



**UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO**

**FACULTAD DE: DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO**

**TÍTULO: LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS  
CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES  
FINANCIERAS**

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO  
PREVIO A OPTAR POR EL GRADO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES  
Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**NOMBRE DEL ESTUDIANTE:**

**PAULA ZAMBRANO BARZALLO**

**NOMBRE DEL TUTOR:**

**ABG. ROBERT ALEXANDER FRIEND MACÍAS MTR.**

**SAMBORONDÓN, AGOSTO, 2018**

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

### **La hipoteca de las cuotas hereditarias y las consecuencias...**

**Paula M. Zambrano Barzallo, Universidad de Especialidades Espíritu Santo – Ecuador, [paulazambrano@uees.edu.ec](mailto:paulazambrano@uees.edu.ec), Facultad de Derecho, Política y Desarrollo, Edificio P, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Km 2.5 Vía Puntilla Samborondón.**

#### **Resumen**

Las cauciones son una de las formas más antiguas para asegurar el cobro de obligaciones, las principales son: la fianza, prenda e hipoteca. En efecto, el presente trabajo investigativo se centrará en la hipoteca de cuotas hereditarias, como garantía aceptada por una institución financiera. Es así que, a través del método de investigación analítica descriptiva, se obtuvieron como resultado, las posibles consecuencias que este tipo de garantías podrían acarrear para el acreedor hipotecario, las que incluso podrían llegar a dejar sin efecto dicha hipoteca, o imposibilitar la ejecución de la misma. Asimismo, se determinarán las potenciales sanciones administrativas, civiles y penales que la institución financiera podría adquirir al aceptar cuotas hereditarias como garantías adecuadas. Además, se hará alusión a legislaciones de otros países, con el objetivo de identificar cuáles de ellos permiten hipotecar cuotas hereditarias y cuáles, no. En tal sentido, se concluyó que la hipoteca de cuotas hereditarias es una garantía ineficiente y poco certera para el aseguramiento de un crédito hipotecario.

***Palabras claves:*** instituciones financieras, cuotas hereditarias, comunidad, herencia, garantías, hipoteca

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

### **Abstract**

The bonds are one of the oldest forms to ensure the collection of obligations, the main ones are: the bond, pledge and mortgage. In effect, this research work will focus on the mortgage of hereditary fees, as a guarantee accepted by a financial institution. Thus, through the method of descriptive analytical research were obtained as a result, the possible consequences that this type of collateral could bring to the mortgagee, which could even end this mortgage, or disable the execution of the same. Likewise, the potential administrative, civil and criminal sanctions that the financial institution could acquire, by accepting hereditary quotas as adequate guarantees, will be determined. In addition, reference will be made to legislations from other countries, with the objective of identifying which of them allow mortgaging hereditary quotas, and which do not. In this regard, it was concluded that the mortgage of hereditary installments is an inefficient and uncertain guarantee for the securing of a mortgage loan.

**Keywords:** financial institutions, hereditary fees, community, inheritance, guarantees, mortgage

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

### **Introducción**

Desde su aparición, las instituciones financieras se presentan como una de las fuentes para obtener recursos económicos mediante la concesión de créditos. Por lo que, para asegurar el cobro de los mismos, se emplean cauciones. De forma general, estas cauciones, sean civiles o mercantiles, reciben la denominación de prenda, hipoteca y fianza sin desconocer la existencia de otras figuras que cumplen la misma función, como por ejemplo: el fideicomiso mercantil de garantía. Estas obligaciones accesorias son exigidas por las instituciones financieras dependiendo de las condiciones de financiamiento del préstamo otorgado y del perfil de riesgo económico del titular que contrae la obligación con dicha institución.

Este trabajo se centrará en el análisis de la hipoteca como un tipo de caución, cuando su objeto verse sobre una universalidad de derechos y obligaciones, llamada herencia. En ese sentido, se demostrará la posibilidad de poder hipotecar un objeto que no precisamente es un bien inmueble, sino que recaiga en los derechos hereditarios de un bien inmueble. De la misma manera, mediante el método analítico descriptivo, se demostrará cuáles son algunos de los riesgos que corren las instituciones financieras al aceptar este tipo de cauciones, así como las posibles consecuencias que resulten de la concesión de créditos a través de estas garantías.

### **1. Hipoteca de la cuota hereditaria y los riesgos del gravamen**

#### *1.1. La hipoteca: antecedente histórico y el objeto al cual se aplica*

En el Derecho Romano las garantías para el aseguramiento de una obligación, en un primer momento fueron de carácter personal, lo cual consistía en que el deudor en caso de no cumplir con su obligación respondía con su libertad a través de un

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

proceso ejecutivo solemne llamado *legis actio per manus iniunctionem* o Ley de Aprehensión Corporal (Guzmán Brito, 2012, págs. 250-251). Este proceso se lo puede apreciar en la Ley de las XII Tablas. El mismo que, para iniciarse, requería que la deuda haya sido previamente reconocida por el deudor o haya sido declarada en un proceso judicial.

