



# **Universidad del Azuay**

**Facultad de Ciencias Jurídicas.  
Escuela de Derecho.**

**“LA INFLUENCIA QUE PUEDE TENER LA HIPOTECA  
CIVIL SOBRE EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN  
GARANTÍA”.**

**Trabajo de Graduación previo a la obtención del título de  
Abogado de los Tribunales de Justicia de la República.**

**Autor:**

Milton Geovanny Chacón Molina.

**Director:**

Dr. Jorge Morales Álvarez

**Cuenca – Ecuador  
2020**

## **DEDICATORIA**

A mi familia, que ha sido apoyo constante.

A mis padres, Carlos y Eloísa, por haberme brindado su amor infinito y el sosporte  
incondicional.

A mis hermanos, Orlando y Julio, por ser guías.

A mi esposa Marisol e hija Sophía, por haber sido luz.

## **AGRADECIMIENTOS**

A mi familia.

A la Universidad del Azuay y a mis profesores, quienes han compartido su conocimiento. Especialmente un agradecimiento sincero al Doctor Jorge Morales, por la dirección de tesis, por haber sido mi maestro a lo largo de la carrera universitaria, aportando de forma desinteresada sus conocimientos durante este, fascinante y permanente, camino de aprender del Derecho.

# ÍNDICE

DEDICATORIA .....	II
AGRADECIMIENTOS.....	III
ÍNDICE .....	IV
RESUMEN .....	VIII
ABSTRACT .....	IX
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I .....	13
<b>1. NOCIONES GENERALES DEL DERECHO PIGNORATICIO.....</b>	<b>14</b>
1.1. GARANTÍAS PERSONALES Y REALES. ....	15
1.1.1. <i>Garantías personales</i> .....	15
1.1.2. <i>Garantías reales</i> . ....	18
1.1.2.1. Avance histórico de las garantías reales. ....	19
1.1.2.1.1. Pignus manualis. ....	19
1.1.2.1.2. Pignus conventum. ....	20
<b>2. LA HIPOTECA. ....</b>	<b>21</b>
2.1. FUNDAMENTACIÓN DE LA HIPOTECA.....	21
2.2. CONCEPTO DE HIPOTECA.....	22
2.3. DEFINICIÓN DE HIPOTECA. ....	23
2.4. CARACTERES DE LA HIPOTECA.....	25
2.4.1. <i>Caracteres de la hipoteca como contrato</i> .....	25
2.4.1.1. Derecho real.....	25
2.4.1.2. Realización de valor. ....	26
2.4.1.3. Derecho de persecución. ....	26
2.4.1.4. Derecho de preferencia. ....	27
2.4.1.5. Contrato accesorio.....	27
2.4.1.6. Contrato unilateral.....	28
2.4.1.7. Contrato solemne. ....	28
2.4.2. <i>Caracteres de la hipoteca como derecho real</i> . ....	28
2.4.2.1. La hipoteca es un principio de enajenación.....	29
2.4.2.2. Adherencia.....	29
2.4.2.3. Publicidad registral.....	30
2.4.2.4. Especialidad de la hipoteca.....	30
2.4.2.5. Indivisibilidad de la hipoteca.....	32
2.4.2.6. La hipoteca es un crédito preferente.....	36
2.5. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA HIPOTECA.....	37
2.5.1. <i>Elementos Personales</i> .....	37
2.5.2. <i>Elementos reales</i> . ....	38
2.5.3. <i>Elementos formales</i> . ....	40
2.6. OBJETO DE LA HIPOTECA. ....	41
2.7. MODALIDADES DE LA HIPOTECA. ....	44
2.7.1. <i>Propietario bajo condición resolutoria</i> . ....	45
2.7.2. <i>Propietario bajo condición suspensiva</i> . ....	46
2.7.3. <i>Hipoteca abierta</i> . ....	46
2.7.4. <i>Hipoteca de cuotas</i> . ....	47
2.7.5. <i>Hipoteca sobre bienes sujetos a condición o limitación</i> . ....	48
2.7.6. <i>Hipoteca de naves marítimas</i> . ....	49
2.7.7. <i>Hipoteca sobre bienes futuros</i> . ....	52
2.7.8. <i>Hipoteca de cosa ajena</i> .....	53
2.7.9. <i>Hipoteca sobre una deuda ajena</i> .....	53

2.7.10.	<i>Hipoteca en la propiedad horizontal</i> .....	56
2.8.	REQUISITOS DE LA HIPOTECA.....	57
2.8.1.	<i>Condiciones de forma de la hipoteca</i> .....	57
2.8.2.	<i>Estructura de la escritura de la hipoteca</i> .....	60
2.8.3.	<i>Obligatoriedad registral</i> .....	63
2.8.3.1.	Deber de inscribir la hipoteca.....	65
2.9.	EFFECTOS DE LA HIPOTECA.....	66
2.9.1.	<i>Derechos del propietario del bien hipotecado</i> .....	67
2.9.1.1.	Conservación del deudor de las facultades de dominio y sus limitaciones.....	67
2.9.1.2.	Enajenación de los bienes e hipoteca de bienes hipotecados.....	67
2.9.2.	<i>Derechos del acreedor hipotecario</i> .....	68
2.9.2.1.	Derechos del acreedor hipotecario para la conservación del crédito.....	69
2.9.2.1.1.	Fase de seguridad.....	69
2.9.2.1.2.	Acción de deterioro o devastación.....	69
2.9.2.2.	Derecho del acreedor para entablar la acción hipotecaria contra el deudor.....	71
2.9.2.2.1.	La fase de ejecución: Acciones del acreedor hipotecario para hacer efectiva la hipoteca.....	72
2.9.2.2.2.	Acción personal del acreedor.....	74
2.9.3.	<i>Efectos de la hipoteca respecto de los terceros poseedores del inmueble hipotecado</i> .....	75
2.9.3.1.	Acción hipotecaria o derecho de persecución.....	76
2.9.3.2.	Derechos del tercer poseedor del inmueble hipotecado.....	77
2.10.	EXTENSIÓN DE LA HIPOTECA.....	79
2.11.	LÍMITES DE LA HIPOTECA.....	82
2.12.	EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA.....	83
2.12.1.	<i>Extinción por vía directa</i> .....	84
2.12.2.	<i>Extinción indirecta</i> .....	86

**CAPÍTULO II ..... 90**

**3. LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS. .... 91**

3.1.	ANTECEDENTES.....	91
3.1.1.	<i>El fideicomiso en el derecho anglosajón “el trust”</i> .....	95
3.2.	NOCIÓN GENERAL DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS.....	97
3.3.	EL FIDEICOMISO.....	98
3.3.1.	<i>Concepto y definición de fideicomiso</i> .....	98
3.3.1.1.	El fideicomiso civil en la legislación ecuatoriana.....	98
3.3.1.2.	Aspectos que distinguen al fideicomiso civil del fideicomiso mercantil.....	100
3.3.2.	<i>Las condiciones resolutivas dentro del fideicomiso</i> .....	102
3.3.3.	<i>Naturaleza jurídica del fideicomiso mercantil</i> .....	102
3.3.3.1.	Teoría del mandato irrevocable.....	102
3.3.3.2.	Teoría del patrimonio de afectación.....	103
3.3.3.3.	Teoría del negocio fiduciario.....	105
3.3.4.	<i>Concepto y definición de fideicomiso mercantil</i> .....	106
3.3.5.	<i>Partes que integran el fideicomiso mercantil</i> .....	108
3.3.5.1.	Fideicomitente, fiduciante o constituyente.....	108
3.3.5.2.	Fiduciario.....	109
3.3.5.3.	Fideicomisario.....	110
3.3.6.	<i>Derechos y obligaciones de los sujetos contractuales</i> .....	111
3.3.6.1.	Derechos de las partes.....	111
3.3.6.1.1.	Derechos del fideicomitente.....	111
3.3.6.1.2.	Derechos del fiduciario.....	113
3.3.6.1.3.	Derechos del fideicomisario.....	114
3.3.6.2.	Obligaciones de las partes.....	116
3.3.6.2.1.	Obligaciones del fideicomitente.....	116
3.3.6.2.2.	Obligaciones del fiduciario.....	117
3.3.6.2.3.	Obligaciones del fideicomisario.....	119
3.3.7.	<i>Elementos del fideicomiso mercantil</i> .....	119
3.3.7.1.	Elemento real.....	119
3.3.7.2.	Elemento personal.....	121
3.3.8.	<i>Características del fideicomiso</i> .....	121
3.3.8.1.	Contrato.....	121
3.3.8.2.	Bilateral.....	122
3.3.8.3.	Intuitu personae.....	122

3.3.8.4.	Indirecto.....	122
3.3.8.5.	Solemne.....	123
3.3.8.6.	Oneroso.....	123
3.3.8.7.	Tracto sucesivo.....	124
3.3.8.8.	Principal.....	124
3.3.8.9.	Nominado.....	124
3.3.8.10.	Conmutativo.....	124
3.3.8.11.	Aleatorio.....	125
3.3.9.	<i>Bienes que pueden ser objeto del fideicomiso</i> .....	125
3.3.10.	<i>Patrimonio autónomo</i> .....	125
3.3.11.	<i>Clases de fideicomisos mercantiles</i> .....	128
3.3.11.1.	Fideicomiso de inversión.....	129
3.3.11.2.	Fideicomiso inmobiliario.....	130
3.3.11.3.	Fideicomiso de administración.....	131
3.3.11.4.	Fideicomisos prestacionales.....	131
<b>CAPÍTULO III</b> .....		<b>133</b>
<b>4. FIDEICOMISO MERCANTIL EN GARANTÍA</b> .....		<b>134</b>
4.1.	ORIGEN DEL FIDEICOMISO EN GARANTÍA.....	134
4.2.	DEFINICIÓN DEL FIDEICOMISO EN GARANTÍA.....	136
4.3.	ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO EN GARANTÍA.....	139
4.3.1.	<i>Elemento objetivo</i> .....	139
4.3.2.	<i>Elemento subjetivo</i> .....	140
4.3.2.1.	Fideicomitente.....	140
4.3.2.2.	Fiduciario.....	140
4.3.2.3.	Fideicomisario.....	141
4.4.	OBJETO DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	141
4.4.1.	<i>Autonomía del patrimonio dentro del fideicomiso en garantía</i> .....	142
4.5.	REQUISITOS LEGALES DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	146
4.5.1.	<i>Denominación</i> .....	146
4.5.2.	<i>Transferencia de la propiedad</i> .....	146
4.5.3.	<i>Plazo de duración del fideicomiso</i> .....	147
4.5.4.	<i>Requisitos de forma del fideicomiso de garantía</i> .....	148
4.5.4.1.	Solemnidad de escritura pública.....	148
4.5.4.2.	Inscripción del fideicomiso mercantil.....	148
4.6.	MODALIDADES DEL FIDEICOMISO EN GARANTÍA.....	149
4.6.1.	<i>Fideicomiso en garantía en créditos de vivienda</i> .....	149
4.6.2.	<i>Fideicomiso en garantía en créditos de consumo</i> .....	149
4.6.3.	<i>Fideicomiso en garantía en créditos comerciales</i> .....	150
4.6.4.	<i>Fideicomiso en garantía de títulos valores</i> .....	150
4.6.5.	<i>Fideicomiso en garantía de bienes muebles</i> .....	151
4.6.6.	<i>Fideicomiso en garantía de bienes inmuebles</i> .....	151
4.6.7.	<i>Fideicomiso en garantía de cartera</i> .....	151
<b>5. PUNTOS DE ENCUENTRO O DISENSO, VENTAJAS Y DESVENTAJAS ENTRE LAS FIGURAS JURÍDICAS DE LA HIPOTECA CIVIL Y EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN GARANTÍA</b> .....		<b>152</b>
5.1.	PUNTOS DE ENCUENTRO O DISENSO ENTRE LA HIPOTECA Y EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN GARANTÍA.....	154
5.1.1.	<i>Puntos de encuentro entre la hipoteca civil y el fideicomiso mercantil en garantía</i> .....	155
5.1.1.1.	Ambas figuras jurídicas constituyen un medio de garantía.....	155
5.1.1.2.	La extensión en la hipoteca frente al fideicomiso mercantil en garantía.....	156
5.1.1.3.	La necesidad de inscripción tanto en la hipoteca como en el fideicomiso en garantía.....	157
5.1.2.	<i>Puntos de disenso entre la hipoteca civil y el fideicomiso mercantil en garantía</i> .....	159
5.1.2.1.	Distinción entre el poder en que encuentran los bienes en la hipoteca y en el fideicomiso en garantía.....	159
5.1.2.2.	Partes que conforman la hipoteca y el fideicomiso en garantía.....	160
5.1.2.3.	La accesoriidad en la hipoteca frente al fideicomiso en garantía.....	160
5.1.2.4.	Pluralidad de acreedores en la hipoteca y en el fideicomiso mercantil.....	162
5.1.2.5.	Administración de los bienes destinados a asegurar el cumplimiento de las obligaciones en el fideicomiso en garantía y en la hipoteca.....	162
5.1.2.6.	La situación patrimonial de los bienes objeto de la hipoteca con respecto a los bienes que conforman el fideicomiso en garantía.....	163
5.1.2.7.	Tiempos de ejecución diverso en la hipoteca con respecto al fideicomiso en garantía.....	165

5.1.2.8. Tipos de bienes que pueden ser objeto de la hipoteca y del fideicomiso mercantil en garantía: .....	166
5.1.2.9. Diferencia en el avalúo de los bienes destinados a asegurar el cumplimiento de las obligaciones en la hipoteca y en el fideicomiso en garantía: .....	168
5.1.2.10. Posibilidad de ser destinados los bienes gravados como fuente de pago en la hipoteca frente al fideicomiso en garantía: .....	168
5.1.2.11. Posibilidad de enajenar los bienes gravados con la hipoteca frente a los bienes destinados al fideicomiso en garantía: .....	169
<b>5.1.3. Ventajas y desventajas de optar por la hipoteca o por el fideicomiso en garantía. ....</b>	<b>170</b>
5.1.3.1. Puntos a favor para optar por el fideicomiso en garantía.....	170
5.1.3.1.1. La ejecución del fideicomiso en garantía es menos compleja que la hipoteca: .....	170
5.1.3.1.2. Ventaja que presenta el fideicomiso en garantía frente a la administración de los bienes gravados con respecto a la hipoteca:.....	171
5.1.3.1.3. La situación patrimonial de los bienes en el fideicomiso en garantía frente a la hipoteca: .....	173
5.1.3.1.4. La posibilidad de que el fideicomiso en garantía subsista de forma autónoma, respecto a la accesoriedad de la hipoteca: .....	173
5.1.3.1.5. El fideicomiso en garantía puede estar constituido por una gran diversidad de bienes y derechos:....	174
5.1.3.1.6. El fideicomiso en garantía admite una pluralidad de acreedores:.....	175
5.1.3.1.7. Actualización constante del avalúo de los bienes o derechos que conforman el patrimonio autónomo del fideicomiso en garantía:.....	176
5.1.3.2. Puntos a favor para optar por la hipoteca. ....	176
5.1.3.2.1. La ejecución en el fideicomiso en garantía con respecto a la libertad contractual y su posible omisión del debido proceso: .....	176
5.1.3.2.2. Inexistencia ajo de persecución o ius persecuendi en el fideicomiso en garantía: .....	177
5.1.3.2.3. El derecho real dentro de la hipoteca, frente a un derecho personal en el fideicomiso en garantía:...	179
5.1.3.2.4. Los vehículos no pueden ser objeto del dominio fiduciario en el fideicomiso en garantía: .....	180
5.1.3.2.5. Pérdida de la posesión de los bienes destinados al fideicomiso en garantía: .....	182
5.1.3.2.6. No exigibilidad del pago de honorarios por la administración de los bienes gravados a una parte contractual dentro de la hipoteca: .....	183
<b>CAPITULO IV:.....</b>	<b>184</b>
<b>6. CONCLUSIONES. ....</b>	<b>185</b>
<b>7. RECOMENDACIONES .....</b>	<b>187</b>
<b>8. BIBLIOGRAFÍA. ....</b>	<b>189</b>

## RESUMEN

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentran reguladas diversas figuras jurídicas que tienen como finalidad asegurar el cumplimiento de las obligaciones, encontrándose entre ellas, la hipoteca civil y el fideicomiso mercantil en garantía. El objeto de esta investigación es determinar, partiendo de un análisis de estas dos figuras jurídicas, los puntos de encuentro o divergencia entre ambas, la naturaleza jurídica de cada una de ellas, así como, encontrar si existe una incidencia o influencia entre ambas, realizando un análisis pormenorizado de su objeto jurídico, sus modalidades, desarrollo normativo y estructura jurídica. Se pretende también establecer las ventajas o desventajas de optar por una u otra figura jurídica al momento de la toma de decisiones.

**Palabras clave:** hipoteca civil, fideicomiso mercantil, garantías, obligaciones.

## ABSTRACT

In the Ecuadorian legal system, various legal figures are regulated to ensure compliance with the obligations, such as the civil mortgage and the commercial trust as guarantee. The purpose of this research was to determine, based on an analysis of these two legal figures, the meeting points or divergence between the two, the legal nature of each of them, as well as to find out if there is an incidence or influence between them, making a detailed analysis of its legal object, its modalities, regulatory development and legal structure. It is also intended to establish the advantages or disadvantages of opting for one or another legal figure at the time of decision-making.

**Keywords:** civil mortgage, commercial trust, guarantees, obligations.

Translated by



Geovanny Chacón

## INTRODUCCIÓN

El propósito de esta investigación es encontrar la incidencia entre las figuras jurídicas del fideicomiso mercantil en garantía y la hipoteca civil, entendidas ambas como formas de garantizar el cumplimiento de las obligaciones. En este sentido, dentro del desarrollo del presente trabajo serán analizadas estas figuras jurídicas en los dos primeros capítulos, en donde el primero será relativo a la hipoteca civil, partiendo de las nociones generales del derecho pignoraticio, que nos permita entender en un sentido general las garantías. Así también, se abordarán las modalidades de caución en un sentido histórico para entender el sentido actual regulatorio.

Luego, será revisada la institución jurídica de la hipoteca, su fundamentación, concepciones y definiciones, sus caracteres como contrato y como derecho real, además de establecer los elementos constitutivos de la hipoteca. Además, entender el objeto de la hipoteca, que es necesario para realizar un análisis comparativo posterior con respecto al fideicomiso en garantía. Dentro de este mismo capítulo, serán revisadas también las diversas modalidades en la que puede estructurarse la hipoteca; además, de entender la estructura de la hipoteca analizando el sistema registral hipotecario, los efectos de la misma, los derechos y deberes de las partes, las facultades respecto a los bienes que las partes tienen sobre los bienes gravados, la propiedad de los mismos, las fases de seguridad, la posibilidad de enajenar los bienes gravados o no, entre las acciones de conservación, en general, los efectos de la hipoteca respecto a los intervinientes en el contrato y aún respecto de terceros, incluyendo las acciones que confiere el derecho real de hipoteca. Por último, serán revisadas la extensión y extinción de la hipoteca.

Posteriormente, en el capítulo segundo, será analizado el negocio fiduciario en general, sus antecedentes históricos, el fideicomiso en el derecho anglosajón o *trust*. Seguidamente será analizada la estructura de los negocios fiduciarios, su noción general, el concepto y definición del fideicomiso, el fideicomiso en la legislación ecuatoriana y su variante entre el fideicomiso civil y el fideicomiso mercantil. Así mismo, entener la naturaleza jurídica del fideicomiso mercantil y las diversas teorías que se han propuesto para explicar, entre ellas, la teoría del mandato irrevocable, del patrimonio de afectación, entre otras.

En este mismo orden de ideas, serán analizadas las partes que integran el fideicomiso mercantil, los derechos y obligaciones de los sujetos contractuales, en donde se hallan comprendidos el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario y su relación obligacional al tratarse de formas de garantizar el cumplimiento de obligaciones. Así también, establecer el elemento real y elemento personal, las características del contrato de fideicomiso, la situación patrimonial de los bienes que conforman el patrimonio de propósito exclusivo, además de los bienes que comprenden el mismo.

Por último, dentro del segundo capítulo se realizará una distinción de los diversos modos de fideicomiso mercantil, para posteriormente centrarnos en la modalidad de fideicomiso a la cual nos referimos en este capítulo, que es el fideicomiso mercantil en garantía.

Luego, en el tercer capítulo será examinado de forma concreta a la modalidad del fideicomiso en garantía, el origen de esta figura jurídica en particular, la definición del mismo en consideración de su objeto, sus elementos objetivos y subjetivos, el análisis de la autonomía del patrimonio, los requisitos legales del fideicomiso en garantía.

Luego, establecer los puntos de encuentro o disenso entre las figuras jurídicas de la hipoteca civil y el fideicomiso mercantil en garantía. De modo que, nos permita entender las ventajas y desventajas de estas dos figuras jurídicas al momento de optar por una u otra. Para finalmente, en el capítulo cuarto, establecer las conclusiones y recomendaciones finales.

## **CAPÍTULO I**

## **1. Nociones generales del derecho pignoraticio.**

La expresión “pignoraticio”, tiene su raíz etimológica en el latín, *pignus*, cuyo significado es prenda o garantía. Según algunos tratadistas, evoca la idea de asir con el puño una cosa, aquello se dice, en relación a la posesión de la cosa, que era transferida al acreedor con el propósito de respaldar con ésta el cumplimiento de una obligación (Definiciona, 2020).

En este sentido, los contratos de garantía, tienen por objeto, asegurar el cumplimiento de una obligación principal, caución que puede ser otorgada mediante diferentes instituciones previstas en el ordenamiento jurídico, mismas que tienen un carácter de tipo personal o real<sup>1</sup>.

El patrimonio<sup>2</sup>, como está definido en el artículo 1224 del Código Civil, tiene como finalidad ser la prenda común de los acreedores, esto es, todo aquel que contrae una deuda, garantiza con todos sus haberes el cumplimiento de aquella. Por tanto, todos estos bienes constituyen una garantía común para todos sus acreedores, siendo que, ante el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el deudor, estos bienes deban venderse, para así, repartir el precio entre todos los acreedores, de conformidad con el orden de prelación que establezcan las leyes.

No obstante, de lo anteriormente indicado, puede suceder que, el patrimonio del deudor se vea menguado por distintas situaciones, sean estas realizadas de forma imprevista o deliberada por parte del deudor, afectando así al acreedor y a su derecho de cobrar la deuda. Puede suceder, que, el deudor aumente en gran medida las obligaciones que contrae, superando en gran medida al activo, situación que le haría perder sus bienes. A decir del autor Wilson Cuenca, sucede con

---

<sup>1</sup> Mecanismos que permiten asegurar el cumplimiento de las obligaciones. Las garantías reales emplean bienes propios o ajenos para garantía del crédito, por tanto, confieren derechos reales. Mientras que, las garantías personales no gravan un bien específico, sino al patrimonio de los fiadores. (Gallegos, 2008)

<sup>2</sup> Es el conjunto de bienes y derechos de contenido económico que pertenecen a una persona física o jurídica. (RAE, 2020)

mucha frecuencia que el deudor pone sus bienes a nombre de un tercero, que inicialmente, no era parte de la relación contractual, de forma que, enajena los bienes que en un inicio eran parte de la prenda común de los acreedores, pudiendo llegar el momento en que el acreedor no pueda hacer efectivo el crédito. (Cuenca, 2011).

Es por esta razón, que, como se dijo en líneas anteriores, existen instituciones jurídicas<sup>3</sup> que precautelan estos derechos que tiene el acreedor; allí encuentran su razón de ser las garantías, que constituyen los medios para asegurar que los créditos sean satisfechos enteramente. Estas garantías, a grandes rasgos, pueden ser de dos tipos: personales y reales.

### **1.1. Garantías personales y reales.**

Las garantías personales comprenden aquellas en las cuales una persona se obliga al pago en reemplazo o a falta del deudor originario, la forma más típica de éstas es la fianza. Por otro lado, en las garantías reales son una cosa la que se emplea, gravándose ésta, para hacer frente a la satisfacción de la deuda, de modo que, permiten al acreedor, en caso de no pago, dirigirse contra la cosa gravada.

#### **1.1.1. Garantías personales.**

Nuestro ordenamiento jurídico se encuentra fundamentado en la estructura del Derecho Romano en lo que respecta a las garantías personales. Surgiendo así lo que se denominó como *intercessio*, vocablo que deriva del latín *inter* que significa ‘entre’ y de la palabra *cessio*, que es, ‘ceder’, lo cual significa la intervención de un tercero a favor de otra persona.

---

<sup>3</sup> Es el conjunto normativo que se refiere a una clase determinada de relaciones jurídicas. Configuraciones estructuradas o unidades sistemáticas de regulación sobre una materia de derecho. (Vallet, 2020)

Surgiendo de esta forma, la *adpromissio*, que es cuando una o más personas se unen al deudor principal para garantizar una o más deudas de éste, representadas estas formas de *adpromissio* por la *sponsio*, la *fideipromissio* y la *fideiussio*, quienes se unían en un contrato verbal estipulando comprometerse a cumplir por el deudor principal si éste no lo hacía.

En el derecho originario, cuando alguien recurría a un préstamo, éste no le era otorgado, debido a los escasos bienes que poseían la mayoría, bienes que no les eran suficientes para para otorgarse como garantía real, de forma que se prefería la modalidad de la *adpromissio* en cualquiera de las variantes enunciadas.

En la forma de *sponsio*, variante de la *adpromissio*, en la figura del promisor o fiador que iba a pagar la deuda en caso de incumplimiento del deudor principal se encuentra plasmado el rigor del derecho quirritario. El *status civitatis* reconocía el derecho al ciudadano romano de fungir como *sponsor*. Mientras que, se diferenciaba la *fideipromissio* de la *sponsio*, en el hecho que, mediante esta figura los *adpromisores* o quienes se obligaban a la garantía de la deuda, ya podían ser los peregrinos o no ciudadanos romanos, ambas figuras jurídicas eran esencialmente las mismas, salvo la última connotación expuesta.

Por último, la *fideiussio* o fianza tuvo un proceso evolutivo muy anclado en sus principios jurídicos tradicionales, acercando al verdadero concepto de la fianza tal y como aparece estructurada actualmente. Siendo que, la fiducia romana *fideiussio*, era un contrato por el que un tercero se obligaba de forma accesoria a pagar una deuda, para el caso en el que el deudor no la pagaba en el término y forma convenidos. (Cuenca, 2011) Esta obligación era perpetua y transmisible a través de la sucesión causa de muerte.

Joaquín Eshiche define a la fianza indicando que es “la obligación que uno hace para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá las condiciones de algún contrato; o bien, la convención por la cual un tercero toma sobre sí el cumplimiento de una obligación ajena para el caso de que no la cumpla con el que la contrajo” (Eschiche, 1931)

De Diego ha definido a la fianza como “un contrato por el cual una tercera persona distinta del acreedor y del deudor se obliga al cumplimiento de una obligación principal o subsidiariamente, es decir, cuando el fiador o deudor anterior no la cumplen” (De Diego, 1941)

Nuestro Código Civil define en el artículo 2238 de la siguiente forma: “Fianza es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple. La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador.” (Asamblea Nacional, 2019)

De estas definiciones se puede indicar que la fianza consiste en un contrato de tipo accesorio, en el que, una persona denominada fiador, que es un tercero, esto es, no es deudor ni acreedor, se obliga a satisfacer la obligación en caso que el deudor no lo haya hecho, conservando así el derecho de exigir al deudor principal que le sea restituido el pago saldado por el fiador.

La naturaleza de esta obligación es la accesoriedad, ya que, una vez se extinga la obligación principal, conlleva también, la eliminación de la accesoria, esto conforme a la premisa jurídica de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, hay que tomar en consideración que, la forma de extinción de la obligación no solo entraña el pago que pudiese haber hecho el deudor

principal, sino cualquiera de las otras formas de extinción de las obligaciones previstas en el Código Civil.

Lo que identifica plenamente a la fianza respecto de las garantías reales, es el hecho de que éstas últimas confieren acciones reales, mientras que la fianza confiere acciones de tipo personal contra el fiador. En consecuencia, las garantías personales no gravan una cosa en particular, sino el fiador se obliga con todos sus bienes a responder de la fianza.

### **1.1.2. Garantías reales.**

Las garantías reales por su parte, como lo habíamos enunciado, son aquellas obligaciones en las que ciertas cosas están destinadas al pago de una deuda, estas pueden ser bienes muebles e inmuebles, las garantías reales son: la prenda, la hipoteca.

La prenda consiste en la entrega o en poner a disposición del acreedor una cosa mueble, bien que está destinado a la seguridad del crédito. Mientras que, la hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles, que permanecen en el poder del propietario que la constituye; que, otorga al acreedor, esencialmente, el derecho de persecución del bien, a más de, la preferencia en el cobro del crédito cuando se remata un bien (Ramirez, 2011). La prenda, entre tanto, es una institución con una connotación antieconómica, en la medida en que, aparta el bien gravado del tráfico económico o comercial al no poder usarlo el acreedor, pese a tenerlo en su poder, tampoco puede hacerlo el deudor, puesto que ha trasladado la posesión al acreedor pignoraticio. Algo que no sucede con la hipoteca, que, al tiempo le permite al deudor seguir obteniendo provecho del bien o derecho real inmobiliario; disgregando de esta idea general, cabe hipoteca sobre derecho real inmobiliario hipotecado, por ejemplo, el usufructo, la siembra de un predio, habitar de una casa.

### **1.1.2.1. Avance histórico de las garantías reales.**

Se considera que las garantías reales son de larguísima data en la historia del derecho, se cree que, en el texto sánscrito del Código de Manú ya se encontraban reguladas las garantías reales, posteriormente, en el Derecho Romano existió el *pignus conventum* y el *pignus manualis*, estos dos últimos como antecedentes a la hipoteca.

#### **1.1.2.1.1. Pignus manualis.**

En el clásico Derecho Romano se tenía por costumbre, entregar una cosa mueble, con el propósito de asegurar el cumplimiento de una obligación. Inicialmente, se trató de una relación de hecho, pero, a finales de la República de Roma, se convirtió en una relación jurídica, cuando un Edicto Pretoriano reconoció y protegió como poseedor interdicial al deudor, quien una vez satisfecha la deuda, tenía acción para exigir la restitución del bien.

La posesión de la cosa era desplazada; no obstante, la propiedad o dominio pleno continuaba vinculada al deudor, de forma que, el acreedor tenía derecho a retener la cosa mientras la deuda no sea satisfecha, salvo que, en virtud de pactar ciertas cláusulas le otorgaren al acreedor facultades más amplias. Estas cláusulas eran las siguientes:

a) Lex comisoria: Consistía en pactar que el acreedor pueda, ante el incumplimiento del deudor, cobrarse con la cosa pignorada. Este pacto trajo consigo inconvenientes, generaba prácticas abusivas o usurarias, siendo declarada nula por el emperador Constantino. Prohibición que se encuentra hasta nuestros días, así establecido en el artículo 2299 “Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o apropiársela por otros medios que los aquí señalados” (Asamblea Nacional, 2019)

b) El pacto que autoriza al acreedor para vender la cosa dada en prenda; pagándose con el precio cuando la deuda no ha sido satisfecha, o *ius distrahendi*.

#### **1.1.2.1.2. Pignus conventum.**

El modo en que se realizaba el *pignus manualis*, en ciertas ocasiones conllevaba un problema, sobre todo tratándose de fundos rurales, en los que generalmente el colono no poseía más que los utensilios de labranza y su ganado, de modo que, le era imposible ceder su propiedad, ni aún su posesión al acreedor, ya que, estos constituían sus instrumentos de trabajo. Fue de esta forma que, posteriormente se admitió que los bienes de labranza y su ganado quedarían afectados al pago del arrendamiento, esto por una simple convención, sin hacer pasar la posesión de los bienes, manteniéndolos en poder del colono. (Morales J. , 2013)

Esta modalidad, evidentemente, trajo consigo grandes ventajas, porque permitía al deudor conceder una garantía real a su acreedor, pero, sin abandonar la propiedad, ni tan siquiera la posesión de sus bienes. Es así que, los pretores<sup>4</sup> empezaron a generalizar su aplicación, indistintamente de la naturaleza del crédito a que respaldaba. Bastaba una simple convención que afecte a uno o varios objetos para la seguridad de la deuda y conseguir así el acceso al crédito.

De este modo, quedaron conciliados los intereses del acreedor, que eran, asegurar el cobro o satisfacción de una obligación, y los del deudor, que consistían en no verse privado de la posesión ni propiedad de sus bienes. De esta forma, surgió un derecho especial que le permitía, no habiéndose pagado la deuda, ocupar una situación especial, en mejores condiciones a las que le otorgaba el *pignus manualis*. (Morales J. , 2013).

---

<sup>4</sup> Magistrado que ejercía jurisdicción en la antigua Roma o en las provincias a ella sometidas. (Cabanelas, Diccionario Jurídico Elemental, 2006)

## **2. La hipoteca.**

El término hipoteca proviene del griego *hypothéke*, que significa *suppositio*, es el acto de poner algo debajo, el sometimiento de una cosa a otra, siendo que, hipoteca evoca la idea de que una cosa está puesta para apoyar o dar seguridad a otra, esto es, garantizar el cumplimiento de una obligación.

### **2.1. Fundamentación de la hipoteca.**

La hipoteca es una institución de garantía, porque, sujeta de forma directa e inmediata un determinado bien al cumplimiento de una obligación, quedando éstos en poder de su propietario. Se manifiesta como un contrato y como un derecho real, al que le corresponde su naturaleza jurídica, esto es, al derecho que se tiene sobre una cosa sin respecto de determinada persona, derecho que otorgan acciones reales.

A decir del tratadista Antonio Cammarota, “Quien posee tierra y capital, tendrá en su poder los elementos para que ella produzca; más quien solo tiene tierra y está desprovisto de aquél, se encontrará impedido de explotarla si no recurre a valores patrimoniales ajenos en demanda de un factor del cual no puede prescindir: el capital. Y al efecto, el propietario lo obtiene sobre la base de su mismo bien recurriendo al crédito inmobiliario.” (Cammarota, 1942) Deducción que se hace de la fundamentación de la hipoteca como elemento esencial del desarrollo económico, la hipoteca como institución jurídica resulta de suma relevancia en la producción, resultando que si las personas no se otorgaran entre sí créditos, el crecimiento económico se torna imposible, o cuando menos, sumamente dificultoso. Es así que, la existencia de la hipoteca se fundamenta en tales consideraciones.

## **2.2. Concepto de hipoteca.**

La hipoteca se presenta con un aspecto bifronte, puede considerarse, ya como contrato, ya como derecho real, diferenciándolas marcadamente en las siguientes ideas:

La hipoteca entendida como contrato, es un acto jurídico que sirve de medio para establecer el derecho real de hipoteca, siendo que, como derecho es la relación ya constituida que surgió del contrato previo.

La base jurídica en nuestra legislación civil es el artículo 1453, que manifiesta: “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (...).” Mientras que, como derecho real, el artículo 595 del código *ibidem* manifiesta “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.” De modo que, el propio código establece taxativamente cuales son los derechos reales, encontrándose entre estos la hipoteca, estableciendo, así mismo, que estos a su vez confieren acciones reales, que cobran una gran importancia en la institución de hipoteca.

Cuando se ha perfeccionado el contrato de hipoteca, el aspecto activo o de derechos le corresponde al deudor, mientras que en el pasivo o de obligaciones le corresponde al acreedor hipotecario; mientras que, como derecho real ya constituido, tiene como sujeto activo al acreedor y, como sujeto pasivo al deudor, aparte del resto del conglomerado social, por tratarse de un derecho real y este es oponible a todos. Dicho de otra forma, en la hipoteca como contrato, existe una tendencia a proteger al deudor que cumplió con la obligación garantizada, permitiéndole que le sea concedida la cancelación de la cosa hipotecada; mientras que, como

derecho real, mira en mayor medida al acreedor, permitiendo a su vez ejercer la acción real contra el deudor o terceros, en el caso de incumplimiento.

De esta forma, el contrato de hipoteca origina acciones personales a favor del deudor contra el acreedor, mientras que el derecho real de hipoteca produce acciones reales a favor del acreedor en contra del deudor u otro poseedor de la cosa hipoteca. (Cuenca, 2011)

### **2.3. Definición de hipoteca.**

Vista esta esta doble faceta de la hipoteca, se la puede definir de una mejor forma, es así que el autor Felipe Sánchez Román define a la hipoteca como: “En la consideración de que la hipoteca es un derecho real constituido en garantía de una obligación sobre bienes inmuebles ajenos o derechos reales enajenables que sobre bienes raíces recaigan y que permanecen en la posesión de su dueño, para satisfacer con el importe de la venta de éstos aquella obligación, cuando sea vendida y no pagada”, así mismo, el autor señala que en la forma de contrato “La hipoteca es un contrato accesorio, consensual, unilateral y oneroso, por virtud del cual se garantiza, con bienes inmuebles de la propiedad del hipotecante o de un tercero, el cumplimiento de una obligación, mediante la constitución del llamado derecho de hipoteca, con la obligación para el acreedor de liberar del gravamen a la cosa hipotecada cuando se cumple aquel fin de garantía, y con el derecho recíproco, para igual propósito en favor del hipotecante” (Sánchez, 1999)

En la línea de la hipoteca entendida como derecho real el autor Gustavo Palacio define a la hipoteca de la siguiente forma “el derecho real que grava uno o más inmuebles, sin que haya tradición, concediendo al acreedor el derecho de hacerlos embargar al vencimiento del crédito si este no es pagado y con prescindencia de quien fuera su propietario en ese momento, para

hacerse pago con el precio, preferentemente a otros acreedores del mismo deudor”. (Palacio, 1985)

El Código Civil ecuatoriano define a la hipoteca en su artículo 2309 como “Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.” (Asamblea Nacional, 2019) La definición que da el Código Civil no se refiere a la situación que puede darse en el caso de que no sea el deudor principal quien haya otorgado el bien a gravarse, ya que, puede suceder también que sea un tercero quien puede conceder hipoteca a favor del deudor directo. Conceptualización que no parece ser muy amplia como sí han sido recogidas en otros cuerpos normativos, como lo es el Código Civil y Comercial argentino que en su artículo 2205 indica “La hipoteca es el derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado. (Congreso de la Nación Argentina, 2014)

Por lo expuesto anteriormente, la hipoteca es, eminentemente, un derecho real de carácter accesorio y que tiene como propósito asegurar el cumplimiento de una obligación, quedando los bienes sometidos a esta finalidad, permaneciendo en poder del propietario, otorgándole al acreedor la facultad de llevar a cabo la realización del valor de aquellos, enajenándolos y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido, cualquiera sea su poseedor, cuando la obligación no haya sido satisfecha. O, a su vez, la obligación del acreedor de restituir dichos bienes cuando hubiere sido cumplida la obligación principal.

