Quito, a 10 de septiembre de 2018

Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
SECRETARIO ABOGADO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR.-
Presente.-

De mi consideración:

Con relación a su atento oficio No. 651-SJG-2018 de 16 de julio de 2018, mediante el que se me comunica que he sido designado como profesor informante de la Disertación de Abogacía titulada **"LA RAZONABILIDAD JURÍDICA DE LA INCLUSIÓN DEL CONTRATO PRENDARIO COMO TÍTULO DE EJECUCIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, COGEP"**, elaborada por la señorita **María Daniela Camacho Chávez**, previo a la obtención del título de Abogada, me permito poner a su consideración el siguiente informe:

La tesis remitida cumple con los requisitos metodológicos y formales necesarios en este tipo de investigaciones académicas.

La investigación en particular analiza la normativa nacional respecto al tratamiento del contrato de prenda como un título de ejecución y la problemática que existe respecto a su naturaleza accesoria para su ejecución. Además, estudia de forma doctrinaria y práctica las complicaciones que existirían en el sistema de justicia cuando los deudores prendarios deseen oponerse a dicha ejecución de conformidad con el Código Orgánico General de Procesos.

Es loable el esfuerzo que la disertante ha tratado de hacer para proponer una solución para tales problemáticas jurídicas. Sin embargo, no analiza a detalle las diferencias existentes entre prenda comercial ordinaria y prenda especial de comercio, tal como están concebidas en el Código de Comercio y cómo su concepción puede diferenciar su tratamiento de ejecución.

Por los argumentos expuestos, considero que la tesis merece ser aprobada con la nota de NUEVE SOBRE DIEZ.

Atentamente,

10 SET 2018

Msc. Byron Robayo Arroyo
PROFESOR INFORMANTE

Quito, 24 de septiembre de 2018.

Doctor
Efrén Guerrero
DECANO FACULTAD
JURISPRUDENCIA
PUCE
Presente

De mi consideración:

Revisé la Disertación de Abogacía, elaborado por la señorita MARÍA DANIELA CAMACHO CHÁVEZ, intitulada: "LA RAZONABILIDAD JURÍDICA DE LA INCLUSIÓN DEL CONTRATO PRENDARIO COMO TÍTULO DE EJECUCIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, COGEP", que se sirvió enviarme mediante oficio Nº 651-SJ-2018 de 16 de julio de 2018.

La disertante realiza un análisis exhaustivo de los títulos de ejecución contemplados en el Código Orgánico General de Procesos, del trámite que se debe dar a cada uno de ellos y de manera particular centraliza su estudio en el contrato prendario y de reserva de dominio, la forma en que se debe tramitar y ejecutar en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor prendario.

La disertante para fundamentar doctrinariamente su estudio reproduce el pensamiento de varios tratadistas del derecho sobre esta materia.

En razón de que la Universidad y la Facultad de Jurisprudencia no usan el Manual de Estilo de Chicago, modifico la calificación de la disertación con la nota de 9/10.

Atentamente,

Dr. Carlos Páez Fuentes

27 SEP 2018

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

"LA RAZONABILIDAD JURÍDICA DE LA INCLUSIÓN DEL CONTRATO PRENDARIO COMO TÍTULO DE EJECUCIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, COGEP."

MARÍA DANIELA CAMACHO CHÁVEZ

DIRECTOR: DR. ERNESTO GUARDERAS IZQUIERDO

QUITO, 2018

Gracias a mis padres, a mi hermano y a mi novio,

por su amor y apoyo incondicional.

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar la naturaleza jurídica del contrato prendario y determinar si posee las características esenciales de los títulos de ejecución. Además, identificar si, mediante su ejecución, se cumple la finalidad del procedimiento específico previsto en el Código Orgánico General de Procesos.

Esta problemática nos lleva a tratar varias figuras e instituciones del derecho civil y procesal civil, tales como: el contrato prendario; el procedimiento de ejecución; los títulos de ejecución; y, el incumplimiento contractual. Además, determinaremos el alcance de los derechos del ejecutado en un proceso de ejecución de contrato prendario. Lo anterior, incluyendo un análisis de la normativa nacional e internacional, a más de un detallado estudio procesal y doctrinario.

En el primer capítulo analizaremos la naturaleza del contrato prendario, empezando con su definición y descripción de sus características esenciales. A partir de lo cual, se estudiará su carácter privado y origen en la autonomía de la voluntad de las partes. Además, estudiaremos brevemente el tratamiento jurídico que se daba con anterioridad a este contrato con el procedimiento especial regulado en el Código de Comercio.

En el segundo capítulo nos introduciremos al estudio del actual procedimiento de ejecución regulado en el Libro V del Código Orgánico General de Procesos. Analizaremos la finalidad de éste y los pasos a seguir en el mismo, así como las características inherentes a los títulos de ejecución en su generalidad. De manera específica, se examinará brevemente a cada título de ejecución y las distinciones de éstos con el contrato prendario.

Posterior al análisis de este contrato en el primer capítulo, y el estudio de los títulos y el procedimiento de ejecución en el segundo; el tercer y último capítulo, se centrará en examinar los efectos jurídicos de incluir al contrato prendario como un título de ejecución. También, estudiaremos las posibles complicaciones que trae la ejecución del contrato prendario con la actual normativa procesal y la posible vulneración de derechos del ejecutado en el proceso de ejecución iniciado por este título. Contrastaremos la finalidad del legislador al crear un procedimiento expedito para la ejecución de este contrato, con la real eficacia

jurídica de éste. Finalmente, se plantearán posibles soluciones para el tratamiento jurídico del contrato prendario enmarcado en nuestra actual normativa.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the legal nature of the pledge contract and determine if it has the essential characteristics of the execution titles. In addition, identify if, through its execution, the purpose of the specific procedure provided in the Código Orgánico General de Procesos is met.

In the first chapter we will analyze the nature of the pledge contract, starting with its definition and description of its essential characteristics. In addition, we will briefly study the legal treatment that was given prior to this contract with the special procedure regulated in the Código de Comercio.

In the second chapter we will introduce ourselves to the study of the current execution procedure regulated in the Código Orgánico General de Procesos. We will analyze the purpose of this and the steps to be followed in it, as well as the inherent characteristics of the execution titles. Specifically, each execution title and the distinctions of these with the pledge contract will be briefly examined.

In the final chapter, we will focus on examining the legal effects of including the pledge contract as an execution title. Also, we will study the complications that exists in the execution of the pledge contract with the current law and the possible violation of the rights of the executed in the execution process initiated by this title. Finally, we will present possible solutions for the legal treatment of the pledge contract framed in our current regulations.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción 7

1. Primer Capítulo: Naturaleza jurídica y finalidad del contrato de prenda. 8

1.1. Naturaleza jurídica contractual del derecho de prenda 8

1.2. Características esenciales del contrato de prenda civil y mercantil 13

1.2.1. Características del contrato de prenda civil 13

1.2.2. Características del contrato de prenda mercantil 17

1.3. Tratamiento jurídico de la ejecución del contrato de prenda con la legislación previa a la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos 24

2. Segundo Capítulo: Naturaleza jurídica y finalidad de los títulos de ejecución y el procedimiento de ejecución. 30

2.1. Naturaleza jurídica y características esenciales de los títulos de ejecución 37

2.2. Breve análisis de los títulos de ejecución catalogados en el artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos. 42

2.2.1. La sentencia ejecutoriada 43

2.2.2. El laudo arbitral. 45

2.2.3. El acta de mediación. 48

2.2.4. El contrato prendario y de reserva de dominio. 49

2.2.5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código. 50

2.2.6. Las actas transaccionales. 51

2.2.7. Los demás que establezca la ley. 54

2.3. Análisis del procedimiento de ejecución en el Código Orgánico General de Procesos. 57

2.3.1. Finalidad del procedimiento de ejecución. 57

2.3.2. Requisitos para iniciar un procedimiento de ejecución y durante el mismo. 57

2.3.3. Fases dentro del procedimiento de ejecución 58

3. Tercer Capítulo: Efectos jurídicos de incluir al contrato prendario como título de ejecución en el Código Orgánico General de Procesos. 66

3.1. Excesiva celeridad vs. protección de derechos 66

3.2. Propuestas para el tratamiento jurídico del contrato prendario. 79

4. Conclusiones 89

Bibliografía: 92

Anexo 1 96

INTRODUCCIÓN

En el año 2016 entró en vigor el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y se instauró un nuevo procedimiento de ejecución. En este cuerpo normativo, el legislador otorgó al contrato prendario la calidad de título de ejecución, dejando atrás el procedimiento de ejecución previsto en el Código de Comercio para tratar a este tipo de contratos.

El COGEP trajo consigo cambios que demandan hasta hoy una adaptación para los profesionales del Derecho. Una de las finalidades de este Código fue crear procedimientos expeditos y uniformes en cumplimiento del principio de celeridad y, en nuestro criterio, se logró tal objetivo. Sin embargo, en el presente trabajo analizaremos que, en la ejecución del contrato prendario, si bien se logró instaurar un procedimiento expedito para la ejecución de este título, se podrían estar vulnerando derechos del ejecutado.

La naturaleza jurídica del contrato prendario demanda tratar a este título de forma distinta al resto de títulos de ejecución –exceptuando al contrato con reserva de dominio–, lo que abre paso a una serie de problemáticas en su ejecución y en los efectos de ésta. Al ser este contrato un instrumento de carácter privado, encontramos en su tratamiento consideraciones que el legislador parece que no tomó en cuenta al momento de incluirlo como un título de ejecución.

1. Primer Capítulo: Naturaleza jurídica y finalidad del contrato de prenda.

1.1.Naturaleza jurídica contractual del derecho de prenda

Es importante empezar este capítulo, aclarando que el concepto de prenda, así como los elementos relativos a su uso y protección, no son nuevos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La innovación para la legislación y el Derecho ecuatoriano es la inclusión del contrato de prenda como título de ejecución en el Código Orgánico General de Procesos, tema fundamental y principal de nuestro trabajo.

La prenda es un derecho real, así lo reconoce la doctrina y la legislación ecuatoriana. Arturo Díaz Bravo sostiene que la prenda es un "derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago" (2005, pág. 325). Así mismo, bajo el aspecto de derecho real, Sánchez Román, citado por Cuenca Ojeda (2011, pág. 142), define la prenda como:

> Un derecho real constituido, para garantía de una obligación, en una cosa ajena, que entra en la posesión del acreedor o de un tercero, y por virtud del cual, el acreedor puede promover a su tiempo la venta de cosa empeñada para satisfacer con su importe las responsabilidades pecuniarias que nazcan de la obligación garantizada. (1899, pág. 770)

Para complementar estos criterios, Martín Wolf define al derecho de prenda como: "un derecho real de realización del valor de una cosa mueble, que sirve para garantizar un crédito" (1971, pág. 410) (Autor citado por Cuenca Ojeda (2011, pág. 142))

Así también, el Código Civil ecuatoriano en su Art. 595 dispone:

> Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.
> Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, **el de prenda** y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales. (Código Civil, 2016) (la negrita nos pertenece).

La prenda, como un derecho real, puede nacer mediante diversas relaciones jurídicas. Así, por ejemplo, el autor Díaz Bravo sostiene que el legislador ha sido claro al expresar el origen del derecho de forma contractual; sin embargo, argumenta que no es posible asegurar

que es la única manera de darlo origen, pues también ha de convenirse en la existencia de posibles casos de prenda unilateralmente constituida.

Marta Morineau Iduarte y Román Iglesias González, citados por el autor Díaz Bravo (2005, pág. 322), afirman que: "El derecho real de prenda e hipoteca se constituye de la siguiente forma: a) por contrato b) por testamento c) por decisión judicial; d) por la ley en forma directa..." (1987, pág. 131).

Pese a la discutible posición del autor Díaz Bravo, es preciso aclarar que únicamente nos referiremos a la naturaleza jurídica contractual de la prenda, pues es el contrato de prenda el que actualmente es reconocido por la legislación ecuatoriana como un título de ejecución. Además, como se estudiará adelante, la prenda como concepto no se limita únicamente a ser un derecho real, pues se revisarán sus demás acepciones.

A continuación, analizaremos algunos aspectos generales del contrato de prenda, mismo que da origen al derecho de prenda. Wilson Cuenca Ojeda establece las diferencias entre la prenda como un contrato y un derecho real. De esta forma, en palabras de este autor: "el contrato de prenda es un acto jurídico que sirve de medio para constituir el derecho real de prenda y éste es la relación jurídica ya constituida" (2011, pág. 140). Al respecto, podemos señalar que, el hecho de que se constituya un derecho real, implica que se grava al bien dado en prenda, independientemente de quienes adquieran la calidad de deudor o garante y acreedor, mediante la suscripción del contrato.

Para Carlos Gómez Vásquez, el contrato es "el negocio jurídico pluripersonal de contenido patrimonial jurídicamente relevante" (2010, pág. 31). En la obra de este autor, se sostiene que el contrato puede ser entendido de dos formas: como acto y como relación. Como acto en cuanto a la unión de las voluntades contratantes y como relación en referencia a las consecuencias jurídicas que derivan del acto.[1] En este sentido, el autor toma al contrato identificando dos momentos: i) el momento subjetivo en el cual el contrato es concebido

[1] Carlos Gómez Vásquez cita a Guido Alpa, autor de la obra "El contrato en el derecho privado italiano actual" para realizar este análisis. Es un análisis que consideramos acertado, puesto que abarca al contrato no solo como "el acto" que la legislación ecuatoriana reconoce.

como un acuerdo de las partes; y, ii) el momento objetivo en el cual el contrato es el instrumento de autorregulación de intereses generados mediante ese acuerdo.

Por otra parte, Gabriela Esperón Melgar nos introduce al concepto de contrato como norma jurídica. Indica que, de acuerdo con este punto de vista, existen dos principales ideas: i) el acto jurídico como acuerdo de voluntades; y, ii) el resultado de ese proceso. La autora menciona que: "el resultado del acto jurídico contractual puede considerarse como una norma de la cual emanan derechos y obligaciones para las partes que en él intervienen" (2012, pág. 16). Esta posición concuerda con lo dispuesto en el artículo 1561 del Código Civil (2016), que expresamente manda: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales." Por lo tanto, el contrato pasaría a ser un acto jurídico bilateral de rango legal para las partes contrayentes, entendiéndose al concepto de "norma" de forma limitada para los contratantes y no erga omnes. Es preciso aclarar esto, porque el contrato goza de una calidad estrictamente privada, por ende, su fuerza "legal" y exigibilidad para las partes puede ser terminada por voluntad de las mismas. Esta es, por ejemplo, una de las mayores diferencias del contrato con otros títulos de ejecución, en los cuales, una vez que éstos nacen a la vida jurídica de forma válida, las partes no pueden por su propia voluntad, omitir la fuerza "legal" que tendrían los mismos para obligarlos en un caso concreto.

Continuando con el análisis conceptual del contrato, nuestro Código Civil (2016), en su artículo 1454 define al contrato como: "un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas."

En concordancia con lo anterior, el mismo cuerpo normativo establece que:

> Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra. (Código Civil, 2016).

De las definiciones arriba enunciadas, se desprende, en lo principal, los siguientes elementos relevantes para el presente trabajo de investigación:

i) Primero, el contrato es un acto entre dos o más personas legalmente capaces, quienes consienten libremente para la celebración de dicho acto. Una vez que sea válidamente suscrito, el contrato es fuente de obligaciones. Como lo señala el autor Carlos E. Restrepo Giraldo, la determinación del deudor de someterse a cumplir determinada prestación a favor del acreedor pone de presente la voluntad contractual como fuente de obligaciones. El autor menciona que: "el contrato es el instrumento por el cual se pone en acto la voluntad y el patrimonio de quien desea obligarse" (2013, pág. 98). Es decir que, es una fuente de obligaciones que nace a la vida jurídica por la simple autonomía privada y libertad contractual de las que se ven investidas las partes[2], a diferencia de otros títulos de ejecución, tal como se analizará más adelante en el estudio de los mismos.

   Este análisis es llevado a cabo ya que, como bien menciona Carlos Restrepo Giraldo: "en materia civil no existe obligación cuando los sujetos de la presunta relación, no consienten en ella de forma expresa o tácita; no hay acuerdo de voluntades sobre la prestación que debe cumplir el deudor" (2013, pág. 44). Es así que, por la autonomía de la que se encuentran investidas las partes al celebrar el contrato, se crean relaciones obligacionales, las cuales pueden ser modificadas o extinguidas, en todo o en parte, por los propios contratantes.

ii) Cada parte dentro del contrato es un centro de intereses. Es decir que, se parte de la presunción de que las mismas se encuentran en libertad e igual condición de negociar con el fin de proteger sus intereses al momento de generar el contrato, no es una negociación posterior al aparecimiento de un conflicto. Por lo tanto, el contrato nace jurídicamente sin que exista la instalación de un proceso judicial o extrajudicial generado por un conflicto entre las partes. De hecho, es probable que del contrato nunca se derive ningún tipo de controversia entre las contratantes. Esta es una diferencia en comparación al resto de títulos de ejecución descritos en el Código

[2] Hay una relación estrecha entre libertad y autonomía privada. Según De Castro y Bravo, la autonomía privada comprende "la esfera de la libertad de la persona, para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen" (DE CASTRO Y BRAVO, citado por ((Vásquez Gómez, 2010)).La autonomía privada se realiza mediante una actividad efectiva, que en este caso es la suscripción de un contrato. Así, la libertad es un presupuesto de la autonomía, y el individuo puede disponer de sus intereses porque tiene autodeterminación.

Orgánico General de Procesos, mismos que nacen a la vida jurídica una vez que existe un conflicto entre las partes, quienes inician un procedimiento para solucionar el mismo.

iii) Para la suscripción de un contrato no se requiere la intervención de un tercero ajeno o imparcial que ayude en la determinación de los derechos y obligaciones de las partes, basta el consentimiento libre de vicios para que éste sea válido. Mediante el estudio de la norma es posible determinar que ninguno de los elementos indispensables del contrato para su nacimiento al mundo jurídico se ven relacionados a la intervención de una tercera persona que objete, autorice o analice su contenido. Esta característica es de vital importancia, pues diferencia al contrato de otros títulos de ejecución, como se verá más adelante.

Por nuestra parte, podemos concluir que el contrato es un acto generado por la voluntad de las partes, sin que sea necesario mayor control en cuanto a su contenido y a las obligaciones contraídas. De esta forma, las obligaciones a las que se someten pueden ser modificadas o extinguidas de la misma forma como nacieron, por la autonomía de la voluntad de la cual se encuentran investidas las partes contrayentes. Además, las obligaciones contractuales se contraen previo a que exista algún tipo de controversia entre los contratantes, es decir que el contrato, inicialmente, se ve lejos de ser el instrumento donde se plasman obligaciones por el incumplimiento de otras anteriores. Sin embargo, cuando existe incumplimiento de las obligaciones, la parte que se ve afectada está protegida por el ordenamiento jurídico para iniciar un proceso en aras de proteger sus derechos[3] y exigir, tradicionalmente por la vía judicial: i) el cumplimiento del contrato; o, ii) la resolución del

[3] Quien considere que sus derechos han sido vulnerados, tiene la posibilidad de recurrir ante el aparato judicial estatal para la protección de los mismos, esperando una respuesta a su pretensión. A este derecho se lo conoce como tutela judicial efectiva, mismo que es reconocida por la Constitución de la República del Ecuador, la que manda lo siguiente:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...) El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del **derecho a la tutela judicial efectiva**, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. (las negritas nos pertenecen)

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia **y a la tutela efectiva**, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. (las negritas nos pertenecen) (Constitución de la República del Ecuador, 2015)

mismo[4], incluyendo la indemnización por daños y perjuicios. El incumplimiento de las obligaciones, otorga a la parte afectada el derecho para exigir la tutela de sus derechos[5]; y, de ser el caso, iniciar un proceso judicial, mismo que es solucionado con la actividad de un tercero que sea ajeno a los intereses de las partes, quien declara el cumplimiento, o no, de las obligaciones que se creen incumplidas.

En cuanto al tratamiento jurídico ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales referentes al derecho de prenda, hablaremos más adelante, ya que en la legislación ecuatoriana se trata de una forma especial a la prenda mercantil en el Código de Comercio. Sin embargo, al ser un contrato, también se pueden tomar las vías jurídicas establecidas en el ordenamiento jurídico, comunes a las controversias surgidas en cualquier contrato[6], mismas que no son materia de este trabajo, ya que nos importa específicamente el tratamiento para la ejecución del contrato de prenda, y no su tratamiento por la vía ordinaria.

1.2. Características esenciales del contrato de prenda civil y mercantil

1.2.1. Características del contrato de prenda civil

Una vez que hemos analizado brevemente algunos de los aspectos más relevantes para el sustento de este trabajo, en relación con la naturaleza contractual de la prenda, nos referiremos específicamente a las características de este contrato.

---

[4] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 1505.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.
Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

[5] La doctora Vanessa Aguirre Guzmán, en su trabajo titulado "El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos", hace un primer acercamiento a la definición de este derecho y expresa:

"Se conceptúa al derecho a la tutela judicial efectiva como el de acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que este otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada –que se dirige a través de una demanda–, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión. Queda claro, en consecuencia, que es un derecho de carácter autónomo, independiente del derecho sustancial, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir del Estado la prestación del servicio de administración de justicia, y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no de derecho material" (2010, pág. 8)

[6] Como se explicó anteriormente, al igual que cualquier contrato, el de prenda también puede dar inicio a un proceso de conocimiento por la vía ordinaria.

Según el autor Oswaldo Espinosa Prado, la prenda:

> Es un contrato en que se entrega una cosa mueble a un acreedor para seguridad de su crédito, otorgándole la facultad de perseguir la cosa empeñada, retenerla en ciertos casos y pagarse preferentemente con el producto de su realización, si el deudor no cumple la obligación garantizada (2002, pág. 123).

Al respecto, se entiende que la finalidad de la prenda es dar seguridad a un crédito. Esta garantía a favor del acreedor le permite retener el bien mueble para que, en caso que el deudor no cumpla su obligación, se pueda incluso vender y utilizar la cosa prendada para el cumplimiento de la obligación.

En nuestra legislación civil, la prenda es tratada en el título XXXV del Libro IV del código de la materia. Según el artículo 2286: "Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario." (Código Civil, 2016)

De esta definición resulta importante resaltar algunos puntos relevantes: i) La prenda es un contrato; ii) Se perfecciona mediante la entrega de la cosa; iii) Únicamente se puede celebrar este tipo de contratos sobre cosas muebles; iv) Se la trata como una garantía, por lo tanto, constituye una caución.

De esta forma, es posible determinar que el término "prenda" puede ser utilizado de tres formas: i) como contrato, según el artículo 2286 del Código Civil; ii) como la misma cosa entregada, según el mismo artículo que el literal anterior; iii) el derecho real que se genera al acreedor, según lo que manda el artículo 595 del mismo cuerpo normativo.

Analizaremos brevemente el alcance de estas tres acepciones:

i) La prenda es un contrato real y accesorio. Es un contrato toda vez que, como se explicó anteriormente, existe un acuerdo de voluntades, en este caso entre el acreedor prendario y la persona que la constituye, quienes pasan a ser los elementos personales de este contrato. De hecho, el artículo 2294 de nuestro Código Civil establece que:

> No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad, para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia.
> No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan. (Código Civil, 2016)

Es decir que, claramente se expresa que el acreedor no podrá tomar una cosa como prenda sin que exista un consentimiento previo de la otra parte. Es importante mencionar que nos referimos a la "parte", porque quien constituye la prenda, no necesariamente es el deudor de la obligación garantizada, puesto que el artículo 2290 del Código Civil[7] manda que la prenda también puede ser constituida por un tercero, haciéndolo como un servicio al deudor, siempre que el tercero sea el titular del derecho de propiedad del bien mueble dado en prenda.

Ahora bien, es un contrato real porque, en concordancia con el artículo 2288[8] del Código Civil, se perfecciona con la entrega de la cosa empeñada. Surte efectos jurídicos este contrato entonces, al momento de la entrega de la cosa, pues es el patrimonio entregado el que va a responder por la obligación contraída.

Pese a que esta es la regla general, Mariana Mena, analiza también la posibilidad de que no se entregue el bien, por tratarse de uno inmueble. La autora, menciona que:

> Cuando se trate de inmuebles se han admitido nuevas modalidades, variándose los conceptos en la práctica, puesto que en la actualidad ya no se entrega la prenda al acreedor, existe el contrato de prenda sin desplazamiento, sin la entrega del bien pignorado (...) (2001, págs. 3-4).

