sus consejos brindado me ha permitido llegar a realizar mi meta de graduar. A mis Tíos Hernel Tenemaza, Julio Tenemaza, Augusto Tenemaza y Alejandro Tenemaza que para mi son como mis segundos padres. A mis hermanas que a pesar de su carácter yo se que me estiman y me quieren así como yo a ella.*

*A todos los docentes que me supieron entender y comprender que al ser una persona con discapacidad visual se me hacía un poco difícil pero no imposible realizar y cumplir con mis obligaciones como estudiante, también les agradezco por impartir sus conocimientos en cada una de las materias que recibí a lo largo de mi carrera estudiantil y que sin duda serán muy importantes en mi vida profesional*

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Tene David', with a stylized flourish extending from the end.

**David Armando Tene Tenemaza**

**C.C: 0603776816**

## 1.6 Dedicatoria

### **DEDICATORIA**

*A mi madre por haber me dado la vida y apoyarme en mis estudios y porque siempre confi6 en mi capacidad de llegar hacer un profesional, mamita quiero decirte que te amo mucho que mi Dios le de muchos a1os de vida para yo poder retribuir todo lo que me ha dado y que este logro le dedico Madrecita Mar1a Teresa Tenemaza Yasaca y que sea su orgullo de tener un hijo preparado, a mi hermana Lourdes Tene que te quiero y te considero como mi segunda madre porque me has dado todo tu apoyo y cari1o que me ayudaron a seguir adelante con mis metas propuestas, a mi novia Jesica Ortega que desde que Dios te puso en mi vida has sido un pilar fundamental para haber terminado mi carrera. Todo esfuerzo que uno realiza para alcanzar los sue1os y metas que uno tiene siempre van a ser dedicados a mis padres por ser el respaldo que necesito para surgir en la vida.*



**David Armando Tene Tenemaza**

**C.C: 0603776816**

## Índice

1.7Contenido	
1.2 Página de revisión del tribunal.....	2
1.3 Autorización del tutor .....	3
1.4 Autoría .....	4
1.5 Agradecimiento.....	5
1.6 Dedicatoria .....	6
1.7 Índice.....	7
1.8 Resumen.....	9
1.9 Abstract .....	10
2. Introducción .....	11
3. Planteamiento del problema .....	12
4. Justificación .....	14
5. Objetivos .....	15
5.1 Objetivo general.....	15
5.2 Objetivos específicos .....	16
6. Marco Teórico.....	16
6.1 Estado del arte.....	16
6.2 Aspectos teóricos.....	17
7. Metodología .....	25
7.1 Métodos de investigación .....	25
7.2 Enfoque.....	25
7.3. Tipo de investigación .....	25
7.4 Diseño de investigación .....	26
7.5 Población y muestra.....	26
7.5.1. Población.....	26
7.5.2. Muestra .....	26
7.6. Técnicas e instrumentos de investigación .....	26
7.6.1. Técnicas de investigación .....	26
7.6.2. Instrumentos de investigación .....	27
7.6.3. Técnicas para el tratamiento de la información .....	27
8. Resultados y discusión .....	27
9. Conclusiones y recomendaciones .....	28

10. Materiales de referencia .....	29
11. Anexos.....	31
12. Dictamen del tribunal .....	33

## 1.8 Resumen

La investigación denominada: “LA PREFERENCIA EN EL PAGO DE LA OBLIGACIÓN PRODUCTO DEL REMATE POR PARTE DEL ACREEDOR HIPOTECARIO Y SU INCIDENCIA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES, EN LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL DEL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL AÑO 2015.” Posee varios temas de interés en materia de derecho.

En primer lugar, trata el derecho real de hipoteca, que consiste en garantizar una obligación con un bien inmueble, para que en el caso de incumplimiento de la obligación principal, dicho inmueble sea rematado y con el producto del remate se extinga en todo o en parte la obligación principal. Esta modalidad es típica en las operaciones financieras.

El derecho de preferencia del acreedor hipotecario, por su parte, es un derecho de la prelación de créditos, que consiste en que el acreedor hipotecario debe ser el primero en cobrar la obligación respaldada con la hipoteca y subsecuentemente, el resto de acreedores podrán ejercer sus derechos de cobro. No obstante, es preciso recalcar que el acreedor hipotecario tiene el primer derecho de cobrar la parte del remate que extinga la obligación.

