



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMBARCACIONES NAVALES Y SU  
REPERCUSIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS REALES DESDE  
LA ÓPTICA DEL DERECHO BANCARIO

Autor

Paul Santiago Reyes Flores

Año  
2019



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMBARCACIONES  
NAVALES Y SU REPERCUSIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE  
GARANTÍAS REALES DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO  
BANCARIO

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los  
requisitos establecidos para optar por el título de Abogado de  
los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía:

Mg. Miren Josune Torrontegui Martínez

Autor:

Paul Santiago Reyes Flores

Año

2019

## **DECLARACION DEL PROFESOR GUIA**

Declaro haber dirigido el trabajo, LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMBARCACIONES NAVALES Y SU REPERCUSIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS REALES DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO BANCARIO, a través de reuniones periódicas con el estudiante Paul Santiago Reyes Flores, en el semestre 201920, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

---

Miren Josune Torrontegui Martínez

Master en Ciencias Políticas

CC.1708057631

## **DECLARACION DEL PROFESOR CORRECTOR**

Declaro haber revisado este trabajo, LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMBARCACIONES NAVALES Y SU REPERCUSIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS REALES DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO BANCARIO, del estudiante Paul Santiago Reyes Flores, en el semestre 201920, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

---

Roberto Santiago Lara Narváez

Doctor en Jurisprudencia

CC.1715957799

## **DECLARACION DE AUTORIA DEL ESTUDIANTE**

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigente.

---

Paul Santiago Reyes Flores

CC.171404219-7

## **AGRADECIMIENTOS**

Debo agradecer a muchas personas que nunca dejaron que me detengan, son tantas las personas que han estado conmigo, familia amigos, pero en especial debo decir gracias a mi padre por siempre creer en mí, por enseñarme a luchar y ser mi héroe, a mi madre por empujarme y exigirme a dar más de mí, a mi hermano por ser un ejemplo en la vida.

Gracias infinitas.

## **DEDICATORIA**

Quiero dedicar el siguiente trabajo a mis padres, quienes siempre me han enseñado que un resbalón no es caída, que los sueños se los debe perseguir y lucharlos hasta el último, esto es para ustedes. A la memoria de mi abuelo que no puede estar aquí físicamente, pero sea donde sea que esté espero hacerte sentir orgulloso de mi y de mis triunfos.

## RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la constitución de garantías crediticias, sobre embarcaciones navales; la llamada hipoteca naval, de antigua data, para la cual se acude a una ficción jurídica, como es considerar a las embarcaciones navales como inmuebles cuando su naturaleza jurídica es de un bien mueble.

Para la comprensión de la figura y de las dificultades que entraña como mecanismo de garantía se realiza una revisión de nociones básicas de banca tanto en el derecho público como en el privado. En lo que respecta a créditos bancarios se citan definiciones y se describen sus características. De forma posterior se analizan las operaciones bancarias específicamente a las operaciones activas que corresponden al otorgamiento de créditos, y su mecanismo de perfeccionamiento que constituye el contrato de mutuo.

En lo que corresponde a la temática de garantías, personales y reales, se las estudia como medios de seguridad del cumplimiento de la obligación que adquiere el deudor frente al acreedor. Dentro de las garantías reales se analiza a la prenda con registro o sin desplazamiento, y a la hipoteca, las que son utilizadas de forma habitual dentro de la actividad financiera.

Finalmente, se realiza un análisis a la hipoteca naval para posteriormente compararla con otras figuras como la prenda industrial (con registro o sin desplazamiento).



## **ABSTRACT**

The present legal research analyzes the properties its types, the real rights that are constituted over them and their use to guarantee credits granted by financial entities.

Also, we enounce basic notions around banking and business law related in public and private practice. In regards to bank loans this study treats their definitions and characteristics. Subsequently, the banking operations are investigated specifically to the active operations corresponding to the granting of credits, specifically the improvement mechanism that constitutes the banking loan agreement.

In relation to guarantees that are divided in two type's personal and real, they are studied as measurement of security in compliance with the obligation for the payee.

According to the real guarantees that are examine we take a better look at the object of the property given with registration or without displacement. At the same time the mortgage which is regularly used in the financial activity.

Finally, the study focuses on naval vessels, properties that are movable by nature but when it's used as a guarantee of obligations are considered as properties that are not movable, thus creating a legal fiction. In this sense an analysis is made to the naval mortgage to later compare it with other figures such as industrial properties with registration or without displace.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
1. CAPÍTULO I. TIPOS DE BIENES Y GARANTÍAS QUE CORRESPONDEN A CADA UNO DE ELLOS .....	3
1.1. Bienes .....	4
1.2. Clasificación de los bienes.....	4
1.2.1 Bienes corporales .....	5
1.2.2 Bienes muebles .....	6
1.2.3 Bienes inmuebles.....	7
1.3. Tipos de garantías reales.....	8
1.3.1 Generalidades .....	8
1.3.2 Prenda .....	9
1.3.3 Hipoteca.....	11
2. CAPÍTULO II. CRÉDITOS BANCARIOS Y SUS GARANTÍAS.....	12
2.1. Contrato bancario.....	13
2.1.1 Antecedentes.....	13
2.1.2 Noción de banca.....	15
2.1.3 Características.....	16
2.1.4 Operaciones bancarias.....	18
2.1.5 El crédito.....	20
2.2. El contrato de mutuo.....	20
2.2.1 Noción de mutuo.....	20

2.2.2 Características jurídicas.....	21
2.2.3 Partes del contrato de mutuo y sus obligaciones.....	21
2.3. Constitución de garantías.....	23
2.3.1 Garantías personales y reales .....	24
2.3.2 La prenda.....	25
2.3.3 La hipoteca .....	28
<b>3. CAPÍTULO III. EMBARCACIONES NAVALES</b>	
<b>COMO GARANTÍA DEL CRÉDITO .....</b>	<b>30</b>
3.1. Concepto y naturaleza de embarcaciones navales .....	30
3.1.1 Concepto .....	30
3.1.2 Naturaleza jurídica .....	31
3.2. La hipoteca naval .....	32
3.2.1. Historia y origen .....	32
3.2.2. Doctrina y normativa .....	34
3.3. Problemática .....	37
3.3.1. Hipoteca naval vs. Prenda sin desplazamiento y con registro .....	37
<b>4. CONCLUSIONES.....</b>	<b>43</b>
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>46</b>

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda el problema jurídico del otorgamiento de una categoría que no le correspondería a las embarcaciones navales para efectos de constitución de derechos reales, para garantizar obligaciones dentro del sistema financiero, es decir, se las considera como bienes inmuebles, a pesar de que por esencia estos objetos son muebles, debido a que tienen la capacidad de trasladarse de un lugar a otro, sin embargo, sobre las naves por mandato legal se deben constituir hipoteca a efecto de garantizar obligaciones crediticias, por lo tanto se crea la ficción jurídica de considerarlos como bienes inmuebles, por lo que el objetivo principal es demostrar que no existe en la actualidad, razón jurídica o práctica para darles un tratamiento especial.

Para demostrar lo antes dicho, en el presente ensayo a lo largo del mismo se emplearán distintos métodos de investigación, que desarrollen los objetivos planteados, se utilizarán métodos tales como el Descriptivo, el Inductivo, y el Analítico, cumpliendo con esto los objetivos secundarios que son: describir y analizar la naturaleza de los bienes y el tipo de garantías reales aplicable a cada uno de ellos; así como identificar y demostrar que el otorgarles naturaleza de bienes inmuebles a las embarcaciones navales es innecesario, ya que los efectos jurídicos de una prenda son los mismos que los de una hipoteca. Finalmente se evidencia que el darles un tratamiento especial a las embarcaciones navales para constituir garantías reales, podría generar perjuicios en las garantías otorgadas en favor de los acreedores.

El método descriptivo será la base de la investigación, con el cual se identificará el problema jurídico; por otra parte, el método inductivo será utilizado para analizar casos particulares para generar conclusiones generales, y finalmente, el método analítico nos permitirá generar analogías y nuevas teorías para mejorar la práctica bancaria.

Se abarcarán distintos temas y términos de uso cotidiano, como son: bienes; garantías, sean estas hipotecarias o prendarias; créditos, etc., empleados tanto por personas, naturales como jurídicas, que requieren de formas de obtención de capital para la realización y financiamiento de sus actividades que podrían ser comerciales y/o industriales.

El estudio ha sido realizado desde tres ópticas: la Legal; la Doctrinaria y la experiencia profesional obtenida en la Corporación Financiera Nacional B.P. como banca de desarrollo, que busca el crecimiento económico del país por medio de la financiación de proyectos, interrelacionados con los métodos de investigación antes descritos.

Para abordar la problemática planteada en la investigación, es necesario realizar el estudio de los bienes, empezando por definiciones doctrinarias, así como las establecidas en la norma legal, con el objetivo de entender la importancia que toman para sus propietarios, cuando pretenden ejercer sobre ellos derechos reales, para financiar sus actividades; así como para los acreedores tener garantías adecuadas para cubrir sus operaciones crediticias. La constitución de una garantía real sobre un bien en el campo financiero y bancario es significativa, debido a que el otorgar a un acreedor una garantía real que le brinde la seguridad necesaria para el cumplimiento de una obligación, permite el acceso a distintos créditos que ofrecen las entidades financieras.

Para poder entender el uso de la prenda o hipoteca en el ámbito bancario se realizará un estudio de su historia y su origen, así como sobre qué tipo de bienes recae cada una de estas figuras jurídicas. Posteriormente, se enlazarán estos tipos de garantías al contrato de mutuo, el cual será analizado, ya que es el convenio que por excelencia perfecciona los préstamos. Se enfocará el estudio a las embarcaciones navales, mismas que a lo largo de la historia han sido importantes para el comercio mundial, porque al ser medios de transporte han permitido el intercambio de bienes, productos e incluso de personas.

El tema de las embarcaciones navales tiene una naturaleza jurídica compleja, en razón de que, si bien constituyen bienes muebles por mandato legal, para efectos de constitución de garantías son considerados como bienes inmuebles, dando así a este tipo de bienes una ficción jurídica. De esta forma, se estudiará la historia y el origen de la hipoteca naval; realizando un estudio comparativo con otras figuras jurídicas utilizadas hoy en día por las entidades financieras en su calidad de acreedores para la constitución de garantías para el resguardo de sus operaciones crediticias.

Con el estudio se pretende dar respuestas a las incógnitas que han surgido desde el inicio del ejercicio laboral, como: ¿Por qué a las embarcaciones navales se las debe hipotecar y no preñar?, ¿La hipoteca naval es una forma segura de garantizar una obligación crediticia?, ¿Existen otros medios legales que puedan reemplazar a la hipoteca naval como un contrato de garantía?

