



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**Derecho Real de prenda sin desplazamiento
dentro del Código Civil Ecuatoriano**

Autora:

Maria Victoria Villacis Villacis

Director:

Dr. Olmedo Piedra Andrade

Cuenca – Ecuador

2024

DEDICATORIA

- A mis padres Rosa y Santiago que con amor y dedicación formaron a una persona perseverante que le hace frente a las adversidades.
- A mi compañera de vida y hermana Katherine Urdiales por acompañarme durante estos años de universidad y traerme alegrías.
- A mi hermano Cesar por siempre creer en mí y ser mi cómplice a lo largo de mi vida.
- A mi abuela María por su gran trabajo como madre y abuela, perennemente pendiente del bienestar de toda la familia, siempre dispuesta a prestarnos su ayuda.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis padres por el tiempo y dinero empleado para hacer de mí una persona consciente y grata del entorno en el que se encuentra.

A Michael Reyes por escucharme y estar presente en momentos de crisis a lo largo de estos años universitarios y ser un gran compañero.

A mi tutor de tesis el Doctor Olmedo Piedra por transitar este camino con mi persona, por el tiempo invertido y la fe puesta en este trabajo.

RESUMEN

El Código Civil Ecuatoriano se ha visto limitado, en cuanto a las innovaciones en el tema de las obligaciones ha quedado relegado, en muchos casos a un segundo plano. Una de las figuras jurídicas que sufre este anacronismo es el derecho real de prenda como garantía del cumplimiento de las obligaciones. Esta figura no es estática y ha ido avanzando en la actualidad, tal es el caso de Chile, una legislación similar a la nuestra, regula una institución importante, la prenda sin desplazamiento, la cual dinamiza las relaciones particulares al dejar en manos del deudor el bien prendado.

Por tanto, resulta imperante realizar el cuestionamiento de cuáles son los motivos por los que no se ha incluido esta modalidad tan relevante desde el punto de vista en la dinámica de relaciones judiciales en la legislación civil ecuatoriana. Por lo expuesto, el presente trabajo se enfoca en analizar de manera objetiva la posibilidad de incorporar esta figura en la legislación civil ecuatoriana, realizando un examen comparativo de legislación y doctrina extranjera en las que se contempla dicha posibilidad. Finalmente, se concluye que es factible la incorporación de esta modalidad de prenda en Ecuador, ello omitiendo ciertos aspectos demasiado formalistas como la intervención de un notario; agregando un sistema de registro propio; y, estableciendo procedimientos más eficaces, como la ejecución, para el caso de incumplimiento de la obligación principal.

Palabras clave: prenda, garantía, Código Civil, Código de Comercio, prenda sin desplazamiento de dominio.

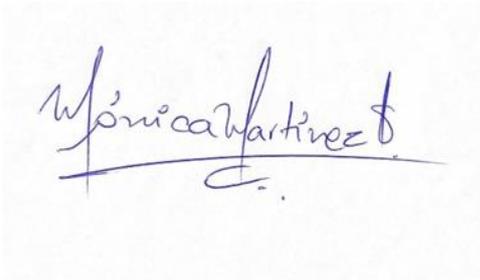
ABSTRACT

The Ecuadorian Civil Code has shown limitations in incorporating innovations, particularly in the area of obligations, often relegating them to secondary importance. One legal figure affected by this stagnation is the real right of pledge as a guarantee for the fulfillment of obligations. Unlike the static nature of Ecuadorian legislation, other systems, such as Chile's, have advanced by introducing the pledge without displacement. This modern approach allows the pledged asset to remain with the debtor, fostering more dynamic relationships.

This research critically examines why this significant modality has not been integrated into Ecuadorian civil legislation. It conducts a comparative analysis of foreign laws and doctrines where the pledge without displacement is recognized. The study concludes that incorporating this type of pledge into Ecuadorian civil law is both feasible and beneficial. Recommendations include simplifying overly formal requirements, such as notarial intervention, creating a dedicated registration system, and establishing more efficient enforcement procedures in cases of non-compliance with the primary obligation.

Keywords: pledge, guarantee, Civil Code, Commercial Code, pledge without transfer of ownership.

Approved by

A handwritten signature in blue ink that reads "Mónica Martínez Sojos" with a horizontal line underneath the name.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, Mgt.
Cod. 29598

ÍNDICE DE CONTENIDO

| | |
|--|------------|
| Resumen..... | iv |
| Abstract..... | v |
| Índice de Contenido | vii |
| Introducción | 1 |
| 1. Revisión bibliográfica | 3 |
| 2. Revisión en la legislación ecuatoriana..... | 10 |
| 2.1. Clasificación de la prenda en el Código de Comercio | 10 |
| 2.2. La prenda en el Código Civil Ecuatoriano..... | 12 |
| 2.3. Diferencias entre el derecho real de prenda sin desplazamiento del bien y la hipoteca | 14 |
| 3. Revisión de la normativa alrededor de Latinoamérica sobre la prenda sin desplazamiento de dominio..... | 17 |
| 3.1. Chile..... | 17 |
| 3.1.1. Cuerpo normativo en que se encuentra legislado la Prenda Sin Desplazamiento de Dominio..... | 17 |
| 3.1.2. Requisitos para la celebración del contrato de Prenda Sin Desplazamiento de Dominio | 20 |
| 3.1.3. Sobre que bienes puede recaer la Prenda Sin Desplazamiento..... | 21 |
| 3.2. Colombia..... | 23 |
| 3.2.1. Cuerpo normativo que se encuentra legislado la Prenda Sin Desplazamiento de Dominio | 23 |
| 3.2.2. Requisitos para la celebración del contrato de Prenda Sin Desplazamiento de Dominio | 24 |
| 3.2.3. Sobre que bienes puede recaer la Prenda Sin Desplazamiento..... | 24 |
| 3.3. Bolivia..... | 25 |
| 4. Análisis de la incorporación del derecho real de prenda sin desplazamiento a el Código Civil Ecuatoriano | 31 |
| 4.1. Requisitos para su incorporación a la legislación ecuatoriana | 31 |
| Conclusiones | 34 |
| Referencias..... | 36 |

INTRODUCCIÓN

Las garantías también denominadas técnicamente como formas de caución permiten conseguir más eficazmente el cumplimiento de las obligaciones, siendo estas un punto con incidencia en el ámbito socioeconómico de las personas. Estas llamadas garantías pueden ser reales cuando el deudor se compromete al cumplimiento de la obligación ofreciendo un bien claramente identificado que puede ser un bien mueble o inmueble propio o de un tercero (Lama More, 2020), para de esta forma efectivizar el crédito que se encuentre impago cuando la obligación se encuentre vencida. De igual forma las garantías pueden ser personales, las cuales para hacer efectivo el crédito no se necesita que un bien determinado se encuentre identificado, por lo que en caso de que hubiere incumplimiento el deudor responde con todo su patrimonio presente o futuro hasta el monto de la obligación. Dentro de las garantías personales más comunes podemos encontrar a la fianza, el aval y la garantía por firma, de igual forma dentro de las garantías reales las más comunes y principales que podemos encontrar es a la hipoteca y a la prenda.

El Código Civil Ecuatoriano se rodea de limitaciones, pues no se han realizado las actualizaciones correspondientes, viéndose directamente afectado entre otros, el derecho real de prenda, pues dentro del Código Civil Ecuatoriano se la ha mantenido como una figura caduca, ya que no da respuesta a las exigencias que la modernidad desatendiendo el hecho de que esta es una garantía fundamental que dinamiza la economía mediante el fácil acceso a créditos. El Derecho es dinámico, es decir está en constante cambio y debe adaptarse a las necesidades de la población, por lo que, en el caso del derecho real de prenda sin desplazamiento que no se encuentra incluido en nuestro Código y de alguna forma estaría imposibilitado, pues es necesaria la tradición de la cosa para que el contrato se perfeccione, si se encuentra dentro de otras legislaciones como la chilena. Por lo que resulta imperante realizar el cuestionamiento de el porqué de esta situación.

Mediante un estudio cualitativo se buscará evidenciar la necesidad de incorporar dentro del Código Civil Ecuatoriano la modalidad de prenda sin desplazamiento. Se buscará resaltar la importancia esta figura jurídica en la cotidianidad de las personas, también existe la necesidad de evidenciar la urgencia de actualización al Código Civil ecuatoriano mediante la exposición de los beneficios que ha traído esta actualización a otras legislaciones. Además de que se realizará un análisis de los puntos necesarios para la incorporación de esta modalidad de la prenda en la legislación ecuatoriana. En función de lo antes mencionado se realizará una revisión de literatura sobre el derecho real de

prenda sin desplazamiento, se describirá el cómo se encuentra legislado en el caso ecuatoriano el derecho real de prenda tanto en materia civil como mercantil. Además de que realizara un análisis de derecho comparado en la que se revisara el cómo se encuentra legislado en Chile, Colombia y Bolivia.

CAPÍTULO 1

1. REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA

Para abordar el tema que compete a profundidad inicialmente se hará una revisión de un concepto general de lo que se entiende por prenda, para de esta forma adquirir una noción de la misma. Es así que se entiende a la prenda o también conocida en el Derecho Romano como *pignus* mediante tres diferentes acepciones: como un contrato, como la cosa que se entrega en forma de garantía para el caso de incumplimiento de la obligación y como un derecho real.

La prenda como contrato se la entenderá como un contrato en virtud del cual el propietario (generalmente es el deudor, pero puede ser un tercero) entrega en garantía una cosa mueble al acreedor pignoraticio o a un tercero. De la misma forma este acreedor adquiere ciertas obligaciones como lo son la custodia de la cosa, si es que de alguna forma se ha causado daño a la cosa es necesario resarcir el daño (Iglesias, 2010).

Finalmente, se designa a la prenda como un derecho real que surge en el acreedor respecto de la cosa (prenda) como consecuencia del contrato de prenda celebrado (Avendaño Valdez, 1964). Los derechos reales han sido descritos bajo diversas teorías, una de ellas es la teoría clásica en la que lo define como esta relación directa de orden jurídico entre una persona y una cosa (Tenera Barrios & Mantilla Espinoza, 2006), sin embargo, esta concepción ha sido blanco de críticas, pues toda relación que surja de un derecho es entre personas, por lo que no puede existir como tal una relación entre una persona y una cosa. A partir de esta teoría han surgido una gama amplia de teorías como es la teoría compuesta la cual reconoce que el derecho real cuenta con dos elementos: dinámico y estático. El elemento dinámico se refiere a esta relación que únicamente surge de forma posterior a la vulneración de derecho que se le ocasione al propietario o usufructuario, lo que faculta a la persona que se ha visto afectada a acudir a la entidad de justicia correspondiente para hacer valer sus derechos. De la misma forma el elemento estático el cual se lo define como esta relación de hecho de la persona con la cosa (Tenera Barrios & Mantilla Espinoza, 2006).

