



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO

FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“LA HIPOTECA Y SU INCIDENCIA COMO GARANTÍA DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO DE MUTUO EN LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA CIUDAD DE RIOBAMBA PERIODO 2015.”

TESIS DE GRADO PREVIO LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

AUTORA:

MÓNICA GISSELA MURILLO PULGAR

TUTOR:

DR. ORLANDO GRANIZO CASTILLO

RIOBAMBA – ECUADOR

2016

FICHA TÉCNICA

a.- TITULO DEL PROYECTO:

“La hipoteca y su incidencia como garantía del contrato de préstamo de mutuo en las sentencias dictadas por la Unidad Judicial Civil y Mercantil de la Ciudad de Riobamba periodo 2015.”

b.- ORGANISMO RESPONSABLE:

Universidad Nacional de Chimborazo
Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas.
Escuela de Derecho

c.- AUTORA:

Mónica Gissela Murillo Pulgar

d.- TUTOR:

Dr. Orlando Granizo

e.- BENEFICIARIOS:

Los beneficiarios directos del proceso investigativo serán los acreedores que utilizan la garantía de la hipoteca, para el cobro del préstamo de mutuo en el caso de falta de pago.

f.- LUGAR DE REALIZACIÓN:

El trabajo investigativo se realizará en la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba.

g.- TIEMPO DE DURACIÓN:

El tiempo estimado que se empleará en la ejecución de la investigación es aproximadamente de cinco meses, contabilizados a partir de la aprobación del Proyecto de Investigación.

h.- COSTO ESTIMADO:

Esta investigación, tiene un costo estimado de 700 dólares de los Estados Unidos de Norte América.

i.- LINEA:

Por las características del título de investigación la línea es el Derecho Civil.

CERTIFICACIÓN

DR. ORLANDO GRANIZO, CATEDRÁTICO DEL NIVEL DE PRE-GRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.

CERTIFICO:

Haber asesorado y revisado detenida y minuciosamente durante todo su desarrollo, la Tesis titulada: “LA HIPOTECA Y SU INCIDENCIA COMO GARANTÍA DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO DE MUTUO EN LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA CIUDAD DE RIOBAMBA PERIODO 2015.” Realizada por Mónica Gissela Murillo Pulgar, por lo tanto, autorizo realizar los trámites legales para su presentación.



DR. ORLANDO GRANIZO
TUTOR



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
ESCUELA DE DERECHO

TÍTULO:

“LA HIPOTECA Y SU INCIDENCIA COMO GARANTÍA DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO DE MUTUO EN LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LA UNIDAD JUDICIAL CIVIL Y MERCANTIL DE LA CIUDAD DE RIOBAMBA PERIODO 2015.” Tesis de grado previa a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, aprobado por el tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo y ratificado con sus firmas.

MIEMBROS DEL TRIBUNAL

PRESIDENTE

10
Calificación

[Firma]
Firma

MIEMBRO 1

10
Calificación

[Firma]
Firma

MIEMBRO 2

10
Calificación

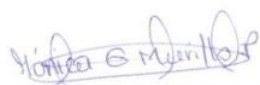
[Firma]
Firma

NOTA FINAL

10

DERECHOS DE AUTORIA

Los resultados de la investigación, criterios, análisis y conclusiones, así como los lineamientos y propósitos expuestos en la presente tesis, son de exclusiva responsabilidad de la autora y los derechos de autoría pertenecen a la Universidad Nacional de Chimborazo.



MONICA GISSELA MURILLO PULGAR

C.C.060334446-6

DEDICATORIA

A Dios y a mis padres y hermana porque han estado conmigo en cada paso que doy, cuidándome y dándome fortaleza para continuar a mi hermano que desde el cielo me cuida y me protege.

La autora.

AGRADECIMIENTO

A Dios que me ha guiado y me ha dado fuerzas para salir adelante en cada obstáculo que me pusieron y a mi tutor que me ayudado incondicionalmente en este arduo trabajo.