De igual forma se podrá ver como la normativa que regula la actividad comercial no ha tomado en cuenta a otra institución como la prenda industrial (sin desplazamiento y con registro) que es utilizada y aplicada a los bienes muebles, para efectos de constituir garantías que brindan seguridad jurídica e incluso, cuya inscripción debería encontrarse interconectada entre los distintos registros (mercantiles), y por el contrario se sigue utilizando instituciones de antigua data como la hipoteca naval.

## **1. CAPÍTULO I. TIPOS DE BIENES Y GARANTÍAS QUE CORRESPONDEN A CADA UNO DE ELLOS**

En el presente capítulo abordamos a los bienes, su concepto y cómo estos son clasificados; y en base a esto qué derechos y qué garantías reales se ejerce sobre cada uno de ellos; con la finalidad de conocer, entender y diferenciar a

los distintos tipos de bienes que existen en nuestro entorno común y que, además son utilizados diariamente por las personas.

### **1.1. Bienes**

Tomando en consideración que el objeto de análisis del presente capítulo son los bienes y las garantías reales que recaen sobre los mismos, es importante mencionar que a manera general “(...) en el lenguaje jurídico se emplean normalmente como sinónimos los términos ‘bien’ y ‘cosa’ (...) ‘cosa’ es toda entidad real o posible, trasciende de los márgenes de lo jurídico. ‘Bien’, en cambio, es la cosa, en cuanto puede ser objeto de relaciones jurídicas, o realmente lo es” (Larrea Holguín, 2008, p. 1). Asimismo, Guillermo Cabanellas (2006, p. 48), define a los bienes como: “Aquellas cosas de que los hombres se sirven y con las cuales se ayudan. Cuantas cosas pueden ser de alguna utilidad para el hombre”. Por lo tanto, tenemos que los bienes son los objetos que representan beneficio para las personas y que son útiles para sus propietarios. De este modo, se entiende entonces también, que un bien puede ser sujeto de protección siempre que el mismo sea lícito y sea funcional para el titular.

Consecuentemente, podemos decir que los bienes son cosas susceptibles de ser objeto de comercio y representan una utilidad para el hombre, y que pueden ser objeto de apropiación y de derechos sobre los mismos. A los bienes desde el Derecho Romano se los ha clasificado dependiendo de su naturaleza, es decir si pueden ser trasladados de un lugar a otro, o no.

### **1.2. Clasificación de los bienes**

En el Derecho Romano ya existía una clasificación de bienes, considerada como “*Distinción de segundo orden o secundario*”, específicamente para los bienes corporales (bienes muebles e inmuebles). Aunque esta clasificación era relativa, es considerada de gran importancia por los juristas, toda vez que

existía una separación absoluta entre los contratos y la propiedad (Ochoa, 2008, p. 12). La clasificación de los bienes se da en función de la naturaleza e importancia de cada bien (Parraguez, 2018, p. 68). Por lo tanto, tenemos que los bienes se dividen en grupos dependiendo de su origen y los efectos que producen, así como por su situación o relación jurídica.

De este modo, y a manera general, se podría decir que existen tres grandes categorías clasificatorias de bienes: la clasificación de los bienes aisladamente considerados (bienes corporales e incorporeales, bienes muebles e inmuebles, bienes genéricos y específicos, consumibles y no consumibles, fungibles y no fungibles y, divisibles e indivisibles); la clasificación que atiende a la relación de un bien con otro (bienes principales y accesorios, singulares y universales); y la clasificación en la cual se toma el punto de vista de relación con las personas o su apropiabilidad y titularidad (bienes apropiables e inapropiables, comerciales y extracomercio, público y privados) (Clemente de Diego citado en Parraguez, 2018, p. 133). Lo que quiere decir que existen varios tipos de bienes, cada uno con características particulares, intrínsecas, específicas, cualitativas y cuantitativas que los diferencian de unos de otros, así como sus diversos efectos y derechos que pueden recaer sobre ellos.

Para el caso que nos atañe, se analiza la clasificación correspondiente a los bienes aisladamente considerados, mismos que se definen como los que conllevan una utilidad económica para sus propietarios y, por lo tanto, que sobre ellos se puedan llevar a cabo negocios jurídicos lícitos, entre personas capaces y con causa justa.

### **1.2.1 Bienes corporales**

Guillermo Cabanellas (2006, p. 48) define a los bienes corporales como: “Los que se hallan en la esfera de nuestros sentidos”. De igual forma, el artículo 583 del Código Civil ecuatoriano indica que bienes o cosas corporales son: “(...) las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una



casa, un libro”. Se define a este tipo de bienes como: “(...) lo que tiene materia física (...). La característica más sobresaliente de corporal consiste en ocupar espacio, y tener por lo tanto cierta magnitud. Lo corporal, además, es normalmente perceptible por algún sentido (...)” (Larrea Holguín, 2008, p. 5).

De igual forma, una subdivisión de los bienes corporales, es en: bienes muebles e inmuebles; clasificación que es importante y relevante ya que trae consigo un sinnúmero de consecuencias jurídicas, como los derechos y garantías que sobre ellos se pueden ejercer. Por lo tanto, se entiende entonces que bienes corporales son todos aquellos los que pueden ser perceptibles por nuestros sentidos y a su vez, sobre los mismos pueden recaer lo mencionado sobre derechos y garantías reales, ya que tanto la normativa aplicable a la materia, así como la doctrina, demuestran que los bienes son activos de importancia que forman parte del patrimonio de su propietario, y por lo que pueden ser comprometidos por este a fin de adquirir pasivos.

### **1.2.2 Bienes muebles**

En el Derecho Romano, los bienes muebles eran considerados como bienes de segunda clase sin mayor valor, en el cual el solo hecho de la posesión daba el título de pertenencia o posesión (Ochoa, 2008, p. 45). Guillermo Cabanellas (2006, p. 49) define a los bienes muebles como: “Los que sin alteración alguna pueden trasladarse de una parte a otra”. De igual forma, el artículo 585 del Código Civil a la letra manda: “Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas”.

Asimismo, se define a este tipo de bienes como: “(...) lo que puede ser movido o de hecho se mueve (...)” (Larrea Holguín, 2008, p. 12), “(...) aquellos que son movilizables (del latín mobilis), es decir, que pueden trasladarse de un lugar a otro sin afectación o detrimento de su substancia (...)” (Parraguez, 2018, p. 78).

Por lo tanto, se entiende entonces que los bienes muebles son aquellos que tienen la característica particular de que pueden transportarse de un lugar a otro por sí mismos o por acción de una fuerza y que, según su propia naturaleza, pueden ser reemplazables por cosas de su mismo género o utilidad, o consumirse con su primer uso o con el paso del tiempo.

A su vez, los bienes muebles se dividen en fungibles y no fungibles (Código Civil, 2016, art. 593). De esta manera, se define a los bienes fungibles como aquellos que son reemplazables o sustituibles; sin que esta situación altere las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos. Un claro ejemplo de este tipo de bienes es la especie monetaria, ejemplo que incluso es citado por nuestro Código Civil. Por otra parte, los bienes no fungibles son aquellos cuya utilización no cambia su naturaleza.

Una segunda clasificación de estos bienes son los bienes consumibles y no consumibles, los primeros son conocidos por extinguirse con su primer uso, mientras que los no consumibles son aquellos que se utilizan sin que desaparezcan (Suárez, 2008, p. 253). Cabe mencionar que en la actualidad el valor y tipo de los bienes muebles se ha incrementado, en virtud del crecimiento de la industria y de la tecnología, lo que se puede observar en ciertas máquinas y artefactos industriales y científicos, los buques y aeronaves (Ochoa, 2008, p. 45).

Por lo tanto, podemos decir que los bienes muebles son todos aquellos bienes que son susceptibles de ser trasladados mientras no se encuentren adheridos al suelo, y al existir gran variedad de los mismos estos han sido sub clasificados dependiendo de su utilización y de los beneficios que representan para sus poseedores, así como el poder ser reemplazados por otros de la misma especie y género que satisfagan las necesidades.

### **1.2.3 Bienes inmuebles**

Los bienes inmuebles son catalogados como aquellas cosas que por su naturaleza no pueden trasladarse de un lugar a otro. Así, el artículo 585 del Código Civil define a estos bienes como: “(...) las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles (...)” (Código Civil, 2016, art. 585).

Por su parte, Parraguez (2018, pp. 83,88) señala que los bienes inmuebles se clasifican por su naturaleza, por adherencia y por destinación. Los primeros son aquellos que están directamente relacionados con el suelo o la superficie, los segundos aquellos que como su nombre lo indica están adheridos al suelo y los terceros que conforme lo determina el artículo 588 del Código Civil: “(...) están destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento (...)”. Cabe mencionar que estos últimos al comienzo de su existencia son muebles, pero al adherirse a un bien inmueble conforman una sola unidad (Suárez, 2008, p. 254).

Por lo expuesto, se entiende entonces que bien inmueble es toda cosa que no puede transportarse de un lugar a otro, ya sea por su naturaleza, porque está adherida al suelo o porque debido a la naturaleza del bien en sí mismo está destinada a ser parte de un inmueble.

### **1.3. Tipos de garantías reales**

#### **1.3.1 Generalidades**

El artículo 593 del Código Civil, define al derecho real como el: “(...) derecho (...) que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona (...)” (Código Civil, 2016, art. 593); de igual forma, el mismo articulado indica que: “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 (...)” (Código Civil, 2016, art. 585). Por consiguiente, se entiende entonces que este

derecho puede ejercitarse directamente por el propietario del bien, sin intermediación alguna y en los parámetros que la normativa aplicable disponga.

Lo antes dicho conlleva a mencionar que según la doctrina clásica, el derecho real reconoce únicamente el elemento subjetivo y el objetivo. El elemento subjetivo es el sujeto activo del derecho (titular), y el objetivo, es la cosa sobre la cual recae el derecho.

Por otra parte, Parraguez (2018, p. 101) define a los derechos reales como:

(...) una potestad que se ejercita en forma directa e inmediata, sin intermediación subjetiva alguna, sobre la cosa que constituye u objeto (...) del modo en que lo hace, por ejemplo, el propietario de una casa, que puede aplicar la suma de sus potestades sobre ella (...).

De igual forma, la doctrina determina una clasificación de los derechos reales, indicando que existen los derechos reales que recaen sobre las cosas y los derechos reales que se aplican a bienes inmateriales.

Tomando en consideración lo que menciona el artículo 595 del Código Civil – citado anteriormente – al indicar que: “(...) 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 (...)” (Código Civil, 2016, art. 595), la doctrina agrupa a estos derechos en dos grandes categorías, los derechos reales de goce (uso, goce y disposición de la cosa) y los derechos de garantía o cauciones, cuyo objetivo es garantizar al acreedor la satisfacción de su crédito, como ocurre con la prenda y la hipoteca, derechos que serán explicados más adelante.