En último plano, se trató el concurso de acreedores, que se produce cuando existen varios acreedores sobre un mismo deudor, lo cual deriva en la persecución de todos los acreedores sobre los bienes del deudor.

## 1.9 Abstract

### ABSTRACT

The investigation called: "THE PREFERENCE IN THE PAYMENT OF THE OBLIGATION PRODUCT OF THE REMITTANCE BY THE MORTGAGE CREDITOR AND ITS INCIDENCE IN THE COMPETITION OF CREDITORS, IN THE CIVIL JUDICIAL UNIT OF RIOBAMBA COUNTY, IN THE YEAR 2015." It has several topics of interest in matters of law. Firstly, it deals with the real right of mortgage, which consists in guaranteeing an obligation with a real estate, so that in case of breach of the principal obligation, said property is terminated and with the product of the auction is extinguished in all or in part of the main obligation. This modality is typical in financial transactions. The right of preference of the mortgagee, for its part, is a right of the priority of credits, which is that the mortgagee must be the first to collect the obligation backed with the mortgage and subsequently, the rest of creditors will be able to exercise their collection rights. However, it should be emphasized that the mortgagee has the first right to collect the part of the auction that extinguishes the obligation. In the final stage, the creditors' contest was discussed, which occurs when there are several creditors over the same debtor, which results in the pursuit of all creditors over the assets of the debtor.



Reviewed by: Abarca, Sandra

ENGLISH LANGUAGE TEACHER



## 2. Introducción

La investigación que se va a realizar hace alusión a los derechos que posee el acreedor hipotecario frente a la obligación incumplida por el deudor, y se centrará principalmente en el derecho de preferencia que posee sobre la hipoteca, así como los derechos subsiguientes de otros acreedores del deudor, mismos que deberán ser ventilados dentro de un concurso de acreedores.

Tal como se dispone en el Código Civil ecuatoriano, artículo 2379:

*“La tercera clase de créditos comprende los hipotecarios. A cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse, a petición de los respectivos acreedores o de cualquiera de ellos, un concurso particular, para que se les pague inmediatamente con ella, según el orden de las fechas de sus hipotecas. Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca preferirán unas a otras, en el orden de su inscripción. En este concurso se pagarán primeramente las costas judiciales causadas en él.”* (Civil, Código Civil Ecuatoriano, 2009)

Consiguientemente, cuando existen varias deudas que exceden los bienes del deudor, es necesario que se abra el concurso de acreedores, a fin de que se extingan las obligaciones con cierto orden en función de los bienes del deudor. No obstante, debe existir una preferencia de pago al acreedor hipotecario, quién ha constituido una garantía real y por ende debe ser el primero en cobrar. Una vez que el acreedor hipotecario, ha satisfecho su obligación, el resto de acreedores que han ingresado al concurso pueden solicitar el pago por el remanente del remate.

La investigación se desarrollará en la ciudad de Riobamba, específicamente en la Unidad Judicial Civil, para su estudio se empleará el método inductivo, analítico y descriptivo; la recolección de la información se lo realizará aplicando las diferentes técnicas e instrumentos de investigación social. El perfil del proyecto está estructurado en base al esquema correspondiente que contempla los siguientes acápite: Introducción; planteamiento del problema; objetivos que se subdivide en general y específicos; el marco teórico en este punto se da a conocer el estado del arte y los aspectos teóricos que sustentan teóricamente el tema; la metodología que permite visualizar el enfoque, tipo y diseño de investigación, la población y muestra, las técnicas e instrumentos para la recolección de la información, las técnicas para el tratamiento de la información y los recursos que se van a utilizar dentro del proceso investigativo; el cronograma del trabajo; materiales de referencia; los anexos y el visto bueno del tutor.

### 3. Planteamiento del problema

La obligación producto de una deuda, en Derecho, es el vínculo jurídico mediante el cual dos partes (acreedora y deudora) quedan ligadas, debiendo la parte deudora cumplir con una prestación objeto de la obligación. Dicha prestación puede consistir en dar, hacer o no hacer, teniendo que ser en los dos primeros casos posibles, lícitas y dentro del comercio. Los sujetos obligados, al igual que el objeto de la obligación, deberán estar determinados o ser determinables. La preferencia en el pago de la obligación producto del remate por parte del acreedor hipotecario, es un derecho que tiene el acreedor para asegurarse el cobro de su crédito, tomando posesión de uno o varios bienes determinados del deudor, para cobrarse del importe de su venta, en caso de que éste no cumpla la obligación principal; en este sentido la investigación titulada: La preferencia en el pago de la obligación producto del

remate por parte del acreedor hipotecario y su incidencia en el concurso de acreedores, en la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba, en el año 2015, tiene por finalidad conocer la situación que posee el acreedor hipotecario, frente al bien hipotecado por el deudor.