## **2.4. Caracteres de la hipoteca.**

Por carácter se entiende al conjunto de rasgos, cualidades o circunstancias que indican la naturaleza o esencia propia de algo, que la distingue de las demás (Léxico Oxford, 2020) en este sentido, los caracteres que explican la naturaleza jurídica de la hipoteca pueden entenderse en dos modos, dada la definición que habíamos expuesto anteriormente, los caracteres que definen a la hipoteca son, por un lado como contrato y como derecho real.

### **2.4.1. Caracteres de la hipoteca como contrato.**

A continuación, analizaremos los caracteres de la hipoteca entendida como contrato, estos son: un derecho real, realización de valor, derecho de persecución, derecho de preferencia, contrato accesorio, contrato solemne.

#### **2.4.1.1. Derecho real.**

Esta característica se encuentra dada por el propio Código Civil, pues en su artículo 595 manifiesta “(...) Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca.” De tal forma, el propio código establece taxativamente cuáles son los derechos reales, entre ellos se encuentra la hipoteca, denotando así que es una característica esencial. Por derecho real, de acuerdo a una concepción tradicional los derechos reales parten de la noción de patrimonio, el cual tiene que ver con la “totalidad de sus relaciones jurídicas estimables en dinero. Su titular no tiene un derecho único sobre el conjunto de derechos; la persona tiene tantos derechos cuantas sean las relaciones comprendidas en el patrimonio”. (Ternera, 2006)

En este sentido, dentro del patrimonio se encuentran los derechos de crédito o de tipo personal, esto es, aquella relación que tiene una persona con otra; por otro lado, encontramos

a la relación jurídica que es la que tiene una persona en relación a una cosa. Estos derechos reales confieren acciones reales a favor del acreedor con respecto al bien hipotecado. El autor Wilson Cuenca Ojeda habla de tres aspectos que son consecuencia de la característica de la hipoteca de ser un derecho real, estos son: el de realización de valor, derecho de persecución y derecho de preferencia.

#### **2.4.1.2. Realización de valor.**

Al ser la hipoteca un derecho real, como indicamos, tiene relación con el patrimonio, en consecuencia, una connotación económica. Una vez constituida la garantía real, como consecuencia del incumplimiento de la obligación principal, el acreedor hipotecario puede obligar la venta del bien hipotecado, promoviendo mediante la acción que le confiere a consecuencia del derecho real a que sea vendido en pública subasta para cobrar su crédito con precio de la venta, lo que se denomina *ius distrahendi*.

Este derecho de realización de valor impone una limitante, ésta es la de que no es posible que el acreedor hipotecario pueda adquirir el dominio del bien gravado, por propia disposición del Código Civil, que en su artículo 2326 hace remisión al artículo 2299 al establecer que “El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, (...) Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados.” (Asamblea Nacional, 2019)

#### **2.4.1.3. Derecho de persecución.**

Prerrogativa que confiere la ley al acreedor hipotecario a fin de procurar la venta de la cosa con el fin de satisfacer su crédito. El dueño de la cosa hipotecada puede transferir la propiedad

o transmitirla por causa de muerte, incluso puede volver a hipotecarla, lo cual no obsta para que el acreedor hipotecario pueda ejercer el derecho de persecución, que es una consecuencia del derecho real; en tanto la obligación principal persista, puede el acreedor perseguir la cosa aunque estuviere en manos de terceros, a quienes le haya sido transferido y la posea a cualquier título, esta disposición se encuentra en el artículo 2317 del Código Civil.

#### **2.4.1.4. Derecho de preferencia.**

El crédito asegurado con hipoteca otorga al acreedor hipotecario la prerrogativa de cobrar con preferencia o prelación frente a otros acreedores cuando ha sido hecho efectivo su precio mediante la venta por pública subasta, convirtiendo ese derecho real en un derecho de preferencia o lo que la doctrina lo ha denominado *ius preferendi*.

#### **2.4.1.5. Contrato accesorio.**

Es de tipo accesorio, porque como hemos manifestado, la hipoteca se constituye con el fin de garantizar el cumplimiento de una obligación, esta es principal, de modo que la hipoteca viene a subsistir o apoyar de forma accesorio para que la obligación sea satisfecha. Esta característica de la hipoteca tiene relación con el principio de derecho en que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Expresión latina que indica *accessorium sequitur suum principale*. Dicho de otra forma, si la obligación principal se hallare viciada de nulidad o si se diere su rescisión, por vía de consecuencia, la hipoteca seguirá la misma suerte, o lo que es lo mismo, si la obligación principal se extingue por vía de pago, compensación, o cualquier otro modo de extinguir la obligación, la hipoteca también se extinguirá a causa del camino que haya seguido la obligación principal.

#### **2.4.1.6. Contrato unilateral.**

Entendiendo a la hipoteca como un contrato, una vez que esta haya generado el derecho real a que sirve de título solo se podrá engendrar una obligación y un derecho correlativo, esto es, la obligación de parte del acreedor hipotecario, cuando la obligación principal ya ha sido cumplida, de cancelar el derecho de hipoteca, de forma que se libere al inmueble hipotecado de este gravamen, y el derecho del deudor de reclamar, en tal supuesto, dicha cancelación y liberación.

#### **2.4.1.7. Contrato solemne.**

Por disposición del artículo 2311 del Código Civil ecuatoriano, al indicar que “La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública, o constituirse por mandato de la ley en los casos por ella establecidos. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que accede.” (Asamblea Nacional, 2019) De modo que, la hipoteca tiene el carácter de solemne<sup>5</sup> debido a la necesidad de su otorgamiento mediante escritura pública ante un notario público, a más de la obligación de la inscripción registral.

#### **2.4.2. Caracteres de la hipoteca como derecho real.**

La hipoteca, entendida como un derecho real presenta los caracteres de: la hipoteca como principio de enajenación, adherencia, publicidad registral, especialidad de la hipoteca, indivisible y de crédito preferente.

---

<sup>5</sup> Son requisitos de existencia en los actos jurídicos, esto es, la formalidad con la que deben estar revestidos los actos, que conlleva un conjunto de cualidades o circunstancias que deben ocurrir para que un acto jurídico tenga plena validez y surta los efectos a que están llamados. (Rozas, 1982)

#### **2.4.2.1. La hipoteca es un principio de enajenación.**

La hipoteca es un principio de enajenación, puesto que, entendiendo enajenación en un sentido amplio, comprende la transferencia de dominio y el surgimiento de derechos reales, la hipoteca tiene esta característica, que otorga al acreedor la posibilidad de rematar el bien ante el incumplimiento de la obligación principal, además da el derecho de perseguir el inmueble hipotecado, quien fuera que sea el que lo posea y a cualquier título, como se verá de forma detallada en temas posteriores. Por este motivo, es un principio de enajenación ya que de acuerdo al artículo 2316 del Código Civil establece que “No podrá constituir hipoteca sobre sus bienes, sino la persona que sea capaz de enajenarlos y con los requisitos necesarios para la enajenación” (Asamblea Nacional, 2019) Lo que presupone, que incluso se requiere de la capacidad para enajenar, por consiguiente, entraña la hipoteca un principio o eventual enajenación.

#### **2.4.2.2. Adherencia.**

La hipoteca tiene relación inmediata y directa con los bienes para cuya seguridad se constituye, esto como una particularidad esencial del derecho real. Está relacionada o ligada al pago del crédito, la hipoteca mientras subsista va implícitamente adherida al cumplimiento de la obligación principal.

Característica que nos permite colegir del artículo 2331, que indica que “El tercer poseedor reconvenido para el pago de la hipoteca constituida sobre la finca que después pasó a sus manos con este gravamen, no tendrá derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados.” Esto como consecuencia de que la hipoteca está relacionada o adherida al bien hipotecado, al indicar que no habrá derecho para que se persiga primero a los deudores de forma personal, nos permite denotar la característica de adherencia.

#### **2.4.2.3. Publicidad registral.**

El sistema registral a grandes rasgos es “El conjunto de normas que en un determinado país regulan las formas de publicidad de los derechos reales sobre los bienes inmuebles a través del Registro de la Propiedad, así como el régimen y organización de esta institución.” (Vallejo, 2020).

Por lo que, al ser uno de los propósitos de la inscripción<sup>6</sup>, la publicidad hace presuponer el principio de que todos saben sobre la situación de los bienes, es una presunción de derecho, pues no admite prueba en contrario, lo que implica que nadie puede esgrimir el desconocimiento.

#### **2.4.2.4. Especialidad de la hipoteca.**

Por especialidad, como característica en la hipoteca, ha de entenderse en el sentido en que, en la hipoteca, debe encontrarse determinada la cosa u objeto gravado, así como la cantidad que cubre la hipoteca. Esta cualidad proviene desde las legislaciones clásicas, en el Derecho Romano, la hipoteca podía recaer sobre la totalidad de los bienes del deudor, pudiendo incluso tratarse no solo de bienes inmuebles sino también de bienes muebles, presentes y futuros, esta modalidad de hipoteca se denominaba hipoteca general. Posteriormente, el Derecho Francés modificó esta concepción generalizada de la hipoteca, a partir de esta variación, la mayoría de las legislaciones actuales han adoptado el principio de especialización de la hipoteca, precepto que conlleva un cambio sustancial, puesto que la hipoteca solo recae sobre un inmueble determinado.

---

<sup>6</sup> Otorgar seguridad mediante la publicidad registral que otorga el hecho de estar inscritos los actos jurídicos en un registro público. Tiene por objeto dar publicidad a los actos y contratos, garantizar la autenticidad y seguridad de los títulos, instrumentos públicos y documentos que deben registrarse. Pero, sobre todo, tratándose de la hipoteca, el propósito es el de servir de medio de tradición del dominio de bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos. (Congreso Nacional, 1980)

La especialidad puede recaer respecto al inmueble hipotecado, a la obligación a la cual garantiza y a la cantidad a que se extiende la hipoteca.

Respecto al inmueble hipotecado, el artículo 2334 establece que “La inscripción de la hipoteca deberá contener: (...) 3. La situación de la finca hipotecada y sus linderos.

Si la finca hipotecada fuere rural, se expresará la provincia, cantón y parroquia a que pertenezca; y si perteneciere a varios, todos ellos. Si fuere urbana, la ciudad, población, y la calle en que estuviere situada.” (Asamblea Nacional, 2019) Lo cual denota que el principio de especialidad se encuentra presente dentro de la hipoteca, específicamente en relación al inmueble sujeto a hipoteca.

En relación a la obligación a la cual garantiza, la especialidad se puede constatar en el numeral segundo del artículo *ibídem* que establece que la inscripción de la hipoteca también deberá contener “La fecha y la naturaleza del contrato a que accede la hipoteca, y el archivo en que se encuentra. Si la hipoteca se ha constituido por acto separado, se expresará también la fecha de este acto, y el archivo en que existe.” (Asamblea Nacional, 2019) En este caso, se establece como requisito que la hipoteca deba contener de forma determinada la obligación principal a la que esta subyace o respalda la hipoteca.

Con respecto a la cantidad a que se extiende la hipoteca, en el propio artículo en el numeral cuarto se establece lo siguiente: “La cantidad determinada a que se extiende la hipoteca, en el caso del artículo precedente.” (Asamblea Nacional, 2019) Esta exigencia tiene su razón de ser en el hecho de que el gravamen respalda a una deuda cierta y determinada, de modo que, es posible, para beneficio del deudor, valorar y determinarse el valor que respalda el bien, aun

cuando no estuviese determinada o limitada la cantidad, no podrá ser en ningún caso más del duplo del valor conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado, esto por disposición del art. 2333.

No obstante, de aquello, no se refiere a una exigencia o necesidad de que deba tratarse de una suma numérica determinada, puesto que, como se verá más adelante, se permite la constitución de hipotecas abiertas, o lo que es lo mismo, posibilidad de constituir hipotecas para asegurar el cumplimiento de obligaciones indeterminadas en cuanto a su monto.

#### **2.4.2.5. Indivisibilidad de la hipoteca.**

Este precepto se encuentra establecido en el artículo 2310 que indica que “Art. 2310.- La hipoteca es indivisible. En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella.” (Asamblea Nacional, 2019) En consecuencia, el gravamen de la hipoteca abarca al bien objeto de la hipoteca, así como a cada una de sus fracciones. Al igual que el principio de especialidad, el de indivisibilidad proviene del Derecho Francés, que establecía; y, establece aun ahora, que la hipoteca ha de considerarse como única o indivisible, respecto a los inmuebles gravados, como también al crédito avalado. La indivisibilidad de la hipoteca se entiende en relación a los bienes hipotecados y al crédito garantizado.

La indivisibilidad con respecto a los bienes hipotecados puede presentarse en dos supuestos, el primero, al referirse el art. 2310 que “(..) cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda” (Asamblea Nacional, 2019) Se refiere al propio inmueble objeto del gravamen, pues la ley determina que cada parte de la cosa hipotecada está obligada al pago de la deuda, esto es, si el inmueble se hubiera fraccionado, sea por el hecho de haberlo dividido su dueño, por efecto de una sucesión hereditaria, cada una

de las fracciones seguirá respondiendo al pago total de la deuda y puede ser accionada por el acreedor para hacerse cobrar con su precio.

Así también, la indivisibilidad de la hipoteca con respecto a los bienes hipotecados puede recaer en un segundo supuesto, que es cuando varios inmuebles son gravados por una misma deuda, en tal caso, el acreedor puede exigir por vía judicial a cualquiera de los inmuebles objeto de garantía hipotecaria, por la totalidad de la deuda. Esto en relación a lo establecido en el artículo precedentemente citado “cada una de ellas está obligada al pago de la totalidad de la deuda” (Asamblea Nacional, 2019) Lo que indica que el acreedor no está forzado a dividir su acción ni a prorratear el crédito en relación al número de inmuebles que pueden estar sujetos a una determinada hipoteca. Así mismo, no se puede pedir que se libere de la hipoteca a una de las propiedades, aún cuando hubiere sido cubierta parte de la obligación, ya que, el principio de indivisibilidad hace que todos los inmuebles queden afectados hasta el pago de la totalidad de la deuda, en consecuencia, en el supuesto en el que una propiedad que tenga el gravamen hipotecario sea enajenada, se transmite con su carga, de tal forma que, el acreedor puede, si así lo desea, hacer efectiva una sola de las propiedades, incluida la que hubiere sido enajenada con el gravamen.

Lo anteriormente indicado, salva la posibilidad de que el acreedor así pueda optar por ejercer o no su acción en vía judicial, pero, esta facultad u opción no concede excepción alguna si hubieren otros acreedores hipotecarios de fecha posterior, estos no pueden oponerse a que el primer acreedor persiga también los otros inmuebles que le han sido hipotecados a los segundos acreedores, porque la indivisibilidad otorga al acreedor el derecho de optar por la persecución o ejercicio de la acción sobre cualquiera de los bienes y hasta la satisfacción total de la obligación.

La indivisibilidad puede también recaer sobre el crédito garantizado; así mismo, en tres supuestos. Para analizar el primer supuesto debemos remitirnos al mismo artículo que indica “la cosa hipotecada y cada parte de ella está obligada al pago de toda la deuda y de cada parte de ella” (Asamblea Nacional, 2019) Por tanto, la deuda que ha sido contraída en la obligación principal, se entiende que es respaldada de forma total por la cosa hipotecada, de modo tal que, pagada parte de la deuda, el deudor no tiene derecho para exigir que la hipoteca se reduzca proporcionalmente, ni tampoco que se libere del gravamen al bien en la proporción de la parte pagada, ni aun siquiera pedir que se libere determinado bien en el caso de tratarse de varios bienes hipotecados, puesto que, como se desprende del principio de indivisibilidad, las cosas quedan gravadas hasta el pago total de la deuda.

El segundo supuesto se trata de cuando existen varios codeudores, si es que uno de ellos hubiere pagado su parte, no puede uno de ellos exigir la extinción de la hipoteca en lo que a él respecta. Si pretende exigir que la hipoteca se extinga, debe pagar la totalidad de la deuda, teniendo luego, la facultad de repetir al resto de los deudores, esto de conformidad a las reglas generales relativas a la solidaridad previstas en el propio Código Civil.

La indivisibilidad tiene efectos diversos en lo que respecta a la sucesión, puesto que, si fallecido el deudor o el acreedor; y, estos dejando a más de un heredero, la deuda o la acreencia se divide de forma proporcional a la parte por la que es llamado a suceder. De conformidad al artículo 1370 del Código Civil “Las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas. Así, el heredero del tercio no está obligado a pagar sino el tercio de las deudas hereditarias.” (Asamblea Nacional, 2019) Entonces, fallecido el testador que poseía un inmueble hipotecado, la obligación principal a la que tenía derecho el acreedor hipotecario, se

divide, por el ministerio de la ley, entre sus herederos, De esta forma, la acción personal a la que tiene derecho el acreedor en contra de los herederos puede únicamente dirigirse en contra de ellos, pero solamente sobre la cuota de la deuda.

Hay que tomar en cuenta que, a pesar de que la deuda se divide, de forma que, el acreedor, en lo que respecta al derecho personal, tiene que dirigirse a prorrata. Sin embargo, esta división no obsta para que el heredero a quien le es adjudicado el inmueble hipotecado responda con éste el total de la deuda, porque en este caso, nos referimos al derecho real que otorga la hipoteca, salvando el derecho de repetir en contra de sus coherederos por la cuota que a ellos le corresponda la deuda.

El tercer supuesto es en vista de la pluralidad del sujeto activo, es decir, existiendo múltiples acreedores, o si el acreedor muere, de forma que, existiendo varios herederos, y, si el alguno de ellos recibe del acreedor el pago de su parte de la deuda, no es posible pretender la cancelación de la hipoteca. Esto de acuerdo a las reglas del artículo 1542 que establece “La acción prendaria o hipotecaria se dirige contra el codeudor que posea, en todo o en parte, la cosa empeñada o hipotecada. El codeudor que ha pagado su parte de la deuda no puede recobrar la prenda u obtener la cancelación de la hipoteca, ni aún en parte, mientras no se extinga el total de la deuda; y el acreedor a quien se ha satisfecho su parte del crédito, no puede remitir la prenda o cancelar la hipoteca, ni aún en parte, mientras no hayan sido enteramente satisfechos sus coacreedores” (Asamblea Nacional, 2019) En consecuencia, la hipoteca se extingue cuando todos los coherederos del deudor hayan pagado sus respectivas partes, o los coherederos del acreedor hayan recibido las suyas; correspondiendo entonces, la cancelación, aunque haya sido dividida, una vez que la obligación haya sido cumplida en su totalidad.

Esta indivisibilidad obedece a la naturaleza de la hipoteca, pero, los contratantes, mediante cláusulas específicas pueden modificar el alcance de estas disposiciones, siendo que, se trata de un derecho del acreedor, bien puede renunciarlo.

#### **2.4.2.6. La hipoteca es un crédito preferente.**

La preferencia es el derecho que tiene el acreedor a ser pagado, un beneficio en la prelación o cobro frente a otros acreedores que también pudiere tener el deudor. Esta característica que es mandatoria se encuentra en el artículo 2372 “Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera.” (Asamblea Nacional, 2019) Por lo que, al tratarse de hipoteca, tiene el acreedor predilección al momento de cobrar, esto en relación a otros acreedores del obligado.

No obstante, puede suceder que el deudor posea multiplicidad de hipotecas concedidas a favor de varios acreedores, en tal caso, se resuelve con la regla de *prior tempore prius iure* principio que se entiende como el primero en el tiempo es el más poderoso en el derecho, de esta forma, se da prioridad o prelación al acreedor a cuyo favor hubiere sido conferida la hipoteca en el primer orden del tiempo, en relación a la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad. (Cuenca, 2011) La inscripción en el registro correspondiente es obligatoria al tratarse de hipotecas, según el artículo 2312 que indica que la hipoteca deberá ser inscrita y sin este requisito ésta no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde la inscripción.

La preferencia de la hipoteca se halla determinada en el título XXXIX del Código Civil, del libro IV que se refiere a las Obligaciones en General, al indicar en su artículo 2379 que “A

cada finca gravada con hipoteca podrá abrirse, a petición de los respectivos acreedores o de cualquiera de ellos, un concurso particular, para que se les pague inmediatamente con ella, según el orden de las fechas de sus hipotecas. Las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca preferirán unas a otras, en el orden de su inscripción (...)” (Asamblea Nacional, 2019) De tal forma que, la inscripción en el Registro de la Propiedad otorga los derechos de acuerdo a la fecha de su inscripción, que a su vez, se encuentran determinados por el día y hora, por lo que la preferencia o prelación se determina por la fecha de inscripción, no de su celebración, es así que, incluso la preferencia se transmite con la hipoteca, a todas las personas que hubieren adquirido por cesión, subrogación, o de cualquier otra forma, así lo establece el ya mencionado artículo 2372.

## **2.5. Elementos constitutivos de la hipoteca.**

La hipoteca entendida como contrato tiene elementos personales, reales y formales, mismos que serán analizados a continuación.

### **2.5.1. Elementos Personales.**

Estos elementos personales son los sujetos que intervienen en la hipoteca, entendida como contrato, se encuentran, el acreedor, que es la persona a cuyo favor se constituye la hipoteca para respaldo de su crédito, denominado también acreedor hipotecario. Así también, existe otro sujeto denominado hipotecante o constituyente, que usualmente es el deudor hipotecario, aunque puede suceder también que constituya una hipoteca sobre sus bienes un tercero distinto del deudor de la obligación principal, es decir, garantice una deuda ajena, de tal forma que, tratándose de este último supuesto, la relación obligatoria o el contrato principal tendrá unos sujetos, mientras que la relación hipotecaria tendría otros sujetos.

Hay que tener en cuenta que la hipoteca es un contrato, al ser tal, debe contener los requisitos inherentes a todo contrato, estos son, la capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita. Por lo que, al tratarse de un derecho de garantía, implica la posibilidad de la enajenación de la cosa hipoteca, ante el evento de no cumplirse con la obligación.

### **2.5.2. Elementos reales.**

Estos son los bienes hipotecables, éstos pueden referirse a la obligación que garantiza como a la cosa hipotecada. En cuanto a la obligación que garantiza, la hipoteca puede garantizar o afianzar el cumplimiento de las obligaciones, pero no únicamente pueden asegurar las obligaciones de dinero, sino de cualquier clase de obligaciones, sean estas puras o sujetas a condición.

El propósito de esta investigación versa sobre la situación de los bienes que se encuentran tanto en la hipoteca como en el fideicomiso en garantía, por tanto, es necesario entender que son bienes hipotecables los bienes raíces que se poseen en propiedad, pero también pueden ser objeto de la hipoteca aquellos bienes raíces que se poseen en usufructo; las naves conforme al Código de Comercio, dicho sea de paso, serán analizados estos bienes en lo relativo a las naves como objeto de hipoteca, debido a la introducción del nuevo Código de Comercio y sus cambios; así también, pueden hipotecarse las minas, de acuerdo a la Ley de Minería en su artículo 128 establece: “Las construcciones, plantas de beneficio, fundición, refinación o los derechos que emanan del título minero, que existan en las concesiones pueden ser objeto de cesión en garantía. Los contratos de cesión en garantía sobre los bienes antes referidos, deberán otorgarse por escritura pública e inscribirse en el Registro Minero a cargo de la Agencia de Regulación y Control Minero.” (Asamblea Nacional, 2011)

De igual forma, así como puede hipotecarse la propiedad absoluta, puede también ser hipoteca la nuda propiedad, al igual que puede ser objeto de hipoteca la propiedad fiduciaria, así lo ha establecido el artículo 770 del Código Civil. También es posible que se pueda hipotecar un bien sobre el cual se tiene un derecho eventual, esto de conformidad con el artículo 2318 que indica: “El que sólo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado o rescindible, no se entiende hipotecarla sino con las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho, aunque así no lo exprese.” (Asamblea Nacional, 2019) Por lo que, cabe la posibilidad de hipotecar bienes sujetos a una condición, sin embargo, el propio Código establece que si el que debe un inmueble bajo condición y éste lo enajena o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse el gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito, u otorgado por escritura pública. En consecuencia, puede hipotecarse un bien con un derecho eventual o limitado, pero se entiende que, de hacerlo, pasará con todas las condiciones y limitaciones. De igual forma, es necesario que la condición que vuelve al derecho eventual o limitado conste en el respectivo título y éste esté inscrito u otorgado por escritura pública.

También es posible constituir una hipoteca sobre los bienes futuros, así se halla establecido en el artículo 2321 al indicar que “La hipoteca de bienes futuros sólo da al acreedor el derecho de hacerla inscribir en cuanto a los inmuebles que el deudor adquiriera en lo sucesivo y a medida que los adquiriera.” (Asamblea Nacional, 2019) Por lo que, es posible hipotecar bienes futuros o que el deudor pretenda luego adquirirlos, pero, el derecho del acreedor para inscribir la hipoteca solamente podrá hacerse posterior a que el deudor adquiriera los bienes.

La hipoteca puede también darse lugar en la comunidad, en tal caso, el comunero, que es la persona que tiene en común con otra un derecho o una cosa; especialmente, una heredad o

hacienda. (Cabanellas, 2006) En tal situación, de acuerdo a lo determinado en el artículo 2319 el comunero puede, antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota. Pudiendo suceder esencialmente dos efectos, el primero, si verificada la división, los bienes que en razón de la adjudicación le hayan sido conferidos al otorgante o constituyente de la hipoteca, subsistirán todos los bienes o los que le hubieren sido adjudicados, como objeto de la hipoteca, mientras que el segundo efecto es que, si los bienes que fueron hipotecados cuando se trataba de comunidad no le fueren hipotecados, la hipoteca caducará, salvo que los otros partícipes de los bienes consintieren en que la hipoteca subsista y así se hiciere constar en la escritura pública.

Es importante aclarar que la hipoteca, en ninguna de las posibilidades a las que pudiera estar sujeta, no supone para nada una limitación de la responsabilidad en cuanto al valor de la obligación principal o a lo que ésta respalda, puesto que, como regla general, el deudor no solo es responsable de las garantías reales o hipotecarias, sino que responde con su patrimonio personal, el denominado derecho de prenda general de los acreedores establecido en el artículo 2367 que indica que toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor. La esencia de la hipoteca y lo principal es que permite asegurar la subsistencia de la garantía constituida, puesto que los bienes gravados quedan destinados o afectados al pago del crédito, aun cuando estos bienes cambien de propietario, otorgando prelación de cobro al acreedor para hacer efectivo su crédito por medio de la promoción de venta o realización del valor de los mismos.

### **2.5.3. Elementos formales.**

Este elemento nace de la necesidad de proteger al acreedor, es un requisito o exigencia que la ley hace a la constitución de una hipoteca, con el propósito de dar publicidad a la misma, a

través de un conjunto de normas de publicidad, para evitar la existencia de que gravámenes pasen desapercibidos por los acreedores.

Este objetivo se consigue por medio de la exigencia de normas o lo que la doctrina lo ha denominado como fórmulas rígidas y patentes al momento de constituir una hipoteca, estas normas son: el otorgamiento de la hipoteca a través de un documento público y la inscripción de la hipoteca en el Registro Público, en cuya constatación se deberá hacer mención a todas las particularidades de la hipoteca, además de todas las hipotecas y gravámenes que pesen sobre el mismo inmueble, con el objeto de que el acreedor pueda tener conocimiento de la efectividad de garantía con la que contaría el crédito. (Cuenca, 2011)

Es así que, nuestra legislación exige que, para que la hipoteca pueda quedar definitivamente instituida requiere constituirse mediante escritura pública, estos elementos formales son requisitos de validez, tanto así que sin este requisito no tendrá valor alguno, ni tampoco se contará si no es desde la fecha de la inscripción, así lo ha establecido el Código Civil en el artículo 2312, esto equivale a que, de acuerdo a nuestra normativa civil, la inscripción registral tiene efectos constitutivos, sin ella no nace a la vida jurídica la hipoteca.

## **2.6. Objeto de la hipoteca.**

El artículo 2320 del Código Civil establece cuales son las cosas que pueden ser objeto de hipoteca, indicando de forma negativa que ésta no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves, estas últimas reguladas por el Código de Comercio.

De modo que, puede hipotecar los bienes aquel que es dueño de un bien corporal. Con respecto a los derechos reales que se refieren a inmuebles, esta disposición establece únicamente que puede hipotecarse el derecho real de usufructo, en tal sentido, no es hipotecable un derecho de herencia, sin embargo, el propio código ha regulado en el artículo 2319, ya hecho mención anteriormente, que se refiere a la hipoteca que puede hacer el comunero antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota.

La consideración que el Código hace sobre la posibilidad de hipotecar el usufructo obedece a lo indicado en el artículo 600 del mismo, que indica que “Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.” (Asamblea Nacional, 2019) El derecho de usufructo tiene dos aspectos a ser tomados en cuenta, por un lado, está el propio derecho real de usufructo, y, por otra parte, la utilidad que produce este derecho a través de los frutos que otorgan los bienes sometidos a usufructo. Dicho esto, la hipoteca que se celebra sobre un usufructo abarca al derecho mismo, es decir, al primer aspecto, más no a los frutos.

Si un usufructuario hipoteca su derecho, el acreedor hipotecario no tiene la facultad de exigir al otorgante que los frutos percibidos les sean entregados a medida que son percibidos, sin que exista tampoco, la posibilidad de cobro preferente frente a otros acreedores que pudiera tener el usufructuario, éste conserva el derecho de percibirlos, y solamente una vez hayan ingresado a su patrimonio servirán de garantía general para todos sus acreedores, sin que exista prelación alguna. En consecuencia, la hipoteca de un usufructo no otorga mayor derecho, cuando hay incumplimiento de la obligación, que el de embargar y procurar la venta del usufructo mismo, con el propósito de cobrar con preferencia sobre el precio obtenido. De este modo, si el usufructuario hipoteca la cosa a la que la tenía derecho por usufructo y ésta es ejecutada y

rematada, el adjudicatario del derecho, recibirá la cosa mientras esté pendiente el usufructo, no obstante, por disposición del artículo 807 del Código Civil que establece que “Cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario.” (Asamblea Nacional, 2019) De modo que, si bien es posible hipotecar el usufructo según las reglas anteriormente vistas, sin embargo, permanece, el usufructuario inicial, siendo responsable respecto al nudo propietario. Tampoco podrá cederse, esto incluye hipotecarse, si se le hubiere prohibido el constituyente. Si a pesar del impedimento se cedere o se hipotecase, el usufructo se perderá, salvo que, el propietario posteriormente le revele la prohibición, si no, se entendería extinguido el derecho de usufructo y, como consecuencia, operaría también la extinción de la hipoteca.

Así también, al ser el usufructo un derecho limitado en el tiempo, este no puede durar más allá del tiempo de vida del usufructuario, pues este, según lo dispuesto en el artículo 820 del código *ibidem*, el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario, aunque ocurra antes del día o condición prefijados para su condición. Entonces, el usufructo debido a su propia naturaleza, se entiende otorgado siempre bajo condición resolutoria, pues este no se transmite a través de la sucesión por causa de muerte.

Otro aspecto a tener en cuenta en el usufructo es el hecho de que, si puede hipotecar el usufructuario la propiedad, bien puede hacerlo también el nudo propietario, de acuerdo al principio de derecho *qui potest plus, potest minus*, el que puede lo más puede lo menos, en este caso, si el usufructuario puede hipotecar, que es un derecho derivado de la propiedad, bien podría el nudo propietario hacerlo. Según la regla precedentemente citada, el artículo 2320, en el inciso primero de esta disposición se refiere a que la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad, si bien no se refiere expresamente a la nuda

propiedad, sin embargo, se colige que de acuerdo al principio mencionado, a más de que, el nudo propietario conserva la propiedad del bien, el nudo propietario bien podría, también, constituir una hipoteca sobre un bien inmueble sobre el que se haya otorgado usufructo.

Así mismo, puede el deudor hipotecar un bien inmueble y reservarse para sí el derecho de usufructo, puesto que no existe impedimento alguno para que esto ocurra, pues el deudor podría eventualmente llegar a requerir de esta forma, como en el caso de que no pueda cumplir con la obligación principal, el bien sería embargado y rematado, no obstante de aquello, el derecho de usufructo estaría reservado para sí y el deudor continuaría gozando del bien inmueble durante su vida o el tiempo convenido en el usufructo.

El derecho de uso y el de habitación, siendo que es similar al usufructo cuando recaen sobre bienes raíces, estos no son susceptibles de ser hipotecados, debido esencialmente a dos consideraciones, una a que se tratan de derechos personalísimos y otra a que de acuerdo a lo establecido en el artículo 1634, en su numeral noveno, establece de forma determinante que no son embargables “Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación”. (Asamblea Nacional, 2019)

## **2.7. Modalidades de la hipoteca.**

La hipoteca puede ser otorgada en distintas modalidades o condiciones, siempre que reúnan los requisitos generales inherentes a todos los contratos, éstas serán válidas. Es así que, puede constituirse una hipoteca bajo cualquier condición. El artículo 2315 indica que “La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquiera condición, y desde o hasta cierto día. Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto, no valdrá sino desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día; pero cumplida la condición o llegado el día, su fecha será la misma de la

inscripción. Podrá, asimismo, otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda, y correrá desde que se inscriba. La hipoteca podrá, en consecuencia, asegurar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor hipotecario.” (Asamblea Nacional, 2019)

Esta disposición abarca varias modalidades de la hipoteca. La primera de ellas, se refiere a la hipoteca otorgada bajo condición. Es preciso entender qué comprende la condición suspensiva y resolutoria, para tal efecto, el artículo 1495 indica que “La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.” (Asamblea Nacional, 2019) Por tanto, si se trata de una condición resolutoria, ésta suspende el efecto de la hipoteca; pero en caso de que esta condición se cumpla, la hipoteca caduca o se da por finalizada, se entiende sujeta a un condicional, como podría ser, el derecho de propiedad del constituyente. Mientras que, si la condición es suspensiva, esta queda prorrogada el efecto de la hipoteca, pero una vez verificada la condición, la hipoteca cobra existencia y surte efectos con forma retroactiva.

### **2.7.1. Propietario bajo condición resolutoria.**

La hipoteca que se constituye sobre un inmueble, realizada por aquella persona que es dueña del bien bajo condición resolutoria, dejará en este caso, de surtir efectos la hipoteca si es que el derecho se resuelve por el cumplimiento de la condición, ya que el constituyente perdería el dominio del bien hipotecado, además de haberse pactado la hipoteca sujeta a una condición que extingue o resuelve el derecho de hipoteca. En estos casos, la hipoteca existe y surte efectos desde el perfeccionamiento del contrato hasta que la condición se cumpla. Así, por ejemplo, A hipoteca un inmueble para garantizar una deuda de B, bajo la condición de que la hipoteca subsistirá hasta que contraiga matrimonio. En tal caso, la hipoteca existe desde que se

perfecciona el contrato hasta que la condición se cumpla, esto es, hasta que A contraiga matrimonio.

### **2.7.2. Propietario bajo condición suspensiva.**

En esta modalidad, se otorga o constituye una hipoteca sobre un inmueble, pero ésta no surte efectos sino hasta que la condición se cumple, ya que, no adquiere el dominio el constituyente de la hipoteca. Por ejemplo, si A hipoteca un inmueble de su propiedad para garantizar una obligación de B, pero con la condición de que la hipoteca cobrará existencia cuando éste contraiga matrimonio, por lo que, una vez se case B, tendrá existencia la hipoteca, si no se ocurre el cumplimiento de la condición. Cuando se trate de una condición suspensiva, como el hecho de verificarse la condición por la llegada de un día determinado, solo desde aquel instante la hipoteca cobra existencia, de modo que, ésta se retrotrae al momento en que quedó inscrita, esto importa al acreedor para entender la prelación de créditos, ya que, si ha habido una finca gravada a varios acreedores con una hipoteca, éstos podrán exigir el pago de acuerdo al orden de fechas de sus hipotecas, esto según el artículo 2379 del Código Civil.

En este mismo orden de ideas, el donatario, el legatario o el comprador de un bien inmueble, que lo haya adquirido bajo condición suspensiva, puede, hipotecar su finca así haya donado, legado o comprado, mientras aun penda la condición; sin embargo, la hipoteca se subordina en sus efectos al cumplimiento de la condición de la que depende la donación, el legado o la compra.

### **2.7.3. Hipoteca abierta.**

El artículo 2315, en el inciso tercero y cuarto, manifiesta: “Podrá, asimismo, otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda, y correrá desde que se inscriba.

La hipoteca podrá, en consecuencia, asegurar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor hipotecario.” (Asamblea Nacional, 2019) En nuestra legislación, esta modalidad de hipoteca se la conoce como hipoteca abierta, debido a que, si una hipoteca ha sido otorgada en estas condiciones, garantiza todas las obligaciones que el deudor haya contraído, contraiga o en lo posterior contrajere, incluyendo tanto si es deudor como garante.

La hipoteca puede constituirse antes de la obligación a la que acceda, en cuyo caso, cobra mayor utilidad la hipoteca abierta, porque se constituye una hipoteca a favor de una persona si pretende en lo posterior adquirir múltiples obligaciones.

#### **2.7.4. Hipoteca de cuotas.**

Nuestro ordenamiento jurídico privado, en el Código Civil, en el artículo 1751 establece la posibilidad de enajenar la cuota de la cosa que se posee en común, siempre que no intervenga en aquella un contrato de sociedad, cada uno podrá vender su cuota, aun sin el consentimiento de los demás. (Asamblea Nacional, 2019) Permittedose la enajenación, se entiende también que se permite la hipoteca, ya que, es un principio de enajenación, por lo que, si se puede lo más, se podría lo menos.