### **1.3.2 Prenda**

La etimología de la palabra prenda proviene de *'pignus'* el cual en el Derecho Romano era un contrato en cual una persona daba a otra la posesión de una cosa para seguridad de un crédito. Exclusivamente se concebían los derechos reales de propiedad y servidumbre, por lo que, en principio, para garantizar el pago de una obligación, el acreedor era propietario de la cosa gravada mientras no se extinga la obligación de pago, prohibiendo de esta manera el uso y goce de la cosa al deudor (Fiducia). (Cuenca, 2011, pp.125, 136).

Tomando en consideración que el inconveniente que esta figura presentaba era que el acreedor se hacía dueño del bien por un período determinado de tiempo, y que por ende, le correspondían los derechos de uso y goce de la cosa, el Derecho Romano crea la figura de la “antigua prenda”, considerada la institución más antigua y primaria de las garantías reales, que básicamente consistía en entregar al acreedor el bien para garantizar el pago de la deuda sin que el mismo ejerza el derecho de uso y goce de la cosa.

Guillermo Cabanellas (2006, p. 48) define a la prenda como un:

Contrato y derecho real por los cuales una cosa mueble se constituye en una garantía de una obligación, con entrega de la posesión al acreedor y derecho de éste para enajenarla en caso de incumplimiento y hacerse pago con lo obtenido.

De igual forma (Suarez, 2008, p. 293) define a este gravamen como el contrato real por el cual se entrega una cosa mueble a un acreedor para seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda y quien la tiene se llama acreedor prendario.

En el ámbito normativo, el artículo 2286 del Código Civil respecto de la prenda manifiesta: “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, art. 595).

De igual forma, el Código de Comercio (2019) en su artículo 623 indica que:

El contrato de prenda debe celebrarse por escrito, y las firmas de las partes suscriptoras deberán estar reconocidas legalmente; deberán cumplir las formalidades y solemnidades que determina la ley para cada clase de contrato. El contrato de prenda puede ser de dos clases: prenda comercial ordinaria y prenda agrícola e industrial.

Tomando en consideración lo antes dicho, es importante indicar que en la actualidad la prenda consiste en un gravamen, por lo que el bien no pasa o se transfiere al acreedor, sino que exclusivamente se registra dicha limitación de dominio ante el órgano competente. Adicionalmente, cabe mencionar que las personas que intervienen en este acto son por una parte el acreedor, y por otra, el deudor.

### **1.3.3 Hipoteca**

La etimología de la palabra hipoteca es proveniente del latín '*hypotheca*' que a su vez es proveniente del griego '*hypothéke*', y su significado es '*suppositio*', que corresponde al acto de poner debajo o el sometimiento de una cosa a otra, en consecuencia, hipoteca viene a ser poner una cosa para apoyar, sostener o asegurar una obligación (Cuenca, 2011, p. 184).

En el Derecho Romano, la hipoteca recaía tanto en bienes muebles como en bienes inmuebles, al igual que en bienes presentes y futuros. Dicha figura era conocida como *Hipoteca General*. Sin embargo, es años después que la figura de la hipoteca se modifica una vez más por el derecho francés, delimitando dicho derecho exclusivamente para los bienes muebles.

Según los doctrinarios, la hipoteca proviene del desarrollo de las distintas concepciones de prenda (fiducia y pignus), toda vez que es considerada como una figura propia de sistemas jurídicos más evolucionados. Proviene del latín

*hypotheca*, que significa *suppositio*, el acto de poner debajo, el sometimiento de una cosa a otra (Cuenca, 2011, pp. 124,181).

En la legislación ecuatoriana, la hipoteca está contemplada en el artículo 2320 del Código Civil, que a la letra manda: “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”.

Por otra parte, se define a la hipoteca como:

Derecho real convencional como accesorio de un crédito determinado, en función de garantía por un monto expresado de dinero, que recae sobre una cosa inmueble especialmente individualizada, que queda en poder del constituyente y que –debidamente registrado- en caso de incumplimiento del débito, da derecho al acreedor a perseguir la cosa en poder de quien se encuentre, ejecutarla y cobrarse con el producido con prelación sobre los demás acreedores. (Musto 2000, p. 231).

En consecuencia, se entiende entonces que la hipoteca es un derecho real accesorio que recae sobre un determinado bien inmueble, que es utilizado como garantía para el cumplimiento de una obligación. El bien queda en poder del constituyente propietario; sin embargo, para que la hipoteca surta efectos jurídicos, esta debe ser debidamente inscrita ante el Registro de la Propiedad o quien haga sus veces.

## **2. CAPÍTULO II. CRÉDITOS BANCARIOS Y SUS GARANTÍAS**

Tomando en consideración que en el primer capítulo se abordó de manera general la clasificación de los bienes, así como las garantías que recaen sobre cada uno de ellos; en este apartado se abordarán las operaciones crediticias y la constitución de garantías reales, las cuales tienen como objetivo respaldar el cumplimiento de una obligación por parte del deudor, todo esto con el propósito de comprender el funcionamiento de las operaciones de crédito dentro del

sistema financiero, para posteriormente analizar los créditos otorgados por la banca que son respaldadas con bienes muebles, en este caso las embarcaciones navales.

## **2.1. Contrato bancario**

### **2.1.1 Antecedentes**

El hablar de Derecho Bancario necesariamente implica hablar de Banca; según los tratadistas, existen claros indicios de la existencia de operaciones bancarias practicadas desde épocas muy antiguas, como por ejemplo las presentadas en el Código de Hammurabi en Babilonia (1810 AC), por sacerdotes y laicos; posteriormente en la antigua Grecia las actividades bancarias realizadas por medio de los *trapezitas* (conocidos como prestamistas) y los *colubitas* (conocidos como cambistas), entre otros. Subsiguientemente en Roma se instaura la figura del *custodio*, que básicamente consistía en los servicios de resguardo de especies preciosas, provenientes de la actividad llevada a cabo por los orfebres, quienes además de trabajar con metales ofrecían este servicio a cambio de un pago emitiendo un certificado de depósito a sus clientes. (Rodríguez, 2013, pp. 107, 108).

Por otro lado, en el siglo VII, en China se crea el papel moneda, a fin de que por este medio se reduzca la circulación de metales debido a la escasez de los mismos, llegando de este modo a tenerse una solución para guardar una mayor cantidad de dinero en menor espacio. En el siglo XVII en Europa se crean los primeros billetes, una vez más como consecuencia a las necesidades generadas por las actividades comerciales, dando lugar a que el gobierno sueco emita por primera vez un tipo de moneda en forma de plancha, que fue fabricada de cobre, con marcas y sellos distintivos, la cual fue poco práctica por tener un elevado peso. Años más tarde otros países europeos iniciaron la emisión de los primeros papeles moneda, ocasionando así a que en el siglo XVIII los principales gobiernos de Europa implementen este medio de pago en



papel, y ya para el siglo XIX se extiende por todo el continente europeo y consecuentemente en todo el mundo. (Mendoza, 2009, p. 115)

Por lo anterior, podemos apreciar que la actividad bancaria apareció y tuvo su desarrollo a la par de la evolución de las civilizaciones, siendo importante para el crecimiento de las actividades del comercio, ya que facilitaba estas y proveía de los medios adecuados para los intercambios de mercaderías y pago de servicios. En base a las crecientes necesidades de los seres humanos se buscaron nuevos métodos y sistemas para el resguardo, cuidado y transporte de las especies preciosas, llegando a desarrollarse el concepto de los primeros papeles moneda, que facilitaban el manejo de valores.

Es importante mencionar que la cantidad emitida de especies monetarias (billetes o papel moneda), debía encontrarse debidamente respaldada por el órgano competente o emisor (banca central en muchos casos) en oro y es justamente por esta razón que la administración de la banca que maneja los recursos monetarios se vuelve tan importante, en otras palabras, este respaldo del papel se basaba en el patrón oro, que consistía en que el emisor del billete (banca) garantizaba tal emisión con una determina cantidad de metales preciosos que mantenía en su poder y su valor se encontraba dado por el tipo de cambio establecido y acordado entre las instituciones financieras de aquellos tiempos. Este sistema perdió su vigencia a raíz de que la moneda ya no tiene un metal precioso que la respalde, y le brinde la garantía que antes le daba el metal, hoy en día el valor de la moneda se encuentra dado por la confianza de quienes la poseen o utilizan, es decir, por los distintos mercados que ejecutan transacciones con la utilización de la moneda. (Rodríguez, 2017, párr. 7)

En consecuencia encontramos que este cambio en el patrón oro recién se produce en el siglo XX, donde se lo abandona y se entra en un mercado internacional de divisas, primando la confianza mundial que pueda tener cada uno de los estados o países emisores de moneda, destacándose los llamados

del primer mundo o países desarrollados, donde se ubican las monedas fuertes, tales como el US dólar, la libra esterlina, y posteriormente se incluye el Euro.

### **2.1.2 Noción de banca**

Para varios autores el Derecho Bancario no puede ser considerado como una parte autónoma del Derecho, toda vez que sus principios son peculiares y excepcionales frente a otras ramas, que podrían ser consideradas como independientes, de esta forma y a manera general, el Derecho Bancario estudia normas que tocan distintas ramas del Derecho, para así poder analizar y estudiar las entidades bancarias, las actividades que ellas realizan, los contratos que se celebran y las relaciones con las entidades reguladoras y con los sistemas de control. (Rodríguez, 2013, p. 113).

Por otra parte, es importante señalar que gracias a todas a las operaciones que se realizan en la banca y a los intereses comunitarios que ahí se protegen, la intervención del Estado como ente regulador de control ha sido fundamental, generando de esta manera un derecho público bancario, pese a que la mayoría de las actividades económicas en el mercado sean realizadas entre entes privados. El derecho público bancario corresponde a que la actividad bancaria ha dejado de ser una actividad eminentemente privada, reglada bajo su propia iniciativa, puesto que ahora se ha convertido en una función propia de los estados, quienes han intervenido y regulado a causa de los intereses comunitarios que lleva intrínseca esta actividad.

Es importante indicar además, que existe el derecho privado bancario, mismo que regula las relaciones patrimoniales entre la banca y sus usuarios, es decir, controla y normaliza los distintos contratos celebrados entre los bancos y sus clientes, siendo así se convierte en el antecedente para la realización de las operaciones propias de esta actividad, en este sentido se ve que el Derecho Bancario forma parte del Derecho Mercantil, lo que no quiere decir que no

tenga principios particulares, sino que además de tenerlos a veces tiene principios comunes al Derecho Mercantil. (Rodríguez, 2013, p. 117)

En conclusión, se puede decir que el Derecho Bancario corresponde a una actividad privada, misma que es de gran importancia para las relaciones comerciales, financieras e interpersonales que se presentan en las actividades cotidianas que de ellas se derivan, justamente por la gran importancia que tienen y para evitar arbitrariedades de parte de los bancos, es tan necesaria la intervención del Estado (derecho público bancario) ya que como fue dicho, la actividad bancaria tiene estrecha relación con el interés comunitario, puesto que las entidades bancarias manejan el capital de la sociedad en su conjunto, dejando de esta manera de ser una actividad de netamente de interés privado a ser una de intereses comunitarios.