Una vez cumplida esta condición, el acreedor tenía derecho a tomar de la mano al deudor para llevarlo ante un pretor y esperar que un posible fiador responda por dicha deuda; caso contrario, el acreedor tomaba como prisionero al deudor, exhibiéndolo por los mercados a la espera de que un fiador cumpla con la obligación; y, si no sucedía ninguna de las anteriores, el acreedor podía vender al deudor como esclavo e incluso ejecutarlo. Finalmente, en el año 326 A.C. este proceso desapareció con la *lex Poetelia Papiria*. (Rodríguez Otero, 2003, págs. 1619-1692)

Al eliminarse la responsabilidad personal por deudas, se dio paso a las garantías reales que, con el desarrollo del comercio y la economía permitieron a los acreedores tener una mayor protección de los créditos otorgados. Es así que se incluyeron garantías como la *fiducia cum creditore*, la cual era un tipo de propiedad fiduciaria cuya única condición era el pago; el *pignus*, que fungía como un derecho de prenda, y posteriormente se estableció la llamada *actio quasi serviana o hypothecaria*, donde el acreedor debía de probar la hipoteca ante el pretor para que este obligue al deudor a transferir el bien hipotecado y al resarcimiento de daños hacia el acreedor (Petit, 1967, págs. 296-300; Borda, 2013, págs. 199-200).

La relevancia de la hipoteca fue incrementando y tomando un papel fundamental en la cotidianidad de las relaciones interpersonales, tanto así que

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

actualmente, la hipoteca es considerada como un derecho inmobiliario y accesorio, reconocido en el Código Civil ecuatoriano en el artículo 2309. No obstante, es importante destacar que el objeto de la hipoteca a pesar que históricamente fueron bienes inmuebles, con las nuevas necesidades se requirió la implementación de ciertos cambios. Es así que en la actualidad, también se puede realizar hipotecas sobre bienes muebles y bienes incorpóreos. En Ecuador se puede observar lo manifestado en la hipoteca que recae sobre naves según lo estipulado en el artículo 724 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 2320 del Código Civil, Acuerdo de Cartagena Decisión 487 de la Comunidad Andina, y, finalmente se lo puede apreciar en el Código Aeronáutico en el artículo 199. Respecto a la hipoteca sobre bienes futuros y de la cuota del comunero, se regulan en el artículo 2321 del Código Civil y sobre la cuota de la comunidad hereditaria según lo señalado el artículo 2319 del mismo cuerpo legal.

### *1.2. Relación jurídica entre la herencia y la comunidad*

Los términos copropiedad, comunidad e indivisión en la doctrina tienen varios significados en razón de las diferentes concepciones dependiendo del autor al que se recurra. Para el presente trabajo, se tomará como referencia una clara explicación de Velásquez Jaramillo:

Cuando el derecho que se tiene en común es distinto del derecho real de dominio, existe una comunidad, como sería el caso de la herencia. Si la pluralidad de sujetos se presenta sobre un objeto y el derecho ejercido es el dominio, el fenómeno se denomina copropiedad. (2014, pág. 227)

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

En ese sentido, Alessandri, Somarriva y Vodanovic también se refieren a la comunidad como “la relación o el conjunto de relaciones en que aparecen como sujetos varias personas, que pueden ejercer simultáneamente derechos de igual naturaleza jurídica sobre una misma cosa o sobre un mismo conjunto de cosas” (2015, pág. 226). Por otra parte, según lo señalado en la Serie 18 Gaceta Judicial 1 del 23 julio de 2004 la comunidad puede nacer a través de diferentes factores: por medio de un acto jurídico como en el caso de varias personas que adquieren en conjunto un bien; por la ley, como sucede en la propiedad horizontal y sus bienes comunes; y, finalmente se puede originar la comunidad por la ocurrencia de un hecho, como en el caso de la muerte que da paso a los derechos hereditarios o en el cuasicontrato de comunidad.

En todos estos tipos de comunidad, el derecho con el cual se representa el dominio de sus miembros sobre la cosa común recibe el nombre de “cuota” la cual es una porción ideal, determinada o determinable y de carácter incorpóreo. Por lo anterior, no se puede establecer qué parte específica le corresponde a cada uno de los comuneros ya que no hay división material de la cosa común hasta que se interponga la acción de partición.