En razón de aquello, el Código Civil en el artículo 2319 dispone “El comunero puede, antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota; pero verificada la división, la hipoteca afectará solamente los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen, si fueren hipotecables. Si no lo fueren, caducará la hipoteca. Podrá, con todo, subsistir la hipoteca sobre los bienes adjudicados a los otros partícipes, si éstos consintieren en ello, y así constare por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción hipotecaria.” (Asamblea Nacional,

2019) De modo que, para el poseedor que tenga una cosa proindiviso, es posible hipotecar la cuota a la que tiene derecho.

La norma general que establece que cada uno de los partícipes de una cosa que posee pro indiviso, según el artículo 733, indica que, “(...) Se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante el tiempo de la indivisión” (Asamblea Nacional, 2019) En virtud de esta disposición, la hipoteca únicamente alcanzará a los bienes que en razón de la adjudicación le sean asignados, caso contrario, si se hubiera hipotecado la cosa, pero, no le es adjudicado al deudor u otorgante hipotecario, sino a otros copropietarios, la hipoteca caduca. Pero, si la adjudicación es en parte de lo que se había hipotecado, esta hipoteca subsiste en lo relativo a la parte asignada.

En conclusión, la hipoteca sobre una cuota de un inmueble que se tiene pro indiviso, depende del resultado de la adjudicación. Esto es, si la cosa es adjudicada en todo o en una parte, la hipoteca cobra existencia, surtiendo efectos en modo retroactivo, sea sobre la totalidad del bien o sobre la parte que le fue adjudicada, contando su fecha desde la inscripción en el Registro de la Propiedad. Además, si la cosa no resulta adjudicada en su totalidad al deudor hipotecario; no obstante, los otros comuneros pueden consentir en ello, de modo que la hipoteca subsiste en la totalidad, siempre que así se haga constar en la escritura pública y se tome razón y margine en la inscripción de la hipoteca.

#### **2.7.5. Hipoteca sobre bienes sujetos a condición o limitación.**

Al tener el otorgante solamente un derecho eventual, es decir, sujeto a condición, sea que se trate de un dueño que tenga el bien bajo una condición, como el nudo propietario, el usufructuario u otras personas, con tal que posean sobre el bien un derecho rescindible o sujeto

a condición. Mientras no se haya cumplido la condición o limitación, estas personas pueden hipotecar el inmueble, no obstante, se entiende constituidas con las condiciones o limitaciones a las que está sujeto el derecho, aun cuando no se expresare explícitamente, de acuerdo con el aforismo jurídico de que las cosas se transmiten con sus cargas. Salvo que el derecho de dominio que se tiene sobre el bien esté sujeto a condición resolutoria, no puede resolverse el gravamen, si no se ha hecho constar la condición en el título respectivo, registrado y concedido por escritura pública, de acuerdo al artículo 1507 del Código Civil, que establece como requisito de validez de esta condición que conste en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.

#### **2.7.6. Hipoteca de naves marítimas.**

Si bien la ley se refiere a que el requisito para constituir una hipoteca es que se traten de bienes inmuebles, nuestra legislación ha previsto la posibilidad de hipotecar las naves marítimas. Para el efecto de comprender esta modalidad de hipoteca, se entiende por nave a “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 movibles que la complementan.” (Asamblea Nacional, 2019) La hipoteca naval es una modalidad crediticia del comercio marítimo, que le permite al acreedor gravar su construcción flotante o nave y garantizar con ella el cumplimiento de una obligación.

Esta modalidad de hipoteca comprende, al igual que la hipoteca de bienes raíces propiamente dichos, la posibilidad de que los acreedores marítimos en este caso, tengan una especial garantía sobre el patrimonio naval de sus deudores para cobrar sus créditos de forma

preferente en relación a los demás acreedores del comerciante marítimo; el beneficio o privilegio comprende el derecho del acreedor a la persecución de la nave y a procurar la venta para la realización del valor de la cosa y hacerse pagar con el producto de la venta la obligación que garantizaba la nave.

La consideración de que las naves marítimas podrían ser objeto de hipoteca en un inicio era un tanto contrapuesta a la concepción generalizada que se tenía de la hipoteca, puesto que, como ya se ha indicado, la hipoteca es un derecho real de garantía que recae sobre bienes inmuebles. Se pensaba en un inicio, con el fin de recurrir al acceso al crédito y garantizar obligaciones con las naves que posea el deudor, emplear la figura jurídica de la prenda con el fin de solventar esta aparente contraposición o dificultad de que la hipoteca solo recayese sobre bienes inmuebles. Sin embargo, la pérdida de la posesión que entraña la prenda, les era demasiado perjudicial para los deudores que pretendían gravar sus naves, pues el correcto desenvolvimiento comercial marítimo se veía menguado, o casi imposibilitado, si es que no tuviesen la posesión de sus naves, de modo que, se asimilaron o se les consideró a éstas como bienes inmuebles, de tal forma que deben inscribirse en un registro público (Cuenca, 2011).

La hipoteca naval es altamente empleada en la actualidad, permite al acreedor el cobro privilegiado, ante el incumplimiento del deudor, sobre el producto de la venta del buque; es una figura muy eficaz para la financiación de los emprendimientos marítimos. Es así que, el nuevo Código de Comercio ha ampliado la regulación de la hipoteca naval, en el libro VII, título II sobre los contratos de transporte marítimo, se ha desarrollado el capítulo IV que se refiere a la hipoteca naval, de los privilegios marítimos y embargo. En el artículo 896 se halla la disposición que permite que “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.” (Asamblea Nacional, 2019).

Al igual que la hipoteca sobre bienes inmuebles, la hipoteca naval debe constituirse por escritura pública e inscribirse en el registro correspondiente, este registro es uno específico para naves, que se encuentra a cargo de la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial. Es requisito *sine qua non*, que se realice la inscripción, para que las hipotecas navales sean válidas y oponibles a terceros.

El Código de Comercio actual ha incorporado más requisitos con respecto al Código anterior en lo relativo a la hipoteca naval, es así que, se han incluido las reglas que debe contener el instrumento de constitución de la hipoteca naval, indicando que en ella deberá constar: a) la identificación detallada del deudor y del acreedor, así como el registro en que se encuentran inscritas, b) la singularización de la nave, c) el arqueo bruto o cabida total de la nave, la eslora o largo de nave y demás características principales de la nave, d) los pactos en virtud de los cuales se encuentre expresamente la extensión de la garantía a los fletes, indemnizaciones, o cualquiera que delimite el objeto de la garantía o seguros, e) la fecha y la naturaleza del contrato de hipoteca o el crédito que garantiza, f) el monto de la obligación para cuya seguridad se constituye la hipoteca. (Asamblea Nacional, 2019) Se observa que se encuentran presentes los principios de especialidad y determinación, inclusive en la hipoteca naval.

Al igual que en la hipoteca de bienes inmuebles se encuentra regulada la extensión o alcance de la hipoteca naval, el artículo 900 del Código de Comercio manifiesta: “La hipoteca naval se extiende de pleno derecho a las partes integrantes como el casco, maquinaria y todas aquellas que no pueden ser separadas de éste sin alterarlo sustantivamente” (Asamblea Nacional, 2019)

Esta disposición tiene un tratamiento similar a los inmuebles por destinación que regula el Código Civil en su artículo 588 al indicar que se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están destinadas de forma permanente al uso, cultivo o beneficio de un inmueble.

#### **2.7.7. Hipoteca sobre bienes futuros.**

Al tratar las características esenciales de la hipoteca se había hecho mención a la especialidad en relación a la necesidad de determinar la cosa hipotecada, así como la cantidad que cubre la hipoteca. No obstante, en nuestra legislación también es posible hipotecar bienes futuros, el artículo 2321 establece que: “La hipoteca de bienes futuros sólo da al acreedor el derecho de hacerla inscribir en cuanto a los inmuebles que el deudor adquiriera en lo sucesivo y a medida que los adquiriera.” (Asamblea Nacional, 2019) Siendo entonces que el propio Código faculta la posibilidad de hipotecar bienes futuros, pero con la posibilidad de inscribirlas únicamente cuando se adquieran posteriormente, de tal forma que se pueda cumplir con el requisito de la especialidad y de la determinación, porque solamente cuando obtenga la propiedad de los bienes podrán quedar hipotecados.

De forma que, la hipoteca de bienes futuros se encuentra facultada por nuestro ordenamiento jurídico, pero, no queda constituida de forma perfecta a no ser que se cumplan con las formalidades esenciales a la que nos habíamos referido en temas anteriores, esto es, inscribir la hipoteca en el registro correspondiente para que esta produzca plenos efectos jurídicos. Celebrada así esta forma de contrato, puede el acreedor posteriormente, cuando el deudor haya adquirido el bien inmueble, presentarse la escritura pública de constitución y el título de adquisición por parte del deudor, para que se haga constar la situación de especialidad y determinación y de esta forma la hipoteca quede perfeccionada.

### **2.7.8. Hipoteca de cosa ajena.**

Se puede inferir que, de acuerdo al contexto general de nuestro ordenamiento jurídico, la hipoteca de cosa ajena es posible. Suelen existir discusiones sobre la validez o no de la hipoteca de cosa ajena. Sin embargo, el autor Carlos Ramírez Romero, considera que es posible la hipoteca de cosa ajena, al indicar que “En la hipoteca de cosa ajena, la hipoteca no se adquiere por tradición, porque quien la constituye no es el propietario del bien; en cambio, la hipoteca sirve de título para poseer y llegar a prescribir.” (Ramírez, 2011) En tal caso, la hipoteca sirve como medio para adquirir el bien a través de la prescripción, así lo faculta el artículo 2398 del Código Civil, que permite adquirir los bienes a través de la prescripción adquisitiva de dominio.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 699 del Código Civil, la tradición da la posibilidad de adquirir el dominio por medio de prescripción, si bien no se adquiere el dominio, otorga título para poseer y llegar a adquirir el bien por medio de la prescripción adquisitiva de dominio. Así también, es posible consentir la tradición que en un principio fue inválida, así se encuentra señalado en el artículo 688, que indica que la tradición hecha sin voluntad del tradente o de su representante, puede validarse retroactivamente por la ratificación del que tiene la facultad de enajenar la cosa como dueño o representante del dueño. Esto además de que la venta de cosa ajena se encuentra habilitada de acuerdo al artículo 1758. Por todo lo expuesto; y, en los términos que hemos señalado, consideramos que es posible la hipoteca de cosa ajena.

### **2.7.9. Hipoteca sobre una deuda ajena.**

La hipoteca puede constituirse sobre un bien raíz perteneciente al mismo deudor de la obligación principal, en este caso, el acreedor tendría tanto una acción personal, por la obligación principal, como una real, por la hipoteca en relación al bien hipotecado. Pero, puede

así mismo constituirse una hipoteca sobre un bien inmueble que no pertenece al deudor y que su dueño ha consentido en hipotecarlo con el fin de garantizar una deuda ajena.

Lo indicado se encuentra establecido en el artículo 2332, al establecer que “El que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena, no se entenderá obligado personalmente, si no se hubiere estipulado. Sea que se haya obligado personalmente o no, se aplicará la disposición del artículo precedente. La fianza se llama hipotecaria cuando el fiador se obliga con hipoteca. La fianza hipotecaria está sujeta, en cuanto a la acción personal, a las reglas de la simple fianza.” (Asamblea Nacional, 2019)

De esta disposición se desprende que, el dueño del inmueble puede encontrarse con dos situaciones distintas, siendo que la primera se limita a hipotecar su inmueble por una deuda ajena, sin que se haya estipulado expresamente que se obliga de forma personal, por lo que, el acreedor puede únicamente ejercitar la acción real hipotecaria o derecho de persecución, por lo que el acreedor no podrá embargar otros bienes que no sea única y exclusivamente el bien gravado con hipoteca.

Mientras que, en la segunda situación que puede encontrarse el dueño del bien inmueble, es que, garantizando una obligación ajena, se comprometa, además, de forma personal a responder el pago de la deuda, en todo caso, dependerá del modo en cómo se haya constituido la hipoteca, si el tercero se ha obligado también a responder con su patrimonio, de forma personal, luego el acreedor hipotecario tendrá dos acciones en contra del tercero que otorgó la hipoteca a favor de una deuda ajena. Por un lado, la acción real hipotecaria debido a que es el dueño; por otra parte, la acción personal, por así haberse sometido de forma expresa, esto sin perjuicio de la acción personal en contra del deudor en la obligación principal.

A la luz del artículo 2332, el dueño de un inmueble que garantiza una deuda ajena, se haya obligado en la forma personal o no, planteada la acción para la realización del valor y hacer efectiva la obligación, no tendrá derecho a oponerse o plantear como excepción la exclusión, esto es, no puede pedir que le sea perseguido primero al deudor principal, aun cuando haya transferido su dominio a un tercero poseedor.

Lo regulado en los incisos tercero y cuarto del artículo 2332 prevé una situación distinta a la planteada anteriormente. En este supuesto, puede tratarse de una fianza hipotecaria, es decir, la hipoteca puede haberse constituido sobre la propiedad de un fiador para garantizar la fianza misma, no la deuda, así lo establece al decir “la fianza se llama hipotecaria cuando se obliga con hipoteca” (Asamblea Nacional, 2019) En tal caso, el acreedor hipotecario tiene dos acciones.

Primero, tendrá acción real hipotecaria si entabla su acción a la realización del valor del bien, en este caso, el fiador no podrá oponer el beneficio de excusión con el propósito de evitar que se le persigan otros bienes, puesto que es fiador.

Segundo, tiene también la posibilidad el acreedor de ejercer la acción personal, sujeta a las reglas comunes de la fianza, lo que le faculta al fiador oponer el beneficio de excusión, esto de acuerdo al inciso cuarto del artículo 2336, quedándole además una tercera acción personal en contra de los bienes del deudor principal. El autor Wilson Cuenca Ojeda propone un ejemplo para ilustrar esta situación indicando: A se ha constituido fiador de B, para garantizar su fianza, hipoteca un inmueble de su propiedad. El acreedor remata el bien hipotecado sin permitirle oponer el beneficio de excusión, pero sucede que el inmueble rematado no alcanza a cubrir el valor de la deuda, por lo que el acreedor se dirige en contra de los otros bienes no afectos al

pago, en tal caso, el fiador sí puede oponer el beneficio de excusión, porque se encuentra sujeto a las reglas de la simple fianza.

#### **2.7.10. Hipoteca en la propiedad horizontal.**

Esta modalidad de hipoteca, que se refiere a los casos en los que existe propiedad horizontal se encuentra regulada en una ley especial que regula este régimen de dominio, en la Ley de Propiedad Horizontal, que aporta un conjunto de regulaciones sobre esta modalidad de la hipoteca.

Tratándose de diversos pisos de un edificio, departamentos o locales en los que se divida cada piso, así como casas, villas o conjuntos residenciales, cuando sean independientes y tengan salida a una vía u otro espacio público directamente o a un espacio condominal conectado y accesible desde un espacio público, en tal caso, podrán pertenecer a diferentes propietarios. (Asamblea Nacional, 2011) De forma que, existe un cierto régimen de propiedad distinto, en el que el título de propiedad, siempre que los bienes reúnan los requisitos definidos, podrá ser considerado como piso, departamento o local. Aplicando estas mismas reglas a aquellos terrenos que formen parte de un condominio inmobiliario. De forma que, en este régimen de propiedad horizontal existirán terrenos de propiedad exclusiva y otros terrenos que sean de tipo condominal.

El artículo 4 de la presente Ley, que se refiere al derecho que tiene el propietario respecto los bienes comunes, será en proporción al valor del piso, departamento o local del cual tenga el derecho de propiedad. Además, determina que los derechos de cada propietario sobre los bienes que pertenecen a todos, son inseparables del dominio, uso y goce del bien que posea en propiedad de forma independiente. De tal forma que, tratándose de un gravamen, como en el

caso de la hipoteca, o de un embargo en la fase de ejecución, estos derechos sobre los bienes que se posean en común, se entenderán incorporados en estos derechos; sin embargo, no podrán realizarse estos actos de forma separada al que acceden.

Al tener el copropietario derecho de propiedad o dominio sobre una parte de la propiedad sometida a este régimen, cada propietario tiene la facultad de ejercitar los derechos que sean producto de la calidad de pleno propietario, sin requerir el consentimiento de los demás copropietarios.

Tomando en cuenta estas reglas, el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal dispone que “La hipoteca constituida sobre un piso, departamento o local que ha de constituirse en un terreno en que el deudor es condueño, gravará su cuota en el terreno desde la fecha de la inscripción, y al piso, departamento o local que se construya, sin necesidad de nueva inscripción.” (Asamblea Nacional, 2011) De tal forma que, es posible hipotecar bienes inmuebles que se hallen sometidos al régimen especial de Propiedad Horizontal, esto en concordancia con el artículo 2320 del Código Civil que establece que la hipoteca tendrá lugar sobre los bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves.

## **2.8. Requisitos de la hipoteca**

### **2.8.1. Condiciones de forma de la hipoteca**

Además de los elementos esenciales que deben ser inherentes a todos los contratos, estos son, la capacidad, el consentimiento, el objeto y causa lícitos, son necesarios también requisitos de forma cuyo incumplimiento puede acarrear la nulidad de la hipoteca. Este requisito es el otorgamiento de la hipoteca mediante escritura pública, así se halla prescrito en el artículo 2311 que manifiesta: “La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública, o constituirse por mandato

de la ley en los casos por ella establecidos.” (Asamblea Nacional, 2019) Esta exigencia que la ley exige para la constitución y el perfeccionamiento de la hipoteca es una formalidad que no puede pasarse por alto, hace absolutamente necesaria la observación de constituir la hipoteca mediante escritura pública, siendo un requisito *ad solemnitatem*, lo que comprende que, inobservada esta disposición, conlleva a una nulidad absoluta de la hipoteca, por tanto, si una hipoteca es constituida mediante un instrumento privado ésta es nula.

Para hacer énfasis en el requisito imperativo de esta solemnidad, el Código Civil establece de forma general la falta de instrumento público, al indicar en el artículo 1718 que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en el que la ley exige esa solemnidad, de no existir dicho requisito, se mirarán como no ejecutados o celebrados dichos actos o contratos. Indica el artículo *ibídem* que ni, aunque se estableciese una promesa de reducir a instrumento público dentro de un determinado plazo, bajo una clausula penal esta tendría efecto alguno.

Este requisito o formalidad *ad solemnitatem* implica que el acto, para que tenga la hipoteca los efectos de validez, debe ser otorgado mediante instrumento público, que, a su vez, debe ser otorgado o realizado el acto ante notario público. La escritura pública será elevada como tal, previa redacción de una minuta suscrita por un abogado en libre ejercicio, así se encuentra prescrito en el artículo 48 de la Ley de Federación de Abogados al indicar que todo acto o contrato que se celebre por escritura pública será autorizado por el notario, previa presentación de la correspondiente minuta, formada esta por un abogado. (Asamblea Nacional, 2019)

Por escritura pública se entiende, según el artículo 26 de la Ley Notarial, “es el documento matriz que contiene los actos y contratos o negocios jurídicos que las personas otorgan ante

notario y que éste autoriza e incorpora a su protocolo.” Por ende, si estos documentos no están autorizados, o en su defecto, no están incorporados a su protocolo respectivo, no puede existir escritura pública. Dicho sea de paso, el instrumento público otorgado ante notario e incorporado en un protocolo se le denominará escritura pública, esto según lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), en su artículo 205.

Como se había hecho mención en líneas anteriores, esta solemnidad se exige para evitar perjuicios a todos, sin embargo, a modo de digresión, la forma en la que se encuentra regulada actualmente la hipoteca en lo relativo a la constitución a través de escritura pública, en el Derecho Romano la hipoteca podía constituirse por un acto simplemente convencional, se perfeccionaban por el hecho de manifestar de forma unánime el consentimiento de las partes, situación que se mantiene aun ahora en ciertas legislaciones, no obstante de aquello, en la nuestra es requisito esencial o formalidad *ad solemnitatem*.

La exigencia de esta solemnidad tiene el propósito de evitar el perjuicio de las partes y de terceros, respecto del deudor le beneficia en la medida en que una vez cumplida la obligación principal éste tiene la posibilidad de pedir la liberación de la cosa sometida al gravamen que consta en la escritura pública. Mientras que, al acreedor le beneficia, porque, la escritura pública, le permite conocer la situación en la que se encuentra el bien, las cargas que sobre este pesan, de este modo que el acreedor tenga la posibilidad de hacer efectivo el crédito mediante la venta del bien inmueble ante el evento del incumplimiento por parte del deudor. Así mismo, el beneficio de esta formalidad respecto de terceros es la determinación y especialidad, principios inherentes a la hipoteca como se ha visto, les posibilita saber sobre cuáles bienes del deudor pesan los gravámenes, en caso de que se quiera contratar con éste.

Así mismo, el artículo citado indica que podrá ser una misma escritura pública la hipoteca y la del contrato a que accede, hay que precisar el hecho de que la hipoteca es un contrato accesorio, respalda a una obligación principal, sin embargo, la hipoteca como obligación es diferente de la obligación principal, por lo que, si bien se exige una escritura pública, esta disposición es obligatoria únicamente para la hipoteca, por tanto, le es facultativo que el contenido del contrato y la hipoteca puedan estar en la misma escritura pública. Si se opta por constituir el contrato en un documento privado, deberá hacerse constar, como se ha indicado, la determinación de la suma a que la hipoteca garantiza.

### **2.8.2. Estructura de la escritura de la hipoteca.**

La hipoteca, como establece el Código Civil, debe ser otorgada mediante escritura pública, cumpliendo con los requisitos tanto de fondo como de forma, que, atendiendo a este último, debe, la escritura, contener ciertos requisitos mínimos para que ésta tenga plena validez.

La escritura hipotecaria debe contener cláusulas relativas a: las partes y al contrato hipotecario; al inmueble objeto del gravamen hipotecario; al funcionario público encargado del registro. Los requisitos se encuentran contenidos en el artículo 2334.

**En lo relativo a las partes y al contrato hipotecario:** Este mismo artículo se refiere en tres numerales, con respecto a las partes y al contrato hipotecario, con los requisitos que debe contener la inscripción de la hipoteca:

- 1) “El nombre, apellido y domicilio del acreedor, y su profesión, si tuviere alguna, y las mismas designaciones relativamente al deudor, y a los que, como apoderados o representantes legales del uno o del otro, requieran la inscripción. Las personas jurídicas

serán designadas por su denominación legal o popular y por el lugar de su establecimiento; y se extenderá a sus personeros lo que se dice de los apoderados o representantes legales en el inciso anterior;” (Asamblea Nacional, 2019)

Estas cláusulas tienen por objeto identificar a las partes, de forma que, así establecidas en el contrato hipotecario, permitan individualizar plenamente a las partes, además de dejar constancia de su domicilio civil o establecimiento principal, según se traten de personas naturales o jurídicas. Lo que se denomina como las generales de ley, en la que consta la identificación general de los sujetos contractuales.

2) La fecha y naturaleza del contrato a que accede la hipoteca, y el archivo en que se encuentra. Si la hipoteca se ha constituido por acto separado, se expresará también la fecha de este acto, y el archivo en que existe. (Asamblea Nacional, 2019)

Al ser la hipoteca un contrato accesorio, que afianza el cumplimiento de una obligación principal, ésta debe estar enunciada en el contrato hipotecario, en atención a los principios de especialidad y adherencia que rigen la naturaleza de la hipoteca, debe contener la fecha y naturaleza del contrato a que accede la hipoteca y el archivo en que se encuentra ésta. Además, si se hubiere constituido la hipoteca en otro momento distinto al de la constitución de la obligación principal, deberá hacerse referencia a la obligación a que garantiza, expresando la fecha de ese acto y haciendo referencia al archivo, si existiere, en que se encuentre la obligación principal.

Además, el numeral 4 determina que en el contrato hipotecario deberá constar “La cantidad determinada a que se extiende la hipoteca, en el caso del artículo precedente” (Asamblea

Nacional, 2019) Requisito adicional que establece el Código, en el que deberá constar la cantidad determinada a que respalda la hipoteca, de acuerdo al artículo 2333, que indica que la hipoteca podrá limitarse a una determinada cantidad, en tal supuesto, deberá constar en el contrato hipotecario dicho monto.

**En lo relativo al inmueble a gravarse:** El propio artículo 2334, en su numeral tercero establece que es requisito establecer en el contrato hipotecario “La situación de la finca hipotecada y sus linderos. Si la finca hipotecada fuere rural, se expresará la provincia, cantón y parroquia a que pertenezca; y si perteneciere a varios, todos ellos. Si fuere urbana, la ciudad, población, y la calle en que estuviere situada.” (Asamblea Nacional, 2019) Esta disposición tiene por finalidad establecer de forma unívoca el bien inmueble que será objeto del gravamen hipotecario, indicando el lugar en el que se encuentra emplazado el bien inmueble, además de su naturaleza si es urbano o rural.

Requisito que se hace tomando en consideración al principio de especialidad de la hipoteca, exigiendo una determinación precisa de los inmuebles que serán objeto de la hipoteca, además de indicar si se trata de bienes urbanos o rurales. Es preciso que se lo haga con la mayor especificidad, indicando calles, manzanas, números, catastros, medidas y demás datos que permitan individualizar al inmueble sobre el cual recaerá el gravamen.

**En lo relativo al funcionario público encargado del registro:** El artículo *ibídem*, indica en su numeral quinto que es requisito “La fecha de inscripción y la firma del Registrador de Propiedad” (Asamblea Nacional, 2019) Este requisito está orientado, no al otorgamiento de la escritura, sino para que sea inscrito por el funcionario público en el Registro de la Propiedad.

Esta disposición tiene relación con el artículo 44 de la Ley de Registro que manifiesta “La inscripción de una hipoteca se practicará en la forma expresada en el artículo 2334 del Código Civil; y también se sujetará a ella, en lo que fuere concerniente, la inscripción de cualquier otro gravamen que afecte un inmueble” (Asamblea Nacional, 2019).

El artículo 2335 establece que estos requisitos a los que se refiere el artículo precedente, pueden, no encontrarse las designaciones de los numerales del primero al cuarto, aquellas son, las relativas a las partes y al contrato hipotecario, y, las relativas al inmueble a gravarse. Indicando que “La inscripción no se anulará por la falta de algunas de las designaciones prescritas en los numerales 1o., 2o., 3o. y 4o. del precedente artículo, siempre que por medio de ella o del contrato o contratos citados en ella, pueda venirse en conocimiento de lo que en la inscripción se eche de menos. Constando el nombre y apellido del acreedor y del deudor, la falta de determinación del domicilio o de la profesión de aquellas personas, no anula la inscripción de la hipoteca.” (Asamblea Nacional, 2019) El alcance de esta disposición no se refiere a que puede faltar totalmente una disposición, sino se refiere a la falta de algunas de las disposiciones prescritas en estos numerales, de forma que, por ejemplo, en el segundo numeral que se refiere a la obligación a la cual garantiza, se ha hecho constar aquélla, pero se ha errado o no determinado la fecha, esta es convalidable; no anula la inscripción de la hipoteca.

### **2.8.3. Obligatoriedad registral.**

El autor Luis Peña Guzmán, indica que la hipoteca, como todos los derechos reales, debe gozar de publicidad al momento de su constitución, esto con el afán de que terceros puedan conocer la situación de los bienes, y, de ser necesario, puedan oponerse a la misma. (Peña, 1975).

En el Derecho Romano no se originó un sistema estructurado de publicidad, sino hasta el año 469 que se promulgó la Constitución del emperador León, en el que se daba preferencia al acto cuando era otorgado en presencia de tres testigos, además se sabe que se acostumbraba a colocar inscripciones en la parte frontal del inmueble gravado, pero estos requisitos no eran suficientes para conseguir una adecuada publicidad a un gravamen de tal importancia como es el hipotecario, es así que, se recurrió a la sanción con penas severas, que constituían el delito estelionato<sup>7</sup>, a quien enajenara o hipotecara como libres bienes que estuvieren gravados, sin poner sobre aviso de esta situación al acreedor. (Cuenca, 2011)

Mientras que, en el Derecho Griego, el sistema de publicidad registral fue mucho más desarrollado, en este sistema existían registros locales que eran creados para tener efecto respecto a terceros, además, de que existieron también disposiciones en las que debían colocarse en los inmuebles objeto de alguna hipoteca, placas de madera o piedra, en las que constaba una descripción del bien, la naturaleza el crédito, su importe, los nombres del acreedor y deudor. (Peña, 1975) De modo que, este sistema de registro era mucho más apegado al que tenemos actualmente, creando una dependencia en la que se realizaba el registro.

En nuestro país, según Rubén Guevara Manrique, citado por Wilson Cuenca Ojeda, antes de alcanzar la independencia, una vez se dio la conquista del imperio de los incas, el dominio del territorio pasó a ser del Rey de España, quien, para la administración de estos nuevos territorios, aplicó la legislación que regía en ese entonces en España, además, se promulgaron leyes especiales referentes a los bienes inmuebles, la Corte de Madrid en 1528 y las Cortes de Toledo en 1529, emitieron disposiciones que establecían la inscripción obligatoria en los

---

<sup>7</sup> Se trata de una estafa, que se encuentra mediada por el fraude, que se basa en vender un bien ajeno como propiedad del autor, afirmando de modo engañoso que el dominio del bien le pertenece, mediando en ella la inducción a error al contratante. (Ferreira, 2009)

censos, tributos, imposiciones e hipotecas, con la finalidad de que no existan gravámenes ocultos y otras cargas para facilitar el tráfico de los negocios, la transmisibilidad y la obtención de créditos hipotecarios. Posteriormente, el Rey Carlos III, dictó el 31 de enero de 1768 los Oficios de Hipotecas, disposición que alcanzó a todas las colonias de América por Reales Cédulas de 8 de mayo de 1778 y 16 de abril de 1783. (Guevara, 1990)

### **2.8.3.1. Deber de inscribir la hipoteca.**

De acuerdo al axioma jurídico que indica que los actos y contratos jurídicos solo producen efectos para quienes los otorgan, siendo que las escrituras privadas tienen solamente fuerza probatoria entre las partes contratantes y sus herederos, careciendo de eficacia o fuerza obligatoria respecto de terceros, lo que equivale a considerar a dichas escrituras únicamente como instrumentos privados.

A pesar de ello, los efectos de un negocio jurídico no siempre se circunscriben al interés de las partes que suscriben un contrato, sino que alcanza o tiene incidencia también *erga omnes*, esto es, frente a toda la sociedad. Debido a que, los inmuebles no permanecen inmutables, sino pueden sufrir cambios, de forma que, es necesario establecer estos actos dentro de un régimen legal que brinde esta protección, lo que se lo consigue mediante la publicidad, que, en nuestro sistema jurídico, la entidad encargada del efectuar la inscripción es el Registro de la Propiedad.

Las inscripciones tienen por finalidad dar estado público a los asientos registrales, propósito que se encuentra a cargo del Registro de Propiedad, que es una oficina pública que representa la publicidad, que, dicho sea de paso, ésta no debe ser entendida como la obligación de una divulgación estrictamente pública, a modo de un Registro Oficial, como cuando se trata de la publicidad de las normas jurídicas, sino como una garantía a cargo del Estado de otorgar

protección a los registrados, a la vez que, posibilita que terceros interesados puedan revisar dichos registros con el propósito de saber exactamente la situación de los bienes.

De acuerdo a las disposiciones que regulan a la hipoteca, nuestro Código Civil requiere que la hipoteca tenga necesariamente una constancia registral. De forma que, el documento público en el que se haya constituido la hipoteca debe inscribirse en el Registro de Propiedad, que según el artículo 2312 prescribe “La hipoteca deberá, además, ser inscrita en el registro correspondiente. Sin este requisito, no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde la inscripción.” (Asamblea Nacional, 2019) Tal es la importancia de la inscripción en el Registro de Propiedad que se afirma incluso que sentar en dichos registros otorga una naturaleza constitutiva.

La inscripción es, por tanto, constitutiva de un derecho real de hipoteca, que permite al acreedor, una vez haya sido inscrita, ejercer las acciones del derecho de persecución, cuando el bien estuviere en manos de terceros, o a su vez la de ejercer el derecho de prioridad sobre otros acreedores, que son concedidos en atención a que la hipoteca es un derecho real, que surge, precisamente, con la inscripción en el Registro de Propiedad.

## **2.9. Efectos de la hipoteca.**

Al referirnos a los elementos personales de la hipoteca, se evidenció la multiplicidad de posibilidades que pueden ocurrir, siendo que en una relación hipotecaria existe el acreedor, el propietario del bien y el deudor, calidades que pueden incluso confundirse. Además de que, debido a la naturaleza de la hipoteca, coexisten en la hipoteca derechos reales y personales, pudiendo estos incidir en los elementos descritos. Es por eso, que, de acuerdo a estas posibilidades, los efectos serán diversos, mismos que serán analizados a continuación.

### **2.9.1. Derechos del propietario del bien hipotecado.**

El propietario de los bienes sobre los cuales se constituye una hipoteca, conserva sus facultades de dominio o derecho de propiedad, puesto que, no transfiere la propiedad, sino afecta o grava dichos bienes con el propósito de garantizar el cumplimiento de una obligación.

#### **2.9.1.1. Conservación del deudor de las facultades de dominio y sus limitaciones.**

La hipoteca tiene el propósito de garantizar una obligación, pero este fin no obsta a su dueño de gozar de la propiedad de la cosa hipotecada, ya que, respecto de la cosa, la hipoteca no altera a su titularidad de dominio, ni mucho menos a la posesión de aquella. De tal forma que, el propietario tiene el derecho íntegro de su aprovechamiento, además, puede enajenar el bien, sin embargo, estos se transmitirán con el gravamen hipotecario.

Hay que tener en cuenta que la hipoteca está limitada, puesto que garantiza una obligación principal, ésta se encuentra restringida por la ley, en el sentido en el que no se pueden realizar actos que perjudiquen la integridad de la cosa hipoteca, derechos que tiene el acreedor, como se verán en los temas que continúan.

#### **2.9.1.2. Enajenación de los bienes e hipoteca de bienes hipotecados.**

Haber gravado un inmueble no significa que el dueño haya perdido sus facultades concernientes al derecho de propiedad. El haber constituido una hipoteca no afecta a las atribuciones relativas al derecho de la propiedad, como son el de enajenar, gravar o de administración, renta, entre otros propios derivados del derecho de propiedad. Así lo dispone el artículo 2317 “El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá enajenarlos o hipotecarlos, no obstante, cualquier estipulación en contrario” (Asamblea Nacional, 2019)

El trasfondo o la razón de ser de esta disposición se debe a que, si la hipoteca precisamente tiene como propósito el acceso al crédito, no puede limitarse las facultades del derecho de propiedad, porque limita el acceso al crédito y al crecimiento económico que otorga la libre circulación o uso de los bienes. Además de que, la hipoteca comprende un derecho real, esto es, un derecho en relación a un bien determinado, sin respecto de determinada persona, por lo que es posible perseguir el bien, cualquiera sean las manos del poseedor en las que se encuentren. Así también, la hipoteca garantiza una obligación principal, por lo que ésta sigue la suerte de lo accesorio. Por estas consideraciones, la ley faculta la posibilidad de enajenar, administrar, rentar, entre otros derechos que nacen del derecho de propiedad.

En este sentido, el derecho de hipoteca no constituye desmembramiento alguno de la propiedad misma, como sí sucede con las servidumbres, por ejemplo. De tal forma que, el limitante será la capacidad económica que pueda soportar el bien inmueble y la anuencia del acreedor en aceptar los gravámenes que pudiera tener dicha finca.

### **2.9.2. Derechos del acreedor hipotecario.**

Es lógico que, si al deudor hipotecario le son conferidos derechos sobre el bien hipotecado, así también, al acreedor hipotecario la ley le asista ciertos derechos, puesto que, la hipoteca es un contrato de tipo conmutativo, es decir, las partes se deben conceder mutuas contraprestaciones, el acreedor ya otorgó un crédito al deudor, por lo que, tiene el derecho de que su obligación sea satisfecha. Es por este motivo que, el acreedor goza de ciertos derechos para la conservación del crédito, para iniciar una acción, en el caso de incumplimiento, en contra del deudor, entre otros que revisaremos a continuación.

### **2.9.2.1. Derechos del acreedor hipotecario para la conservación del crédito.**

El hecho que el acreedor pueda enajenar libremente el bien gravado con hipoteca, no obsta para que el acreedor quede desprotegido, razón por la que la hipoteca limita estas facultades del deudor, por lo que, puede ejercer acciones o facultades que le concede la ley.

#### **2.9.2.1.1. Fase de seguridad.**

La hipoteca generalmente se otorga con el fin de que ésta perdure en el tiempo, puesto que, generalmente garantizan obligaciones con una suma o cuantía bastante alta. Es por eso que, mediando un período largo entre el otorgamiento de la hipoteca y el cumplimiento de la obligación principal, la hipoteca otorga al acreedor algunas facultades preventivas, con el propósito de evitar un perjuicio al acreedor. A parte de que, el deudor tiene las facultades de enajenar, administrar, arrendar, entre otras que ya habíamos revisado, es por esto que se concede al acreedor las facultades que serán revisadas a continuación.

A este plazo la doctrina lo denomina fase de seguridad, durante este período, los derechos del acreedor hipotecario quedan amparados por medio de la acción de devastación o deterioro (Cuenca, 2011) Esta facultad otorga la ley con el propósito de evitar que, debido a situaciones no previsibles o imputables al deudor, los objetos gravados para efectos de garantía sufran detrimento, perjudicando de esta forma a la hipoteca y la garantía real se vea menguada o desaparezca.

#### **2.9.2.1.2. Acción de deterioro o devastación.**

Se trata de una medida de suma importancia, que tiene como objeto, evitar que el inmueble disminuya en gran medida su valor o pierda por completo, esta acción se encuentra dispuesta en el artículo 2329 del Código Civil, que indica que “Si la finca se perdiere o deteriorare en

términos de no ser suficiente para seguridad de la deuda, le es concedido el derecho al acreedor, para que se mejore la hipoteca, a no ser que se consienta en que se le dé otra seguridad equivalente. En defecto de ambas cosas, podrá demandar el pago inmediato de la deuda líquida, aunque esté pendiente el plazo, o implorar las providencias conservativas que el caso admita, si la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada.” (Asamblea Nacional, 2019) Esta disposición permite al acreedor exigir al propietario del bien inmueble, por intermedio de la función judicial a hacer o no hacer, según sea necesario, con el fin de no alterar el valor del bien objeto de la hipoteca.