El primer registro que se tiene sobre la prenda como un derecho real es en el campo de la protección pretoria (Iglesias, 2010), que era una forma de protección al acreedor cuando perturbaran su derecho o intentaban desposeerlo de la cosa por parte inclusive del propietario que estaba facultado. El pretor estaba facultado con el *imperium* (derivada del

verbo impero que significa mandar tomar las medidas necesarias) y *iurisdictio* (potestad pública para actuar de manera competente en el ámbito gubernamental, judicial y legislativa) (Morales Benítez, 2010). Dentro de la *iurisdictio* se podían distinguir diferentes grados y niveles que no contaban con una orden de prelación claro, pero podíamos encontrar los siguientes:

1. *Iurisdictio Universalis*: competencia que se le otorgaba a el Imperio Romano y la Iglesia Católica para juzgar y sancionar al autor de un delito sin importar el lugar en el que se cometió el delito y cualquiera que fuera la nacionalidad del infractor respetando el principio de territorialidad, pues estas normas serán aplicadas a la totalidad del pueblo romano (Jordà Fernández, 2017)
2. *Iurisdictio Generalis*: es la representación del poder político de manera temporal que tiene una comunidad con un núcleo cultural diferenciado.
3. *Iurisdictio specialis*: es esta competencia que se tenía en áreas locales o regionales (municipios y baronías) o las personales (gremios, cofradías, consulados comerciales, corporaciones, etc.). Todas ellas también se estructuraron como unidades orgánicas o universitarias (de Montagut & Ripoll, 2019).

La *pignus* contaba con dos modalidades, la una imprescindiblemente se debía entregar la cosa que se la conocía como *datio pignoris* y la segunda no era necesario la entrega de la cosa que se la conocía como *conventio pignoris*. La *datio pignoris* no suponía ni la posesión civil ni la transferencia de dominio, únicamente estaba ligada a este desplazamiento de la tenencia de la cosa. Posteriormente hubo una necesidad de realizar una diferenciación entre estas dos, por lo que se la fraccionó, por lo que ahora como garantía en bienes inmuebles tenemos a la hipoteca y para garantía en bienes muebles esta la prenda, siendo esta la forma en la que se encuentra legislada en el Código Civil Ecuatoriano (Galiano & Delgado, 2018).

En el Edicto del pretor, que era fuente jurídica en el cuadro de la formación del Derecho Romano a finales de República se proporcionó una acción a favor del deudor (FUENTESECA, 1969), la cual se nombró como *actio pignoratitia*, por la cual una vez cumplida la obligación la cosa dada en garantía debía ser restituida al deudor prendario. Bajo esta situación el acreedor se encontraba en una condición que no le favorecía, pues no podía disponer de la cosa prendada ni con su uso, ya que solo estaba facultado con la

tenencia de la misma. Es así que para la constitución de la *pignus* surgieron varias cláusulas especiales para aplacar esta situación como lo son (González, 1981):

Clausula 1. *Pactum lex commissoria*: En su génesis la *lex commissoria* surge como una *lex dixta* (leyes que se promulgaban en busca de regular y dar solución a una problemática en específico) en el negocio fiduciario que es una figura anterior a la *pignus*, la cual era una cláusula añadida por el acreedor fiduciario unilateralmente. Posterior al origen de la *pignus* esta cláusula se continuó aplicando para constituir una compraventa como una prenda, pues su aplicación resultaba ideal ante el incumplimiento del deudor. En el caso de la venta esta cláusula actuaba como pacto resolutorio por el cual, si es que no se ha pagado su importe, entonces se entenderá como no comprado, en cuanto a la prenda esta actúa como una garantía de que se va a subsanar la obligación vencida en beneficio del acreedor, para el cual ante esta insatisfacción del crédito le faculta al acreedor a obtener la propiedad de la cosa de forma inmediata o haciendo uso del mecanismo de justicia pertinente. Como garantía el pacto comisorio en el caso de la fiducia era considerado como elemento esencial, sin embargo, en la *pignus datum* como en la *conventum* la *lex commissoria* este se lo mantuvo como un elemento accidental. Con el paso del tiempo el uso de esta cláusula dio inicio a ciertas situaciones desfavorables que llevó a que el Emperador Constantino establezca su abolición, pues bajo el uso del pacto comisorio se llevaron a cabo actos para cubrir intereses ilegales respecto del valor real de la deuda sobre su excedente. Asimismo, se dio lugar a críticas, pues se consideró que se estaba desvirtuando la naturaleza de la prenda con la inclusión de esta cláusula distorsionándola en una compraventa con fines de garantía en las que la cuantía del crédito es mayor a la del bien prendado (Zamora Manzano, 2007).

Clausula 2. *Pactum de distrahendo*: este pacto también llamado *ius vendendi* le faculta al acreedor prendario a vender la cosa objeto de garantía para de este modo cubrir de modo directo, rápido y eficiente la obligación vencida, es decir el crédito. La *pignus* en el Derecho Romano clásico únicamente le facultaba al acreedor con el derecho de retener la cosa, pero bajo la inclusión de esta cláusula se le permitía al acreedor obtener el *ius vendendi* (facultad de vender la cosa prendada), por lo que se consideraba como elemento accidental. No obstante, con el pasar del tiempo esta cláusula se transformó en un elemento esencial para la constitución de la prenda en la que le permitía al acreedor realiza la venta siempre y cuando no se haya pactado lo contrario, pero de igual forma

esta situación acabaría transformándose, pues se ha llegado a un punto el cual si bien el acreedor a pactado no vender se puede realizar la venta (Delgado Bueno, 2013).

Clausula 3. *Antichresis*: la anticresis proviene del griego *antichresis* que significa contra uso. Para algunos doctrinarios era considerada como una especie de prenda sobre bienes inmuebles o muebles, la cual consistía en que mientras no se saldase el monto de la obligación el acreedor estaba facultado al usar y disfrutar de la cosa objeto de garantía, beneficiándose de los frutos que se genere, pero esto podría constituirse en una desventaja, pues puede suceder que los frutos que se generen no sean suficientes para cubrir el valor adeudado. El acreedor que se haya disfrutado o de alguna forma se ha beneficiado de la cosa prendada tiene la obligación de entregárselo al propietario o deducirlo del monto que se dio por la cosa que se encontraba prendada (Salvat, 1932).

A lo largo de los años el derecho real de prenda se ha ido transformando adaptándose a las necesidades de las épocas, es así que han ido generando diversas modalidades de prenda como la prenda irregular la cual recae sobre dinero o sobre una cosa fungible que le permite al acreedor imputar la deuda de manera directa sobre lo que se recibió como objeto de garantía. De igual forma existe una prenda que se puede constituir sobre títulos valores en la cual salvo disposición en contrario en los estatutos de la compañía podrán ser objeto de garantía acciones o participaciones (Tejero Díez, 2020).

Es así que se ha podido identificar que dentro de las diferentes legislaciones existe una modalidad para la prenda (se desarrollará detalladamente posteriormente), concretamente en la chilena que se la conoce como la prenda sin desplazamiento legislada en la ley N° 20.190 desde el Art.14 que surgió con la finalidad de tener un mejor acceso al crédito enfocada al crecimiento y competitividad de las pequeñas y medianas industrias (Guzmán Brito, 2010). Esta modalidad de la prenda pretende ser garantía sobre una o varias cosas corporales o incorporales muebles, para caucionar obligaciones propias o de terceros permitiéndole al deudor obligado conservar la tenencia y uso de la cosa.

De igual forma tenemos a la misma modalidad dentro de la legislación colombiana, la cual se la conoce como prenda sin apoderamiento del acreedor regulada bajo la ley N° 1676 dentro de la cual se menciona que será susceptible de prenda todos los bienes con excepción de las que excluye las garantías mobiliarias (León-Robayo & González-Umbarila, 2022). A diferencia de las dos legislaciones antes mencionadas en la

legislación boliviana se encuentra dentro de su Código Civil la prenda sin desplazamiento en la que manda que para su oponibilidad es necesario que se encuentre registrado (Flores Miriam, 2019).

En el caso de la legislación ecuatoriana la prenda se considera como un derecho real accesorio de garantía que generalmente supone una venta forzosa en el caso de que no se haya cumplido con la obligación contraída (Alcívar Tóala & Díaz Rodríguez, 2019). Dentro del Código Civil Ecuatoriano se menciona que la prenda se perfecciona con la entrega de la cosa mueble, asimismo en Código de Comercio reconoce cuatro tipos de prenda: ordinaria, especial de comercio, aeronáutica y agrícola industrial (Villacís, 2016). Sin embargo, no se reconoce al derecho real de prenda sin desplazamiento.

Como ya se ha mencionado en la prenda sin desplazamiento no se da la entrega material de la cosa, por lo que genera el cuestionamiento de como el acreedor adquiere la posesión, de esta forma para adquirirla lo que se realiza es una tradición jurídica de la posesión la cual se materializará mediante el contrato de prenda (Telles Galvao, 1954). El hecho de que el obligado conserve en su poder la cosa podría generar ciertos problemas, pues como no existe como tal un registro en el cual se pueda verificar el estado de la cosa, lo cual puede inducir a errores a las personas por el desconocimiento del hecho.

La prenda al ser una forma de caución generalmente es accesorio por lo que busca es prestar seguridad a una obligación propia o de otra persona, de esta forma no puede subsistir por si sola, pues se encuentra ligada a la obligación principal. Sin embargo, cuando en el caso de que se trate de asegurar obligaciones a futuro, es así que en este caso en específico queda sin efecto la accesoriedad de la prenda.

Existen condiciones que deben estar presentes para que de esta forma la prenda se pueda constituir, la primera es que se realice la entrega de la cosa a un tercero o al acreedor para la existencia del derecho real de prenda, sin embargo, esta condición con la normativa moderna que se ha desarrollado deja de ser necesario, pues se ha admitido ciertos casos en lo que no es necesaria la entrega al acreedor o a un tercero. Es así que existe el caso de prenda de frutos pendientes (prenda sin desposesión del deudor) en la que doctrina ha tenido discrepancia pues se alega que probablemente se trate de una hipoteca sobre bienes muebles y no como tal una prenda. Este tipo de prenda en la que el deudor conserva en su poder el bien objeto del gravamen inicialmente se dio a conocer

en el Derecho Romano, para posteriormente ser acogido en el derecho francés y en el derecho anglosajón.