A todos ustedes mis más sinceros respetos y agradecimientos.

La autora.

INDICE

CARATULA.....	1
CERTIFICACIÓN	4
APROBACIÓN DEL TRIBUNAL	5
DERECHO DE AUTORIA	6
DEDICATORIA	7
AGRADECIMIENTO	8
INDICE DE CUADROS.....	9
INDICE DE ANEXOS.....	10
RESUMEN.....	13
ABSTRACT.....	14
INTRODUCCION	15

CAPITULO I

MARCO REFERENCIAL

1.1 Planteamiento Del Problema	16
1.2 Formulación Del Problema.....	17
1.3. Objetivos	18
1.3.1. Objetivo General	18
1.3.2. Objetivos Específicos.....	18
1.4. Justificación e Importancia Del Problema	18

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2. Marco teórico	20
2.1 Antecedentes de la Investigación	20
2.2 Fundamentación Filosófica	21
2.3 Fundamentación Teórica	21

UNIDAD I
EL CONTRATO

2.1. El contrato.....	22
2.1.1 Etimología.....	22
2.1.2 Concepto.....	23
2.1.3 Requisitos del contrato	24
2.1.3.1 Capacidad	25
2.1.3.2 Consentimiento	26
2.1.3.2.1 Error	26
2.1.3.2.2 Fuerza	29
2.1.3.2.3 Dolo	30
2.1.3.3 Objeto Lícito	31
2.1.3.4 Causa Lícita	33
2.1.3.5 Solemnidad.....	33
2.1.4 Clases de contratos	34
2.1.5 Efectos de los contratos	37

UNIDAD II
EL CONTRATO DE PRÉSTAMO Y LAS GARANTÍAS

2.2 El contrato de préstamo y las garantías.....	40
2.2.1 Etimología.....	40
2.2.2 Definición.....	40
2.2.3 Características.....	42
2.2.4 Requisitos.....	44
2.2.5 Plazo.....	45
2.2.6 Forma de pago.....	46
2.2.7 Forma de perfeccionar el contrato.....	48
2.2.8 Obligaciones del mutuante.....	49
2.2.9 Obligaciones del mutuario.....	50
2.2.10 El interés y la mora.....	52
2.2.11 La usura.....	52
2.2.12 Anatocismo.....	56

2.2.13 Las garantías.....	57
2.2.14 Garantías personales y reales.....	58

UNIDAD III
LA HIPOTECA

2.3 La hipoteca.....	60
2.3.1 Etimología.....	60
2.3.2 Concepto.....	60
2.3.3 Breve reseña histórica.....	61
2.3.4 Clases de bienes sobre los que puede constituirse una hipoteca.....	64
2.3.5 Fundamentación normativa.....	67
2.3.6 Características.....	69
2.3.7 Clases de hipoteca.....	69
2.3.8 Objeto.....	70
2.3.9 Forma de cancelar la hipoteca.....	72

UNIDAD IV
EFFECTOS DE LA HIPOTECA, FRENTE AL CONTRATO DE PRÉSTAMO
DE MUTUO

2.4 Efectos de la hipoteca, frente al contrato de préstamo de mutuo.....	74
2.4.1 Derecho de venta.....	74
2.4.2 Derecho de persecución de la finca hipotecada.....	74
2.4.3 Derecho de preferencia.....	74
2.4.4 Extinción por pago de la obligación principal.....	75
2.4.5 Ejecución hipotecaria.....	76

CAPITULO III
MARCO METODOLOGICO

3. Hipótesis general.....	77
3.1 Variables.....	77
3.2.1 Variable Independiente.....	77
3.2.2 Variable dependiente.....	77
3.1.3 Operacionalización de las variables.....	78
3.2 Definición de términos básicos.....	80
3.3 Enfoque de la Investigación.....	81
3.4 Tipo de Investigación.....	81
3.5 Métodos de investigación.....	82
3.6 Población y muestra.....	83
3.6.1 Población.....	83
3.6.2 Muestra.....	83
3.7 Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos.....	84
3.8 Instrumentos.....	84
3.9 Técnicas de procedimiento, análisis y discusión de resultados.....	84
3.10 Comprobación de la pregunta hipótesis.....	84