Este tipo de acciones pueden ser empleadas por causas imputables al propietario del bien, como el abandono deliberado de los cuidados del bien, no realizar las reparaciones necesarias u otras que se produzcan como resultado de la acción u omisión del dueño del bien inmueble. Así también, estos motivos que dan cabida a la acción de deterioro pueden ser por causas que sean atribuibles al deudor por haberse destruido la cosa por su culpa. De modo que, ante esta situación, la ley le faculta al acreedor, solicitar las medidas correspondientes en contra de estas situaciones que pudieran limitar o eliminar la garantía.

Se han previsto estos supuestos en los que el acreedor no puede quedar indefenso ante el peligro inminente de verse afectado su seguridad y, por ende, su patrimonio, es así que la ley le concede dos derechos.

El primero consiste en exigir al deudor que mejore la hipoteca, lo que se consigue mediante el otorgamiento por parte del deudor, de uno o más bienes inmuebles. O en su defecto, si el acreedor así lo permite, el deudor ante la disminución por deterioro o devastación del primer

bien, puede conceder, para seguridad del crédito, fianza, prenda u otra forma que represente una seguridad equivalente.

La segunda opción consiste, según lo indica la ley, en defecto de ambas cosas, es decir, si no se mejora la hipoteca, ni tampoco se otorga una seguridad equivalente. Puede en tal caso, siendo que se trate de una deuda líquida, como por ejemplo si se tratase de una suma de dinero, que haya sido concedida a crédito para un cierto plazo, habiendo esta devastación o esta pérdida o deterioro de la finca, le faculta al acreedor demandar el pago de la deuda, aun cuando estuviere pendiente el plazo, dando por vencido el mismo. Mientras que, si la deuda es ilíquida, condicional o determinada, como la de perjuicios que aun no se han determinado, o tratándose de una deuda líquida, ésta se encuentra sujeta al cumplimiento de una condición, sin que ésta sea posible dar por terminado el plazo, en definitiva, sin que se permita determinar de forma clara o líquida lo que se debe, el acreedor tiene el derecho de solicitar las providencias preventivas que amerite el caso.

#### **2.9.2.2. Derecho del acreedor para entablar la acción hipotecaria contra el deudor.**

Al ser la hipoteca una garantía accesoria, esto es, que garantiza una obligación principal, este derecho requerirá hacerse efectivo ante el evento del incumplimiento de la obligación a la cual subyace o respalda. Dependiendo de la manera en la que el deudor haya incurrido en el cumplimiento o no de la obligación asegurada, tendrá el acreedor la facultad para iniciar la acción hipotecaria en su contra.

Si ha habido un cumplimiento total de la obligación principal, la hipoteca por ser accesoria, también se extingue. Mientras que, si el deudor ha incumplido la obligación principal, podrá el

acreedor ejercer el *ius distrahendi*, que es quizá uno de los derechos más notables que concede la hipoteca, que consiste en la ejecución de la hipoteca.

El acreedor hipotecario se encuentra provisto de ciertos derechos, pues es el que ha concedido ya la contraprestación de la obligación, entre estos, en la hipoteca, le asiste entonces el derecho del *ius distrahendi*, que puede ejercerse cuando el deudor incurra en mora y el acreedor decida ejercer el cobro de su crédito a través de la vía legal.

#### **2.9.2.2.1. La fase de ejecución: Acciones del acreedor hipotecario para hacer efectiva la hipoteca.**

Ante el incumplimiento de la obligación principal, el acreedor hipotecario, como titular del derecho real de la hipoteca, tiene la facultad de ejercer el *ius distrahendi* o derecho de ejecución de la hipoteca. Éste consiste en el ejercicio de la acción real hipotecaria, establecida en el artículo 2326 “El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar con las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda.” (Asamblea Nacional, 2019) Esta acción es posible ejercerla aun cuando la cosa hubiere pasado a manos de un tercero.

El artículo precedente hace un alcance al acreedor hipotecario con respecto al acreedor prendario sobre la prenda, por lo que, hay que definir el alcance de la disposición, para ello, el artículo 2299 indica que “El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que se le pague, con el producto, o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta el valor de su crédito; sin que valga estipulación en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios que los aquí señalados.” (Asamblea Nacional, 2019) Entonces, en tal caso, el acreedor hipotecario puede procurar la venta del

inmueble hipotecado, cuando el deudor haya incurrido en mora, de forma que, este bien se venda en pública subasta, para pagar, con el producto de la venta, la suma de la obligación principal, incluyendo en ésta, el capital, los intereses por concepto del crédito y los que hubiere dado lugar la mora, los gastos de conservación y el valor de los perjuicios a los que hubieren lugar.

Al ejercer la acción del *ius distrahendi*, que otorga el precedentemente citado artículo 2999, se hace uso de la acción real sobre la finca, y siendo que el bien perteneciere a un tercero, no puede ejercer la acción personal, porque el artículo 2327 no lo permite, a menos que se hubiere estipulado personalmente, de acuerdo a lo que dispone el artículo 2332, que permite que el tercero que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena, no se entenderá obligado personalmente, salvo que así lo hubiese estipulado expresamente.

La hipoteca se rige por ciertas reglas, sobre todo en la ejecución, a las relativas a la prenda, es así que, al igual que en la prenda, se encuentra prohibido el pacto comisorio, este comprende, la inclusión de una clausula en la que se establezca que, por mero hecho de no pagarse el monto de la deuda en el plazo estipulado, el dominio del bien pase a pertenecer al acreedor prendario o hipotecario en el caso que nos ocupa. Lo indicado tiene asidero legal en el artículo 2299, al indicar que cualquier estipulación en contrario no valdrá. En consecuencia, la estipulación del pacto en comisorio sería una estipulación en contrario de lo dispuesto en el artículo 2299, por lo que esta no es posible de acuerdo a la ley.

Una vez que la finca haya sido forzada a rematarse en pública subasta, podrán acudir, tanto el acreedor como el deudor, es así que, pueden proponer o realizar ofertas tanto terceros como el acreedor o incluido el deudor, según el artículo 2300.

#### **2.9.2.2.2. Acción personal del acreedor.**

Este es otro derecho que le asiste al acreedor, al referirnos a los caracteres esenciales de la hipoteca, habíamos manifestado que tiene una cualidad doble, por un lado, comprende un derecho real, que otorga derechos como el *ius distrahendi*, por otro lado, la hipoteca otorga derechos personales, por lo tanto, también acciones personales.

La acción personal que tiene el acreedor hipotecario, prevista en el artículo 2327 consiste en, la posibilidad o el derecho de ejercer la acción personal del acreedor en contra del deudor con respecto de sus bienes personales, que no han sido gravados en la hipoteca. Sin embargo, en esta acción no conserva la preferencia o prelación de cobro que le otorga la hipoteca sobre los bienes gravados, sino que se rige por las reglas generales. Esto debido a que, de acuerdo a lo anteriormente revisado, toda persona responde con su patrimonio personal por las obligaciones que hubiere contraído, sean estos presentes o futuros, con excepción de los bienes no embargables que prevé la ley. Además de que el ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica a la acción personal del acreedor para hacerse pagar con los bienes del deudor que no le han sido hipotecados.

Esta acción se trata de una de tipo personal o de crédito, distinta a la acción real propia de la obligación con respecto al bien que asegura. Entonces, el acreedor hipotecario tiene dos opciones para hacer efectivo su derecho, por un lado tiene la posibilidad de ejecutar o ejercer su derecho mediante el *ius distrahendi*, es decir, mediante la acción real, para forzar la venta del bien hipotecado. Por otra parte, tiene el derecho de ejercer la acción personal sobre los demás bienes del deudor, pero sin la preferencia que le otorga la acción real.

Es así que, si el inmueble gravado pertenece a tercera persona, siendo que garantiza una deuda ajena, o si el deudor ha enajenado el bien hipotecado, porque como vimos, es posible hacerlo. Entonces, en tal caso, el acreedor puede solamente ejercer la acción real, no la acción personal, ya que la naturaleza de la hipoteca comprende que no puede perseguirse otro que no sea el bien gravado con la hipoteca. No obstante, si el bien permanece aun en poder del deudor principal o el obligado primigenio, puede el acreedor dirigir cualquiera de las dos acciones.

Suelen existir cuestionamientos sobre si las acciones, real y personal, pueden plantearse en conjunto o esta segunda es residual, es decir, si la acción personal cabe únicamente al haberse instaurado la acción real; una vez finalizada ésta y no habiendo sido suficiente el valor obtenido por bien rematado en pública subasta para cubrir la obligación principal, es posible iniciar la acción personal. La doctrina sostiene mayoritariamente que no es posible plantear simultáneamente las dos acciones, sino únicamente cabe plantear la acción personal solo si no se ha satisfecho la obligación principal mediante el ejercicio de la acción real.

### **2.9.3. Efectos de la hipoteca respecto de los terceros poseedores del inmueble hipotecado.**

Así mismo, el Código Civil ha previsto los efectos que recaen sobre las personas, que no siendo parte de la relación obligacional inicial, es decir, no son deudores, acreedores, ni aun fiadores hipotecarios, sino se tratan de terceros que han llegado a tener la posesión del inmueble hipotecado, por lo que, ante estos casos, la ley le otorga derechos al acreedor hipotecario y aun al tercero poseedor, los efectos en relación a aquellas situaciones son las que se verán a continuación.

### **2.9.3.1. Acción hipotecaria o derecho de persecución.**

Para que el acreedor hipotecario pueda ejercer el derecho de venta del bien hipotecado, éste tiene que estar en poder del deudor, si se encuentra en manos de un tercero poseedor, surge el derecho de persecución para el acreedor, esto es, la posibilidad de entablar una acción hipotecaria, es decir, no se trata de uno de carácter personal sino un derecho real, que es consecuencia del carácter real que tiene la hipoteca.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 2330 “La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere le que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido” Esta disposición reafirma la naturaleza de la hipoteca, puesto que, como se había visto ya en temas anteriores, el artículo 595 establece que se tratan de derechos reales los que se tienen respecto de determinada cosa, con prescindencia de determinada persona, es decir, no mira al sujeto, sino a un bien específico, es así que, dicho artículo establece de forma taxativa cuales son los derechos reales, incluyendo a la hipoteca.

Esta disposición tiene una limitante, ya que, al ser vendido el bien para procurar su venta y realizar su valor ante el evento del incumplimiento de la obligación, esta venta realizada por pública subasta, debe poner fin al derecho de persecución, es por este motivo que el mismo artículo 2330 en su inciso segundo establece una salvedad, al indicar que no se podrá ejercer el derecho de persecución en contra del tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta ordenada por el juez.

Para que esta excepción surta efecto a favor del tercero, esta subasta deberá realizarse con notificación personal, en el término de emplazamiento, de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca, los cuales serán cubiertos con el precio del remate.

Mientras estos pagos no sean cubiertos, el juez de que tenga conocimiento de la causa hará consignar el dinero.

### **2.9.3.2. Derechos del tercer poseedor del inmueble hipotecado.**

La hipoteca, como se ha visto, en virtud del principio *res transit cum onere suo*, en el que las cosas se transmiten con sus cargas, a más de que la hipoteca, no prohíbe o limita el ejercicio del *ius disponendi* o el derecho de disponer, por lo que, es posible enajenar el bien hipotecado a un tercero, pero este tercero que adquiere el bien, tendrá que tolerar la carga que sobre ese inmueble pesa.

Si el deudor no cumple con su obligación, si no paga, el acreedor hipotecario podrá ejercer su acción real hipotecaria o derecho de persecución anteriormente analizada, procurar la venta del bien inmueble para con ese dinero pagar la obligación garantizada por la hipoteca, aun cuando la finca hubiere cambiado de propietario. Es de esta forma que se generan los derechos del tercer poseedor, pues este asume una obligación que inicialmente no la había contraído, no obstante, responde, aunque no deba, por haber adquirido un bien que posee un derecho real, cuya oponibilidad es a todas las personas, o lo que se lo denomina también *erga omnes*.

El derecho que surge a favor del tercero que ha adquirido un bien inmueble gravado con una hipoteca se encuentra prescrito en el artículo 2331 manifiesta que: “El tercer poseedor reconvenido para el pago de la hipoteca constituida sobre una finca que después pasó a sus manos con ese gravamen no tendrá derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados. Haciendo el pago se subroga en los derechos del acreedor, en los mismos términos que el fiador.” (Asamblea Nacional, 2019) De modo que, se reafirma el hecho de que las cosas se transmiten con sus cargas. Iniciada la acción real por el acreedor hipotecario,

no puede el tercero pedir que primero se persigan los bienes en el patrimonio del deudor. No obstante de aquello, se origina un derecho para el deudor, este consiste en que una vez se haya ejercido, por parte del acreedor hipotecario, la acción hipotecaria que le confiere el derecho de persecución, el tercero propietario pasa a subrogar, esto es, ocupar el lugar, en cuanto a sus derechos se refiere, en los mismos términos del fiador.

Además, al tercero le ampara el derecho de que únicamente puede perseguirse el bien hipotecado, separando así su patrimonio propio del bien hipotecado que adquirió al deudor hipotecario, es decir, responde únicamente con el bien gravado, no responde a ninguna acción personal.

Ante la acción real dirigida por el acreedor hipotecario en contra del bien, cuando éste inmueble ha pasado a manos de un tercero, él no puede plantear una excepción indicando que primero deben perseguirse los bienes del deudor. Por lo tanto, iniciada el *ius persecuendi* el deudor tiene dos posibilidades, la primera es pagar la deuda, de modo que quedaría subrogado en los mismos derechos que el acreedor, en contra del deudor personal que le transfirió el dominio, lo que le otorgaría dos acciones. La una acción sería la de reembolso, conforme el artículo 2272 que regula la situación de los fiadores, que, en este caso, subrogado el tercero en los derechos del fiador, “El fiador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él, con intereses y gastos”, (Asamblea Nacional, 2019) Mientras que la otra acción sería la acción subrogatoria, que consiste, conforme al artículo 1626 “Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley, y aún contra la voluntad del acreedor (...)2. Del que, habiendo comprado un inmueble, queda obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado.” (Asamblea Nacional, 2019).

Mientras que, la segunda posibilidad sería, la de no realizar el pago, es decir, dejar que prosiga la acción de persecución del inmueble, esto es, que se venda el inmueble en pública subasta, con el procedimiento que amerite para tal efecto, con el propósito de pagar al acreedor con el producto de la venta. Lo que daría lugar a que el deudor deba satisfacer al tercero las indemnizaciones a las que dieran lugar, conforme a las reglas generales del artículo ya citado, el número 2272 que en su inciso segundo manifiesta que “tendrá también derecho a indemnización de perjuicios, según las reglas generales.”, en concordancia con el artículo 1572 que determina la indemnización por perjuicios causados, incluyendo también las mejoras que pudiera haber realizado el tercero en el inmueble, esto de conformidad al artículo 953 y 2331 del código ibídem, que determina que el tercero tiene derecho a que se le abonen las mejoras.

#### **2.10. Extensión de la hipoteca.**

El alcance de la hipoteca puede ser en dos sentidos, por una parte, sobre los bienes hipotecados; y por otra, sobre el crédito garantizado.

Respecto a los bienes hipotecados, si bien cuando se constituye una hipoteca sobre un bien éste garantiza el cumplimiento de la obligación, sin embargo, con el propósito de determinar claramente la hipoteca, además del hecho de que pueden presentarse, durante el tiempo de vigencia de la hipoteca, múltiples situaciones, que puedan, incluso alterar el valor económico del bien gravado. Por tanto, resulta importante que la ley determine el alcance que puede tener la hipoteca, pero esta determinación importa sobre todo al momento de la ejecución, puesto que es con el propósito de ante un eventual incumplimiento poder realizar el valor del bien y cubrir con éste la obligación principal.

Al tratarse de cosas simples, la extensión de la hipoteca no representa inconvenientes, pero, al tratarse de cosas compuestas, sobre todo aquellas cosas constituidas por accesorios, en las que existen partes que incluso pueden servir de garantía a un crédito independiente. En esta situación, la garantía hipotecaria no se contrae sobre la materialidad del bien raíz y de las edificaciones, sino que se extiende a los enseres y derechos que constituyen su dotación (Cuenca, 2011) De tal forma que, la hipoteca por extensión puede lograr conglomerar o agrupar estos bienes o extensión de los bienes en un conjunto más o menos complejo que responderán efectivamente en caso de incumplimiento de la obligación principal.

En este sentido, nuestra legislación en el Código Civil ha establecido a respecto en el artículo 2322 “La hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta a los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles según el Art. 588; pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros.” (Asamblea Nacional, 2019) Entonces, la hipoteca que se constituye sobre un bien raíz, alcanza por accesión a los que sean considerados por la ley como inmuebles conforme al artículo 588 que se refiere los inmuebles por destinación. Estos bienes que son considerados o asimilados como inmuebles, aunque debido a su naturaleza no lo sean, las cosas que están destinadas de forma permanente al uso, cultivo y beneficio del inmueble. A causa de que éstos se unan a un bien inmueble, se vuelven sus accesorios, todas las cosas que están adheridas de forma mediata o inmediata al suelo o dependen del inmueble.

El mismo artículo indica, a modo de ejemplo, que se reputan inmuebles tales como, las losas del pavimento, los tubos de las cañerías, los utensilios de labranza o minería, los animales destinados al cultivo, prensas, máquinas adheridas al suelo, entre otras. Es decir, todas estas cosas se encuentran comprendidas en la hipoteca, por lo tanto, sujetas a los efectos que de éstas pudieran derivarse.

Sin embargo, aquello no obsta para que el dueño pueda gozar de estos bienes, ni aun le priva al propietario la posibilidad de enajenarlos, si éstos han sido transferidos a un tercero, dejarán de pertenecer estos bienes al inmueble, ya que, de acuerdo al artículo 2317 lo permite. La hipoteca afecta aquellas cosas que existan al momento de hacer efectiva la hipoteca.

Así también, de acuerdo al artículo 2323, la hipoteca alcanza también a todos los aumentos y mejoras que hagan parte de la cosa sujeta a hipoteca. Esta disposición se refiere de modo general a todo aumento o mejora que se realice sobre el bien inmueble, por lo que se trata no solamente de mejoras naturales, sino también las de tipo artificial o industrial.

Las mejoras naturales son aquellos cambios que se producen de forma accidental, esto es, sin la intervención del ser humano en mejorar mediante su hecho o trabajo en el inmueble. Entre las mejoras naturales se encuentra el aluvión, el nacimiento de una nueva isla, entre otras formas de accesión natural.

Mientras que, las mejoras industriales o artificiales son aquellas que son fruto del esfuerzo o trabajo del ser humano, que, pueden ser edificaciones, construcciones u obras hechas en el inmueble objeto de la hipoteca. Pueden ser de diversa índole, como la construcción de una casa, muros, tuberías, u otras, que entrañen el esfuerzo del hombre. Dicho sea de paso, aquellas construcciones hechas en el inmueble gravado, para que sean consideradas como parte del bien inmueble, lo serán siempre que no se haya reclamado ni se pruebe dominio por un tercero.

Así también, el alcance o extensión de la hipoteca llega a las pensiones devengadas, en los casos en los que los bienes hipotecados se encuentren arrendados. Estos son frutos civiles, así lo dispone el artículo 663 del Código *ibídem*; así mismo, alcanza también a las

indemnizaciones por los seguros que se den lugar, si el bien hubiere estado asegurado, como, por ejemplo, si el bien hipotecado se trataba de un edificio y se hubiere incendiado, las indemnizaciones que se pudieran dar lugar, se extienden a la hipoteca. Las pensiones devengadas, es decir, que se encuentren vencidas, por tanto, exigibles; que, no hayan sido pagadas en el día en que se haga efectiva la ejecución de la hipoteca, se encuentren comprendidos dentro de la misma.

Los frutos naturales se encuentran también comprendidos dentro de la hipoteca, siempre que al momento de hacer efectiva la obligación hipotecaria estos se hallen pendientes, así se deduce del artículo 661 del propio cuerpo legal. Al tratarse de una hipoteca sobre un usufructo o sobre minas y canteras, no se extiende a los frutos percibidos, ni a las sustancias minerales una vez que hayan sido separadas del suelo.

## **2.11. Límites de la hipoteca.**

### **Reducción de la hipoteca al valor conocido o presunto de la obligación principal.**

Si bien se hablaba de que las hipotecas debían sujetarse al principio de determinación y especialidad, se había indicado también que podían, en principio no ser determinadas, en cuanto a su monto, pero debían poderse determinar posteriormente. En este orden de ideas, el artículo 2333 establece que: “La hipoteca podrá limitarse a una determinada cantidad, con tal que así se exprese de un modo inequívoco; pero no se entenderá en ningún caso a más del duplo del valor conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se lo hubiere estipulado. El deudor tendrá el derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho valor; y reducida, se hará a costa del deudor nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta que la cuantía se fijare en la segunda”. (Asamblea Nacional, 2019) Entonces, de acuerdo a esta

disposición, es posible también la constitución de una hipoteca indeterminada, en cuanto a su monto se refiere, de tal forma que, habrá dos posibilidades:

a) La hipoteca puede limitarse a una suma determinada, para tal efecto, debe expresarse de forma inequívoca el valor, determinándose de forma expresa la cantidad numérica a que se extiende la hipoteca, debiendo hacerse constar ese valor en la inscripción de la hipoteca.

b) También es posible que suceda que no se haga referencia al monto, es decir, que no se determine la cantidad a que se extiende la hipoteca, sino que aquella garantiza a todas las obligaciones que nace de uno o varios actos o contratos. Como cuando la obligación principal no se pueda cuantificar, esto debido a la naturaleza de la obligación, en que su monto no sea posible conocer como el saldo que resulta de una administración de bienes.

Sea cual fuere de las dos situaciones en la que se encuentre, es decir, sea determinada o no, la hipoteca tiene un efecto *ipso jure*, por lo que, limita a no más del duplo del valor del importe conocido o presunto de la obligación principal, aun cuando se hubiere estipulado de esa forma, el deudor tendrá derecho a que se le reduzca la hipoteca hasta máximo del doble.

## **2.12. Extinción de la hipoteca.**

La hipoteca al ser de naturaleza accesoria, puede extinguirse por dos modalidades: directa e indirectamente. Se dice que es directamente cuando la extinción de la hipoteca resulta porque queda sin efecto únicamente la hipoteca, garantía que puede quedar sin efecto por las causales establecidas en el artículo 2336 a las que se harán referencia posteriormente. Así también, se extingue de forma indirecta o por vía de consecuencia por el hecho de extinguirse la deuda principal a la cual sirve de garantía la hipoteca.

### **2.12.1. Extinción por vía directa.**

En la forma de extinción directa o por vía principal se toma en cuenta al objeto sobre el cual recae el gravamen y el derecho mismo, más no la deuda hipotecaria. Dicho de otra forma, también es posible que la hipoteca se extinga con prescindencia de la obligación principal, subsistiendo esta última.

Entre las formas de extinción pueden hallarse comprendidas la pérdida de la cosa hipotecada, la expropiación del inmueble gravado a consecuencia de utilidad pública, la renuncia realizada por el acreedor al derecho de hipoteca, la ejecución de la hipoteca a causa del incumplimiento de la obligación garantizada, la nulidad del acto constitutivo, es decir, a causa de la omisión de solemnidades establecidas en el precedentemente citado artículo 2334. Así mismo, se extingue también la hipoteca de forma directa, por cualquiera de las formas de extinción de las obligaciones, mismas que se encuentran establecidas en el artículo 1583 que se refiere a las obligaciones en general.

Evidentemente, cuando la cosa hipotecada se pierde, se extingue con ella la hipoteca, porque siendo que se trata la hipoteca de un derecho real, esto es, se tiene respecto de determinada cosa, por lo que la pérdida de aquella, como consecuencia, trae la extinción de la hipoteca, porque ésta no puede subsistir sin la principal.

Sin embargo, de lo revisado en temas anteriores, la hipoteca se extiende sobre los accesorios que pudieren existir en el bien gravado, por lo que, para que opere la extinción de la hipoteca por destrucción, aquella debe ser total, caso contrario, la hipoteca se mantendrá en la parte que subsista, quedando gravado el remanente que no resultó destruido. Verbigracia, si un edificio se destruye a causa de un terremoto, una inundación, incendio, sea provocada de manera

deliberada o con ausencia de la voluntad de persona alguna, quedará aún hipotecado el suelo en el que se encontraba emplazado el bien inmueble, incluso los materiales o escombros resultantes.

La hipoteca no puede subsistir a la obligación principal, porque la naturaleza de ésta es la accesoriedad. Por tanto, puede extinguirse la hipoteca, pero no por ello implica la extinción de la obligación principal, esto puede ocurrir cuando el acreedor hipotecario realiza la remisión o renuncia de la hipoteca, pero no remite la obligación principal.

La remisión o renuncia de la hipoteca puede ser tácita o expresa. Será expresa cuando mediante un acto se manifieste de forma inequívoca que renuncia al derecho que tiene sobre la cosa hipotecada; será tácita cuando mediante ciertos hechos permitan deducir o inferir que existe una remisión o renuncia de la hipoteca, como cuando el acreedor, por voluntad propia cancela, rompe o devuelve el título, es decir, la escritura de la hipoteca en la que consta el contrato, lo antedicho, se encuentra dispuesto en el artículo 1670.

Así mismo, existen casos especiales por los que se extingue la hipoteca, éstos se encuentran establecidos en el inciso segundo de artículo 2336, que indica que “se extingue, así mismo (la hipoteca), por la resolución del derecho que la constituyó o por el cumplimiento de la condición resolutoria, según las reglas legales. Se extingue, además, por la llegada del día hasta el cual fue constituida. Y por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva.” (Asamblea Nacional, 2019) En estos casos nos referimos a aquellas situaciones en las que se extingue la hipoteca, pero no la obligación principal, cuando la hipoteca ha sido constituida bajo condición resolutoria o porque se resuelve el derecho. La razón de esta disposición se encuentra sustentada en el aforismo

*resoluto jure dantis, resolvitur jus accipiens*, que implica que la resolución del derecho del que ha dado una cosa lleva consigo la resolución del derecho del que ha recibido (Cuenca, 2011)

Para que el derecho de hipoteca sea resoluble mediante una condición resolutoria es necesario que dicha circunstancia se encuentre en el mismo título, caso contrario no podrá resolverse la enajenación o gravamen, lo dicho, según el artículo 1507. Cabe aclarar que, se trata únicamente de la obligación accesoria o hipotecaria, la obligación principal se mantiene. En tal sentido, el propio Código se refiere en el artículo 1670 aclarando que la remisión de la prenda o de la hipoteca no basta para que se presuma remisión de la deuda.

#### **2.12.2. Extinción indirecta.**

Es la otra forma general en la que se puede producir la extinción de la hipoteca, la cual se da por haberse verificado el hecho de cesar de la obligación principal a la cual garantiza. Esto a causa de la naturaleza accesoria que posee la hipoteca, que se ajusta al principio *accessio cedit principali*, en el que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, postulado que rige a las obligaciones en general, más todavía, a la hipoteca. De modo que, extinta la obligación principal, queda también finalizada la accesoria, en este caso, la hipoteca. Sin que sea posible que subsista la hipoteca a la deuda, si la última se hubiera extinguido, con excepción de lo que dispone el artículo 1488 en que un tercero haya constituido una hipoteca, prenda o fianza para seguridad de una obligación natural, cuya consecuencia es no ser exigible en vía judicial, sin embargo, la hipoteca en este caso, subsistirá a pesar de que estemos frente a una obligación natural.

La extinción indirecta de la hipoteca, como se ha indicado, se da por el hecho de extinguirse la obligación principal, es decir, por vía de consecuencia. Por lo que, siguiendo las reglas

generales en lo relativo a los modos de extinguir las obligaciones, éstas se extinguen por las causas previstas en el artículo 1583, las cuales serán revisadas de forma breve.

**Extinción por pago de la deuda:** Este modo de extinción de la obligación se produce por el cumplimiento total o íntegro de la prestación debida. Puede consistir en la devolución del dinero debido, por ejemplo, si se trató de un contrato de mutuo, y dio lugar a la constitución de la hipoteca. Por pago debe entenderse de modo general, al cumplimiento o prestación de lo que se debe, por lo que, comprende tanto a las obligaciones de dar, hacer o no hacer. Hay que recordar que el pago debe ser total, esto es, el cumplimiento total de la obligación principal, caso contrario, la hipoteca no se extingue, en razón del principio de indivisibilidad de la hipoteca.

**Novación de la deuda:** La novación comprende la sustitución de una obligación anterior por una nueva, quedando, por tanto, extinta la obligación primitiva y subsistiendo la nueva obligación. La novación entonces, extingue la obligación principal, por lo tanto, las accesorias, y, por ende, consigo fenece la hipoteca. Sin embargo, el artículo 1658 se refiere a que “Aunque la novación opera sin la sustitución del nuevo deudor, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva”. Entonces, pueden las partes impedir que la hipoteca se extinga cuando se da una novación, siempre que así se haya expresado mediante una reserva, indicando que la hipoteca subsistirá a pesar de ocurrir una novación, por lo que continuará garantizando aun a la nueva obligación.

**Compensación de las obligaciones:** Este modo de extinguir las obligaciones se da cuando dos personas son deudoras la una de la otra, por lo que entre ellos opera la compensación, de

modo que se extinguen ambas deudas, esto de conformidad con el artículo 1671. La compensación opera por el solo ministerio de la ley, ambas deudas se extinguen de forma recíproca, hasta el valor que alcance la menor, siempre que ambas deudas sean dinerarias o cosas fungibles, de igual género y calidad, además que éstas sean líquidas y exigibles. Además, el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación lo que el acreedor deba al fiador, es decir, se trata de que las dos partes sean recíprocamente deudoras.

Entonces, no habiéndose realizado la reserva con el fin de preservar la hipoteca aun cuando hubiere operado la compensación, la hipoteca se extingue por vía de consecuencia, es decir, sigue la suerte de la obligación principal que se extingue por el hecho de verificarse que ambas partes son deudoras la una de la otra.

**Confusión de las calidades de acreedor y deudor:** Ocurre la confusión cuando en una misma persona concurren las calidades de acreedor y deudor, puesto que, no puede hacerse exigible el cobro de una deuda a sí mismo. Por lo que, genera los mismos efectos que el pago o solución efectiva. De forma que, la confusión del acreedor y deudor en una sola persona ocasiona que la obligación principal se extinga, la deuda principal no existe más, por lo que como consecuencia se extingue también la hipoteca.

**Por prescripción de la obligación principal:** La prescripción es un modo de adquirir derechos o extinguir obligaciones, en este caso, se trata de lo segundo, una vez que haya prescrito la obligación, por el hecho de no haberse exigido los derechos en el tiempo que la ley determina para que opere la prescripción. Además, existe una norma específica que regula la prescripción en la hipoteca, al referirse en el artículo 2416 que “La acción hipotecaria, y las

demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden.” (Asamblea Nacional, 2019)

Hay que tomar en cuenta que, al tratarse de un derecho que la ley exige inscribir en el Registro de la Propiedad, es necesario, sea por cualquiera de los modos que se extinga la obligación, realizar la cancelación en dicho registro, puesto que la hipoteca continuará íntegra mientras ésta no haya sido cancelada, sobre la totalidad de los bienes hipotecados.

## **CAPÍTULO II**

### **3. Los negocios Fiduciarios.**

A fin de entender qué comprende el negocio fiduciario, iniciaremos este segundo capítulo, refiriéndonos a los antecedentes o desarrollo histórico de esta institución jurídica.

#### **3.1. Antecedentes.**

Recurriendo a las raíces de la palabra fiduciario, esta proviene del latín *fiducia*, que evoca la idea de confianza, mientras que fideicomiso proviene, así mismo, del latín *fideicommissum*, que a su vez proviene de *fides*, que quiere decir fe, y *commissus*, que significa confiado. (Martorell, 1998) Entonces, el fideicomiso comprende un encargo de confianza o fe.

La figura jurídica contemporánea de fideicomiso tiene como antecedente, esencialmente a dos figuras del derecho romano o clásico, que es el *fideicomissum* y el *pactum fiduciae*. (Cevallos, 2005) El primero, el *fideicomissum romano* tiene como finalidad el encargo dado a una persona para que transmita la totalidad o una parte de los bienes que integra una sucesión del que realiza el encargo, en beneficio de un tercero. Se empleaba cuando el causante deseaba beneficiar, *mortis causa*, a una persona que no tenía la capacidad hereditaria, de tal forma que se designaba a un heredero para que sea el que ejecute la sucesión a favor del incapaz, con un objeto particular o parte del acervo hereditario.

El testador, empleaba los términos de *rogo fideicomitto*, al heredero que era capaz, se lo denominaba *fiduciarius*, mientras que al que debía transmitirle los bienes se lo llamaba *fideicomisarius*. Pero, en un inicio, esta comisión se encontraba sujeto a la buena voluntad del que era instituido con la sucesión gravada por el fideicomiso, es decir, el fiduciario, podía abusar de su situación y negarse a transferir aquellos bienes. Posteriormente, con el pasar del tiempo, la regulación sobre esta incipiente institución iba tomando forma, por disposición del

emperador Augusto, los fideicomisos testamentarios o *fideicomissum* quedaban sujetos a la intervención de los cónsules, luego al de un pretor especial para el efecto, el denominado *praetor fideicomissarium*. Después, con el emperador Justiniano, el heredero romano pasó de poseer un derecho personal a adquirir un derecho real. (Villagorda, 1982) El fideicomiso romano ha sido integrado en legislaciones con tradición romana, se lo denomina como sustituciones fideicomisarias<sup>8</sup>

En conclusión, el *fideicomissum* consistía en que una persona transfería a otra, denominada *fiduciarius*, por medio de testamento, uno o más bienes con el propósito de que, ésta segunda persona, quien era propietario, empleara éstos en beneficio de un tercero, llamado *fideicomisarius*, siendo que, de ser posible, estos bienes debían serles transmitidos a estos últimos. No obstante, emplear estos bienes para beneficio de un tercero quedaba sujeto a la potestad del *fiduciarius*, puesto que adquiriría la propiedad plena y absoluta. Es de este modo que, se trataba de un negocio fiduciario puro, en donde la confianza era total. (Rodríguez, 2009)

Otro antecedente del fideicomiso tal como se encuentra concebido actualmente es el *pactum fiduciae* romano, que es uno de los primitivos modos de asegurar el cumplimiento de las obligaciones, garantizando una deuda. Este consistía en que el deudor transmitía al acreedor, la propiedad de un bien para que sirva de garantía, quien debía restituir el bien ante el cumplimiento de la obligación, caso contrario, si el deudor no satisfacía la deuda en el tiempo convenido, el acreedor poseía la facultad de retener la cosa o enajenarla. (Cevallos, 2005) Aún si la cosa superaba el valor de la deuda, el acreedor no se encontraba forzado a restituir el remanente al deudor.

---

<sup>8</sup> Una sustitución fiduciaria es aquella disposición por la cual el autor de una liberalidad encarga a la persona gratificada de conservar toda su vida los bienes que le dona, para transmitir a su muerte a una segunda persona designada por el constituyente. (Planiol y Ripert, 1945)

Esta forma, a diferencia del *fideicomissum*, que consistía en la transmisión por causa de muerte, en éste, en el *pactum fiduciae*, se trataba de un acto entre vivos, convención que consistía en la obligación del adquirente de transmitir los bienes en ciertas circunstancias.

El *pactum fiduciae* comprendía dos modalidades que eran, la *fiduciae cum creditore* y la denominada *fiduciae cum amico*.

La *fiduciae cum creditore*, era una modalidad de garantía, se trató de un modo en el que, el deudor era solicitado por el acreedor para que le preste una seguridad real, previo al surgimiento de las figuras jurídicas de prenda e hipoteca, se transfería la propiedad de un bien, con el gravamen de que le fuera retransmitido cuando hubiere cumplido con la obligación. En el surgimiento de esta figura, el acreedor era pleno propietario, de modo que, el deudor no adquiriría derecho alguno que le permitiera ejercer una acción en el caso de que el acreedor incumplía a restituir el bien.

Posteriormente, en esta figura, al igual que en el *fideicomissum*, se crearon mecanismos que tenían como propósito la protección de las partes, sobre todo del deudor o fiduciante. Uno de estos medios para salvaguardar los derechos del fiduciario fue la *actio fiduciae*, que le permitía entablar una acción, directa en favor del fiduciante y contraria en favor del fiduciario.

La acción directa se fundaba esencialmente en dos criterios que ocurrían. El uno, se trató por el hecho en que se daba la enajenación, previa al vencimiento del plazo de la obligación, de los bienes recibidos por el acreedor. En tal caso, la *actio fiduciae*, tenía como propósito conseguir una indemnización o restitución de los valores recibidos por el fiduciario. El otro

criterio o hipótesis en el que se fundaba dicha acción era cuando la enajenación era realizada por el fiduciario, cuando vencido el plazo no se hubiere cumplido con la obligación.

En un inicio no existió un derecho que le permitiera plantear una acción de forma directa por parte del deudor. Pues, como hemos visto, la *actio fiduciae*, le correspondía únicamente al acreedor o fiduciario. Sin embargo, con el decurso de los años, ante el incumplimiento parcial de la obligación por parte del deudor, le fue concedida la acción que estaba encaminada a exigir la devolución de la diferencia, esto en el caso en que el incumplimiento del deudor le generaba al fiduciario el derecho de disponer a su entera facultad los bienes gravados. Pero, la acción pretendía exigir la restitución de la diferencia entre la parte de la obligación que ya fue cumplida y la obligación total.

A decir de Rodríguez Azuero, la fiducia *cum creditore*, cumplía su cometido de garantía, a pesar de ello, presentó esencialmente dos grandes desventajas. Una de ellas era cuando el acreedor, abusando de su facultad de enajenar el bien, el deudor quedaba desprovisto de un derecho, o cuando menos, quedaba en una situación difícil, pues, no habiendo una acción real, no podía perseguir el bien que se encontraba en posesión de terceros, quedando únicamente el ejercicio de una acción personal en contra de su acreedor, quien podía caer en insolvencia, o provocarla inclusive. La otra desventaja se trató de que el deudor no obtuvo la posibilidad de conservar el bien a título precario. (Rodríguez, 2009).