En todo caso, nuestra posición es que, en el caso de bienes inmuebles, nuestro código recurre al contrato de hipoteca, y para bienes muebles, al de prenda. Sin embargo, sí es posible que el contrato de prenda prescinda de la entrega del bien, como más adelante se explicará con el contrato mercantil de prenda agrícola o industrial, por la naturaleza misma de ese tipo de contratos y los bienes prendados.

---

[7] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 2290.- La prenda puede constituirse no sólo por el deudor sino por un tercero cualquiera, que hace este servicio al deudor.

[8] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 2288.- Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor.

Además, es un contrato accesorio, toda vez que se celebra para dar seguridad a un crédito (principal), tal como lo reconoce el artículo 2286 del Código Civil. Al ser un contrato accesorio, está relacionado con una obligación principal que debe cumplirse. Es decir, necesita de una obligación válida y subsistente; tanto así que, si se declara nula la obligación principal, es nula la prenda; pero no viceversa. El principal efecto del contrato de prenda es precisamente el constituir una garantía, y, por lo tanto, en caso de que la obligación principal no sea cumplida, se recurre a ejecutar este contrato. Como complemento, podemos citar a nuestro Código Civil (2016), mismo que manda: "Art. 31.- Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca.". Este es un importante aspecto a tomarse en cuenta debido a que, si existe duda o debate acerca del cumplimiento de la obligación principal, mal se haría en "ejecutar" la prenda. Como se verá más adelante, es precisamente esta comprobación respecto del cumplimiento, o no, de la obligación principal lo que genera un quiebre en el proceso de ejecución en sentido estrictamente formal.

Cabe destacar que, al hablar de la constitución de prenda civil, nos referimos principalmente a que el bien prendado es un crédito. El artículo 2291 del Código Civil (2016) dispone que: "Se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pero será necesario que el acreedor notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague a otra persona." Es decir que, si el bien entregado en prenda es incorporal (el crédito), se entrega el título. Además, es necesaria la notificación al deudor prohibiéndole que lo pague a otra persona.

ii) La prenda es la misma cosa entregada. Esta definición se encuentra expresamente en el segundo inciso del artículo 2286 del Código Civil. De este mismo artículo se desprende que la cosa entregada es necesariamente un bien mueble y que la entrega de la cosa perfecciona el contrato.

iii) La prenda como derecho real, tal como se ve reconocido en el artículo 595 del Código Civil. Esto implica que la prenda otorga al acreedor el derecho de persecución del bien prendado. Si bien el acreedor prendario no adquiere el dominio de la prenda, es el tenedor de la misma, y poseedor del derecho real de prenda.

Una característica esencial de la prenda es su indivisibilidad. La prenda es indivisible, independientemente de que la obligación principal o la cosa empeñada sean divisibles, pues, como señala Laura Buendia Grigoriu "el bien dado en prenda, garantiza el cumplimiento íntegro de la obligación debida, la cosa sigue toda gravada hasta que la totalidad de la obligación sea cumplida" (2004, pág. 8) . Este análisis se desprende del artículo 2298[9] del Código Civil, donde se señala que el deudor podrá reclamar la restitución de la prenda únicamente si ha pagado totalmente el capital y los intereses.

Además, el artículo 2303[10] establece como regla general que, satisfecho el crédito totalmente, deberá restituirse la prenda. De esta forma, Cuenca Ojeda menciona que "mientras se deba parte de la deuda, por insignificante que esta sea, toda la prenda responde al acreedor de que esta parte también será pagada" (2011, pág. 152). Es decir que, para la ejecución del contrato de prenda, es necesario establecer que la obligación principal que era garantizada con la prenda, no ha sido cancelada en todo o en parte.

Una vez concluido el análisis general del contrato de prenda, nos dedicaremos a hacer una descripción de las características esenciales del contrato de prenda mercantil.

1.2.2. Características del contrato de prenda mercantil

La prenda mercantil por regla general es real y formal. Normalmente las prendas son mercantiles cuando son constituidas entre comerciantes o por banqueros. Así mismo, las que se otorgan para garantizar adquisiciones, alquileres, compras y ventas que se efectúen con fines comerciales o con obligaciones conectadas al comercio.

---

[9] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 2298.- El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda, en todo o parte, mientras no haya pagado totalmente el capital e intereses, los gastos necesarios que haya hecho el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia.
Con todo, si el deudor pidiere que se le permita reemplazar la prenda por otra, sin perjuicio del acreedor, será oído.
Y si el acreedor abusa de ella, perderá su derecho de prenda, y el deudor podrá pedir la restitución inmediata de la cosa empeñada.

[10] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 2303.- Satisfecho el crédito totalmente, deberá restituirse la prenda.
Pero podrá el acreedor retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes:
1. Que sean ciertos y líquidos;
2. Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda; y,
3. Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior.

Ahora bien, si el contrato es mercantil, es importante topar algunos aspectos del mismo. Primeramente, al igual que la prenda civil, es necesaria la entrega de la cosa y por lo tanto es un contrato real, exceptuando el caso de la prenda agrícola o industrial. Es un contrato formal, por lo tanto, debe celebrarse por escrito y cumplir con las formalidades que establece la ley para cada contrato.

Existen tres principales tipos de contratos de prenda mercantil: i) La prenda comercial ordinaria; ii) La prenda especial de comercio; iii) La prenda agrícola e industrial.

i) La prenda comercial ordinaria, tal como menciona Oswaldo Espinosa Prado: "Consiste en la entrega de una cosa mueble al acreedor para la seguridad de su crédito. Sin embargo, se puede nombrar a un depositario que puede ser el mismo propietario del mueble o un tercero." (2002, pág. 131). A decir de este autor, las formalidades propias de este contrato es que debe celebrarse por escrito, sin necesidad de que sea por documento público. Es importante destacar que, según el artículo 569 del Código de Comercio[11], este tipo de prenda puede ser constituida por un comerciante, o bien por uno que no lo sea, pero debe ser por un acto de comercio. Este tipo de prenda se regula desde el artículo 569 hasta el 575 del Código de Comercio vigente. Sin embargo, como explicaremos más adelante, en lo referente al procedimiento para ejecutar la prenda, sostenemos que el código mencionado ya no se aplica directamente puesto que el Código Orgánico General de Procesos regula la ejecución de estos contratos, otorgándoles la categoría de títulos de ejecución.

El artículo 570[12] establece claramente la calidad de garantía que tiene este tipo de contrato, de tal forma que la prenda de un título valor nominativo, se constituye por regla

[11] Código de Comercio (2014). Ecuador. Art. 569.- El contrato de prenda debe celebrarse por escrito, bien sea dada la prenda por un comerciante, bien por uno que no lo sea, si es por acto de comercio.
La certeza de la fecha del documento puede justificarse por todos los medios de prueba admitidos por las leyes mercantiles.
Si falta el acto escrito, la prenda no surte efecto respecto de tercero.

[12] Código de Comercio (2014). Ecuador. Art. 570.- Si se trata de efectos a la orden, la prenda puede constituirse mediante un endoso regular con las palabras valor en garantía u otras equivalentes. Respecto de acciones, obligaciones u otros títulos nominativos, de compañías industriales, comerciales o civiles, la prenda puede constituirse por traspaso hecho en los registros de la compañía, por causa de garantía. Respecto de acciones, cédulas u obligaciones al portador, la prenda se constituye por la simple entrega del título.

general mediante endoso regular. Sin embargo, si se trata de acciones, cédulas u obligaciones al portador, la prenda se constituye por la simple entrega del título.

ii) La prenda especial de comercio, tal como menciona el Código de Comercio en su artículo 575-A, "solo podrá establecerse a favor de un comerciante matriculado y sobre artículos que vende para ser pagados mediante concesión de crédito al comprador" (Código de Comercio, 2014). En cuanto a la formalidad de este contrato, se establece que se hará constar por escrito en dos ejemplares, que corresponden el uno para el vendedor y acreedor y el otro al comprador y deudor.

Para que sea legal el contrato de prenda especial de comercio se lo registrará en el libro que al efecto llevará el Registro Mercantil del cantón, exceptuando en los cantones de Quito y Guayaquil que lo llevará el Registrador de Prenda Especial de Comercio. El artículo 575-C establece los requisitos que debe tener el contrato, y el resto de literales hablan principalmente acerca del procedimiento para la venta al martillo de la prenda. Al igual que en el contrato anterior, más adelante se expondrá la contradicción existente en la normativa, ya que Código de Comercio establece un proceso para la ejecución de la prenda, y el Código Orgánico General de Procesos otro.

iii) En cuanto a la prenda agrícola e industrial, el Código de Comercio (2014) en su artículo 576, manda que: "Tanto la prenda agrícola como la prenda industrial, son un derecho de prenda constituido sobre los bienes especificados en esta Sección, los que no dejan de permanecer en poder del deudor." En concordancia a este artículo, los artículos 578 y 579 establecen los bienes sobre los cuales puede constituirse estos tipos de contratos. Al recaer esta clase de contrato sobre bienes muebles específicos, tiene un tratamiento especial; de tal forma, el Código establece las reglas para el cuidado de los bienes empeñados y la utilización de sus frutos. Además, cabe señalar que la prenda debe garantizar las obligaciones que sean emanadas de la agricultura o industria, y no otras.

Este tipo de contratos son la excepción en cuanto al requisito de entrega del bien prendado al acreedor. Los bienes permanecen en poder del deudor ya que suelen ser el medio para que el mismo cumpla con la obligación principal.

Ahora bien, al ser la prenda un contrato mercantil, acarrea obligaciones y derechos específicos. En cuanto a las obligaciones del acreedor, el autor Wilson Cuenca Ojeda menciona tres importantes: i) la conservación de la cosa; ii) la prohibición del uso de la prenda; y, iii) la obligación de restituir la cosa.

i) En cuanto a la conservación de la cosa, el autor menciona que:

> La cosa empeñada, aunque pase de las manos del deudor a las del acreedor, continúa siendo del dominio del deudor, y con respecto de ella, el acreedor es un mero depositario, que la tiene en su poder como medida de seguridad para el caso de incumplimiento de la obligación principal. (2011, pág. 158).

El artículo 2296 del Código Civil (2016) manda: "El acreedor está obligado a guardar y conservar la prenda como buen padre de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa.". Si el acreedor incumple esta norma, responde por culpa leve[13], es decir que si la cosa prendada sufre daños y el acreedor no logra probar que fue diligente en su cuidado, será responsable por su valor. En este caso, encontramos una nueva forma de tratamiento del contrato prendario, ya que del mismo se podrían desprender acciones a favor del acreedor y del deudor; el contrato de prenda entonces, por su naturaleza contractual, podría verse sometido a un proceso de ejecución a favor del acreedor y también a un proceso por incumplimiento como cualquier otro contrato, a favor del deudor.

ii) En referencia a la prohibición del uso de la prenda, el artículo 2297 del mismo cuerpo normativo, prevé que: "El acreedor no puede servirse de la prenda, sin consentimiento del deudor. Bajo este respecto, sus obligaciones son las mismas que las del mero depositario[14]." (Código Civil, 2016). El Código asemeja la obligación

---

[13] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido:
(...) Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

[14] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 2116.- Llámese en general depósito el contrato en que se confía una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie. La cosa depositada se llama también depósito.

del acreedor a la de un depositario[15]; por lo tanto, es preciso mirar qué dice el código respecto de éste. El artículo 2125 ordena:

> Por el mero depósito no se confiere al depositario la facultad de usar la cosa depositada sin el permiso del depositante. Este permiso podrá a veces presumirse, y queda al arbitrio del juez calificar las circunstancias que justifiquen la presunción, como las relaciones de amistad y confianza entre las partes. Se presume más fácilmente este permiso en las cosas que no se deterioran sensiblemente por el uso. (Código Civil, 2016).

De esta forma, el depositario y el acreedor prendario son meros tenedores y no tienen la facultad legal de usar el bien prendado, a menos que el dueño de la cosa empeñada autorice su uso; y mucho menos de disponer del bien, a menos que por medio del proceso judicial se declare el incumplimiento de la obligación principal y se otorgue al acreedor el derecho de disponerlo.

iii) En cuanto a la obligación de restituir la cosa, Cuenca Ojeda menciona que:

> La obligación principal que corresponde al acreedor es la de restituir la cosa dada en prenda, una vez que el deudor haya pagado totalmente la deuda. Pero ésta debe ser cumplida íntegramente con sus respectivos intereses si corresponde, porque de lo contrario el deudor no puede exigir la devolución, en virtud del principio de indivisibilidad de la prenda. Pero nada impide que el acreedor renuncie a este derecho y restituya la cosa, sin que haya satisfecho esta obligación el deudor. (2011, pág. 160).

Esta obligación se desprende de la indivisibilidad de la prenda, característica esencial, tal como se analizó anteriormente. En el caso de que el acreedor tenga que iniciar un proceso judicial para lograr el pago, habría que agregar los intereses al capital, y satisfecho todo esto, el deudor tiene derecho a que se le restituya la prenda.

En cuanto a los derechos del acreedor, el autor antes mencionado señala tres principales: i) derecho de retención; ii) de reivindicación; y, iii) derecho de venta.

---

[15] El Código asemeja al acreedor con el depositario, incluso en la culpa por la cual responden. Como se había analizado anteriormente, el acreedor responde por culpa leve, al igual que el depositario. El Código Civil (2016) manda: "Art. 2144.- La responsabilidad del depositario se extiende hasta la culpa leve."

i) El derecho de retención está plasmado positivamente en el artículo 2294 del Código Civil:

> No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad, para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia.
> No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan. (Código Civil, 2016)

En consecuencia, la normativa expresamente permite que el acreedor retenga la cosa prendada, no por simple arbitrariedad, sino por seguridad para garantizar el cumplimiento de obligaciones por parte del deudor.

ii) En cuanto al derecho de reivindicación, el autor Cuenca Ojeda fundamenta su afirmación de que el acreedor tiene acción reivindicatoria porque con respecto a su derecho real, se deriva una acción real. De esta forma menciona que: "la ley le otorga para que haga efectivo su derecho la acción real de recobrar la tenencia contra toda persona en cuyo poder se halle la prenda (...)" (2011, pág. 170). Este derecho está plasmado en el artículo 2295[16] de nuestro Código Civil. De esta forma, en caso de que el acreedor perdiera la tenencia del bien prendado por alguna razón, tiene acción para recobrarla.

Es decir que, la normativa civil concede al acreedor prendario una "acción" para recuperar la tenencia, misma que el autor ha asimilado a la acción reivindicatoria. El Código Civil (2016) establece en su artículo 933 que: "La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela." En el caso de la prenda, el acreedor prendario no es el dueño de la cosa singular, sin embargo, tiene acción para recuperar la tenencia del bien prendado. Por lo tanto, en concordancia con el artículo 935[17] del mismo cuerpo normativo,

---

[16] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 2295.- Si el acreedor pierde la tenencia de la prenda, tendrá acción para recobrarla, contra toda persona en cuyo poder se halle, sin exceptuar al deudor que la ha constituido.
Pero el deudor podrá retener la prenda, pagando la totalidad de la deuda para cuya seguridad fue constituida.
Efectuándose este pago, no podrá el acreedor reclamarla, alegando otros créditos, aunque reúnan los requisitos enumerados en el Art. 2303.

[17] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 935.- Los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio, excepto el derecho de herencia.
Este derecho produce la acción de petición de herencia de que se trata en el Libro III.

se entiende que se le otorga la posibilidad de iniciar una acción reivindicatoria, pese a no ser el titular del dominio del bien que persigue.

iii) El derecho de venta se refiere a que la prenda tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación, una vez más, en su carácter de garantía. El artículo 2299 menciona:

> 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 los aquí señalados. (Código Civil, 2016).

De este artículo, en nuestro criterio interpretativo, se desprende que el legislador pretende que el acreedor prendario no se quede con el bien prendado, sino por excepción, si no hubiere quien lo compre. Además, es claro que solo se puede dar por venta en pública subasta y no de forma particular. Sin embargo, este artículo también otorga al dueño de la prenda que se esté subastando, el derecho para recobrarla si cancela toda la deuda, siempre y cuando no se haya consumado.

Como se indicó anteriormente en este trabajo, el contrato de prenda tiene como elementos subjetivos al deudor y acreedor. En lo que se refiere al acreedor, hemos topado los principales derechos y obligaciones; en lo que respecta al deudor, la obligación fundamental es el pago de gastos necesarios que haya hecho el acreedor para la conservación de la prenda y de perjuicios si hubieren existido por la tenencia de la misma.

Al respecto, el inciso primero del artículo 2298 del Código Civil señala:

> El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda, en todo o parte, mientras no haya pagado totalmente el capital e intereses, los gastos necesarios que haya hecho el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia. (Código Civil, 2016)

Esta obligación es solo probable, ya que no en todos los casos se da. Es importante señalar que no siempre del mismo contrato de prenda se desprende la obligación del deudor

de pagar el valor de la obligación principal, puesto que ésta puede nacer de otro instrumento jurídico, y solo si no es cumplida, se recurre al contrato de prenda.

En cuanto a los derechos del deudor, seguimos el análisis del autor ya mencionado (2011, pág. 177), y encontramos como relevantes algunos. Primeramente, la acción prendaria faculta al deudor a pedir que se le restituya la cosa prendada una vez que haya satisfecho el pago de la obligación principal, entendiéndose como el capital, intereses y gastos realizados por el acreedor para el cuidado de la prenda. Como segundo derecho, el de indemnización si la prenda ha sufrido deterioros por culpa del acreedor, tal como lo menciona el artículo 2296 del Código Civil.[18] Además, el deudor puede pedir la restitución anticipada de la prenda cuando crea que el acreedor abusa de ella, al tenor del artículo 2298 en su último inciso. Por último, el deudor tiene el derecho de solicitar la sustitución de la prenda, una vez que sea oído el acreedor y se demuestre que el mismo no se ve afectado por este reemplazo; según el segundo inciso del artículo 2298 del mismo cuerpo normativo.

Ahora bien, al ser un contrato, su incumplimiento acarrea consecuencias jurídicas. El acreedor puede iniciar un proceso de ejecución del contrato de prenda, mismo que se explica en cuanto al proceso antes vigente, como en cuanto al actual proceso regulado por el Código Orgánico General de Procesos, en el próximo capítulo.

1.3. Tratamiento jurídico de la ejecución del contrato de prenda con la legislación previa a la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos.

Previo a la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, el tratamiento jurídico para la ejecución del contrato de prenda en el caso de que el deudor incumpliera con la obligación principal, se llevaba a cabo mediante un procedimiento especial previsto en el Código de Comercio. Además, era posible, y continúa siéndolo, el tratamiento del contrato de prenda como cualquier otro contrato ante su incumplimiento; es decir, iniciar un proceso por la vía ordinaria solicitando la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo, en ambos casos más los daños y perjuicios que correspondan.

[18] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 2296.- El acreedor está obligado a guardar y conservar la prenda como buen padre de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa.

Empezaremos analizando el procedimiento especial contenido en el Código de Comercio, que si bien es cierto no ha sido derogado de forma expresa, en el presente trabajo sostenemos que ya no es aplicable, debido a que el contrato de prenda adquirió la categoría de título de ejecución, por lo tanto, debe ejecutarse mediante el procedimiento de ejecución regulado en el Código Orgánico General de Procesos. Es decir que, en cuanto a lo sustantivo del contrato prendario, se aplica el Código Civil y Código de Comercio; y, en lo adjetivo, se aplica el Código Orgánico General de Procesos.

Nuestra postura en el presente trabajo es que, en el Código Orgánico General de Procesos, el legislador, al otorgarle una nueva categoría a este tipo de contratos, quiso que los mismos pasen a ser ejecutados mediante un proceso regulado específicamente para los títulos de ejecución. Además, en cuanto al análisis normativo, el artículo 1 de este último código establece que: "Ámbito. Este Código regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso." (Código Orgánico General de Procesos, 2017); y, la disposición derogatoria Décimo Cuarta del mismo manda que: "Quedan asimismo derogadas, a la entrada en vigencia de la presente Ley, otras disposiciones de igual o inferior jerarquía que se opongan a lo dispuesto en la misma." (Código Orgánico General de Procesos, 2017). De esta forma, sostenemos que en todo lo relativo al ámbito procedimental del contrato de prenda, al no estar relacionado a las materias constitucional, electoral o penal, se aplica el Código Orgánico General de Procesos, mismo que expresamente lo reconoce como un título de ejecución.

Una vez realizada esta aclaración, analizaremos el tratamiento jurídico de la prenda con la legislación aplicable previa a la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, es decir con el Código de Comercio. El contrato de prenda se encontraba regulado desde el artículo 568 hasta el 601 de ese Código. En cuanto a la prenda comercial ordinaria, el artículo 573 prevé, en la parte pertinente a la fase de ejecución, que:

> Vencido el plazo de la prenda, el acreedor, sin necesidad de notificación alguna al deudor, pedirá al juez la venta en subasta pública del objeto materia de la prenda, y el la decretará, haciendo que un corredor, o en su defecto un agente de negocios, practique el avalúo; y mandará publicar en un periódico de la localidad o, en su caso, por carteles fijados en la puerta del juzgado, un aviso de la subasta, por tres días.

> El aviso contendrá la designación de la prenda y su avalúo. Pasados los tres días, el juez venderá la prenda al mejor postor y entregará el valor debido al acreedor, con más los gastos de estas diligencias y los intereses de los tres días; y el saldo, si lo hubiere, lo depositará a la orden del deudor prendario.
> Si el producto de la subasta no alcanzare a cubrir los gastos, los intereses de los tres días y el valor de la deuda, el acreedor podrá repetir contra el deudor, por el saldo.
> Vendida la prenda, se declarará cancelado el resguardo que existiere en manos del deudor o de algún cesionario, y el juez lo hará publicar y dará de ello una constancia al acreedor.
> La falsificación o alteración de un contrato de prenda será sancionada con las mismas penas impuestas a los falsificadores de moneda.
> No se admitirá oposición alguna para la venta de la prenda cuyo plazo haya vencido.
> En cualquier estado de este procedimiento, se podrá suspenderlo, si se consigna ante el juez el valor de la deuda, sus gastos e intereses. El juez entregará estos valores al acreedor, y recabará el de la prenda y el documento cancelado. (Código de Comercio, 2014)

Ahora bien, en síntesis, ante el incumplimiento de la obligación, el acreedor podía iniciar el procedimiento en una Unidad Judicial de lo Civil y Mercantil, solicitando que el bien prendado se sujete a un avalúo para su posterior venta en subasta pública, misma que era publicada para información de los interesados. Si el producto de la subasta no cubría los gastos, los intereses de los tres días y el valor de la deuda, el acreedor podía repetir contra el deudor, por el saldo. Una vez vendida la prenda, se declaraba cancelado el resguardo que existía en manos del deudor o de algún cesionario, y el juez lo hacía publicar y daba de ello una constancia al acreedor.

En cuanto a la falsificación o alteración de un contrato de prenda, el código imponía que será sancionada con las mismas penas impuestas a los falsificadores de moneda. Esta pena se encuentra tipificada en el artículo 306 del Código Orgánico Integral Penal[19].

Así mismo, el Código establecía que: "No se admitirá oposición alguna para la venta de la prenda cuyo plazo haya vencido." (Código de Comercio, 2014). Al respecto, hay que

[19] Código Orgánico Integral Penal (2017). Ecuador. Art. 306.- Falsificación de moneda y otros documentos.- La persona que falsifique, fabrique o adultere moneda de curso legal nacional o extranjera, ponga en circulación o use fraudulentamente efecto oficial regulado por el Estado, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.
La persona que cometa falsedad forjando en todo o en parte efectos, cheques, títulos valores, tarjetas de crédito, débito o pago, dispositivos empleados como medio de pago equivalente a la moneda o haciendo verdadera cualquier alteración que varíe su sentido o la información que contienen, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

tomar en cuenta que en la doctrina se ha guardado una postura según la cual, existen causas de oposición por motivos de fondo y procesales.

La autora Teresa Armenta Deu establece que, en la oposición de la ejecución por motivos de fondo "el objetivo es poner de relieve la disfunción entre el contenido del título y la existencia y contenido de la obligación que allí se documenta." (2013 , pág. 389). La autora sostiene que la existencia del título obligaría a que se lleve a cabo la ejecución, pero que es posible oponerse por motivos que manifiesten la carencia actual de acción o la disfunción señalada. En cuanto a los motivos de oposición por defectos procesales, la misma autora establece como primer criterio que, de existir la oposición por ambos motivos, es decir de fondo y procesales, primero se analizarán los defectos procesales y luego los de fondo. Así mismo, la autora menciona que: "la oposición por defectos procesales no ataca la existencia de acción ejecutiva, se limita a poner de manifiesto que la concurrencia de determinados vacíos procesales impide que continúe la actividad de ejecución" (2013 , pág. 387).