La segunda condición es que solo podrá constituir prenda el propietario de la cosa que se pretende preñar, por lo que resultaría equivoco pensar que un contrato de prenda de cosa ajena pudiera realizarse. Sin embargo, bajo el principio de posesión de buena fe la cual crea presunción de propiedad, pero el propietario puede reivindicar la cosa (Salvat, 1932), además de que cuenta dos derechos adicionales que son: la entrega de una nueva prenda que sea del mismo valor que tuvo la cosa que fue afectada, caso contrario se podrá exigir el cumplimiento de la obligación en ese instante, aunque todavía exista plazo para el cumplimiento de la misma. La tercera condición que los contratantes tengan capacidad que se requiere para enajenarla y capacidad de contratar podrá recibir la cosa que se está preñando.

Dentro del contrato de prenda existen elementos necesarios para su constitución entre estos están los elementos personales que son:

- El acreedor prendario que es la persona a favor de quien se constituye el contrato de prenda.
- El deudor prendario la cual es la persona que entrega la cosa en garantía para el cumplimiento de una obligación.
- El tercero constituyente siendo esta la persona que sin ser quien se obligó inicialmente entrega una cosa de su propiedad para que de esta forma se pueda garantizar una obligación de un tercero (Cortés & Mathison Bártoli, 1990).

Además de los elementos personales existen los elementos reales los cuales en la prenda tradicional podrán estar sujeto a contrato cualquier cosa mueble, sin embargo, cabe la existencia de una modalidad de la prenda la cual de manera especial podrán ser objeto del contrato únicamente los bienes que expresamente la ley lo permite.

Existen ocasiones en las que el deudor ha contraído diversas obligaciones que no pueden quedar impagas, por lo que los acreedores están en pleno derecho de exigir el cumplimiento de su derecho mediante una ejecución forzada. No obstante, bajo esta situación surge el cuestionamiento de que si existen varios acreedores cual será el orden de prelación que se utilizará. En el caso de la prenda al ser un derecho real tiene carácter

privilegiado por lo que el acreedor prendario será el primer sujeto que se le cancelará la deuda. Dentro del Art. 2304 del Código Civil Ecuatoriano le faculta al deudor contraer varias obligaciones prendarias sobre un mismo bien, sin embargo, esto puede ocasionar que todas las deudas que se han adquirido no puedan ser cubiertas con ese bien, por lo que lo primero que se intentará cubrir será los costos e intereses.

CAPÍTULO 2

2. REVISIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

2.1. Clasificación de la prenda en el Código de Comercio

En el Código de Comercio reconoce tres tipos de prenda (prenda aeronáutica, ordinaria y agrícola e industrial) que tienen en común ciertas particularidades como es el hecho de que necesariamente deben celebrarse por escrito y constar las firmas correspondientes, pues de no ser de esta forma no podrá surtir efectos jurídicos a terceros. A diferencia de la prenda civil en el caso mercantil ambas partes (acreedor y deudor) reciben un beneficio económico como los intereses o dividendos que se devengan de acciones o créditos (Aristizábal & Peña Vélez, 2018). En el caso del acreedor generalmente se consigna el pago referente a los intereses que se generan por si solo y los intereses que se generan en el caso de que el deudor se encuentra en mora.

Además de la mención anterior existen otros criterios por los cuales se puede diferenciar a la prenda civil y mercantil como el factor subjetivo, por consiguiente, si es que la prenda se constituye a favor de una persona natural o jurídica, la cual no está dentro de su giro de explotación se entiende de que se trata de una prenda civil. Por el contrario, si es que se constituye una prenda a favor de una empresa, la cual su giro ordinario sea el otorgamiento de créditos concediendo en garantía una prenda se tratará siempre de una prenda mercantil (Silvia Jimenez et al., 2007). Otro criterio por el cual se puede diferenciar es por el aspecto objetivo, es decir las cosas que por la naturaleza de los mismos son considerados mercantiles como lo es la prenda sobre títulos valores (acciones de una empresa, el cheque, pagare, letra de cambio, etc.).

Dentro del Art. 624 hasta el Art. 636 del Código de Comercio se encuentra debidamente identificado la prenda comercial ordinaria que se encuentra dentro de las garantías reales. Podrán ser objeto de prenda comercial ordinaria los bienes títulos valores, tales como acciones, cédulas hipotecarias, entre otros (Garzón, 2011). La cosa que ha sido sujeto de garantía debe estar bajo la tenencia del acreedor prendario o de un tercero al cual se lo designado por ambas partes.

En cuanto a la prenda agrícola, e industrial estas formas contractuales surgen a partir de los inconvenientes que se presentaban por el hecho de que no se encontraba en posesión del deudor ciertos bienes muebles necesarios para la producción y trabajo, por

lo que paulatinamente las fuentes de producción de riqueza fueron disminuyendo, lo cual reduce la capacidad del deudor de hacer frente a las obligaciones que ha contraído generando inconvenientes.

En el caso de la prenda agrícola e industrial se encuentra debidamente identificado dentro de los artículos 637 hasta el Art.660 del Código de Comercio tiene ciertas particularidades, pues por ejemplo el hecho de que únicamente se puede constituir sobre bienes que están debidamente identificados dentro del Art. 639 en el caso de que se tratara de prenda agrícola los cuales son los siguientes:

- a) Animales y sus aumentos;
- b) Frutos de toda clase, pendientes o cosechados
- c) Productos forestales y de industrias agrícolas
- d) Maquinarias y aperos de agricultura.

En el caso de que se trate una prenda industrial se encuentra dentro del Art. 641 y podrá constituirse en los siguientes bienes:

- a) Maquinarias industriales
- b) Instalaciones de explotación industrial
- c) Herramientas y utensilios industriales
- d) Elementos de trabajo industrial de cualquier clase
- e) Animales destinados al servicio de cualquier industria
- f) Productos que hayan sido transformados industrialmente

El Art. 643 manda la necesidad de publicidad de estas clases de prenda en las instituciones correspondientes, es así que la prenda industrial se deberá inscribir en el Registro de Prenda Industrial, con relación a la prenda agrícola la inscripción se llevará a cabo en el Registro de Prenda Agrícola. Esta necesidad en primera instancia se deriva del hecho de que no será ni válida (conforme al ordenamiento jurídico con respecto a lo material como en lo formal), ni eficaz (susceptibles de producir los efectos jurídicos deseados). Además de constituir como una solemnidad, la publicidad daría cumplimiento al principio de publicidad registral que puede ser: material positivo que se entiende como la presunción de veracidad que tiene la cosa inscrita; material negativo que se presta especial protección a los que se encuentra inscritos de tal forma que no sean afectados

por lo que no están inscritos; formal por el cual le permite a un tercero conocer sobre las inscripciones que se realizaron (Ortiz Fernández, 2021). Cuando se da cumplimiento a la publicidad trae beneficios tanto para el titular de la cosa inscrita, ya que le permite delimitar tanto su derecho u obligación; asimismo le permite a un tercero conocer el verdadero estado del bien amparando su patrimonio, de igual forma para poder prestarle protección al acreedor y este pueda ejercitar su derecho de persecución es necesario este registro.

En el caso de la prenda aeronáutica de comercio se encuentra regulada dentro de los artículos 1273 hasta el Art.1280 el cual cuenta con ciertas particularidades como el hecho de que se debe realizar una inscripción en el registro aeronáutico nacional para que pueda tener validez jurídica, además de que la tenencia y la posesión la podrá conservar el deudor. Dentro de Art.1274 se encuentra plenamente identificado bajo cuales cosas podrá constituirse esta prenda, las cuales serán las siguientes: repuestos, hélices, partes, motores y sobre aeronaves.

En el caso de la prenda en el área comercial inicialmente se le permite que le tenencia de la cosa la conserve el deudor, sin embargo, al estar plenamente identificado sobre cuales bienes se puede garantizar lo resta la posibilidad de constituirse sobre otros bienes, lo que limitan al derecho

2.2. La prenda en el Código Civil Ecuatoriano

Dentro del Civil Ecuatoriano se reconoce a la prenda como un contrato el cual en su Art. 2288 manda que es necesario la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del contrato, siendo esta una solemnidad real. Al ser reconocido como un contrato las partes contratantes (acreedor y deudor) adquieren ciertos derechos y obligaciones. Unas de las obligaciones que adquiere el acreedor serán la guardia y custodia de la prenda, pues si es que surgiera el caso en el que la cosa sufriera algún tipo de deterioro este respondería por el mismo, además de que si es que ya se ha cumplido con la obligación este deberá restituir la prenda. Sin embargo, puede ocurrir el caso en que deudor prendario tuviera otros créditos pendientes con el mismo acreedor, en este caso el Código Civil Ecuatoriano manda en su Art. 2303 que el acreedor está facultado con el derecho a retener la prenda si es que cumple con los siguientes requisitos:

1. Que sean ciertos y líquidos;

2. Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda; y,

3. Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior.

Otro derecho fundamental con el que cuenta el acreedor es que una vez que el deudor se encuentre en mora, es decir no ha cumplido con su obligación en el plazo que se determinó el acreedor tendrá la posibilidad con el fin de que se subsane esta situación que se realice una subasta pública, siendo esta un modo de extinción de la prenda. Además de este modo de extinción de la prenda existen otros como el cumplimiento de la obligación, de igual forma los que se encuentran dentro del Art.2308 que serán los siguientes:

- Destrucción completa de la cosa empeñada
- La propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor por cualquier título.
- En virtud de una condición resolutoria (extinción de la eficacia de un acto jurídico), se pierde el dominio que el que dio la cosa en prenda tenía sobre ella, la cual para que tenga pleno efecto jurídico deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad

De la misma manera el deudor además de su obligación principal que es el pago íntegro del crédito adquiere otras obligaciones que no se encuentran dentro de la normativa son las siguientes: entregar el bien al acreedor que será objeto de garantía de la obligación y la prohibición de enajenar el bien mientras la obligación no se haya extinguido.

Una de las características más importantes que tiene la prenda es su indivisibilidad, la cual se encuentra reconocida en el Art.2307, consiste en que si no se satisface la totalidad de la deuda no se puede levantar el gravamen que recae sobre la cosa en que incurre la garantía (Aristizábal & Peña Vélez, 2018). Finalmente, otra característica por la que se puede identificar a la prenda civil es su gratuidad que se encuentra dentro del Art.1497, consiste en que únicamente el acreedor pignoraticio recibirá beneficios de la relación jurídica que se ha constituido, además no se podrá considerar a título gratuito si es que falta el *animus donandi* que es conocimiento y voluntad que debe tener tanto el donante y el donatario (LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, 2015).

2.3. Diferencias entre el derecho real de prenda sin desplazamiento del bien y la hipoteca

En el caso del derecho real de prenda sin desplazamiento del bien la doctrina ha discrepado, pues se alega que probablemente se trate de una hipoteca sobre bienes muebles y no como tal una prenda, pues existen efectivamente elementos similares como el hecho de que la tenencia del objeto de garantía se encuentra en manos del deudor y su carácter indivisible. Por lo que bajo esta situación cabe realizar una revisión de los elementos necesarios para la constitución de ambas figuras jurídicas.