Mientras que, la fiducia *cum amico*, se la realizaba en interés del fiduciante, más no del fiduciario, en sentido contrario de la fiducia *cum creditore*. De modo que, lo que se pretendía es la transferencia de los bienes para que el fiduciario pudiera disponer de éstos, administrarlos, celebrar contratos respecto de estos bienes, plantear excepciones respecto de acciones que

planteaban terceros, entre otras facultades propias de los dueños. Los inconvenientes que se presentaban en esta fiducia, fueron también, los exabruptos o arbitrariedades que podían ocurrir por parte del adquirente, ya que podía enajenarlos o negarse a restituir dichos bienes.

### **3.1.1. El fideicomiso en el derecho anglosajón “el trust”.**

El trust tiene sus orígenes en países anglosajones, cuyos antecedentes se remontan a la unificación de las leyes locales, que es conocida como la *Common Law*, ésta se produjo a raíz de la conquista normanda a Inglaterra. La aplicación del *Common Law* se empleaba en aquellas situaciones en las que existiere un interés de la corona. Mientras que, para otras circunstancias eran aplicadas la *Equity Law*. Entonces, este conjunto de leyes dieron lugar a que exista una distinción entre acciones legales, denominadas *action in law*, y el procedimiento de equidad, *proceeding in equity*, según se tratase de lo que se pretendía resolver. La aplicación de estos dos tipos de jurisdicciones continuaron en forma paralela hasta que en 1873 se unificaron, quedando el derecho sustantivo con ciertos principios independientes, cada cual se sustentaba en su fuente respectiva.

Hecha esta distinción, se habla de que los antecedentes del *trust* se remonta en sus orígenes al *use*, al que se le concebía como la transmisión hecha a un tercero con obligación de conciencia en favor del transmisor u otro beneficiario (Martorell, 1998) Al parecer la utilización de esta figura jurídica anglosajona se la utilizó como consecuencia de la expedición de los Estatutos de Mortmain, que imposibilitaban a las comunidades religiosas ser dueñas de bienes inmuebles, de manera similar a como se empleaban en Roma por medio del *pactum cum amico*. Entonces, se pretendía evitar estos impedimentos, para lo cual, se transferían estos bienes a través de un tercero, que tenían como propósito ser empleados en beneficio de la comunidad. Así también, el *use* se lo utilizó con el propósito de realizar transmisiones

testamentarias, que de otro modo no eran posibles, debido a que se encontraban prohibidas por la ley. En consecuencia, el *use*, se lo empleó debido a la inexistencia de otras figuras contractuales que permitiesen satisfacer una necesidad determinada en una situación específica, en este caso, con el propósito de evitar una restricción.

El *trust* es una depuración que abarca la compilación de la jurisprudencia anglosajona con respecto al *use*. Comprende una relación fiduciaria con respecto a ciertos bienes, en el que una persona que los posee, denominada *trustee*, está obligada en derecho de equidad a mantenerlos en beneficio de un tercero, que se llama *cestui que trust*, negocio que nace a consecuencia de una persona que, mediante un acto volitivo expreso de la persona, nombrado como *settlor*, instituye el *trust*. Entonces, el *trust* representa una flexibilidad amplia que posibilita que las obligaciones que encargue el *settlor*, quien de acuerdo al fideicomiso sería el fideicomitente, comisión que recibe el *trustee* o fiduciario, para que sean realizados estos derechos en beneficio del *cestui que trust* o beneficiario, subordinando si así lo quisiese al arbitrio del *trustee*, ya que, como se manifestó, las facultades son muy amplias, de forma que, constituye una ventaja, debido a que las reglas se sujetan a las disposiciones del convenio, sin que existan demasiadas restricciones para su constitución. Lo que ha posibilitado que se utilice el *trust* para la constitución de derechos sucesivos, conforme a las múltiples consideraciones que pudieren existir; con el propósito de conceder la solvencia financiera de una familia o una sociedad, de tal forma que, se protejan a los beneficiarios, retirándolos incluso del tráfico comercial, para que los acreedores no puedan embargarlos; así también, se emplea en la salvaguardia de las indemnizaciones por concepto de seguros, para impedir que aquéllas sean malgastadas o disipadas; además, se emplea cada vez con mayor frecuencia esta figura jurídica en la construcción inmobiliaria, para facilitar la operación comercial sobre bienes raíces.

### **3.2. Noción general de los negocios fiduciarios.**

En un sentido amplio, un negocio fiduciario comprende una declaración de voluntad, en la que una persona confiere a otra, el fiduciante al fiduciario, una situación jurídica con respecto a terceros, con un propósito establecido por las partes, entrañando la obligación de restituir los bienes sujetos al cumplimiento de dicha finalidad. De este negocio fiduciario se origina el efecto jurídico de que el fiduciario recibe el poder jurídico para la realización de los fines propuestos, recepción que la hace en base a la confianza que le deposita el fideicomisario, quien lo hace otorgando los derechos sobre uno o varios bienes, obligando al fiduciario a obrar dentro de los límites que le impone el cumplimiento de los objetivos convenidos.

Martorell identifica los negocios fiduciarios como aquellos en que una persona, denominada fiduciario, recibe de otra, el fiduciante, quien confía en ella, otorgándole una titularidad plena, de tal forma que, se compromete el fiduciario a usar de ello sólo en lo preciso para el fin acordado, y en interés suyo, y también en el del transmitente o de un tercero (Martorell, 1998) La naturaleza que entraña a este tipo de negocios es, indudablemente, la confianza o la denominada *fides*, tal y como lo habíamos revisado en líneas anteriores. Es así que, algunos autores denominan a los negocios fiduciarios como negocios de confianza, en un sentido general, debido a que, dentro de éstos, se encuentran otros negocios jurídicos como el mandato, el depósito, entre otros.

Mientras que, para algunos autores, entre ellos Garrigues, el negocio fiduciario entraña un negocio complejo, entre una combinación de un negocio real, con una transmisión plena, y un negocio obligacional que tiende a limitar los efectos de dicha transmisión. (Garrigues, 1991) Se trataría entonces de un negocio binario, en el que cada uno de ellos produce sus efectos propios y distintos el uno del otro.

Entonces, el negocio fiduciario es una forma compleja, que se origina como resultado de la unión de los negocios con cualidades y efectos diferentes, puestos recíprocamente en antítesis. Encontrándose contrapuestos un contrato personal o real positivo, que entraña la transferencia de la propiedad o del crédito, que se da de forma perfecta e irrevocable; y, la concurrencia también de un contrato obligatorio negativo, el denominado *pactum fiduciae*, que le impone una obligación al fiduciario de obrar únicamente dentro de los límites del encargo, para restituirlo posteriormente al transmitente o a un tercero.

### **3.3. El fideicomiso.**

#### **3.3.1. Concepto y definición de fideicomiso.**

El fideicomiso es un negocio jurídico, en el que, dependiendo de la existencia de una regulación legal al respecto, este puede ser puro o no. Se tratará de un fideicomiso puro, aquel en el que dependa su cumplimiento únicamente del fiduciario, mientras que, si existe una regulación legal que posibilite a las partes plantear acciones para la defensa de sus derechos, en este caso, se tratará de un fideicomiso impuro. De modo que, lo que permite calificar a un fideicomiso como puro o impuro es la exclusividad de la confianza y la autonomía de la voluntad, si son aquellas características las que prevalecen en un fideicomiso, se tratarán de fideicomisos puros, caso contrario, si la legislación concede otros mecanismos o derechos que limiten a estos dos caracteres, la confianza y autonomía de la voluntad, serán fideicomisos impuros. Posteriormente será analizados los fideicomisos en el Ecuador.

##### **3.3.1.1. El fideicomiso civil en la legislación ecuatoriana.**

Nuestro cuerpo normativo de derecho sustantivo, el Código Civil del Ecuador, recogió en sus acápites desde el inicio de su codificación. Actualmente previsto en el artículo 748, que reza “Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por

el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución<sup>9</sup>.” (Asamblea Nacional, 2019) De suerte que, nuestro ordenamiento jurídico toma en consideración al fideicomiso como uno de confianza, apegado en sentido estricto a la naturaleza del fideicomiso en la legislación del derecho clásico romano. Siendo de esta forma, una limitación al derecho pleno que otorga el dominio o propiedad absoluta.

En temas posteriores se hará un estudio más pormenorizado del fideicomiso como institución regulada por el derecho mercantil, no obstante, precisa realizar un estudio breve del fideicomiso civil, como uno particular. En el fideicomiso civil, al igual que en el mercantil, existen tres partes que concurren, a saber, el constituyente, el fiduciario y el fideicomisario.

El constituyente u otorgante del fideicomiso, aquel que transfiere el o los bienes al fiduciario, es la parte que instituye el mismo, estableciendo una finalidad o propósito, que es realizar la restitución de el o los bienes al fideicomisario, cuando se haya cumplido la condición. Puede el fideicomitente llegar a ser el fideicomisario, si es que así se ha designado en la constitución del propio fideicomiso.

Mientras que, el fiduciario puede ser una o varias personas, aspecto que lo diferencia del fideicomiso mercantil en el que únicamente cabe la posibilidad de designar a un solo fiduciario, dicho sea de paso, en el de tipo mercantil, deberá ser un fiduciario especializado, es decir, únicamente aquellos que sean reconocidos como fiduciarios, mientras que, en el fideicomiso civil, podrá ser cualquier persona.

---

<sup>9</sup> Dentro del fideicomiso, se trata de la traslación del dominio de propósito exclusivo a la persona en cuyo favor se estableció en el fideicomiso, esto es, al fideicomisario. (Eguiguren, 2009)

El fideicomisario, por otra parte, es aquella persona a quien, habiéndose cumplido la condición, se le restituyen los bienes. Esta persona puede no existir al constituirse un fideicomiso, no obstante, la condición deberá ser que éste sí exista al momento de realizarse la restitución. Pudiendo tratarse de uno o más las personas que van a ser beneficiarios.

El fideicomiso civil, indica el propio código, cuya condición sea la que penda la restitución del fideicomiso, no podrá tener una duración mayor a quince años, así lo dispone el artículo 754, salvo que, la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución, en tal situación, estos quince años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria.

Así también, si llegare a faltar el fiduciario, por no haberse nombrado a uno al momento de la constitución del fideicomiso, el constituyente será el titular de los bienes otorgados en fideicomiso.

### **3.3.1.2. Aspectos que distinguen al fideicomiso civil del fideicomiso mercantil.**

En el caso del fideicomiso civil, no necesariamente debe existir un ente fiduciario, en tal situación, no habrá transferencia de dominio, mientras que, en el fideicomiso mercantil la transferencia de dominio se da en todas las situaciones.

La duración de los fideicomisos, según se trate de un fideicomiso civil o mercantil es distinta, en el primero, existe una limitante, que de acuerdo al Código Civil, en su artículo 754 determina que toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso, y que tarde más de quince años en cumplirse se tendrá por fallida, salvo que la muerte del fiduciario sea el evento de la restitución, por lo tanto, al ser el fideicomiso civil o propiedad fiduciaria una limitación del dominio sujeta al gravamen de pasar a otra persona cuando se verifique una

condición, según se ha visto, si tarda más de quince años en cumplirse se tendrá por fallida, mientras que en el fideicomiso mercantil, de conformidad con la Ley de Mercado de Valores, que se halla como parte del Código Orgánico Monetario y Financiero, podrán tener una duración no superior a los ochenta años, salvo que se trate de un fideicomiso con fines culturales, de investigación, altruistas o filantrópicos, que tengan como objeto establecer museos, bibliotecas, institutos de investigación o difusión de cultura, orfanatos u hospicios, de ser ese el caso, podrán subsistir hasta que sea posible el cumplimiento de los fines para los que hubiere sido creado. (Asamblea Nacional, 2017)

Otro aspecto que los singulariza es que, en el fideicomiso civil, el fiduciario puede ser cualquiera persona, mientras que, en el fideicomiso mercantil, el fiduciario puede ser únicamente una persona jurídica, un ente especializado, esta es, una sociedad anónima Administradora de Fondos y Fideicomisos, la Corporación Financiera Nacional y demás entidades del sector público autorizadas por sus propias leyes.

Tratándose de un fideicomiso de tipo civil, puede existir pluralidad de fiduciarios, mientras que, en el fideicomiso mercantil únicamente podrá haber solamente un fiduciario, que cumpla con ser una sociedad establecida para tal efecto.

Otro aspecto importante que los diferencia es que, en el fideicomiso civil, si la condición no se cumple, por ser imposible su cumplimiento, o que, en definitiva, ésta no pueda realizarse, el fiduciario puede pasar a adquirir el dominio pleno de los bienes objeto del fideicomiso. Mientras que, en el fideicomiso mercantil esta situación, por disposición de la ley, acarrea la terminación del contrato de fideicomiso.

### **3.3.2. Las condiciones resolutivas dentro del fideicomiso.**

El fideicomiso, en Código Civil, se encuentra en el Libro II, que versa “De los bienes y de su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones”, concretamente en este último título, el VIII, que trata sobre las limitaciones de dominio, que manifiesta en el artículo 747 “El dominio puede ser limitado: 1. Por haber de pasar a otra persona, en virtud de una condición”. (Asamblea Nacional, 2019) Siendo que, el fideicomiso entraña un gravamen de pasar la propiedad o dominio de ciertos bienes, por el hecho de ocurrir el cumplimiento o verificación de una condición.

### **3.3.3. Naturaleza jurídica del fideicomiso mercantil.**

El tema anteriormente tratado evidencia cierta dificultad de conceptualizar el fideicomiso mercantil, esto debido a que, dependiendo de la legislación y el modo en que se regula al fideicomiso mercantil, se han formulado algunas teorías para explicar la naturaleza jurídica del mismo. En consideración de aquello, el tratadista Sergio Rodríguez Azuero, recoge algunas teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso.

#### **3.3.3.1. Teoría del mandato irrevocable.**

Esta teoría halla su fundamento en el *trust* anglosajón, en lo referente a que, una vez aceptado el encargo, las facultades otorgadas daban como resultado el ser irrevocables. Idea que fue sostenida por el tratadista Ricardo Alfaro, quien incorporó el *trust* en Panamá a modo de fideicomiso, hecho por el que recibió numerosas críticas, incluso por el propio jurista.

Se ha criticado a esta teoría, no únicamente por una aparente contradicción entre la idea de irrevocabilidad y el mandato como contrato de naturaleza revocable, sino que, también fue criticada porque, en principio, el mandatario obra en nombre y representación de su mandante

y aun cuando no tenga la representación, los negocios jurídicos que celebra están destinados a radicarse en cabeza del mandante. Situación que no ocurre en la concepción actual de la estructura del fideicomiso, dado que, en éste, el fiduciario obra como propietario y titular pleno de los bienes frente a terceros, obligándose a nombre propio o del fideicomiso, más sin embargo, no lo hace a nombre del fideicomitente o del fideicomisario, a pesar de que las actividades que realiza son tendientes a la prosecución de las finalidades previstas en el contrato, que eventualmente pudieren resultarles beneficiosas a estos dos últimos.

### **3.3.3.2. Teoría del patrimonio de afectación.**

Esta teoría la sostuvo el jurista francés Pierre Lapaulle, fue formulada con el propósito de explicar la naturaleza jurídica del *trust*, por medio del estudio de los elementos de éste, indicando que, dentro del derecho anglosajón, el énfasis no debe realizarse en las obligaciones que se deriven de las partes, ya que, ellas no son inmutables y tampoco necesarias, pudiendo faltar la alguna de ellas, es por eso que, puede incluso, el propio constituyente ser designado como beneficiario, o incluso el beneficiario no existir al momento de constituir el fideicomiso.

Entonces, de acuerdo a esta teoría, los únicos elementos que no pueden dejar de existir son el patrimonio y una destinación específica. De forma que, siguiendo esta línea, es posible afirmar que se trata de una institución jurídica cuyo contenido es la existencia de un patrimonio que subsiste de forma autónoma de los sujetos de derecho, siendo que todo este dominio está constituido mediante una afectación o finalidad libre, dentro de los límites de la ley, las buenas costumbres y el orden público.

Igualmente, esta teoría no ha estado exenta de críticas debido a que, se consideraba que es una construcción extremadamente artificiosa, porque para indicar que los elementos personales

no eran esenciales, justificando con eso la teoría del patrimonio de afectación, se recogieron ejemplos del *trust*, como en las situaciones en las que no es necesario el *settlor*, mientras que, en otra situación, si no se designaba al *trustee*, era designado por el tribunal, además de que en un gran número de supuestos el beneficiario es inexistente. Sin embargo, se criticó indicando que sea la modalidad en la que se configure, siempre deberá existir algún elemento personal.

Además, se ha objetado esta teoría al indicar que el término de *afectación* no siempre tiene un contenido propio de acuerdo a las diversas legislaciones de corte románica, sino que se trata de una construcción sumamente artificiosa del derecho anglosajón, que no puede ser entendida en un paradigma como el que acogen nuestras legislaciones, impidiendo que tenga el alcance que pretendió el jurista Lapaulle.

A pesar de aquellas observaciones que son plausibles, Rodríguez Azuero cree que, esta teoría ha realizado un aporte significativo para lograr el entendimiento de la figura jurídica, porque, no se situaba al extremo de considerar un patrimonio totalmente desprendido de los sujetos, que si bien tiene autonomía, no equivale a decir que este patrimonio se encuentra totalmente desprendido de las partes que conforman la relación fiduciaria.

Además, esta teoría ha conseguido un aporte significativo para entender la naturaleza jurídica del fideicomiso, al posibilitar tener una concepción sobre la autonomía jurídica y económica, esta última, debido al beneficio que le otorga la autonomía, que es ser inembargable y no ser objeto de ninguna medida precautelatoria los bienes que conforman el dominio fiduciario.

### **3.3.3.3. Teoría del negocio fiduciario.**

Se trata de un postulado en el que se considera a la fiducia mercantil como una especie de negocio fiduciario, porque en ésta concurren los dos elementos: real y personal. Pero, ésta encuentra su crítica, al acoger esta teoría no diferencia entre el medio utilizado y el resultado, considerando como iguales a las finalidades de medio con la de resultado. Que, de acuerdo a nuestra legislación, la finalidad no puede entenderse como absoluta porque se trata de un contrato esencialmente aleatorio, que no garantiza el cumplimiento de las finalidades de resultado, a pesar de que las instrucciones se encuentran previstos en el contrato, los actos de gestión deben ser tendientes a procurar esos resultados, escogiendo los medios adecuados.

Además, se ha rebatido esta idea por considerarse que no se trata de un negocio fiduciario puro, porque tal como se encuentra regulada esta institución jurídica, no se trata de un negocio jurídico que encuentra su fundamento de forma exclusiva en la confianza, más bien, los derechos y deberes de las partes están regulados en la ley, limitando el abuso, otorgando ciertos derechos a las partes ante el incumplimiento de una de las partes. Es así que, no se trataría, tal como está regulado, de un negocio fiduciario en sentido absoluto, sino impuro.

No obstante, de dichas críticas, el tratadista Rodríguez Azuero acoge esta teoría para explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso, por considerar que, a través de la relación obligatoria establecida en la ley, permite explicar sin mayores inconvenientes el hecho de que el fiduciario tenga una especie de derecho de propiedad restringido orientado de forma exclusiva al cumplimiento de las finalidades del contrato. Lo que posibilita justificar que los bienes adquiridos en propiedad fiduciaria puedan conformar un patrimonio autónomo, que desvincula al patrimonio del fideicomitente y del fiduciario con el dominio fiduciario.

#### **3.3.4. Concepto y definición de fideicomiso mercantil.**

El fideicomiso hace parte de los negocios fiduciarios, en los que su factor predominante es la confianza, esto en razón de que el convenio que se hace se lo realiza tomando en consideración a las cualidades de la otra parte, es por esto que, nos hemos referido anteriormente, incluso por sus raíces etimológicas, evoca la idea encargo de confianza o fiducia.

El elemento de confianza no es únicamente parte del fideicomiso mercantil, sin embargo, sí es un elemento esencial en su perfeccionamiento. Alguien recibe la confianza, cuando le es delegada una gestión de negocio, cuando se le otorga un crédito, al recibir un mandato, porque sea que se le considere como una persona con cualidades de probidad, honradez, capacidad, o cualquier factor que le haga creer a una persona, puede ser depositaria de la confianza de otra. Sin embargo, como se revisará posteriormente, la confianza si bien es predominante, esta no es absoluta, en razón de la forma que ha tomado el fideicomiso mercantil en las legislaciones con influencia del Derecho continental europeo, que se ve limitada la confianza de cierta forma a la finalidad que debe cumplir el fideicomiso.

El fideicomiso mercantil, siendo un negocio fiduciario impuro, con mayor apego al *trust* anglosajón, inserto en los esquemas del Derecho continental europeo, con una gran similitud en los países con esta influencia del derecho. Lo que implica que la confianza no es absoluta y a diferencia del Derecho clásico, en el que el fiduciario tenía facultades amplias, pudiendo llegar incluso a disponer del bien a su arbitrio, en las legislaciones actuales la confianza en el fideicomiso se ve limitada por la finalidad que éste debe tener.

Realizar una conceptualización válida para el universo de los fideicomisos existentes es una tarea compleja, que puede incluso ser un yerro en el que se puede caer, dadas las múltiples posibilidades de celebrar un fideicomiso, en éste pueden involucrarse finalidades de diversa índole, ya que, como se ha mencionado, el fideicomiso es sumamente versátil. A pesar de ello, el fideicomiso, en Latinoamérica puede concebirse en distintas nociones, cada una de ellas obedece a diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del negocio.

El autor Jorge Rodríguez Azuero, indica que se han incorporado la teoría del mandato irrevocable en ciertos casos, en otros la teoría del patrimonio de afectación, y la de la transmisión de la propiedad y otros derechos con el fin de cumplir con éstos un propósito específico instituida por el constituyente, fiduciante o fideicomitente.

Siendo la corriente teórica predominante esta última, la de la transmisión de los derechos con el propósito de cumplir una finalidad determinada, pero con el limitante a esta posición dominical por parte del fiduciario, que se ve avocada al cumplimiento de las obligaciones que le son asignadas por parte del fideicomitente. Siguiendo esta línea, es la que nos permitirá definir al fideicomiso para los propósitos de estudio en el que nos encontramos y la que en mayor medida se ajusta a la concepción jurídica que nuestro ordenamiento jurídico tiene sobre el fideicomiso.

El fideicomiso es un negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla con una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero. (Rodríguez, 2009) Esta concepción ha originado una dificultad al equiparar los derechos entre las partes que conforman un fideicomiso, puesto que, de acuerdo a nuestra

concepción jurídica, no existe la posibilidad de poseer una doble titularidad sobre un mismo bien, es así que se ha estructurado el fideicomiso con una serie de limitaciones que posee el fiduciario, restringiendo sus facultades dispositivas, con la salvedad de que éstas fueren estrictamente necesarias para el cumplimiento de los propósitos. Así también, en otras legislaciones, se han incorporado elementos o consideraciones sobre los bienes transferidos a título de fideicomiso, como un patrimonio especial o autónomo, que los distinguen del patrimonio propio o general de las partes.

### **3.3.5. Partes que integran el fideicomiso mercantil.**

#### **3.3.5.1. Fideicomitente, fiduciante o constituyente.**

Es aquella persona que otorga el fideicomiso, quien, teniendo la capacidad de disponer de sus bienes, constituye el fideicomiso. Es entonces el sujeto quien propicia esta relación tripartita, quien celebra un contrato de fideicomiso, en el que transfiere los bienes al fiduciario. Es, además, la persona que tiene un juicio de valor o de confianza sobre determinada persona, a quien encargará la gestión del negocio fiduciario.

Hay que distinguir al fideicomitente de los adherentes, quienes son terceros diferentes del constituyente, son los que en lo posterior aceptan las disposiciones constantes en el contrato del fideicomiso mercantil, y, por lo tanto, se adhieren al mismo.

Así mismo, pueden ser tanto personas naturales como jurídicas, inclusive, de derecho público quienes pueden constituir un fideicomiso mercantil. El fideicomisario puede, eventualmente, llegar a ser el beneficiario del fideicomiso, cuando es designado como tal en el contrato.

### **3.3.5.2. Fiduciario.**

Es aquella persona que ha recibido un juicio de valor o confianza por parte del fideicomitente, recibe los bienes de este último, para procurar el cumplimiento de los fines del contrato, mediante la administración del fideicomiso.

Es preciso aclarar que el fiduciario no es el propietario de los bienes con respecto de terceros, se trata del administrador de dichos bienes. Así como tampoco es que dichos bienes pasen a formar parte del patrimonio del fiduciario, sino que estos constituyen un patrimonio autónomo.

Para ejercer como fiduciario, en nuestra legislación, se encuentra dispuesto que, únicamente podrán fungir como tal, las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos, bancos e instituciones autorizadas por las leyes, como, por ejemplo, la Corporación Financiera Nacional. Es decir, el fiduciario en nuestra legislación es un ente especializado y profesional, limitando a que la persona del fiduciario únicamente puede recaer en estos entes. Aspecto, que como habíamos visto, es quizá, la diferencia más marcada del fideicomiso civil con el fideicomiso mercantil.

Esta condición, el que, el fiduciario pueda únicamente ser un ente especializado, ha sido recogida en la mayoría de legislaciones de Latinoamérica, en la que solo pueden operar como fiduciarias aquellas sociedades administradoras autorizadas por la ley. (Rodríguez, 2009) Es así que, en la generalidad, se autorizan de forma expresa a sociedades creadas para tal efecto, las sociedades administradoras de fideicomisos o bancos autorizados, tal como ocurre en nuestra legislación.

Existen prohibiciones legales en la mayoría de legislaciones de Latinoamérica, como en el caso de nuestro país, el fiduciario está impedido de ser el fideicomisario o beneficiario.

### **3.3.5.3. Fideicomisario.**

Esta calidad, pueden adquirir una o más personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que serán beneficiarias del fideicomiso. De modo que, son aquellas a cuyo favor se constituye el fideicomiso, la finalidad establecida en el contrato debe ir en propósito o beneficio del fideicomisario, pues, debe recibir los beneficios producto del cumplimiento de la gestión o encargo.

Así mismo, puede el fideicomisario existir o no al momento de constituir el fideicomiso, esto debido a que puede celebrarse fideicomisos sujetos a condiciones, ante el evento de que, en lo posterior exista o no el fideicomisario. Siendo posible también, la constitución del fideicomiso a favor del propio constituyente, de forma que, pueden eventualmente, según se trate el fideicomiso en específico, existir dos o tres personas que formen parte de la relación fiduciaria, como cuando el fideicomisario sea el propio otorgante o fideicomitente.

Al igual que el otorgante, el fideicomisario debe tener la capacidad legal para recibir dichos bienes, pero, en este caso, debe precisar de capacidad de goce, no de ejercicio como es menester en el caso del constituyente del fideicomiso mercantil. Siendo que, se requiere de capacidad de goce, un incapaz, plenamente puede ser beneficiario de un fideicomiso, quien ejercerá sus derechos a través de su representante legal, como en el caso de un menor o una persona jurídica, a través del que tenga su representación legal. De hecho, es precisamente esta una de las causas por las que se otorgan fideicomisos, con el fin de asistir o beneficiar a personas incapaces.

### **3.3.6. Derechos y obligaciones de los sujetos contractuales.**

El fideicomiso, como hemos visto, tiene como característica, ser bilateral, sin embargo, hemos podido constatar que intervienen tres personas o sujetos, el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario. Es así que, revisaremos los derechos y las obligaciones que tienen cada uno de estos sujetos, en una relación o negocio de fiducia mercantil.

#### **3.3.6.1. Derechos de las partes.**

##### **3.3.6.1.1. Derechos del fideicomitente.**

**Mera liberalidad en la constitución del fideicomiso:** El fideicomitente puede otorgar, mediante declaración unilateral, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, hacer uso de esta institución jurídica, constituyendo un fideicomiso, con las disposiciones que considere, encaminadas al cumplimiento de las finalidades que determine el fideicomitente. Por su puesto, con las limitantes que impongan las leyes, la moral y buenas costumbres, que son las restricciones a la autonomía o el ejercicio de la libertad.

**La facultad revocatoria del fideicomiso:** Ciertas legislaciones, conceden la facultad de revocar los fideicomisos, igualmente, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, le asiste el derecho al fideicomitente de revocar el fideicomiso. No obstante de aquello, nuestra legislación establece que el fideicomiso es irrevocable. Lo que, al parecer, limita el fideicomiso, volviéndole más estricto a dicho negocio jurídico, que una de las grandes ventajas, es precisamente la flexibilidad con la que se puede obrar dentro del fideicomiso.

**Establecer o delimitar la modalidad del fideicomiso:** Siendo que el fideicomiso se rige por las reglas establecidas en el contrato que lo constituye, tiene el fideicomisario una amplia

facultad de modular el fideicomiso, lo que le permite establecer la manera y las condiciones en las que debe cumplirse el fideicomiso.

**Optar por la calidad de beneficiario:** Las amplias posibilidades del fideicomiso, le permiten al fideicomitente u otorgante optar por designar a un fideicomisario o beneficiario a un tercero, o incluso, designarse a él mismo como la persona en cuyo favor se constituye el negocio fiduciario.

**Separación del patrimonio propio del fideicomiso:** Al tener el fideicomiso un patrimonio autónomo, se desprende el derecho que tiene el fideicomitente a no responder con su patrimonio personal, de modo que los acreedores de los bienes objeto del fideicomiso, no puedan perseguir los bienes personales del fideicomitente, salvando las situaciones en las que el fideicomiso se constituya con el propósito de realizar actos fraudulentos, esto conforme a las reglas generales.

**Plantear los reclamos por incumplimiento:** El fideicomiso, al tratarse de un negocio de confianza, sujeto a las reglas propias del fideicomiso y otras como las del mandato, ante el incumplimiento de las obligaciones del fiduciario a que se dieran lugar, le asiste el derecho al fideicomisario, plantear los reclamos correspondientes ante los organismos de control establecidos en la ley.

**Ejercitar las acciones con el propósito de conseguir indemnización de daños y perjuicios:** Ante el ejercicio del fiduciario, contrario a las disposiciones y las leyes que regulan el fideicomiso, que generen un perjuicio al fideicomisario, le asiste el derecho al fideicomisario de entablar las acciones por estos daños y perjuicios causados. Hay que indicar que, de acuerdo

a nuestra regulación legal, este derecho de iniciar las acciones es un derecho personal, es decir, se ejerce en contra del fiduciario y no de los bienes del fideicomiso.

**Tiene derecho a remoción del fiduciario:** El fideicomitente tiene derecho a remover al fiduciario, sea por incapacidad de este último, por la renuencia a la rendición de cuentas, por conflicto de intereses entre las partes, o en definitiva, por la disolución de la persona jurídica del fiduciario. Este derecho representa un contrapeso frente a las potestades que le son conferidas al fiduciario, de modo que, se suele pactar en el contrato la posibilidad que tiene tanto el fideicomitente como el fideicomisario la posibilidad de remover al fiduciario, por verificarse que se encuentra incurso en determinadas causas.

#### **3.3.6.1.2. Derechos del fiduciario.**

**Ejercer la representación del fideicomiso:** Una vez hayan sido transferidos los bienes al fideicomiso, el fiduciario adquiere la representación legal del fideicomiso, dado que estos bienes le son asignados para el cumplimiento de las finalidades. No obstante, estos bienes no ingresan al patrimonio del fiduciario, pues, se trata de una limitación del derecho de dominio.

El fiduciario ejerce la representación, actuando como sujeto activo o pasivo, es decir, entablar acciones o ejercitar la defensa legal de los bienes objeto del fideicomiso, realizar la gestión de los negocios que sean necesarios para el cumplimiento de las finalidades del fideicomiso, transferir los bienes cuando se han cumplido los propósitos establecidos en el contrato de constitución.

**Obtener una remuneración por sus funciones:** El cumplimiento de las finalidades por parte del fiduciario, le confiere el derecho de percibir honorarios por la prestación de sus servicios profesionales, siendo que una de las características del fideicomiso es su onerosidad.

**Facultad de aceptar el encargo:** El fiduciario tiene el derecho de aceptar el encargo establecido por el constituyente, de modo que, mediante un contrato de adhesión, el fiduciario puede consentir los términos del contrato, adquiriendo la titularidad de los bienes, para realizar el cumplimiento de las finalidades establecidas en el fideicomiso.

### **3.3.6.1.3. Derechos del fideicomisario.**

Nuestra legislación le otorga al fideicomisario derechos personales, no reales, lo que le permite ejercer derechos o iniciar acciones en contra del fiduciario, generalmente, mas no frente a los bienes. Por lo que, puede reclamar su crédito al fiduciario, pero no perseguir los bienes que se encuentren en poder de terceros que los hayan adquirido de buena fe. Siendo de este modo, que el fideicomiso le otorga los siguientes derechos al fideicomisario:

**Proponer la remoción del fiduciario:** El fideicomisario puede proponer la remoción del fiduciario cuando éste último actúe con mala fe, exista un conflicto de intereses de por medio, o, en definitiva, incumpla con los términos del fideicomiso. Para tal efecto, existe el Reglamento sobre Negocios Fiduciarios, que en su artículo primero manifiesta “El superintendente de Compañías podrá disponer la sustitución de la fiduciaria en los siguientes casos:

a) Cuando, a su juicio expresado en resolución motivada, y una vez cumplido el trámite señalado en el reglamento que establece el procedimiento para administración, imposición y gradación de las infracciones, sanciones y apelaciones determinadas en el Código Orgánico

Monetario y Financiero, proceda esa medida, para salvaguardar los derechos e intereses, de los terceros que hayan contratado con el patrimonio autónomo; y,

b) En caso de disolución de la fiduciaria, la Superintendencia de Compañías podrá autorizar la sustitución de la administradora de fondos y fideicomisos como fiduciarios. (Consejo Nacional de Valores, 2001)

**Exigir cuentas al fiduciario:** Puede, así mismo, el fideicomisario, exigir cuentas al fiduciario, de conformidad con los términos establecidos en el contrato de constitución del fideicomiso, así como, de acuerdo a la posibilidad que le otorgue la Ley y su Reglamento para solicitar la rendición de cuentas sobre la gestión del fiduciario.

**Entablar acciones personales:** Así mismo, siendo que, pueden derivar derechos personales en relación entre el fideicomisario respecto del fiduciario, estos derechos le confieren iniciar las acciones a las que dieron lugar en contra del fiduciario.

**Solicitar al fiduciario se tomen medidas:** El fideicomisario puede pedir al fiduciario que se tomen las medidas necesarias para el buen recaudo de los bienes objeto del fideicomiso, con el fin de procurar la conservación y mejora de los mismos.

**Recibir los bienes:** Cuando, de acuerdo a los objetivos previstos en el contrato, fueren exigibles estos derechos, tiene la facultad para recibir los bienes. Esta facultad, da por finalizado el contrato, porque se entiende que ya se ha dado el cumplimiento de las condiciones establecidas en el fideicomiso. Esto sin perjuicio de que el fideicomisario no acepte recibir los

bienes, en tal caso, se entenderá como no cumplida la condición, por lo que, si se hubiere previsto un sustituto, tendrá derecho éste a recibir los bienes.

### **3.3.6.2. Obligaciones de las partes.**

#### **3.3.6.2.1. Obligaciones del fideicomitente.**

**Transferir los bienes objeto del fideicomiso:** El fideicomitente, constituyente u otorgante, tiene la obligación de transferir, de forma, real y efectiva, los bienes que serán objeto del fideicomiso, mismos que deberán sujetarse a la regla general relativa a la enajenación de dominio, esto es, encontrarse dentro del comercio y que no estén prohibidos por las leyes. En la práctica, se suelen incluir cláusulas en la constitución del fideicomiso que indiquen que estos bienes provienen de su propiedad, que son legítimos o tienen una causa lícita, a más de que no se encuentran en ninguna controversia o disputa jurídica, esto con el propósito de impedir la utilización de esta figura jurídica para realizar fraude a la ley.

**Declarar de forma inequívoca su voluntad:** Es deber del fideicomitente, manifestar, que es su intención, realizar el negocio fiduciario, observando las formalidades establecidas en la ley, con el propósito de que este convenio tenga plena validez.

**Cubrir el estipendio pactado:** También es obligación del fideicomitente realizar el pago de los honorarios estipulados, puesto que, el fiduciario es un ente profesional, encargado de la administración del fideicomiso, por tanto, estos servicios, siendo onerosos, el fideicomitente se encuentra en obligación de pagarlos.

### **3.3.6.2.2. Obligaciones del fiduciario.**

La Ley de Mercado de Valores, parte del Código Orgánico Monetario y Financiero en su artículo 125 establece que las obligaciones del fiduciario son de medio y no de resultado, puesto que el fiduciario no puede garantizar con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente se cumplan, debido a la naturaleza de lo incierto que puede acontecer en este tipo de negocios jurídicos, por el hecho de la imprevisibilidad inherente a los mismos. Es por esto que, las obligaciones del fiduciario son de medio, abarcan al desempeño o cumplimiento de las gestiones tendientes al cumplimiento de los fines del contrato.

En razón de que el fiduciario tiene obligaciones de medio, responde hasta por la culpa leve en el desenvolvimiento de su gestión, por lo que, de acuerdo a la propia Ley, la obligación del fiduciario es actuar de forma diligente y profesional con el propósito de cumplir las instrucciones establecidas por el constituyente, con el afán del cumplimiento de las finalidades del fideicomiso. Es así que, las obligaciones del fiduciario son las siguientes:

**Cumplir con el encargo:** El fiduciario está en la obligación de cumplir con el encargo del constituyente, de forma absolutamente diligente, es así que, generalmente guardan toda la documentación que verifique el cumplimiento minucioso de la gestión.

**No puede ser beneficiario:** El fiduciario no puede ser el beneficiario del fideicomiso mercantil, existe prohibición expresa que le impide al fiduciario adquirir los bienes objeto del fideicomiso.