### **2.1.3 Características**

Rodríguez Azuero (2013, p. 158), define al contrato bancario como al “(...) acuerdo de voluntades entre dos o más personas, una de las cuales es al menos un banco, en virtud del cual surgen derechos y obligaciones cuyo objeto corresponde a la operación bancaria (...)”. Por lo tanto, los contratos bancarios son aquellos acuerdos comerciales y/o financieros celebrados por los bancos y su clientela, o eventualmente entre bancos, primero y segundo piso respectivamente, cuyo contenido corresponde exclusivamente al desarrollo propio de las operaciones bancarias. Al respecto, cabe resaltar y es claro que una operación bancaria puede llamarse como tal únicamente cuando existe la intervención de un banco.

Por otra parte, indicaríamos que en la práctica existe una confusión entre contrato bancario y operación bancaria, pese a que ambas puedan ser simultáneas, toda vez que la operación se realiza sin que las partes tomen en cuenta que están celebrando un contrato es decir participando de una relación

contractual, que al llevarse a cabo se la realiza en función de un acuerdo de voluntades, principio básico de la existencia de un contrato.

Para el autor Rodríguez Azuero (2013, pp. 160), el contrato bancario es de carácter “personalísimo”, e indica que:

(...) Aunque parezca paradójico, ya que para muchos se trata de un servicio público y, que en la práctica, las entidades bancarias ofrecen sus servicios a la comunidad en forma indiscriminada, la conclusión de los acuerdos reviste un carácter personalísimo (...) el manejo del crédito implica la concesión recíproca de la más alta confianza y, por consiguiente no es dable esperar que cualquier individuo por el sólo hecho de formar parte de la comunidad, esté en condiciones de imponer a los bancos la celebración de un contrato y la realización de ciertas operaciones (...) Al contrario, los bancos son muy celosos en la escogencia de sus clientela, tanto para mantener el nombre y el prestigio que se deriva de su adecuada selectividad, como para proteger a la comunidad (...).

De lo dicho por el citado autor quien menciona que en la práctica las entidades bancarias ofrecen sus servicios a toda la comunidad en forma indiscriminada, consideramos que eso es en teoría más no en la práctica, y forma parte de la propia constitución como entidad financiera, porque en el día a día los bancos realizan muchas segregaciones al momento del escogitamiento de sus clientes, sean personas naturales o jurídicas, tanto por sus condiciones financieras como de sus antecedentes personales, y su objetivo que salvo la banca pública, es un negocio privado y su objetivo no es el de protección de la comunidad, sino el cuidar los intereses privados para mantener el esquema global de la economía en la cual se desarrollan.

Dar la clasificación de servicio público a la actividad bancaria no es por causa de sus actividades exclusivamente, ya que si fuera el caso, la actividad sería homogénea en todo el mundo, sino que es dada por el interés general en el existen (Kabas De Martorell, 2011, p. 115). En consecuencia, debe

considerarse que este interés general es el interés económico de la propia entidad, que busca y con justa razón, proteger sus intereses mediante la búsqueda de garantías adecuadas y suficientes.

Dicho esto, al ser las operaciones bancarias producto de la confianza otorgada, tanto por el depositante de sus recursos, sino también en doble vía, la confianza de la entidad al realizar operaciones crediticias a sus clientes, las políticas de selección de estos deben cumplir altos niveles de exigencia, para que de esta manera el ciclo sea completado, y sirva para impulsar el desarrollo de la sociedad, configurándose así como un servicio público y un negocio privado a la vez.

#### **2.1.4 Operaciones bancarias**

Rodríguez (1968, p.20), define a la operación bancaria como "(...) una operación de crédito realizada por una empresa bancaria en masa y con carácter profesional". De igual forma, Barbier (2007, p. 159) define a la misma como:

(...) mecanismos técnicos de crédito que disipen los riesgos sin eludir su finalidad económica y su función social estos procedimientos técnicos están referidos a todas las formas de desembolsos y depósitos y también a todas las restantes que llevan a cabo los bancos (...).

Esto significa que las operaciones bancarias, son realizadas dentro del estricto ámbito profesional de las mismas entidades que las ejecutan, basados en normas y principios que rigen la actividad; así también las entidades de crédito (bancos), colocan recursos de manera permanente cumpliendo dos objetivos, el primero la búsqueda de su propia rentabilidad para su continuidad en el mercado y la segunda el desarrollo de la propia sociedad de la cual forman parte y así progresivamente alcanzar mejores niveles de crecimiento propio y de la comunidad.

Siendo así, la doctrina indica que las operaciones bancarias se dividen en dos grandes grupos. Las operaciones bancarias fundamentales o típicas y las operaciones atípicas o neutras. Las primeras incluyen todas aquellas operaciones activas y pasivas (colocación y captación de recursos), y las segundas, todas las demás actividades y servicios que prestan las entidades bancarias (como la mediación en cobros y pagos). (Rodríguez, 2013, pp.152, 154, 155).

Como parte de nuestro estudio se enfocará en las operaciones bancarias activas, las cuales se encuentran determinadas en el Código Orgánico Monetario y Financiero en su artículo 194, literal a, dejamos de lado las operaciones bancarias inactivas que no son objeto de nuestro estudio. Las operaciones que nos interesan (activas), se caracterizan en que por medio de la celebración de contratos que les anteceden, como son la constitución de garantías, se producen transferencias de dinero del banco (acreedor) a sus clientes (deudores), es decir operaciones que consisten en la colocación de créditos con el cobro de un interés que cubre los costos y ganancias del banco, pero que tienen que ser debidamente respaldadas en su retorno, para ello nos enfocamos en ese tema explícito de las garantías.

Dentro de las operaciones bancarias activas se encuentra la otorgación de créditos, la cual consiste en que el banco coloca una suma de dinero en préstamo a un cliente para que él haga uso del dinero para los fines autorizados o solicitados, dentro del límite y plazo pactado, con lo que el cliente queda obligado a restituir al banco acreditante la suma de que haga uso, o a cubrir en tiempo oportuno y fijado, el préstamo por el importe de la o las obligaciones que efectivamente contrató, junto con pagar los intereses, gastos y comisiones que el préstamo haya originado. Con lo expuesto, se deduce entonces que la operación bancaria activa corresponde estrictamente a una operación de crédito, que es llevada a cabo por un banco, que se beneficia así de con los réditos obtenidos por los créditos otorgados.

### **2.1.5 El crédito**

Para Guillermo Cabanellas (2006, pp. 100, 101) crédito es un “(...) Derecho a recibir de otro alguna cosa, por lo general dinero (...)”. Guillermo Jiménez en su libro “Derecho Mercantil” (2003, p. 493) define al préstamo como el negocio jurídico en el que la entidad bancaria otorga a su cliente una suma determinada de dinero, para que se le sea devuelta, en un solo pago o por cuotas, en un plazo determinado.

Por lo tanto, se puede decir que crédito corresponde a un préstamo de un bien fungible (dinero) que es dado por un acreedor a un deudor, con la obligación de que el deudor en el futuro restituya el bien más un valor adicional (interés) a manera que se compense a quien prestó el dinero por el tiempo que dejó de tenerlo, bajo condiciones que se expresan en un contrato. En el caso de los créditos otorgados por las entidades acreedoras, normalmente se constituyen garantías que se ejercen sobre bienes de propiedad de los deudores con la finalidad de asegurar el cabal cumplimiento de la obligación contraída.

## **2.2. El contrato de mutuo**

### **2.2.1 Noción de mutuo**

El autor Guillermo Cabanellas (2006, p. 94) indica q existe contrato de mutuo cuando “(...) una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que ésta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad”. Al respecto el Código Civil en su Artículo 2099 define al mutuo como “(...) un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”.

Por lo tanto, el contrato de mutuo es un contrato por el cual el mutuante (acreedor), transfiere la propiedad de un bien fungible al mutuario (deudor),

normalmente dinero, siempre que este último se obligue a restituir un bien de la misma calidad y especie al acreedor en el plazo pactado. Sin perjuicio de lo antes indicado, se considera importante señalar que el contrato de mutuo puede ser de tipo civil y/o mercantil, con la sola distinción de que el contrato de mutuo civil es en esencia gratuito, mientras que el mercantil, por su naturaleza y tomando en consideración las partes que intervienen en este contrato (prestamista/banca) es oneroso para las partes.

### **2.2.2 Características jurídicas**

En el análisis realizado para el presente ensayo, se determina que el contrato de mutuo es un contrato típico, principal, real, oneroso (en tanto y en cuanto sea mercantil) y unilateral. (Rodríguez, 2013, p. 465). Para Manuel Sánchez Zuraty (2011, p. 230) el contrato de mutuo corresponde a un contrato real, unilateral, traslativo de dominio y gratuito u oneroso, según se haya pactado el pago de intereses. En cuanto a los elementos del contrato de mutuo cabe indicar que el mismo cuenta con elementos personales y reales, los primeros corresponden al mutante y mutuario, los cuales basta que tengan la capacidad para contratar, y los segundos a que solo pueden ser objeto del contrato de mutuo las cosas fungibles (dinero). (Sánchez, 2011, pp. 230, 231).

Con lo expuesto, se debe decir que el contrato de mutuo es: típico ya que se encuentra regulado por la ley (Código Civil); principal debido a que subsiste por sí mismo sin necesidad de otro contrato; real ya que su perfección se da con la entrega del bien fungible; unilateral puesto que solo una parte se obliga con otra, en este caso el deudor se obliga a devolver el préstamo al acreedor. El contrato de mutuo es ejecutado por personas naturales o jurídicas que estén facultados para realizar contratos sobre bienes fungibles y dentro de una causa justa.

### **2.2.3 Partes del contrato de mutuo y sus obligaciones**



Según indica Rodríguez Azuero (2013, p. 466), las obligaciones del mutuario están constituidas por el pago de la remuneración convenida y la restitución de la suma mutuada. Dicho en otras palabras, se entiende como “remuneración convenida” al pago de los intereses por parte del deudor al acreedor, mismos que pueden fijarse bajo un contexto técnico jurídico (tasa legal de interés) o según lo que el mercado establezca (tasa de interés corriente).