Las relaciones que nacen producto de las obligaciones civiles, se pueden ver reflejadas en varios instrumentos, como: contrato de préstamo, pagaré a la orden, letras de cambio, actas transaccionales, entre otros. No obstante, las garantías que se pueden presentar para cubrir la obligación, obedecen a dos clases, garantías personales y garantías reales. Dentro de las garantías reales; es decir, de las garantías que versan sobre un bien material, se cuenta con dos clases: hipoteca y prenda. La hipoteca que será el tema de esta investigación, consiste en garantizar la obligación con un bien inmueble.

Roca Sastre, dice:

*“...se puede definir la hipoteca como derecho real de vinculación y realización de valor en función de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria, de carácter accesorio e indivisible, de constitución registral, que recae directamente sobre bienes inmuebles, ajenos, enajenables y que permanecen en la posesión del propietario.”* (Roca Sastre, Ramón M.; Derecho Hipotecario; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo IV Hipotecas; Página 7)

Aún en esta forma, es preciso aclarar que la hipoteca puede presentarse de forma abierta o cerrada, la hipoteca cerrada, es aquella que respalda solamente una obligación, en tanto que, la hipoteca abierta es aquella que permite garantizar varias obligaciones, incluso frente a diferentes acreedores.

Pablo Pirovano y Mariano Pascual, al respecto indican:

*“Por hipoteca abierta se entiende a la garantía real que accede a un contrato con diversas obligaciones, algunas determinadas y otras por determinarse. A través de ella se garantizan una o varias obligaciones, siendo el monto final del crédito a ejecutar una incógnita, ya que dependerá del importe adeudado por el deudor a la fecha de quedar constituido en mora si ello sucede.”* (Pirovano, Pablo y Pascual, Mariano; “La hipoteca abierta. Crítica a un fallo desafortunado”; Revista Jurídica La Ley; marzo, 2006; Buenos Aires, Argentina; Estudio Molledo Abogados; Página 2)

El acreedor hipotecario posee una garantía real constituida sobre el bien raíz del deudor, en dicha forma el acreedor hipotecario debe ser el primero en recibir el pago por concepto de la obligación que en primer término le debe el deudor. En razón del remate, sin embargo, si existe una hipoteca abierta que respalda varias obligaciones, el dinero de remate será utilizado en el orden en que fueron constituidas las hipotecas, creando así un concurso de acreedores.

El motivo fundamental de esta investigación será el de conocer sobre la situación del acreedor hipotecario en el concurso de acreedores, que buscan saldar las obligaciones del deudor.

#### 4. Justificación

La investigación denominada: “LA PREFERENCIA EN EL PAGO DE LA OBLIGACIÓN PRODUCTO DEL REMATE POR PARTE DEL ACREEDOR

HIPOTECARIO Y SU INCIDENCIA EN EL CONCURSO DE ACREEDORES, EN LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL DEL CANTÓN RIOBAMBA, EN EL AÑO 2015.” Posee una gran importancia por cuanto su práctica es de uso diario, en especial para los profesionales en Derecho que prestan sus servicios dentro de una financiera, como es el caso de un Banco o una Cooperativa.

Esto se debe a que la actividad diaria de una financiera es la de conceder préstamos, para los cuales casi siempre se solicita entregar una garantía real, siendo la más utilizada una hipoteca, debido a que el bien no puede perderse u ocultarse, en tal razón, la hipoteca es la garantía más utilizada.

Ante el incumplimiento de la obligación, debe ejecutarse la hipoteca, con la finalidad de que con el producto del remate se pueda producir el pago, lo cual garantiza el derecho de preferencia del acreedor hipotecario, pudiendo existir otros acreedores, solamente éste puede cobrar hasta la totalidad del remate para el cobro de sus acreencias.

## 5. Objetivos

### 5.1 Objetivo general

Describir las preferencias del acreedor hipotecario en el concurso de acreedores en el pago de la obligación producto del remate en relación a los terceros hipotecarios.