CAPITULO IV
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones.....	96
Recomendaciones.....	96
Bibliografía.....	97
Anexos.....	100

RESUMEN

Para asegurar el cobro del contrato de préstamo de mutuo se han creado varias figuras jurídicas de garantía, las que se estudiarán en la presente investigación, que tienen que ver con la hipoteca. No obstante, en general se dirá que las garantías son todos los medios que respaldan o aseguran el pago o reembolso de los créditos otorgados.

El requerimiento de garantías para respaldar los créditos que se otorgan, no está basado en previsión de tener que recurrir a un procedimiento judicial para obtener el reembolso. La garantía es colateral, no es la base sobre la cual se fundamenta el crédito.

De este modo pasamos a la materia central de la investigación. La hipoteca es aquel contrato que sirve para asegurar al acreedor el pago de su crédito y para que confíe en el deudor quienes contratan con él. Es aquel contrato que se celebra con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación principal, sin la que no puede subsistir, inscribiéndose un gravamen sobre un bien inmueble, que ante el no pago del deudor, será rematado para sanear la deuda que se mantiene ante el acreedor.

El problema de la presente investigación se halla en estudiar el contrato de préstamo de mutuo como obligación principal y la hipoteca como obligación secundaria sujeta al contrato de préstamo de mutuo; y de esta forma, conocer el grado de cumplimiento de la obligación que se produce ante el no pago del deudor y la acción en embargo del acreedor.



ABSTRACT

To ensure the recovery of the loan agreement for mutual legal figures it has been created warranty, which will be studied in this research, it has to do with the mortgage. However, in general it will be said that the guarantees are all media that support or secure the payment or reimbursement of loans granted.

The requirement for collateral to back loans are granted, it is not based on anticipation of having to resort to legal proceedings to obtain reimbursement. The guarantee is a collateral, not the basis on which the credit is based.

Thus the central spasms field of research. The mortgage is that contract serves to ensure that the creditor paying your credit and to trust the debtor who hire him. It is one contract concluded in order to ensure compliance with a primary obligation, without which it can not survive, registering a lien on a property, which before the non-payment of the debtor, will be auctioned to clean up the debt remains to the creditor.

The problem of this research is to study the loan agreement of mutual obligation and principal mortgage as loan contract subject to mutual secondary liability; and thus determine the degree of compliance with the obligation that occurs before the non-payment of the debtor and the creditor's action .

CENTRO DE IDIOMAS



COORDINACION

Reviewed by: Master. Geovanna Vallejo.

INTRODUCCION

El tipo de investigación es no experimental pues no se van a manipular intencionalmente variables. Es una investigación exploratoria, pues se realizó una indagación sobre una muestra calculada de operadores de justicia del Chimborazo, en cuanto a su diseño es descriptiva, ya que se realizará un estudio sobre la hipoteca y su incidencia sobre el contrato de préstamo de mutuo; transaccional, ya que se recolectarán los datos en un único momento; y documental en tanto y en cuanto se revisará la legislación, doctrina y jurisprudencia.

Introducción del resumen de la estructura de la tesis.

El CAPÍTULO I, titulado MARCO REFERENCIAL, se propone elaborar el planteamiento de la situación problemática, determinando en este sentido el tema mismo de la investigación, así como delimitar su objetivo general y objetivos específicos.

El CAPITULO II, titulado MARCO TEÓRICO, trata sobre el fundamento científico y doctrinal correspondiente al tema en investigación -su esencia- orígenes, historia y valorización.