Relacionando lo anterior y centrandó el análisis al tema objeto de este apartado, la muerte del causante provoca el nacimiento de la comunidad y esta genera la división de las cuotas de los herederos respecto de los bienes pertenecientes al *cujus*. Por tanto, a partir de que la herencia es deferida, el comunero tiene derecho de disposición sobre su cuota hereditaria, tal como lo expresa en el Expediente de Casación 172, Registro Oficial 553, 29 de Marzo del 2005 de la ex Corte Suprema de

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

Justicia del Ecuador, en donde se reconoce “El comunero puede disponer libremente de su derecho de cuota-parte, para lo cual no requiere consenso de los demás comuneros; por ello, como dijimos, puede venderlo, cederlo o hipotecarlo”. Por consiguiente, es inevitable concebir que los herederos a partir de la deferencia de la herencia, tienen pleno derecho de disposición de su cuota hereditaria y no debe resultar extraño que estos puedan venderla o gravarla; no obstante, esta última puede traer graves consecuencias tanto para el acreedor hipotecario como para el deudor.

### *1.3. Riesgos que asume el acreedor hipotecario al aceptar una garantía sobre derechos hereditarios.*

En líneas anteriores se concluyó que las cuotas hereditarias son de carácter incorpóreo y que al igual de las cuotas del comunero, estas pueden disponerse jurídicamente. En ese sentido, la facultad de disposición que mantiene el heredero sobre esta cuota parte, puede gravarse libremente y por lo tanto dependiendo del bien sobre el cual recae, hipotecarse o prendarse. Sin embargo, el hecho de que las cuotas hereditarias sean susceptibles de ser gravadas, no significa que no existan riesgos para el acreedor que acepte como garantía dicha cuota hereditaria. Se pueden presentar varios problemas como pueden ser: la pugna de cobro entre los acreedores del causante y los acreedores del heredero, el desconocimiento del número total de herederos, y la imposibilidad de ejecución de la hipoteca.

#### *1.3.1. Pugna entre los acreedores del causante y los acreedores de los herederos*

La masa hereditaria es un conjunto de derechos y obligaciones producto de lo que en un momento fue el patrimonio del causante. Por esta razón, mal se podría

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

afirmar que el derecho de propiedad sobre una cuota hereditaria implique siempre un beneficio económico, puesto que, existe la posibilidad de que las deudas y obligaciones del causante, sean mayores a sus activos.

En la misma línea de pensamiento, Claro Solar, considera que las cuotas hereditarias se pueden llegar a confundir con el patrimonio del heredero una vez que estas hayan sido deferidas, y de esta manera, tanto los acreedores del causante como los acreedores del heredero, tendrían derecho sobre estos bienes y sobre el patrimonio personal de este último (pp. 182-183). A razón de lo anterior, se han establecido derechos auxiliares, entre los cuales se encuentran: el beneficio de inventario y el beneficio de separación (Abeliuk Manasevich, 2014, págs. 89-90).

El beneficio de inventario da la posibilidad a que los herederos del causante respondan solamente por las obligaciones hereditarias o testamentarias hasta el monto que han recibido tal cual lo establece el artículo 1270 del Código Civil ecuatoriano. Por otra parte, el beneficio de separación, según lo mencionado en el artículo 1394 del Código Civil ecuatoriano es un tipo de medida de precaución que permite separar el patrimonio del causante del patrimonio del heredero, para que el primero se conserve a fin de que la garantía general se ejecute y se produzca el pago hacia los acreedores del difunto. Esta separación de patrimonios se solicita en contra de los acreedores personales del heredero hasta antes de la partición (Parra Benítez, 2016, pág. 99), ya que su fin es obtener un pago preferente sobre los bienes dejados por el causante (Meza Barros, 2015, págs. 201-205).

Cabe destacar que, el beneficio de inventario no representa un riesgo para el acreedor hipotecario, este no tiene incidencia práctica, ya que el objeto de esta acción

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

se limita a restringir las obligaciones del heredero con respecto a los activos recibidos a través de su cuota. Por su parte, el beneficio de separación ejercido por los acreedores del causante, sí tiene incidencia en un caso práctico, porque esta permite a estos acreedores interponer una acción rescisoria contra aquellas enajenaciones y constituciones de hipotecas en favor de acreedores del heredero hasta seis meses aperturada la sucesión; siempre y cuando no tengan como objeto el pago o aseguramiento de créditos en favor de otros acreedores del causante tal cual lo establece el artículo 1400 del Código Civil ecuatoriano.

En el caso de que el heredero llegue a hipotecar su cuota hereditaria y que previamente haya existido un beneficio de separación podría el acreedor del causante hasta seis meses de aperturada la sucesión, dejarla sin efectos. Sin embargo, surge una interrogante por responder respecto de qué sucede si se efectúa la hipoteca y luego se solicita el beneficio de separación. En aplicación del artículo 1396 del Código Civil ecuatoriano, la hipoteca de igual forma quedaría sin efecto alguno, debido a que dicho artículo al no tener una prohibición taxativa, permite deducir que el beneficio puede interponerse, y ésta se podría rescindir según lo explicado en el artículo 1400 del Código Civil, a pesar que se haya constituido previamente. Es así que con la sola interposición del beneficio de separación, la hipoteca de cuotas hereditarias quedaría lejos de ser una garantía.