## 5.2 Objetivos específicos

- Realizar un estudio jurídico, doctrinario y crítico de la hipoteca y el remate.
- Señalar las preferencias del acreedor hipotecario en el concurso de acreedores.
- Determinar los efectos de la hipoteca con respecto terceros hipotecarios

## 6. Marco Teórico

### 6.1 Estado del arte

Trabajos similares al que se pretende realizar no existe en el archivo de temas y proyectos de Investigación de la Carrera de Derecho, de la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas; ni en la biblioteca de la Universidad Nacional de Chimborazo; en el buscador google, de igual forma la investigación referida que se va a ejecutar no existe, sin embargo, se ha podido encontrar investigaciones que guardan relación con el presente tema:

En el año 2015, Santiago Senent Martínez, realiza la investigación titulada *“Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores”* (Senent Martínez, 2015, pág. 23) “El terma conecta de manera directa con el significado y función encomendada al concurso de acreedores dentro del sistema socio-económico, e incide en la composición de intereses privados y públicos afectados por la insolvencia. Ello nos lleva por un lado, a analizar cuáles son los fines de política jurídica encomendados al concurso de acreedores y su conexión con las prestaciones del estado social del bienestar; de otro, al estudio detallado de cada uno de los mecanismos jurídicos que producen el efecto de la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.”

En el año 2016, María José Moral Moro, realiza una investigación titulada “*La subasta judicial de bienes inmuebles*” (Moral Moro, 2016, pág. 34). “En donde se refiere a la ejecución procesal, aludiendo a la realización coactiva del derecho, pues lo que se busca del órgano jurisdiccional, como ya hemos dicho, no es una declaración de voluntad, sino una manifestación de la misma, utilizando, para ello, la coacción y la fuerza. Se caracteriza así el proceso de ejecución forzosa.”

De los autores citados tenemos como conclusión final que la falta de conocimiento y difusión ha impedido que se efectivice la preferencia en el pago de la obligación producto del remate, en el concurso de acreedores.

## 6.2 Aspectos teóricos

Al definir la hipoteca, el Código Civil es bastante general y no propone una definición que abarque todo el contexto de la figura jurídica, así en su artículo 2309 expresa: “Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.”

En un concepto más amplio, la hipoteca es un derecho real que se constituye únicamente sobre bienes inmuebles, mediante escritura pública debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad y cataloga como un contrato accesorio de uno principal que es el préstamo. En el caso de que la obligación del préstamo sea incumplida, la hipoteca debe ejecutarse para que con el producto del remate se extinga la obligación principal.

Para poder conocer las características básicas del contrato de hipoteca, se refiere a Juan Larrea Holguín, quién los determina magistralmente: 1.- Es un derecho real, 2.- Es un derecho accesorio. 3.- Es indivisible. 4.- Confiere preferencia al acreedor hipotecario. (Larrea Holguín, Juan, Manual elemental de derecho civil del Ecuador, Contratos II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2012, Pág. 542)

En este punto es preciso realizar una aclaración sobre el objeto de la hipoteca. Dentro del concepto propuesto, de lo definido en la doctrina y del Código Civil, se puede concluir que la hipoteca se constituye únicamente sobre bienes inmuebles, no obstante, para efectos del contrato se entiende que son también bienes inmuebles las naves. Según el Código Aeronáutico, artículo 199, los aviones se consideran naves. Y según la decisión 487 Garantías Marítimas (Hipoteca Naval y Privilegios Marítimos) y Embargo Preventivo de Buques, que rige en la Comunidad Andina, los barcos se consideran naves también.

Por esta fundamentación, las naves como son los aviones y los barcos, se consideran inmuebles y por tanto pueden hipotecarse.

Marcel Planiol y Georges Ripert, consideran que la naturaleza jurídica de la hipoteca es: "...la creación de una relación entre una persona y una cosa. Con esto se quiere decir que en todo derecho real, no hay nada de intermedio entre la persona que es titular del derecho y la cosa objeto del mismo." (Planiol, Marcel y Georges Ripert; Derecho Civil, Parte C, Volumen 3; México D.F.; Editorial Harla; 1997; 3era Edición; Tomo 5; Página 1173)

Consecuentemente, se puede argumentar que la hipoteca es netamente el derecho real de disponer de un bien para que garantice la obligación de determinada persona. Así, en el caso de incumplimiento de la obligación, se utiliza para poder pagar la misma mediante el remate.