A nuestro entender, este inciso del artículo se refiere a que no sería posible oponerse en cuanto al fondo, es decir que, si el deudor no cumplió la obligación, no tendría la posibilidad de oponerse al proceso de ejecución del contrato prendario. Sin embargo, por temas de fondo en cuanto a la imposibilidad por parte del acreedor para empezar la acción; o por defectos procesales, sí podría oponerse como parte de su derecho a la contradicción[20], dentro del debido proceso, constitucionalmente garantizado.

Continuando el análisis, este mismo artículo dispone que: "En cualquier estado de este procedimiento, se podrá suspenderlo, si se consigna ante el juez el valor de la deuda, sus gastos e intereses. El juez entregará estos valores al acreedor, y recabará el de la prenda y el documento cancelado." (Código de Comercio, 2014). Al respecto, el análisis primordialmente se establece en torno a que, la causa para ejecutar la prenda es justamente

[20] Constitución (2015). Ecuador. Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

el incumplimiento de la obligación principal, como se mencionó anteriormente; sin embargo, si esta obligación es cumplida, el proceso de ejecución carece de sentido en sí mismo.

En cuanto a la prenda especial de comercio, el Código de Comercio establecía una regla específica contenida en el artículo 575-D[21]. En la misma se otorgaba al acreedor el derecho de dar por terminado el plazo si la prenda no era exhibida en el término de cuarenta y ocho horas, y de esta forma pedir que la prenda se venda al martillo. Esta misma venta podía pedirse en el caso de que se haya vencido el plazo estipulado para el cumplimiento de la obligación del deudor. El proceso para este tipo de prenda se lo detalla desde el artículo 575-E, hasta el 575-I. La normativa correspondiente a este tipo de prenda se extiende hasta el artículo 575-V.

Respecto a la prenda agrícola o industrial, la peculiaridad es que los bienes no dejan de permanecer en poder del deudor. La posibilidad del acreedor a pedir el remate de los bienes empeñados se regulaba en el artículo 596[22] del Código de Comercio, mismo artículo donde se especifica el procedimiento para el embargo y la venta en pública subasta. Además, para iniciar el proceso de ejecución, se requería acompañar el certificado otorgado por el Registrador Mercantil sobre la vigencia del contrato.

El proceso de ejecución establecido por el Código de Comercio para cada tipo de prenda, constituía la vía para que el acreedor pueda recuperar mediante la venta del bien prendado, el valor de la obligación principal, más daños y perjuicios. Si bien es cierto cada tipo de prenda tenía sus especificaciones, la regla general de la ejecución se constituía mediante el proceso de embargo y venta en subasta pública. Con el Código Orgánico General

---

[21] Código de Comercio (2014). Ecuador. Art. 575-D.- El acreedor tendrá derecho a dar por terminado el plazo, si la prenda no fuere exhibida en el término de cuarenta y ocho horas, y en este caso o cuando se hubiere vencido el plazo estipulado, tendrá derecho a pedir que la prenda se la venda al martillo.

[22] Código de Comercio (2014). Ecuador. Art. 596.- Si no se paga el crédito a su vencimiento, el acreedor puede pedir al juez el remate de los objetos empeñados. Acompañará a su solicitud el respectivo contrato y un certificado del Registrador Mercantil que acredite que aún no ha sido cancelado.
Cumplidos estos requisitos, el juez ordenará el embargo de la prenda y su venta en pública subasta conforme al Art. 573. Si los frutos empeñados no se han cosechado todavía, ni se han realizado los aumentos dados en prenda, se embargarán las sementeras, los animales, las máquinas, los árboles y demás objetos cuyos productos son materia de la prenda.
Se notificará al deudor la orden de embargo. El procedimiento no podrá suspenderse, si el deudor no consigna en pago el valor de la deuda, intereses y costas.

de Procesos el proceso de ejecución también incluye la fase de embargo y venta en subasta pública, pero con las respectivas peculiaridades del proceso para ejecutar los actuales títulos de ejecución, mismo que se estudia en el siguiente capítulo, y posteriormente analizaremos si es jurídicamente eficaz el hecho de considerar como título de ejecución al contrato de prenda.

2. Segundo Capítulo: Naturaleza jurídica y finalidad de los títulos de ejecución y el procedimiento de ejecución.

En el presente capítulo analizaremos los títulos de ejecución y el proceso de ejecución tanto doctrinariamente, como el tratamiento jurídico que se encuentra previsto en el Código Orgánico General de Procesos.

López Valencia se aproxima al concepto de proceso de ejecución y menciona que:

> El proceso de ejecución es considerado por la doctrina como el conjunto estructurado de pasos que tiene por objeto hacer efectiva la sanción impuesta por una sentencia anterior de condena que, como tal, impone al vencido la realización u omisión de un acto, cuando éste no es voluntariamente realizado y omitido por aquel. (2010, pág. 11)

Coincidimos en que el proceso de ejecución es un conjunto estructurado de pasos que tiene un objeto, sin embargo, no siempre se trata de hacer efectiva una sanción impuesta en una sentencia. Es importante aclarar que el autor habla de la sentencia por ser el título de ejecución más conocido, pero en nuestra legislación no es el único que permite iniciar un proceso de ejecución, tal como lo explicaremos más adelante.

María Esther Almeida Silva (2004, pág. 54) cita a Hugo Alsina, quien define al proceso de ejecución como: "la actividad desarrollada por el órgano jurisdiccional, a instancia del acreedor, para el cumplimiento de la obligación declarada en una sentencia de condena, en los casos en que el vencido no las satisface voluntariamente" (1962, pág. 25). Al igual que en la definición anterior, el autor se refiere exclusivamente a la sentencia por ser el título de ejecución doctrinariamente más conocido.

Por su parte, Andrés Valencia se aproxima a la separación clara que existe entre el ejercicio en un proceso de conocimiento y uno de ejecución. El autor menciona que el proceso de ejecución nace de la idea de:

> Que no existe una pretensión discutida que implique la necesidad de declarar quién tiene la razón y condenar al vencido en juicio a su cumplimiento (procesos de conocimiento), sino de una pretensión cuya existencia aparece clara y determinada en el título que se aduce verdadero pero que está insatisfecho. (2010, pág. 15)

Este concepto nos parece aún más claro, y es importante la diferencia que realiza el autor en cuanto a la pretensión que se tiene al iniciar un proceso de ejecución y un proceso de conocimiento, previstos en nuestro ordenamiento. El actor en un proceso de ejecución no pretende que se determinen derechos ante una controversia, no existe la necesidad de declarar quién tiene la razón y condenar a un vencido. De esta forma, el juzgador no tiene una actividad que demande resolver el posible conflicto de intereses entre dos partes para determinar quién será el condenado a cumplir una obligación. En el proceso de ejecución la pretensión está en hacer cumplir una obligación antes determinada en un título, y que se encuentra insatisfecha, de tal forma que el juez ejerce una actividad coercitiva para "hacer cumplir" la obligación pendiente.

El autor Rubén Morán por su parte, define al "juicio"[23] de ejecución como: "las acciones para hacer cumplir las obligaciones previamente establecidas en los actos, contratos, títulos, documentos, una vez que las condiciones o exigencias para su cumplimiento se encuentren vencidas, y el obligado se encuentre en mora". (2011, pág. 203)

Respecto de esta definición, el autor es más abierto en la ejemplificación de los títulos de ejecución, puesto que incluye las obligaciones previamente establecidas en varios tipos de documentos. Morán es claro al explicar que la ejecución sería posible siempre que las condiciones o exigencias para el cumplimiento de una obligación se encuentren vencidas y el obligado en mora. Es decir que, no sería factible iniciar un proceso de ejecución si no existe la certeza absoluta de que la obligación fue incumplida por el ejecutado y, por lo tanto, el ejecutante cuenta con la potestad absoluta de exigir el cumplimiento de tales obligaciones pendientes. Esto se analizará en el siguiente capítulo ya que, en el caso del contrato prendario, nos enfrentamos a la posibilidad de que, al ser un contrato accesorio y por lo tanto ligado a un principal, se desprenda del segundo algún tipo de controversia en la cual el que pretende ser ejecutante del contrato prendario, haya incumplido sus obligaciones contenidas en el contrato principal.

---

[23] Hemos colocado entre comillas la palabra juicio ya que en nuestra legislación se lo conoce como un proceso. En estricto sentido no podríamos sostener que es un juicio porque el mismo exige:

> El conjunto de actos dirigidos a ese fin: la resolución del conflicto (composición de litigio, satisfacción de pretensiones, etc.) Y, resulta, en último término, un instrumento para cumplir los objetivos del Estado: imponer a los particulares una conducta jurídica, adecuada al derecho, y, a la vez, brindar a estos tutela jurídica. (1984, págs. 88-89)

Es de vital importancia para este trabajo de investigación entender que el proceso de ejecución no debería ser viable en caso de incertidumbre sobre el incumplimiento de la obligación principal por parte del posible ejecutado. En estricto sentido, debería estar ligado a la certeza absoluta de que la obligación principal se encuentra vencida y, a nuestro criterio, únicamente debería el ejecutante tener la posibilidad de iniciar este tipo de proceso si hubiese cumplido a cabalidad sus obligaciones y se encuentra perjudicada en la relación jurídica acreedor – deudor.

En palabras de Juan Cedillo,

> La acción de un título de ejecución constituye en sí mismo, una expresión clara del derecho a la tutela judicial efectiva que el Estado está obligado a garantizar para justificar su aparataje jurisdiccional, ya que, sin este tipo de trámite, todo lo actuado en un proceso judicial quedaría limitado a verse como meras enunciaciones, que carentes de aplicación jurídica, no permitirían al ejecutante que haga valer la declaración judicial obtenida. (2017, pág. 50)

Una vez hechas algunas aproximaciones al concepto de este tipo de proceso, analizaremos brevemente su naturaleza. En cuanto a la naturaleza del proceso de ejecución, este es de Derecho Público, ya que regula una actividad pública, que es el empleo de la jurisdicción para exigir o coercionar el cumplimiento de ciertas obligaciones insatisfechas. De esta forma, es un procedimiento que busca la actividad coercitiva del juez para el cumplimiento de una obligación insatisfecha reconocida en un título de ejecución.

El juez entra en una etapa de actividad material, y se "limita únicamente a desempeñar un rol encaminado a obtener el cumplimiento de la obligación insatisfecha para hacer efectivo el derecho cierto del accionante." (2010, pág. 15) Es decir que, el juzgador no se detiene en este proceso a analizar sobre la existencia o no de la obligación pretendida, sino se limita a hacer efectivo el derecho correlativo del accionante.

Es importante entender que la obligación, desde el momento mismo de su nacimiento en el título, entiende incorporada su ejecución. Es decir que, la obligación no podrá quedar insatisfecha, pues debe ser cumplida mediante la ejecución de una o más acciones (dar o hacer) que el obligado deberá realizar. "La realidad de la obligación ha de contener ya en sí

misma la ejecución; esto equivale a decir que la ejecución es un momento de la obligación y no puede ser disociada de ésta." (2010, pág. 10)

En palabras del autor Gruss, no es posible confundir "ejecución" con "cumplimiento". Menciona que,

> El término "ejecución" debe emplearse en estricta lexicología jurídica, para la que se dirige a lograr, con la oposición o prescindencia del obligado o condenado, un resultado equivalente a aquel que se debía haber producido por su "cumplimiento". Generalmente mediante el proceso que lleva su nombre: "proceso de ejecución" (2011 , pág. 27)

En concordancia con lo anterior, hay que mencionar que en la doctrina se hablan de dos tipos de ejecución: la voluntaria y la forzosa. En el caso de la voluntaria, tal como lo menciona Alejandro Andrade González: "el deudor cumple con la obligación y no hace falta la intervención del Estado, a través de sus funcionarios competentes a fin de que se cumpla con lo dispuesto" (s/f, pág. 100). Por otro lado, la ejecución forzosa requiere necesariamente del poder del Estado. Ya que el obligado no ha cumplido por su propia voluntad con las obligaciones derivadas de un título de ejecución que tenía, entonces el Estado mediante los jueces y funcionarios competentes actúa coercitivamente.

En palabras de Andrade González, el Estado: "sustituye la voluntad del demandado, realizando por éste los actos que debió ejecutar en orden al cumplimiento de la sentencia, tales como la venta de sus bienes, para cubrir los créditos y así satisfacer a los acreedores" (s/f, pág. 100). Es decir que, el cumplimiento no queda a la voluntad del deudor; éste debe cumplir, y si no lo hace, a palabras de René Abeliuk: "el acreedor tiene el derecho al amparo del Estado para que lo fuerce a hacerlo. Éste, mediante sus órganos y con el auxilio de la fuerza pública, si es necesario, impondrá este derecho del acreedor". (2009, pág. 797).

Como menciona Carnelutti, en el caso llamado de la "ejecución voluntaria" nos referimos al cumplimiento; y, "en el caso de "ejecución forzosa" ésta supone por el contrario la violación del mandato legal, es decir el "incumplimiento" de la obligación." (1944, pág. 213)

Para José Garberi Llobregat, por ejecución forzosa se entiende:

> El conjunto de actuaciones y trámites procesales que se suceden ante los tribunales como consecuencia del incumplimiento de la obligación contenida en un título de ejecución, entre el sujeto activo (que recibe el nombre de ejecutante) y el sujeto pasivo de la obligación incumplida (que se denomina ejecutado), y que tienen como exclusiva finalidad la de conseguir el cumplimiento de dicha obligación en sus propios términos (o por su equivalente pecuniario de no resultar posible aquella clase de cumplimiento estricto de la obligación de que se trate), mediante la adopción de todas las medidas coactivas o coercitivas que sean necesarias, proporcionadas y útiles a tal fin. (2012, pág. 671)

En el presente trabajo analizaremos únicamente la ejecución forzosa, y los títulos que se requieren para proceder a ella. Al hablar de este tipo de ejecución, nos enfrentamos a la necesidad de la intervención del Estado a través de sus jueces para que éstos sean quienes, mediante su poder coercitivo, obliguen al cumplimiento de la obligación pendiente. En la ejecución forzosa, a diferencia de la voluntaria, no es el deudor quien satisface su obligación por si solo, sino que el acreedor acude a los órganos dotados de jurisdicción[24] para que sean estos los que procedan acudiendo inclusive a la coacción.

Es importante entender que el poder estatal para ejecutar es parte de la potestad jurisdiccional que tienen los jueces establecidos por la Constitución y la Ley, según las reglas de competencia. Los jueces que obligarán al cumplimiento de obligaciones insatisfechas ejercerán su poder coercitivo porque la Constitución y las leyes les han facultado para hacerlo, es decir, tienen la jurisdicción para hacerlo.

Para explicar de mejor forma esto, empezaremos definiendo a la jurisdicción. El artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial[25] manda que: "La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar **y hacer ejecutar lo juzgado**, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia." (las negritas nos pertenecen). Este mismo cuerpo

---

[24] Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009:
Art. 150.- JURISDICCION. - La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.

[25] Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de2009.

normativo explica en su artículo 152[26] que el ejercicio de esta potestad empieza al momento en que el juez toma posesión de sus funciones y entra a su servicio efectivo, es decir que se ven investidos de jurisdicción porque sus mismas funciones así lo requieren y porque la Constitución y la Ley lo mandan.

El artículo 7 del cuerpo normativo citado establece así mismo que:

> La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. **Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces** nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones. (las negritas nos pertenecen) (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Para Jorge Zavala Egas, la potestad jurisdiccional "es inherente al Estado-persona jurídica y que nuestro ordenamiento jurídico atribuye su ejercicio al conjunto de órganos —jueces y tribunales- que conforman el citado Poder Judicial." (s/f, pág. 19)

Por su parte, Garberi Llobregat establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional:

> No puede quedar limitado a la sola declaración del derecho controvertido, porque la misma no consiste únicamente en juzgar (lo que se hace a través de un proceso declarativo) sino también en ejecutar lo juzgado, es decir, en lograr de manera coactiva el cumplimiento de lo resuelto al juzgar (lo que se lleva a cabo mediante un proceso de ejecución). (2012, pág. 671)

De esta forma, es importante entender que la jurisdicción, es la potestad inherente a los jueces porque la Constitución o la ley les han otorgado esa facultad por las funciones que ejercen. La potestad de ejecutar lo juzgado en el campo de los títulos de ejecución les pertenece únicamente a los jueces, y son ellos quienes tienen la facultad, de manera exclusiva, de conocer los procesos de ejecución que se inicien, sin importar que el título que da lugar al procedimiento no haya sido dictado por ellos. Cabe señalar que el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 142 detalla de mejor manera esta facultad y manda:

---

[26] Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 152.- NACIMIENTO DE LA JURISDICCION.- La jurisdicción nace por el nombramiento efectuado conforme a la Constitución y la ley.
El ejercicio de la jurisdicción empieza en el momento en que la jueza o el juez toman posesión de su función y entra a su servicio efectivo.
Las funciones de la jueza o del juez continuarán hasta el día en que su sucesor entre al ejercicio efectivo del cargo.

> Corresponde al tribunal, jueza o juez de primera instancia ejecutar las sentencias. No obstante, cuando la Corte Nacional de Justicia o las Cortes Provinciales hayan conocido de una causa en primera instancia, se remitirá el proceso a una jueza o juez de la materia de primer nivel competente del lugar en donde tenga su domicilio el demandado para que proceda a la ejecución del fallo. De haber dos o más juezas o jueces de la materia, la competencia se radicará por sorteo. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2018)

Así mismo, la autora Teresa Armenta Deu explica que la actividad de ejecución es jurisdiccional, misma en la cual: "cabe el ejercicio de la potestad coactiva o coercitiva proyectada a la realidad material la transforma, venciendo resistencias y sustituyendo voluntades" (2013, pág. 342). Esta misma autora menciona que la ejecución no es una prolongación del proceso declarativo, si es que existió, sino que: "comprende el ejercicio de una serie de derechos procesales y materiales, independientes de aquellos que se trataron en su caso en el proceso declarativo". (2013, pág. 343).

La actividad de ejecución debe estar regida por órganos jurisdiccionales competentes, ya que la facultad de ordenar que se practique el embargo, la de ordenar la fase de apremio y otras, son actividades jurisdiccionales, dirigidas al cumplimiento de las obligaciones establecidas en los títulos que serán ejecutados.

El Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 362, define a la ejecución como: "el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución". (Código Orgánico General de Procesos, 2017) Además, en el artículo 364, señala las facultades del juzgador y las partes en el proceso:

> 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. (Código Orgánico General de Procesos, 2017)

Este marco legal denota la teleología de esta fase procesal, puesto que su objetivo consiste en coaccionar, de ser necesario, al obligado para el cabal cumplimiento de lo dispuesto en un título de ejecución. (2013 , pág. 80)

Por nuestra parte, podemos definir al proceso de ejecución como el conjunto de actos procesales que se sustancian ante el juez competente – y únicamente ante un juez - con la

finalidad de hacer cumplir una obligación incumplida contenida en un título de ejecución reconocido como tal en nuestra legislación. En este proceso el juzgador realizará una actividad coercitiva y no declarativa de derechos, pues no es su labor resolver la disputa entre los intereses contrapuestos de las partes – si existieren - sino netamente ejecutar lo juzgado[27].

2.1.Naturaleza jurídica y características esenciales de los títulos de ejecución.

En cuanto a los títulos de ejecución, su principal característica es que deben llevar en su parte sustantiva una disposición que contenga obligaciones de dar, hacer y no hacer. Analizaremos de forma general cada tipo de obligación con el fin de entender las facultades otorgadas al juzgador y su labor en cada uno de los casos.

Primeramente, es importante revisar las fuentes de las obligaciones. El artículo 1453 del Código Civil manda que:

> Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia. (Código Civil, 2016)

En el caso del contrato prendario, la obligación nace por el concurso real de las voluntades de dos o más personas. Sin embargo, es el único título de ejecución que nace de esta forma previa la instalación de un proceso judicial o extrajudicial. El contrato prendario al momento de su nacimiento jurídico tiene una naturaleza preventiva, como se analizó en el capítulo anterior, es una garantía ligada a un contrato principal que contiene una o más obligaciones principales. El resto de títulos de ejecución, nacen ya sea con la intervención de un tercero o por la voluntad de las partes, pero una vez surgida una controversia.

[27] Entiéndase ejecutar lo juzgado como hacer cumplir la obligación, independientemente del origen del título de ejecución habilitante. Es decir, no necesariamente se entiende que "lo juzgado" debe estar contenido en una sentencia.

Ahora bien, las obligaciones que puede contener un título de ejecución son: i) obligación de dar; ii) obligación de hacer; iii) obligación de no hacer.

La obligación de dar, según el Código Civil: "contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene, además, la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir." (Código Civil, 2016)

En el caso de los títulos de ejecución, los mismos deben especificar en qué consiste la obligación de dar, misma que puede consistir en dinero, género o en la entrega de una especie o cuerpo cierto. De preferencia, se debe especificar las características del bien, ya que la ley solo menciona que debe ser uno de calidad mediana. Sin embargo, en el caso de que no se haya especificado en el título de ejecución el bien a entregarse, en el auto de mandamiento que ordene la entrega de la cosa, se lo determinará.

El Código Orgánico General de Procesos en el artículo 366[28] señala que, en este tipo de obligaciones, cuando el objeto esté en poder del deudor, el juzgador ordenará que lo entregue en el término de cinco días.

Existen además tres supuestos adicionales normados en este artículo: i. Si la especie o cuerpo cierto no puede ser entregado al acreedor por imposibilidad legal o material, el

[28]Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador.
Art. 366.- Obligaciones de dar especie o cuerpo cierto. Cuando se trate de una obligación de dar especie o cuerpo cierto y el objeto se encuentre en poder de la o del deudor o terceros, la o el juzgador dictará mandamiento de ejecución ordenando que la o el deudor lo entregue en el término de cinco días. Salvo oposición fundamentada del tercero, la o el juzgador ordenará que la entrega se haga con la intervención de un agente de la Policía Nacional, pudiendo inclusive descerrajar el local donde se encuentre.
Si la especie o cuerpo cierto no puede ser entregado a la o el acreedor por imposibilidad legal o material, la o el juzgador, a pedido de la o del acreedor, ordenará que la o el deudor consigne el valor del mismo a precio de reposición, a la fecha en que se dicte esta orden.
Si la cosa se encuentra en depósito judicial, la o el juzgador ordenará que la o el depositario la entregue a la parte acreedora, disposición que será cumplida de inmediato bajo responsabilidad personal de la o del depositario.
Si la demanda ha versado acerca de la entrega material de un bien inmueble, la o el juzgador ordenará que la o el deudor desocupe y ponga a disposición de la o del acreedor el inmueble, bajo prevención que de no hacerlo, la fuerza pública entregará el bien a la o al acreedor, coercitivamente de ser necesario, pudiendo inclusive descerrajar el inmueble. Si en el mismo hay cosas que no sean objeto de la ejecución, se procederá al lanzamiento, bajo riesgo de la o del deudor.

juzgador, a pedido del acreedor, ordenará que el deudor consigne el valor del mismo a precio de reposición, a la fecha en que se dicte esta orden. ii. Si la cosa se encuentra en depósito judicial, el juzgador ordenará que el depositario la entregue a la parte acreedora, disposición que será cumplida de inmediato bajo responsabilidad personal del depositario. iii. Si la demanda ha versado acerca de la entrega material de un bien inmueble, el juzgador ordenará que el deudor desocupe y ponga a disposición del acreedor el inmueble, bajo prevención que de no hacerlo, la fuerza pública entregará el bien al acreedor.

Cuando se traten de obligaciones de dar dinero, el artículo 367[29] nos remite a lo previsto en ese capítulo de la ley. Esto es, a su embargo, el artículo 378 manda: "Si se aprehende dinero de propiedad de la o del deudor, la o el juzgador ordenará que sean transferidos o depositados en la cuenta de la judicatura respectiva e inmediatamente dispondrá el pago a la o al acreedor." (Código Orgánico General de Procesos, 2017)

En el caso de obligaciones de dar bienes de género, el artículo 367 prevé que el juzgador ordenará que se consigne la cantidad de bienes genéricos o deposite el importe de dichos bienes a su precio corriente de mercado a la fecha que se lo dictó.