### *1.3.2. Desconocimiento del número real de herederos del causante*

No todo resulta siempre según lo previsto, es por esto que no debe ser extraño que luego de la muerte del causante y después de la aceptación de la herencia, aparezcan nuevos herederos que tengan los mismos derechos o incluso mejores que

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

aquellos que han aceptado con anterioridad la herencia y se reputan herederos. En el primer caso por ejemplo, se podría presumir que cierto número de hermanos son el total de herederos y con la posible adhesión de otro nuevo heredero, el resultado sería la disminución del porcentaje de las cuotas hereditarias de los herederos iniciales; y, el segundo posible escenario, puede darse al suponer equívocamente que el causante no tuvo descendientes y con la revelación de la existencia de éstos, aquellos que hasta ese momento se creían herederos, perderían sus derechos hereditarios. Es así que estas posibilidades representan más riesgos sobre la hipoteca de la cuota hereditaria ya que el nuevo heredero. Eventualmente, adquiriría derechos sucesorios sea cual fuere el caso en particular.

Por otra parte, es importante analizar las vías que tiene el nuevo heredero para participar en la herencia, las cuales variarán dependiendo si este fue reconocido por el causante en vida o no. De existir la filiación con anterioridad a la muerte del causante, el nuevo heredero deberá ejecutar de manera directa la acción de petición para participar dentro del proceso de sucesión, a diferencia del heredero no reconocido, quien para llegar a involucrarse en la herencia, deberá iniciar previamente una acción de investigación de paternidad o maternidad consagrada en el artículo 255 del Código Civil ecuatoriano, la cual es imprescriptible. Por tanto cabe incluso después de la muerte del progenitor y solo después de aquella declaración, el nuevo heredero obtiene derecho de pedir la herencia, según señala el artículo 1287 del Código Civil ecuatoriano.

La aplicación de la acción de petición de herencia se lleva dentro del proceso de sucesión, y deberá de presentársela inclusive hasta después de que se realice la

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

partición, lo cual incide en esta última, ya que se deberá de rehacer la partición para otorgar los derechos respectivos al nuevo heredero (Parra Benítez, 2016, págs. 151-159). En el artículo 1292 del Código Civil ecuatoriano se estipula que la acción de petición de herencia prescribe en un tiempo de quince años, por tanto, a pesar de que la filiación no prescribe, es importante considerar que luego de este tiempo, a pesar de ser heredero, ya no se podría llegar a obtener derechos sucesorios.

A consecuencia de lo mencionado, a pesar de que la cuota hereditaria hipotecada se haya adjudicado en la partición sobre bienes inmuebles suficientes para su posterior ejecución, siempre existirá el riesgo de que en cualquier momento se pueda presentar un nuevo heredero y se deba rehacer la partición, disminuyendo así el porcentaje de las cuotas; o en el peor de los escenarios, que el heredero hasta entonces desconocido, deje sin derecho a los que se consideraban herederos y de esta manera extinguiendo también la garantía inmobiliaria.

### *1.3.3. Imposibilidad de ejecutar la hipoteca de la cuota hereditaria*

Hay que recordar que la hipoteca se constituye como una garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación principal que al no ser cumplida, se procede a ejecutar la misma. Sin embargo, este escenario de ejecución puede resultar complicado ya que sin importar lo estipulado en la hipoteca, dentro de la partición se deberá custodiar que efectivamente el bien inmueble acordado sea adjudicado al acreedor hipotecario, o que la cantidad de bienes inmuebles asignados sean suficientes para cubrir lo signado en la hipoteca; ya que según sostiene Somarriva Undarraga (2015) si los bienes otorgados no son hipotecables, la hipoteca caducaría en concordancia con lo dispuesto en el primer inciso del artículo 2319 del Código

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

Civil ecuatoriano, el cual señala que los actos realizados sobre bienes que finalmente no le fueron adjudicados al comunero, caducan. En el segundo inciso del mencionado artículo, también se determina la posibilidad de que la hipoteca subsista sobre los bienes adjudicados a los demás comuneros, siempre que estos acepten su participación en la hipoteca mediante escritura pública y con el requisito de inscribirla al margen de la escritura de hipoteca primigenia y la inscripción registral respectiva, lo cual vuelve a la hipoteca inoponible al dueño sin provocar nulidad ya que se considera una especie de ratificación sobre hipoteca de bien ajeno (pp. 150-151).

Además del riesgo anterior, otra complicación que podría presentarse en la ejecución de la hipoteca sobre derechos hereditarios es que el acreedor hipotecario a pesar de tener el derecho de involucrarse dentro del proceso de sucesión y pedir la partición, en esta última participa no solo el interés del acreedor hipotecario sino que también se visualiza el interés de otros posibles herederos. Por lo tanto, se estaría a la expectativa de que se llegue a un consenso entre todos aquellos que tienen interés en la masa hereditaria o caso contrario el juez decidirá conforme lo establece el artículo 1352 numeral 7 del Código Civil ecuatoriano.