En el Art. 2309 de Código Civil Ecuatoriano define la hipoteca como: un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor. En base a este Art. Se deduce que de igual forma la prenda es un derecho real, por el cual una persona grava un bien como garantía del cumplimiento de una obligación, además de que generalmente tiene carácter accesorio, sin embargo, la principal diferencia que se presenta es que el gravamen ya no recae sobre bienes muebles sino sobre bienes inmuebles. No obstante, existe la figura jurídica de hipoteca mobiliaria que recae sobre ciertos bienes muebles específicos, que, aunque no se encuentre dentro de la legislación ecuatoriana por el principio del derecho privado en el cual se puede realizar todo excepto lo que está expresamente prohibido podría aplicarse, por lo que el hecho de que la hipoteca sea solo para bienes inmuebles no es un factor suficiente para diferenciarlo del derecho real de prenda. La definición que presenta el Código Civil resulta insuficiente, pues no cuenta con los elementos necesarios para dar una idea clara de lo que es la hipoteca, además manda que es un derecho de prenda, lo que es incorrecto pues, aunque en su origen fueron tomadas como equivalentes actualmente son dos figuras jurídicas independientes.

Somarriva Undurraga define a la hipoteca como "el derecho real que recae sobre un inmueble que, permaneciendo en poder del constituyente, da derecho al acreedor para perseguirlo de manos de quien se encuentre y de pagarse preferentemente del producto de la subasta"(F. de la Puente et al., 2014). A partir de esta definición se puede identificar ciertos elementos de la hipoteca como lo son su derecho de persecución que es esta facultad que tiene el acreedor para ejercitar su derecho ante el órgano correspondiente para recuperarlo cuando una persona sin derecho ni autorización toma la cosa objeto de garantía de la obligación. El Art. 2372 del Código Civil manda que las causales de

preferencia serán: el privilegio que podrán ser de primera, segunda (aquí es donde se encuentra la prenda) y cuarta clase; y la hipoteca. El orden de pago se lo hará conforme se lo ha anunciado anteriormente. Conforme el principio de especialidad, por el cual se rige esta garantía, se determina respecto de, que cosa ejercerá su derecho el acreedor. Al tener determinado sobre qué bien recae la obligación puede suceder que el deudor prendario de mala fe con el fin de no cumplir con su obligación realice transmisiones patrimoniales (Garrido, 1998). Por esta razón se le confiere preferencia en la cobranza al acreedor hipotecario en el caso de que hubiera otras deudas por cobrar para de esta forma garantizar la solvencia de su crédito.

El contrato de prenda sin desplazamiento el deudor prendario podrá conservar la tenencia de la cosa prendada, por el cual se puede garantiza cualquier tipo de obligación. En caso de incumplimiento de la obligación se podrá proceder al embargo de la cosa prendada, pero mientras el deudor se no encuentre en un estado de incumplimiento o en mora no se puede solicitar el embargo.

El factor más relevante que puede diferenciar estas dos garantías (prenda e hipoteca) es la posesión que se la entiende en términos generales como el estado de hecho en virtud del cual una persona tiene una cosa en su poder (Jarrillo, 2008). A lo largo de los años han surgido diversas teorías que han tratado de explicar en qué consiste la posesión, una de ellas es la teoría subjetiva de Karl von Svingny y otra de ellas es la teoría objetiva de Rudolf von Ihering (De Reina Tartiére, 2014). Svingny divide a la posesión en dos categorías una formal en la que se describe los derechos que son necesarios para que se pueda considerar como tal y un material que se basa en las condiciones que el Derecho Romano las ha considerado necesarias para su existencia.

En el ámbito formal únicamente en la posesión uno de sus derechos será poder usar los interdictos posesorios, es un procedimiento en el cual se puede proteger su derecho de posesión cuando se interfiere en la posesión pacífica, pues surgen situaciones que la llegan a perturbar. Asimismo, adquiere el derecho a la usucapión que es una institución jurídica mediante la cual una persona adquiere la propiedad de un derecho real cuando ha trascurrido cierto periodo de tiempo en posesión. En el ámbito material dio luz a 2 elementos que toda persona debe tener para que sea considerado poseedor que son: el corpus que es la tenencia corporal de la cosa y el animus que es la intención, voluntad o ánimo de poseer la cosa para que le pertenezca (Villamañán Ruiz, 2020).

Ihering formula una teoría bajo la cual el factor determinante para identificar si se trata verdaderamente de posesión será la causa, es decir que se debe conocer bajo que condiciones se adquirió el corpus y para es esto se debe examinar el fondo de la situación jurídica. Además de que hace una critica a la teoría subjetiva pues señala que en corpus siempre estará presente el elemento volitivo, solo basta que vaya dirigido a ejercer control para que sea considerado posesión, por lo que no es necesario que exista esta intención de adquirir la propiedad.

En ocasiones la posesión es confundida con los derechos de propiedad y tenencia, por lo que cabe mencionar que son derechos diferentes y con efectos jurídicos distintos. En cuanto a la tenencia el sujeto tenedor conoce y reconoce que la propiedad del bien que esta en sus manos la ostenta otra persona, con respecto a la posesión además de ostentar en sus manos la cosa tiene el ánimo señor y dueño (voluntad de tener la cosa para sí mismo de forma exclusiva). Con respecto a la propiedad es el derecho más amplio de los tres, pues al sujeto titular de la cosa esta jurídicamente legitimado a ejercer dominio total de la cosa, es decir este podrá poseer, usar y disponer la cosa.

Ahora bien, en el caso de la hipoteca que se constituye sobre bienes inmuebles que en un principio no se obtiene ni la posesión ni la propiedad de la cosa, lo que se adquiere es un derecho especial que se hace efectivo al momento en el que la obligación ha vencido y no se le ha pagado, a diferencia de la prenda que el acreedor a pesar de que no se le da una entrega física o poder material siempre adquiere posesión de la cosa (Telles Galvao, 1954). Para diferenciar en el caso de la hipoteca mobiliaria que se da sobre ciertos bienes muebles con la prenda sin desplazamiento de dominio es la entrega de la cosa, pues en el caso de la prenda el acreedor continuo en uso de la cosa, a diferencia de la hipoteca por la cual al acreedor se le debe entregar el bien objeto de garantía (Varsi & Torres, 2019).

CAPÍTULO 3

3. REVISIÓN DE LA NORMATIVA ALREDEDOR DE LATINOAMÉRICA SOBRE LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE DOMINIO

3.1. Chile

3.1.1. Cuerpo normativo en que se encuentra legislado la Prenda Sin Desplazamiento de Dominio

El denominado contrato de prenda sin desplazamiento se encuentra legislado en la ley N° 20.190 en el Art.14 que fue expedido en el 2007, además de ser aplicadas las disposiciones contenidas en el Código Civil de manera subsidiaria. Es así que en la ley N° 20.190 no cuenta con una definición de lo que se entiende por prenda, por esta razón es que cabe remitirnos al Código Civil de Chile en su Art.2384 en la que manda que la prenda es un contrato, además de que en virtud del mismo código en su Art.1438 para definir al contrato equívocamente lo toma como equivalente a la convención.

En un campo tan amplio como el Derecho no hay uniformidad en cuanto a opiniones, es así que un sector de la doctrina considera que el elemento diferenciador entre contrato y convención es que, aunque ambas figuras jurídicas se traten de acuerdos de voluntades la convención es el género y el contrato es la especie. Por lo tanto, a convención se la entiende como un acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés por el cual se podrá crear, modificar o una relación jurídica, por consiguiente, se lo entiende como todo acuerdo que tiene una finalidad, que no necesariamente genera obligaciones, a diferencia del contrato que es este acuerdo de voluntades que está llamado a generar obligaciones (Carvajal R, 2007). Por lo antes mencionado se puede concluir que todo contrato será una convención, sien embargo no toda convención es un contrato.

Sin embargo, existe otro sector de la doctrina que no comparten esta posición y consideran que los contratos no están únicamente llamados a la creación de obligaciones, los cuales son considerados como contratos constitutivos, sino que cabe la existencia de otro tipo de contratos como los extintivos que como su nombre lo menciona están llamados a extinguir las obligaciones. De igual forma caben los contratos modificatorios que están llamados a enmendar ciertos errores que se hubieren producido de buena fe que se hubiera estipulado en el contrato (De la Puente, 2003).

Por lo antes mencionado cabe el cuestionamiento de si es que ambas figuras (contrato y convención) son acuerdos de voluntades llamados a la creación, modificación y extinción de derechos cual es el elemento que los diferencia. Es así que el punto de acción de la convención comprende todas las relaciones jurídicas que no se encuentren en el campo de las obligaciones, es decir que no tenga incidencia en las obligaciones como es el estado civil de las personas, pues será el contrato la figura encaminada a actuar en el campo de las obligaciones.

Ahora bien, se puede afirmar que contrato y convención no son lo mismo, por lo que el hecho de que en el Código Civil de Chile lo reconoce como equivalentes es un craso error. Este problema también se presenta en el Código Civil del Ecuador, pues en el Art.1454 al definir al contrato lo toma como semejante a la convención. La legislación ecuatoriana tiene como base el Derecho Romano al igual que Chile, por esta razón es que hay ciertas instituciones jurídicas similares, además que para la construcción del Código Civil de Ecuador tomo como referencia al Código Civil de Andrés Bello. Sin embargo, el cometimiento de este error de manera similar es lo que lleva a concluir que no se trata solamente de una referencia sino de una réplica. Esta situación permite identificar problemas más profundos, pues las realidades económicas de los países de Latinoamérica están fluctuando constantemente por cuestiones como la devaluación de la moneda, por lo que las necesidades o problemas que se reflejan van a ser distintos. Por esta razón en el caso ecuatoriano es imperante realizar las actualizaciones correspondientes para que se adapten a las necesidades del pueblo ecuatoriano y no caiga en desuso total el derecho real de prenda.

Dentro del Art. 19 en su Art. primero manda que esta modalidad de contrato tiene como finalidad constituir garantía sobre bienes tanto corporales como incorporeales que deben ser muebles y le presta la posibilidad de que la persona que constituye conservar la facultad del uso del bien y su tenencia. Esta facultad le da amplias posibilidades al deudor prendario, pues este sujeto continúa beneficiándose económicamente del bien y al contar con la tenencia del bien le permite constituir en garantía sobre un mismo bien varias obligaciones prendarias. Esta posibilidad no contraviene la ley, es mas se encuentra expresamente permitido en su apartado 19 en su Art.16 pues mientras no se encuentre expresamente prohibido la constitución de dos o más prendas sobre un mismo bien el deudor prendario podrá hacer uso de su derecho.