**Cumplir de forma diligente los propósitos:** Realizar la gestión, con la prudencia inherente a estos negocios jurídicos, todos los actos o negocios jurídicos tendientes a la consecución de

las finalidades encargadas por el fideicomitente, con el cumplimiento irrestricto y diligente a la intención de las condiciones establecidas. Siendo que, la propia Ley establece que el fiduciario responde hasta de la culpa leve, el fiduciario debe obrar siempre de buena fe.

**Conservar los bienes separados de su patrimonio:** Al ser el fideicomiso un negocio *sui generis*, que tiene en su estructura un patrimonio autónomo, debe el fiduciario, mantener separados los bienes que conforman el fideicomiso, de los suyos o de otros negocios jurídicos que también administre.

**Rendir cuentas sobre el fideicomiso:** El fideicomiso es un contrato de tracto sucesivo, es decir, las contraprestaciones subsisten a lo largo del tiempo, es por este motivo que una de las obligaciones del fiduciario es rendir cuentas de su gestión al fideicomitente o al fideicomisario, de acuerdo a los términos y en los plazos establecidos en el contrato de constitución. Además, deberá informar sobre dichas cuentas a los entes de control cuando así lo requieran.

**Transferir los bienes objeto del fideicomiso:** Es así mismo, deber del fideicomisario, transferir los bienes al beneficiario, al haberse cumplido las condiciones establecidas en el fideicomiso.

**Llevar cuentas:** Se encuentra, así mismo, obligado a llevar contabilidad sobre lo relativo al desempeño del fideicomiso, a enlistar los bienes en un inventario, sobre las operaciones resultantes del mismo, en definitiva, a llevar un registro contable de los bienes fideicomitados.

### **3.3.6.2.3. Obligaciones del fideicomisario.**

Por regla general el fideicomisario o beneficiario no contrae obligación alguna respecto del fideicomiso, salvo que el constituyente en el contrato hubiere designado de forma expresa alguna obligación, como el hecho de haberse pactado una condición de la que derive alguna obligación para el beneficiario.

### **3.3.7. Elementos del fideicomiso mercantil.**

En el fideicomiso, de modo general, se encuentran presentes un elemento real y uno personal. Los primeros se tratan de un elemento estructural del fideicomiso, una transmisión plena de derechos, afectada o limitada por el elemento personal, que son las obligaciones establecidas a cargo del fiduciario.

#### **3.3.7.1. Elemento real.**

Este elemento se basa en la transmisión plena de derechos, sean estos reales como la propiedad, o personales como la titularidad de un crédito que ostenta el fideicomitente al fiduciario, que lo constituye frente a terceros como titular de éstos, sin otras limitantes que las finalidades establecidas en el contrato que constituye el fideicomiso.

Sobre el patrimonio o elemento real que conforma el fideicomiso, la doctrina no tiene una posición unívoca sobre el dominio fiduciario y su autonomía. Una corriente sostiene que la transmisión se encuentra limitada desde el inicio, sujetando la misma a una finalidad, de suerte que, no modifica en esencia el derecho a la propiedad, sino que únicamente es un modo o una carga instituida por el fideicomitente, de forma que no se acepta una propiedad fiduciaria autónoma en sentido estricto.

Por otra parte, se considera que, en efecto, existe una transmisión plena, formándose un patrimonio autónomo en un sentido absoluto, lo que permite denominar incluso como propiedad fiduciaria. (Villagorda, 1982)

El autor Rodríguez Azuero al respecto indica que, en lo relativo a la existencia de un derecho real limitado dentro del fideicomiso, no existe tal dominio restringido, que lo que podría considerarse como un límite a esta propiedad resulta así porque surge de un pacto *inter partes*, que, al ser incumplidas le origina al fideicomitente acciones personales en contra del fiduciario, sin que le sea posible iniciar acciones dominicales. Dicho de otro modo, al ser un derecho de dominio solo puede ser objeto de limitaciones reales con efectos frente a terceros. De este modo, el citado autor considera que no existe un patrimonio limitado, sino pleno, dado que para que se trate de un dominio limitado es necesario que sea oponible a terceros, lo que, en un sentido teórico no existe en el fideicomiso. Por otra parte, al referirse a la existencia de una propiedad fiduciaria, indica, debería restringirse únicamente a los negocios fiduciarios impuros, porque solo en base a la regulación de derechos y deberes de las partes dentro del fideicomiso es posible establecer una categoría diferente de un derecho real que justifique la existencia de una propiedad fiduciaria, porque tratándose de un negocio fiduciario puro, simplemente existe un derecho real ordinario, que no es posible catalogar como un patrimonio fiduciario.

Sin embargo, el citado autor reconoce que este análisis es uno de tipo teórico del concepto mismo de fideicomiso, que en la práctica, y de acuerdo a la legislación, como en el caso de nuestro ordenamiento jurídico, efectivamente, existen limitaciones que surgen; éstas son conocidas y oponibles por terceros. Además de que, en efecto, las limitaciones al fideicomiso existen, ya que existen mecanismos de control a los que tienen derecho los intervinientes en

aras del cumplimiento de las finalidades, pueden plantear acciones para evitar abusos y conseguir, incluso, el resarcimiento. (Rodríguez, 2009) A parte de que, existe un alcance particular a esta noción de propiedad fiduciaria, que teniéndose como derecho real, es considerado como temporal y limitado. De forma que, tal como se encuentra regulado el fideicomiso en nuestra legislación, es adecuado entenderlo como una propiedad fiduciaria con un patrimonio autónomo y limitado.

#### **3.3.7.2. Elemento personal.**

Este elemento radica en el acuerdo que surge entre los sujetos, fideicomitente y fiduciario. En el que este último limita su potestad de propietario, para dar lugar a que se de el cumplimiento de una finalidad que fue instituida por el fideicomitente. Verificándose, por tanto, un elemento personal, que se observa en el encargo del fideicomitente y en las obligaciones del fiduciario.

#### **3.3.8. Características del fideicomiso.**

El fideicomiso presenta ciertas cualidades que lo singularizan, es así que, entre sus características están, que son negocios jurídicos bilaterales, indirectos, intuitu personae, solemnes, onerosos, de tracto sucesivo, entre otras que serán revisadas a continuación.

##### **3.3.8.1. Contrato.**

Es un contrato, puesto que, deriva de una convención, es decir, para su perfeccionamiento, es menester la concurrencia de ciertos elementos comunes a los actos jurídicos, que, partiendo del acuerdo de voluntades, es una parte de una convención, de la que surgen derechos y obligaciones. Además, al ser un contrato, debe contener sus elementos propios.

### **3.3.8.2. Bilateral.**

El contrato de fideicomiso mercantil es bilateral, o lo que la doctrina lo denomina también como sinalagmático, lo que equivale a que, es un contrato que genera obligaciones recíprocas en aquellos que suscriben el contrato. Además, es bilateral porque se verifica la presencia de múltiples partes, estando presentes, el fideicomitente, el fiduciario y fideicomisario. Aunque, cabe precisar que este último puede, inicialmente, no ser parte del contrato, ya que, puede no existir al momento de constituir, sin embargo, deberá existir al momento de ser adjudicado los bienes fideicomitidos.

### **3.3.8.3. Intuitu personae.**

Al habernos referido en los antecedentes del fideicomiso, se hizo mención a la cualidad especialísima que tiene el fideicomiso, esta es la confianza o *fides*, que hace singular a este tipo de negocios jurídicos, es así que, siendo que es esencial la confianza que tiene el fiduciante con el fiduciario, resulta una característica esencial esta relación, que se la denomina como intuitu personae, lo que equivale a la consideración a la cualidad del fiduciante, pues es precisamente la calidad de esta persona la que se toma en consideración para la constitución del fideicomiso.

### **3.3.8.4. Indirecto.**

Un negocio jurídico es indirecto cuando las partes que intervienen en el mismo, recurren a una institución jurídica para conseguir fines distintos de aquellos que son propios de este negocio jurídico, lo que la doctrina denomina también como negocio oblicuo, ya que, las partes pretenden alcanzar una finalidad posterior distinta al propósito inicial de la figura jurídica. (Depalma, 1993) Es así que, por ejemplo, un padre, cuya intención es transmitir determinados bienes a su hijo, en lugar de conceder un testamento a favor de su hijo, constituye un fideicomiso mercantil, con el propósito de que estos bienes le sean entregados a su hijo ante el

evento de cumplirse una condición. Siendo que, pudiendo haberse cumplido este propósito mediante un testamento otorgado de modo condicional, se opta por este tipo de negocios jurídicos, cuya característica es que son indirectos, es decir, cumplen con el propósito de otra institución jurídica, sin embargo, en esencia, las finalidades del fideicomiso son distintas, no obstante, puede elegirse y de hecho generalmente se opta por estos negocios jurídicos para el cumplimiento de dichas finalidades. (Cevallos, 2005)

#### **3.3.8.5. Solemne.**

El fideicomiso es solemne, pues, para que tenga plena validez, es necesario que se lo conceda mediante un instrumento público, así lo exige la Ley de Mercado de Valores, que en su artículo 110 requiere: “El contrato de fideicomiso mercantil deberá otorgarse mediante escritura pública.” (Asamblea Nacional, 2017) Por lo que, la solemnidad que exige la ley para constituir un fideicomiso, es que sea otorgada mediante escritura pública.

#### **3.3.8.6. Oneroso.**

Al ser el fiduciario un ente especializado, que presta sus servicios profesionales para administrar los bienes fideicomisitos, este negocio jurídico será siempre remunerado, por tanto, éste será siempre oneroso. Es así que el artículo 132 de la mencionada Ley de Mercado de Valores establece “La actuación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos será siempre remunerada y constará en el contrato de fideicomiso mercantil.” (Asamblea Nacional, 2017) Lo que conlleva siempre de por medio un fin lucrativo, que se lo consigue a través de la remuneración que debe ser cubierta por el fideicomitente.

#### **3.3.8.7. Tracto sucesivo.**

Este es un tipo de contrato que subsiste a lo largo del tiempo, su cumplimiento no se consuma en un solo acto jurídico, sino que este se encuentra cumpliéndose con el transcurso del tiempo, puesto que las obligaciones del fiduciario, como la de administración de los bienes, se mantiene hasta el cumplimiento de las finalidades del fideicomiso, así también, las obligaciones del fideicomisario perduran mientras no se realicen los objetivos para los que fue creado el fideicomiso. Es así que, las contraprestaciones se mantienen dando a lo largo del tiempo, distinto a aquellos actos jurídicos en los que se da el cumplimiento de los mismos en un solo acto.

#### **3.3.8.8. Principal.**

Este rasgo del fideicomiso se verifica por el hecho de que es un contrato que no precisa de ninguno otro para subsistir, distinto de los contratos accesorios, como lo hemos visto, en el caso de la hipoteca u otros que requieren de un contrato principal para su subsistencia.

#### **3.3.8.9. Nominado.**

El contrato de fideicomiso mercantil es de tipo nominado, puesto que se encuentra determinado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, concretamente en el Código Orgánico Monetario y Financiero, en cuyo segundo libro consta la Ley de Mercado de Valores, se encuentra regulado el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario, las obligaciones y derechos de las partes, las cuestiones procesales y demás aspectos relativos a este contrato.

#### **3.3.8.10. Conmutativo.**

Esta característica se funda en las contraprestaciones que cada una de las partes debe dar, esto con el propósito del desarrollo del contrato. Al ser conmutativo, nos referimos a que las

prestaciones de las partes se miran como equivalentes, ya que, cada uno de los intervinientes está en obligación de cumplir con su parte para los efectos del fideicomiso.

#### **3.3.8.11. Aleatorio.**

Esta cualidad se da en razón de que el fideicomiso no es de resultado sino de medios, puesto que, de acuerdo al anteriormente mencionado, el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores, establece que las obligaciones son de medios, es por este motivo, que el resultado final, dada la naturaleza del fideicomiso, se encuentra supeditado a una eventualidad, siendo, por tanto, un contrato aleatorio en su resultado final.

#### **3.3.9. Bienes que pueden ser objeto del fideicomiso.**

La Ley de Mercado de Valores que es parte del Código Orgánico Monetario y Financiero, en su artículo 109, que define al fideicomiso mercantil, así mismo establece que se trata de un contrato que consiste en la transmisión de bienes a un patrimonio autónomo, indicando que éstos pueden ser muebles o inmuebles, corporales e incorporeales, que existan o que se espera que existan, de modo que, los tipos de bienes que pueden ser objeto de fideicomiso, son de amplio espectro, pudiendo incluso tratarse de bienes incorporeales; y, hasta aquellos que aun no existan.

#### **3.3.10. Patrimonio autónomo.**

Los bienes objeto del fideicomiso forman un patrimonio autónomo o afectado a una finalidad, de tal manera que, no puedan éstos, confundirse con el resto de bienes del fiduciario o de los otros fideicomisos que administre. Por estas consideraciones, el jurista Rodríguez Azuero identifica ciertas características que se derivan del principio de la existencia de un patrimonio autónomo.

#### **3.3.10.1. Bienes con un activo independiente.**

El precepto jurídico de autonomía del patrimonio debe verse reflejado de forma contable, puesto que, se pretende que los bienes objeto del fideicomiso no sean confundidos con aquellos que sean de propiedad del fiduciario, ni tampoco con los que constituyan un dominio fiduciario de otros fideicomisos que esta entidad administre. Lo que presupone que los registros contables de cada fideicomiso deben hacerse en cuentas separadas, instrucciones que suelen ser detalladas en el contrato constitutivo, de forma que, no quede resquicio alguno de duda sobre la forma en como se hallan constituidos, las actividades que desenvuelven, los beneficios obtenidos, los cargos realizados, entre otros propios de la administración del fideicomiso.

#### **3.3.10.2. Bienes separados del derecho de prenda general del fiduciario.**

En el capítulo primero, al referirnos a la hipoteca, se había hecho mención a que el patrimonio de un deudor es un derecho de prenda general que tienen los acreedores. De esta manera, los bienes que conforman el fideicomiso se entienden, incluso por disposición legal, excluidos de esta garantía general, que, aunque entiende que la titularidad del dominio del fideicomiso recae en el fiduciario, la aplicación del principio de autonomía del patrimonio, trae como consecuencia que no se pueda cobrar la acreencia en los bienes del fideicomiso.

#### **3.3.10.3. Bienes independientes del derecho de prenda general del fideicomitente.**

Si los bienes del fideicomiso no pueden ser sujetos a ninguna medida precautelatoria o de embargo por parte de los acreedores del fiduciario, de igual forma será en lo relativo a los acreedores del fideicomitente, éstos no podrán perseguir los bienes afectos al patrimonio de propósito exclusivo. No obstante, al tratarse de acreencias a los bienes del fideicomitente y la exclusión de los bienes del fideicomiso, existe una excepción, que le permite entablar acciones

en contra del patrimonio autónomo, que es cuando el constituyente destina dichos bienes en fraude de acreedores.

La Ley de Mercado de Valores confiere acciones por contratos fraudulentos, el artículo 123 expresa que “El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar.” (Asamblea Nacional, 2017) Lo que implica que, la autonomía del patrimonio, en este caso, no es absoluta, porque permite a los acreedores cobrarse en los bienes otorgados en fideicomiso, como derecho de prenda general del deudor, en este caso, el fideicomitente, si es que el otorgamiento del fideicomiso fuere hecho en fraude de terceros.

Es preciso indicar que esta excepción tiene cabida, únicamente, en los casos en que las obligaciones con los terceros hubieren sido contraídas con anterioridad a la constitución del fideicomiso, y que, se haya otorgado en fraude de estos últimos. De forma que, si la distorsión económica ocurre con posterioridad al fideicomiso, es plenamente independiente de los bienes personales del constituyente, hallándose impedidos los acreedores de perseguir los bienes del fideicomiso.

#### **3.3.10.4. Bienes independientes del derecho de prenda general del fideicomisario.**

Resulta comprensible esta característica del patrimonio autónomo en relación al fideicomisario, lo que conlleva a que los acreedores no puedan perseguir los bienes del fideicomiso, aun cuando ellos estén destinados ultimadamente a ser propiedad del beneficiario,

dado que, éstos no son de su propiedad, porque, cuando mucho, se trata de una mera expectativa, que, de acuerdo a nuestro Derecho Privado, éstas no constituyen derecho.

Lo que sí hay que diferenciar es la propiedad de los bienes como tal de los frutos, siendo que, si se ha pactado en el contrato de fideicomiso que los frutos, sean civiles o naturales, serán asignados al fideicomisario, éstos serán plenamente embargables, debido a que fueron adquiridos por el último, entrando a ser parte de su patrimonio y por tanto, a ser parte del derecho de prenda general.

### **3.3.11. Clases de fideicomisos mercantiles.**

Dada la versatilidad del fideicomiso, siendo que es una institución muy dúctil, éste suele conformarse de distintas modalidades, según el propósito que se requiera. Es así que, existen fideicomisos de inversión, de encargo e incluso, uno con ciertas similitudes a la hipoteca, que es en la que se centra el tema de estudio del presente documento, el fideicomiso de garantía. Es de esta forma que, nos referiremos brevemente a estos tipos o clases de fideicomiso, para luego referirnos de forma pormenorizada al fideicomiso de garantía en relación o incidencia con la hipoteca civil otorgada en garantía, siendo que ambas figuras jurídicas pueden ser empleadas como una forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones.

Además, otra de las causas que han incrementado el uso del fideicomiso en sus diversas modalidades se debe al alto costo que representa el dinero, ha ocasionado que se de una disminución constante de los márgenes de utilidad derivados de la prestación de servicios. Por esta razón, se opta por constituir estos negocios fiduciarios, que como hemos mencionado, poseen un patrimonio autónomo, supeditado al cumplimiento de una finalidad establecida en

el contrato, de tal forma que, esta finalidad es ampliamente personalizable, que permite la consecución de estos propósitos mediante las diversas variantes de fideicomisos existentes.

#### **3.3.11.1. Fideicomiso de inversión.**

Este es una variante o un tipo de fiducia, que consiste en palabras de Leal Pérez, en “ultimar, al manejo de dinero por parte de una entidad financiera, dinero recibido de su cliente, a fin de que cumpla un objetivo determinado. Ello se traduce en la recepción o captación de dineros dirigidos a invertirlos en cierta actividad productiva, buscando un rendimiento, generalmente en beneficio del fideicomitente” (Leal, 1990) Entonces, el fideicomiso de inversión consiste en que el constituyente otorga dinero a un fiduciario para que este realice una inversión.

El Reglamento sobre Negocios Fiduciarios define al fideicomiso de inversión como “el contrato en virtud del cual los constituyentes o fideicomitentes adherentes entregan al patrimonio autónomo sumas de dinero para que la fiducia los invierta según sus instrucciones para beneficio propio o de terceros” (Consejo Nacional de Valores, 2001) En este negocio fiduciario puede comprender la recepción de bienes en numerario, para, dentro de un plazo, con un determinado interés, éste sea invertido en beneficio del constituyente o un tercero.

La inversión puede ser amplia, como en valores de renta fija o variable, bonos, títulos valores, valores bursátiles, entre muchos otros, según crea conveniente el constituyente, para que el producto o rendimiento de esta administración sea entregado de forma periódica al designado como beneficiario.

Así mismo, el mencionado Reglamento indica que estos contratos deben contener de forma clara el destino de la inversión, tanto así que, cuando faltare esta estipulación y cuando existan fideicomitentes adherentes, las inversiones se verán limitados de la siguiente forma:

La inversión en instrumentos o valores, emitidos, aceptados o garantizados por una misma entidad, no podrá superar el veinte por ciento del activo total del fideicomiso mercantil.

La inversión en el conjunto de instrumentos que sean emitidos, aceptados o garantizados por una empresa vinculada a la fiduciaria, no podrá ser mayor al quince por ciento del patrimonio del fideicomiso. De estos límites están exceptuados los emitidos por el Banco Central o el Ministerio de Finanzas.

Cuando se traten de inversiones en acciones de sociedades anónimas inscritas en el Registro del Mercado de Valores, en este caso, el fideicomiso mercantil no podrá poseer más del quince por ciento de las acciones que hayan sido suscritas y pagadas por una misma sociedad. Y, cuando se traten de inversiones no inscritas en el Registro del Mercado de Valores, el fideicomiso no podrá tener más del más del treinta por ciento de la acciones suscritas y pagadas de aquellas sociedades. (Consejo Nacional de Valores, 2001) Entonces, en nuestra regulación jurídica los negocios fiduciarios de inversión se encuentran nominados, permiten que se pueda invertir dinero del constituyente en las modalidades anteriormente revisadas, incluyendo ciertas limitantes en los casos en los que en el fideicomiso de inversión no hubiere sido previsto su finalidad o destino de la inversión.

#### **3.3.11.2. Fideicomiso inmobiliario.**

Se trata de un fideicomiso que tiene por objeto la administración y desarrollo por parte del fiduciario de los bienes fideicomitados en un proyecto inmobiliario, en apego a las instrucciones constantes en el contrato. Debiendo el fiduciario realizar todas aquellas gestiones inherentes al

desarrollo del proyecto inmobiliario, sean administrativas o legales, de acuerdo al desenvolvimiento del contrato; todo aquello en pro de los beneficiarios previstos en el contrato.

#### **3.3.11.3. Fideicomiso de administración.**

Las razones que median para conceder este tipo de fideicomiso mercantil son de diversa índole, como el hecho del constituyente que se dedique a otras actividades, sea por interés, por cuestiones filantrópicas, por la avanzada edad que impide hacerse cargo de los negocios, o, en definitiva, por la razón que el fideicomitente considere, se suele utilizar esta modalidad de negocios fiduciarios. El fideicomiso de administración es empleado para que, mediante la transferencia de sus bienes a un patrimonio autónomo; considerando las cualidades profesionales que debe tener la fiduciaria, al ser un ente especializado, administre dichos bienes para beneficio del constituyente o de terceros, pudiendo estos negocios fiduciarios tratarse de: manejo y administración de cartera, inventario, inmuebles, incluso, se constituyen fideicomisos de administración y pagos, que tienen por objeto realizar desembolsos para el pago progresivo de una obra o proyecto, a medida que van cumpliéndose las condiciones para hacerlos exigibles, entre otras diversas modalidades.

#### **3.3.11.4. Fideicomisos prestacionales.**

Denominados también como fondos de pensión, en las que de diversas formas pueden surgir, sea porque la ley así lo establece o por acuerdos colectivos. Consisten en las prestaciones o cargas que asumen los empleados y son entregadas a una fiduciaria para que maneje las reservas, existiendo incluso, la posibilidad de que estos dineros puedan ser invertidos o utilizados como capital de trabajo. Además de que, ante una eventualidad de los aportantes, puedan disponer de dichos fondos en el momento en que sean requeridos, como ante la contingencia de una situación emergente o incluso para el retiro o jubilación de los aportantes.

Además, esta modalidad de negocios fiduciarios han experimentado un auge, sobre todo en los países en los que la seguridad social administrada por el Estado en ocasiones es inoperante o es sujeto a cambios constantes, impidiendo la posibilidad de que los aportantes puedan hacer efectivo, o cuando menos, ver limitados sus derechos de acceso a los aportes, se ha empezado a utilizar en mayor medida este tipo de negocios fiduciarios de carácter privado, incluyendo ciertas finalidades como la atención en salud, programas de vivienda, retiro, entre muchas otras, que como hemos mencionado, son ampliamente versátiles, dada la naturaleza jurídica del fideicomiso mismo, que, en la mayoría de los casos, ha logrado superar o corregir los problemas que surge de la seguridad social administrada por el sector público.

## **CAPÍTULO III**

#### **4. Fideicomiso mercantil en garantía.**

Se trata de un negocio fiduciario que consiste en “aquellos supuestos en los que el deudor transfiere bienes a la entidad fiduciaria con el objeto de respaldar el cumplimiento de una obligación principal a favor de un tercero, para que, en el evento de que no se satisfaga oportunamente, proceda a venderlos y destinar su producido a la cancelación de la deuda.” (Rodríguez, 2009) Este es un singular modo de garantizar el cumplimiento de las obligaciones, que puede presentar ventajas significativas respecto a los modos tradicionales de respaldar obligaciones.

En este sentido, la investigación del presente texto va encaminada a realizar un análisis sobre la incidencia o influencia que puede tener el fideicomiso mercantil en garantía con respecto a la hipoteca civil, puesto que, ambas están orientadas a garantizar el cumplimiento de las obligaciones. Se pretende identificar un punto de encuentro entre estas dos figuras jurídicas, o determinar sus rasgos que los singularizan, de modo que, nos permita optar por una u otra figura jurídica ante la toma de decisiones.

##### **4.1. Origen del fideicomiso en garantía.**

En el capítulo anterior, al referirnos a los antecedentes del fideicomiso habíamos indicado que, se remonta en sus antecedentes al Derecho Romano. Esta modalidad de fideicomiso, el de garantía, tuvo sus orígenes en la Roma clásica, en la que existían dos modalidades de fiducias empleadas como respaldo del cumplimiento de obligaciones.

La primera de ellas, fue denominada como *fiducia cum creditore contracta*, que, en las *Institutas de Gayo*, se hacía ya referencia a esta modalidad de fideicomiso, que, era un contrato en el que el deudor transmitía al acreedor la propiedad de un bien, con el fin de que éste la

retuviera, sujetando a la cosa al aseguramiento de una obligación, quien, al satisfacerse aquélla, le era restituido el bien por parte del acreedor al deudor. (Adame, Jorge. Heredia, Horacio, 2017)

La otra modalidad la *fiducia cum amico contracta*, está más apegada al contrato tal como lo conocemos actualmente, consistía en la transmisión de bienes a un tercero al que se lo denominaba *fiduciarius*, quien recibía los bienes *in mancipium*, por tanto, ostentaba la propiedad.

Al referimos sobre la génesis del fideicomiso en temas anteriores, habíamos notado que, las figuras jurídicas del fideicomiso tenían ciertas desventajas, la más grande quizá era la desmesurada prerrogativa que tenía el acreedor respecto del deudor, pues el primero, adquiría la propiedad del bien y la ley no le confería derecho alguno, y, por lo tanto, tampoco acción al deudor para exigir la devolución cuando éste hubiera cumplido con la obligación. En lo posterior, siguiendo las mismas ideas del fideicomiso en general, según lo revisado, fueron apareciendo mecanismos que conferían acciones al deudor que hubiere cumplido con sus obligaciones respecto del acreedor abusivo.

En el Ecuador, el fideicomiso mercantil fue incorporado por primera vez en la Ley General de Operaciones con Crédito, en el año de 1963, promulgada en el Registro Oficial número 133, en la que se incorporó el título de “fideicomiso”. Posteriormente, esta ley perdió vigencia en razón de su derogatoria, en el año de 1966.

Como antecedente previo, la Ley número 31 publicada en el Registro Oficial 199 del 28 de mayo de 1993, estableció una disposición reformativa al Código de Comercio, que introdujo

la figura de fideicomiso mercantil, pero con ciertas limitantes en su regulación, sin dotar al patrimonio autónomo, que se generaba a consecuencia del fideicomiso, de personalidad jurídica.

A partir de la promulgación de la Ley de Mercado de Valores, se le otorga al patrimonio autónomo de personalidad jurídica, es decir, capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones a nombre del fideicomiso, lo que permitió que esta figura se desarrolle y tenga mayor aplicación. Actualmente, la ley que rige el fideicomiso mercantil es la Ley de Mercado de Valores ha sido incorporada en el libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero.

#### **4.2. Definición del fideicomiso en garantía.**

Se trata de un negocio fiduciario en el que, una persona denominada constituyente, transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o más bienes, sean estos muebles, inmuebles, corporales, incorporales, que existan o se espera que existan, transferencia que la hacen a un patrimonio autónomo, que se encuentra en manos del fiduciario. Lo que lo distingue o especifica a este tipo de fideicomiso es la finalidad o propósito de los bienes objeto del mismo, pues, la finalidad de este fideicomiso es garantizar con los bienes fideicomitados el cumplimiento de las obligaciones que contraiga con el beneficiario, que es un acreedor. Ante el evento de que no se cumpla con la obligación, puede el fideicomisario o incluso el fiduciario, solicitar la realización del valor de los bienes que forman parte del fideicomiso, para que con su producto sea satisfecho el valor de la obligación.

Rodríguez Azuero define al fideicomiso de garantía como “aquellos supuestos en los cuales el deudor transfiere bienes a la entidad fiduciaria con el objeto de respaldar el cumplimiento de una obligación principal a favor de un tercero para que, en el evento de que no se satisfaga

oportunamente, proceda a venderlos y destinar su producido a la cancelación de la deuda” (Rodríguez, 2009) Como se puede observar, el fideicomiso de garantía comparte esencialmente la estructura jurídica con el resto de negocios fiduciarios, con la diferencia de que su objeto está encaminado a garantizar el cumplimiento de una obligación.

Por su parte, Joaquín Rodríguez, indica que “El fideicomiso de garantía no solo existe en la práctica, sino que es un concepto legal. Consiste en la transmisión de bienes al fiduciario, para que éste garantice con ellos, el cumplimiento de las obligaciones de muy diversa naturaleza que asuma el fideicomitente, así, un préstamo, un crédito, una emisión de obligaciones, un usufructo, la administración de bienes, etc., pueden garantizarse mediante la entrega en fideicomiso de ciertos bienes.” (Rodríguez, 1972) Esta modalidad de fideicomiso es un contrato que se le emplea de forma práctica; así también, es un contrato nominado dentro de nuestra legislación, que tiene por objeto garantizar o respaldar el cumplimiento de obligaciones. Estos bienes que forman parte del fideicomiso pueden garantizar también las obligaciones que contraigan terceros, si así se lo establece en el contrato.

En nuestra legislación se encuentra establecido, y por tanto, nominado este tipo de negocio fiduciario, concretamente, en la Ley de Mercado de Valores, en su artículo 150 en el último inciso indica que el fideicomiso de garantía “Consiste en la constitución de patrimonios independientes que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos a favor de los inversionistas.” (Asamblea Nacional, 2017) De este modo, nuestra ley que regula a los negocios fiduciarios, es escueta en definir al fideicomiso mercantil, limitándose únicamente a establecer el objeto que tiene el fideicomiso de garantía. Sin embargo, el Reglamento sobre Negocios Fiduciarios en su artículo 17 define al fideicomiso de garantía como el “contrato en virtud del cual el constituyente transfiere de manera irrevocable la

propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien en caso de incumplimiento puede solicitar a la fiduciaria, la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato.” (Consejo Nacional de Valores, 2001)

La definición que realiza el mencionado Reglamento es más exhaustiva en cuanto a la regulación del fideicomiso de garantía se refiere, puesto que, abarca al fideicomiso mercantil en general y su estructura, al referirse a la transferencia de bienes a título de fideicomiso mercantil a un patrimonio autónomo, mencionando el propósito que tienen estos bienes, que es asegurar el cumplimiento de una obligación, previendo también la consecuencia del caso de incumplimiento, para que, pueda el acreedor solicitar a la fiduciaria la realización del valor de los bienes fideicomitados. Así establecida, resulta una regulación más completa, ya que, se regula también el rol que debe tener la fiduciaria, impidiendo que esta pueda convertirse en deudora de la obligación a la que garantiza, limitando su desempeño al encargo previsto en el contrato. Así también, determina las obligaciones a la fiduciaria de realizar avalúos constantes con el propósito de tenerlos actualizados al valor comercial, sujeto a las disposiciones del contrato de fideicomiso.

En esta línea, Francisco Morales, tratadista colombiano al referirse al fideicomiso de garantía lo define “Como forma de garantía es una de las posibilidades más importantes de los negocios de fideicomiso. Se presenta en todos aquellos casos donde el deudor transfiere, como fiduciante, bienes a la entidad fiduciaria, con el objeto de respaldar el cumplimiento de una obligación principal que aquel tiene a favor de un tercero, para que en el evento de que no se

satisfaga oportunamente, proceda la fiducia a venderlos y destinar su producido en la amortización de la deuda. (Morales, 2005) El fideicomiso de garantía es considerado, por varios autores, quizá como el más importante de los negocios fiduciarios, con el que se busca asegurar el cumplimiento de una obligación entre el fideicomitente con respecto del fideicomisario, mediando entre ellos un ente especializado denominado fiduciario, para que, éste último, en caso de incumplimiento, y, de acuerdo a las instrucciones previstas en el contrato de constitución, pueda volver efectivo o realizar el valor de los bienes que son objeto del fideicomiso.

### **4.3. Elementos del fideicomiso en garantía.**

El fideicomiso en garantía, al tratarse de un negocio fiduciario, tiene los mismos elementos que el fideicomiso mercantil en general, sin embargo, tienen ciertas particularidades por ser una especie de fideicomiso distinta que posee un objeto propio que es garantizar el cumplimiento de las obligaciones; de este modo, tenemos los siguientes elementos:

#### **4.3.1. Elemento objetivo.**

En este elemento se hallan comprendidos los bienes que pueden ser objeto del fideicomiso, según la Ley de Mercado de Valores manifiesta que puede tratarse de “la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo” (Asamblea Nacional, 2017) Estos bienes deben tener por objeto brindar la seguridad o garantizar el cumplimiento de obligaciones, situación particular que debe estar presente dentro del fideicomiso mercantil en garantía. Además, estos bienes deben estar singularizados o individualizados, que, como se verá en lo posterior, son requisitos legales de los fideicomisos en garantía, incluyendo otros aspectos relativos a este elemento objetivo como lo es el avalúo de los bienes objeto del fideicomiso.

#### **4.3.2. Elemento subjetivo.**

Al tratarse de un negocio fiduciario, la relación es tripartita, teniendo que, las partes que intervienen son el fideicomitente, fiduciario y fideicomisario.

##### **4.3.2.1. Fideicomitente.**

Es aquella persona que, mediante la exteriorización de su voluntad, manifiesta su consentimiento de constituir un fideicomiso, afectando o destinando bienes que son de su propiedad a un patrimonio autónomo que tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones. Sujeto a las reglas generales del fideicomiso, el constituyente debe ostentar la propiedad de los bienes, además, no deben hallarse en ninguna incapacidad de las determinadas en la ley. En el fideicomiso en garantía, el fideicomisario vendría a ser el deudor, que mediante el otorgamiento del fideicomiso busca dar seguridad al acreedor a fin de acceder al crédito.

##### **4.3.2.2. Fiduciario.**

Se trata de la parte que recibe los bienes objeto de la garantía, con el propósito de restituirlos al fideicomisario, si así hubiere sido pactado en el contrato, en los casos en los que se cumpla la condición para el que fueron otorgados. Esto es, ante el incumplimiento del constituyente, el fiduciario debe restituir al beneficiario los bienes, o a su vez, devolver al constituyente si la obligación a la que garantiza se hubiere cumplido. Hay que mencionar que no existe una disposición legal expresa que indique que la propiedad fiduciaria deba pasar al dominio del fideicomisario, sino que se estará en atención a las disposiciones del contrato.

#### **4.3.2.3. Fideicomisario.**

En esta relación jurídica, el fideicomisario es el acreedor, que es quien, en última instancia, ante el evento del no pago de la obligación a la cual garantiza el fideicomiso, recibiría el producto de la venta del bien o bienes objeto del fideicomiso y con éste saldar la obligación. Pueden existir varios beneficiarios, incluso se pueden designar entre ellos grados de preeminencia o sustitutos. Pero, no se podrá constituir un fideicomiso mercantil, incluido el de garantía, en que el fiduciario pueda ser el beneficiario, sea este principal o sustituto del propio fideicomiso.

#### **4.4. Objeto del fideicomiso de garantía.**

El objeto que tienen los diferentes fideicomisos, sean de administración, de inversión, de pensiones, de garantía, que es el caso al que nos referimos, o cualquier otra modalidad de fideicomiso, se particulariza como tal, en virtud del objeto que tiene el fideicomiso.

En el caso del fideicomiso de garantía, el objeto de éste es la transferencia de la propiedad de manera temporal e irrevocable, de bienes muebles, inmuebles, corporales, incorporales, que existan o vayan a existir, a un patrimonio autónomo, que será administrado por una fiduciaria, teniendo por objeto este patrimonio, el de servir de garantía para el cumplimiento de obligaciones que pudiera adquirir el constituyente, que será el deudor, otorgando a favor del beneficiario, quien será el acreedor.

Entonces, los bienes quedan afectados al cumplimiento del objeto o propósito pretendido por los intervinientes en el contrato, que es, en consecuencia, asegurar que una obligación se cumpla.

Entonces, esta modalidad de fideicomiso tiene como propósito general transferir bienes: muebles o inmuebles; corporales o incorporales; que existan o se espera que existan, de manera temporal e irrevocable, a la fiduciaria, que es un ente profesional, para que cumpla con las finalidades establecidas en el contrato, al tratarse de un fideicomiso de garantía, estas finalidades u objeto debe estar orientado a asegurar el cumplimiento de obligaciones mediante los bienes fideicomitidos.

#### **4.4.1. Autonomía del patrimonio dentro del fideicomiso en garantía.**

La teoría de la afectación a la cual habíamos hecho mención precedentemente, toma la consideración de que los bienes recibidos en fideicomiso forman un patrimonio autónomo afectado a una finalidad, siguiendo las ideas del jurista francés Lapaulle, quien es citado por Rodríguez Azuero, indica que esta teoría toma en cuenta la existencia de un patrimonio con una destinación, que se indica que es una institución jurídica que consiste en un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho y en que la unidad está constituida por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes en vigor del orden público. (Rodríguez, 2009) Esta teoría no está exenta de observaciones, se dice que esta teoría únicamente toma en consideración los elementos reales, es decir, solamente considera al patrimonio, dejando de lado a los elementos personales, lo cual resulta en una consideración de una estructura demasiado artificiosa, porque siempre deberán existir elementos personales, ya que, en el fideicomiso, efectivamente, se encuentran presentes los sujetos, fideicomitente, fiduciario y fideicomisario, quienes a su vez se encuentran de cierta forma vinculados a un patrimonio, que si bien es autónomo, no por eso dejan de existir derechos y obligaciones que las atan a los sujetos intervinientes.