Por consiguiente, se puede afirmar que el derecho del acreedor hipotecario se encuentra sujeto a una especie de condición suspensiva hasta que se le adjudique el bien inmueble en la partición. En razón a esto, países como Chile han prohibido la hipoteca de los inmuebles que estuvieren pro indiviso, según lo establecido en el último inciso del artículo 72 del Decreto con Fuerza de Ley 126, el cual indica que la forma de otorgar cierta seguridad de cobro al acreedor hipotecario es que todos los

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

comuneros concurran en la constitución de la hipoteca; De esta manera, la caución le incumbiría a todos los herederos y a pesar de lo que se determine en la partición, la caución se mantendría estable.

### **2. Regulación de las garantías hipotecarias en las entidades del sistema financiero**

El Sistema Financiero Nacional según el artículo 309 de la Constitución del Ecuador en concordancia con el artículo 160 del Código Orgánico Monetario y Financiero -en adelante, COMF- está integrado por el Sector Público -bancos y corporaciones-, Sector Privado -bancos múltiples y bancos especializados-, el Sector Financiero Popular y Solidario -cooperativas de ahorro y crédito, cajas centrales, entidades asociativas y solidarias, y los Servicios Auxiliares del Sistema Financiero. Por otra parte, el artículo 6 del COMF, describe que además de las mencionadas, forman parte del Sistema Financiero Nacional los siguientes órganos de control, regulación y sanción: la Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, el Banco Central del Ecuador -BCE-, Unidad de Análisis Financiero y Económico -UAFE- y la Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados. De los anteriores, el mayor órgano de regulación y supervisión es la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, conformada por miembros que son parte de la Función Ejecutiva, la cual se encuentra a cargo de la formulación de las políticas públicas, y de la regulación y supervisión del sistema monetario, crediticio, financiero, de seguros y valores, según se desprende del artículo 13 del COFM.

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

Respecto de la regulación de los préstamos garantizados con hipotecas otorgados por las entidades financieras, es preciso manifestar que pertenecen a las llamadas operaciones activas, según lo establecido en el artículo 194 del COMF y dichas operaciones, así como las contingentes, deben respetar límites, como no poder establecer préstamos con una misma persona natural o jurídica por una suma que exceda el 10% del patrimonio técnico de la entidad financiera, o en el caso que dicha operación exceda este porcentaje, la norma permite que hasta un 20% se realice contando con garantías de bancos nacionales o extranjeros de reconocida solvencia o consideradas como garantías adecuadas, según el artículo 210 del COMF.

Según lo establecido en numeral 15 del artículo 31, subsección I, sección IV del capítulo XXVI de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, una garantía adecuada para créditos hipotecarios “es aquella constituida a favor del acreedor sobre bienes inmuebles, para respaldar las obligaciones contraídas por el deudor”. Si bien es cierto, el concepto previamente manifestado no se diferencia de lo expuesto por el Código Civil ecuatoriano, en la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, libro I, título II, capítulo XXI, sección I, artículo 1, numeral 1 literal b, se sostiene que las garantías sobre inmuebles (incluidas aquellas que lo son por accesión), se consideran como garantías adecuadas; siendo los únicos requisitos la verificación de que esta se haya realizado con todos los parámetros legales y que se encuentre inscrita dentro del registro correspondiente. Además debe especificar que los bienes inmuebles gravados por la hipoteca serán tomados con los precios predominantes en el mercado, tal como establece el mencionado cuerpo legal.

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

En conexión con lo expuesto anteriormente, se puede afirmar que la hipoteca de las cuotas hereditarias sobre un bien inmueble, están incluidas dentro de las determinadas garantías adecuadas. No obstante, su aceptación dependerá de la discrecionalidad de la entidad del sector financiero, ya que ésta evaluará si la garantía es adecuada de acuerdo a sus políticas internas de administración de riesgos. De igual manera, es esencial que las entidades financieras tengan la disponibilidad suficiente en su presupuesto destinado a créditos, ya que por ningún motivo se deberá de perder la liquidez, según el artículo 189 del COMF.

Las entidades del sector financiero tienen la responsabilidad de administrar sus riesgos, por lo cual, deberán de implementar políticas y estrategias que los definan y mitiguen, siguiendo lo dispuesto en el artículo 3, Sección II, Capítulo VII, Título II del Libro I de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros. Cabe indicar que la ejecución de las operaciones activas respecto a la hipoteca de cuotas hereditarias a favor de entidades del sector financiero, podrían materializarse dentro de las prohibiciones establecidas en el artículo 255 del COMF, específicamente los numerales 9 y 15; el primero de ellos establece la prohibición de que las entidades del Sistema Financiero Nacional realicen operaciones de créditos por sobre los límites autorizados, mientras que el segundo, cita la prohibición de conceder garantías distintas a las determinadas por la Junta de Política Monetaria y Financiera, o solicitar garantías menores en calidad y cantidad que las establecidas por dicha Junta. Estas prohibiciones son además incluidas dentro de los artículos 261 y 262 del mismo Código, es decir entre las infracciones muy graves y graves respectivamente.