En cuanto a la obligación de hacer, Almeida Silva (2004, pág. 57), cita al autor Fernando Albán Escobar y Alberto Guerra, quienes señalan que: "es el vínculo jurídico mediante el cual, una parte denominada deudor, está obligada a ejecutar un acto o prestar un servicio en beneficio de otra parte denominada acreedor, quien puede mediante la normativa jurídica, exigir su cumplimiento" (1999, pág. 30). Este tipo de obligaciones consisten en ejecutar un acto o prestar un servicio, y que, en el caso de la ejecución, el acreedor exija su cumplimiento.

---

[29] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 367.- Obligaciones de dar dinero o bienes de género. Cuando se trate de una obligación de dar dinero, se procederá conforme con lo previsto en este capítulo. Cuando se trate de deuda de género determinado, la o el juzgador dictará mandamiento de ejecución ordenando que la o el demandado, consigne la cantidad de bienes genéricos o deposite el importe de dichos bienes a su precio corriente de mercado a la fecha que se lo dictó, bajo prevenciones de proceder al embargo de bienes suficientes en la forma prevista por este Código.
La ejecución propuesta por el pago de pensiones periódicas, por el cumplimiento de obligaciones que debían satisfacerse en dos o más plazos, podrá comprender las pensiones y obligaciones que se hubiesen vencido en los períodos o plazos subsiguientes, aún cuando el juicio se hubiese contraído al pago de una sola pensión, o a la que debió darse o hacerse en uno de los plazos.

Al respecto, el Código Orgánico General de Procesos, dispone en su artículo 368 que:

> Obligaciones de hacer. En la obligación de hacer si la o el acreedor pide que se cumpla y ello es posible, la o el juzgador señalará el término dentro del cual la o el deudor deberá hacerlo, bajo prevención que de no acatar tal orden, la obligación se cumplirá a través de una o un tercero designado por la o el acreedor, a costa de la o del ejecutado, si así lo ha pedido.
> Si por cualquier motivo no se obtiene la realización del hecho, la o el juzgador de la ejecución determinará en una audiencia convocada para tal efecto y sobre la base de las pruebas aportadas por las partes, el monto de indemnización que la o el deudor debe pagar por el incumplimiento y dispondrá el respectivo cobro siguiendo el procedimiento previsto para la ejecución de una obligación de dar dinero.
> El mandamiento de ejecución contendrá la orden para que la o el deudor pague los valores correspondientes a la indemnización de daños y perjuicios a que haya sido condenado.
> El mandamiento de ejecución señalará la suma de dinero que deberá satisfacer el deudor, cuando ha rehusado el cumplimiento de la obligación que se manda cumplir por un tercero, para compensar a este último por lo hecho.
> Si transcurrido el término concedido por la o el juzgador para que cumpla con la obligación, la o el deudor no lo hace, la o el juzgador dictará embargo de sus bienes en la forma prevista en este Código, en un valor suficiente para cubrir el costo del cumplimiento de la obligación por la o el tercero designado por la o el acreedor.
> Si el hecho consiste en el otorgamiento y suscripción de un instrumento, lo hará la o el juzgador en representación del que deba realizarlo, de este acto se dejará constancia en el proceso. (Código Orgánico General de Procesos, 2017)

Es decir que, como regla principal, el juzgador ordenará que en un término determinado el deudor realice el acto pendiente, y en caso de no hacerlo, lo hará un tercero a costa del ejecutado. En caso de que no sea posible la realización del hecho, el juez establecerá el monto de indemnización que el deudor debe pagar por el incumplimiento y dispondrá el respectivo cobro siguiendo el procedimiento previsto para la ejecución de una obligación de dar dinero. Además, el mandamiento de ejecución contendrá el valor que debe cancelarse por daños y perjuicios.

Si el hecho es realizado por un tercero, el juzgador dictará embargo de sus bienes para cubrir el costo del tercero que haya realizado la obligación que le correspondía al deudor.

En las obligaciones de no hacer, el autor Carlos Restrepo menciona que:

> La obligación de no hacer es aquella que implica el abstenerse de realizar un hecho o una conducta determinada. Comporta, pues, una abstención del deudor a diferencia de la obligación de hacer que requiere de un comportamiento, de una acción. Si el deudor comprometido por obligación de no hacer, realiza la conducta prohibida, incumple la obligación y debe responder civilmente por su violación culpable. El ámbito de esta clase de obligaciones es tan vasto como la misma actuación humana. Puede recaer sobre la prohibición de confeccionar una obra, por ejemplo, no pintar un cuadro, no elaborar una escultura; puede tener por objeto la no prestación de un servicio (...). (2013, pág. 32)

En caso de que ya se hizo y no se puede deshacer lo hecho, el que hace está obligado al pago de daños y perjuicios que ha causado haciendo aquella cosa.

El Código Orgánico General de Procesos en su artículo 369[30], al respecto manda que, si ya se efectuó lo que no se debía hacer, el juzgador ordenará la reposición al estado anterior y que en un término determinado el deudor deshaga lo hecho. En caso de que el deudor no cumpla, se autorizará al acreedor para que deshaga lo hecho a expensas del deudor y señalará la suma de dinero que el deudor deberá pagar por tal concepto. Además, el juzgador ordenará al deudor que pague los valores correspondientes a la indemnización de daños y perjuicios a que haya sido condenado. En el supuesto de que no sea posible deshacer lo hecho, se ordenará que el demandado consigne la cantidad correspondiente al monto de la indemnización, la que se fijará en una audiencia, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo anterior.

En conclusión, todo título de ejecución debe contener en sí una obligación – de dar, hacer o no hacer – misma que deberá estar determinada de forma clara. Estas obligaciones

---

[30] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 369.- Obligaciones de no hacer. Si la ejecución se refiere a no hacer algo y si ya se ha efectuado, la o el juzgador ordenará la reposición al estado anterior y que la o el deudor deshaga lo hecho, concediéndole un término para el efecto, bajo prevención que, de no hacerlo, se autorizará a la o al acreedor para que deshaga lo hecho a expensas de la o del deudor y señalará la suma de dinero que la o el deudor deberá pagar por tal concepto.
Además la o el juzgador ordenará a la o al deudor que pague los valores correspondientes a la indemnización de daños y perjuicios a que haya sido condenado.
Si no es posible deshacer lo hecho, se ordenará que la o el demandado consigne la cantidad correspondiente al monto de la indemnización, la que se fijará en una audiencia, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo anterior.

deberán estar pendientes y no cumplidas, fundamento principal para que el acreedor inicie el proceso de ejecución. Las obligaciones contenidas en los títulos de ejecución no deberán estar sujetas a una condición incumplida, puesto que en tal caso no serían ejecutables.

Una vez analizadas las obligaciones contenidas que pueden contener los títulos de ejecución, pasaremos al breve estudio de cada uno de ellos.

2.2. Breve análisis de los títulos de ejecución catalogados en el artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos.

El artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos enumera como títulos de ejecución a los siguientes:

1. La sentencia ejecutoriada
2. El laudo arbitral
3. El acta de mediación
4. El contrato prendario y de reserva de dominio
5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código
6. Las actas transaccionales
7. Los demás que establezca la ley

Además, ordena en el último inciso que los juzgadores intervendrán directamente en la ejecución de los laudos arbitrales y de las actas de mediación. Tienen también la facultad de ejecutar las providencias preventivas ordenadas por los tribunales de arbitraje nacionales o internacionales.

Haremos un breve análisis de cada uno de estos títulos para poder entender su naturaleza y distinción con el contrato prendario, título de ejecución materia de este trabajo.

2.2.1. La sentencia ejecutoriada.

El primer título que habilita para iniciar un proceso de ejecución es la sentencia que, según el Código Orgánico General de Procesos, surte efectos irrevocables con respecto a las partes.[31]

El autor José Ovalle Favela (1982, pág. 145) explica que Couture distingue dos significados de la palabra sentencia: como acto jurídico procesal y como documento. En palabras de Couture, la sentencia es el acto procesal "que emana de los agentes de la jurisdicción y mediante el cual deciden la causa o punto sometido a su conocimiento" (1958, pág. 277). Como documento, es "la pieza escrita, emanada del tribunal, que contiene el texto de la decisión emitida". En palabras de Ovalle, la sentencia es "la resolución que emite el juzgador sobre el litigio sometido a su conocimiento y mediante la cual normalmente pone término al proceso" (1982, pág. 146).

Juan Díaz Domínguez, después de un análisis de varios conceptos de sentencia en la doctrina[32], crea su propia definición, misma que menciona:

> El acto procesal solemne que el juez tiene el deber de proferir, mediante el cual decide definitivamente, con arreglo a derecho vigente y según los hechos probados, las pretensiones de la demanda, poniendo en esta forma, fin al pleito y a la instancia. (1972, pág. 5).

---

[31] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 101.- Sentencia ejecutoriada. La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho. Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutiva, sino también la motivación de la misma.

[32] El autor cita algunas definiciones, tales como:
Para Devis Echandía, la sentencia es: "el acto por el cual el Juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción, de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado" (1961, pág. 292)
Alfredo Rocco, en su monografía sobre la Sentencia Civil, define a la sentencia como: "el acto por el cual el Estado, por medio del poder judicial, aplica la ley, declarando la protección que la misma acuerda a un determinado derecho" (s/f, pág. 105)
Para el autor Goldschmitd, la sentencia: "es aquella que finaliza totalmente el proceso en una instancia" (1952, pág. 302)

El mismo autor menciona que: "providencia en firme es lo mismo que ejecutoriada, y tratándose de sentencias, una vez ejecutoriadas, no pueden ser reformadas" (1972, pág. 71). Es decir que, a palabras de este autor, la sentencia es ejecutoriada cuando "no hay recursos pendientes por no otorgarlos la ley o por haber pasado el término para interponerlos" (1972, pág. 71).

Por su parte, el autor Garberí Llobregat dice que: "el título de ejecución por excelencia es la sentencia condenatoria firme" (2012, pág. 673)

En cuanto a este título de ejecución, Armenta Deu menciona que: "conviene recordar que el derecho a obtener la ejecución de las resoluciones judiciales firmes es un elemento esencial del derecho a la tutela judicial efectiva." (2013, pág. 343).

Después de las aproximaciones doctrinales, podemos concluir que la sentencia que se considera título de ejecución es la ejecutoriada. La sentencia ejecutoriada es aquella que ya no puede ser impugnada, ya porque el ordenamiento jurídico no otorga otro medio de impugnación, o porque la parte que se creía vulnerada y hubiera considerado impugnar, ya está fuera del plazo que otorga la ley para hacerlo. En palabras del autor Ovalle Favela: "la sentencia es firme cuando ya no puede ser impugnada por ningún otro medio; entonces adquiere la autoridad de cosa juzgada" (1982, pág. 164).

Actualmente en nuestro sistema procesal la sentencia ejecutoriada pasa por autoridad de cosa juzgada ya que, por la estructura del proceso, este queda saneado en la audiencia preliminar en el procedimiento ordinario y en primera fase de la audiencia única. Por lo mismo, el juez en su sentencia resuelve siempre sobre el fondo de la Litis, esto es sobre el derecho material en disputa.

Si bien no es objeto de este trabajo analizar a profundidad cada título de ejecución, debemos notar que la sentencia es el título por excelencia emitido por un juzgador posterior a un proceso en el cual se han determinado derechos vulnerados y obligaciones que se deben cumplir por el sentenciado. La sentencia ejecutoriada contiene en sí misma una disposición final respecto de un conflicto de intereses y no está atada o condicionada para su eficacia a otro documento anterior o principal. Además, este título se entiende emitido exclusivamente

por autoridad competente, por lo que se presume su validez. Al ser un título emitido por un tercero ajeno a la Litis, es una solución heterocompositiva para un conflicto.

2.2.2. El laudo arbitral.

"La sentencia en el proceso arbitral se denomina laudo" (2011, pág. 485), así lo define el doctor Ramiro Bejarano Guzmán. El autor explica que en el arbitraje es el laudo la resolución dictada por los árbitros definiendo la controversia, concediendo o no la razón a alguna de las partes.

Para Valdés, el arbitramento:

> Consiste en el procedimiento por medio del cual las partes, haciendo renuncia expresa a someter sus diferencias – susceptibles de transacción – a la justicia ordinaria, se comprometen a resolverlas a través de la decisión de uno o más árbitros – siempre en número impar – por medio de un laudo proferido en derecho (...) el cual tiene el efecto de cosa juzgada y presta mérito ejecutivo. (1997, pág. 34)

El arbitraje es un proceso en el que las partes defieren a terceros el conocimiento y solución de sus controversias, quienes a palabras de Bejarano Guzmán, se encuentran "investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia" (2011, pág. 456). Para María Esther Almeida Silva:

> El laudo, más allá de ser vinculante y obligatorio, es muestra palpable que quienes han sido investidos como árbitros tienen pleno ejercicio de lo que hace a la jurisdicción, aun cuando sea de carácter meramente temporal; es decir, que la misma comienza con la aceptación del cargo y culmina con la decisión final plasmada en el laudo mismo. (2004, pág. 10)

El autor Ramiro Bejarano Guzmán, establece que "el arbitraje surge del pacto arbitral, que es el acuerdo de las partes, en virtud del cual deciden someter a particulares el conocimiento y decisión de una controversia, susceptible de transacción." (2011, pág. 456).

Para que se lleve a cabo el proceso arbitral, es requisito indispensable la existencia de un acuerdo arbitral. El acuerdo arbitral, además, excluye la posibilidad de someter ese

conflicto a la justicia ordinaria[33], de tal forma que únicamente actuarán los jueces ordinarios de ser necesaria la ejecución del laudo, pero no para la solución de la controversia. Para el nacimiento del acuerdo se requiere que las partes libremente decidan someterse a arbitraje, es en esa parte donde difiere de la justicia ordinaria, misma en la cual el actor no ha acordado con el demandado que el proceso se siga ante la justicia ordinaria. Sin embargo, al igual que en la justicia ordinaria, la decisión tomada por el tercero ajeno no depende de la voluntad de las partes, y éstas no han decidido los términos en los cuales el árbitro emite el laudo. Es entonces que, el laudo es la decisión definitiva dictada por el árbitro, misma que pone fin al proceso arbitral.

Al igual que el proceso jurisdiccional, el arbitraje tiene como característica el ser una solución heterocompositiva para un conflicto, en palabras de Ovalle Favela: "soluciones provenientes de un tercero ajeno a la relación sustancial" (1982, pág. 285).

El árbitro tiene la facultad de juzgar, mas no de ejecutar lo juzgado, es por eso que el laudo arbitral requiere ser llevado ante la justicia ordinaria para la fase de su ejecución. El artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación manda:

> Art. 32.- Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato.
> Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada.
> Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo. (Ley de Arbitraje y Mediación, 2015)

[33] Ley de Arbitraje y Mediación (2015). Ecuador. Art. 7.- El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, **impide someter el caso a la justicia ordinaria.**
Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.

La legislación de nuestro país ha sido clara en su pretensión de que el fondo de un laudo arbitral no debe ser conocido por la justicia ordinaria, de tal forma que el artículo 30[34] de la Ley de Arbitraje y Mediación, manda que el laudo arbitral es inapelable. Además, el laudo es solo susceptible de los recursos horizontales de ampliación y aclaración. Es decir que, no es posible que la parte que se considere vencida por la decisión del tribunal arbitral acuda a la justicia ordinaria para que sea revisado el fondo de la controversia.

Sin embargo, la intervención de la justicia ordinaria sí es necesaria al momento de la ejecución del laudo. El Estado pone a disposición de quien haya resultado beneficiado, su fuerza coercitiva para lograr la satisfacción de los derechos que el laudo le atribuye. El juez a quien se somete la ejecución de la decisión, al igual que en el resto de títulos de ejecución, debe ceñirse exclusivamente a hacer cumplir lo que en éste se mande, no revisar la parte sustantiva del mismo.

Almeida Silva menciona que: "en el caso de la ejecución de laudos arbitrales, se debe tomar en cuenta que en el proceso de ejecución no debe caber ningún tipo de incidentes, únicamente se puede solicitar la nulidad del laudo por causales establecidas en la ley." (2004, pág. 55)

Entre los requisitos para lograr la ejecución de un laudo arbitral, se debe mencionar principalmente: el laudo debe haber sido dictado por un tribunal competente, por lo tanto debe reunir los requisitos de fondo y forma adecuados. Además, debe encontrarse ejecutoriado y el plazo para su efectivo cumplimiento debe estar vencido.

Al igual que la sentencia, el laudo arbitral es la decisión a la que llega un tercero que supone estar investido de imparcialidad ante el conflicto de intereses en el que se encuentran dos partes. A diferencia del contrato prendario, el laudo arbitral no funciona como una

[34] Ley de Arbitraje y Mediación (2015). Ecuador. Art. 30.- Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutoríe, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación.
Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley.

garantía atada a otro documento y tampoco se lo emite de forma "preventiva", sino que es el resultado de un proceso arbitral.

2.2.3. El acta de mediación.

Nuestra normativa de la materia en el artículo 43 define a la mediación como: "un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto." (Ley de Arbitraje y Mediación, 2015)

Para Roberto Valdés Sánchez, la mediación:

> Consiste en el procedimiento mediante el cual las partes de una relación en conflicto, libre y espontáneamente, con la participación de un mediador – tercero cuya función es acercar a las partes, pero sin facultad para proponerles fórmulas de arreglo – buscan llegar a un acuerdo para solucionar sus diferencias. (1997, pág. 31)

Recalca el autor que en la mediación el mediador se orienta a ayudar a las partes en la negociación. Es importante señalar que el acta de mediación tiene que estar firmada por un mediador, pues el proceso de mediación se debe llevar a cabo únicamente ante un centro de mediación o un mediador independiente autorizado. Es decir que, para la validez de un acta de mediación es indispensable que en la solución de un conflicto de intereses intervenga un tercero ajeno al problema y que, al igual que en los títulos analizados previamente, se considere imparcial y no sea parte en el conflicto.

El proceso de mediación concluye con un acta, misma que según el artículo 47[35] de la Ley de Arbitraje y Mediación: "tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se

[35] Ley de Arbitraje y Mediación (2015). Art. 47.- El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.
En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.
Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas.
El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez

ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio." (Ley de Arbitraje y Mediación, 2015)

Si bien la naturaleza de la mediación no es judicial sino va encaminada a ser una forma alternativa de solución de conflictos, el acta como título de ejecución comparte algunas características con los títulos anteriores. El acta debe tener el aval de un tercero ajeno a la Litis, quien, pese a que no es quien decide en el acuerdo al que llegan las partes, cumple el rol de guía y vela porque no se violen derechos de ninguna de las partes y que el documento cumpla con los requisitos de validez necesarios. El acta no es garantía de un documento principal y para existir, tuvo que darse un momento en que se contrapusieron intereses de las partes, pues el acta de mediación no surge para garantizar una obligación, sino para solucionar un problema existente.

2.2.4. El contrato prendario y de reserva de dominio.

Respecto al contrato prendario, el primer capítulo de esta disertación estuvo dirigido de forma exclusiva a su análisis y naturaleza, por lo que no detallaremos sus características en este acápite.

Respecto del contrato con reserva de dominio, éste "es un acuerdo entre comprador y vendedor por medio del cual el vendedor mantiene la propiedad del bien, pese a entregarlo, mientras el comprador no pague el precio total. Esta reserva de la propiedad tiene efectos de garantía." (2016, pág. s/p)

---

de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.

Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario.

En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes relativas a los fallos en estas materias.

Este contrato debe ser respecto de bienes muebles y debe hacerse mediante escritura pública o mediante documento privado con reconocimiento de firma.

Miguel González menciona que, una vez constituida la reserva de dominio, luego de la inscripción en el registro correspondiente, el comprador no podrá celebrar contratos de venta, permuta, arrendamiento o prenda sobre dicho bien. Es importante destacar que, en caso de violar esta disposición, el comprador incluso podría afrontar responsabilidad penal.

Al igual que el contrato prendario, este título de ejecución, en esencia, tiene efectos de garantía. Al ser un contrato, comparte similares características con el prendario, por ejemplo, su forma de nacimiento a la vida jurídica, que es por la voluntad de las dos partes sin necesidad de la intervención de un tercero. No lleva en sí mismo la declaración de un derecho posterior a un conflicto de intereses. Este título se enfrentaría a una situación similar a la del contrato prendario al momento de su ejecución.

2.2.5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código.

Para la autora Armenta Deu, la ejecución de la resolución extranjera no presenta particularidades con respecto a otros títulos[36] (2013, pág. 365). En realidad, el proceso de ejecución de este tipo de títulos no se diferencia del resto en cuanto a su tratamiento jurídico. Sin embargo, es importante mencionar la necesidad de una fase de reconocimiento previo.

Señala la autora que, solo las resoluciones dictadas por órganos que tengan potestad jurisdiccional y competencia en cada Estado podrían ser ejecutadas en el territorio del mismo. Es decir que, para que las sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación dictadas en el extranjero, puedan ser ejecutadas en el Ecuador, deben ser reconocidas mediante el proceso de homologación, mecanismo por el cual pasan a tener validez jurídica dentro del territorio nacional.

[36] La autora menciona que no presenta peculiaridades respecto otros títulos ejecutivos, tal como se los trata en España, donde no existe la categorización de títulos de ejecución.

El artículo 102[37] del Código Orgánico General de Procesos, al respecto de la ejecución de estos títulos manda que: "La ejecución de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero, corresponderá a la o al juzgador de primer nivel del domicilio de la o del demandado competente en razón de la materia." (Asamblea Nacional del Ecuador, 2017)

Pese a que estos títulos requieren para su validez un proceso especial, los efectos[38] de estos una vez homologados, son darle al accionante la posibilidad de iniciar un proceso de ejecución de la misma forma que con una sentencia, laudo o acta emitida en territorio nacional.

En cuanto al análisis de estos documentos para el presente trabajo, es necesario entender que siguen siendo resoluciones emitidas por terceros ajenos a la Litis, que éstos no están atados como garantía de otro documento y que en sí mismos contienen la decisión de una controversia.

2.2.6. Las actas transaccionales.

Tanto en la doctrina como en nuestra normativa, se utilizan como sinónimos a la conciliación y la transacción. Etimológicamente, conciliar proviene del verbo conciliare, que significa "concertar" o "conformar a dos partes" que se debaten en una controversia de intereses. En palabras del autor José Roberto Junco Vargas, vulgarmente se puede decir que

---

[37] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 102.- Competencia. Para el reconocimiento y homologación de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación con efecto de sentencia en su legislación de origen, expedidos en el extranjero, corresponderá a la sala de la Corte Provincial especializada del domicilio de la o del requerido.
La ejecución de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero, corresponderá a la o al juzgador de primer nivel del domicilio de la o del demandado competente en razón de la materia.
Si la o el demandado no tiene su domicilio en el Ecuador, será competente la o el juzgador de primer nivel del lugar en el que se encuentren los bienes o donde deba surtir efecto la sentencia, laudo arbitral o acta de mediación.

[38] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 103.- Efectos. Las sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero que hayan sido homologados y que hayan sido pronunciados en procesos contenciosos o no contenciosos tendrán en el Ecuador la fuerza que les concedan los tratados y convenios internacionales vigentes, sin que proceda su revisión sobre el asunto de fondo, objeto del proceso en que se dictaron.
En materia de niñez y adolescencia, se estará a lo que dispone la ley de la materia y los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

conciliación "es el acuerdo logrado entre las partes con la ayuda de alguna o algunas personas que sirvieron de puente en la relación." (2002, pág. 53)

En cuanto a los elementos de la transacción, para el autor Ramón Meza Barros: "La transacción debe reunir los requisitos o elementos propios de todo contrato" [Art. 1461, Código Civil: (i) Que sea legalmente capaz; (ii) Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; (iii) Que recaiga sobre un objeto lícito; y, (iv) Que tenga una causa lícita] y, además, algunos que le son peculiares:

i) Que exista un derecho dudoso: De la definición propia de la transacción, tanto legal como doctrinaria, resulta claramente que la transacción requiere de un derecho dudoso, actualmente controvertido o susceptible de serlo. De este modo, pone fin a una controversia ya producida. Se recalca que el carácter de dudoso de un derecho es un concepto subjetivo, pues el derecho será dudoso cuando las partes le atribuyan ese carácter.

ii) Que las partes hagan mutuas concesiones o sacrificios: Es claro que deben existir mutuas concesiones o sacrificios, pues la ausencia de estas mutuas concesiones implicaría la renuncia de un derecho, por ejemplo, la simple remisión de una deuda, independientemente que éstas concesiones sean o no equivalentes.