Es preciso distinguir la hipoteca de la dación en pago, debido a que son figuras que se utilizan para fines similares, la hipoteca es una garantía accesoria de una obligación principal, que en caso de incumplimiento debe rematarse para proceder al pago en dinero en efectivo. En tanto que, la dación en pago es según el artículo 119 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, una forma de cambiar el modo de realizar el pago, en lugar de pagar en efectivo se entrega un bien, que posee un valor semejante al de la obligación.

La hipoteca como garantía real de la obligación principal, es sin lugar a dudas la garantía de mejor calidad, que se puede constituir para asegurar el cumplimiento de la obligación principal, debido a que el bien inmueble no puede moverse, perderse, ser robado u ocultado, pero sobre todo porque los bienes raíces se encuentran inscritos en el registro de la propiedad donde se encuentre ubicado el dicho inmueble; por lo cual, siempre está a disposición del acreedor hipotecario, ante el posible incumplimiento del deudor. A diferencia de la garantía real conocida como prenda, que según determinan los artículos 568 y siguientes de Código de Comercio, se constituye sobre bienes muebles, que pueden moverse, perderse, ser robados u ocultados; por lo cual, esta garantía no es tan eficaz al momento de ejecutarse, en especial si se refiere a la sub clasificación de la prenda agrícola, que puede ser constituida sobre cosechas y animales de granja, que incluso pueden perecer.

Por las razones anteriormente detalladas, la primera conclusión de la investigación, es que la hipoteca es el medio eficaz para poder garantizar la obligación principal. Adicionalmente, debe decirse que la hipoteca presenta otras ventajas, que otras garantías no poseen, como es el caso de su indivisibilidad, que implica que la hipoteca debe ejecutarse en su totalidad con el objeto de pagar la obligación y en todo caso el remanente del remate debe ser devuelto al deudor hipotecario, según lo determina el artículo 2310 del Código Civil.

Permite también, la ventaja de que el bien inmueble permanezca en posesión del deudor, quién puede habitarlo o destinarlo, ejecutando actos de administración sobre el mismo, sin que esto implique de forma alguna llevar al deterioro del bien. Esta calidad se conserva incluso cuando el Juez decreta el embargo del bien y hasta el remate, debido a que posteriormente el bien tendrá otro dueño.

La hipoteca produce efectos entre las partes y con relación a terceros, al hablar de efectos de la hipoteca, necesariamente hay que referirse a que la hipoteca es un derecho real y como tal configura a favor del acreedor tres derechos que son; derecho de persecución, derecho de remate judicial y derecho de pago preferencial.

El derecho de persecución, es una norma de prelación de crédito, que se encuentra contenida en el artículo 2367 del Código Civil y que otorga al acreedor, la facultad de perseguir los bienes del deudor, con la finalidad de que se pague la obligación que ha sido incumplida por este último. Álvaro Pérez, define este derecho del siguiente modo: “El derecho de perseguir el

bien gravado en poder de quién se halle para hacerlo subastar en caso de que el deudor no pague el crédito principal.” (Pérez, Álvaro, Garantías Civiles, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 2000, Pág. 110)

Para este efecto se utiliza el remate judicial, el bien perseguido debe ser rematado para que con el producto del remate se pague la obligación en efectivo. El remate de los bienes del deudor es un derecho del acreedor, es en este sentido que se pronuncia el Código Civil, artículo 2326: “El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar con las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda.” (Civil, Código Civil Ecuatoriano, 2009)

Se cita la concordancia del Código Civil artículo 2299: “El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que se le pague, con el producto, o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta el valor de su crédito; sin que valga estipulación en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios. Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que aquí los señala” (Código Civil Ecuatoriano, 2009)

El efecto del derecho de preferencia que otorga la hipoteca al acreedor hipotecario, es el tema medular del trabajo, como bien explica Morineau: “La hipoteca es un derecho real sencillamente porque al propietario del fundo gravado se le deducen facultades que limitan el contenido de su derecho de propiedad y al acreedor hipotecario se le facultan actividades relativas a la

cosa: todas las que sean convenientes y necesarias para conseguir la preferencia en el pago.” (Morineau Iduarte, Marta y Román, Iglesias González; Derecho Romano; México; Oxford; 2009; 4ta edición; Página 135,136)

En definitiva, el derecho de preferencia otorga al acreedor hipotecario la posibilidad de cobrar la totalidad del remate del bien hipotecado hasta extinguir la obligación principal, debiendo su derecho anteceder a cualquier otro que intente cotejarse; es decir, el derecho de otros acreedores, que pueda tener el deudor. Así se encuentra determinado en el Código Civil, artículo 2372: “Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera.” (Civil, Código Civil Ecuatoriano, 2009)

Es por estas razones, que el producto del remate del bien hipotecado estará dirigido siempre a extinguir la totalidad o la parte que corresponda de la obligación principal, contraída con el acreedor hipotecario.