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

Por incurrir en las faltas mencionadas, las instituciones del sector financiero pueden ser sancionadas administrativamente, entendiéndose que estas poseen la obligación de enviar informes mensuales a los órganos de control respectivos y, en caso de identificarse alguna irregularidad o el cometer alguna prohibición, podrán ser sancionados a través del pago de un valor pecuniario ejecutado por el BCE; cuando la sanción sea muy grave, incluso podrían llegar a perder la autorización de realizar ciertas operaciones, y en las sanciones graves, se podría acarrear la suspensión de los administradores hasta por noventa días o amonestaciones, según lo dispuesto en el artículo 264 y 267 del COMF. A todo lo expuesto, hay que agregar la responsabilidad civil de la entidad, cuando haya causado perjuicios a sus usuarios u organismos estatales según lo establece el artículo 273 del COMF, e inclusive la posibilidad de responder penalmente, siguiendo lo dicho en el artículo 266 del COMF.

Es por esta razón que no resulta factible para una entidad del sector financiero otorgar un crédito hipotecario que tenga como garantía cuotas hereditarias, puesto que, los pocos parámetros que la ley otorga para calificar a una garantía como adecuada, no resultan efectivos para el aseguramiento del crédito en este caso en particular. Los riesgos que asume la entidad financiera al contratar con cuotas hereditarias son mayores al beneficio que estas podrían recibir.

### **3. ¿Posible responsabilidad penal?**

Cuando una entidad del sector financiero acepta como garantía una hipoteca sobre derechos hereditarios para dar seguridad al cumplimiento de una obligación principal llamada crédito, otro de los escenarios es la posible adecuación de una conducta típica según lo descrito en los verbos rectores del delito de peculado. Sea

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

porque el funcionario de la institución financiera o su directivo, al conceder el crédito se excede del monto estipulado en el artículo 210 del COMF, o porque a su vez, se aceptan garantías poco adecuadas según lo establecido por el artículo ibídem.

Es importante establecer que no se necesita un requisito de procedibilidad para que la Fiscalía General del Estado inicie la acción pública para investigar este delito, es decir, no se requiere de un informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, a razón de que, es la misma institución financiera a través de los informes que presentan a los órganos de control, quien transmite todos los movimientos y operaciones realizados, de los cuales se puede desprender aquellos ilícitos, y de manera automática, los órganos de control pueden tomar medidas que consideren pertinentes, que varían desde sanciones administrativas, o alertar de manera directa a la Fiscalía General del Estado (FGE) según lo dispuesto en la Resolución No. 08-2015 de la Corte Nacional de Justicia, en su Artículo Único.

El delito de peculado estipulado en el artículo 278, en sus numerales cuarto y sexto establecen un tipo penal dentro de otro, ya que en estos se puede determinar una malversación de fondos privados, siendo el objeto protegido opuesto a un peculado clásico, el cual versa sobre bienes públicos. Adhiriéndose a lo mencionado en dicho artículo podrían cometer peculado los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de instituciones financieras públicas o privadas que en razón a su cargo hayan dispuesto fondos, aprobado operaciones que disminuyan el activo, o congelado fondos o depósitos; y que estos hayan causado perjuicio económico a la institución financiera, sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares. En virtud de aquello,

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

cabe agregar que el peculado es un delito especial impropio; porque requiere que el actor posea una calidad particular, como ser funcionario de una entidad del sector financiero, ya que si lo comete un sujeto no cualificado, la conducta guarda correspondencia con otro delito común, como en este caso puede ser hurto o abuso de confianza (Mir Puig, 2010, pág. 228).

Es así que, los funcionarios y directores encargados de la concesión y aprobación de créditos en las instituciones financieras están en el deber de evaluar el riesgo del préstamo crediticio según lo dispuesto en el artículo 375 del COMF en concordancia a lo estipulado en la Codificación de Resoluciones de la Junta de Política Financiera, Monetaria de Valores y Seguros Capítulo XXII Sección I artículo 3, y del artículo 3 sección II capítulo VII del mismo cuerpo legal.