De la misma forma el orden de prelación para el pago de las obligaciones contraídas puede ser un problema, sin embargo, el Código ha previsto esta situación y manda que el orden del pago se hará conforme consten las fechas de inscripción en el Registro de Prendas Sin Desplazamiento. No obstante, no es el único cuestionamiento que surge, pues al no existir un límite en cuanto a las obligaciones que se contraen bajo un mismo bien pueden constituirse innumerables contratos de prenda, lo que puede ocasionar un sobre endeudamiento; es decir que ni con todo el patrimonio del deudor podrá cubrir la deuda, por lo que bajo este punto no cumpliría con la finalidad para la cual fue legislada, además de que atentaría contra la seguridad jurídica cuando las deudas quedan impagas.

Como se ha indicado anteriormente puede ocurrir que el deudor prendario incumple con su obligación, por lo que el acreedor podrá perseguir el pago de la obligación mediante el órgano judicial. En el Art.29 manda que para el cobro de la obligación caucionada se lo hará mediante las reglas del juicio ejecutivo legislado en el Código de Procedimiento Civil de Chile, por el cual en su Art.435 manda que para que se pueda desarrollar el proceso mediante trámite ejecutivo tiene que reunir ciertas condiciones. La primera condición de la cual se derivan la demás será que la obligación debe constar en un documento escrito, además de que para el cobro de dinero el monto de la obligación debe ser liquido o liquidable mediante una operación aritmética, de plazo vencido (no se ha pagado el monto adeudado en el plazo que se señaló) y actualmente exigible.

Sin embargo, cabe el cuestionamiento si en el contexto ecuatoriano cuando se ha incumplido una obligación prendaria podría realizar mediante tramite ejecutivo. En el Código Orgánico General de Procesos en su Art. 348 manda que para que surja un procedimiento ejecutivo es necesario que la obligación sea: clara, pura, determinada y actualmente exigible.

El COGEP ha venido arrastrando diversas críticas, es en el Art. 348 que se refleja una de ellas, pues al referirse al procedimiento que es el estudio de las formas que deben revestir los actos jurídicos y el orden de emplazamiento de estos dentro del proceso. en realidad, se está refiriendo al trámite que es el camino que se tiene que seguir, compuesto por la serie de actos que se deben seguir en cada caso de forma específica y particular que corresponde al asunto para obtener una resolución válida.

Es así que en el COGEP manda que para que se desarrolle un trámite ejecutivo una de las condiciones de procedibilidad es que la obligación a cumplir sea pura, es decir que

no esté sujeto a una condición para el cumplimiento de la misma por lo que es suficiente en si misma (Arévalo, 2018). En el caso de la prenda siempre se lo concibe como un contrato accesorio que sigue la suerte de lo principal, siendo esta una de las características principales pues surgen para prestarle seguridad a los créditos, por esta razón no puede subsistir por sí solo, requiere para su existencia de otra entidad jurídica, que sin la el contrato principal llevaría a la extinción de la prenda, siendo esta una de las causales para la terminación del contrato, así manda el Art. 1458 del Código Civil. Al ser la prenda una forma de caución no se lo puede considerar como una obligación pura, por lo tanto, no se podría tramitar un proceso prendario por la vía ejecutiva en el caso ecuatoriano, pues estaría en contra de unos de los requisitos de procedibilidad.

3.1.2. Requisitos para la celebración del contrato de Prenda Sin Desplazamiento de Dominio

El contrato de prenda sin desplazamiento es de carácter solemne, es decir que tiene que cumplir con ciertas formalidades para que se pueda constituir válidamente y sea oponible a terceros. En el Art. dos del apartado 14 de la Ley número 261427 de Chile manda que es necesario para su celebración que el contrato se deba instrumentar, mediante escritura pública o por instrumento privado, los cuales se consideran como solemnidades externas. En el caso de que la partes desearan realizar mediante instrumento privado las firmas de los concurrentes deber ser autorizadas y protocolizadas por un notario.

Aunque no se lo mencione como una solemnidad será necesario que el notario envíe la documentación del contrato al Servicio de Registro Civil e Identificación, el cual llevara a cabo la inscripción en el Registro de Prendas Sin Desplazamiento. En el Art.24 del apartado 14 manda que en el caso de que no se registre no afectará la validez del contrato, pero si acarreará consecuencias el notario como el hecho de que si ocasionara algún tipo de daño este deberá hacerse responsable, además de la sanción disciplinaria que le corresponderá.

En el contrato de Prenda Sin Desplazamiento en el apartado 14 Art. 3 manda que debe estar compuesto por ciertos elementos considerados como solemnidades internas o forzosas:

- 1) La individualización de sus otorgantes: puede existir el caso de existencia de un homónimo en uno de los otorgantes, por esta razón es fundamental la

individualización de los mimos, que son ciertas circunstancias que lo caracterizan a una persona como lo son: el estado civil, domicilio, nacionalidad, número de cédula, etc. Los que son considerados como otorgantes serán el acreedor prendario y el deudor prendario, sin embargo, puede ser el caso de que se esté garantizando la obligación de un tercero, por lo que debe identificarse al dueño de la cosa prendada.

- 2) La indicación de las obligaciones caucionadas/convenir como garantía general: cuando los contratantes especifican sobre que obligación recae la prenda se considera como garantía especial sin necesidad de que denomina como tal, sin embargo, si es que se requiere que la prenda sea garantía general es necesario que se lo especifique dentro del contrato, de lo contrario no tendrá validez
- 3) La individualización de las cosas empeñadas: acto por el cual se describe la cosa prendada de tal modo que no queda duda o deje a la ambigüedad u oscuridad de la identidad de la cosa, para lo cual se puede aludir ciertas características como son el tamaño, la marca, el modelo, etc.
- 4) La suma a la que se limita la prenda o la porción en que debe caucionar diversas obligaciones: es necesario identificar la suma de dinero por la cual la cosa esta siendo prendada independiente de la cantidad de obligaciones que se asuman por la misma cosa (Guzmán Brito, 2009).

3.1.3. Sobre que bienes puede recaer la Prenda Sin Desplazamiento

En el Art.1 y 5 del apartado 14 de la Ley número 261427 de Chile manda sobre que bienes podrán ser objeto el contrato de prenda sin desplazamiento los cuales serán: cosas corporales o incorporales muebles presentes o futuras. Las cosas corporales muebles serán entendidas como las que, si realizar ningún tipo de alteración en su esencia pueden ser trasladados de un lugar a otro, en relación a las cosas incorporales su distinción no se ve relacionada con su capacidad o no de movimiento, por lo que estos bienes están comprendidos por todos los derechos de crédito. En el caso de los bienes presentes se caracteriza por el hecho de que al momento de la celebración del contrato las cosas tienen existencia real, a diferencia de los bienes futuros que en el momento de la celebración no hay una existencia real de la cosa, pero se espera que en un futuro llegue a existir (Ponce,

2003). En el caso de los bienes futuros ya sean corporales o incorporales llega a ser válido y se adquirirá derecho de prenda en el momento en que los bienes existen, así manda el Art. nueve del apartado 14.

En el Art. 6 del mismo apartado indica ciertos derechos que pueden ser prendados como son el derecho de concesión de obra pública, portuaria, de construcción y explotación del subsuelo, onerosa de sobre bienes fiscales, de servicios sanitarios, de recintos o instalaciones deportivas; en su numeral octavo abre la posibilidad de preñar todo tipo de concesión que expresamente se manifieste como permitida dentro de la ley que lo regule. Las concesiones consisten en entregarle a un privado sectores que están a cargo del estado como son la construcción se los entrega a un privado que por su estabilidad económica o conocimientos puede hacerse cargo, sin embargo, la estabilidad económica se pone en duda cuando se celebran este tipo de contratos, pues no está demostrando la liquidez económica que le corresponde.

De igual forma el Art. 7 permite la prenda sobre créditos nominativos que puede ser tanto civil como mercantil. En el caso de la prenda civil es necesario que se encuentre expresamente permitido, además de que es responsabilidad del acreedor notifique al deudor. La prenda mercantil en el caso de que no se requiera que se endose es ineludible que se mencione en el contrato, asimismo el acreedor esta llamado a notificar al deudor. Sobre el crédito que se prenda puede ser de dinero, un cuerpo cierto, cantidad fungible que no es dinero o una especie mueble (Guzmán Brito, 2011).

La regulación actual de esta modalidad contractual, aunque se presenta como adecuada en términos legislativos y establece un sistema de registro propio, enfrenta ciertos desafíos que limitan su efectividad práctica. Entre estos desafíos, destaca la exigencia de diversas solemnidades para que la celebración del contrato sea válida y oponible a terceros. Esta formalidad, no obstante, necesaria para garantizar la seguridad jurídica. Uno de los aspectos más relevantes relacionado a esta problemática es el costo asociado a la intervención de un notario, que resulta fundamental para la constitución del contrato. Cuando este costo supera el monto de la obligación a garantizar, se convierte en un desincentivo significativo para los pequeños y medianos empresarios. Esto contradice el objetivo inicial de la normativa, que busca facilitar el acceso al crédito para impulsar el crecimiento y la competitividad de las pequeñas y medianas industrias. La falta de opciones más costosas puede llevar a que muchas empresas se vean privadas de oportunidades de financiamiento que podrían ser cruciales.

Además, la posibilidad de que un mismo bien sirva como garantía para múltiples obligaciones introduzca un nivel de inseguridad considerable en el ámbito del crédito. Esta práctica, si bien puede ofrecer flexibilidad a los deudores, también puede desembocar en situaciones de sobreendeudamiento. La ausencia de un límite claro respecto al monto que se puede caucionar con un mismo activo puede generar incertidumbre tanto para los deudores como los acreedores. Es fundamental que el marco normativo se reevalúe para encontrar un balance entre la protección jurídica y la agilidad en el acceso al crédito. Se podrían considerar alternativas que simplifiquen los procesos, como la implementación de mecanismos de registro más accesibles y eficientes o la posibilidad de reducir los costos notariales. De esta manera, se podría avanzar hacia un sistema que no solo mantenga la seguridad jurídica necesaria, sino que también facilite el acceso al financiamiento, contribuyendo efectivamente al desarrollo económico de las pequeñas y medianas industrias.

3.2. Colombia

3.2.1. Cuerpo normativo que se encuentra legislado la Prenda Sin Desplazamiento de Dominio

Dentro de la Ley 1676 de 2013 se encuentra legislado todo con respecto a la prenda sin apoderamiento del deudor que es el equivalente a la prenda sin desplazamiento en el contexto chileno. Anterior a la vigencia de la ley antes mencionada en el Código de Comercio se encontraba legislada la denominada prenda sin tenencia del acreedor, sin embargo, surgió la necesidad de reformar pues en el contexto económico ameritaba. Dentro de la ley que se encuentra legislado este tipo de contrato en Colombia, así como en doctrina y en las diferentes legislaciones no cuentan con una definición respecto de la prenda sin apoderamiento, sin embargo, existen elementos que coinciden y que son necesarios para su celebración y son los siguientes (León-Robayo & González-Umbarila, 2022):

1. El deudor prendario garantiza su obligación para con el acreedor sobre el cumplimiento de la obligación principal.

2. Derecho real accesorio sobre bienes muebles, el cual le faculta al acreedor prendario su derecho de persecución y de preferencia.
3. El deudor prendario conserva la tenencia el cual le da la posibilidad de seguir en uso del bien, por lo que puede seguir beneficiándose económicamente del bien y así cumplir de manera ágil y eficaz la obligación que se contrajo.