De modo que, si bien no puede hablarse de una teoría pura del patrimonio de afectación, dado que, el patrimonio si bien es autónomo, no está desprendido o desvinculado de los sujetos. Por otro lado, la teoría del negocio fiduciario, revisada también en temas anteriores, indica que la fiducia es una especie de negocio fiduciario, por concurrir a ella elementos, tanto reales como personales, No obstante, esta teoría se apega a considerar al fideicomiso como un negocio fiduciario puro, ya que, según esta consideración, el negocio fiduciario tiene su fundamento exclusivo en la confianza. De acuerdo a nuestra regulación legal, no puede tampoco concebirse como un negocio fiduciario puro, que como hemos visto, era la consideración primigenia del fideicomiso en las legislaciones clásicas, pero, nuestra regulación legal sobre la materia limita las posibilidades de abuso que pudiere haber lugar, confiriendo ciertos derechos como al deudor solicitar la devolución del bien o bienes fideicomitidos al haber cumplido con la obligación a la cual garantizaba. Situación que no podría existir si se consideraba en un estricto apego a la teoría del negocio fiduciario, porque esta entiende al fideicomiso como un negocio fiduciario puro.

Es por estas consideraciones anteriores que creemos en una posición ecléctica de estas teorías que pretenden justificar la autonomía del patrimonio en el fideicomiso, con apego a la teoría del patrimonio de la afectación, que considera al patrimonio del fideicomiso como independiente de los sujetos que lo constituyen. Pero, al mismo tiempo, hay que reconocer que el patrimonio no se encuentra desprendido totalmente de las partes, puesto que, a ellas les asisten derechos y obligaciones en relación a este patrimonio. De otro lado, la teoría del negocio fiduciario resulta útil en la medida que pretende explicar que el fideicomiso es una especie de negocio fiduciario, en el que concurren elementos reales y personales, pero limitando a esta teoría al hecho de que no puede hablarse de un negocio fiduciario absoluto o puro, por las consideraciones anteriormente expuestas, que indican que el fideicomiso tiene el propósito de

conseguir los objetivos previstos, sin limitar el derecho que tienen las partes sobre este patrimonio autónomo.

En conclusión, la autonomía del patrimonio se entiende en la medida en que estos bienes pasan a formar un conjunto o unidad patrimonial separado del resto de bienes de la institución o ente profesional que es la fiduciaria, lo que lo libra de las dificultades económicas que pudiere tener el resto de patrimonios que administra, o incluso del patrimonio del constituyente o beneficiario. Pero, sin dejar separar a este patrimonio como uno totalmente desprendido de todo sujeto, puesto que, está afectado o supeditado a una finalidad, que es la del cumplimiento de los propósitos establecidos en el contrato.

Esta peculiaridad del fideicomiso, la del patrimonio autónomo, se encuentra establecido en la Ley de Mercado de Valores, que hace parte del Código Orgánico Monetario y Financiero, que en su artículo 109, el segundo inciso determina “El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad.” (Asamblea Nacional, 2017) De suerte que, el patrimonio autónomo se origina de un contrato, dando como resultado una masa de bienes independiente al patrimonio propio de las partes que conforman la relación fiduciaria, incluso, es distinto de los otros fideicomisos que tenga en su poder el fiduciario.

El patrimonio autónomo tiene personería jurídica, lo que le permite ejercer derechos y contraer obligaciones, pero estas se las ejercita a través del fiduciario, de conformidad a las

instrucciones establecidas en el contrato. Se asemeja a una sociedad civil o mercantil en lo relativo a la personería jurídica, sin embargo, el propio artículo 109 en su inciso cuarto determina que “El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario” (Asamblea Nacional, 2017) Siendo que, la propia ley excluye la posibilidad de considerar como una sociedad a este patrimonio, a pesar de tener personería jurídica y actuar representado por el fiduciario. Lo cual encuentra sentido en que el patrimonio autónomo si bien tiene personería jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones, sin embargo, esta se halla estrictamente encaminada a las instrucciones previstas en el contrato que lo constituye.

El artículo 121 de la Ley de Mercado de Valores, en lo relativo a las cuestiones procesales, es determinante al señalar que “Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato.” (Asamblea Nacional, 2017) El patrimonio que es objeto de un fideicomiso, al tener la naturaleza jurídica de un patrimonio autónomo, además de que la ley le otorga esta característica, es inembargable por los acreedores del constituyente y del beneficiario, salvo que se hubiere pactado tal posibilidad en el contrato. Pero, esta salvedad no se extiende a los acreedores del fiduciario, para los cuales se encuentra impedido embargar los bienes del fideicomiso, ni aun existiendo pacto en contrario. Sin embargo, los acreedores del constituyente o del beneficiario tienen a salvo las acciones sobre los derechos o beneficios que les correspondan como resultado de los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil, es decir, pueden ejercer estas medidas precautelatorias o embargos de los bienes objeto del

fideicomiso, pero siempre que se hubieren adquirido estas obligaciones en atención a los efectos derivados del propio desenvolvimiento del contrato de fideicomiso.

#### **4.5. Requisitos legales del fideicomiso de garantía.**

Al tratarse de un contrato de tipo nominado, es decir, hallándose previsto en la ley, por tal motivo, se han previsto la existencia de requisitos mínimos que deben constar en la constitución del fideicomiso mercantil de garantía; serán revisados a continuación.

##### **4.5.1. Denominación.**

Un fideicomiso constituido con arreglo a nuestra legislación, deberá tener una denominación peculiar establecida en el contrato; que, establecida por el constituyente, deberá ser distinguido del resto de fideicomisos que tenga en su poder el fiduciario en el desempeño de su actividad. Así lo dispone la Ley de Mercado de Valores, que en el artículo 109, segundo inciso establece: “(...) cada fideicomiso tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario (...)” (Asamblea Nacional, 2017) Así, el fideicomiso deberá tener un nombre con el que se le distinga e individualice de otros fideicomisos, situación que debe darse por ser el fideicomiso un patrimonio autónomo con personería jurídica, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones que actúa representado legalmente por la fiduciaria, es por este motivo que, debe tener una especie de nombre o denominación única e inconfundible que le facilite el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que le otorga la personería jurídica.

##### **4.5.2. Transferencia de la propiedad.**

El fideicomiso mercantil tiene esencialmente en su estructura un patrimonio autónomo, que está constituido por uno o varios bienes; entendidos en un sentido amplio pueden ser bienes

muebles, inmuebles, corporales o incorporeales. Por tanto, este dominio fiduciario está constituido mediante la transferencia de la propiedad de dichos bienes, cesión que se realiza de modo temporal e irrevocable “El contrato de fideicomiso mercantil deberá otorgarse mediante escritura pública. La transferencia de la propiedad a título de fideicomiso se efectuará conforme las disposiciones generales previstas en las leyes, atendiendo la naturaleza de los bienes” (Asamblea Nacional, 2017) Entonces, el fideicomiso, constituido por aquellos bienes, requiere de una transferencia de la propiedad a un patrimonio autónomo, que se encuentra afectado a una finalidad específica, que deberá ser realizada atendiendo a la naturaleza de los bienes.

#### **4.5.3. Plazo de duración del fideicomiso.**

El mismo artículo de la Ley de Mercado de Valores, número 110 determina que el fideicomiso mercantil “tendrá un plazo de vigencia o, podrá subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición. La duración del fideicomiso mercantil no podrá ser superior a ochenta años” (Asamblea Nacional, 2017) Siendo, por tanto, necesario establecer un tiempo de validez del fideicomiso, caso contrario, podrá definirse una finalidad o una condición, que puede suceder o no. Sin embargo, sea el modo en que se estructure el contrato constitutivo, no podrá la duración del fideicomiso ser mayor a ochenta años.

La duración máxima prevista en dicha Ley, esto es, los ochenta años, podrá ser superior cuando se trate de los siguientes casos:

- a) Si la condición resolutoria es la disolución de una persona jurídica; y,
- b) Si los fideicomisos son constituidos con fines culturales o de investigación, altruista o filantrópicos.

#### **4.5.4. Requisitos de forma del fideicomiso de garantía.**

El fideicomiso mercantil, entendido como el contrato que lo constituye, debe contener ciertos requisitos formales para su existencia y validez.

##### **4.5.4.1. Solemnidad de escritura pública.**

Para constituir un fideicomiso mercantil es necesario su otorgamiento mediante escritura pública, además, de acuerdo a la naturaleza de los bienes objeto del fideicomiso, esta transferencia se la realizará de conformidad a las disposiciones generales que regulen dichos bienes. Así, por ejemplo, si se tratasen de bienes inmuebles, deberá ser realizada cumpliendo los requisitos previstos en las leyes, es decir, en este supuesto, mediante escritura pública e inscribiendo en el registro de propiedad, en suma, según sea el tipo de bienes. Mientras que, en el supuesto caso, se tratasen de vehículos, deberá realizarse en atención a las leyes que regulan a estos bienes, esto es, realizar un contrato de compraventa, posteriormente realizar una diligencia de reconocimiento de firmas y rúbricas del contrato en una notaría, realizar el pago de la transferencia de dominio, registrar en la entidad de tránsito, entre otros requisitos inherentes a la naturaleza del bien.

##### **4.5.4.2. Inscripción del fideicomiso mercantil**

Tratándose de fideicomisos que tengan por objeto bienes inmuebles, esta transferencia de dominio deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad. Dicho sea de paso, la transferencia “está exenta del pago de impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como el impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos” (Asamblea Nacional, 2017) Sin embargo, las transferencias que se realicen a los beneficiarios, en el cumplimiento de las finalidades del contrato, sí serán gravadas por los tributos a los que haya lugar.

#### **4.6. Modalidades del fideicomiso en garantía.**

Si bien el fideicomiso mercantil en garantía es una modalidad de los fideicomisos, esta variante, puede admitir diversas modalidades según su utilización. Pudiendo tratarse, según su utilización dentro del sistema financiero o fuera de él.

Dentro del sistema financiero el fideicomiso en garantía puede ser empleado generalmente en el acceso al crédito, como para el acceso a créditos de vivienda, de consumo o comerciales.

##### **4.6.1. Fideicomiso en garantía en créditos de vivienda.**

Tradicionalmente las obligaciones que se refieran a créditos con propósitos de financiamiento de viviendas han optado por la utilización de la hipoteca como forma de garantizar el cumplimiento de dichos créditos. Siendo que, los créditos de vivienda son otorgados a quienes pretenden adquirir, construir o incluso destinar el objeto del crédito en el mejoramiento de la vivienda o en la adquisición de un terreno para la construcción de una vivienda. Las instituciones financieras exigen siempre una caución para asegurar el cumplimiento de las obligaciones, puesto que, se requiere la estabilidad del sistema financiero, toda vez que, los créditos que son otorgados pertenecen al dinero de los ahorristas, es así que, esta es una posible modalidad de fideicomiso mercantil de garantía.

##### **4.6.2. Fideicomiso en garantía en créditos de consumo:**

Los créditos de consumo al ser préstamos a corto o mediano plazo, son otorgados sin que medie ninguna verificación o utilización específica por parte del solicitante, es decir, el importe del crédito es a libre disposición del deudor. Generalmente son créditos de un bajo monto, motivo por el que no resulta conveniente emplear figuras jurídicas que representen un alto costo de constitución, es por ello que, el fideicomiso en garantía para créditos de consumo

puede ser una opción cuando se pretendan adquirir múltiples créditos de consumo o varios a lo largo del tiempo.

#### **4.6.3. Fideicomiso en garantía en créditos comerciales.**

Las operaciones comerciales requieren siempre de agilidad, porque las oportunidades de negocio son muy cambiantes, es por este motivo que, en este ámbito, se requiere celeridad en el acceso al crédito. Frente a esta necesidad, el fideicomiso en garantía constituye una importante manera de acceder al crédito en el ámbito comercial, dado que, es una forma de garantizar las obligaciones que representa un menor costo y mayor rapidez en su otorgamiento.

Otras modalidades del fideicomiso en garantía según se trate de su objeto, pueden tratarse de fideicomisos en garantía de títulos valores, de bienes inmuebles, de bienes muebles, de cartera.

#### **4.6.4. Fideicomiso en garantía de títulos valores.**

En esta modalidad de fideicomiso en garantía el propósito es garantizar obligaciones, mediante la transferencia de títulos valores al patrimonio autónomo, afectando estos al cumplimiento de las obligaciones, sea por cuenta del constituyente o por terceros. Siendo por tanto, en esta modalidad de fideicomiso que los títulos valores son los bienes que van a ser destinados a garantizar que la obligación se cumpla, para que en caso de incumplimiento, sea pagado, con el producto de la venta de ellos, satisfaciendo con ello la obligación.

#### **4.6.5. Fideicomiso en garantía de bienes muebles.**

En este caso, lo que se pretende es garantizar obligaciones del fideicomitente, por medio de la transferencia de bienes muebles a un patrimonio autónomo, para que este patrimonio, constituido por dichos bienes muebles, sea el que va a garantizar la obligación.

#### **4.6.6. Fideicomiso en garantía de bienes inmuebles.**

Modalidad que consiste en respaldar una obligación por medio de la constitución de un patrimonio autónomo, que hace parte de un fideicomiso mercantil, constituido por bienes inmuebles que son transferidos a efectos de asegurar el cumplimiento de la obligación. En esta modalidad de fideicomiso en garantía se suele determinar un avalúo periódico de los bienes inmuebles, que ante el evento de no cumplirse la obligación, pueda ser vendido el o los bienes inmuebles que fueron transferidos a título de fideicomiso mercantil en garantía.

#### **4.6.7. Fideicomiso en garantía de cartera.**

La distinción de este fideicomiso en garantía radica en que en esta modalidad es el valor de la cartera, menos un porcentaje pactado en el contrato constitutivo, respalda al cumplimiento de una obligación. De forma que, es la cartera la que se transfiere al patrimonio autónomo, que al igual que en las otras modalidades, tiene el propósito de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que contraiga el constituyente para sí o para beneficio de terceros.

#### **4.7. Extinción del fideicomiso en garantía.**

Las causas de terminación del fideicomiso mercantil son las que se hayan pactado en el contrato que lo constituyó. No obstante, la Ley de Mercado de Valores en el artículo 134 determina, que, además de ellas, son motivo de terminación del contrato los siguientes:

- El cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato, toda vez que, el fideicomiso se constituye siempre con un propósito, y cumplido aquél, éste también termina.
- El cumplimiento de las condiciones.
- El cumplimiento o la falla de la condición resolutoria.
- El cumplimiento del plazo previsto en el contrato constitutivo.
- La imposibilidad total o absoluta de poder cumplir con la finalidad prevista en el contrato.
- La sentencia ejecutoriada dictada por una autoridad judicial competente o el laudo arbitral, de conformidad con la ley.
- La resciliación del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que no afecte los derechos del constituyente, de los adherentes, del beneficiario del fideicomiso, de los acreedores, o en definitiva, de terceros.
- La quiebra o disolución del fiduciario, cuando en el contrato no se hubiera previsto un sustituto. (Asamblea Nacional, 2017).

Lo dispuesto en mencionado artículo no obsta para que en el contrato constitutivo deban incluirse las causales y forma de terminación del contrato, esto en relación a lo dispuesto en el artículo 120 de la propia Ley, que determina el contenido básico que debe tener todo fideicomiso, al indicar que es requisito determinar las causales y forma de dar por terminado el contrato de fideicomiso mercantil.

##### **5. Puntos de encuentro o disenso, ventajas y desventajas entre las figuras jurídicas de la hipoteca civil y el fideicomiso mercantil en garantía.**

Con el propósito de entender las particularidades de otras figuras jurídicas que pueden ser empleadas como formas de garantizar el cumplimiento de las obligaciones, es necesario

explicar que por garantía debe entenderse como el “efecto de afianzar lo estipulado” (RAE, 2019) Esto es, dar fianza, entregando una cantidad de dinero o un bien que tenga como propósito, asegurar el cumplimiento de una obligación.

Por lo tanto, las garantías “son medios que respaldan o aseguran el pago o reembolso de los créditos otorgados” (Mavila, 2010) Es así que, una garantía es un mecanismo que está orientado a respaldar mediante la destinación de ciertos bienes y afectarlos a que, ante la eventualidad de no cumplirse con la obligación en la forma y plazo pactados, puedan satisfacerse esas obligaciones con el producto de los bienes gravados, protegiendo de esta forma, al acreedor.

El artículo 31 del Código Civil detalla que son formas de caución: la fianza, la prenda y la hipoteca. Frente a estas formas de garantía tradicional, es posible, mediante los negocios fiduciarios, especialmente a través del fideicomiso mercantil en garantía, constituir garantías para, de igual manera, asegurar el cumplimiento de las obligaciones. De modo que, al poder asegurarse las obligaciones mediante diversas formas, es preciso determinar las diferencias que existen entre estas otras modalidades de garantía.

Lo que el Código Civil denomina como caución, se trata de un medio de precaución, cautela, prevención, en definitiva, como una medida que busca de forma anticipada evitar que algo no deseado suceda. De tal forma que, se pretende ofrecer seguridad a las obligaciones que el deudor contraiga, otorgando o constituyendo una garantía, que puede consistir en las formas anteriormente indicadas.

Como hemos indicado en el primer capítulo referente a la hipoteca, aquélla consiste “en un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder

del deudor” (Asamblea Nacional, 2019) Siendo que la hipoteca es un derecho real de naturaleza accesorio, cuyo propósito es asegurar el cumplimiento de una obligación, en el que los bienes gravados permanecen en poder del propietario; sin embargo, el acreedor conserva la facultad de realizar el valor de dichos bienes, para que, mediante su enajenamiento mediante un procedimiento legalmente establecido, con su precio se satisfaga la obligación insoluto. A su vez, habiendo cumplido la obligación, el acreedor deberá restituir los bienes, esto es, cancelar la hipoteca, al haberse cumplido la obligación principal.

Por otra parte, el fideicomiso mercantil en garantía busca asegurar el cumplimiento de las obligaciones que ocurre cuando el deudor transfiere, de forma irrevocable, bienes a título de fideicomiso mercantil a un patrimonio autónomo a cargo de una entidad fiduciaria, con el propósito de afianzar con ellos o con su producto que se cumpla con las obligaciones a las cuales respalda, de forma que, con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella al acreedor, siguiendo las instrucciones establecidas en el contrato constitutivo.

De lo visto, ambas figuras jurídicas, tanto la hipoteca como el fideicomiso en garantía, tienen por objeto asegurar el cumplimiento de las obligaciones, es por este motivo que es preciso analizar los puntos de encuentro o disenso de estas dos instituciones, así como el establecer las ventajas y desventajas que pudieren existir entre ambas al momento de la toma de decisiones, para optar por una u otra.

### **5.1. Puntos de encuentro o disenso entre la hipoteca y el fideicomiso mercantil en garantía.**

Como se ha manifestado, ambas figuras jurídicas, tanto la hipoteca civil como el fideicomiso mercantil en garantía tienen como propósito general asegurar el cumplimiento de las

obligaciones, así también, existen otras instituciones que tienen el mismo objetivo, como las antes indicadas, la fianza, la prenda, la anticresis, entre otras. Sin embargo, el propósito en el que nos encontramos es identificar los puntos de encuentro o disenso que pueden tener lugar entre estas dos figuras jurídicas, que son quizá de las más importantes y empleadas en mayor medida como formas de garantizar que las obligaciones se cumplan.

### **5.1.1. Puntos de encuentro entre la hipoteca civil y el fideicomiso mercantil en garantía.**

#### **5.1.1.1. Ambas figuras jurídicas constituyen un medio de garantía.**

La hipoteca es un derecho de prenda que se constituye sobre bienes inmuebles, mismos que permanecen en poder del deudor, es preciso entender lo que establece el artículo 2286 “Por el contrato de empeño se entrega una cosa mueble a un acreedor, para seguridad del crédito” (Asamblea Nacional, 2019) De forma que, al ser la hipoteca un derecho de prenda, se establece como caución para brindar seguridad a una obligación propia o ajena. Así mismo, el fideicomiso en garantía es otra forma de asegurar el cumplimiento de las obligaciones, se trata de un contrato, en el que, el constituyente destina ciertos bienes a un fideicomiso mercantil, de modo que se constituye un patrimonio autónomo para, con éste, garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones, en el que se designa al beneficiario como acreedor; ante el incumplimiento del fideicomitente o deudor, puede solicitar a la fiduciaria que se proceda de acuerdo a las instrucciones del contrato, es decir que se proceda a la venta de los bienes afectados al patrimonio autónomo y con ellos se cumpla con la obligación a la que garantizan, sin perjuicio de la posibilidad de que le sean entregados dichos bienes como dación en pago, conforme a las estipulaciones contractuales.

De forma que, estas dos figuras jurídicas encuentran un punto de confluencia, esto es, ambas tienen como propósito garantizar el cumplimiento de las obligaciones, así se hallan determinadas en nuestro ordenamiento jurídico.

#### **5.1.1.2. La extensión en la hipoteca frente al fideicomiso mercantil en garantía.**

Durante la vigencia de la hipoteca la situación sobre el valor del bien gravado puede cambiar. El Código Civil en su artículo 2322 indica: “La hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta a los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles según el Art. 588; pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros” (Asamblea Nacional, 2019) Es así que, frente a estos incrementos nuestro derecho privado entiende que la hipoteca alcanza también a estas mejoras que pueden ser en relación a los bienes hipotecados y frente al crédito garantizado, es decir, alcanza a los bienes accesorios, como a los aumentos y mejoras naturales o civiles; y, aun a las pensiones devengadas.

En el mismo sentido, dentro del fideicomiso en garantía, se entiende que éste garantiza las obligaciones con los bienes que son aportados al patrimonio autónomo, alcanzando, de igual forma, a los bienes que no se encontraran comprendidos en ellos, incluyendo los aumentos, mejoras, edificaciones que se hicieren en lo posterior, en general, a todo aquello que se lo considere como inmueble por destinación, accesoriedad o debido a su naturaleza. Lo indicado encuentra su razón de ser debido a que en el contrato constitutivo se suelen incluir cláusulas que dan este tratamiento, además, el Código Civil es norma supletoria en todo lo no previsto en las leyes que regulan al fideicomiso en garantía.

Entonces, en este sentido, tanto en la hipoteca como el fideicomiso mercantil, se verifica una extensión o alcance a los bienes hipotecados así como a los bienes transferidos al

patrimonio autónomo que hace parte del fideicomiso mercantil. Es así que al momento de la ejecución, sea de la hipoteca o del fideicomiso mercantil se hará con observancia a los bienes que se hallen comprendidos o extendidos a los gravados inicialmente de acuerdo a como se encuentren al momento de su ejecución.

### **5.1.1.3. La necesidad de inscripción tanto en la hipoteca como en el fideicomiso en garantía.**

Es requisito indispensable de la hipoteca su inscripción en el Registro de Propiedad, por disposición del propio Código Civil, en el artículo 2312 prescribe: “La hipoteca deberá, además, ser inscrita en el registro correspondiente. Sin este requisito, no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde la inscripción” (Asamblea Nacional, 2019) La importancia de su inscripción es tal, que tiene una naturaleza constitutiva que origina un derecho real de la hipoteca de la cual derivan otros derechos como el de persecución o de preferencia en la prelación de cobro.

De igual forma, dentro del fideicomiso mercantil es requisito que, tratándose de fideicomisos que tengan por objeto bienes inmuebles, esta transferencia de dominio sea inscrita en el Registro de Propiedad. De este modo, la inscripción registral del fideicomiso obedece a la naturaleza de los bienes.

Sin embargo, en la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil promulgada en el año 2014, se indicó en la objeción parcial al proyecto de dicha ley, indicando que como mecanismo para evitar una utilización abusiva del fideicomiso mercantil, por lo que la Ley de Mercado de Valores en su artículo 18 estableció la creación dentro de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros el Catastro Público

de Mercado de Valores, en donde, de acuerdo al numeral 11 del mencionado artículo determina que deberán inscribirse en dicho catastro “Los contratos de fideicomiso mercantil y encargos fiduciarios, de conformidad con las normas de carácter general que para el efecto dicte el Consejo Nacional de Valores” (Asamblea Nacional, 2017) Lo establecido en el citado cuerpo legal, tiene relación con lo que al respecto se establece también en la Codificación de Resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera en su artículo 6 indica que: “En el Registro de Mercado de Valores se inscribirán los fideicomisos mercantiles (...)” (Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, 2013) Debido a la disposición reformativa de la Ley de Mercado de Valores, indica la sustitución del Registro de Mercado de Valores por el Catastro Público del Mercado de Valores. Es así que, existe la obligación de registrar ya no únicamente la transferencia de los bienes inmuebles que conforman el patrimonio autónomo en el Registro de Propiedad, sino de los fideicomisos en garantía a favor de las instituciones del sistema financiero dentro de las variantes anteriormente indicadas en el artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores, de en Catastro Público del Mercado de Valores.

Con anterioridad a la expedición de la Ley de Mercado de Valores, no era imperioso que los fideicomisos en garantía sean inscritos, sino únicamente en los que intervenga el sector público. Sin embargo, como hemos visto, en la actualidad se exige la inscripción de todos los fideicomisos en garantía otorgados a favor de las instituciones del sector financiero cuando respalden las obligaciones indicadas en la disposición mencionada anteriormente, el innumerado del artículo 120, con el propósito de otorgar publicidad a estos actos y contratos para garantizar y transparentar la seguridad y autenticidad de los documentos e instrumentos. Esto debido a la consideración de que la inscripción se vuelve necesaria por el movimiento de capitales, lo que hace necesario su control y registro.

## **5.1.2. Puntos de disenso entre la hipoteca civil y el fideicomiso mercantil en garantía.**

### **5.1.2.1. Distinción entre el poder en que encuentran los bienes en la hipoteca y en el fideicomiso en garantía.**

En la hipoteca, tal como hemos visto, los bienes permanecen en poder del deudor, es decir, no existe desplazamiento de éstos, como sí sucede en el caso de la prenda, en el que se entrega una cosa mueble al acreedor para la seguridad del crédito. Así mismo, se entiende de su noción etimológica que la hipoteca evoca la idea de poner algo debajo, sometiendo una cosa a otra, puesta así para apoyar o dar seguridad a otra, garantizando el cumplimiento de una obligación.

Por otra parte, en el fideicomiso en garantía, los bienes son transferidos a un patrimonio autónomo, que son administrados por una fiduciaria, de suerte que, existe un desplazamiento de la posesión de los bienes, incluso existe una separación del patrimonio de la persona que la constituye, saliendo de ese conjunto de bienes propios del fideicomitente y pasando a ser parte de un patrimonio autónomo afectado al cumplimiento de las finalidades establecidas, que en el caso del fideicomiso en garantía, tienen como finalidad asegurar que las obligaciones a las que garantizan, efectivamente se cumplan.

Entonces, la situación que se refiere al dominio y posesión de los bienes en la hipoteca y en el fideicomiso mercantil es diversa, como vemos, en la hipoteca no existe un desplazamiento de la posesión de los bienes, puesto que, a pesar de estar estos bienes afectados al cumplimiento de una obligación, no por esto dejan de permanecer en poder del deudor, mientras que en el fideicomiso en garantía los bienes tienen que ser transferidos a título de fideicomiso mercantil, para que con ellos se conforme un patrimonio autónomo que tendrá igualmente como propósito asegurar el cumplimiento de las obligaciones.

**5.1.2.2. Partes que conforman la hipoteca y el fideicomiso en garantía:** El fideicomiso mercantil en garantía presenta una relación tripartita, en la que se encuentran presentes el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, que en la modalidad en la que nos ocupa, el fideicomitente es el deudor o quien garantiza una obligación ajena. Mientras que, el fiduciario es un tercero que, de acuerdo a las instrucciones establecidas, a grandes rasgos son administrar los bienes y ante el evento de no cumplirse con la obligación a que garantiza, con el producto de dichos bienes, satisfacer de forma efectiva la obligación. Por último, se encuentra presente el fideicomisario o beneficiario, que se trata del acreedor, quien, ante el incumplimiento, le será satisfecha la obligación con el producto de los bienes objeto del patrimonio autónomo.

Por otro lado, en la hipoteca existen esencialmente dos partes, que es el constituyente o deudor hipotecario, sin perjuicio de que pueda constituirse la hipoteca a favor de una deuda ajena; la otra parte es el acreedor hipotecario, quien tiene el derecho de iniciar la acción hipotecaria cuando el deudor hipotecario no ha satisfecho íntegramente el cumplimiento de la obligación, ejerciendo el derecho de *ius distrahendi*.

Así, en la hipoteca no existe un tercero imparcial que administra los bienes y ante el incumplimiento de la obligación debe procurar la realización de los bienes y con el producto de aquellos cumplir la obligación como sucede en el fideicomiso en garantía.

**5.1.2.3. La accesoriedad en la hipoteca frente al fideicomiso en garantía:** Si bien ambas figuras tienen una connotación de ser accesorias en el sentido en el que en ambos casos subyacen a una obligación a la que tiene el propósito de garantizar. Sin embargo, esta connotación no es un condicionamiento absoluto, debido a que la hipoteca, por mandato legal, en el artículo 2334, deberá contener, “La fecha y la naturaleza del contrato a que accede la hipoteca, y en el archivo

en que se encuentra (...)” (Asamblea Nacional, 2019) En relación con el artículo 2336 que indica que “La hipoteca se extingue junto con la obligación principal” (Asamblea Nacional, 2019) Así también, puede extinguirse la hipoteca y subsistir la obligación principal, pero no puede ocurrir en el sentido opuesto, esto es, extinguirse la obligación principal y subsistir la hipoteca, debido a la naturaleza absolutamente accesoria que rige la hipoteca.

Mientras que, en el fideicomiso en garantía la naturaleza accesoria no es un condicionamiento *sine qua non*, puesto que, el fideicomiso puede constituirse perfectamente de forma autónoma y surtir efectos plenamente validos, porque no requiere de un contrato principal para su subsistencia, de hecho, es sumamente usual constituir un fideicomiso en garantía sin que inicialmente se encuentre supeditada al cumplimiento de una obligación principal, sino se lo perfecciona para respaldar posteriormente obligaciones que pudieran adquirirse.

En consecuencia, en el caso del fideicomiso en garantía, la naturaleza accesoria del contrato puede presentarse en ambas calidades, es principal debido a que el fideicomiso no precisa de otro contrato que lo de validez, además de que el fideicomiso tiene personalidad jurídica, por lo que, el patrimonio que lo constituye goza de autonomía. Pero, puede ser accesorio si eventualmente existió primero una obligación principal y sobre esa se constituye un fideicomiso en garantía que expresamente esté afectado a la obligación a la cual asegura. En definitiva, dependerá de la forma en la que se lo constituya, debido a que, se estará a lo dispuesto en el contrato, lo que no sucede en el caso de la hipoteca, que no es posible modificar ni cambiar su esencia accesoria. Es importante anotar que la hipoteca abierta es una forma de garantizar todas las obligaciones que el deudor tenga o pueda tener a favor del acreedor

hipotecario, no obstante, aun en este caso, la hipoteca continúa teniendo la prescindencia de una obligación principal.

**5.1.2.4. Pluralidad de acreedores en la hipoteca y en el fideicomiso mercantil:** La hipoteca ofrece únicamente la intervención del acreedor y del deudor, sin perjuicio de la posibilidad de garantizar una deuda ajena. Sin embargo, dentro del fideicomiso puede darse la concurrencia de múltiples acreedores, situación que la diferencia de la hipoteca, en donde no se admiten múltiples acreedores en una misma hipoteca, debiendo constituirse una hipoteca para cada acreedor. Hay que indicar que existe la posibilidad de constituir múltiples hipotecas sobre un mismo bien inmueble; en virtud del principio de indivisibilidad que rige la hipoteca.

Por otra parte, el fideicomiso en garantía puede otorgarse a varios acreedores, que en este caso son fideicomisarios, de forma que posibilita a esta figura jurídica instaurar una pluralidad de acreedores. La pluralidad de los sujetos que pueden integrar la parte fideicomisaria o acreedora, dependerá del modo en que se constituya en el contrato fiduciario. En el fideicomiso en garantía existe la posibilidad de constituirlo inclusive sin que exista acreedor alguno, sino para que se adhieran posteriormente al fideicomiso. Así, el fideicomiso puede asegurar múltiples obligaciones, sin obstar para que los acreedores de estas diversas obligaciones puedan ser distintos entre sí.

**5.1.2.5. Administración de los bienes destinados a asegurar el cumplimiento de las obligaciones en el fideicomiso en garantía y en la hipoteca:** La hipoteca es una especie o tipo de contrato de garantía, que de acuerdo a nuestro código de derecho privado, la hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que permanecen en poder del deudor. En tal sentido, la administración de los bienes que son destinados o afectados a asegurar el

cumplimiento de la obligación principal no salen del poder del deudor o propietario del bien, de ahí que la hipoteca evoque un sentido de poner algo debajo, sometiendo una cosa a otra, en relación a que se otorgaba un instrumento que era entregado con el fin de establecer que un bien está siendo empleado para seguridad de un crédito, pero no es trasladada la posesión al acreedor, como sucede en el contrato de prenda o empeño en donde existe la entrega del bien para seguridad del crédito.

De este modo, el deudor, dentro de la hipoteca, al conservar el bien o los bienes dentro de su poder, tiene también el derecho de administrarlos, esto es, realizar las diligencias y gestiones necesarias para la dirección y gobierno de los bienes o negocios de una persona (Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, 2010) Por lo tanto, le corresponde la administración de los bienes hipotecados al propietario.

Situación distinta ocurre en el fideicomiso en garantía, en donde se verifica la existencia la parte fiduciaria, quien es la encargada de la administración del patrimonio autónomo, se trata de una parte independiente, de un ente profesional y especializado encargado de la gestión de los bienes objeto del fideicomiso. De acuerdo a nuestra legislación, es el fiduciario quien ejerce la representación legal, por tanto la administración de los bienes, que debe ser ejercida en función de las finalidades establecidas en el contrato constitutivo.

**5.1.2.6. La situación patrimonial de los bienes objeto de la hipoteca con respecto a los bienes que conforman el fideicomiso en garantía:** Como hemos visto en temas anteriores, dentro de la hipoteca los bienes que son gravados para efectos de garantizar que se cumplan las obligaciones permanecen en poder del deudor, conservando su administración; y, por tanto, se mantienen en el patrimonio de éste. De esta forma, se entiende que el patrimonio se halla

sujeto a las reglas generales en lo que respecta al patrimonio del deudor, siendo que, estos bienes se hallan comprendidos dentro del derecho de prenda general y podrán ser objetos de medidas precautelatorias o de embargo, salvando el derecho de preferencia que otorga la hipoteca.

Esta situación es distinta al tratarse del fideicomiso en garantía, en donde los bienes pasan a formar parte del patrimonio autónomo, que está dotado de personalidad jurídica. De este modo, dichos bienes destinados al aseguramiento de las obligaciones no pueden ser sujetos a medida precautelatoria alguna; éstos salen del patrimonio del constituyente o deudor, lo propio sucede con los acreedores del fideicomitente, aquellos bienes, mientras permanezcan en el patrimonio del fideicomiso, no pueden ser perseguidos por encontrarse en el patrimonio de propósito exclusivo; de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico el artículo 121 de la Ley de Mercado de Valores indica, que “Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario” (Asamblea Nacional, 2017) En este sentido, los bienes que conforman la hipoteca y el fideicomiso mercantil tienen una situación patrimonial diversa.

Por un lado, dentro de la hipoteca los bienes se entienden que permanecen dentro del patrimonio del deudor, simplemente se ha extendido un documento en el que se especifica que cierto bien o bienes son los que respaldan al cumplimiento de una obligación, sin que exista desplazamiento tan siquiera de la posesión del bien, mucho menos se entiende que pasa a formar parte del patrimonio de otra persona, sino que permanece en manos del deudor.

Situación distinta sucede en el caso del fideicomiso en garantía en donde aquellos bienes necesariamente deben ser transferidos, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de los bienes a un patrimonio autónomo, que posee personalidad jurídica cuya representación legal la ejerce una sociedad administradora de fondos y fideicomisos, para que aquélla cumpla con las finalidades determinadas en el contrato. Entonces, en el fideicomiso en garantía existe un desplazamiento del bien en un sentido patrimonial en donde el deudor que es el constituyente, efectivamente transfiere el patrimonio, de forma que sale del suyo a formar parte de un patrimonio autónomo que se encuentra a cargo de la entidad fiduciaria.

**5.1.2.7. Tiempos de ejecución diverso en la hipoteca con respecto al fideicomiso en garantía:** La celeridad frente a la ejecución en la hipoteca con respecto al fideicomiso en garantía es diversa, puesto que, tratándose de una hipoteca, ante el incumplimiento de la obligación principal, el acreedor debe recurrir a la vía judicial para su ejecución, con un procedimiento establecido legalmente, siendo que los términos y los pasos en los que deben practicarse los diversos actos procesales son estrictamente obligatorios.

El procedimiento de ejecución hipotecaria tiene lugar cuando el deudor ha incumplido de forma parcial o total su obligación principal, lo que le otorga al acreedor el derecho de iniciar el cobro o la satisfacción de la obligación no cubierta voluntariamente por el deudor, sino mediante la vía judicial, solicitando al juzgador el embargo del inmueble, para posteriormente realizarse sobre estos bienes un avalúo y finalmente ser rematado. Todas estas etapas procesales conllevan términos, al tratarse de un crédito hipotecario, el procedimiento será ejecutivo, en donde deberá presentarse la demanda, deberá ser contestada, convocarse a audiencia, realizar un mandamiento de ejecución, para posteriormente realizarse el embargo y finalmente el remate y pagarse con su producto la obligación principal a la cual garantizaba.

Mientras que, tratándose del fideicomiso en garantía para satisfacer el cumplimiento de la obligación principal, habiéndose dado el incumplimiento, se estará de acuerdo a lo dispuesto en el contrato mercantil, con términos mucho menores, lo que representa mayor celeridad al momento del cobro. Únicamente bastará con presentar los justificativos correspondientes sobre el incumplimiento y notificar a la fiduciaria para que se proceda según corresponda en el contrato constitutivo. Lo que conlleva a que esta ejecución sea menos compleja, puesto que, no requiere litigación, no hay que incurrir en procesos judiciales, sino es una ejecución convencional. De esta forma, los costos son significativamente menores al momento de liquidar la deuda, debido a que en el procedimiento de ejecución de la hipoteca se incurren en costas judiciales, incremento de la deuda impaga por el transcurso del tiempo.