Conforme se ha explicado en líneas anteriores, las partes del contrato de mutuo son el mutuante (acreedor) y el mutuario (deudor); sin embargo, y tomando en consideración el carácter real y unilateral del contrato, es importante señalar que el mutuante carece de obligaciones a su cargo. Por otra parte, y en cuanto a la restitución del bien, el mutuario o deudor debe restituir un bien de la misma especie y valor en la fecha y modalidad pactada en el contrato.

Se debe señalar que el contrato de préstamo bancario por regla general es oneroso o retribuido, puesto que para la banca el beneficio económico de la operación procede de percibir intereses, que jurídicamente son el precio de los fondos entregados al cliente, la obligación de pagar intereses es accesorio al de restituir el capital prestado, mientras la obligación principal se encuentre vigente. (Jiménez, 2003, p. 496). Guillermo Cabanellas (2006, p. 203) define al interés como un “(...) beneficio, utilidad, ganancia. Lucro o rédito de un capital (...)”.

Al respecto, cabe indicar que el Código Orgánico Monetario y Financiero, en el numeral 23 del artículo 14, indica que es función de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera:

(...) Establecer niveles de crédito, tasas de interés, reservas de liquidez, encaje y provisiones aplicables a las operaciones crediticias, financieras, mercantiles y otras, que podrán definirse por segmentos, actividades económicas y otros criterios...”, de igual forma el artículo 130 del mismo

cuerpo legal señala que “(...) La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera podrá *fijar las tasas máximas de interés para las operaciones activas y pasivas* del sistema financiero nacional y las demás tasas de interés requeridas por la ley (...).

De conformidad a la Resolución No. 133-2015-M, del 29 de septiembre del 2015, emitida por La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, el Banco Central del Ecuador calcula las tasas mensuales referenciales, las cuales corresponden a los promedios ponderados en base al comportamiento del sistema financiero (operaciones activas, contingentes y pasivas).

Cabe señalar que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 303, establece que “(...) La formulación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera es facultad exclusiva de la Función Ejecutiva y se instrumentará a través del Banco Central (...)”.

Con lo expuesto encontramos que la normativa en cuanto al cobro de los intereses se encuentra debidamente regulada por la entidad competente, en este caso el Banco Central del Ecuador, hallándose en concordancia con lo expuesto por la doctrina, enmarcándose dentro de la política económica del Estado, además mitigando especulaciones de los dueños del capital lo que se encuentra dentro del derecho bancario público.

### **2.3. Constitución de garantías**

Respecto a los tipos de contrato de mutuo, Rodríguez Azuero (2013, p. 476) indica que, desde el punto de vista de la técnica bancaria, los créditos de los establecimientos financieros aun cuando tienen varias modalidades, se manejan bajo la estructura del contrato de mutuo; es así, que bajo este esquema existen los siguientes tipos de contrato: por su instrumentación, por su plazo y por sus garantías. El de instrumentación es aquel que tiene un

soporte documental que lo representa. El de plazo fijado por los tiempos en que se debe cumplir la obligación.

Los contratos de garantía, que son los que nos interesan, son accesorios a los de mutuo, debido a que nacen y permanecen vinculados al principal, con el propósito de asegurar el cumplimiento de la obligación derivada del propio contrato de mutuo. En nuestra legislación, específicamente el Código Orgánico Monetario y Financiero al referirse a operaciones de crédito y garantías establece en sus artículos 210 y 214 que todas las operaciones de crédito deberán estar garantizadas y que éstas deberán ser adecuadas. Con lo cual se fija un parámetro legal para la constitución de garantías.

### **2.3.1 Garantías personales y reales**

Según la Real Academia Española de la Lengua, garantía es “(...) el aseguramiento de un derecho o una obligación (...)”. A su vez, garantía es depósito, prenda e hipoteca, y todo lo que pueda servir como fianza para asegurar el cumplimiento de una obligación. (Cevallos, 2009, p. 297).

Para Carlos Villegas (1998, p. 91) la garantía se define como: “(...) toda medida o medio de seguridad o salvaguardia destinado a asegurar el cumplimiento de un crédito o reducir el riesgo implícito en el mismo”. Las garantías corresponden a instituciones e instrumentos jurídicos que tienen como función proteger y consiguientemente facilitar la obtención del crédito, pueden ser por medio del compromiso obligacional que asume un tercero (fianza) o bien por medio de la afectación a determinados bienes (hipoteca y prenda). (Jiménez, 2003, p. 425).

Por lo expuesto encontramos que las garantías tienen como objetivo dar seguridad al acreedor para el cumplimiento de la obligación asumida por el deudor, misma que puede ser dada por otra persona, o constituida sobre sus

bienes; las garantías se las clasifica en dos grupos; por una parte, las garantías personales, y por otro, las reales.

La fianza (garantía personal) corresponde a que una persona, comerciante o no, se obliga a pagar o cumplir a nombre de tercero, en caso de no hacerlo éste, las deudas u obligaciones derivadas de un contrato mercantil. (Jiménez, 2003, p. 428). Para Víctor Cevallos (2009, pp. 308) la fianza corresponde a un contrato de garantía personal, efectuado para responder una obligación ajena. Por ende, las garantías personales son básicamente la garantía del cumplimiento de una obligación por parte de una tercera persona, de manera que el acreedor tenga dos o más deudores en vez de uno, un ejemplo de ello es el contrato de fianza, que a través del cual el fiador (garante) se obliga solidariamente a cancelar las obligaciones del deudor con el acreedor.

Por otro lado, las garantías reales conforme las define Víctor Cevallos (2009, p. 298) son aquellas que consisten en la afectación a determinados bienes para el cumplimiento de una obligación, y consiste en dos ventajas que se le otorgan al acreedor, el derecho de persecución y el derecho de pago preferente. De este modo tenemos que las garantías reales son aquellas en las cuales la garantía del cumplimiento de la obligación recae sobre bienes muebles e inmuebles. Las garantías reales de mayor utilización son la prenda y la hipoteca, las cuales se analizará con mayor profundidad en los siguientes acápite.

### **2.3.2 La prenda**

Como fue dicho anteriormente, el contrato de prenda es el primer contrato de garantía real que aparece en el tiempo, era conocido también como *pignus* o empeño, y consistía en entregar una cosa mueble a un acreedor a manera de resguardo del crédito. Para efectos de este estudio, se enfocará a la prenda con registro o sin desplazamiento, puesto que en la práctica bancaria es de utilidad, ya que como se verá quien constituye un bien mueble en garantía prendaria permanece con la posesión y goce del mismo.

La prenda con registro conocida también como prenda sin desplazamiento, es el deudor prendario, quien constituye la garantía, mismo que conserva la posesión del bien, a efectos de poder continuar con su actividad empresarial, industrial o económica. Dicha prenda es conocida también como 'hipoteca mobiliaria' (Villegas, 1998, p. 295). Para Jiménez (2003, p. 437) la prenda sin desplazamiento es una moderna categoría de las garantías reales, ya que responde a la búsqueda de operaciones económicas que superen los inconvenientes de los sistemas tradicionales de la garantía prendaria (o de desplazamiento), toda vez que con la desposesión del objeto prendado se encuentra afectada la capacidad de productividad del deudor y por ende el riesgo del cumplimiento al acreedor. Por otra parte, Cevallos en el libro Manual de Derecho Mercantil (2009, p. 307) indica que la prenda sin desplazamiento o conocida como prenda agrícola e industrial es el equivalente a la hipoteca sobre bienes muebles, y debe ser celebrado por escritura pública o contrato privado.

Cabe indicar que este tipo de garantía tiene las mismas características que las demás garantías reales, la prenda común (con desplazamiento) y la hipoteca, por cuanto goza de convencionalidad pues es dada por un contrato entre el acreedor y el deudor, o un tercero quien presta su bien al cual se lo denomina fiador prendario. Al igual que en la hipoteca, el deudor prendario se encuentra en la obligación de la inscripción del gravamen en un Registro Mercantil, o en la entidad que ejerza sus funciones, a fin de que sean estos quienes otorguen la publicidad de los actos jurídicos a los cuales ha sido sometido el bien, así mismo, los bienes dados en este tipo de prendas son indivisibles, pues responden al total de la deuda y no es admitida la división de la cosa prendada a la proporción del pago de la deuda. Este tipo de garantía puede respaldar cualquier tipo de obligaciones (dar, hacer o no hacer), en materia bancaria puede respaldar cualquier operación, presente o futura.

Quienes pueden otorgar este tipo de prenda son las mismas personas que pueden hacerlo en la prenda común, es decir los propietarios de los bienes con

capacidad de enajenarla, por consiguiente, la prenda puede ser dada por el mismo deudor o por un tercero, no deudor de la obligación, y quien puede recibir en prenda es quien tiene capacidad para contratar. Además, cabe indicar que no pueden constituir este tipo de prenda los incapaces, ni los menores emancipados, salvo que cuenten con la autorización judicial para hacerlo. (Villegas, 1998, pp. 301, 302, 303).

Por consiguiente, se puede decir entonces que la prenda con registro o sin desplazamiento es celebrada entre el acreedor prendario y el deudor prendario, o el fiador prendario, según corresponda, toda vez que como fue dicho antes quien da en prenda es el propietario del bien. En la práctica, para la celebración de este tipo de contratos y por consiguiente la constitución del gravamen prendario, el deudor prendario o el fiador prendario debe presentar la factura o título de propiedad del bien que se otorga en garantía, así como el certificado de gravámenes otorgado por el Registro Mercantil, con el fin de certificar ser el propietario y que sobre el bien no pesen otros gravámenes ni limitantes.

Carlos Gilberto Villegas (1998, p. 305, 314) señala que los efectos de este tipo de prenda se producen para las partes a partir del momento de su suscripción, y para terceros a partir de la inscripción en el registro correspondiente (mercantil o la entidad que ejerza sus funciones). La inscripción tiene por finalidad hacer oponible '*erga omnes*' el derecho de garantía, por ello el contrato de prenda sin inscripción tiene eficacia únicamente entre sus suscriptores, pero el acreedor no gozará de los derechos (preferencia, persecución). Por lo tanto encontramos que mientras no exista la inscripción el contrato no se encuentra perfeccionado, es decir no se puede ejecutar la garantía, y por ende el derecho de cobro.