3.2.2. Requisitos para la celebración del contrato de Prenda Sin Desplazamiento de Dominio

Bajo el Art. nueve de la Ley 1676 de 2013 manda que una garantía mobiliaria se constituye mediante un contrato entre el acreedor y deudor, en el caso de que el deudor no sea propietario del bien dado en garantía el contrato se lo hará entre el acreedor y el garante. En el Art.14 en relación al contenido del contrato deberá constar:

1. Individualización de los otorgantes: nombres e identificación de los contratantes.
2. Firmas de los contantes
3. La individualización de las cosas empeñadas: una descripción por la cual se pueda identificar los bienes dados en garantía.
4. La suma a la que se limita el contrato: el monto de la obligación.
5. Identificación de la clase de obligación que se está garantizando.

3.2.3. Sobre que bienes puede recaer la Prenda Sin Desplazamiento

En el Art.4 de la Ley 1676 de 2013 manda que este contrato se celebra bajo cualquier bien mueble, salvo los que la ley o el orden público expresamente lo han prohibido, lo que da amplias posibilidades para garantizar obligaciones. Conjuntamente, en el Art. 2 cual será el ámbito de aplicación de la norma, manda que es indiferente la naturaleza de la obligación pues esta modalidad de prenda será aplicable para bienes muebles y mercantiles, es decir que es aplicable tanto en materia civil como mercantil, lo que posibilita un amplio acceso al crédito. Tanto en la legislación chilena como en la colombiana admiten la posibilidad de constituir en garantía varias obligaciones sobre un mismo bien, es así como lo manda el Art. 3.

Como se ha mencionado anteriormente, permitir que un mismo bien sea objeto de prenda para múltiples obligaciones presenta riesgos. En el contexto colombiano, la situación se complica debido a la falta de un sistema de registro específico para este tipo de prenda. El artículo 11 de la normativa solo hace referencia a un registro especial aplicable a bienes que, por su naturaleza, deben estar registrados, pero no aborda adecuadamente la problemática de los bienes muebles. Esta carencia de un registro propio para las prendas mobiliarias contraviene el principio de publicidad, que busca revelar la situación jurídica de los bienes de una persona. La falta de transparencia sobre el estado de un bien puede afectar gravemente la seguridad jurídica de terceros interesados, quienes podrían desconocer que un activo está ya comprometido como garantía de otras obligaciones. Esta situación es especialmente problemática, ya que puede llevar a un sobreendeudamiento del deudor prendario, quien podría encontrarse incapaz de cumplir con sus diversas obligaciones.

En contraste, los bienes inmuebles cuentan con un Registro Público de Propiedad, que ofrece un sistema claro y accesible para registrar derechos y gravámenes. Esta diferencia plantea interrogantes sobre por qué los bienes muebles no disponen de un sistema similar. Si bien se podría argumentar que el valor de los bienes muebles no justifica la creación de un registro propio, esta percepción es limitada. Existen, de hecho, bienes muebles de alto valor, como joyas, vehículos de lujo y obras de arte, que podrían requerir una atención especial en términos de registro y garantía. La falta de un registro adecuado para los bienes muebles no solo desincentiva su uso como garantías en contratos de crédito, sino que también pone en riesgo la estabilidad financiera de los deudores y la seguridad de los acreedores. Es fundamental reconsiderar la necesidad de establecer un sistema de registro específico para prendas sobre bienes muebles que no solo proteja los derechos de los acreedores, sino que también fomente un entorno más seguro y accesible para el financiamiento en el sector empresarial. Esto podría contribuir de manera significativa al desarrollo económico y la competitividad de las pequeñas y medianas industrias en Colombia.

3.3. Bolivia

En el contexto legal de Bolivia, la prenda sin desplazamiento presenta una particularidad en comparación con los regímenes de Chile y Colombia. En Bolivia, esta modalidad de prenda está legislada tanto en el Código Civil como en el Código de

Comercio, lo que crea un marco normativo dual que puede resultar confuso en términos de aplicación práctica. El Artículo 1417 del Código Civil boliviano establece que las disposiciones descritas en los artículos subsecuentes son aplicables específicamente a la prenda agrícola, hotelera e industrial. Esto implica que el legislador ha reconocido la importancia de regular esta modalidad de prenda en sectores que son fundamentales para la economía del país, adaptando las normativas a las características particulares de cada tipo de bien.

Esta doble regulación en el Código Civil y el Código de Comercio permite a las partes involucradas en contratos de prenda sin desplazamiento contar con un marco legal que aborda tanto las cuestiones civiles como comerciales. Sin embargo, esta particularidad también puede llevar a interpretaciones diversas y a la necesidad de una clara delineación entre las disposiciones aplicables en cada contexto. En la sección 2.1. se enumeró las clases de prenda que se encuentran en el Código de Comercio de Ecuador que en esencia son las mismas que se describen en el Código Civil de Bolivia, salvo ciertas particularidades. Como primera singularidad es que se adhiere la prenda hotelera que no se encuentra legislado en el caso ecuatoriano, la cual recae sobre menaje (vajillas, cubiertos y cristalería), muebles y material de su explotación. Además de lo antes descrito no se hacen consideraciones especiales sobre la prenda hotelera, por lo que se rige por las reglas generales de la prenda sin desplazamiento.

Existen varias diferencias significativas entre las legislaciones de Bolivia y Ecuador en relación con la prenda sin desplazamiento. En el caso de Ecuador, el Código de Comercio no especifica las clases de obligaciones (hacer, no hacer, dar) pueden ser garantizadas mediante esta modalidad de prenda, únicamente se especifica sobre los objetos en lo que recae la prenda. Esto contrasta con la legislación boliviana, que, a través de su Código Civil, establece que la prenda solo puede constituirse para garantizar préstamos dinerarios destinados al desarrollo de cada rubro económico en el área agrícola, ganadero, hotelero o industrial. Esta limitación en Bolivia proporciona un marco más claro sobre el alcance de la prenda, enfocándose en las necesidades del ámbito financiero.

Otra diferencia importante es que, en Bolivia, solo el propietario del bien puede constituir una prenda sobre él. Esta disposición garantiza que únicamente aquellos que tienen derechos plenos sobre el bien puedan ofrecerlo como garantía. En cambio, la legislación ecuatoriana no aborda específicamente esta cuestión en su Código de Comercio, lo que podría dar lugar a interpretaciones más flexibles. De hecho, el Código

Civil ecuatoriano permite, según lo dispuesto en el Art. 2290, la constitución de un contrato de prenda sobre bienes de los que la persona no es propietaria. Esta posibilidad plantea un escenario diferente, en el que la garantía puede ser ofrecida incluso por quienes no poseen el bien. Asimismo, en el contexto del contrato de prenda, Ecuador permite que este se constituya mediante documento privado o escritura pública. En contraste, la legislación boliviana requiere que la prenda se formalice exclusivamente a través de un documento público. Esta diferencia en los requisitos formales puede influir en la práctica comercial, ya que el acceso a la formalización de la prenda puede ser más ágil en Ecuador, mientras que Bolivia impone una carga adicional al requerir un documento público.

Las particularidades mencionadas anteriormente no afectan la naturaleza fundamental de la prenda sin desplazamiento, que se mantiene consistente tanto en el contexto de Bolivia como en el de Ecuador. A pesar de las diferencias en la regulación y los requisitos formales, la esencia de esta modalidad de prenda se conserva en ambos países. Sin embargo, en el caso de Bolivia, se observa que la regulación de la prenda agrícola, hotelera e industrial presenta ciertas deficiencias en su ubicación y clasificación. Según el criterio objetivo que distingue entre el derecho mercantil y el civil, los contratos de prenda deben basarse en objetos que sean típicamente mercantiles. Esto significa que los bienes sujetos a prenda deben ser aquellos necesarios para la ejecución de actividades económicas, tales como la producción, la prestación de servicios y el intercambio comercial.

En este sentido, la inclusión de la prenda agrícola, hotelera e industrial en el Código Civil boliviano podría resultar inapropiada, ya que estos bienes, al ser utilizados en el contexto de actividades comerciales, deberían estar claramente regulados dentro del ámbito mercantil. Una correcta ubicación normativa permitiría no solo una mejor comprensión de la prenda, sino también una mayor protección y seguridad jurídica para las partes involucradas en estos contratos. En conclusión, aunque la naturaleza de la prenda sin desplazamiento se mantenga similar en ambos países, es fundamental que la legislación boliviana se revise para alinear su marco normativo con las características intrínsecas de los bienes que se utilizan en actividades comerciales, garantizando así un tratamiento adecuado y efectivo de la prenda en el contexto mercantil.

Como se mencionó anteriormente la prenda sin desplazamiento también se encuentra legislado en el Código de Comercio en el capítulo cuarto sección tres. En la sección primera en la que contiene las generalidades de la prenda mercantil, en el Art.

878 manda que se debe constituir sobre bienes muebles los cuales garantizan una operación mercantil. De manera similar a lo que ocurre en el ámbito del derecho civil, la constitución de la prenda mercantil requiere la formalización a través de un instrumento público. Esta exigencia asegura la validez y la seguridad jurídica de la operación, dado que la prenda es un derecho real que otorga al acreedor una garantía sobre un bien específico del deudor.

Además de su constitución, es imprescindible que la prenda mercantil sea inscrita en el Registro de Comercio. Esta inscripción no solo permite la oponibilidad de la prenda frente a terceros, sino que también proporciona transparencia en las relaciones comerciales. Sin embargo, hay que tener en cuenta que existen casos excepcionales en los que, debido a la naturaleza específica del bien en cuestión, el registro debe realizarse en un registro especial. Estas excepciones garantizan que los derechos de las partes involucradas se respeten y se adapten a las particularidades de ciertos bienes.

De acuerdo con lo establecido en el Art. 897, la cancelación de la inscripción en los registros correspondientes solo puede llevarse a cabo bajo ciertas condiciones específicas. En primer lugar, esta cancelación puede ser el resultado de un acuerdo mutuo entre las partes involucradas. Alternativamente, también puede proceder mediante una orden judicial que así lo disponga, asegurando así que se respeten los derechos y las obligaciones de ambas partes.