En nuestra normativa se dispone que las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso. En cuanto al procedimiento, el artículo 234 del Código Orgánico General de Procesos manda que la conciliación se realizará en audiencia ante el juzgador conforme a las siguientes reglas:

> 1. Si la conciliación se realiza en audiencia preliminar o de juicio, el juez la aprobará en sentencia y declarará terminado el juicio.
> 2. Si la conciliación se presenta con ocasión del cumplimiento de la sentencia, la o el juzgador de la ejecución señalará día y hora para la realización de la audiencia en la que resolverá la aprobación del acuerdo.

3. Si la conciliación recae sobre parte del proceso, este continuará con respecto a los puntos no comprendidos o de las personas no afectadas por el acuerdo. (Código Orgánico General de Procesos, 2017)

El efecto de la transacción es que, válidamente celebrada termina el proceso y el juez autorizará la conclusión del mismo cuando le sea presentada por cualquiera de las partes. El artículo 235[39] del código arriba mencionado manda "En caso de incumplimiento del acta transaccional podrá ejecutarse forzosamente, según lo dispuesto en el Artículo 363." (Código Orgánico General de Procesos, 2017)

La conciliación o transacción que puede terminar con un acta transaccional considerada título de ejecución necesariamente encuentra su nacimiento ante un juez, que si bien no es quien emite el título, estará presente con un rol de guía y para validar el mismo. Es importante aclarar esto ya que existe también el acta producto de una transacción extrajudicial, misma que será considerada como título ejecutivo[40] según el numeral 7 del artículo 347 del Código Orgánico General de Procesos y servirá para dar inicio al procedimiento ejecutivo, mismo que tiene sus propias reglas, diferentes a las de un proceso de ejecución.

Este título, al igual que los demás brevemente estudiados con excepción a los contratos prendario y con reserva de dominio, requiere la intervención de un tercero ajeno a la Litis, que si bien no es quien decide en el acuerdo al que llegan las partes, cumple el rol

---

[39] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. COGEP. Art. 235.- De la transacción. La transacción válidamente celebrada termina el proceso y el juez autorizará la conclusión del proceso cuando le sea presentada por cualquiera de las partes.
Tratándose de transacción parcial, se estará a las reglas que sobre la conciliación parcial prevé el artículo anterior.
En caso de incumplimiento del acta transaccional podrá ejecutarse forzosamente, según lo dispuesto en el Artículo 363.

[40] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 347.- Títulos ejecutivos. Son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de dar o hacer:
1. Declaración de parte hecha con juramento ante una o un juzgador competente.
2. Copia y la compulsa auténticas de las escrituras públicas.
3. Documentos privados legalmente reconocidos o reconocidos por decisión judicial.
4. Letras de cambio.
5. Pagarés a la orden.
6. Testamentos.
7. Transacción extrajudicial.
8. Los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos.

de guía y procura que el documento cumpla con los requisitos de validez necesarios. Además, el acta transaccional pone fin a una controversia y no depende de otro documento principal.

2.2.7. Los demás que establezca la ley.

Actualmente en nuestra normativa no se encuentran previstos expresamente otros títulos de ejecución. En efecto, a más de los estudiados en este trabajo, mismos que son establecidos taxativamente en el Código Orgánico General de Procesos, no es posible encontrar en otras leyes otros documentos a los que la ley les otorgue la calidad de título de ejecución.

Sin embargo, para Juan Sebastián Cedillo Borja, por ejemplo, en este numeral se encajaría "el auto interlocutorio que sirve de habilitante para dar inicio a la fase de ejecución, una vez que se ha derivado el proceso monitorio a la fase de ejecución como consecuencia del silencio del demandado" (2017, pág. 55)

Para Cedillo, se comprende por lo mismo, que el actor ha de emplear al auto interlocutorio inicial dictado mediante providencia en el juicio monitorio, para iniciar posteriormente la consecuente ejecución, verificada siempre la rebeldía voluntaria del demandado por efectos del principio de preclusión que implica el cierre permanente de la etapa de contestación.

Debido a que el Código Orgánico General de Procesos sigue siendo relativamente nuevo, no se ha desarrollado todavía normativa respecto de este numeral, por lo que se puede discutir la inclusión de este auto interlocutorio, por ejemplo, y otros que eventualmente podrían verse relacionados. En todo caso, esa discusión será materia de otro trabajo.

En síntesis, del análisis de cada uno de los títulos de ejecución contemplados en nuestro código, podemos realizar las siguientes apreciaciones:

i. A excepción de los títulos de ejecución contenidos en el numeral 4to del artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos, el resto de títulos de

ejecución son emitidos posterior a la existencia de un conflicto de intereses entre dos partes de una relación jurídica. El contrato prendario, tal como se detalló anteriormente, nace a la vida jurídica con la finalidad de ser garantía para un acreedor al momento de un posible incumplimiento de una obligación principal, es decir que no nace como solución a un conflicto sino como una forma de prevenir uno futuro.

ii. Los títulos de ejecución, a excepción del contrato prendario y con reserva de dominio, son emitidos por, o ante, un tercero ajeno al conflicto, mismo que se entiende imparcial y conocedor, aunque sea de forma mínima de Derecho. En general el tercero que interviene - ya sea un juez en la sentencia o el acta transaccional, un árbitro en el laudo, o un mediador en el acta de mediación – tiene la labor de ser quien garantiza que el título se emita conforme a las normas y busca llegar a la solución protegiendo los derechos tanto de quien se vería favorecido, como de quien no, en tal acto.

   En el contrato prendario, no existe la garantía de que sea emitido por personas conocedoras de Derecho en general. El contrato sigue teniendo la característica de ser un documento que nace por la sola voluntad de las partes, acarreando posibles problemas tanto de forma como de fondo, incluso por desconocimiento. Además, serán las mismas partes quienes decidan quién estará en una posición de ventaja o desventaja, lo cual en estricto sentido es el pleno goce de su autonomía de la voluntad, pero que puede en Derecho contravenir a la protección de los derechos de la parte que resulte eventualmente perjudicada. Las partes, al velar cada una por sus intereses como es lógico, no se ven investidas de imparcialidad al momento de suscribir el contrato, y es por eso mismo que, podrán posteriormente sentir uno de ellos que se ha vulnerado sus derechos ya sea por la forma o por el fondo de tal documento.

iii. Los títulos de ejecución en sí mismos contienen la decisión de una controversia, dando por terminada la misma. Es decir que, estos por esencia, reconocen la existencia de un derecho a favor de una parte. Esto acarrea que

al momento de su ejecución el juzgador no realice una función cognitiva y analítica respecto del mismo, pues entiende que está declarado en el título, en el cual consta además quien adquiere la calidad de acreedor o deudor. Las sentencias, laudos, actas de mediación nacionales, y los mismos documentos extranjeros homologados en nuestro país, así como las actas transaccionales, contienen en el fondo la decisión de un proceso, por lo que su ejecución se limita a "hacer cumplir" lo establecido. El juzgador al momento de la ejecución de estos títulos no tendrá que siquiera dudar de la validez de los mismos o su verdadera exigibilidad, sino únicamente en caso de que el ejecutado demuestre que ha cumplido con la obligación que le correspondía.

iv. En el caso del contrato prendario, no contiene la solución a un conflicto de intereses anteriores. Además, al estar atado directamente a un contrato principal, depende de éste para que sea posible determinar su exigibilidad. El juzgador al momento de la ejecución, no tiene la posibilidad de conocer respecto de conflictos o vulneraciones de derechos de las partes. En el caso de que el contrato principal, o el mismo accesorio, generen un conflicto de intereses, el juez que conoce la ejecución del contrato, no tiene la posibilidad de conocerlo. El juzgador no tendrá más opción que confiar entonces en la voluntad de las partes que fueron suscriptoras del contrato, una de las que luego decide que ese documento es exigible en la vía de ejecución.

En el caso de que exista una controversia respecto del contrato principal, sea que esté o no judicializada, no es una causa excluyente para la ejecución del contrato prendario. Si una de las partes ha iniciado un procedimiento en la vía ordinaria por creer que se han vulnerado sus derechos en base al contrato principal, será un juez quien determine los derechos y obligaciones de cada parte; sin embargo, la vía de ejecución del contrato accesorio – en este caso el contrato prendario – no se suspende. Esta cuestión puede generar que el ejecutado en el proceso de ejecución sea quien demuestre en el proceso ordinario que la otra parte vulneró sus derechos en la relación jurídica que nace del contrato principal; y, de todas formas, sus bienes prendados ya habrían sido ejecutados.

Esta problemática se analizará con más detenimiento en el siguiente capítulo. Sin embargo, es importante resaltar desde ya que, posterior a la comparación del contrato prendario con el resto de títulos de ejecución, el legislador no previó que, al momento de ejecución de este contrato se estarían contraponiendo otro tipo de situaciones jurídicas.

2.3. Análisis del procedimiento de ejecución en el Código Orgánico General de Procesos.

Una vez analizados los diferentes títulos de ejecución establecidos en nuestra normativa, entraremos al análisis del proceso de ejecución.

2.3.1. Finalidad del procedimiento de ejecución.

Tal como analizamos anteriormente, el proceso de ejecución tiene como principal función hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución. El accionante en este tipo de procesos pretende que el juzgador realice una actividad coercitiva para obligar al ejecutado a cumplir con una obligación contenida en un título de ejecución, que no se ha cumplido voluntariamente de la forma y en el plazo determinados.

El legislador al crear el actual Código Orgánico General de Procesos tenía como finalidad crear un proceso expedito en el cual se obligue de manera casi inmediata al ejecutado a cumplir con su obligación pendiente.

2.3.2. Requisitos para iniciar un procedimiento de ejecución y durante el mismo.

Para iniciar un procedimiento de ejecución es necesario, como requisito principal presentar la solicitud de ejecución[41] y el correspondiente título de ejecución que se pretende ejecutar. Efectivamente, si se quiere dar inicio al proceso con un título que no sea la sentencia o auto ejecutoriado, el artículo 370 del Código Orgánico General de Procesos manda que: "se deberá presentar una solicitud que, además de los requisitos de la demanda, contenga la

[41] Es importante destacar que, en este proceso, por su carácter especialísimo, el código establece que se debe presentar una solicitud, no una demanda, al no ser un juicio en estricto sentido.

identificación del título de ejecución que sirve de habilitante para presentar la solicitud." (Código Orgánico General de Procesos, 2017)

En general, en el proceso de ejecución va atado el uso de apremios necesarios para la satisfacción de la obligación judicial incumplida; es por tanto que la doctrina señala los presupuestos que deben ser verificados a la hora de iniciar la ejecución: i. La infracción de un deber jurídico. ii. La existencia de una lesión injusta que otorga a quien la padece un legítimo interés. iii. La existencia de una documentación especial, el título ejecutivo, donde conste un deber jurídico acreditado suficientemente y con arreglo a la ley.[42] (2009, pág. 339)

De esta forma, debe existir plena certeza de que el ejecutado incumplió su deber jurídico, generándole un perjuicio directo al ejecutante, mismo que se desprende en un título reconocido por la ley. En cuanto a la esencia misma para el inicio de este proceso, no sería posible que se accione el sistema de justicia, incluso si es para la ejecución, si el ejecutante ha vulnerado de alguna otra forma en esa misma relación jurídica, los derechos del ejecutado.

2.3.3. Fases dentro del procedimiento de ejecución.

El Código Orgánico General de Procesos en el artículo 371 dispone que, una vez admitida la solicitud o directamente si se trata de ejecución de sentencia ejecutoriada, el juzgador designará un perito para la liquidación de capital, intereses y costas en el término concedido para el efecto. Antes de eso, el actor tendrá el término de cinco días para presentar los comprobantes de respaldo de gastos conforme con las normas de costas previstas en el Código.

Una vez recibida la liquidación, el artículo 372[43] del mismo cuerpo normativo prevé que, el juzgador dictará un mandamiento de ejecución, que contendrá, entre otros, la orden

---

[42] Estos presupuestos son analizados con mayor profundidad por la autora Teresa Armenta Deu en su libro Lecciones de Derecho Procesal Civil.

[43] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 372.- Mandamiento de ejecución. Recibida la liquidación, la o el juzgador expedirá el mandamiento de ejecución que contendrá:
1. La identificación precisa de la o del ejecutado que debe cumplir la obligación.
2. La determinación de la obligación cuyo cumplimiento se pretende, adjuntando copia de la liquidación, de ser el caso.

al ejecutado de pagar o cumplir con la obligación en el término de cinco días, indicando que, de no hacerlo, se procederá a la ejecución forzosa. Si posterior a este mandamiento, el deudor cumple con la obligación, se la declarará extinguida y se ordenará el archivo del expediente.

El mandamiento de ejecución en palabras del autor Guillermo Gruss, es:

> Una sentencia interlocutoria que, en lo fundamental de su contenido, dispone el requerimiento de pago que debe practicarse al deudor demandado y la orden de embargo de bienes del ejecutado, en cantidad que sea suficiente para cubrir la deuda, comprendidos los reajustes si procedieren, y los intereses y costas de la causa. (2011 , pág. 267)

El deudor tiene la posibilidad de oponerse al mandamiento de ejecución dentro del término de cinco días, alegando en su oposición que ha cumplido mediante una de las formas de extinguir las obligaciones. El artículo 373 dispone que únicamente el deudor podrá oponerse por las siguientes causas:

1. Pago o dación en pago.
2. Transacción.
3. Remisión.
4. Novación.
5. Confusión.
6. Compensación.
7. Pérdida o destrucción de la cosa debida.

La causa que se invoque deberá estar debidamente justificada, así como el hecho de haberse producido luego de la ejecutoria de la sentencia o de la exigibilidad del título de ejecución respectivo. No será admisible la oferta de presentación de prueba. De igual forma se procederá en caso de que se aleguen pagos parciales.

---

3. La orden a la o al ejecutado de pagar o cumplir con la obligación en el término de cinco días, bajo prevención que de no hacerlo, se procederá a la ejecución forzosa.
Cuando se trate de ejecución de títulos que no sean la sentencia ejecutoriada, la notificación del mandamiento de ejecución a la o al ejecutado se efectuará en persona o mediante tres boletas.
De cumplirse con la obligación se la declarará extinguida y se ordenará el archivo del expediente.

Las causas de oposición están dirigidas exclusivamente a demostrar el cumplimiento de la obligación contenida en el título.

Este mismo artículo señala que para el caso de pérdida o destrucción de la cosa debida, el ejecutado deberá demostrar el caso fortuito o fuerza mayor. Si el deudor no demuestra una de estas justificaciones, el juzgador en la audiencia de ejecución ordenará el pago del valor de la cosa o indemnización que correspondan según la ley.

Es importante señalar que la oposición no suspende la ejecución, y que la misma será resuelta en la audiencia de ejecución. En esta audiencia el juzgador aceptará o rechazará la causa de oposición. De aceptarse alguna causa de oposición, que demuestre el cumplimiento total de la obligación contenida en el título, el juzgador deberá declarar terminada la ejecución disponiendo su archivo definitivo. En el caso de rechazarse la causa de oposición por no demostrarse el cumplimiento de la obligación, se procederá a ordenar el cumplimiento. Para el cumplimiento se aceptará, de ser posible, una fórmula de pago[44], sin que ésta suspenda la ejecución y con la condición de que ésta incluya una garantía que asegure el cumplimiento de la obligación cuando sea a plazo, salvo que el ejecutante no lo requiera.

En caso de que el ejecutado incumpla con la fórmula de pago, se procederá a la ejecución de las garantías o al embargo de los bienes que se hayan entregado en garantía real y de manera inmediata se realizará su avalúo para iniciar el remate, siendo ésta la etapa donde se procede de forma concreta a la ejecución forzosa, incluso con la facultad de que intervenga la fuerza pública.

---

[44] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 374.- Fórmula de pago. La fórmula de pago propuesta por parte de la o del ejecutado no suspende la ejecución y deberá incluir una garantía que asegure el cumplimiento de la obligación cuando sea a plazo, salvo que la o el ejecutante no lo requiera.
Podrá también proponerse como fórmula de pago la dación de cualquier bien aceptado por la o el ejecutante.
Aceptada la fórmula de pago y siempre que la o el ejecutante o los terceristas no se opongan, la o el juzgador levantará el embargo que pese sobre los bienes de la o del ejecutado o en su defecto, dispondrá medidas sobre otros bienes que aseguren el cumplimiento de dicha fórmula de pago.
Si la fórmula propuesta, es aceptada parcialmente la o el juzgador continuará la audiencia única de ejecución con respecto a la parte no acordada.
La o el ejecutante estará obligado a entregar a la o al ejecutado las constancias escritas de los pagos efectuados.
En caso de que la o el ejecutado incumpla con la fórmula de pago, se procederá a la ejecución de las garantías o al embargo de los bienes que se hayan entregado en garantía real y de manera inmediata se realizará su avalúo para iniciar el remate.

Ante la falta de cumplimiento del mandamiento de ejecución, el código manda que, de no cumplirse con la obligación, el juzgador ordenará que se publique en la página web de la Función Judicial el mandamiento de ejecución para conocimiento de terceros, a fin de que todos aquellos que tengan interés en la ejecución concurran a la audiencia con todas las pruebas necesarias para hacer efectivos sus derechos.

Adicionalmente se ordenará el embargo[45] de los bienes de propiedad del ejecutado, el mismo que incluso podrá contar con la ayuda de la Policía Nacional,[46] quien emitirá el acta de ejecución de embargo respectiva[47]. Practicado el embargo, el juzgador ordenará el

---

[45] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 376.- Embargo. La prohibición de enajenar, la retención o el secuestro anteriores no impiden el embargo y dispuesto éste, la o el juzgador que lo ordena oficiará al que haya dictado la medida preventiva, para que notifique a la o al acreedor que la solicitó, a fin de que pueda hacer valer sus derechos como tercerista, si lo quiere. Las providencias preventivas subsistirán, no obstante el embargo, dejando a salvo el procedimiento de ejecución para el remate.
La o el depositario de las cosas secuestradas las entregará a la o al depositario designado por la o el juzgador que ordenó el embargo, o las conservará en su poder, a órdenes de esta o este juzgador si también es designado depositaria o depositario de las cosas embargadas.
Si el embargo es cancelado sin llegar al remate, en la providencia de cancelación se oficiará a la o al juzgador que ordenó la providencia preventiva, la cual seguirá vigente hasta que sea cancelada por la o el juzgador que la dictó.
Hecho el remate, la o el juzgador declarará canceladas las providencias preventivas y oficiará a la o al juzgador que las ordenó para que se tome nota de tal cancelación en el proceso respectivo.

[46] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 387.- Funciones de la Policía Nacional en el embargo. La Policía Nacional ejecutará el embargo dentro del término señalado por la o el juzgador.
La o el juzgador podrá disponer:
1. El ingreso a bienes inmuebles.
2. El desalojo de personas y bienes que se encuentren en el inmueble.
3. El descerrajamiento de seguridades.
4. La aprehensión de bienes objeto del embargo.
5. Cualquier otra medida necesaria para ejecutar el embargo de acuerdo con la naturaleza del bien.

[47] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 388.- Acta de ejecución de embargo. La o el miembro de la Policía Nacional que ejecute el embargo deberá levantar un acta de la diligencia, que será suscrita además por la o el depositario judicial, la que contendrá lo siguiente:
1. Señalamiento del lugar, día y hora en que se produjo el embargo.
2. Expresión individual y detallada de los bienes embargados.
3. Respaldo documental y digital de las imágenes de los bienes embargados.
4. Identificación de los funcionarios que intervinieron en la diligencia.
Si se trata del embargo de bienes muebles, el acta deberá indicar su especie, calidad y estado de conservación y todo antecedente o especificación necesarios para su debida singularización tales como: marca, número de serie, color y dimensión aproximada, según sea posible.
En el embargo de bienes inmuebles, estos se individualizarán por su ubicación, linderos y demás datos que permitan su identificación, verificando si se encuentran desocupados o señalando la persona que ocupaba el bien.
La Policía Nacional, tan pronto haya extendido el acta de embargo, la entregará a la o al juzgador para que se inscriba en los registros correspondientes.

avalúo de los bienes con la intervención de un perito. El informe se presentará con los sustentos técnicos que respalden el avalúo y la firma del depositario judicial a cargo de los bienes en señal de su conformidad.

El autor Ramiro Bejarano Guzmán, (2011, pág. 564) en su obra cita al profesor Lino Enrique Palacio, quien señala que:

> Desechadas, pues, las concepciones que remiten al concepto de representación o al de expropiación de la facultad de disponer de los bienes embargados, debe concluirse, a nuestro juicio, que al proceder a la venta forzada el órgano judicial ejerce un poder de imperio ínsito en la función jurisdiccional, el que ninguna relación guarda con los eventuales poderes sustanciales que los sujetos privados del proceso tienen con respecto al bien o a los bienes sobre los que versa la enajenación. El órgano tampoco actúa, por lo tanto, en sustitución de la actividad del deudor, sino en virtud del ejercicio de un poder autónomo y a raíz del pedido de venta formulado por el ejecutante en el período correspondiente al cumplimiento de la sentencia de remate. (1984, pág. 567)

Al referirnos a los efectos del embargo, para Gruss: "respecto de los derechos del deudor sobre los bienes embargados, el embargo no recae en sus efectos sobre todos los atributos del dominio, sino sobre la facultad de disposición." (2011 , pág. 293). Este autor cita al maestro Couture, quien dice que:

> El embargo no es en sí mismo un acto de disposición de parte del Estado. Es apenas un acto preventivo que no se refiere tanto al dominio como a la facultad de disposición, que es cosa distinta del dominio. El Estado se incauta de la cosa en forma provisional, sin perjuicio de los procedimientos de oposición de parte del deudor o de terceros, en los casos permitidos por la ley. (1958, pág. 467)

El juzgador notificará a las partes el informe pericial, que será discutido en la audiencia de ejecución, que deberá llevarse a cabo en el término máximo de quince días. A esta audiencia comparecerá el perito a fin de sustentarlo. Además, de ser necesario se señalará de entre los bienes embargados, los que deben ser objeto de remate, con base a su avalúo y al monto de la obligación.

En esta misma audiencia se debe conocer y resolver sobre la oposición del ejecutado por extinción de la obligación o pagos parciales posteriores al título de ejecución, debidamente justificados. Si el ejecutado no cumpliera con tal justificación, de ser

procedente se podrá aprobar fórmulas de pago, incluso cuando impliquen la suspensión del procedimiento de ejecución.

De existir, en la audiencia también se debe resolver sobre la admisibilidad de las tercerías y sobre reclamaciones de terceros perjudicados.[48]

En cuanto a la realización de los bienes, el artículo 392 del Código Orgánico General de Procesos manda que a la audiencia podrán concurrir otras personas por invitación del ejecutante o el ejecutado.

> Los asistentes podrán presentar a terceros que, previa caución de seriedad de oferta, se ofrezcan a adquirir dichos bienes por un precio previsiblemente superior al que pueda lograrse mediante venta en pública subasta, en este caso, el acreedor que ha vencido en el proceso podrá solicitar al juzgador una prórroga para hacer acudir al tercero adquirente, para lo cual se deberá contar con el acuerdo del deudor y del acreedor. En todo caso la o el acreedor que ha vencido no podrá oponerse si el precio ofrecido es mayor al monto de la obligación. (Código Orgánico General de Procesos, 2017)

La audiencia terminará con el auto que resuelve los asuntos planteados y que ordene lo que corresponda para la continuación del procedimiento. Si continúa la ejecución, el juzgador señalará la fecha y la hora en que se realizará el remate electrónico.

En caso de que una de las partes no acuda a la audiencia, el artículo 393 del Código Orgánico General de Procesos manda que el juez señalará nuevo día y hora y en la segunda ocasión, la audiencia se realizará con las partes que estén presentes.[49]

---

[48] Respecto de los terceros en la ejecución, el Código Orgánico General de Procesos manda: Art. 394.- Si a la audiencia de ejecución comparecen terceros que demuestran documentadamente su derecho, la o el juzgador deberá ordenar lo siguiente:
1. Si se trata de una tercería de dominio fundamentada exclusivamente en un título inscrito, la o el juzgador deberá resolver sobre su admisibilidad y de creerla justificada dispondrá que se mantenga el embargo del bien hasta que se resuelva sobre la tercería en el procedimiento ordinario, dejado a salvo el derecho de la o del acreedor de solicitar el embargo de otros bienes de la o del ejecutado.
2. Si se trata de la tercería coadyuvante, la o el juzgador resolverá sobre su admisibilidad y en caso de aceptarla, ordenará que sus créditos sean considerados en la prelación. Obtenido el producto del remate el juez convocará a audiencia y de existir acuerdo de los interesados ordenará que se cumpla lo convenido. A falta de acuerdo, se resolverá sumariamente y en cuaderno separado sobre la prelación.