En el caso de existir un remanente, este podrá cubrir otras obligación que el deudor mantenga con otros acreedores, según se establece en el Código Civil, artículo 2381: “Los acreedores hipotecarios no estarán obligados a aguardar las resultas del concurso general, para proceder a ejercer sus acciones contra las respectivas fincas; bastará que consignen o afiancen una cantidad prudencial para el pago de los créditos de la primera clase, en la parte que sobre ellos recaiga, y que restituyan a la masa lo que sobrare después de satisfechas sus acciones.” (Civil, Código Civil Ecuatoriano, 2009)

Cuando el deudor posee varios acreedores y sus bienes no son suficientes, para poder cubrir con el resto de las obligaciones incumplidas, existe la necesidad de iniciar un concurso de acreedores, en el cual, todos los acreedores deberán comparecer, según lo determina el Código Orgánico General de Procesos, artículo 414: “Concurso de acreedores. Tiene lugar el concurso de acreedores, en los casos de cesión de bienes o de insolvencia. Si se trata de comerciantes matriculados, el proceso se denominará indistintamente concurso de acreedores o quiebra.”

A partir del lunes 23 de noviembre del 2015, el remate de bienes embargados cambio. Según el Código orgánico general de Procesos que entro en vigencia , este tipo de subastas se dan cuando una persona ha sido demandada por no cancelar sus obligaciones. De esta manera, el juez asegura el pago a quien inicio el proceso. Estas son las cinco principales reformas que incorporo el Código General de Procesos.

1) El avalúo de la propiedad no sufrirá alteraciones. Es el cambio más importante. El Código de Procedimiento Civil permitía reducciones de hasta el 50% del valor inicial de un bien, cuando este no se lograba subastar en la primera convocatoria. Aunque era una forma de estimular la compra en el siguiente llamamiento, se perjudicaba a los demandados. No solo perdían el bien, también seguían con un porcentaje de la deuda. Ahora, el Código orgánico general de procesos es claro y advierte que el monto será el mismo, aunque haya una, dos o tres convocatorias. Es decir, si el perito tasa una casa embargado en USD 50 000 ese valor no se modificará.

2) Todo es en línea, los jueces que conocen estos casos deben subir a una plataforma informática creada por el Consejo de la Judicatura (CJ), la información y las fotografías de la propiedad a rematar. Antes el proceso era

manual. Los funcionarios publicaban los anuncios en las carteleras que están en las unidades judiciales.

3) Mayor acceso a los usuarios. Pocas personas conocían sobre la difusión de los anuncios en las carteleras, según jueces consultados. Esto llevó a que pequeños grupos se beneficiarán de los remates. Ahora, cualquier persona puede acceder a una puja, sin importar su ubicación. La plataforma informática permite, por ejemplo, que un cuencano, desde su casa u oficina, participe en una subaste de un vehículo que está en Quito. Todo se ejecutará de forma virtual.

4) El pago del 10% será vía depósito. El Código de procedimiento Civil anterior, señalaba que aquellos interesados en algún remate, debían acudir al juzgado que llevaba el caso y entregar el 10% en efectivo del valor total de la propiedad el día de la subasta. Esto cambia con la nueva plataforma. Los interesados depositaran el 10% en el Banco Nacional de Fomento. La información del depósito debe subir al sistema digital. Si no gana la puja, la entidad le devolverá el dinero.

5) Una base de datos actualizada. Actualmente no se conoce la cifra de remates hechos en la provincia de Chimborazo. El sistema informático permitirá tener una base de datos permanentemente actualizada.

## 7. Metodología

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizará el método inductivo, analítico y descriptivo.

### 7.1 Métodos de investigación

**Inductivo.-** Este procedimiento permite estudiar al problema de manera particular para posteriormente establecer conclusiones generales.

**Analítico.-** Porque se analizará y estudiará de manera detallada aspectos fundamentales del problema que se va a investigar.