El CAPITULO II que se titula MARCO METODOLÓGICO, describe en sí la investigación realizada, al universo o muestra que se escogió para validar nuestro trabajo y los resultados obtenidos a través de los instrumentos correspondientes, culmina con la propuesta diseñada para cumplir con las necesidades investigativas.

El CAPITULO IV cuyo título es CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES, presenta el análisis de los resultados alcanzados mediante el trabajo investigativo; proponiendo soluciones en la aplicación práctica.

CAPITULO I

MARCO REFERENCIAL

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema de la presente investigación se halla en estudiar el contrato de préstamo de mutuo como obligación principal y la hipoteca como obligación secundaria sujeta al contrato de préstamo de mutuo; y de esta forma, conocer el grado de cumplimiento de la obligación que se produce ante el no pago del deudor y la acción en embargo del acreedor.

En esta forma se pasa a estudiar los elementos de la presente tesis.

Conforme a la doctrina dominante, el mutuo, por no ser un contrato bilateral, no puede ser atacado por acción resolutoria. Sin embargo Planiol y Ripert, basados en que el préstamo no es sino una parte de un contrato sinalagmático, sostienen que puede pronunciarse la resolución cuando el mutuario no hace las amortizaciones convenidas, no ejecuta las prestaciones accesorias o no paga los intereses.

Lo prudente es pactar en orden a tales hipótesis la pérdida del beneficio del término de pleno derecho a favor del mutuante, con la advertencia de que éste no perderá la facultad de exigir, en su caso, los intereses por lo que resta del término original.

Para asegurar el cobro del contrato de préstamo de mutuo se han creado figuras jurídicas de garantía, la que se estudiará en la presente investigación, tiene que ver con la hipoteca. No obstante, en general se dirá que las garantías son todos los medios que respaldan o aseguran el pago o reembolso de los créditos otorgados.

El requerimiento de garantías para respaldar los créditos que se otorgan, no está basado en previsión de tener que recurrir a un procedimiento judicial para obtener el reembolso. La garantía es un colateral, no es la base sobre la cual se fundamenta el crédito.

Los contratos de garantía se dividen en tres contratos accesorios principalmente: Contrato de fianza, contrato de depósito y contrato de hipoteca.

De este modo pasamos a la materia central de la investigación. La hipoteca es aquel contrato que sirve para asegurar al acreedor el pago de su crédito y para que confíe en el deudor quienes contratan con él. Es aquel contrato que se celebra con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación principal, sin la que no puede subsistir, inscribiéndose un gravamen sobre un bien inmueble, que ante el no pago del deudor, será rematado para sanear la deuda que se mantiene ante el acreedor.

De esta forma, se concluye que el problema de la presente investigación es conocer cómo opera la hipoteca como garantía del contrato de préstamo de mutuo.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cómo la hipoteca produce incidencia como garantía del contrato de préstamo de mutuo en las sentencias dictadas por la Unidad Judicial Civil y Mercantil de la ciudad de Riobamba periodo 2015?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar en qué medida la hipoteca incide como garantía del contrato de préstamo de mutuo en las sentencias dictadas por la Unidad Judicial Civil y Mercantil de la ciudad de Riobamba periodo 2015.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Analizar la figura jurídica de hipoteca.
- Estudiar el contrato de préstamo de mutuo.
- Determinar a la hipoteca como garantía del contrato de préstamo de mutuo.

1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

Esta investigación se justifica por cuanto, de lo constatado no existe una investigación que trate a la hipoteca como un medio para garantizar la obligación que se produce por un contrato de préstamo de mutuo.

Es decir, entender a la hipoteca como una garantía crediticia, que es un medio que respalda o asegura el pago o reembolso de los créditos otorgados. El requerimiento de garantías para respaldar los créditos que se otorgan, no está basado en previsión de tener que recurrir a un procedimiento judicial para obtener el reembolso.

Según el Código Civil.- Art. 2309: "Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder

del deudor.” 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.”