Cabe indicar que de la prenda con registro nacen los siguientes derechos del acreedor:

- Cobrar el capital prestado, intereses y gastos
- Transferir sus derechos

- Obtener refuerzo de la garantía
- Derecho a la fiscalización
- Derecho de secuestro
- Derecho de embargo
- Derecho a oponerse a una nueva prenda

En cuanto a los derechos del deudor se encuentran:

- Continuar con la posesión del bien
- Enajenar el bien prendado (con autorización del acreedor)
- Enajenar los frutos y productos de la cosa (a fin de pagar una proporción de la deuda)
- Constituir nuevos gravámenes
- Trasladar el bien prendado (debiendo comunicar al acreedor prendario)
- Cancelar anticipadamente la obligación

### **2.3.3 La hipoteca**

Para Carlos Gilberto Villegas (1998, pp. 305, 359) “(...) la hipoteca es una garantía real que es otorgada por el deudor o un tercero en seguridad del cumplimiento de una obligación sobre un inmueble (u otros bienes a los que la ley admite ser objeto de este gravamen), sin entregarlo al acreedor, conservando su uso y goce (...)”. Al igual que la prenda y conforme se dijo en el acápite anterior, este tipo de garantía real puede garantizar todo tipo de obligación (dar, hacer o no hacer), la hipoteca constituye un derecho real, accesorio sobre un bien inmueble mismos que no tienen desplazamiento. Es importante indicar las características que tiene la hipoteca, al igual que la prenda, es convencional, ya que se da por la voluntad de las partes (contrato), por una parte, se encuentra la voluntad del deudor hipotecario, la cual corresponde en dar en hipoteca un bien inmueble, y por otra parte la voluntad del acreedor hipotecario, de aceptar el bien en hipoteca, además, se encuentra que la hipoteca es accesoria a una obligación principal, la constitución de un gravamen hipotecario puede hacer suponer que existe o existirá una obligación principal.

La hipoteca es indivisible, al igual que la prenda, en el sentido que la(s) cosa(s) hipoteca(s) están destinadas al cumplimiento de una deuda pues el gravamen no puede ser divisible pese a que el pago de la obligación pueda ser realizado por partes, así mismo, su inscripción en el Registro de la Propiedad (publicidad) es indispensable para que surta los efectos. (Villegas, 998, pp. 364, 365). En cuanto a la publicidad de la hipoteca el autor Wilson Cuenca, en el libro “Los Contratos de Garantía” (2011, p. 217) indica que la publicidad debe ser entendida como el medio jurídico con el cual los actos y contratos se hacen públicos o conocidos por todos, por medio de la inscripción en el Registro de la Propiedad, la cual es una oficina pública, y cuyos asientos registrales se convierten en públicos, sin tener la necesidad de divulgación de avisos o publicaciones en el Registro Oficial.

Respecto a quien puede constituir hipoteca, esta debe ser constituida por el propietario del bien inmueble, barco o aeronave, que tenga capacidad para enajenar bienes inmuebles, ya que la constitución de la hipoteca se encuentra ligada a la eventual enajenación en caso de incumplimiento. Cabe indicar, que al igual que en la prenda vista en el párrafo anterior, la hipoteca puede ser otorgada por una tercera persona que no se obliga personalmente, denominado fiador hipotecario, que no compromete todo su patrimonio sino únicamente el bien puesto en garantía.

Es propicio señalar que la hipoteca no priva de la cosa hipotecada a su propietario, en cuanto a sus derechos de propiedad sobre el inmueble, quien permanece con la posesión, e incluso su uso y goce, que incluso podría realizar actos de enajenación, con autorización del acreedor hipotecario, y sin la desaparición de este limitante de dominio, pues se encuentra de forma inseparable a la cosa hipotecada (Cuenca, 2011, pp. 239, 240).

En la práctica la constitución de la hipoteca únicamente se la realiza por medio de escritura pública, en la cual los datos del acreedor hipotecario, del deudor



hipotecario o del fiador hipotecario (en caso de existir), la individualización del inmueble que se constituye en garantía hipotecaria, la cual corresponde a la descripción, el señalamiento de linderos, de superficie, dimensiones, e historia del inmueble, para que la hipoteca surta efectos ante terceros es importante que se encuentre inscrita en el correspondiente registro.

Por lo expuesto, la hipoteca tiene los atributos de todo derecho real (persecución y preferencia), el derecho de persecución en la hipoteca es la facultad que tiene el acreedor hipotecario de perseguir la cosa hipotecada, incluso si se encuentra en poder de terceros, hacerla vender públicamente y cobrar su obligación, en cambio, el derecho de preferencia es la prioridad que tiene el acreedor hipotecario de cobrar antes que otros acreedores.

### **3. CAPÍTULO III. EMBARCACIONES NAVALES COMO GARANTÍA DEL CRÉDITO**

Una vez que se ha abordado el concepto de bien, sus tipos, así como los derechos y garantías reales que recaen sobre cada uno de ellos, el contrato de mutuo que por excelencia es la forma en la que se instrumenta el crédito, y que sirve como contrato principal frente a los contratos de garantía, a continuación, se centrará el estudio en las embarcaciones navales, que aunque son consideradas como un bien mueble, para efectos de constitución de garantías se cataloga a las mismas como un bien inmueble, lo cual desde nuestro punto de vista resulta confuso e incluso de gran problemática en la práctica.

#### **3.1. Concepto y naturaleza de embarcaciones navales**

##### **3.1.1 Concepto**

Conforme lo señala el artículo 1 de la Decisión del Acuerdo de Cartagena 487 sobre las Garantías Marítimas y Embargo Preventivo de Buques, se define a buque o nave, como: "(...) toda construcción flotante apta para navegar,

cualquiera que sea su tipo, clase o dimensión”. De igual forma, el Código de Comercio (2019) define a la embarcación naval como:

“Artículo 844.- Se considera nave, toda construcción flotante destinada a navegar con medios de propulsión y gobierno propios, cualquiera que sea su tipo, clase y dimensión, con el fin de transportar carga, pasajeros y realizar otras actividades para las que está capacitada y autorizada.(...)

El concepto de nave comprende tanto el casco como la maquinaria, así como las pertenencias fijas o móviles que la complementan”.

Alvarado (1970, p. 183), define a la embarcación naval como “(...) construcciones flotantes destinadas a la navegación movidos por fuerza motriz o por el viento (...)”. Rodrigo Uría (2007, pp. 1309 -1310), indica que no existe una definición exacta de buque, ya que la misma se da en función de la legislación de cada país.

Por lo tanto tenemos que las embarcaciones navales son aquellos bienes muebles que tiene la capacidad de trasladarse de un lugar a otro, adecuados para la navegación sobre agua fluvial, marítima o lacustre, además se las conoce indistintamente bajo las expresiones de barco, buque, nave o embarcación para referirse sin mayor precisión a cualquier artefacto flotante.

### **3.1.2 Naturaleza jurídica**

La naturaleza jurídica se incluye a las partes del barco, llamadas estas constitutivas, pertenecientes y accesorias. Las primeras son consideradas como aquellas que teniendo individualidad no pueden separarse sin afectar su existencia, las segundas aquellas que forman parte de la embarcación pero pueden separarse sin afectar su funcionamiento y las últimas, aquellas cosas fungibles que están destinadas al servicio de la embarcación (Uría, 2007,

p.1312). Por otra parte, para Jiménez (2003, p. 949) el buque puede ser considerado como cosa compuesta, pues es un agregado de cosas que estando conectadas por su destino, reciben un tratamiento jurídico unitario, que ocasiona que los actos en los cuales la embarcación está incluida, se extiendan a los bienes de los cuales está compuesta, sin necesidad de crear un nuevo acto jurídico específico para el caso.

Con lo expuesto, se entiende entonces que las embarcaciones navales son bienes en esencia muebles, toda vez que los mismos en razón de su naturaleza pueden trasladarse de un lugar a otro; sin embargo, y a efectos de constituir garantías reales (hipoteca) sobre estos, son considerados como bienes inmuebles. De igual forma, los actos jurídicos en los cuales las embarcaciones navales estén incluidos no solo afectan a la embarcación como tal, sino también a los bienes que forman parte de esta, mismos que pueden ser removidos o cambiados conforme a la necesidad o su depreciación. Por lo que tenemos que su naturaleza jurídica es compleja, toda vez que para algunos casos este bien es considerado como mueble, mientras que para otros, inmueble.

## **3.2. La hipoteca naval**

### **3.2.1. Historia y origen**

Según Gauché (1971, pp. 21)

(...) En el Derecho Romano existió una hipoteca marítima pero luego fue abandonada. Operaba en la práctica pero jurídicamente no estaba reconocida por cuanto no se concebía la existencia de este derecho real sobre cosa mueble (...).

Según Rodrigo Uría (2007, p. 1376) la hipoteca es el paradigma de los derechos reales, no obstante, en el derecho marítimo se ha optado por otras

formas de garantía, tales como el préstamo a la gruesa y la prenda con desplazamiento siendo su uso relativamente nuevo, y de aplicación discutida. La primera modalidad de crédito del comercio marítimo fue el “préstamo a la gruesa”, que básicamente consistía en entregar dinero u otros bienes fungibles al propietario de la embarcación para realizar transporte marítimo obligándose a pagar al acreedor el precio únicamente si la expedición llegaba a puerto. (Gauché, 1971, p. 20). Esta primera forma de crédito del comercio marítimo puede verse como una operación en cual no había garantía para el cumplimiento del pago, toda vez que no había certeza de la culminación con éxito de la aventura marítima y por ende del pago.

De esta forma, la prenda fue utilizada como un mecanismo de garantía; sin embargo, la pérdida de la posesión para el deudor era un derecho poco conveniente, ya que para el desenvolvimiento comercial marítimo se requería de dicho bien, por lo que se sustituyó la tradición del buque por una inscripción en un registro público, asimilando la hipoteca naval a la inmobiliaria. (Cuenca, 2011, p. 231). Por otra parte, la inscripción de la hipoteca naval reemplaza al desplazamiento, mediante la ficción de considerar al buque como cosa inmueble a estos efectos. (Uría, 2007, p. 1376). Es claro observar que el mecanismo de la prenda común privaba del uso al propietario o armador naval, con lo cual se limita su capacidad de generación de recursos para el pago de la obligación; por lo que el otro método (hipoteca) otorga a las partes el cumplimiento de la obligación ya que al no haber entrega del bien al acreedor permite al deudor la continuidad de su actividad económica cuyo éxito financiero económico derivará en la satisfacción de la obligación.

Gastón Gauché, en su libro *De Los Privilegios Marítimos y De La Hipoteca Naval* (1971, pp. 21) indica:

(...) que en Francia el 10 de Diciembre de 1874, se estableció la ‘hipoteca marítima’, que se basaba en un proyecto elaborado en 1867. El 10 de Julio de 1885, Francia dictaba una nueva ley de hipoteca naval

corrigiendo ciertos defectos de la anterior. Los Países Bajos y Bélgica tenían contemplada la hipoteca marítima en sus legislaciones antes que Francia. En Italia existía otra institución muy similar conocida como 'prenda naval'. En Inglaterra existía también la institución bajo el nombre de '*mortgage*' se la consideraba una institución diferente. En España se dictó una ley de hipoteca naval el 21 de agosto de 1893, que consideraba a los buques, para efectos, como bienes inmuebles (...).