**Descriptivo.-** Este método permitirá describir cualidades y características del problema que se va a investigar.

**7.2 Enfoque.-** La investigación es de enfoque cualitativo porque se sigue un proceso sistemático y metodológico cuyo propósito es determinar las cualidades y características del problema a estudiar.

**7.3. Tipo de investigación.-** Por los objetivos que se pretende alcanzar con la ejecución de la presente investigación es de carácter:

**Documental-Bibliográfica.-** Porque para la elaboración del estado del arte y los aspectos teóricos del trabajo investigativo, se utilizaran documentos físicos (libros, leyes, códigos, enciclopedias, tesis) y virtuales (buscadores web).

**Descriptiva.-** Porque los resultados de la investigación permitirán describir nuevos conocimientos referentes al problema a investigarse.

7.4 Diseño de investigación.- El diseño de la investigación es no experimental porque el problema será estudiado tal como se da en su contexto natural no habrá manipulación intencional de variables.

#### 7.5 Población y muestra

**7.5.1. Población.-** La población implicada en la presente investigación está constituida por los siguientes involucrados, que se ilustra en el siguiente cuadro representativo.

<b>POBLACIÓN</b>	<b>NUMERO</b>
Jueces de la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba.	10
Abogados en libre ejercicio especialista en derechos civil	30
<b>TOTAL</b>	<b>40</b>

**FUENTE:** Población involucrada en el trabajo investigativo

**AUTOR:** David Armando Tene Tenemaza

**7.5.2. Muestra.-** Contabilizado el universo de la presente investigación da un total de 40 involucrados. En vista de que la población involucrada en la presente investigación no es extensa se procederá a trabajar con todo el universo.

#### 7.6. Técnicas e instrumentos de investigación

##### 7.6.1. Técnicas de investigación

- Encuesta

**7.6.2. Instrumentos de investigación.-** Para la recopilación de la información se aplicará el cuestionario.

**7.6.3. Técnicas para el tratamiento de la información.-** Para el tratamiento de la información se aplicará técnicas matemáticas, informáticas y lógicas.

## 8. Resultados y discusión

Una vez que se realizaron las entrevistas y encuestas, se ha podido llegar a los siguientes resultados y discusión de los mismos: en opinión de los Jueces y de los Abogados la hipoteca es un derecho de garantía real que el propietario puede constituir a favor de un acreedor, y que se realiza sobre inmuebles.

La preferencia del derecho de hipoteca, por su parte indican los entrevistados, es una forma de garantizar el pago de la obligación, al acreedor hipotecario, debido a que en caso de incumplimiento de la obligación el primero en tener derecho al remate del bien es este acreedor, posteriormente de haber otras obligaciones se pasará a repartir el remanente del sobrante del remate.

Consecuentemente, los otros acreedores poseen derechos sobre los bienes del deudor, pero en cuanto al bien hipotecado, este debe cubrir en primer lugar la obligación del acreedor hipotecario. No obstante, el resto de acreedores poseen derechos sobre el remanente del remate, así como también el derecho de persecución sobre los otros bienes del deudor.

Los entrevistados indican además, que consideran que el acreedor hipotecario debe ser el primero en ejercer el cobro del remate del bien hipotecado,

mientras que el resto de acreedores deben entrar a un concurso de acreedores, para poder cobrar el remanente del bien.

#### 9. Conclusiones y recomendaciones

**Conclusión:** La hipoteca es una garantía real que se constituye principalmente sobre bienes inmuebles y poco frecuentemente sobre naves como aviones y barcos, por lo cual, esta es una garantía que salvaguarda la obligación principal de mejor forma, el bien inmueble no puede ser perdido, robado u ocultado.

**Recomendación:** En el caso de contraer una obligación, se recomienda garantizarla con una garantía real hipotecaria, brinda una mejor seguridad para el evento del embargo y remate. La garantía real prendaria, suele presentar problemas, como el caso de que esta desaparezca, como en el caso de pérdida, robo u ocultamiento. Lo que conlleva a trámite que retrasan el cobro de la obligación principal.

**Conclusión:** El derecho de preferencia del acreedor hipotecario, es una prelación de crédito, que dictamina que para el caso de incumplimiento de la obligación principal, el acreedor hipotecario tiene el primer derecho en el cobro de la obligación adeudada, a fin de que con la totalidad o parte del remate de la hipoteca se le cancele en primer lugar.