[49] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 393.- Efectos de la inasistencia a la audiencia de ejecución. Cuando alguna de las partes no asista a la audiencia de ejecución, la o el juzgador señalará por una sola vez un nuevo día y hora para llevarla a cabo en un término máximo de diez días.

Es importante entender que el Código plantea la posibilidad de que el ejecutado extinga su obligación pendiente en cualquier momento hasta antes del remate, cuestión que de ocurrir, dará paso a que se concluya la ejecución y se archive el proceso.[50]

En caso de llegar a la fase de remate, el proceso se dará según las reglas del Código Orgánico General de Procesos a partir del artículo 396. El juzgador mandará que se entregue directamente a la o al acreedor ejecutante los bienes embargados, dependiendo el tipo de bienes. En caso de que no sean los bienes descritos en el artículo 396[51] y 397[52], se rematarán a través de la plataforma del Consejo de la Judicatura. Incluso, el ejecutante y el ejecutado podrán convenir que la venta, tanto de muebles como de inmuebles, se haga al martillo, con la intervención de martillador público, acuerdo que deberá ser respetado por la o el juzgador.

Guillermo Gruss Mayers en su obra (2013, pág. 401) cita al autor Escriche, quien ya en una definición antiquísima menciona que "subasta, la venta pública de bienes o alhajas que hace el mejor postor por mandato y con intervención de la justicia" (1885, pág. 1475)

Para el autor Gruss, el remate o subasta es una operación compleja que comprende actos relacionados entre sí. El autor de esta forma menciona que:

> El remate o subaste que se efectúan para la realización de los bienes embargados, en le ejecución forzada procesal de obligaciones de dar en dinero, es un acto que requiere necesariamente de la concurrencia de presupuestos y requisitos esenciales (...) y que se realiza en una operación solemne y compleja. (2013, pág. 415)

En la segunda convocatoria la audiencia de ejecución se realizará con las partes que concurran. Si no concurre ninguna de la partes el procedimiento únicamente continuará a petición de parte, que justifique su inasistencia y solicite la realización de la audiencia de ejecución.

[50] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 395.- Conclusión de la ejecución y archivo del proceso. En cualquier momento antes del remate, una vez acreditada la extinción de la obligación liquidada en mandamiento de ejecución, se declarará la conclusión de la ejecución y el archivo del proceso.

[51] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 396.- Entrega directa al ejecutante.- La o el juzgador mandará que se entregue directamente a la o al acreedor ejecutante los bienes embargados que sean: 1. Dinero en efectivo. 2. Especie o cuerpo cierto que fue objeto de la demanda. 3. Bienes genéricos que fueron objeto de la demanda y que se embargaron en poder de la o del ejecutado.

[52] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 397.- Remate de títulos valores y efectos de comercio. Los títulos valores y efectos de comercio, transables en bolsa de valores, se venderán en condiciones de mercado por una casa de valores que resulte sorteada de entre las que se hallen legalmente autorizadas para operar en el mercado bursátil.

En conclusión, el proceso de ejecución independientemente del título que se utilice para dar inicio al mismo, requiere una serie de pasos y actuaciones dirigidas a hacer cumplir una obligación que no ha sido cumplida voluntariamente. El proceso iniciará con la solicitud de ejecución y, si no existe una causa de oposición aceptada por el juzgador ni tampoco el cumplimiento de la obligación durante el proceso, finalizará con el remate de los bienes para que mediante ese acto se dé cumplimiento forzoso de la obligación y se protejan los intereses del ejecutante.

3. Tercer Capítulo: Efectos jurídicos de incluir al contrato prendario como título de ejecución en el Código Orgánico General de Procesos.

3.1.Excesiva celeridad vs. protección de derechos

En la presentación del proyecto del Código Orgánico General de Procesos ante el pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador, se establecieron como principios rectores para la nueva Ley, entre otros, a la celeridad, eficacia y economía procesal[53]. En general, se crearon procesos más expeditos, dando cumplimiento a la finalidad de los legisladores de buscar hacer efectivo el principio de celeridad procesal.

Ahora bien, opinamos que la inclusión del contrato prendario como título de ejecución en el COGEP pretendía ser viable y justificable por las siguientes razones: i. Se eliminaba el proceso especial regulado en el Código de Comercio, cumpliendo con la unificación de procesos en un solo código; y, ii. Se buscaba conseguir la ejecución de este contrato por una vía más rápida, intentando hacer un símil con el proceso existente hasta antes del Código Orgánico General de Procesos. Entendemos que la finalidad de los legisladores, en su integridad fue aplicar el principio de celeridad; no obstante, parece que el análisis quedó corto al incluir al contrato prendario como un título de ejecución, pues no tomaron en cuenta la naturaleza de este título y las posibles complicaciones que podían surgir al momento de su ejecución.

El procedimiento de ejecución, tal como se estudió en este trabajo, es el más expedito, pues en éste, el juez cumple únicamente la función de ejecutar y no tiene una actividad cognitiva. Sin embargo, la excesiva celeridad podría eventualmente vulnerar derechos del ejecutado en el caso de la ejecución del contrato de prenda. Incluso, el incluirlo como título de ejecución podría resultar ineficaz en ciertos casos, como se explicará más adelante.

---

[53] El proyecto fue presentado en la Asamblea Nacional en enero de 2014, titulado: PROYECTO CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. En Sitio:
http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/16373714-8924-42ec-96bd384ec7a8c36e/Proyecto%20de%20C%F3digo%20Org%E1nico%20General%20de%20Procesos%20165843.pdf
En los debates se hicieron algunas revisiones, pero los principios rectores del proceso no fueron cuestionados, por lo que actualmente el Código Orgánico General de Procesos encuentra en éstos su origen.

García Falconí menciona acertadamente que:

> La actuación del juez debe ceñirse estrictamente a lo que señala la Constitución de la República, los Tratados Internacionales y las leyes; que son las que señalan los requisitos necesarios para desempeñar las funciones de juzgador, además señalan las prohibiciones específicas que señalan a los jueces en su quehacer. (2016, pág. 287)

Si bien el rol del juez es: "el de hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso; el de prevenir, remediar y sancionar los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso" (1994, pág. 188), en el proceso de ejecución el juzgador no tiene la facultad de conocer nada más que lo que la ley manda, por lo que le resulta imposible conocer de la obligación principal presuntamente incumplida que se garantizó con el contrato de prenda. El juez se limitará a conocer las causales de oposición legalmente establecidas para este proceso.

La oposición tiene elementos que, en palabras del autor Cabrera, son el objeto y la razón. El objeto es lograr la tutela jurídica del Estado en favor del demandado. La razón es de hecho y de derecho. "La primera es la historia del litigio planteada por el demandado, y la segunda, los fundamentos de derecho invocados por el mismo." (1994, pág. 153)

El autor Humberto Cabrera menciona que:

> La oposición es una forma del ejercicio del derecho de contradicción. La oposición a la pretensión es una declaración de voluntad del demandado frente a la del demandante, en la búsqueda de la satisfacción para sus intereses, contrario desde luego a los de aquel. (1994, pág. 152)

En general, la oposición en un proceso es un mecanismo para precautelar los derechos del demandado. Sin embargo, en el proceso de ejecución iniciado con el contrato prendario, las causales de oposición para el deudor quedan reducidas a probar que ha cumplido las obligaciones, sin tomar en cuenta que este título es accesorio a una obligación principal. El deudor podría verse amparado por el ordenamiento jurídico en los derechos y obligaciones discutidos en la obligación principal, pero no podría probarlo en el proceso de ejecución.

Para Lorena Vicuña Domínguez y Juan Chávez Pareja, "la oposición a la ejecución, admite únicamente las causas singularizadas en el art. 373 (...) Todas estas formas de extinguir las obligaciones están previstas en el Código Civil" (2016, pág. 159)

Las causales de oposición establecidas actualmente en el COGEP no le permiten al deudor prendario oponerse en base a la existencia de obligaciones pendientes por parte del acreedor a su favor, argumentando que el contrato que dio origen a la prenda fue bilateral. Además, el juzgador en el proceso de ejecución del contrato prendario no tiene la facultad de conocer sobre las solemnidades que pudieran faltarle al contrato, porque en el proceso de ejecución es imposible que el ejecutado alegue este tipo de nulidades. De esta forma, el juez deberá ejecutar el contrato prendario si la obligación fue incumplida por el deudor porque solo esa "verdad procesal"[54] tiene facultad de conocer.

El contrato prendario, a diferencia de los otros títulos de ejecución, no lleva un derecho cierto declarado por una autoridad, sino que es un acuerdo de voluntades entre dos partes, cuyos derechos e intereses podrían verse contrapuestos, en esencia contiene una garantía a favor del acreedor prendario en caso de incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor prendario.

Tal como se encuentra la legislación actualmente, la ejecución del contrato prendario no depende ni se ve atado, a un proceso con el contrato u obligación principal. Existen así, dos supuestos en los que, para precautelar los derechos del ejecutado, se debería activar el sistema judicial independientemente del proceso de ejecución:

i. Si la ejecución se realiza, y posteriormente a ello el ejecutado (deudor prendario) gana en otro proceso en el que se disputa la obligación principal al ejecutante (acreedor prendario). En este caso, naturalmente, el deudor podría iniciar una acción para recuperar el bien mueble que fue producto de la ejecución y demandar los daños y perjuicios a los que haya lugar.

[54] El autor Humberto Cabrera, en su libro Teoría General del Proceso y de la Prueba menciona que:

> De acuerdo con este principio, el juez sólo puede tener por existentes los hechos que aparezcan demostrados en el proceso de manera plena y completa, y solo con base a ellos debe proferir su decisión. (...) En otros términos, para el juez sólo es verdadero lo que aparezca en el proceso. (1994, pág. 75)

ii. En caso de que el deudor prendario haya iniciado anteriormente un proceso en base al contrato o título que contiene la obligación principal, al momento que se inicie el proceso de ejecución con el contrato prendario que garantizó la primera, el ejecutado no podrá alegar que existe un proceso activo del cual depende directamente la ejecución del contrato prendario. En este caso, la ejecución podría realizarse de todas formas, y el ejecutado, en caso de ganar el proceso ya iniciado, deberá iniciar otro para recuperar el bien ejecutado e incluir en su pretensión la solicitud de resarcimiento por los daños y perjuicios causados. En este caso existirían tres procesos relacionados entre sí.

Si estas circunstancias se llegarían a dar, se vulneraría incluso el principio de economía procesal. En palabras del autor Cabrera, "de acuerdo con este principio, se debe tratar de obtener el mayor resultado posible con el mínimo de actividad jurisdiccional y de gastos para las partes." (1994, pág. 71) Incluso, menciona que este principio se extiende a "la facultad que la ley confiere al juez para rechazar desde un comienzo actos que por su naturaleza son inadecuados para obtener el fin pretendido." (1994, pág. 71)

El iniciar un proceso cuya parte de la pretensión sea reparar un daño causado en otro proceso, enfrentaría al sistema judicial a la evacuación de dos procesos relacionados. Se genera así, más actividad jurisdiccional y gastos, tanto para las partes como para el sistema, con el fin de enmendar y reparar un daño causado en otro proceso que se encuentra autorizado por el mismo ordenamiento jurídico. Se estaría vulnerando el principio de economía procesal por dar cumplimiento estricto a la normativa vigente para el proceso de ejecución.

Para una mejor explicación de esta problemática, plantearemos un ejemplo hipotético sencillo:

Imaginemos que dos personas, A y B, firman un contrato de compra venta de 40 laptops de determinadas características. A es el vendedor y B el comprador. A entregaría las laptops en dos partes, 20 en enero y 20 en marzo. B pagaría la totalidad del valor por las 40 laptops en 10 cuotas, comenzadas a pagar desde enero, de $3.200 cada una, siendo en total el valor a pagar igual a $32.000. Como garantía de esta obligación principal, deciden firmar

un contrato prendario donde queda prendado un automóvil que le pertenece a B, cuyo valor asciende a $40.000.

A entrega las 20 laptops en enero y B efectúa el primer pago, el segundo en febrero y el tercero en marzo. Llegado abril, A no entrega todavía las 20 computadoras que faltan, pero B paga puntualmente su cuota. A inicios de mayo A entrega 20 laptops y B paga la cuota mensual. B nota que las laptops no son las que habían pactado, por lo que le reclama a A. A dice que las computadoras son las que eran parte de la obligación y B sostiene que no. B decide que no pagará el resto de cuotas hasta que A no cumpla con su obligación y le entregue los equipos correctos. A dice que cambiará las computadoras, pero que debe traer una nueva importación y se tardará un par de meses. Llega octubre y A no entregó las computadoras que B consideraba que eran parte de la obligación. B no habría cancelado 5 cuotas (desde junio hasta octubre).

En noviembre, A inicia un proceso de ejecución con el contrato prendario, alegando que B no ha cumplido con el pago de 5 cuotas. Basado en las causas de oposición que el Código Orgánico General de Procesos prevé, B no podrá argumentar y probar en el proceso de ejecución que su incumplimiento se debe al incumplimiento de A del contrato principal.

Una vez ejecutado el contrato prendario, B inicia un proceso de conocimiento por la vía ordinaria, donde logra probar que las laptops entregadas por A no cumplían las características pactadas, y que por lo tanto incumplió la obligación establecida en el contrato principal. En la relación originada en el contrato principal, nos encontramos con que ambas partes incumplieron sus obligaciones; sin embargo, el deudor es quien sufrió un perjuicio en su patrimonio porque en el proceso de ejecución se remató el bien prendado.

Incluso, B pudo iniciar un proceso ordinario para demostrar el incumplimiento de A antes que éste inicie el proceso de ejecución, y de todas formas B no podría detener el proceso de ejecución del contrato prendario alegando que existe una litis pendiente en relación al contrato principal. Hay que recordar una vez más, que las causales establecidas para la oposición en un contrato de ejecución no incluye la posibilidad de probar la existencia de otro proceso sobre la misma materia y mismas partes por otra vía – en el ejemplo, la ordinaria.

A partir de este hipotético, bastante sencillo y cotidiano ejemplo, analizaremos algunos aspectos de la problemática de incluir al contrato prendario como título de ejecución.

En el proceso iniciado en la vía ordinaria por B, lograría demostrar que ambas partes habrían incumplido sus obligaciones, por lo que estarían ante lo dispuesto en el artículo 1568 del Código Civil, mismo que manda: "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos." (Código Civil, 2016)

Para el análisis de este problema es necesario estudiar brevemente a la mora. El autor Fernando León Quinde (2002, pág. 59) cita a tratadista Ernesto Cordeiro Alvarez, quien define a la mora de la siguiente manera: "la mora equivale al simple retardo en el cumplimiento de la obligación, es decir al hecho de cumplir la obligación en tiempo propio" (1959, pág. s/p)

En este caso, ambas partes estarían en mora de sus obligaciones, de tal forma que ninguna de ellas tiene el derecho de reclamar a la otra. Manuel Bejarano menciona que quien puede pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, incluyendo los daños y perjuicios, es quien se encuentre legitimado al haber cumplido con su parte del contrato bilateral, dice el autor que:

> El contratante víctima del incumplimiento que esté exento de culpa, de manera que no puede pedir la resolución el que hubiere incumplido el mismo contrato que trata de rescindir, a menos que faltare a consecuencia de un incumplimiento anterior de la otra parte, lo cual debe ser considerado por el Juez" (1980, pág. 376)

Fueyo Laneri dice que: "En los contratos bilaterales, que dan origen a prestaciones recíprocas, una de las partes, o ambas, pueden haber incurrido en mora." (2004, pág. 455) El autor estudia a la mora y sus características, así como las posibilidades que le otorga la ley a la parte que ha cumplido frente a la parte morosa. Menciona de esta forma que:

> Si solamente uno de los contratantes está en mora, y el otro es diligente, este último podrá ejercer sus derechos de contratante cumplidor. Entonces, se hace aplicación moral de los principios que hemos venido examinando en relación con la mora. Sin embargo, si las dos

> partes están constituidas en mora, la situación que se crea no admite tratamiento a través de los mismos principios y en cuanto a cada caso en particular. (2004, pág. 459)

Además, el autor menciona que, por los fundamentos en este tipo de relaciones contractuales, no es posible analizar la situación de uno solo de los contratantes si se quiere determinar si se encuentra en mora, sino de ambas partes. Fernando Fueyo menciona que:

> En efecto, la concurrencia de los requisitos de la mora respecto de uno de los contratantes, no decide su condición de moroso, pues ése que está aparentemente en mora tiene aún el recurso de hacer valer el mismo estado que concurre en su contraparte, desapareciendo así su propia mora. Es algo así como una compensación de culpas y a la vez una exención de responsabilidad.
> No basta, pues, la constatación aislada de la mora de uno de los contratantes, pues ésta se hace excusable en el caso de encontrarse la contraparte también en mora. De ahí el antiguo adagio *la mora purga la mora.* (2004, pág. 459)

El autor señala que es necesario el estudio de esta problemática en conjunto, considerando la interdependencia de las prestaciones, pues las partes se obligan porque su contraparte también lo hace. Esta situación no fue analizada por el legislador al momento de considerar al contrato prendario como un título de ejecución, pues en el proceso de ejecución es imposible que el juez analice la interdependencia de las prestaciones, sino que, únicamente ejerce su poder coercitivo sobre una de ellas, ignorando la actuación de la otra; siendo esto contrario a la esencia misma del contrato prendario y su naturaleza accesoria.

En el caso planteado en este trabajo, posterior a demostrar el incumplimiento de la obligación principal de A, se podría llegar a la conclusión de que en estricto sentido no tenía el derecho para ejecutar el contrato prendario porque habría incumplido también la obligación que le correspondía.

Tal como se encuentra actualmente regulado el proceso de ejecución del contrato prendario, se tendría que ejecutar el contrato prendario y posterior a eso, B debería iniciar un proceso por la vía ordinaria con una demanda cuya pretensión principal sería que se declare el incumplimiento del contrato principal y, adicionalmente que se declare la falta de derecho del acreedor para ejecutar la prenda, por lo tanto, que se restituya a B el bien prendado más daños y perjuicios, o bien se devuelva dinerariamente su valor, más daños y perjuicios.

El ejecutado podría recuperar lo que no debía ser ejecutado mediante un procedimiento ordinario. Esto demostraría la ineficacia del proceso de ejecución porque en otro proceso se podría lograr que se ordene la devolución de lo erróneamente ejecutado más daños y perjuicios. Es decir que, el proceso de ejecución sería ineficaz e incluso consideramos que podría crear congestión en el sistema judicial, para que luego sea revertido en otro proceso, mediante el reclamo de la restitución del bien prendado.

La problemática en sí misma no es el hecho de que se inicie un proceso de conocimiento, pues en una relación jurídica contractual es algo que se puede llegar a esperar, pues es posible que el incumplimiento de una de las partes la coloque en una posición ilegítima que de paso a que la otra parte reclame por los daños y perjuicios que tuvo que soportar. Sin embargo, la problemática se encuentra en que este caso, el proceso sería iniciado porque en uno anterior, previsto en la ley, se ha violado un derecho patrimonial. Es decir que, una parte actuando dentro del marco legal, ejecutó un bien cuando en la relación principal no se veía investido de tal derecho.

Reparar un daño consiste en la "obligación jurídica que tiene un sujeto de derecho, de resarcir los perjuicios que ha soportado otro individuo capaz o incapaz; de tal manera que reparar un daño cometido, es una acción básica para garantizar una convivencia justa (...)" (2010, pág. 204)

Reparar el daño, debería ser la última de las actuaciones que se esperan. De tal forma que el legislador y el sistema judicial deberían evitar que el daño sea causado, y si lo es, entonces repararlo. Sin embargo, en el proceso de ejecución del contrato prendario el legislador es quien "autoriza" que se cause un daño en el caso previsto. O, a su vez, quien no le otorga las posibilidades suficientes al deudor para defenderse, llevando a que un daño sea posiblemente cometido.

En el caso de que se busque la reparación por el daño causado al ejecutar un bien cuando el acreedor también había incumplido la obligación, estamos hablando de un daño material o patrimonial. El "daño patrimonial es toda lesión a un interés pura y meramente económico, garantizando el goce y la satisfacción de bienes que se pueden valorar en dinero" (2010, pág. 40)

El autor García Falconí menciona que el daño patrimonial:

> Se refiere en general a todo menoscabo o detrimento que se produce en los bienes que componen el patrimonio de una persona. El daño patrimonial o material está compuesto por el daño emergente y el lucro cesante. La determinación del daño patrimonial tiene por finalidad acordar la extensión de la indemnización de perjuicios a que un daño imputable de origen. (2010, pág. 211)

A su vez, el daño patrimonial o material puede manifestarse de dos formas:

i. Daño emergente, que se manifiesta como "pérdida o disminución de valores económicos ya existentes; esto es, como un empobrecimiento del patrimonio" (2010, pág. 211)

   Fueyo Laneri menciona que "es emergente porque emerge, nace y tiene principio de otra cosa, que es precisamente el incumplimiento; como resultado de éste, es una relación de causa a efecto." (2004, pág. 464)

ii. Lucro cesante, que se manifiesta como "la frustración de valores económicos especiales, es decir, como la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto" (2010, pág. 211)

   Para Fueyo, "lucro cesante, o perjuicio sobrevenido, o simplemente perjuicio según la terminología de otros códigos, comprende lo que el acreedor deja de ganar con motivo de la infracción del contrato" (2004, pág. 465)

En concordancia con eso, García Falconí hace referencia a la doctrina que señala lo siguiente:

> El daño emergente es el perjuicio o la pérdida que proviene de no haber cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado su cumplimiento, y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haber cumplido la obligación o cumplido imperfectamente o retardado su cumplimiento. (2010, pág. 205)

Respecto de la indemnización por daños y perjuicios, nuestra normativa manda en el Código Civil que:

> Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.
> Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.
>
> Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.

Ahora bien, para que se pueda reclamar daños y perjuicios, el daño que el ejecutado estaría reclamando debe ser causado por el ejecutante. Al respecto, el autor Abrevaya menciona que:

> La relación causal entre el hecho que produce el daño y la consecuencia lesiva constituye un aspecto fundamental del resarcimiento de daños (...) y es el vínculo entre los perjuicios cuya reparación se reclama y el hecho del sindicado como responsable lo que habilita la indemnización, ya sea para establecer la responsabilidad de aquel que lo condenará a abonarla, como para el resarcimiento en sí mismo. (2008, pág. 15)

En la problemática aquí expuesta, el daño sería la realización del bien prendado sin que el actor de tal proceso de ejecución, es decir el acreedor o ejecutante, posea el derecho para hacerlo porque ha incumplido, en todo o en parte, la obligación principal que le corresponde, contenida en un contrato principal que dio fundamento al contrato accesorio, en este caso el prendario.

En el caso planteado de forma ilustrativa, el ejecutado tendría como pretensión principal que se declare terminado el contrato porque A incumplió con la obligación de entregar los computadores pactados. Adicionalmente pretendería que se declare la falta de derecho del acreedor para ejecutar la prenda, por lo tanto, que se le restituya el bien prendado, más daños y perjuicios. Estos daños, podrían verse reflejados en emergente por la pérdida de valor del bien mueble prendado, es decir el automóvil, y lucro cesante por la cantidad que el ejecutado dejó de percibir, o gastó injustamente a raíz de la ejecución del bien prendado. En el caso, si el automóvil le servía a B para fines comerciales por ejemplo, lo que dejó de percibir a causa de perder el bien.

Tal como hemos venido exponiendo la problemática, la ejecución del contrato prendario , que no contiene la certeza de un derecho pre existente, podría suponer una vulneración a los derechos del deudor o ejecutado, de tal forma que es contrario a su tutela judicial efectiva.

De forma poética el autor García Falconí al referirse a esta tutela menciona que:

> El equilibrio entre derechos demandados y deberes cumplidos, tiene su fórmula derivada de los esfuerzos mencionados, los cuales pueden resumirse en un luminoso concepto que señala, axiomáticamente, que la justicia como norma y el derecho como método, permiten encontrar la paz social como su eficaz consecuencia. Por todo ello existió y existe un clamor nacional de contar en forma permanente con una eficiente administración de justicia, esto es que aquella sea ajustada a las normas éticas y legales, a la actitud limpia y vertical de no, favorecer ni perjudicar a nadie; y, a la acción eficaz, totalmente eficaz, para que la justicia sea oportuna y verdadera. (2016, pág. 281)

Es así que, el sistema judicial debería ser[55], a través de las leyes que siguen las partes y juzgadores, el encargado de precautelar los derechos de ambas partes en una relación jurídica. No cuestionamos que tal situación sucede, o no, en el proceso de ejecución del resto de títulos, puesto que al contener en sí mismo derechos declarados que ponen fin a una controversia, se entiende que los mismos nacieron luego de un debate en el que ambas partes pudieron ejercer de forma plena su derecho a la defensa, exponer sus oposiciones y pruebas, según lo prevé el artículo 76 de la Constitución de la República.