Por lo dicho observamos la importancia de las embarcaciones navales en la historia, toda vez que por este medio de transporte se realiza una importante actividad comercial, y por tanto regular todo lo relacionado a estos bienes es importante para que este tipo de comercio no se obstaculice por la problemática legal sobre su naturaleza jurídica.

### **3.2.2. Doctrina y normativa**

Para Gastón Gauché (1971, pp. 10, 11) "la hipoteca naval es un derecho real constituido voluntariamente sobre una nave en beneficio de un acreedor con el objeto de resguardarle así su crédito, dándole la facultad de perseguir y subsanar el navío si no se le satisface su derecho". Se entiende entonces que esta figura propende a que el propietario de la embarcación, como medida para garantizar el cumplimiento de su obligación contraída con el acreedor, hipoteque su bien (Cuenca, 2011, p. 230).

Respecto al contrato de hipoteca naval, se observa que del mismo se desprenden los elementos personales, reales y formales. Por una parte, los primeros están comprendidos por el acreedor y el deudor hipotecario, mientras que los segundos por el objeto de la hipoteca que es la embarcación naval en sí misma y los elementos formales que constituyen la parte más importante, ya que este contrato se caracteriza por ser formal y por constituir un derecho real de hipoteca. (Uría, 2007, p. 1377).

Se entiende con lo expuesto por los autores, que la hipoteca naval es un derecho del propietario, que mediante la afectación de su bien por medio de la constitución de un gravamen, garantizar el cumplimiento de la obligación que le permite utilizar los recursos necesarios para el desarrollo de su actividad sin tener que perder el uso y goce de su bien. Utilizando para esto los elementos personales que son los contratantes; los reales la embarcación naval; y los formales la suscripción del contrato y por lo tanto el derecho real.

Cabe señalar que tanto la Decisión 487 de la CAN como el Código de Comercio (2019) señalan los requisitos para constitución de Hipoteca Naval, los cuales son:

Decisión 487 de la CAN:

Art. 2.- Los buques pueden ser objeto de hipoteca naval, siempre que se encuentren debidamente inscritos en el Registro de Buques del respectivo País Miembro.

La hipoteca naval sujeta directa e inmediatamente los buques al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituye.

Código de Comercio:

Artículo 896.- Las naves pueden ser objeto de hipoteca naval, siempre que se encuentren debidamente inscritas en el registro de naves.

La hipoteca naval sujeta directa e inmediatamente a las naves al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituye.

Por otra parte, es importante indicar que de la hipoteca naval devenga el derecho de preferencia y de persecución, derechos inherentes a todo tipo de hipoteca, que básicamente consisten en la facultad que tiene el acreedor para cobrar antes que otros y a embargar el bien en caso de incumplimiento de la obligación.

El autor español Rodrigo Uría (2007, p. 1379) señala que para que la hipoteca naval surta efectos debe encontrarse inscrita en el Registro Mercantil del lugar donde se encuentre matriculado el buque, así como también los actos de modificación o extinción de la hipoteca y demás gravámenes sobre el buque.

Al respecto, el Código de Comercio indica en su artículo 897 que

La hipoteca naval se constituye por escritura pública y debe inscribirse en el respectivo registro de naves para que surta los efectos (...) no serán válidas ni oponibles a terceros hasta que no se haya practicado su inscripción en el registro de naves respectivo. Asimismo, será necesaria la escritura pública para la inscripción de los actos y contratos en cuya virtud se modifiquen o extingan las hipotecas (...).

Cabe señalar que el Registro de Naves en el Ecuador se encuentra a cargo de la Capitanía del Puerto de cada localidad de donde se encuentre la embarcación naval, conforme lo determina el artículo 849 del Código de Comercio, por lo tanto, el gravamen hipotecario sobre estos bienes se lo inscribe en la Capitanía del cantón donde el buque ejerce su actividad.

Es importante indicar, que quienes pueden constituir hipoteca naval son únicamente los propietarios del buque, para lo que deberán tener la libre disposición, con capacidad para hacerlo, haciéndolo por sí o por medio de un apoderado. (Uría, 2007, p. 1379). De conformidad al artículo 2316 del Código Civil que señala que “no podrá constituir hipoteca sobre sus bienes, sino la persona que sea capaz de enajenarlos, y con los requisitos necesarios para la enajenación”. Esto responde al principio de derecho de ‘quien puede lo más puede lo menos’, es decir, quienes tienen la facultad para enajenar el bien, la tienen para imponer limitantes a su dominio (gravamen hipotecario).

Sin perjuicio de lo antes indicado, cabe destacar que las embarcaciones navales pueden ser objeto de hipoteca naval en su etapa de construcción tal

como lo determina el artículo 901 del Código de Comercio. Al respecto, Rodrigo Uría (2007, pp. 1384) indica que los buques en construcción también son objeto de hipoteca, y su constitución de hipoteca debe constar los créditos garantizados que normalmente son el valor del crédito o del préstamo destinado a la construcción.

Por otra parte, en cuanto a la cancelación de la hipoteca naval se debe decir que esta se da como consecuencia de la extinción del crédito garantizado, que se debe realizar por medio de la cancelación del gravamen (Uría, 2007, p. 1382). Misma que debe ser inscrita en el Registro de Naves correspondiente (capitanía de puerto), realizada por medio de escritura pública, respondiendo al principio de derecho de “las cosas de deshacen de la misma forma que se las hace”.

### **3.3. Problemática**

Conforme al estudio realizado en el primer capítulo en donde se analizó a los bienes, y tomando en consideración los conceptos citados sobre embarcaciones navales, se encuentra que las mismas son bienes muebles, puesto que su característica primordial es la capacidad de trasladarse de un lugar a otro. Así mismo, se han analizado los derechos reales que pueden constituirse sobre este tipo de bienes y se observa que, para efectos de la constitución de garantía real sobre las embarcaciones navales, la ley claramente determina que deberá constituirse hipoteca, dejando de lado al contrato de prenda sin desplazamiento y con registro, estudiado en el segundo capítulo.

En este sentido surge la inquietud ¿Por qué no se constituye prenda sobre los buques, al igual que sobre los demás bienes muebles?

#### **3.3.1. Hipoteca naval vs. Prenda sin desplazamiento y con registro**



En primer lugar y en base a los autores citados se encuentra que la hipoteca naval es un derecho real que se constituye sobre un buque, que en base al estudio realizado en cuanto a la historia y origen de la hipoteca naval se puede evidenciar que es una institución que fue creada y empleada de acuerdo a la coyuntura en que se realizó, por lo que ha sido empleada desde sus inicios en el derecho romano y por varias legislaciones durante varios años hasta la actualidad. De conformidad con el análisis realizado respecto a la historia y origen de la hipoteca naval, se evidencia que las embarcaciones navales han sido y son objeto de hipoteca, debido a que la prenda con desplazamiento no cumplía con los requerimientos de los deudores, ya que estos principalmente ofrecían en garantía a los buques con el propósito de generar ingresos a fin de poder cancelar sus créditos.

En concordancia con el estudio realizado en el capítulo segundo y con base a la experiencia obtenida en el ámbito bancario, se encuentra que la prenda industrial (sin desplazamiento y con registro) ha subsanado los problemas presentados en el otorgamiento de la garantía prendaria con desplazamiento, debido a que con esta figura los bienes muebles que son requeridos para el ejercicio económico de los deudores prendarios, permanecen en su posesión, para que sin dejar de desarrollar sus actividades económicas y consecuentemente poder generar los recursos para el pago de sus obligaciones.

Tomando en consideración lo citado anteriormente del libro de Derecho Mercantil de Guillermo Jiménez (2003, p. 437) al referirse a la prenda sin desplazamiento como una categoría moderna dentro de las garantías reales, la cual el tratadista Carlos Gilberto Villegas (1998, p. 295) la llamaba como '*hipoteca mobiliaria*', se evidencia que la hipoteca naval no ha sido analizada en la legislación ecuatoriana, ya que conforme consta en esta investigación se evidencia que se podría aplicar la prenda con registro en lugar de la hipoteca naval.

Cabe señalar que las embarcaciones navales para su correcto funcionamiento cuentan con distintas partes accesorias y constitutivas, como por ejemplo motores, sistemas de propulsión, sistemas de gobierno, etc., que pueden ser removidos o cambiados, alterando de una u otra forma las características de los buques. Se debe indicar que los cambios de los cuales pueden ser objeto las embarcaciones navales no siempre corresponde a mejoras, y considerando que el objeto de nuestro estudio es la garantía real de la cual es objeto este tipo de bien, y consecuentemente sus efectos, es decir el respaldo que brinda para el cumplimiento de una obligación, es importante que el bien que se da en garantía esté claramente determinado, para que de este modo se cumpla con el objetivo de garantizar de manera adecuada a la obligación, misma que fue descrita y analizada en el capítulo segundo del presente estudio. Por lo tanto, el cambiar una o varias partes de una embarcación naval lleva a que la garantía que se constituye sobre este bien se vea afectada ocasionando perjuicios al acreedor, por cuanto no fue lo que pactó y aceptó para garantizar el cumplimiento de su préstamo.

Al respecto, se debe señalar que el Código de Comercio en el artículo 899, indica qué debe contener el instrumento de constitución de hipoteca naval (escritura pública) entre los cuales no se encuentra la descripción de bienes accesorios de la nave, sin embargo el artículo 900 del mismo cuerpo legal señala que la hipoteca naval se extiende de pleno derecho a las partes integrantes de la embarcación naval que puedan ser separadas sin alterarlo sustantivamente y a las pertenencias de la nave que sin formar parte del mismo están afectos a su servicio de forma permanente. Por lo tanto se encuentra que la ley hace únicamente referencia a la funcionalidad de la embarcación naval siempre y cuando sus modificaciones no alteren su funcionamiento, dejando de lado el objetivo de la hipoteca es decir el garantizar el cumplimiento de una obligación, la cual puede verse afectada por los cambios que se realicen al bien disminuyendo el valor del mismo.

Con lo expuesto y considerando la experiencia obtenida en la Corporación Financiera Nacional B.P. se puede decir que la hipoteca naval por sí sola, no garantiza las obligaciones de una forma segura para el acreedor, ya que como ejemplifica un caso real, del cual no se pueden develar detalles por cuestiones de sigilo bancario, pero en caso de ser requeridos para fines académicos se los podría solicitar; donde el deudor realizó cambios en el motor, sistemas de propulsión y de gobierno, entre otros, partes constitutivas y accesorias de una embarcación naval, lo cual se evidenció durante la supervisión técnica de rutina, que develaba un cambio en los instrumentos sobre los que se realizó la constitución de un gravamen, generando valores extras a pagar para los deudores (costos notariales y de inscripción), generando un perjuicio pecuniario para este e incluso para la propia entidad prestamista, ya que se debió recurrir a la elaboración de contratos de prenda sobre los componentes del buque.