**5.1.2.8. Tipos de bienes que pueden ser objeto de la hipoteca y del fideicomiso mercantil en garantía:** Es quizá uno de los rasgos más notables que marcan la diferencia entre estas dos figuras jurídicas. Por una parte, según se ha visto, en la hipoteca tal como se halla regulada actualmente en el Código Civil, es posible constituirla sobre bienes inmuebles, lo indicado tiene relación con el artículo 2320 que indica de forma prohibitiva “La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves (...)” (Asamblea Nacional, 2019) Incluyendo a aquellos bienes que por extensión se entiendan parte del bien raíz. Esto sin perjuicio de la posibilidad de hipotecar, según también se ha revisado, el Código de Comercio actual que posibilita la hipoteca de naves, que tienen un tratamiento similar a los inmuebles, para posibilitar el tráfico comercial marítimo.

Por otra parte, dentro del fideicomiso en garantía la situación respecto a los bienes que pueden ser objeto del negocio fiduciario, es mucho más amplia, permitiéndose destinar al patrimonio de propósito exclusivo, que se halla conformado por los bienes transferidos a título

de fideicomiso mercantil; es posible destinar no únicamente inmuebles, sino, de acuerdo a la Ley de Mercado de Valores y normativa conexas, establece que es posible transferir la propiedad, de forma “temporal e irrevocable, bienes muebles o inmuebles, corporales e incorpóreas, que existen o se espera que existan a un patrimonio autónomo” (Asamblea Nacional, 2017) Con la finalidad de que aquellos bienes tengan como propósito asegurar que las obligaciones se cumplan.

Distinción entre ambas figuras que hacen que estas dos instituciones tengan una marcada distinción. Así, en la hipoteca no existe, por ejemplo, la posibilidad de gravar bienes muebles o títulos valores, que son documentos que contienen un derecho, para con ellos afianzar el cumplimiento de obligaciones. Lo que sí sucede en el caso del fideicomiso en garantía, en donde es posible destinar estos bienes o derechos para, con ellos, respaldar obligaciones.

Así las cosas, en el fideicomiso en garantía puede entenderse una suerte de conjunción de múltiples figuras jurídicas tradicionales que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de las obligaciones, que, por ejemplo, puede hallarse comprendido dentro de éste, la hipoteca al tratarse de bienes inmuebles, la prenda al involucrar bienes muebles; inclusive, existe la posibilidad de constituir en garantía derechos como los títulos valores que no se entenderían comprendidos dentro de la hipoteca, sino mediante la prenda de un crédito, que puede tener lugar entregando el título al acreedor. Siendo de este modo que, mediante el fideicomiso en garantía exista la posibilidad de garantizar obligaciones con activos que usualmente no pueden ser empleados como forma de garantía dentro de las formas tradicionales.

**5.1.2.9. Diferencia en el avalúo de los bienes destinados a asegurar el cumplimiento de las obligaciones en la hipoteca y en el fideicomiso en garantía:** Dentro de la hipoteca el avalúo de los bienes tiene lugar en el procedimiento de ejecución, previo al remate, se realiza una determinación del valor del bien. Mientras que en el fideicomiso en garantía, dentro de su contrato constitutivo, se suele incorporar, cláusulas relativas al avalúo, en el que, debe realizarse de forma periódica, dando la posibilidad de que el valor de los bienes o derechos destinados al patrimonio autónomo de propósito exclusivo, se mantengan actualizados al valor comercial.

Entonces, dentro de la hipoteca, la determinación del valor del bien se lo realiza en un proceso judicial, mientras que, en el fideicomiso en garantía, se lo realizan a lo largo del tiempo de subsistencia del contrato.

**5.1.2.10. Posibilidad de ser destinados los bienes gravados como fuente de pago en la hipoteca frente al fideicomiso en garantía:** Dentro de la hipoteca, los bienes que son gravados a efectos de garantizar que las obligaciones se cumplan, no pueden ser apropiados por el acreedor y ser aquellos imputados como dación en pago para cancelar la obligación. Lo indicado tiene relación con lo dispuesto en el Código Civil en el artículo 2326 que prescribe “El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar con las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda” (Asamblea Nacional, 2019) En este orden de ideas, es necesario remitirnos a las disposiciones que regulan la prenda, que en el código ibídem en el artículo 2299 establece que “El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que se le pague, con el producto, o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta el valor de su crédito; sin que valga estipulación en contrario, y sin perjuicio de su derecho para

perseguir la obligación principal por otros medios. Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados.” (Asamblea Nacional, 2019).

Conforme a la regulación legal de la hipoteca, los bienes que sean destinados al cumplimiento de las obligaciones, no pueden ser entregados como fuente de pago, es decir, no puede apropiarse de los mismos el acreedor, sino a falta de postura admisible, en cuyo caso, deberá ser avaluada por peritos; y, solo una vez haya ocurrido aquello, puede ser adjudicado en pago hasta el valor del crédito.

Situación diversa es la que sucede en el fideicomiso mercantil, en donde la ejecución del mismo tendrá lugar en atención al contrato constitutivo, en donde, mediante la convención de las partes, es posible determinar que los bienes que conforman el patrimonio de propósito exclusivo puedan ser considerados como fuente de pago, instituyendo que sean entregados los bienes como dación en pago. A diferencia de la hipoteca, en donde debe ocurrir necesariamente la venta forzosa para la realización del valor del bien y con el producto de la venta del mismo, sea empleado en el pago de la obligación principal, con la excepción prevista en la prenda, a la que hemos hecho referencia.

**5.1.2.11. Posibilidad de enajenar los bienes gravados con la hipoteca frente a los bienes destinados al fideicomiso en garantía:** Dentro de la hipoteca el Código Civil, en su artículo 2317 establece “El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrato” (Asamblea Nacional, 2019) Por tanto, puede el deudor que sea propietario del bien inmueble, enajenar los bienes hipotecados o hipotecarlos, aun cuando existiere estipulación en contrario, porque la ley expresamente así lo determina. Se

entenderá que de enajenarse, las cosas pasarán de dueño pero subsistiendo el gravamen hipotecario que sobre ellas pesen.

Mientras que, dentro del fideicomiso en garantía, puede incluirse una cláusula, de hecho se estila con mucha frecuencia a incorporarse, aquélla es plenamente válida, en la que se establezca una obligación de no hacer, es decir, en el que se halle impedida la enajenación de los bienes destinados al patrimonio fiduciario.

### **5.1.3. Ventajas y desventajas de optar por la hipoteca o por el fideicomiso en garantía.**

#### **5.1.3.1. Puntos a favor para optar por el fideicomiso en garantía.**

**5.1.3.1.1. La ejecución del fideicomiso en garantía es menos compleja que la hipoteca:** El fideicomiso en garantía presenta una significativa disminución de complejidad al momento de la ejecución, cuando el deudor no ha cumplido con la obligación, el acreedor tiene el derecho de exigir que, con los bienes gravados, se satisfaga íntegramente la misma. Frente a esta situación, el fideicomiso en garantía no requiere litigación, no es necesario realizar la ejecución en vía judicial, sino únicamente se realiza de forma convencional, de acuerdo a las instrucciones previstas en el contrato. Lo dicho, puede representar una ventaja, entendida como una mayor celeridad que se presenta al momento de hacer efectivo el cobro de la obligación garantizada.

Al tratarse de la hipoteca, una vez se verifique el incumplimiento de la obligación principal, debe el deudor recurrir a la vía judicial para su ejecución, para, según hemos revisado en temas anteriores, se recorra el procedimiento legalmente establecido, con términos mucho más largos y diversas etapas procesales, presentando la demanda, habiendo un término para calificarla,

para posteriormente correr traslado al deudor, quien a su vez, deberá contestar la misma. Luego, el juez convocará a audiencia, realizar el mandamiento de ejecución, posterior a ello, realizar el embargo y ordenar el remate para con el producto de este último, cubrir la obligación a la cual garantizaba.

En este sentido, tratándose del fideicomiso, esta figura jurídica ofrece una significativa ventaja, porque para su ejecución no se requiere volcarse a la vía judicial, sino es un proceso convencional, es decir, se realizará conforme a lo previsto en el contrato que lo constituyó, lo que simplifica en gran medida, siendo que, no es necesario realizar todos estos pasos anteriormente indicados, que sí suceden en la ejecución hipotecaria. Sin embargo, es preciso anotar que al mismo tiempo que presenta una ventaja la simplificación de la ejecución, puede presentar también una situación menos favorable respecto a este mismo tema, debido a que al ser contractual la forma en la que se lleva la ejecución, si bien simplifica los términos y las etapas procesales, también existe la posibilidad de inobservar el debido proceso al momento de constituir el contrato de fideicomiso, esta situación será revisada posteriormente.

**5.1.3.1.2. Ventaja que presenta el fideicomiso en garantía frente a la administración de los bienes gravados con respecto a la hipoteca:** Una ventaja ampliamente significativa que presenta el fideicomiso con respecto a la hipoteca tiene relación con la administración de los bienes que son destinados al cumplimiento de la obligación. Es así que, la propiedad fiduciaria, conforme a nuestra legislación, es administrada por un ente que hace parte de la relación contractual, denominada fiduciaria, que deberá ser un ente profesional, autorizado para llevar a cabo la administración de fondos y fideicomisos, en suma, una entidad especializada, que por principio es la parte imparcial de la relación, quien debe llevar a cabo la administración

del dominio del patrimonio de propósito exclusivo para llevar a cabo el cumplimiento de las directrices establecidas en el contrato que dio origen al mismo.

Aquella situación representa una significativa ventaja al momento de tomar una decisión por optar entre una de estas dos figuras jurídicas. Lo indicado, en relación a que, dentro de la hipoteca, la administración de los bienes le corresponde al propio deudor, puesto que, no existe desplazamiento o transmisión dominical de los bienes, mucho menos un cambio de administración. La ventaja radica en que, para el acreedor, le resulta beneficioso que una entidad especializada sea la encargada de llevar a cabo la administración de los bienes, a quien le corresponde llevar a cabo la gestión con tal diligencia que responde hasta por la culpa leve, en el desempeño de los propósitos establecidos, actuando de manera diligente y profesional.

Dentro de la hipoteca, la administración de los bienes sobre los que recae el gravamen le corresponde al propietario, es decir, al propio deudor o a quien garantice una deuda ajena, quien no siempre es una persona encargada de realizar una gestión profesional. A pesar de que la ley confiere al acreedor hipotecario el derecho o *ius distrahendi*, para exigir que se ordenen las diligencias preventivas o acciones ante el deterioro o devastación, sin embargo, estas acciones serán posteriores a que se realice el perjuicio o con justa causa para solicitarse las medidas preventivas, mientras que, en la ley, dentro de la hipoteca, no hay una exigencia expresa sobre la forma de administración de ésta.

En consideración de aquello, la exigencia de la administración por un ente profesional y especializado que se exige en el fideicomiso en garantía, puede resultar beneficioso para el acreedor, sobre todo, al tratarse de obligaciones que entrañen un gran monto; y, por lo tanto, los bienes que estén supeditados al cumplimiento de una obligación sean de mayor valor o que

requieran de una administración diligente, que puede ser cubierta mediante el fideicomiso en garantía.

**5.1.3.1.3. La situación patrimonial de los bienes en el fideicomiso en garantía frente a la hipoteca:** Dentro del fideicomiso en garantía, la propiedad de los bienes o derechos le pertenece al propio fideicomiso, conformándose un patrimonio autónomo de propósito exclusivo, de suerte que, los bienes son inembargables y no pueden ser sujetos a medida precautelatoria alguna por razones imputables al fideicomitente, al fiduciario, ni aun al beneficiario mientras los bienes o derechos sean parte del patrimonio del fideicomiso.

Situación distinta ocurre en la hipoteca, en donde los bienes pertenecen al patrimonio deudor, por lo que pueden ser enajenados, o sujetos a medidas precautelatorias por parte de otros acreedores que pudiera tener el deudor, salvando el derecho de preferencia que tiene el acreedor hipotecario.

Por este motivo, la situación patrimonial de los bienes puede resultar más beneficiosa para el acreedor al tratarse del fideicomiso en garantía, en consideración de las razones anteriormente expuestas.

**5.1.3.1.4. La posibilidad de que el fideicomiso en garantía subsista de forma autónoma, respecto a la accesoriedad de la hipoteca:** El fideicomiso en garantía puede presentar una ventaja significativa al no tener la condición obligatoria de ser accesorio como sucede en la hipoteca. Según se ha expuesto, la hipoteca se extingue junto con la obligación principal; además del principio de especialidad que rige a la hipoteca, debe aquélla, determinar la cosa u objeto gravado.

Por otra parte, el fideicomiso en garantía, al momento de optar o no por aquél, puede representar una ventaja, al no tener la característica esencial de ser accesorio, porque no es un requisito imperativo el supeditar el fideicomiso en garantía al cumplimiento de una obligación principal, sino que como se ha dicho, suele usualmente constituirse previo a que respalde obligación alguna, que en la práctica es sumamente común constituir un fideicomiso en garantía al que los acreedores o beneficiarios se adhieren en lo posterior y a lo largo del tiempo. Ventaja que puede resultar ampliamente significativa al momento de optar por una de estas dos figuras jurídicas.

**5.1.3.1.5. El fideicomiso en garantía puede estar constituido por una gran diversidad de bienes y derechos:** Es quizá la mayor distinción y ventaja que puede presentar el fideicomiso en garantía con respecto a la hipoteca, debido a que, el fideicomiso admite una mayor configuración de los bienes que serán destinados al cumplimiento de las obligaciones, porque en esta institución jurídica la posibilidad es mucho más flexible que en la hipoteca.

Dentro del fideicomiso en garantía, el patrimonio autónomo puede ser conformado por bienes muebles o inmuebles, corporales e incorporales, que existen o se espera que existan, mientras que en la hipoteca cabe únicamente su constitución con bienes inmuebles, con las salvedades expuestas en lo relativo a la hipoteca de naves o de minas. No obstante, la hipoteca se halla sumamente restringida en cuanto a los bienes que pueden ser aportados para con ellos respaldar obligaciones.

De este modo, representa una gran ventaja para el fideicomiso en garantía lo que hemos indicado, que es una suerte de conjunción de múltiples figuras jurídicas que tienen por objeto el asegurar el cumplimiento de las obligaciones, a saber, puede incluirse dentro de aquél bienes

muebles, que de otra forma en la hipoteca no pudieren ser gravados, así mismo, existe también la posibilidad de destinar derechos como los títulos valores para igualmente respaldar obligaciones, lo que tampoco podría ser posible en la hipoteca. Sin que tampoco exista impedimento para destinar múltiples bienes y de diferente naturaleza, es decir, puede en un fideicomiso en garantía destinarse, por un lado, bienes inmuebles, y al mismo tiempo, destinarse también, por ejemplo, derechos que confieren las acciones de una compañía o bienes muebles; en suma, la facultad del fideicomiso en garantía es más amplia y permisiva en cuanto a los bienes que pueden ser afectados a respaldar las obligaciones.

**5.1.3.1.6. El fideicomiso en garantía admite una pluralidad de acreedores:** Una ventaja que puede ser útil para el deudor al momento de optar por qué tipo garantía constituir puede presentarse en el fideicomiso en garantía, en donde es posible constituir un fideicomiso en garantía que respalde múltiples obligaciones, sin óbice para que esta diversidad de obligaciones sea frente a una multiplicidad de acreedores. Situación que es distinta al tratarse de una hipoteca, en donde no existe la posibilidad de constituir una hipoteca para diversos acreedores, según lo anotado en temas anteriores, no existe la posibilidad de que en la misma hipoteca se prevean varios acreedores hipotecarios, anotando que es posible construir varias hipotecas sobre un bien inmueble, pero, no es posible, en razón del principio de indivisibilidad, que una hipoteca se constituya con un acreedor y posteriormente se adhieran otros acreedores.

Mientras que, dentro del fideicomiso en garantía es plenamente posible y válido que múltiples acreedores puedan ser parte de la relación contractual, puesto que, se estará a lo dispuesto en el contrato constitutivo, inclusive, puede, como se ha manifestado, celebrarse un fideicomiso en garantía en el que, inicialmente no exista acreedor alguno, sino que, en lo

posterior se adhieran; así, el fideicomiso puede asegurar diversas obligaciones, diversos bienes, sin excluir la posibilidad de que los acreedores puedan ser distintos entre sí.

Ventaja que puede ser útil para el deudor o constituyente cuando se trate de una gran masa de bienes o derechos que quieran ser destinados al fideicomiso en garantía, en el que, debido a las necesidades del fideicomitente, teniendo el patrimonio fiduciario la capacidad suficiente para asegurar múltiples obligaciones y sea necesario hacerlo frente a distintos acreedores, puede presentar una indudable diferencia y ventaja al momento de elegir una institución jurídica orientada a caucionar obligaciones.

**5.1.3.1.7. Actualización constante del avalúo de los bienes o derechos que conforman el patrimonio autónomo del fideicomiso en garantía:** Dentro del fideicomiso en garantía existe con frecuencia una determinación del valor actualizado sobre los bienes o derechos que son parte del patrimonio de propósito exclusivo, puesto que, suele incluirse cláusulas que establecen una determinación o avalúo periódico que debe realizar la fiduciaria a fin de mantener actualizado el valor, que por cierto, generalmente obedece a la realidad comercial. Mientras que, en la hipoteca, el avalúo se practica durante la ejecución, lo que no permite conocer con la misma certeza el valor del bien.

#### **5.1.3.2. Puntos a favor para optar por la hipoteca.**

**5.1.3.2.1. La ejecución en el fideicomiso en garantía con respecto a la libertad contractual y su posible omisión del debido proceso:** La ejecución simplificada del fideicomiso en garantía, si bien hemos dicho que esta característica se presenta como una gran ventaja, debido a que para su ejecución no es necesario el sometimiento a la vía judicial; sin

embargo, puede también ser una desventaja para las partes, en lo que respecta al debido proceso.

**5.1.3.2.2. Inexistencia aju de persecución o ius persecuendi en el fideicomiso en garantía:** El fideicomiso en garantía carece de la facultad de ejercer el derecho de persecución que la hipoteca sí otorga. Esto debido a que la hipoteca es un derecho real, lo que le permite al acreedor dirigir su acción directamente con respecto del bien sujeto al gravamen, aun cuando éste haya pasado a manos de otro propietario. Mientras que, en el fideicomiso en garantía no existe tal posibilidad, debido a que de esta modalidad de garantía no se derivan derechos reales, sino de tipo personal.

De esta forma, esta situación puede representar una desventaja para el acreedor, que si bien tiene la facultad de ejercer el derecho de ejecución sobre el bien para que se remate o le sea otorgado como dación en pago, este derecho lo puede ejercer únicamente mediante la acción personal en contra del fiduciario, pero no directamente a través de una acción real que sí le asiste a la hipoteca.

La desventaja puede recaer en el hecho de que dentro del fideicomiso en garantía, ante el incumplimiento de la obligación por parte del deudor o fideicomitente, la ejecución tendrá lugar de conformidad a las estipulaciones contractuales pactadas en el contrato constitutivo. Sin embargo, esta amplia flexibilidad para estructurar el fideicomiso en garantía y su ejecución, puede resultar una desventaja para las partes, debido a que no hay una exigencia legal de la forma en como se ha de proceder con la ejecución, si no están sujetas las partes a la libertad contractual.

Lo que eventualmente, puede derivar en la omisión de ciertos requerimientos como son la notificación a la contraparte, los términos en los que se ha de proceder con las diversas actuaciones de ejecución del fideicomiso en garantía pueden no constar dentro del contrato, además de otros aspectos que pudieren no haberse previsto, que, debido a la falta de una exigencia mínima que garantice el derecho de las partes.

Durante la ejecución del contrato de fideicomiso, si no se ha estipulado adecuadamente las consecuencias de la ejecución del mismo, pueden existir deficiencias, frente, por ejemplo, ante la alegación del deudor de haber pagado la deuda o haber hecho abonos parciales, o en definitiva, exista objeción por parte del deudor, ante la silente regulación a respecto, esto puede, evidentemente, configurarse en una desventaja significativa al momento de optar por el fideicomiso en garantía.

Sin embargo, estas posibles deficiencias en la ejecución del fideicomiso en garantía pueden ser corregidas, de hecho son enmendadas con una redacción adecuada del contrato constitutivo, en donde se prevén de forma pormenorizada sobre el alcance de las disposiciones del contrato fiduciario, en donde deben estar previstas situaciones como la verificación de requisitos mínimos para la ejecución, como el caso de la notificación a las partes, la petición de parte del fideicomisario al fiduciario para iniciar la ejecución, la posibilidad de deliberar sobre las objeciones que puede tener el deudor sobre, como se ha indicado, por ejemplo al haber realizado abonos parciales.

De este modo, creemos que debe establecerse en el ordenamiento jurídico los de requisitos mínimos que deben estar presentes al momento de la ejecución. Pero, sin llegar al punto de exigir una formalidad excesiva que coarte la flexibilidad del fideicomiso en garantía que al

mismo tiempo puede ser beneficioso, si no debe constar en la regulación normativa una serie de requisitos mínimos y básicos inherentes al debido proceso.

En conclusión, creemos que la solución no es impedir que el fideicomiso en garantía se desarrolle, sino debe regularse de mejor forma, estableciendo, como se ha sugerido en líneas anteriores, garantías mínimas que aseguren el cumplimiento efectivo del debido proceso en la ejecución del fideicomiso.

**5.1.3.2.3. El derecho real dentro de la hipoteca, frente a un derecho personal en el fideicomiso en garantía:** Al ser la hipoteca una modalidad de caución real, que tiene por propósito destinar o gravar un bien inmueble, estas garantías reales otorgan derechos reales al acreedor, lo que le permite perseguir a los bienes que se encuentren en poder de terceros, ejerciendo el derecho de *ius persecuendi*, para pagarse de manera preferencial con el producto del remate. Mientras que, el fideicomiso, en el caso de que se quieran iniciar acciones en contra de los bienes que conforman el patrimonio autónomo, de acuerdo a nuestra legislación, este derecho es de tipo personal, esto es, se lo ejerce en contra del fiduciario, no de los bienes del fideicomiso.

Por este motivo, la hipoteca presenta una variante distinta al fideicomiso, en lo que respecta al derecho que le confiere al acreedor en el caso de incumplimiento y la posibilidad de perseguir de forma directa el bien, en razón al derecho real que le otorga la hipoteca, mientras que, el derecho de fideicomiso otorga derechos personales.

**5.1.3.2.4. Los vehículos no pueden ser objeto del dominio fiduciario en el fideicomiso en garantía:** El fideicomiso en garantía ha experimentado ciertos cambios a raíz de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, considerando lo expuesto en párrafos anteriores, en donde se creía que el fideicomiso en garantía al momento de realizar su ejecución menoscababa el derecho de las partes al debido proceso, limitando la posibilidad de constituir un fideicomiso en garantía frente a los créditos de consumo.

Revisando los antecedentes, en dicho proyecto de ley, en el año 2013, que tuvo por objeto introducir una reforma en la Ley de Mercado de Valores, en el artículo 48 se determinaba: “Añádase a continuación del último inciso del artículo 122 el siguiente inciso: Queda prohibida la constitución de fideicomisos que garanticen operaciones crediticias otorgadas por las instituciones del sistema financiero” (Presidencia de la República del Ecuador, 2013) De este modo, se pretendía impedir de manera absoluta la posibilidad de constituir fideicomisos en garantía para respaldar obligaciones contraídas con las instituciones del sistema financiero en general.

Al entrar el citado proyecto de ley en primer debate, la Asamblea Nacional no modificó el alcance de esta disposición en cuanto a la posibilidad de instituir como beneficiario del fideicomiso mercantil en garantía a las instituciones del sistema financiero, sino introdujo, como hemos señalado, la obligatoriedad de registro de los fideicomisos en garantía en el Catastro Público del Mercado de Valores.

Sin embargo, fue la propia Función Ejecutiva quien en la objeción parcial a la Ley Orgánica para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil, eliminando la

restricción absoluta a la que hemos hecho mención, determinando que “Las instituciones del sistema financiero solamente podrán aceptar en calidad de beneficiarias en fideicomisos mercantiles en garantía que respalden las siguientes operaciones crediticias:

1. De vivienda de interés social;
2. Para el desarrollo de proyectos inmobiliarios;
3. Para el financiamiento de infraestructura, circunscritos a la formación bruta de capital fijo;
4. De inversión pública;
5. Créditos sindicados conjuntamente con banca pública o instituciones financieras multilaterales;
6. Con respaldo en los fondos de garantía crediticia; y,
7. Créditos productivos específicos que se puedan garantizar con fideicomisos mercantiles sobre inventarios de materia prima, de productos en proceso u otros bienes que determine la Junta Bancaria.

Las instituciones referidas no podrán aceptar la calidad de beneficiarios en fideicomisos mercantiles de garantía de operaciones de crédito de consumo, o de operaciones de crédito distintas a las detalladas en el inciso precedente.

Estos fideicomisos de garantía deberán inscribirse en el Registro del Mercado de Valores y la Junta Bancaria establecerá los límites y restricciones para considerar a estos fideicomisos como garantías adecuadas.

En ningún caso personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, incluyendo naturalmente a las instituciones del sistema financiero, podrán constituir fideicomisos mercantiles en garantía sobre vehículos.

Cualquier estipulación contractual cuyo objeto o efecto sea eludir o burlar el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo se entenderá no escrita” (Asamblea Nacional, 2017)

De acuerdo al marco regulatorio actual, se encuentra limitado el fideicomiso en garantía respecto a las instituciones del sistema financiero, si bien no en el grado en el que inicialmente se pretendía, que era limitar de forma absoluta el fideicomiso en garantía para ser empleado en el respaldo de obligaciones que se adquirieran con las instituciones del sistema financiero. (Echeverría, 2017)

De lo expuesto, el fideicomiso en garantía, tal como se encuentra regulado en la actualidad aun presenta desventajas, debido a que no es posible constituirlo para asegurar operaciones de crédito en masa o de consumo, ni tampoco se permite, bajo ningún concepto, destinar al patrimonio autónomo de propósito exclusivo vehículos para con ellos garantizar obligaciones, disposición que alcanza ya no únicamente a las instituciones del sistema financiero, sino que a todo tipo de fideicomisos en garantía, lo que ocasiona una desventaja considerable y una limitación de este tipo de negocio fiduciario.

#### **5.1.3.2.5. Pérdida de la posesión de los bienes destinados al fideicomiso en garantía:**

Si bien hemos señalado que constituye una ventaja para el acreedor que la administración del patrimonio fiduciario se encuentre a cargo de la fiduciaria, que es un ente especializado. Sin embargo, desde la otra arista, para el deudor o constituyente tal situación podría representar

una desventaja, toda vez que, el constituyente pierde la posesión del bien, lo que le imposibilita seguirse sirviendo de los bienes que pasarán a ser parte del dominio fiduciario.

Aspecto que podría suponer una desventaja para el deudor, al verse limitado su tráfico económico porque pierde la posesión del bien, situación que no sucede en la hipoteca, en donde el bien permanece dentro del patrimonio del acreedor, lo que le permite seguir obteniendo los frutos que se devenguen del bien gravado; así también, conservando su posesión. A pesar de esta desventaja, con frecuencia se suele estructurar dentro del contrato fiduciario un comodato precario para que la posesión se mantenga en una de las partes, pudiendo asignársele la administración y posesión del bien de la fiduciaria al fideicomitente o fideicomisario, según se estipule en el contrato.

**5.1.3.2.6. No exigibilidad del pago de honorarios por la administración de los bienes gravados a una parte contractual dentro de la hipoteca:** La estructura de la hipoteca consta únicamente de dos partes, el deudor y el acreedor hipotecario, de tal forma que, no se devengan honorarios que deben ser cubiertos como sí ocurre en el fideicomiso en garantía, en donde la gestión de la fiduciaria es onerosa, debiendo cubrirse un estipendio por la administración y gestión del patrimonio autónomo que se encuentra a su cargo.

## **CAPITULO IV:**

## **6. Conclusiones.**

De lo revisado en los capítulos anteriores, hemos visto que existen varias formas de garantizar el cumplimiento o caucionar las obligaciones, es precisamente dentro de este propósito que se ha desarrollado esta investigación. Al ser las garantías mecanismos que están orientadas a respaldar, mediante el destino o la sujeción de ciertos bienes a que ante la eventualidad de no cumplirse con la obligación en la forma o plazo previstos, puedan ser empleados los bienes gravados para la satisfacción del crédito.

En este sentido, existen diversas modalidades o instituciones jurídicas que tienen, de forma general este propósito. Es dentro de estas consideraciones que se ha planteado el tema de estudio que tiene por objeto realizar un estudio pormenorizado de las figuras jurídicas de la hipoteca y el fideicomiso en garantía, para determinar los puntos de encuentro o disenso que pueden tener lugar entre estas dos figuras jurídicas, encontrar hasta que punto incide o influye la una dentro de la otra, además de determinar las ventajas o desventajas de una u otra figura jurídica al momento de la toma de decisiones. De esta forma, habiéndose hecho una revisión minuciosa sobre el alcance de estas figuras jurídicas, es posible establecer las siguientes conclusiones.

Tanto la hipoteca como el fideicomiso son instituciones en las que se hallan presente ciertos elementos formales que han de cumplirse para que éstas tengan plena validez. Siendo por tanto necesaria la inscripción en la hipoteca por tratarse de bienes inmuebles.

Además, se ha encontrado que el principio de accesoriedad que se encuentra presente en la hipoteca es absoluto, mientras que en el fideicomiso en garantía este es distinto, pudiendo

subsistir de forma autónoma. Lo que podría representar una ventaja al momento de constituir un patrimonio fiduciario de forma previa a la adquisición obligaciones.

Así también, un gran punto de disenso que puede ayudar, en gran medida, a decidir si optar por una u otra figura jurídica radica en el hecho en que en el fideicomiso mercantil pueden ser objeto del gravamen una mayor diversidad de bienes con respecto a la hipoteca, puesto que, dentro del primero pueden hallarse comprendidos bienes muebles o inmuebles, corporales e incorporeales, que existen o se espera que existan; mientras que, al tratarse de hipoteca, según nuestra regulación legal, es posible únicamente constituir sobre bienes inmuebles, incluyendo las naves marítimas según lo revisado en el Código de Comercio.

De igual manera, se ha encontrado que el derecho de hipoteca otorga un derecho real, frente a un derecho personal que es en el que nos encontramos tratándose del fideicomiso en garantía. Lo que supone un punto de contraste importante en lo que se refiere al derecho sustantivo y procesal dentro de cada una de estas figuras jurídicas. Por un lado, dentro de la hipoteca otorga el *ius persecuendi*, por otro, el ejercicio de la acción se dirige contra el bien gravado; mientras que, en el fideicomiso en garantía se lo ejerce en contra del fiduciario.

Dentro del contrato de fideicomiso en garantía se encuentra presente una relación contractual tripartita, en donde se encuentra el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario, quienes son el deudor, un tercero encargado de llevar la gestión del contrato y el acreedor respectivamente. Mientras que, en la hipoteca, la relación contractual se configura esencialmente entre el acreedor y deudor. Aquella situación particular incide en la situación patrimonial de los bienes; siendo que, dentro de la hipoteca la condición dominical de los bienes objetos del contrato le pertenecen al patrimonio del deudor, mientras que, dentro del

fideicomiso se constituye una situación *sui generis* en donde se crea un patrimonio autónomo. De aquella premisa se deriva una situación también diferente, que conlleva a que la administración es diferente tratándose de una u otra figura jurídica; en la hipoteca la administración la lleva el propio deudor, mientras que en el fideicomiso le corresponde al fiduciario, quien debe llevar la gestión en función de las instrucciones detalladas en el contrato constitutivo.

En suma, tanto el fideicomiso mercantil en garantía como la hipoteca civil son formas de garantizar el cumplimiento de las obligaciones, ambas figuras jurídicas, y no solamente aquéllas, tienen el mismo propósito general de brindar seguridad. Sin embargo, como hemos expuesto, entre ambas existen puntos de encuentro y disenso que deberán ser consideradas al momento de optar por una u otra figura jurídica. Creemos, que, analizando estos puntos de incidencia o diferencia, nos permitirá elegir entre ambos contratos.

## **7. Recomendaciones**

El fideicomiso en garantía supone una forma, relativamente nueva dentro de nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, a diferencia de la hipoteca, que de acuerdo a los antecedentes expuestos, tienen una historia de muy larga data. Dicho esto, el fideicomiso puede presentar una gran ventaja al optar por el mismo, dada la flexibilidad de su estructura contractual.

Es por ello que, resulta necesaria una ampliación a la regulación normativa en cuanto al fideicomiso mercantil en garantía se refiere, de forma que puedan subsanar vacíos no contemplados, como el respeto al debido proceso durante la ejecución del mismo, como sí sucede en la hipoteca civil.

Pretendemos que con el análisis realizado en el presente trabajo investigativo, tomando en consideración los puntos de encuentro o disenso que pueden existir entre estas figuras jurídicas, pueda optarse adecuadamente por una u otra figura, al momento de la toma de decisiones.

## 8. Bibliografía.

**Cuenca, O. W.** (2011). *Los contratos de garantía*. Loja: Editorial Jurídica Andinagráfica.

**Eschiche, J.** (1931). *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Pavía: Librería de la Vda. de Ch. Bouret.

**De Diego, C.** (1941). *Instituciones del Derecho Civil Español*. Madrid: Librería General de Victoriano Suarez.

**Ramirez, R. C.** (2011). *Curso de Legislación Mercantil*. Loja: Indugraf - Industria Gráfica Amazonas.

**Cammarota, A.** (1942). *Tratado del Derecho Hipotecario*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores.

**Sánchez, R. F.** (1999). *Derecho Civil Español común y foral, parte especial, libro primero, derechos reales (derecho de la propiedad y sus modificaciones)*. Madrid: Estudio tipográfico Rivadeneyra.

**Palacio, P. G.** (1985). *Manual de Derecho Civil*. Lima: Talleres gráficos ojeda.

**RAE.** (2019). *Diccionario de la Real Academia Española*. Madrid: Real Academia Española.

**Léxico Oxford.** (11 de 3 de 2020). *Definición de carácter*. Obtenido de Lexico Oxford:

<https://www.lexico.com/es/definicion/caracter>

**Congreso de la Nación Argentina.** (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Boletín Oficial.

**Ternera, F.** (2006). *El concepto de derechos reales*. Bogotá: Redalyc.

**Cabanellas, G.** (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

**Asamblea Nacional.** (2019). *Ley de Federación de Abogados del Ecuador*. Quito: Registro Oficial.

- Martorell, E.** (1998). *Tratado de los contratos de empresa*. Buenos Aires: Ediciones Depalma .
- Cevallos, V.** (2005). *Contratos civiles y mercantiles*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Planiol y Ripert.** (1945). *Tratado práctico de derecho civil francés*. La Habana: Editorial Cultural Habana S.A.
- Rodriguez, A. S.** (2009). *Contratos Bancarios, su significación en América Latina*. Bogotá: Legis.
- Garrigues, J.** (1991). *Negocios fiduciarios en el negocio mercantil*. Madrid: Editorial Civitas.
- Asamblea Nacional.** (2019). *Código de Comercio*. Quito: Registro Oficial.
- Depalma, J. A.** (1993). *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Asamblea Nacional.** (2017). *Ley de Mercado de Valores*. Quito: Registro Oficial.
- Leal, H.** (1990). *Contratos Bancarios*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Consejo Nacional de Valores.** (2001). *Reglamento sobre Negocios Fiduciarios*. Quito: CNV.
- Rodríguez, J.** (1972). *Curso de Derecho Mercantil*. México: Editorial Porrúa S.A.
- Morales, F.** (2005). *Fundamentos de la actividad y los negocios bancarios*. Bogotá: Jurídica Radar Ediciones.
- Adame, Jorge. Heredia, Horacio.** (2017). *Estudios latinoamericanos de derecho romano*. México: UNAM Investigaciones Jurídicas.
- Morales, J.** (2013). *Clases de Derecho Romano*. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Definiciona.** (29 de 03 de 2020). *Definiciona; definición y etimología*. Obtenido de Pignorar: <https://definiciona.com/pignorar/>
- Asamblea Nacional.** (2011). *Ley de Propiedad Horizontal*. Quito: Registro Oficial.

- Peña, L.** (1975). *Derecho Civil, Derechos Reales*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Guevara, R.** (1990). *Derecho Registral*. Lima: Ediciones Fecat.
- Asamblea Nacional.** (2019). *Código Civil*. Quito: Talleres de la Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional.** (2017). *Código Orgánico Monetario y Financiero*. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional.** (2011). *Ley de Minería*. Quito: Registro Oficial.
- Villagorda, J. M.** (1982). *Doctrina general del fideicomiso*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Mavila, D.** (2010). *Garantías Crediticias*. Lima: UNMSM.
- Cabanellas, G.** (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliastra S.R.L.
- Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.** (2013). *Codificación de Resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera*. Quito : SCVS.
- Echeverría, D.** (2017). *Análisis de las reformas introducidas por la Ley Orgánica de Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil sobre el fideicomiso mercantil en garantía*. Quito: UASB.
- Presidencia de la República del Ecuador.** (2013). *Proyecto de Ley para el Fortalecimiento y Optimización del Sector Societario y Bursátil*. Quito: Presidencia de la República del Ecuador.
- Gallegos, J.** (2008). *Estudios sobre garantías personales y reales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Vallet, J.** (17 de 09 de 2020). *Las instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones*. Obtenido de Uniroja:  
<https://dialnet.uniroja.es/descarga/articulo/282152.pdf>
- Rozas, F.** (1982). Las solemnidades, . *Revista Chilena de Derecho ¿Son siempre requisitos de existencia de los actos jurídicos?*, 228.
- Vallejo, S.** (3 de 05 de 2020). *Jornadas de derecho urbano de Ecuador*. Obtenido de Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda:  
<https://www.habitatyvivienda.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/07/Mini-curso-nacional-1.pdf>
- Congreso Nacional.** (1980). *Ley de Registro*. Quito: Registro Oficial.
- Ferreyra, L.** (2009). *Actualidad Jurídica*. Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.
- Eguiguren, P.** (2009). *El fideicomiso mercantil privado como instrumento jurídico*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales.
- RAE.** (29 de 02 de 2020). *Diccionario del Español Jurídico*. Madrid: Real Academia de la Lengua Española. Obtenido de Real Academia Española:  
<https://dej.rae.es/lema/patrimonio>