Como fue explicado anteriormente, independientemente de la calidad que posea el tercero "colaborador", en el origen del resto de títulos de ejecución – con excepción del contrato con reserva de dominio que se enfrenta a similares circunstancias que el contrato prendario – el mismo tiene un rol de autoridad o fedatario y sobre todo de velar por la justa atención a cada una de las partes.

El legislador, en nuestro criterio, tuvo esto claro al regular a la transacción en el Código Orgánico General de Procesos, lo cual nos hace reflexionar aún más. Por ejemplo, el legislador distingue entre la transacción extrajudicial (realizada por las partes sin la presencia de un tercero) y el acta transaccional dentro de un proceso judicial (donde se

[55] "Un medio para la administración de justicia".

realiza con la presencia de un juez). En ambos casos la transacción consiste en que las partes llegan a un acuerdo para poner fin a un conflicto; sin embargo, el acta de transacción extrajudicial tiene la calidad de título ejecutivo y el acta transaccional dentro del proceso judicial tiene la calidad de título de ejecución.

El acta transaccional que se realiza dentro del proceso judicial contará con supervisión del juez para que se precautelen los derechos de las partes, es así que él puede advertir sobre errores en la transacción o perjuicios que se puedan causar a alguna parte. Incluso, cuando se suscribe el acta transaccional como título de ejecución, ambas partes cuentan ya con la asesoría de un abogado patrocinador porque se encuentran dentro de un proceso y el profesional del Derecho informará a la parte sobre la obligación que está asumiendo en el acta. En el caso de la transacción extrajudicial, no cuenta con este tipo de garantías, pero al ser un título ejecutivo, se reclamará en un proceso menos expedito que el de ejecución, donde se podría demostrar que la transacción carece de validez.

¿Por qué el legislador distingue la calidad que otorga a cada título – ejecutivo o de ejecución – si la naturaleza de ambos es igual? Bien, podríamos sostener que esto sucede justamente por la forma en que el derecho contenido en el título se origina y quienes son parte de ese momento. Esto nos lleva a creer que el legislador le otorgó mayor fuerza ejecutiva al documento que contiene un derecho declarado por un juez o árbitro.

Los autores Ernesto Guarderas, María Belén Cañas y Ricardo Hernández González, en su libro mencionan que:

> Son los legisladores quienes definen, dependiendo de si existe auto declaración de la certeza del derecho por particulares, o la declaración de la certeza del derecho por un juez o árbitro; cuales documentos tienen menor o mayor fuerza ejecutiva. Los primeros generalmente son títulos ejecutivos y los segundos generalmente son de ejecución. (2016, pág. 11)

Es decir que, los legisladores diferenciaron dos clases de títulos pese a que su naturaleza es la misma, por el hecho de que el uno es parte de un proceso, por lo tanto el derecho contenido fue declarado por la autoridad, y el otro es un acuerdo de voluntades entre particulares. Esto nos lleva a dos supuestos: i. el legislador entendía que una declaración de

la certeza de derechos por particulares requiere ser tratada con la oportunidad de que las partes defiendan sus intereses en un proceso más rápido que el ordinario, pero a la vez con una audiencia que permita alegaciones. ii. Que el legislador entiende que el acta transaccional celebrada con la presencia de un juez tiene mayor fuerza ejecutiva porque las partes estarán para entonces asistidas de un abogado, y además el juzgador podrá ser quien, como tercero, si bien no decida por las partes, sin embargo, apruebe el acuerdo mediante sentencia, si es total, o mediante auto interlocutorio si es parcial, y advierta a las mismas respecto de las obligaciones pactadas en dicha acta. Esto nos lleva a la conclusión de que, al otorgar la fuerza que dio a estos títulos, el legislador consideró factores que al parecer omitió al momento de incluir al contrato prendario como un título de ejecución.

En resumen, podríamos sostener que el efecto jurídico de incluir al contrato prendario como un título de ejecución bajo las actuales condiciones, para directamente iniciar un proceso de ejecución, podría vulnerar los derechos del ejecutado al verse en la incapacidad de oponerse pese a que el ejecutante no tenga el derecho de ejecutar la prenda. Es decir que, debemos analizar el "derecho" desde un punto de vista más amplio y atendiendo a la naturaleza de este título en específico.

El legislador aparentemente consideró que el acreedor o ejecutante tendría este derecho automáticamente cuando el deudor o ejecutado incumpliera con su obligación, otorgándole la posibilidad de iniciar un proceso expedito. Sin embargo, en el caso de un contrato prendario hay que considerar que, por su naturaleza estrictamente accesoria, viene atado a derechos y obligaciones anteriores o principales, que se ignoran al momento de ejecutar este título. Como se analizó en el primer capítulo de este trabajo, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y lo mismo se debe aplicar para analizar conjuntamente las obligaciones contenidas en el contrato prendario y en el contrato o título que garantiza.

No podemos sostener que es suficiente que el acreedor prendario declare que su deudor prendario ha incumplido con su obligación, para que sea posible ejecutar el contrato prendario por la vía de ejecución prevista en el Código Orgánico General de Procesos. Al estudiar la naturaleza contractual de este título, podemos entender que no contiene en sí mismo una declaración de derechos absoluta, y que por tener su origen en la autonomía de las partes como garantía para una obligación principal, surge de un relación bilateral, donde

ambas partes se ven atadas a cumplir una obligación en el documento principal, siendo contrario a los derechos del ejecutado que el acreedor incumpla, pero que siga teniendo la posibilidad de ejecutar el bien que garantizaba una obligación nacida de una relación jurídica donde ambas partes tenían contraprestaciones recíprocas.

El efecto jurídico así, sería que se vulneren los derechos del ejecutado. Además, ante el daño causado, el deudor prendario tendría la potestad de reclamar la reparación del mismo por la vía ordinaria. Esto generaría que se activen dos procesos – de ejecución y posteriormente un procedimiento ordinario – para solventar un problema nacido de la misma relación, incumpliendo de forma directa con el espíritu del legislador de crear un Código que busque economía procesal, puesto que congestionaría el sistema de justicia aún más.

3.2.Propuestas para el tratamiento jurídico del contrato prendario.

Una vez que hemos llegado a estos planteamientos de la problemática, nos corresponde determinar las posibles soluciones que podrían ser efectivas para una mayor protección de los derechos del ejecutado.

Como primera opción, y en el supuesto de que el legislador se resista a retirar la calidad de título de ejecución al contrato prendario, creemos que es necesario incluir la posibilidad de que el deudor prendario pueda alegar como causa de oposición que el acreedor incumplió su obligación en el contrato principal, encontrándose de esa forma, ambas partes en mora.

En caso de que el deudor alegue esta causa de oposición, se resolvería sumariamente, previo a continuar con la ejecución. De esta forma, se debería crear una causa de oposición exclusivamente para el contrato prendario y con reserva de dominio. En la oposición, el deudor prendario anunciaría prueba, y se resolvería en una audiencia única[56] este conflicto,

[56] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 333.- Procedimiento. El procedimiento sumario se rige por las siguientes reglas:
1. No procede la reforma de la demanda.
2. Solo se admitirá la reconvención conexa.
3. Para contestar la demanda y la reconvención se tendrá un término de quince días a excepción de la materia de niñez y adolescencia que será de diez días.

es decir, siguiendo el procedimiento sumario, encajándolo en el artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, en el numeral 1: "Art. 332.- Procedencia.- Se tramitarán por el procedimiento sumario: 1. Las ordenadas por la ley." (Código Orgánico General de Procesos, 2017)

Esta posibilidad es viable porque sería similar a la que el legislador propone en el proceso monitorio y voluntario cuando se resuelven sumariamente. Procesalmente hablando, en el proceso monitorio al momento de presentarse oposición[57], el Código otorga la posibilidad de resolverlo en una audiencia única. En el caso del procedimiento voluntario, cuando exista oposición por mandato legal también se revolverá de esta forma.[58]

Pese a que es una opción para tutelar los derechos del ejecutado y atender a los incumplimientos probables que nacen de una relación contractual, traería consigo una contradicción procesal. Daríamos paso a que en un proceso de ejecución – porque seguiría siendo esta la forma de iniciarlo – se genere una contradicción de intereses y el juez realice

---

4. Se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Esta audiencia se realizará en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda.

En materia de niñez y adolescencia, la audiencia única se realizará en el término mínimo de diez días y máximo de veinte días contados a partir de la citación.

En las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, la audiencia única se realizará en el término máximo de cuarenta y ocho horas, contados a partir de la citación.

En materia tributaria, en acción especial por clausura de establecimientos, la audiencia única se realizará en el término máximo de cuarenta y ocho horas.

5. En las controversias sobre alimentos, tenencia, visitas y patria potestad de niñas, niños y adolescentes, la o el juzgador para dictar la sentencia no podrá suspender la audiencia para emitir la decisión oral, conforme este Código.

6. Serán apelables las resoluciones dictadas en el procedimiento sumario. Las resoluciones de alimentos, tenencia, visitas, patria potestad, despojo violento, despojo judicial serán apelables solamente en efecto no suspensivo. Las sentencias que se pronuncien dentro de los juicios en que se ventilen las controversias entre el abogado y su cliente por el pago de honorarios, no serán susceptibles de los recursos de apelación ni de hecho.

[57] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 359.- Oposición a la demanda. Si la parte demandada comparece y formula excepciones, la o el juzgador convocará a audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Si no hay acuerdo o este es parcial, en la misma audiencia dispondrá se practiquen las pruebas anunciadas, luego de lo cual, oirá los alegatos de las partes y en la misma diligencia dictará sentencia, contra la cual solo caben la ampliación, aclaración y el recurso de apelación.

En este proceso no procede la reforma a la demanda, ni la reconvención.

[58] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 332.- Procedencia.- Se tramitarán por el procedimiento sumario:

7. Los casos de oposición a los procedimientos voluntarios.

una actividad cognitiva. Si bien es una forma rápida de solucionar este problema, en esencia es una aberración al proceso de ejecución estrictamente hablando. Desnaturalizaríamos el proceso de ejecución al transformarlo en un proceso de conocimiento atendido sumariamente.

Además, jugando a un rol algo suspicaz, esta sería una posibilidad para que todo deudor prendario, con el fin de dilatar la ejecución, se ampare en esta causa de oposición para que se resuelva en más tiempo el proceso. Esto generaría que, a la larga el proceso de ejecución caiga en desuso para ejecutar el contrato prendario, porque sería atendido sumariamente en la mayoría de casos.

Por estas razones, pese a que puede ser una opción, generaría en la práctica otro tipo de problemas por la finalidad que tiene el proceso de ejecución. Sin embargo, sería más conveniente para que el ejecutado proteja sus intereses y evitaríamos que el deudor prendario tenga que iniciar un proceso ordinario posterior buscando lo mismo.

Otra posible solución es asimilar el tratamiento jurídico del contrato prendario con el contrato de hipoteca, atendiendo a que la naturaleza de ambos contratos es similar y permite tutelar los derechos del deudor prendario de mejor manera. Esta similitud se entiende tratada con sus distinciones, atendiendo en general al tipo de obligación que garantiza una y otra caución, y los bienes que son objeto de cada una.

En esta postura, el legislador retiraría la calidad de título de ejecución al contrato prendario, y su tratamiento sería el de una garantía, otorgando la posibilidad de que el acreedor goce de un privilegio al momento de ejecutar el bien.

Esta opción es semejante al tratamiento de la hipoteca y la prenda en Colombia, donde el Código de Procesos trata a ambas garantías reales por el mismo proceso.[59]

El autor Díez (2012, pág. 18) cita al profesor Meza Barros, quien define a la hipoteca como un "derecho real que grava un inmueble, que no deja de permanecer en poder

[59] Ver en anexo 1 el artículo pertinente de la legislación Colombiana.

del constituyente, para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, otorgando al acreedor el derecho de perseguir la finca en manos de quien quiera que la posea (...)" (1960, págs. 162-163)

Respecto a la accesoriedad de la prenda, esta es similar a la de la hipoteca, en efecto, el autor Díez Duarte señala que:

> En atención a la naturaleza jurídica de la hipoteca, que no es posible concebir sino es en garantía de una obligación principal, la convención por medio de la cual se constituye el derecho hipotecario es un contrato accesorio, que depende y tiene eficacia solo en virtud de otro contrato que da nacimiento a su vez a aquella obligación principal. (2012, pág. 48)

Ambos tipos de contratos comparten la función de ser garantía de una obligación principal. En la doctrina podemos revisar que se trata a ambas instituciones de la misma forma, distinguiendo el tipo de bien que se constituye en cada una. El autor Díez Duarte menciona que:

> Las cauciones reales consisten en afectar al cumplimiento de una obligación, propia o ajena, un bien específico, determinado, sea de naturaleza mueble o inmueble. Estas cauciones son la prenda y la hipoteca. Estas cauciones reales atribuyen al acreedor el derecho de perseguir en poder de terceros el bien dado en garantía y de pagarse preferentemente con el producto del remate, valor de la expropiación o monto del seguro contratado. (2012, pág. 20)

Desde una perspectiva histórica, la prenda y la hipoteca han tenido la misma finalidad y su origen se debe al mismo objetivo: ser una garantía de una obligación principal.

Raúl Díez Duarte después de un análisis de estos conceptos en el Derecho romano, concluye que la hipoteca históricamente comparte la misma naturaleza que la prenda, al respecto menciona que:

> Como se puede observar de todo lo dicho, la hipoteca, desde su iniciación, solo fue una consecuencia del contrato de arrendamiento y de la prenda. Este hecho explica que algunos preceptos del Digesto o Pandectas del emperador Justiniano, emplean indistintamente los términos *pignus* e hipoteca. Inclusive, el jurisconsulto Marciano llegó a decir que la prenda y la hipoteca sólo se distinguen en el nombre. (2012, pág. 37)

Así, el autor otorga un mismo origen y aclara que la distinción radica principalmente en la calidad – mueble o inmueble – del bien objeto de la garantía. "En consecuencia, las dos garantías reales señaladas tuvieron un origen común (...) la diferencia fundamental entre una y otra institución, o sea, que la prenda recae sobre muebles y la hipoteca sobre inmuebles se consigna en todos los códigos civiles modernos" (2012, pág. 37)

Carlos Lasarte, en su análisis de los derechos reales de garantía analiza las principales diferencias entre la prenda y la hipoteca, mismas que son concordantes a lo previsto en nuestra normativa: i. El carácter del bien sujeto de la garantía. "La prenda queda reservada por el Código Civil para los bienes muebles; por el contrario, el objeto propio de la hipoteca son los bienes inmuebles" (2003, pág. 254) ii. El desplazamiento posesorio del bien sujeto a garantía. En el caso de la prenda, explica el autor, la posesión de la cosa se trasmite al acreedor y en la hipoteca no se requiere el desplazamiento posesorio, evidentemente por la naturaleza misma del bien en el cual recae.

El autor continúa su análisis y menciona que: "las diferencias señaladas no pueden ocultar, sin embargo, que el régimen básico de ambas figuras es coincidente. De ahí su agrupación bajo el común denominador de derechos reales de garantía." (2003, pág. 255) De esta forma, el autor realiza algunas notas respecto de las características que comparten la prenda y la hipoteca, mismas que analizaremos de forma breve ya que las características generales de la prenda fueron explicadas en el primer capítulo:

i. La accesoriedad: Como lo analizamos anteriormente, los derechos reales de garantía se constituyen para asegurar el cumplimiento de una obligación preexistente, que se conoce comúnmente como "obligación principal o asegurada". El autor concluye diciendo que es "de donde se deduce la característica de la accesoriedad de los derechos reales de garantía, que sólo pervivirán mientras la obligación principal se encuentra subsistente" (2003, pág. 255).

ii. La indivisibilidad: "la pervivencia de las garantías reales será efectiva hasta que no se produzca el total cumplimiento de la obligación garantizada" (2003, pág. 255) [60]

iii. Las facultades de realización del valor: "la función principal de la prenda y la hipoteca no radica en trasmitir facultades dominicales de disfrute de bienes, sino en garantizar el cumplimiento de la obligación que pese sobre el deudor" (2003, pág. 255). Con esto el autor explica que, de manera general, los derechos reales de garantía no conceden al acreedor facultad alguna de goce y uso de la cosa. Sin embargo, en caso de que la obligación principal sea incumplida, el acreedor puede promover la enajenación de la cosa objeto de garantía. Sobre todo, el autor añade que "el crédito garantizado con prenda o hipoteca otorga a su titular la facultad de cobrar antes que otros acreedores respecto del precio obtenido en la subasta pública." (2003, pág. 256) Esto quiere decir que el crédito garantizado es un crédito preferente gracias a la existencia del derecho real de garantía.

iv. La especialidad: "se habla de especialidad de los derechos reales de garantía en cuanto recaen de forma directa y especial sobre los bienes gravados (y no sobre la totalidad de los bienes del deudor)" (2003, pág. 256)

Si bien es cierto, el autor establece que para la hipoteca existen más formalidades que para la prenda, la naturaleza de ambas es igual. En general se conoce que la hipoteca se establece para obligaciones generalmente a largo plazo o de montos mayores, mientras que la prenda se la asocia habitualmente a actos de comercio, por lo tanto, a garantizar obligaciones menores. Sin embargo, pese a esa distinción práctica, no es posible justificar que el legislador exponga al deudor a una posible vulneración de derechos en el caso del tratamiento actual del contrato prendario y, por lo tanto, la posibilidad de asimilar el tratamiento de ambas garantías puede ser una opción viable.

Respecto a la definición en nuestra normativa civil, el artículo 2309 manda: "Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de

[60]Nuestro Código Civil expresamente señala: "Art. 2310.- La hipoteca es indivisible.
En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella". (Código Civil, 2016)

permanecer en poder del deudor." (Código Civil, 2016) Por lo tanto, se la trata adjetivamente de igual forma que a la prenda, aclarando que los bienes son inmuebles[61][62].

Una diferencia importante en nuestra legislación entre el contrato prendario e hipotecario es que el contrato de hipoteca es solemne, por lo tanto, debe realizarse mediante una escritura pública[63]. Díez señala que "esta escritura se hace necesaria porque la hipoteca es un contrato solemne, y, en consecuencia, la escritura pública es la única forma de expresar consentimiento en el contrato de hipoteca" (2012, pág. 127) Además, es un requisito para su validez que este contrato sea inscrito.[64][65]

Respecto de los derechos del acreedor, el Código Civil tampoco distingue al hipotecario del prendario, puesto que el artículo 2326 manda: "El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar con las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda." (Código Civil, 2016)

En concordancia con esto, Díez menciona que: "la facultad de los acreedores para hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio del deudor, denomínase por la doctrina,

---

[61] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 2320.- La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves.
Las reglas particulares relativas a la hipoteca de las naves pertenecen al Código de Comercio.

[62] Claro está que, como excepción, la hipoteca afecta a bienes muebles si se relacionan al bien inmueble por accesión. Al respecto el Código Civil manda: "Art. 2322.- La hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta a los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles según el Art. 588; pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros." (Código Civil, 2016)

[63] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 2311.- La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública, o constituirse por mandato de la ley en los casos por ella establecidos.
Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que accede.

[64] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 2312.- La hipoteca deberá, además, ser inscrita en el registro correspondiente. Sin este requisito, no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde la inscripción.

[65] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 2334.- La inscripción de la hipoteca deberá contener:
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. Las personas jurídicas serán designadas por su denominación legal o popular y por el lugar de su establecimiento; y se extenderá a sus personeros lo que se dice de los apoderados o representantes legales en el inciso anterior;
2. La fecha y la naturaleza del contrato a que accede la hipoteca, y el archivo en que se encuentra.
Si la hipoteca se ha constituido por acto separado, se expresará también la fecha de este acto, y el archivo en que existe;
3. La situación de la finca hipotecada y sus linderos.
Si la finca hipotecada fuere rural, se expresará la provincia, cantón y parroquia a que pertenezca; y si perteneciere a varios, todos ellos.
Si fuere urbana, la ciudad, población, y la calle en que estuviere situada;
4. La cantidad determinada a que se extiende la hipoteca, en el caso del artículo precedente; y,
5. La fecha de la inscripción y la firma del registrador de la propiedad.

derecho de "prenda general", tomándose la palabra prenda en el sentido general de garantía" (2012, pág. 16)

Específicamente, la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir el bien hipotecado[66], ubicándolo en una situación de preferencia. El Código Civil manda:

> Art. 2327.- El ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica a la acción personal del acreedor para hacerse pagar con los bienes del deudor que no le han sido hipotecados; pero aquella no comunica a ésta el derecho de preferencia que corresponde a la primera.
> Esta disposición no se aplicará en los casos de excepción previstos en la ley. (Código Civil, 2016)

Por su parte, el Código Orgánico General de Procesos manda un embargo preferente para el acreedor hipotecario:

> Art. 385.- Embargo preferente de una o un acreedor hipotecario. No obstante lo dispuesto para el embargo de inmuebles, si un bien raíz es embargado por una o un acreedor no hipotecario, y luego ocurre que una o un acreedor hipotecario obtiene, en otro proceso, la orden de embargo de tal inmueble, se cancelará el primer embargo y se efectuará el segundo. La o el acreedor no hipotecario conservará el derecho de presentarse como tercerista en la ejecución seguida por la o el acreedor hipotecario.
> Lo mismo ocurrirá si el primer embargo se ha obtenido por una o un acreedor hipotecario y el segundo se pide por otro con hipoteca anterior. (Código Orgánico General de Procesos, 2017)

Lo más importante de destacar dentro de este análisis es la naturaleza accesoria que no se pierde. La hipoteca sigue la suerte de lo principal, por lo que existe y se extingue con esta. El Código Civil manda:

> Art. 2336.- La hipoteca se extingue junto con la obligación principal.
> Se extingue, asimismo, por la resolución del derecho del que la constituyó, o por el cumplimiento de la condición resolutoria, según las reglas legales.
> Se extingue, además, por la llegada del día hasta el cual fue constituida.

---

[66] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 2330.- La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido.
Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el juez.
Mas para que esta excepción surta efecto en favor del tercero, deberá hacerse la subasta con notificación personal, en el término de emplazamiento, de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca; los cuales serán cubiertos con el precio del remate, en el orden que corresponda.
El juez, entre tanto, hará consignar el dinero.

> Y por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva. (Código Civil, 2016)

La legislación no ha otorgado la posibilidad de iniciar un procedimiento autónomo para ejecutar la hipoteca. El acreedor hipotecario inicia un proceso judicial siguiendo la vía que le permita el contrato o título que contiene la obligación principal. El acreedor tiene un privilegio sobre el bien hipotecado. De esta forma, el acreedor hipotecario tiene la posibilidad de pedir el embargo del bien hipotecado en una providencia preventiva o al momento de ejecutar, donde tendrá un privilegio para el cobro del crédito[67][68].

En este caso, podríamos asimilar estas previsiones para las acciones del acreedor prendario. Se iniciaría el proceso que el contrato o título permita, y como medida preventiva[69] se solicita el embargo del bien[70][71] prendado. Así, se aseguraría que el bien prendado esté bajo resguardo mientras el proceso se desarrolla y en el caso de declararse que

---

[67] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 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.

[68] Código Civil (2016). Ecuador. Art. 2380.- Los créditos de la primera clase no se extenderán a las fincas hipotecadas, sino en el caso de no poder pagarse en su totalidad con los otros bienes del deudor, salvo lo dispuesto en el numeral 5o. del Art. 2374.
El déficit se dividirá entonces entre las fincas hipotecadas, a proporción de los valores de éstas; y lo que a cada una quepa se pagará con ella en el orden y forma que se expresan en los Arts. 2374 y 2375.

[69] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 124.- Procedencia. Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito.
El secuestro o la retención se solicitará a la o al juzgador de primera instancia, aun cuando la causa se halle ante la corte provincial.

[70] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 125.- Requisitos. Para que se ordene el secuestro o la retención, es necesario:
1. Que se pruebe la existencia del crédito.
2. Que se pruebe que los bienes de la o del deudor se encuentren en tal estado, que no alcancen a cubrir la deuda o que pueden desaparecer u ocultarse o que el deudor trate de enajenarlos.