Teniendo en consideración el estudio realizado sobre la prenda industrial (con registro), se debe indicar que en la celebración de este tipo de contrato de garantía se realiza una descripción taxativa, es decir indicar todo lo que forma parte del bien (números de serie, motores, tamaños y demás señales distintivas) de manera que se realiza una individualización del bien, que, desde la perspectiva del acreedor, otorga una garantía más segura de la obligación del deudor, en comparación a la hipoteca naval, que solo registra al casco naval. De conformidad con lo expuesto por los ya citados autores Jiménez y Villegas, la prenda sin desplazamiento (con registro) da lugar a que las embarcaciones navales no sean objeto de una ficción, que como fue analizado el registro de este tipo de garantía reemplaza la necesidad de transferir la posesión del bien evitando de esta forma la problemática descrita en la historia de la hipoteca naval.

Cabe señalar que no existen créditos sin riesgo, y la necesidad de tener más de una fuente de pago, por lo que las garantías son un medio para disminuir el riesgo de crédito (Villegas, 1998, p. 21), por lo que se puede concluir que la

finalidad de las garantías (prenda e hipoteca) es respaldar una obligación por medio de la constitución de un gravamen (limitación de dominio).

Por otra parte el Código de Comercio en el artículo 849 señala que la enajenación de naves y la constitución de derechos reales para las naves de menos de diez toneladas de registro bruto (volumen) se lo debe realizar por escrito y sus firmas deberán ser reconocidas ante notario público, por lo que se infiere que se debe efectuar por medio de la constitución de prenda, debido a que como fue analizado anteriormente para constituir hipoteca es necesario realizarlo por medio de escritura pública.

De igual forma en legislaciones como la Argentina la hipoteca naval recae sobre embarcaciones con un peso mayor al de diez toneladas (Villegas, 1998, p. 377).

Con lo expuesto, se puede ver que la normativa únicamente realiza un mandato en cuanto a cómo se debe proceder sin tener motivos jurídicos ni técnicos para que las embarcaciones navales, independientemente de su volumen o peso, tengan que ser objeto de una ficción en su naturaleza, misma que corresponde a la capacidad de trasladarse de un lugar a otro semejante a la de otros inmuebles destinados a transporte.

Por lo tanto, los efectos de estos dos tipos de garantía son los mismos, reducir el riesgo que es inherente al crédito, y poseer otro mecanismo de cobro de la obligación garantizada, por lo que hoy en día no existe fundamento legal, ni doctrinario para considerar una naturaleza distinta a la cual les corresponde a las embarcaciones navales a fin de constituir un derecho real.

Sin perjuicio de lo señalado, independiente se trate de garantía hipotecaria o prendaria, se debe indicar que en la actualidad existe la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos (DINARDAP), que, de conformidad con la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que señala:

Art. 1.- Finalidad y Objeto (...)

El objeto de la ley es garantizar la seguridad jurídica, organizar, regular sistematizar e interconectar la información, así como la eficacia y eficiencia de su manejo, su publicidad, transparencia, acceso e implementación de nuevas tecnologías.

Art. 2.- Ámbito de aplicación.- La presente Ley rige para las instituciones del sector público y privado que actualmente o en el futuro administren bases o registros de datos públicos, sobre las personas naturales o jurídicas, sus bienes o patrimonio (...).

Al respecto cabe señalar que, de conformidad a experiencia en constitución de garantías, lo señalado en la citada norma no es de cumplimiento, ya que como fue dicho a causa de los cambios en los bienes accesorios de las embarcaciones navales, además de realizar contratos modificatorios, en varios casos se procede a realizar la constitución de un gravamen adicional, es decir bienes que en teoría se encuentran bajo una hipoteca a su vez son constituidos en prenda, misma que no debería ser inscrita ya que forma parte de otro bien y que además ya se encuentra gravado, evidenciado la falta de interconexión en cuanto a datos entre las distintas instituciones, por lo tanto existe una falta de seguridad jurídica.

Por último, se debe indicar que el registro de naves el cual es llevado por las Capitanías de Puerto, no forma parte de los programas y servicios de la DINARDAP, conforme se desprende de su página web, lo que podría ocasionar que la hipoteca naval no cumpla con las características para brindar seguridad jurídica al acreedor.

#### 4. CONCLUSIONES

Con el estudio realizado se evidencia que los bienes son parte del patrimonio de las personas (naturales o jurídicas), y tienen un papel importante en las actividades comerciales y económicas. En este sentido, del análisis efectuado se desprende que sobre los bienes recaen derechos reales, como por ejemplo la prenda o hipoteca, derechos que permiten a sus propietarios acceder a créditos, en razón de que constituyen garantías adecuadas para respaldar a la institución financiera en su calidad de acreedora, debido a que aminoran el riesgo de conceder un préstamo.

Las instituciones financieras en el ejercicio de las operaciones activas en concreto préstamos hipotecarios y prendarios, impulsa a que las personas naturales o jurídicas desarrollen distintas actividades, ya sea para adquirir activos fijos o financiar las distintas actividades económicas. Los diferentes tipos de bienes pueden ser utilizados para garantizar el cumplimiento de una obligación, siendo la constitución de la garantía una parte fundamental en el proceso crediticio, los cuales son contratos accesorios a los contratos de préstamo o mutuo, y que tienen vital importancia durante el desarrollo del vínculo entre banco y cliente.

De esta forma, se encuentra que la normativa y la doctrina han considerado a las embarcaciones navales como medio para garantizar obligaciones, en virtud de que constituyen bienes muebles y sobre ellos se pueden constituir derechos reales. En este sentido, se observa que a lo largo de la historia se ha establecido que sobre estos bienes a pesar de su naturaleza jurídica de muebles, se los debe hipotecar y esto responde, a que el interés del acreedor no era tomar posesión sobre el bien para que el deudor pueda continuar con su actividad económica, lo que no ocurría con la prenda, puesto que con esta garantía el acreedor tomaba posesión del buque e interrumpía el normal desenvolvimiento de la actividad económica del deudor.

Como producto del análisis que se ha efectuado se observa que la normativa en cuanto a la hipoteca naval no ha sido estudiada por parte de los legisladores pese a que se aprobó un nuevo Código de Comercio, en razón de que se continúa utilizando instituciones antiguas sin tomar en consideración otras figuras como la prenda con registro, que se asemeja la hipoteca inmobiliaria, la cual se utiliza de forma común en las operaciones bancarias y consiste en constituir garantías sobre bienes muebles sin que los deudores pierdan la posesión del bien, la que puede ser empleada para las embarcaciones navales sin necesidad de someterse al trámite que implica la constitución de la hipoteca.

De este modo, considerando que el derecho responde a una continua evolución así como las leyes, que conforme el transcurso del tiempo deben ser modificadas para adaptarse a las necesidades de la sociedad y que la hipoteca naval es una institución antigua, se concluye que la legislación nacional en cuanto a esta figura debe ser revisada, toda vez que ya existe la figura de la prenda con registro que fácilmente podría abarcar a los buques y embarcaciones.

Es preciso señalar que toda figura debe llevar un orden y una regulación específica, sin consideraciones especiales, porque de esta manera se evitan interpretaciones que pueden ocasionar confusiones, y más aún cuando la ley y la doctrina han clasificado a los bienes en dos grupos (muebles e inmuebles). Por lo que en la actualidad no existe una razón por la cual se deba continuar considerando a las embarcaciones navales en una categoría diferente y menos aún que sobre este bien se deba constituir hipoteca. En este mismo sentido y de la experiencia profesional, otra de las razones por las que no debería constituirse hipoteca naval sobre los buques, es que en el contrato únicamente se describen los componentes principales, lo que da paso a que el propietario de la nave pueda cambiar de componentes a las embarcaciones navales lo que podría disminuir el valor del bien, consecuentemente la hipoteca naval quedaría con bienes accesorios que resten el porcentaje de cobertura a la garantía con

la que pudo acceder al crédito, evidenciado de este modo falta de seguridad jurídica para el acreedor.

De esta forma, se debería respetar el principio de que los inmuebles son objeto de hipoteca y los muebles objeto de prenda, sin dar lugar a ningún tipo de excepción o de ficciones.



## REFERENCIAS

Alvarado, T. 1970, Derecho Internacional Marítimo, Guayaquil, Ecuador: Editorial de la Academia de Guerra Naval.

Barbier, A. 2007, Contratación Bancaria, Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Cabanellas, G. 2006, Diccionario Jurídico Elemental. Bogotá, Colombia: Heliasta.

Cevallos, V. 2009, Manual de Derecho Mercantil, Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio de 2005, Última modificación 22 de Mayo de 2016.

Código de Comercio. Registro Oficial Suplemento 497 de 29 de Mayo de 2019.

Código Orgánico Monetario y Financiero. Registro Oficial Suplemento 332 de 12-sep.-2014, Última modificación: marzo 2015.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008, Última modificación: 01 de agosto de 2018.

Cuenca, W. 2011, Los Contratos de Garantía, Loja, Ecuador: Editorial Jurídica Andina Gráfica.

Gauché, G. 1971, De Los Privilegios Marítimos y De La Hipoteca Naval, Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Jiménez, G. 2003, Derecho Mercantil, Barcelona, España: Ariel Derecho.

Kabas De Martorell, M. 2011. Tratado de Derecho Bancario Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.

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

Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos. Registro Oficial No. 162 del 31 de Marzo 2010, Última Reforma: 29 de noviembre de 2017.

Mendoza, D. (2009). El nacimiento del billete: una revolución en el concepto del dinero. Recuperado el 06 de abril de 2019, de: <https://dialnet.unirioja.es>

Musto, J. 2000, Derechos Reales Tomo 2. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Ochoa, O. 2008, Bienes y Derechos Reales. Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.

Parraguez, L. 2018. Régimen Jurídico de los Bienes. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.

Rodriguez, G. (2017). Qué es patrón oro y su por qué es necesario para que gobiernos no roben a ciudadanos. Recuperado el 20 de abril de 2019, de: <https://es.panampost.com/guillermo-rodriguez/2017/01/28/que-es-patron-oro-es-necesario/?cn-reloaded=1>

Rodríguez, J. 1968. Derecho Bancario. México D.F. México: Ed. Purúa S.A.

Rodríguez, S. 2013. Contratos Bancarios Su Significación en América Latina. Bogotá, Colombia: Legis S.A.

Sánchez, M. 2011. Obligaciones y contratos. Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

Suárez, R. 2008. Introducción al Derecho Civil. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Uría, R. 2007. Curso de Derecho Mercantil II. España: Civitas.

Villegas, C. 1998. Las Garantías del Crédito. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal  
– Culzoni Editores.