Además, para ser posible la imputación del delito, se deberá corroborar la presencia del dolo por parte del actor, ya que este tipo penal solo existe en dicha modalidad. En tal sentido, en la situación de que se haya concedido un crédito hipotecario con garantía de cuotas hereditarias, sin la observancia de todos los procesos internos de evaluación de riesgo, sin la intención de obtener beneficios o causar perjuicios, y como resultado de una falta de diligencia, no se podría atribuir responsabilidad penal por delito alguno. No siendo el caso, del funcionario que de manera dolosa no haya actuado diligentemente, a pesar que tenía de obligación de hacerlo, pues ahí se podría establecer la presencia del dolo. Finalmente, se puede determinar que conceder un crédito con garantía de cuotas hereditarias, no asegura que se cometerá el delito de peculado, ya que, lo que tipifica la norma penal es la

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

indebida actuación del funcionario, conducta que bien se podría presentar con cualquier otro tipo de garantía.

### **4. Legislación comparada**

A continuación, se realizará un estudio de las legislaciones de otros países en torno a la hipoteca de cuotas hereditarias en entidades del sistema financiero, a fin de identificar si son permitidas o en su defecto prohibidas.

#### *4.1. Colombia*

En la legislación colombiana, la situación de la hipoteca de cuotas hereditarias a instituciones financieras es idéntica a la de Ecuador. En el Código Civil colombiano, artículo 2442, se señala exactamente lo mismo que en el artículo 2319 del Código Civil ecuatoriano, permitiendo a los comuneros hipotecar su cuota hasta antes de la indivisión; de igual manera, en la circular externa No. 100 de 1995, capítulo II, que trata a las garantías idóneas, no se especifica que la hipoteca de cuotas hereditarias, o que bienes en indivisión estén prohibidos, simplemente se especifica que las garantías antes de ser aceptadas como tal, deberán de pasar por avalúos para demostrar su certeza y suficiencia a fin de cubrir la obligación principal (este avalúo dependerá del tipo de crédito y de las políticas de la institución financiera).

#### *4.2. Chile*

Como se había mencionado previamente, este país ha prohibido la hipoteca de cuotas hereditarias dentro del sistema financiero según lo dispuesto en el artículo 72 del Decreto con fuerza de ley 126 del 24 de julio de 1953, debido al riesgo de su subsistencia por depender de los resultados de la partición. A pesar de que, dentro de

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

su Código Civil en el artículo 2417, se permite dicha hipoteca al igual que en Colombia y Ecuador.

### *4.2.1. México*

Dentro de la legislación se establece que un comunero podrá hipotecar su cuota siempre que cuente con el consentimiento de cada uno de sus copropietarios, además, dentro del proceso de división, el acreedor hipotecario podrá intervenir para impedir que a su deudor se le otorgue un bien de valor menor, según lo signado en el artículo 2902 del Código Civil federal. Por otra parte, dentro de la Ley de Instituciones de Crédito en el capítulo III artículo 65 se especifica que las operaciones activas que realicen las instituciones deberán de analizar la viabilidad de pago por parte de sus clientes, a partir de información cuantitativa y cualitativa, que permita establecer su solvencia crediticia y la capacidad de pago.

### *4.3. España*

En el Código Civil español, se estipula en el artículo 399 que los comuneros al tener plena propiedad sobre su cuota hereditaria, podrán enajenarla, cederla o hipotecarla. En concordancia con ello, la Ley Hipotecaria es la encargada de regular el mercado hipotecario de España, y en su artículo 105 determina que la hipoteca puede garantizar todo tipo de obligaciones sin que esta llegue a limitar la responsabilidad del deudor, es así que en el mismo cuerpo legal se establece que se deberá realizar una anotación preventiva dentro del registro correspondiente para dar efecto publicitario; esto para que las partes contratantes conozcan la situación del objeto de la garantía.

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

### 5. Conclusiones

- Se determinó que la herencia es un tipo de comunidad, por lo tanto una vez aceptada la herencia, los herederos adquieren la calidad de comuneros y la capacidad de disposición sobre su cuota hereditaria.
- Los acreedores del causante pueden accionar derechos auxiliares, como el beneficio de separación y así dejar sin efecto la hipoteca, además de la posibilidad de la aparición de un nuevo heredero con igual o mejores derechos, que podría presentarse incluso luego de realizada la partición, por otra parte, la especificación de los bienes hipotecados dentro del contrato, no asegura que estos efectivamente sean adjudicados dentro del proceso de partición.
- Las entidades del Sistema Financiero pueden aceptar créditos hipotecarios con la garantía de cuotas hereditarias porque son consideradas como garantías adecuadas; no obstante traen consigo consecuencias, tanto para la Institución acreedora como para el funcionario que la concede, resultando poco prácticas y fiables para el aseguramiento de un crédito.
- Dentro del ámbito penal, se concluyó que el aceptar créditos con garantía de cuotas hereditarias, no conlleva peculado; ya que este no es el único medio para su cometimiento, depende de la acción dolosa del funcionario que lo otorga.
- Las legislaciones de Colombia, México y España, aceptan la hipoteca de cuotas hereditarias tanto en materia civil, como con instituciones financieras; mientras que la legislación Chilena, difiere en esta última, ya que no permite

## LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

que bienes proindiviso sean garantía de hipoteca para instituciones financieras.