Asimismo, se contempla la posibilidad de que la cancelación opere de pleno derecho, es decir, sin necesidad de intervención adicional, una vez que han transcurrido cinco años desde la fecha de registro de la prenda, siempre y cuando las partes no hayan concurrido para renovar el plazo de inscripción. Esta disposición busca ofrecer un mecanismo de seguridad jurídica, garantizando que las inscripciones en los registros no permanezcan indefinidamente sin la debida actualización o renovación por parte de las partes interesadas.

De acuerdo con el Artículo 888, el contrato de prenda mercantil debe cumplir con ciertas especificaciones esenciales para su validez y eficacia. En primer lugar, tanto el deudor como el acreedor deben ser individualizados de manera clara y precisa. Esto incluye la inclusión de la razón social en el caso de que alguna de las partes sea una empresa, garantizando así la correcta identificación de los involucrados en el contrato. Conjuntamente el contrato debe contener información detallada sobre la operación, esto

incluye la fecha en que se celebra el contrato, la naturaleza de la obligación garantizada, el tipo de intereses aplicables, la fecha de vencimiento y las condiciones de pago. Todo esto proporciona un marco claro que facilita el entendimiento de las obligaciones asumidas.

Otro aspecto crucial es la individualización del bien objeto de la prenda. Se debe detallar la descripción del bien, así como especificar el lugar de depósito, que puede ser en manos del deudor, del acreedor o de un tercero. Esta información debe ser incluida, ya que define dónde se encuentra el bien y bajo qué condiciones se resguardará durante la vigencia del contrato. En virtud el Art. 895, es posible garantizar obligaciones futuras a través de la prenda. Esto implica que el contrato no solo puede asegurar deudas existentes, sino también compromisos que las partes puedan asumir en el futuro, lo que amplía la flexibilidad y utilidad de este mecanismo de garantía en el ámbito mercantil.

Como se ha evidenciado, tanto el Código Civil como el Código de Comercio de Bolivia legislan sobre la prenda, pero es importante destacar que en el contexto específico de la prenda sin desplazamiento se está regulando la prenda de naturaleza mercantil. Esto sugiere que su inclusión en el Código Civil no es adecuada, dado que las características y propósitos de esta modalidad se alinean más estrechamente con el ámbito comercial.

El Código Civil se centra en establecer pautas sobre los objetos que pueden ser objeto de prenda y limita su aplicación a la garantía de préstamos dinerarios. Por el contrario, la prenda mercantil abarca bienes que son típicamente comerciales, lo que la distingue de las regulaciones civiles. Esta diferenciación es crucial, ya que resalta la naturaleza específica y el contexto en el que opera la prenda sin desplazamiento. En consecuencia, se considera que la constitución de esta modalidad de prenda en el ámbito civil carece de validez, ya que no está correctamente legislada en este marco. La regulación adecuada de la prenda mercantil se encuentra exclusivamente en el Código de Comercio, donde se establece un marco normativo que responde a las particularidades de las relaciones comerciales y a las necesidades de los actores del mercado.

Sin embargo, bajo el principio de Derecho Privado, que establece que se puede hacer todo lo que no esté expresamente prohibido por la ley, es posible aplicar este marco a las relaciones contractuales de prenda. En este sentido, tanto el acreedor como el deudor asumirán, bajo su propio riesgo, las cláusulas que regirán el contrato de prenda. Es

fundamental que estas cláusulas incluyan disposiciones que aseguren el cumplimiento de las obligaciones asumidas por ambas partes. En caso de incumplimiento por cualquiera de las partes, es crucial que exista un medio adecuado para exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Esto garantiza que ninguna de las partes quede en un estado de indefensión, ya que la falta de respaldo legal específico no debe llevar a la desprotección de sus derechos. En este contexto, el contrato se convierte en una ley para las partes involucradas, estableciendo un marco claro que regula sus relaciones y obligaciones. De esta manera, aunque la prenda sin desplazamiento se encuentre en un terreno de interpretación y aplicación, el principio de autonomía de la voluntad permite a las partes acordar condiciones que reflejen sus intenciones y protejan sus intereses, siempre dentro del marco legal permitido. En última instancia, es este contrato el que definirá los derechos y deberes de cada parte, ofreciendo un mecanismo de seguridad en sus relaciones comerciales.

CAPÍTULO 4

4. ANÁLISIS DE LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO REAL DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO A EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO

4.1. Requisitos para su incorporación a la legislación ecuatoriana

A través de un análisis comparativo de las legislaciones de Colombia, Chile y Bolivia, se pueden identificar ciertas características comunes en el régimen del contrato de prenda. En primer lugar, destaca que la naturaleza de la obligación es independiente, lo que permite que el objeto de garantía sea variable. Así, la prenda puede recaer sobre una amplia gama de bienes, incluyendo cosas corporales e incorpóreas, muebles presentes o futuros, derechos relacionados con concesiones de obra pública, portuarias, así como derechos de construcción y explotación del subsuelo. En virtud de las legislaciones revisadas no se establece una diferenciación clara entre la prenda civil y la mercantil, ya que el ámbito de aplicación es común en ambas materias. Sin embargo, es importante señalar que existen considerables bienes mercantiles, que se definen como cualquier cosa que forme parte de un negocio comercial, ya sea material o inmaterial como lo son la maquinaria, edificios, patentes, marcas y licencias. Esta distinción se vuelve crucial, ya que los bienes que pueden estar sujetos al derecho real de prenda sin desplazamiento de dominio son exclusivamente bienes muebles y derechos que no estén asociados al rubro económico de un comerciante o que sean considerables mercantiles, como las acciones o participaciones.

De acuerdo con el principio del derecho privado, que establece que se puede hacer todo lo que no está expresamente prohibido, las partes gozan de una amplia libertad para celebrar contratos según su voluntad. Esto fomenta un entorno de flexibilidad y autonomía en las relaciones contractuales. Sin embargo, en el caso específico de esta modalidad de la prenda, es esencial que el contrato se formalice por escrito debido a sus características particulares, como el hecho de que el deudor conserva la tenencia del bien objeto de la garantía. Esta situación puede generar incertidumbre y riesgos si no existe una constancia documental que respalde el acuerdo. La existencia de un contrato escrito no solo asegura que ambas partes tengan un entendimiento común de sus derechos y obligaciones, sino que también refuerza la seguridad jurídica en la transacción. En caso de disputas, la documentación servirá como prueba tangible del acuerdo, lo que facilita

la resolución de conflictos y protege los intereses de ambos lados. Además, al incluir en el contrato detalles específicos, como la descripción del bien, el monto de la obligación garantizada y las condiciones de ejecución, se minimizan las ambigüedades y se establece un marco claro para el cumplimiento. Esto genera mayor confianza entre las partes, ya que cada una tiene acceso a una referencia objetiva de lo pactado. Por lo que la formalización escrita se convierte en un requisito fundamental, ya que proporciona un registro claro y verificable de las condiciones pactadas entre las partes.

En cuanto al registro de la prenda tanto en Bolivia y Colombia se hace mención en relación a este registro, sin embargo, no existe un sistema claro y propio para el mismo. No obstante, en Chile cuenta con el Registro de Prendas Sin Desplazamiento con el que se cumple con el principio de publicidad, siendo un sistema de registro más riguroso, pues se tiene que cumplir varias formalidades. Ahora bien, para la constitución de este contrato el registro es necesario, por lo que bajo un mismo bien se puede caucionar varias obligaciones. Sin embargo, el sistema no puede ser tan riguroso pues le resta practicidad, ni tan escueto pues genera problemas de seguridad jurídica. Por esta razón resulta conveniente que se cree un sistema de registro propio para la prenda civil como es en el caso de la prenda industrial y agrícola, los cuales se llevan a cabo su registro en el Registro de Prenda Industrial y Agrícola respectivamente en las oficinas del Registro Mercantil. Las publicaciones se llevarán a cabo dando cumplimiento al principio de publicidad, sin la necesidad de la intervención de un notario.

En el caso de que no se cumpliera la obligación el acreedor prendario podrá ejercer acciones legales, por lo que debe demandar el cumplimiento del contrato mediante trámite ejecutivo, así lo dispone tanto en Chile como Colombia. En Ecuador en el Código Orgánico General de Procesos en su Art. 348 manda que para que surja un procedimiento ejecutivo es necesario que la obligación sea: clara, pura, determinada y actualmente exigible. Sin embargo, una característica principal del contrato de prenda es que es accesorio, pues surge para garantizar otra obligación, por lo que por naturaleza misma de la prenda en ningún sentido podrá ser una obligación pura. Por lo que bajo este precepto la prenda no podría constituirse como una obligación pura, pues es de carácter accesorio, por lo que no puede constituirse como un procedimiento ejecutivo.

Si es que se ciñe al COGEP en el Art. 363 manda cuáles serán los títulos de ejecución, en la enumeración que se realiza en el numeral 4 se encuentra la prenda. En virtud del cual coloca al acreedor prendario en una situación ventajosa, pues en

comparación al trámite ejecutivo los plazos que se dan para lo oposición son cortos, además de que el objeto de la litis se debe ceñir únicamente al control del cumplimiento del título de ejecución, por lo que no se discutirá si la obligación es clara, pura, determinada y actualmente exigible. El deudor únicamente se puede oponer al mandamiento de ejecución en termino de 5 días por causas especificadas en el Art. 373 del Código Orgánico General de Procesos que son: pago o dación en pago, transacción, compensación, novación, perdida o destrucción de la cosa debida, confusión o remisión; de igual forma este podrá pronunciarse con respecto de una fórmula de pago, cabe mencionar que en ninguno de los dos casos se suspende la ejecución.

El procedimiento de ejecución inicia con una solicitud por parte del accionante, la cual debe contener la identificación de las partes, fundamento de hecho y de derecho, anuncio de prueba. En virtud de esta solicitud el juez debe verificar que cuenten con todos los elementos requeridos, posterior a esto se designará un perito liquidador para conocer el valor al que asciende la deuda. El perito debe generar un informe y en base al mismo el actor puede o no oponerse, después se emite un mandamiento de ejecución por parte del juzgador, en virtud del mismo se le notifica al deudor y le otorga 5 días para cumplir con la obligación. Si que es que este tiempo que se le otorga no cumple con el pago total si iniciara con la ejecución forzosa.

Los beneficios que deviene por la incorporación de la modalidad de la prenda sin desplazamiento de dominio, es que en primer lugar se amplía la variedad de objetos bajo los cuales se constituye este contrato, lo que permite extender más las posibilidades de acceso a créditos. En segundo lugar, al concederle la posibilidad que el deudor prendario conserve la tenencia de la cosa le permite seguir en uso de la misma, lo que facilita el cumplimiento de la obligación, pues puede seguir lucrando con el objeto de caución. Finalmente, el proceso que se inicia ante el incumplimiento se desarrolla de una manera más ágil, lo que favorece a la cobranza de una manera expedita.