[71] Código Orgánico General de Procesos (2017). Ecuador. Art. 129.- Secuestro. Podrá ordenarse el secuestro de bienes y sus frutos, en los casos en que se tema su deterioro.
La parte contra quien se pida el secuestro, podrá oponerse prestando, en el acto, caución suficiente.
El secuestro de bienes inmuebles se inscribirá en el registro de la propiedad. Mientras subsista el gravamen no podrá inscribirse otro, excepto la venta en remate forzoso.

el deudor incumplió la obligación y que el acreedor no se encuentra en mora, entonces el acreedor tendría el derecho de rematar el bien o quedarse con el mismo para asegurar el cumplimiento de la obligación. En esta opción, el acreedor prendario pasaría a tener privilegios en el cobro del crédito en la prelación de créditos.

Si bien esta norma implica algunos ajustes normativos, no se pretende que el tratamiento sea exactamente igual al de hipoteca por el tipo de bienes que se garantizan en cada una. Sin embargo, parece una opción viable debido a que en esencia ambos tipos de contratos tienen la misma naturaleza jurídica y se podrían tratar de forma similar.

4. Conclusiones

4.1. En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato prendario, éste es un acto jurídico bilateral generado por la voluntad de las partes que lo celebran, sin que haya mayor control en cuanto a su contenido y a las obligaciones contraídas. Además, el contrato prendario, tal como se estudió, nace a la vida jurídica con la finalidad de ser garantía para un acreedor al momento de un posible incumplimiento de una obligación principal.

Como se analizó, este contrato es accesorio, toda vez que se lo celebra para dar seguridad a un crédito (principal), tal como lo reconoce el artículo 2286 del Código Civil. Al ser un contrato accesorio, está relacionado con una obligación principal que debe cumplirse. Es decir, necesita de una obligación válida y subsistente. El principal efecto del contrato de prenda es precisamente el constituir una garantía, y, por lo tanto, en caso de que la obligación principal no sea cumplida, se recurre a ejecutarlo.

4.2. Por su parte, el procedimiento de ejecución, independientemente del título que se utilice para iniciarlo, requiere una serie de pasos y actuaciones dirigidas a hacer cumplir obligaciones incumplidas contenidas en títulos de ejecución. El proceso iniciará con la solicitud de ejecución y, si no existe una causa de oposición aceptada por el juzgador, ni tampoco el cumplimiento de la obligación durante el procedimiento, finalizará con el remate de los bienes para que, mediante ese acto, se dé cumplimiento forzoso de la obligación y se protejan los intereses del ejecutante.

4.3.Los títulos de ejecución, a excepción del contrato prendario y del contrato con reserva de dominio, son emitidos por, o ante, un tercero ajeno al conflicto, mismo que se entiende imparcial y que ha declarado o verificado la existencia del derecho contenido en el título. Estos títulos, generalmente contienen un derecho producto de la decisión o finalización de una controversia. Es decir que, los títulos de ejecución, por esencia, reconocen la existencia de un derecho declarado a favor de una parte. Esto acarrea que, al momento de su ejecución, el juzgador no deba realizar una función cognitiva y analítica respecto de los derechos o intereses controvertidos en el proceso anterior, pues se entiende que ellos están declarados o reconocidos en el

título. Bajo esta lógica, es correcto que existan causas taxativas de oposición, mismas que se limitan a probar el cumplimiento de la obligación reclamada.

Sin embargo, en nuestro análisis determinamos que no es adecuado sostener que es suficiente que el acreedor declare que el deudor ha incumplido con su obligación principal para que sea posible ejecutar el contrato prendario por la vía de ejecución prevista en el Código Orgánico General de Procesos. Al estudiar la naturaleza contractual de este título, podemos entender que no contiene en sí mismo una declaración absoluta de certeza de un derecho, y, que, por tener como origen la autonomía de la voluntad de las partes para garantizar una obligación principal, surge de una relación bilateral, en la que ambas están atadas a cumplir obligaciones principales. Es injusto y contrario a los derechos del ejecutado que el acreedor, a pesar de haber incumplido su obligación principal, siga teniendo la posibilidad de ejecutar un contrato, so pretexto de que su deudor incumpla la obligación que garantizaba al mismo, nacida de una relación jurídica donde ambas partes tenían contraprestaciones recíprocas.

4.4. El efecto jurídico así, sería que se vulneren los derechos del ejecutado, quien tendría la potestad de reclamar la reparación del daño causado por tal injusta ejecución por la vía ordinaria. Esto generaría que se activen dos procesos – de ejecución y posteriormente un proceso ordinario – para solventar un problema nacido de la misma relación, incumpliendo de forma directa con el espíritu del legislador de crear un Código que busque economía procesal, pues esto congestionaría el sistema de justicia aún más.

4.5. Como opciones para el tratamiento del contrato prendario proponemos:

i. Incluir la posibilidad de que el deudor alegue como causa de oposición en el procedimiento de ejecución que el acreedor incumplió su obligación en el contrato principal, encontrándose de esa forma, ambas partes en mora.

En caso de que el deudor alegue esta causa de oposición, se resolvería sumariamente y en forma previa a la ejecución. De esta forma, se debería crear una causa de oposición

exclusivamente para los contratos prendario y con reserva de dominio. En la oposición, el deudor prendario anunciaría prueba, y seguiría el trámite del procedimiento sumario.

Esta solución desvirtuaría la esencia del procedimiento de ejecución estrictamente establecido, porque daría paso a que se inicie previamente un proceso sumario.

ii. Asimilar el tratamiento jurídico del contrato prendario con el del contrato de hipoteca, atendiendo a que la naturaleza de ambos contratos es similar y permite tutelar los derechos del deudor prendario de mejor manera. Esta similitud se entiende tratada con sus distinciones, respetando, en general, al tipo de obligación que garantiza una y otra caución, y que la prenda recae sobre bienes muebles y la hipoteca sobre inmuebles.

Esta solución demanda algunas reformas normativas, lo que complicaría en general su aplicación inmediata. Pese a esto, si miramos a la esencia de ambos contratos, parece que el legislador podría tratarlos de la misma forma para precautelar los derechos del ejecutado prendario.

4.6. En definitiva, en este trabajo de investigación hemos demostrado que, el contrato prendario, no debió ser incluido como un título de ejecución; no obstante, dado que ya lo fue, sugerimos implementar alguna de las dos opciones antes descritas, a fin de precautelar los derechos del posible ejecutado.

Bibliografía:

Libros:

Abeliuk Manasevich, R. (2009). Capítulo II. El cumplimiento forzado. En R. A. Manasevich, *Las Obligaciones. Tomo II* (págs. 797-807). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Abrevaya, A. D. (2008). *El daño y su cuantificación judicial.* Buenos Aires: AbeledoPerrot.

Aguirre Guzmán, V. (2010). El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos. *FORO. Revista de Derecho. UASB*, 5-43. Obtenido de El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos: http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2976/1/03-Aguirre.pdf

Almeida Silva, M. E. (2004). Tesis. *Realidad Procesal de la ejecución de laudos arbitrales en el Ecuador*. Quito, Ecuador.

Alsina, H. (1962). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial.* 2da edicion.

Andrade González, A. (s/f). Tesis doctoral. *Ejecución de actas transaccionales y sentencias en conflictos colectivos de trabajo*. Quito, Ecuador: Pontificia Universidad del Ecuador.

Bejarano Sánchez, M. (1980). *Obligaciones Civiles.* México D.F.: Harla. Happer & Row Latinoamerica.

Borja Terán, D. C. (1997). Tesis Doctoral. *El juicio ejecutivo en el Ecuador*. Quito.

Bravo Diaz, A. (2005). *Contratos de crédito, aleatorios y de garantía.* México D.F.: IURE editores, S.A. de C.V.Y.

Buendia Grigoriu, L. (2004). El Contrato de Prenda Comercial. Bogotá, D.C.

Cabrera Acosta, B. H. (1994). *Teoría General del Proceso y de la Prueba.* Bogotá - Colombia: Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Carnelutti, F. (1944). *Sistemas de Derecho Procesal. Unión tipográfica.* . Buenos Aires: Editorial Hispano-Americana .

Cedillo Borja, J. S. (julio de 2017). Trabajo de titulación como requisito para la obtención del título de Abogado. *Derivación del juicio monitorio a ejecución por efecto del allanamiento*. Quito: http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/6570/1/131605.pdf. Obtenido de Derivación del juicio monitorio a ejecución por efecto del.

Cordeiro Alvarez, E. (1959). *Tratado de Derecho Civil.* Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina.

Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Parte tercera.* . Buenos Aires.

Cuenca Ojeda, W. E. (2011). *Fianza, Prenda e hipoteca.* Loja: Editorial Jurídica Andinagráfica.

Deu Armenta, T. (2009). *Lecciones de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Editorial Marcial.

Deu Armenta, T. (2013). *Lecciones de Derecho Procesal Civil.* Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.

Deu, T. A. (2013). *Lecciones de Derecho Procesal Civil* . Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales .

Díaz Domínguez, J. C. (1972). Tesis para la obtención del título de doctor en Ciencias Jurídicas. *La sentencia en el nuevo Código de Procedimiento Civil colombiano.* Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.

Duarte Díez, R. (2012). *La Hipoteca.* Santiago de Chile: El Jurista.

Ernesto Guarderas, M. B. (2016). *Código Orgánico General de Procesos. Manual Práctico y Analítico. Procedimientos, audiencias y teoría del caso.* Quito - Ecuador: Ediciones legales EDLE S.A.

Escriche. (1885). *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Edición aumentada y corregida por el Dr. Juan B. Guim.* París: Librería de Ch. Bouret.

Esperón Melgar, G. (2012). *Manual de Contratos Civiles y Mercantiles.* México: Trillas.

Espinosa Prado, O. (2002). *Principales Contratos.* Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

Garberi Llobregat, J. (2012). *Derecho Procesal Civil.* Barcelona: Editorial Bosch, S.A.

García Falconi, J. (2010). *La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral por responsabilidad subjetiva en contra de jueces, fiscales y defensores públicos.* Quito: Ediciones Rodin.

García Falconí, J. C. (2016). *Análisis Jurídico teórico-práctico del Código Orgánico General de Procesos.* Quito - Ecuador: Indugraf.

González, M. M. (1987). *Derecho Romano.* Harla, México.

Gruss Mayers, G. (2011). *Tratado del Juicio Ejecutivo. Juicio Ejecutivo.* Santiago de Chile: Editorial El Jurista.

Gruss Mayers, G. (2013). *Tratado del juicio ejecutivo. Teoría General de la ejecución y del remate judicial de inmuebles.* Santiago de Chile: Editorial El Jurista.

Guerra, A. y. (1999). *Realidad procesal de la ejeucion de la sentencia.* Quito: Centro de Investigaciones Jurídicas de la FENAJE.

Guzmán Bejarano, R. (2011). *Procesos declarativos, ejecutivos y arbitrales.* Bogotá - Colombia: Editorial Temis S.A.

Junco Vargas, J. R. (2002). *La Conciliación.* Bogotá: Editorial Temis.

Laneri Fueyo, F. (2004). *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Lasarte, C. (2003). *Curso de Dercho Civil Patrimonial.* Madrid: Editorial Tecnos.

León Quinde, F. E. (2002). *Elementos del incumplimiento de las obligaciones.* Quito-Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

Ludwig Ennecerus, T. K. (1971). *Tratado de Derecho Civil.* Barcelona - España: Bosch Casa Editorial.

Mena Villalba, M. (2001). *Análisis teórico y práctico del proceso de ejecución de la prenda.* Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.

Meza Barros, R. (1960). *De las fuentes de las obligaciones.* Editorial Juridica.

Morán Sarmiento, R. E. (2011). *Derecho Procesal Civil Práctico.* Guayaquil, Ecuador: Edilex S.A.

Ovalle Favela, J. (1982). *Derecho Procesal Civil.* México, D.F.: Harla Harper & Row Latinoamericana.

Palacio, L. E. (1984). *Derecho Procesal Civil, procesos de conocimiento (sumarios) y de ejecución.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Ramírez, M. M. (11 de marzo de 2016). *PBPLAW.* Obtenido de ¿Qué es un contrato con reserva de dominio?: http://www.pbplaw.com/que-es-contrato-reserva-dominio/

Restrepo Giraldo, C. E. (2013). *Apuntes sobre obligaciones y contratos.* Cali: Editorial Bonaventuriana. Universidad de Cali.

Sánchez Román, F. (1899). *Derecho Civil Español, Común y Foral, Libro Primero, Derechos Reales.* Madrid: Estudio Tipográfico Sucesores de Rivadeneira.

Valdés Sánchez, R. (1997). *La Transacción. Solución alternativa de conflictos.* Bogotá - Colombia: LEGIS S.A.

Valencia, A. A. (2010). Disertación previa a la obtención del título de licenciado en ciencias jurídicas . *La desnaturalización del proceso de ejecución en el juicio ejecutivo nacional vigente.* . Quito : Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Vásquez Gómez, C. (2010). *Teoría del Contrato.* Medellín: Universidad de Medellín.

Vásquez, D. G. (2014). *Condición resolutoria tácita y responsabilidad del deudor: dos remedios complementarios y autónomos contra el incumplimiento.* Bogotá - Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Vescovi, E. (1984). *Teoría General del Proceso.* Bogotá - Colombia: Editorial TEMIS.

Vicuña Domínguez, L. y. (2016). *Manual del Código Orgánico General de Procesos.* Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).

Zabala Egas, J. (s/f). *Iuris Dictio - Sección Monográfica.* Obtenido de La Unidad Jurisdiccional: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/La_unidad_jurisdiccional.pdf

Códigos:

Asamblea Nacional del Ecuador. (12 de septiembre de 2014). Código de Comercio. *Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 agosto de 1960*. Ecuador.

Asamblea Nacional del Ecuador. (21 de diciembre de 2015). Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial 449 de 20 octubre de 2008*. Ecuador.

Asamblea Nacional del Ecuador. (22 de mayo de 2015). Ley de Arbitraje y Mediación. *Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006*. Ecuador.

Asamblea Nacional del Ecuador. (22 de mayo de 2016). Código Civil. *Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005*. Ecuador.

Asamblea Nacional del Ecuador. (31 de mayo de 2017). Código Orgánico General de Procesos. *Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015*. Ecuador.

Asamblea Nacional del Ecuador. (05 de febrero de 2018). Código Orgánico de la Función Judicial. *Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009*. Ecuador.

ANEXO 1

LEY 1564 DE 2012. Código General del Proceso

País: Colombia

Fecha: julio de 2012

Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012

En sitio: http://leyes.co/codigo_general_del_proceso/468.htm

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

La ley 1564 de Colombia manda:

> Artículo 468. Disposiciones especiales para la efectividad de la garantía real. Cuando el acreedor persiga el pago de una obligación en dinero, exclusivamente con el producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda, se observarán las siguientes reglas:
> 1. Requisitos de la demanda. La demanda, además de cumplir los requisitos de toda demanda ejecutiva, deberá indicar los bienes objeto de gravamen. A la demanda se acompañará título que preste mérito ejecutivo, así como el de la hipoteca o prenda, y si se trata de aquella un certificado del registrador respecto de la propiedad del demandado sobre el bien inmueble perseguido y los gravámenes que lo afecten, en un período de diez (10) años si fuere posible. Cuando se trate de prenda sin tenencia, el certificado deberá versar sobre la vigencia del gravamen. El certificado que debe anexarse a la demanda debe haber sido expedido con una antelación no superior a un (1) mes. La demanda deberá dirigirse contra el actual propietario del inmueble, la nave o la aeronave materia de la hipoteca o de la prenda. Si el pago de la obligación a cargo del deudor se hubiere pactado en diversos instalamentos, en la demanda podrá pedirse el valor de todos ellos, en cuyo caso se harán exigibles los no vencidos. Si del certificado del registrador aparece que sobre los bienes gravados con prenda o hipoteca existe algún embargo ordenado en proceso ejecutivo, en la demanda deberá informarse, bajo juramento, si en aquél ha sido citado el acreedor, y de haberlo sido, la fecha de la notificación.
> 2. Embargo y secuestro. Simultáneamente con el mandamiento ejecutivo y sin necesidad de caución, el juez decretará el embargo y secuestro del bien hipotecado o dado en prenda, que se persiga en la demanda. El registrador deberá inscribir el embargo, aunque el demandado haya dejado de ser propietario del bien. Acreditado el embargo, si el bien ya no pertenece al demandado, el juez de oficio tendrá como sustituto al actual propietario a quien se le notificará el mandamiento de pago. En este proceso no habrá lugar a reducción de embargos ni al beneficio de competencia.
> 3. Orden de seguir adelante la ejecución. Si no se proponen excepciones y se hubiere practicado el embargo de los bienes gravados con hipoteca o prenda, o el ejecutado hubiere prestado caución para evitarlo o levantarlo, se ordenará seguir adelante la ejecución para que con el producto de ellos se pague al demandante el crédito y las costas. El secuestro de los bienes inmuebles no será necesario para ordenar seguir adelante la ejecución, pero sí

para practicar el avalúo y señalar la fecha del remate. Cuando no se pueda efectuar el secuestro por oposición de poseedor, o se levante por el mismo motivo, se aplicará lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 596, sin que sea necesario reformar la demanda.

4.Intervención de terceros acreedores. En el mandamiento ejecutivo se ordenará la citación de los terceros acreedores que conforme a los certificados del registrador acompañados a la demanda, aparezca que tienen a su favor hipoteca o prenda sobre los mismos bienes, para que en el término de diez (10) días contados desde su respectiva notificación hagan valer sus créditos, sean o no exigibles. La citación se hará mediante notificación personal y si se designa curador ad litem el plazo para que éste presente la demanda será de diez (10) días a partir de su notificación. Citados los terceros acreedores, todas las demandas presentadas en tiempo se tramitarán conjuntamente con la inicial, y el juez librará un solo mandamiento ejecutivo para las que cumplan los requisitos necesarios para ello; respecto de las que no los cumplan se proferirán por separado los correspondientes autos. En la providencia que ordene seguir adelante la ejecución se fijará el orden de preferencia de los distintos créditos y se condenará al deudor en las costas causadas en interés general de los acreedores y en las propias de cada uno, que se liquidarán conjuntamente. Vencido el término para que concurran los acreedores citados, se adelantará el proceso hasta su terminación. Si hecho el pago al demandante y a los acreedores que concurrieron sobrare dinero, se retendrá el saldo a fin de que sobre él puedan hacer valer sus créditos los que no hubieren concurrido, mediante proceso ejecutivo que se tramitará a continuación, en el mismo expediente, y deberá iniciarse dentro de los treinta (30) días siguientes al mencionado pago, vencidos los cuales se entregará al ejecutado dicho saldo.

5. Remate de bienes. El acreedor con hipoteca de primer grado, podrá hacer postura con base en la liquidación de su crédito; si quien lo hace es un acreedor hipotecario de segundo grado, requerirá la autorización de aquél y así sucesivamente los demás acreedores hipotecarios. Si el precio del bien fuere inferior al valor del crédito y las costas, se adjudicará el bien por dicha suma; si fuere superior, el juez dispondrá que el acreedor consigne a orden del juzgado la diferencia con la última liquidación aprobada del crédito, y de las costas si las hubiere, en el término de tres (3) días, caso en el cual aprobará el remate. Si el acreedor no realiza oportunamente la consignación se procederá como lo dispone el inciso final del artículo 453. Si son varios los acreedores y se han liquidado costas a favor de todos, se aplicará lo preceptuado en el numeral 7 artículo 365. Cuando el proceso verse sobre la efectividad de la prenda y ésta se justiprecie en suma no mayor a un salario mínimo mensual, en firme el avalúo el acreedor podrá pedir su adjudicación dentro de los cinco (5) días siguientes, para lo cual en lo pertinente se aplicarán las reglas de este artículo. Cuando a pesar del remate o de la adjudicación del bien la obligación no se extinga, el acreedor podrá perseguir otros bienes del ejecutado, sin necesidad de prestar caución, siempre y cuando éste sea el deudor de la obligación.

6. Concurrencia de embargos. El embargo decretado con base en título hipotecario o prendario sujeto a registro, se inscribirá aunque se halle vigente otro practicado sobre el mismo bien en proceso ejecutivo seguido para el cobro de un crédito sin garantía real. Recibida la comunicación del nuevo embargo, simultáneamente con su inscripción el registrador deberá cancelar el anterior, dando inmediatamente informe escrito de ello al juez que lo decretó, quien, en caso de haberse practicado el secuestro, remitirá copia de la diligencia al juez que adelanta el proceso con base en garantía real para que tenga efectos en éste y le oficie al secuestre dándole cuenta de ello. En tratándose de bienes no sujetos a registro, cuando el juez del proceso con garantía prendaria, antes de llevar a cabo el

secuestro, tenga conocimiento de que en otro ejecutivo sin dicha garantía ya se practicó, librará oficio al juez de este proceso para que proceda como se dispone en el inciso anterior. Si en el proceso con base en garantía real se practica secuestro sobre los bienes prendados que hubieren sido secuestrados en proceso ejecutivo sin garantía real, el juez de aquél librará oficio al de éste, para que cancele tal medida y comunique dicha decisión al secuestre. En todo caso, el remanente se considerará embargado a favor del proceso en el que se canceló el embargo o el secuestro a que se refieren los dos incisos anteriores. Cuando en diferentes procesos ejecutivos se decrete el embargo del mismo bien con base en garantías reales, prevalecerá el embargo que corresponda al gravamen que primero se registró. El demandante del proceso cuyo embargo se cancela, podrá hacer valer su derecho en el otro proceso dentro de la oportunidad señalada en el inciso primero del numeral 4. En tal caso, si en el primero se persiguen más bienes, se suspenderá su trámite hasta la terminación del segundo, una vez que en aquel se presente copia de la demanda y del mandamiento de pago. Si el producto de los bienes rematados en el proceso cuyo embargo prevaleció, no alcanzare a cubrir el crédito cobrado por el demandante del otro proceso, éste se reanudará a fin de que se le pague la parte insoluta. Si en el proceso cuyo embargo se cancela intervienen otros acreedores, el trámite continuará respecto de éstos, pero al distribuir el producto del remate se reservará lo que corresponda al acreedor hipotecario o prendario que hubiere comparecido al proceso cuyo embargo prevaleció. Satisfecho a dicho acreedor total o parcialmente su crédito en el otro proceso, la suma reservada o lo que restare de ella se distribuirá entre los demás acreedores cuyos créditos no hubieren sido cancelados; si quedare remanente y no estuviere embargado, se entregará al ejecutado. Cuando el embargo se cancele después de dictada sentencia de excepciones no podrá el demandado proponerlas de nuevo en el otro proceso.

7. Obligaciones distintas de pagar sumas de dinero. Si la obligación garantizada con hipoteca o prenda es de entregar un cuerpo cierto o bienes de género, de hacer o de no hacer, el demandante procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428.

PARA TÍTULOS PROFESIONALES DE TERCER NIVEL (INGENIEROS, ABOGADOS, MÉDICOS, ETC)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

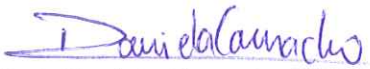
DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **MARÍA DANIELA CAMACHO CHÁVEZ,** C.I. **1716755630,** autora del trabajo de graduación intitulado: **"LA RAZONABILIDADAD JURÍDICA DE LA INCLUSIÓN DEL CONTRATO PRENDARIO COMO TÍTULO DE EJECUCIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, COGEP"**, previa a la obtención del título profesional de **ABOGADO** en la Facultad de **Jurisprudencia**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 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 Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 19 de septiembre de 2018



María Daniela Camacho Chávez
C.I. 1716755630



REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL, IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 171675563-0
APELLIDOS Y NOMBRES
CAMACHO CHAVEZ
MARIA DANIELA
LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA
QUITO
CHAUPICRUZ
FECHA DE NACIMIENTO 1994-12-29
NACIONALIDAD ECUATORIANA
SEXO F
ESTADO CIVIL SOLTERA



INSTRUCCIÓN BACHILLERATO
PROFESIÓN / OCUPACIÓN ESTUDIANTE
E111111111
APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
CAMACHO VEINTIMILLA DIEGO ERNESTO
APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
CHAVEZ ESPINOSA SORAYA BEATRIZ
LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2013-01-21
FECHA DE EXPIRACIÓN
2023-01-21
Daniela Camacho
DIRECTOR GENERAL
FIRMA DEL CEDULADO
0010089173



CERTIFICADO DE VOTACIÓN
4 DE FEBRERO 2018
REPÚBLICA DEL ECUADOR
CNE
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

020
JUNTA No
020 - 085
NÚMERO
1716755630
CÉDULA
CAMACHO CHAVEZ MARIA DANIELA
APELLIDOS Y NOMBRES
PICHINCHA
PROVINCIA
CIRCUNSCRIPCIÓN:
QUITO
CANTÓN
ZONA: 1
JIPIJAPA
PARROQUIA