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Al haberse realizado estudios bibliográficos y documentales en la biblioteca de la Universidad Nacional de Chimborazo, se puede constatar que no existen tesis con que tengan similitud al trabajo de investigación que se encuentra en ejecución.

El contrato de préstamo de mutuo es una figura histórica que ha incidido principalmente en el comercio, no obstante, posteriormente se ha utilizado de en modo civil. Este contrato expresa una obligación que el deudor debe cumplir.

Para una mejor seguridad de su cumplimiento el contrato de préstamo de mutuo ha previsto la posibilidad de incluir en su texto garantías reales que velan por su cumplimiento; es decir, el contrato de préstamo de mutuo se convierte en la obligación principal tanto que las garantías reales ejercen cobertura sobre esta obligación.

Una de las garantías reales es la hipoteca, objeto principal de este estudio y consiste en grabar bienes inmuebles a fin de que ante la eventual falta de pago, se pueda rematar y con el producto de este remate se pueda cancelar la obligación principal.

Es en esta forma que nace la necesidad de estudiar el contrato d préstamo de mutuo, así como la garantía real de hipoteca, a fin de analizar si esta ejerce cobertura eficiente sobre la obligación principal.

2.2 Fundamentación Filosófica

Para asegurar el cobro del contrato de préstamo de mutuo se han creado figuras jurídicas de garantía, la que se estudiará en la presente investigación, tiene que ver con la hipoteca. No obstante, en general se dirá que las garantías son todos los medios que respaldan o aseguran el pago o reembolso de los créditos otorgados.

El requerimiento de garantías para respaldar los créditos que se otorgan, no está basado en previsión de tener que recurrir a un procedimiento judicial para obtener el reembolso. La garantía es un colateral, no es la base sobre la cual se fundamenta el crédito.

De este modo pasamos a la materia central de la investigación. La hipoteca es aquel contrato que sirve para asegurar al acreedor el pago de su crédito y para que confíe en el deudor quienes contratan con él. Es aquel contrato que se celebra con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación principal, sin la que no puede subsistir, inscribiéndose un gravamen sobre un bien inmueble, que ante el no pago del deudor, será rematado para sanear la deuda que se mantiene ante el acreedor.

2.3 Fundamentación teórica

El motivo de este trabajo de investigación se realizará sobre los siguientes contenidos.

UNIDAD I

EL CONTRATO

2.1 El contrato

Debido a que no existe mayor bibliografía en lo referente al contrato de préstamo de mutuo, se analizará el presente subtítulo en función del denominativo contrato.

2.1.1 Etimología

La palabra contrato, viene del latín *contractus*, que significa contraer, estrechar, unir. Gramaticalmente denota un acuerdo de dos o más personas que se obligan respecto a materias determinadas.

Aunque en algunas enciclopedias jurídicas como Omeba, aparece la siguiente etimología de contrato:

“Proviene del latín *contractus*, que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto. Y esta voz deriva de *contraho*, que, entre otras acepciones, tiene la de juntar o reunir.” (ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA Tomo IV, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1967, p. 120)

2.1.2 Concepto

De acuerdo al Código Civil, artículo 1454: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

Es evidente, como se desprende del texto transcrito, que lo que la norma define, como ya anteriormente se advirtió es la obligación, es decir el género, aunque se refiera a la especie, el contrato que es como ya lo expresamos la fuente más importante de las obligaciones.

Para un mejor entendimiento del tema se citan a los siguientes tratadistas:

Coello García, indica que: “El contrato en efecto genera obligaciones, pero no todas las obligaciones tienen como fuente los contratos. Hay más todavía: los contratos pueden extinguir obligaciones preexistentes como ocurre con la reciliación, la transacción, o la dación en pago. Por otra parte, la norma trata como si fuesen sinónimos los términos “contrato” y “convención”, pese a que el primero debe tomarse como especie y la segunda expresión como género.” (Coello García, Hernán. Derecho Civil – Obligaciones, Universidad del Azuay, Cuenca, 2003. Pág. 29.)