### 6. Referencias bibliográficas

Abeliuk Manasevich, R. (2014). *Las Obligaciones*. Chile.

Alessandri Rodriguez, A., & Somarriva Undurraga, M. (1974). *Curso de Derecho Civil: Los bienes y los derechos civiles* (Tercera ed.). Santiago de Chile, Chile: Editorial Nascimento.

Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (2015). *Tratado de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile.

Borda, G. (2013). *Tratado de derecho civil: Derechos Reales*. Buenos Aires, Argentina: La ley.

Claro Solar, L. (2013). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado: De los Bienes*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Guzman Brito, A. (2012). *Derecho Privado Romano*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Obtenido de <https://app.vlex.com/#WW/sources/6202>

Juicio de partición, 25-04 (Ex Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil 23 de 07 de 2004).

Meza Barros, R. (2015). *Manual de derecho civil: de las fuentes de las obligaciones* (Décima ed., Vol. II). Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Meza Barros, R. (2015). *Manual de La Sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos* (Novena ed.). Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS  
DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

Mir Puig, S. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona, España: Editorial Reppertor.

Parra Benítez, J. (2016). *Derecho de Sucesiones* (Segunda ed.). Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín.

Parraguez Ruiz, L. (2016). *EL régimen jurídico de los bienes*. Quito, Ecuador: Ediciones Iuris Dicio.

Petit, E. (1967). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México D.F.: Editora Nacional S.A.

Posesión Efectiva (Ex Corte Suprema de Justicia - Segunda Sala de lo Civil y Mercantil 10 de 02 de 2005).

Recurso de Casación (Ex Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil 23 de 07 de 2004).

Rodriguez Otero, L. (Mayo - Junio de 2003). El enigmático "Nexum" como precedente de la hipoteca. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*(677), 1619-1692. Obtenido de [https://app.vlex.com/#WW/search/\\*/Legis+actio+per+manus+iniectioem/vid/329510](https://app.vlex.com/#WW/search/*/Legis+actio+per+manus+iniectioem/vid/329510)

Somarriva Undarraga, M. (2015). *Indivisión y Partición*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Velásquez Jaramillo, L. (2014). *Bienes*. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS.

### 6.1.Leyes citadas

Asamblea Bicameral (1889). *Código civil de España*.

LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS  
DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

Asamblea Constituyente (2008). *Constitución de la República del Ecuador*.

Asamblea Nacional (1861). *Código Civil*.

Asamblea Nacional (2014). *Código Orgánico Integral Penal*.

Asamblea Nacional (2014). *Código Orgánico Monetario y Financiero*.

Banco Central de Chile (1953). *Decreto con fuerza de ley 126*.

Congreso Nacional de Chile (1856). *Código Civil de Chile*.

Congreso de Colombia (1887). *Código civil de Colombia*.

Junta de Regulación Monetaria y Financiera (2017). *Codificación de Regulaciones  
Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Libro I*.

Ministerio de Justicia (1945). *Ley hipotecaria*.

Superintendencia Financiera de Colombia (2016). *Circular básica monetaria  
financiera*.

Senado de la Republica (1928). *Código civil federal*.

Senado de la República (2008). *Ley de Instituciones de Crédito*.

LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS  
DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

6.2. *Bibliografía*

- Acedo Penco, Á. (2014). *Derecho de Sucesiones: El testamento y la herencia*. Madrid, España: Dykinson.
- Amado Ramírez, E. d. (2016). *Derecho de Sucesiones* (Primera ed.). Lima, Perú: San Marcos de Aníbal Jesús Paredes Galván.
- Dominguez Aguila, R., & Dominguez Benavente, R. (2011). *Derecho Sucesorio*. Santiago de Chile, Chile: Jurídica de Chile.
- Donna, E. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Donna, E. (2012). *Derecho Penal Parte Especial* (Vol. III). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Eguiguren, G. (2008). *Derecho de propiedad en el Ecuador* (Primera ed., Vol. 29). Quito, Ecuador: Corporación Editorial Nacional.
- Larrea Holguín, J. (2008). *Manual elemental de derecho civil del Ecuador: Del dominio o propiedad, modos de adquirir y el fideicomiso* (Vol. IV). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Ospina Fernández, G. (2016). *Régimen General de las Obligaciones* (Octava ed.). Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Osterling Parodi, F., & Castillo Freyre, M. (2014). *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima, Perú: Palestra Editores.

LA HIPOTECA DE LAS CUOTAS HEREDITARIAS Y LAS CONSECUENCIAS  
DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: INSTITUCIONES FINANCIERAS

Pacheco Osorio, P. (2013). *Derecho Penal Especial*. Bogotá, Colombia: TEMIS.

Zavala Egas, J. (2015). *Peculado General y Bancario de un precedente jurisprudencial a un estudio dogmático del COIP*. Guayaquil, Ecuador: Murillo Editores.