**Recomendación:** Debido a que existe preferencia en el derecho de cobro del acreedor hipotecario, es recomendación de este trabajo, que se prefiera la constitución de una hipoteca para garantizar la obligación principal, de otro

modo el acreedor deberían ingresar a un concurso de acreedores para lograr el cobro, si es que los bienes del deudor alcanzan para tal efecto.

**Conclusión:** El excedente del remate de la hipoteca –una vez que se ha extinguido la obligación del acreedor hipotecario- debe servir para pagar las otras obligaciones incumplidas por el deudor, no obstante, esto es posible en la medida de que el excedente cubra las demás obligaciones, de lo contrario, en el concurso de acreedores se pagará hasta el monto de los bienes.

**Recomendación:** Debido a que el concurso de acreedores paga a los mismos en orden de las obligaciones contraída, no existe ninguna garantía de que se logre el pago. Por estas razones, se recomienda que el acreedor solamente conceda el préstamo ante una garantía hipotecaria.

## 10. Materiales de referencia

### **Bibliografía:**

- Larrea Holguín, Juan, Manual elemental de derecho civil del Ecuador, Contratos II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2012
- Morineau Iduarte, Marta y Román, Iglesias González; Derecho Romano; México; Oxford; 2009; 4ta edición
- Planiol, Marcel y Georges Ripert; Derecho Civil, Parte C, Volumen 3; México D.F.; Editorial Harla; 1997; 3era Edición; Tomo 5;
- Pérez, Álvaro, Garantías Civiles, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 2000

- Pirovano, Pablo y Pascual, Mariano; “La hipoteca abierta. Crítica a un fallo desafortunado”; Revista Jurídica La Ley; marzo, 2006; Buenos Aires, Argentina; Estudio Moltedo Abogados
- Roca Sastre, Ramón M.; Derecho Hipotecario; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo IV Hipotecas

**Leyes:**

- Código Aeronáutico
- Código Civil
- Código de Comercio
- Código Orgánico General de Procesos
- Decisión 487 Garantías Marítimas (Hipoteca Naval y Privilegios Marítimos) y Embargo Preventivo de Buques, que rige en la Comunidad Andina

## 11. Anexos

**Análisis de un caso práctico**, que corresponde al Proceso 06304-2012-0387, tramitado en la Unidad Judicial Civil con Sede en el Cantón Riobamba, actor: Banco Procredit Sociedad Anónima, demandado: Lluay Acan Pedro Miguel.

De conformidad con lo que dispone el Art. 456 del Código de Procedimiento Civil, publíquese el aviso de remate en uno de los diarios que se editan en esta ciudad de Riobamba. Por tres veces mediando ocho días, por lo menos, de la una publicación a la otra y de la última de ellas al día señalado para el remate; y, por tres carteles que se fijaran en tres de los parajes más frecuentados de la cabecera de la parroquia en que estén situados los bienes, para lo cual remítase atenta Comisión, al señor Teniente Político de la parroquia San Andrés, Cantón Guano, Provincia de Chimborazo.

Señalados en decreto respectivo para que tenga lugar el remate del bien inmueble embargado y descrito en el informe y avalúo pericial. Dentro de la hora legal, se ha presentado una sola postura, la de la actora VERONICA ANTONIETA TUBON LATA, ofreciendo la suma de VEINTE Y UN MIL CIENTO SEIS DOLARES CON 25/100 (USD 21.106,25), sin consignar el 10% de su postura al ser la parte actora de conformidad con lo establecido en el Art. 470 del Código de Procedimiento Civil.- En tal virtud, examinada esta única postura.

El auto de calificación de posturas se encuentra ejecutoriado por el ministerio de la ley; como en él se consideró de preferente la postura presentada por VERONICA ANTONIETA TUBON LATA, ofreciendo la suma de VEINTE Y UN MIL CIENTO SEIS DOLARES CON 25/100 (USD 21.106,25), sin consignar el

10% de su postura al ser la parte actora conforme el Art. 470 del Código de Procedimiento Civil. Por lo señalado al tenor de lo previsto en el Art. 463 y 464 Ibídem, se ADJUDICA a la referida postura, el bien inmueble ubicado en la parroquia San Andrés, Cantón Guano, Provincia de Chimborazo, de la superficie de Mil cuatrocientos cincuenta punto cincuenta metros cuadrados

## 12. Dictamen del tribunal