Azúa Reyes: “Contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear o transferir entre si derechos y obligaciones. De su naturaleza explica que es un acto jurídico bilateral o plurilateral, o si se prefiere, dos o más actos jurídicos emanados respectivamente de dos o más personas que concurren a la realización de un negocio en el que se encuentran interesadas.” (Azúa Reyes, Sergio T. TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Ed. Porrúa, México, 2000, págs. 49 y 51.)

Ignacio Galindo Garfías: “Es el acto jurídico típico del derecho privado y se caracteriza porque las declaraciones de voluntad de las partes que lo celebran son concurrentes, convienen en crear entre sí relaciones jurídicas; forman un acuerdo de voluntades o consentimiento, lo que constituye

propiamente el elemento esencial del contrato. El contrato puede ser considerado como acto jurídico por una parte y como norma individualizada de conducta desde otro punto de vista.” (Galindo Garfías, Ignacio. TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS. Ed. Porrúa, México, 1996, pp. 67 y 68.)

Rafael de Pina: “En su significación semántica, contrato es el pacto o convenio entre partes sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. El contrato no es a nuestro entender una norma jurídica en el mismo sentido en que lo son la ley y la costumbre, por ejemplo sino un acto jurídico celebrado de acuerdo con determinadas normas jurídicas.” (PINA DE, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen III. Ed. Porrúa, México, 1998., p. 265)

De los tres conceptos citados, se puede concluir que el mejor planteado es el de Rafael de Pina, por cuanto es el que más se asemeja con la legislación ecuatoriana y porque además trata brevemente el concepto.

2.1.3 Requisitos del contrato

En lo que se refiere a los elementos, o requisitos constitutivos del contrato, hay que distinguir aquellos que son comunes a todos los contratos.

Para que el acuerdo de voluntades está a su vez sometido a los requisitos legales que se enuncian en el Código Civil, artículo 1461, inc. 1º: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º Que sea legalmente capaz; 2º Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º Que recaiga sobre un objeto lícito; y, 4º Que tenga una causa lícita”.

En resumen, el artículo 1461 del Código Civil, plantea 4 requisitos legales que son: Capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita. Elementos que son analizados a continuación:

2.1.3.1 Capacidad

En términos generales, la capacidad se refiere a que una persona pueda auto determinarse lo cual solamente es posible en términos jurídicos cuando ha llegado a la mayoría de edad, según el Código Civil, artículo 1462: “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.”

Aunque vale indicar también que existen limitaciones a la capacidad claramente determinadas en el Código Civil, artículo 1463: “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.”

Aunque vale indicar que la norma citada no es del todo exacta, debido a que según el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia ya existe una definición diferente de impúber y es niño o niña consecuentemente cabe precisar este particular.

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, artículo 4: “Definición de niño, niña y adolescente.- Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.”

Para un mejor entendimiento se cita a:

Gutiérrez y González: “Con respecto a la capacidad de ejercicio esta se refiere a la aptitud de poder ejercer por sí mismo sus derechos y obligaciones. Dicho de otra manera es la aptitud jurídica de ejercitar o para hacer valer los derechos que se tengan y para asumir por sí mismo deberes jurídicos.” (Gutiérrez y González, Ernesto. Obligaciones, México, Porrúa, 2000, pp. 393)

2.1.3.2 Consentimiento

El consentimiento por su parte en materia contractual, es bilateral debido a que cada uno de los contratantes debe aceptar las obligaciones que contrae y dicha aceptación debe ser libre de lo contrario el consentimiento podría adolecer de un vicio.

Los vicios del consentimiento son:

2.1.3.2.1 Error

Que puede producirse en cualquier acto jurídico; se categoriza en dos formas: error de hecho y error de derecho.

Error de hecho

Refiere la confusión suscitada en el reconocimiento de los sujetos o los hechos que son objeto del contrato. Siempre que el error de hecho signifique un obstáculo en el contenido del contrato se puede considerar un vicio.