CONCLUSIONES

En base a los resultados encontrados se concluye que resulta viable la incorporación de esta modalidad de prenda, contrario a lo que se plantea inicialmente pues se señala que para la constitución de la misma era necesario la tradición de la cosa. Sin embargo, para la incorporación de la Prenda Sin Desplazamiento de Dominio a la legislación ecuatoriana es necesario que se vincule las necesidades que se reflejan por el estado socioeconómico de los ecuatorianos. Se ha evidenciado en reiteradas ocasiones que los legisladores ecuatorianos no cuentan con una iniciativa propia para la creación de normativa, únicamente toman modelos de normas que se han emitido en otros países. Es por esta razón que ha llevado a que ciertas figuras jurídicas como la prenda se encuentren en desuso hasta el punto de llegar a ser caducas.

En base al principio de Derecho Privado por el cual se puede hacer todo excepto lo que se encuentre expresamente prohibido se concluiría que es innecesario y un gasto estatal la incorporación de esta modalidad de la prenda, pues únicamente se necesitaría que por voluntad de las partes se incluya una cláusula en la que se comprometen a que la tenencia de la cosa la conserve el deudor. Sin embargo, el hecho de que se pueda constituir prenda en varias ocasiones sobre un mismo bien, puede ocasionar inseguridad jurídica, pues al conservar la cosa el deudor, de igual forma podrá constituir prenda en otras ocasiones, lo que llevaría a que se desconozca el estado real de la cosa objeto de caución. Por esta razón es que se han visualizado ciertos elementos necesarios que se deben incluir para la incorporación de esta modalidad de la prenda como la necesidad de cumplir con el principio de publicidad, con sistema propio de registro como se cuenta en el caso de la prenda industrial y agrícola reconocidas por el Código de Comercio. Además, cabe destacar que la intervención de un notario resulta innecesaria, pues únicamente encarece el trámite, ya que inclusive el monto para la intervención de un notario pueda ser mayor al costo que asciende la obligación misma, conjuntamente en el caso ecuatoriano a diferencia de la legislación no está llamado a realizar ningún tipo de trámite para algún tipo de registro, pues únicamente dan fe y legalidad sobre los actos y contratos que se celebran ante él. Al mismo tiempo, en el caso de incumplimiento de la obligación el trámite no se puede llevar a cabo mediante la vía ejecutiva, pues la obligación contraída no cumple con elemento de pureza, pues la prenda no es una obligación en si misma, ya que es de carácter accesorio, es así que para subsistir es necesario de la existencia de una obligación principal a tal punto que si esta sería una causal para la terminación del

contrato de prenda. Por esta razón es que el procedimiento que se debe seguir es el procedimiento de ejecución, ya que es un título de ejecución así manda el artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos en su numeral cuarto.

Al ser una figura jurídica es de larga data, por lo que es un contrato ampliamente conocido por la sociedad, se caracteriza por ser de fácil constituir y responde a las exigencias sociales, pues permite el crecimiento económico, ya que el deudor tiene más liquidez y el acreedor asegura el pago de la obligación. En virtud de los argumentos presentados y por, por lo expuesto anteriormente se concluye que concurren causas suficientes por las cuales se justifica la inclusión de la prenda sin desplazamiento de dominio en el Ecuador, teniendo en cuenta las particularidades expuestas.

REFERENCIAS

- Alcívar Tóala, M. E., & Díaz Rodríguez, B. F. (2019). Derechos reales: El derecho sobre el agua. *IUSTITIA SOCIALIS*, 4(1), 151. <https://doi.org/10.35381/racji.v4i1.545>
- Arévalo, L. (2018). El proceso ejecutivo: breve análisis de sus características y sus perspectivas en el código general del proceso. *Diálogos de Derecho y Política*, 8(20).
- Aristizábal, A., & Peña Vélez, M. (2018). *LA PRENDA MERCANTIL EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1676 DE 2013 Y SU APLICACIÓN EN EL SECTOR BANCARIO*. Universidad Pontificia Bolivariana.
- Avendaño Valdez, J. (1964). La prenda. *Derecho PUCP*, 23, 32–56. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.196401.004>
- Carvajal R, P. I. (2007). Arts. 1437 y 1438 del Código Civil: “Contrato” y “convención” como sinónimos en materia de fuentes de las obligaciones. *Revista Chilena de Derecho*, 34(2). <https://doi.org/10.4067/s0718-34372007000200004>
- Cortés, A. M., & Mathison Bártoli, R. (1990). *El contrato de prenda mercantil y breve estudio comparativo entre la prenda tradicional y la prenda sin desplazamiento de posesión*.
- de la Puente, F., Fernández, M., Gómez, J., Gotor, S., Lázaro, C. M., Lucas, A., Pedrosa, J. A., Prat, J.-P., Quintana, G., Rodríguez-Palmero, P., Serrabassa, R., & Tarragona, E. (2014). *Drets Reals. Drets reals limitats i Registre de la Propietat* (A. L. Esteve, Ed.). J.M Bosch. <https://doi.org/10.2307/j.ctvrzgz56>
- De la Puente, M. (2003). La convención y el contrato (continuación). *Advocatus*, 008, 2010–2018.
- de Montagut, T., & Ripoll, P. (2019). Pactism in Catalonia: A Dual Conception of the Political Community . *Journal of Catalan Intellectual History*, 12(1). <https://doi.org/10.2478/jocih-2019-0012>
- De Reina Tartiére, G. (2014). LA POSESIÓN: UNA CLÁSICA LECCIÓN PRESENTADA «A LA BOLOÑESA». *Revista Jurídica de Asturias*.
- Delgado Bueno, J. A. (2013). Precedentes romanos del derecho de retención de la prenda. *RIDROM. Revista Internacional de Derecho Romano*, 120–166.

- Flores Miriam. (2019). El Registro De La Garantia Sin Desplazamiento En Bolivia: Legislacion Comparada Y Las Nuevas Tendencias. *Articulo de Revista Cientifica*, 1(1).
- FUENTESECA, P. (1969). LA NECESIDAD' DE RETORNAR AL ESTUDIO DEL EDICTO PRETORIO*. In *Anuario de historia del derecho español* (pp. 451–479).
- Galiano, G., & Delgado, T. (2018). *LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE ECUADOR* (UNIJURIS).
- Garrido, J. M. (1998). Teoría general de la preferencia. In *Anuario de Derecho Civil* (Vol. 4, pp. 1769–1864).
- Garzón, K. (2011). *EL FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTIA AUTOMOTRIZ EN EL ECUADOR*. UNIVERSIDAD ANDINA “SIMON BOLIVAR.”
- González, R. (1981). Vista de Génesis y evolución de la prenda y la hipoteca en el Derecho Romano. In *Boletín Mexicano De Derecho Comparado* (pp. 146–169).
- Guzmán Brito, A. (2009). EL LLAMADO CONTRATO DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 13. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722009000200004>
- Guzmán Brito, A. (2010). LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE “COSAS QUE NO HAN LLEGADO AL PAÍS.” *Revista Chilena de Derecho Privado*, 14. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722010000100001>
- Guzmán Brito, A. (2011). LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE CRÉDITOS NOMINATIVOS EN EL DERECHO CHILENO. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 16. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722011000100001>
- Iglesias, J. (2010). Derecho romano: historia e instituciones. In Ariel S.A. (Ed.), *Derecho Romano* (10th ed.).
- Jarrillo, J. L. (2008). LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. SIGNIFICACIÓN DE LA POSESIÓN DENTRO DE LOS DERECHOS REALES . *Saberes*, 6, 1–19.
- Jordà Fernández, A. M. (2017, January 1). *De la Iurisdictio a la Soberanía: formas de organización política y jurídica de las monarquías hispánicas (siglos XIII-XX)*.

- Lama More, H. E. (2020). Garantías en títulos valores. *Revista Oficial Del Poder Judicial. Órgano de Investigación de La Corte Suprema de Justicia de La República Del Perú*, 7(8/9). <https://doi.org/10.35292/ropj.v7i8/9.274>
- LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, F. (2015). EL “ANIMUS DONANDI.” *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 22(2). <https://doi.org/10.4067/s0718-97532015000200008>
- León-Robayo, É. I., & González-Umbarila, E. G. (2022). La prenda sin apoderamiento en Colombia: regulación comercial y garantías mobiliarias. *Revista de Derecho Uninorte*, 44. <https://doi.org/10.14482/dere.44.7170>
- Morales Benítez, O. (2010). *Tensiones en cuanto al procesalismo y el contractualismo en el arbitraje..*
- Ortiz Fernández, M. (2021). El principio de publicidad registral y sus manifestaciones: especial atención a su dimensión formal y a la incidencia de los derechos fundamentales en su configuración. *Derecho Privado y Constitución*, 39. <https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.39.03>
- Ponce, F. (2003). *La Venta de Cosa Futura* (pp. 784–825).
- Salvat, R. (1932). *Tratado de derecho civil argentino: derechos reales* (De Jesus Menendez).
https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=BQkpAQAAMAAJ&oi=fnd&pg=PR16&dq=anticresis+antecedentes+hist%C3%B3ricos&ots=L8C_tpDeMA&sig=jScFJNLVZXyaZVzGkTADewAG9bg#v=onepage&q=anticresis%20antecedentes%20hist%C3%B3ricos&f=false
- Silvia Jimenez, Veronica Canjura, & Rosa Alvarado. (2007). *Diferencias y semejanzas en los contratos civiles y mercantiles.*
- Tejero Díez, A. (2020). *EL CONTRATO DE PRENDA O PIGNUS EN ROMA Y SU RÉGIMEN ACTUAL*. Universidad De Valladolid.
- Telles Galvao, I. (1954). *La prenda sin desplazamiento en el Derecho portugués*. 7(1), 197–210.
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1954-10019700210_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_prenda_sin_desplazamiento_en_el_Derecho_portugu%C3%A9s

- Tenera Barrios, F., & Mantilla Espinoza, F. (2006). El concepto de derechos reales. *Revista de Derecho Privado* , 36.
- Varsi, E., & Torres, M. (2019). Características de la hipoteca. *Gaceta Civil & Procesal Civil*.
- Villacís, M. J. (2016). *La falta de garantías y del establecimiento de obligaciones en el préstamo sindicado en el Ecuador* [Universidad de las Americas]. <https://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/6494/1/UDLA-EC-TAB-2016-59.pdf>
- Villamañán Ruiz, A. (2020). *La possessio romana. Analogías y diferencias con la posesión en el Derecho Moderno*. Universidad De Valladolid.
- Zamora Manzano, J. L. (2007). Algunas reflexiones sobre la « lex commissoria » y su prohibición ulterior en el « pignus ». *Revue Internationale Des Droits de l'Antiquité*, 3e sér. 54.