Como bien indican el tratadista, Pérez Fernández Del Castillo: “El error de hecho se da cuando recae sobre la naturaleza y características del objeto

material del contrato.” (PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Contratos Civiles. 2008, Pág.24).

Dentro del Código Civil se norman los errores de hecho en los que se puede incurrir:

a) Error de hecho sobre la especie del acto y la identidad de la cosa

Artículo 1469 del Código Civil: “El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada y el comprador entendiese comprar otra.”

b) Error de hecho sobre las calidades de la cosa Artículo 1470 del

Código Civil: “El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar y este motivo ha sido conocido de la otra parte.”

c) Error de hecho sobre la persona Artículo 1471 del Código Civil: “El

error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.”

Gravedad de los errores de hecho

A pesar de que la gravedad de los errores de hecho no se norma en la legislación es necesario señalarlas para conocer su alcance al invocar este vicio.

Errores esenciales

De demostrarse el error de hecho esencial, este origina la inexistencia del contrato, porque el fondo de la obligación se ve corrompido, es decir, su objeto se ha distraído y no se puede hablar de un medio probatorio. *nonfateturquerrat.*

Errores secundarios

Son errores de hecho irrelevantes para la eficacia probatoria del contrato. Los errores secundarios versan sobre detalles o circunstancias relativas a lo que se intenta probar, más no alcanzan a viciar el consentimiento por ser elementos de forma que no comprometen el resultado de la prueba.

Error de derecho

Se refiere al error dentro de la figura jurídica o norma que se invoca para crear la obligación o el contrato.

Artículo 1468 del Código Civil: “El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.”

Pérez Fernández Del Castillo: “El error de derecho es la falsa opinión de un contratante sobre una regla jurídica aplicable al contrato que procede de la ley o de su interpretación. En ambos casos para nulificar el contrato son necesarias dos características; que recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad y que éste se haya expresado claramente en el contrato o se desprenda de su interpretación.” (PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Contratos Civiles. 2009, Pág.24)

2.1.3.2.2 Fuerza

Fuerza, intimidación o violencia son sinónimos del vicio del consentimiento en las veces que por este medio se coacciona la voluntad para obligarle a mentir u omitir pronunciarse en el reconocimiento de sus actos; lo cual beneficiará a su contraparte procesal.

La fuerza en concepto de DevisEchandía, es el: “...resultado de...violencia física...o como efecto de coacción psicológica...de medios artificiales que destruyen la voluntad y entonces no puede existir desde el punto de vista jurídico, esto es como medio de prueba judicial.” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 2012, p. 586)

Para que la fuerza sea capaz de coaccionar el consentimiento, es necesario que esta cause una impresión fuerte sobre quien se ejerce, convenciéndola de que dicha amenaza es grave.

Proviene del futuro acometimiento de un acto ilegal y es determinante en el daño que causará al contratante o su familia.

Artículo 1472 del Código Civil: “La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio tomando en cuenta su edad, sexo y condición.

Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial esto es el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no basta para viciar el consentimiento.”

Rojina Villegas: “...la violencia, empleada esta palabra en un sentido genérico comprensivo de las especies que las escuelas llaman “fuerza, miedo o intimidación”, es toda coacción grave irresistible e injusta ejercida sobre una persona razonable con el objeto de determinarla contra su voluntad a aceptar una obligación o a cumplir una prestación dada.” (Rojina Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL III. 2010, pp. 61.)

Por tal razón la violencia debe ser objetiva, tal como lo indica el siguiente tratadista.

Sánchez Medal: “...es necesario que las amenazas sean ilegítimas o contrarias a derecho por lo que las consideraciones sobre los provechos y perjuicios que puedan resultar de celebrar o no un determinado contrato no constituyen o engendran ese vicio de la voluntad” (Sánchez Medal, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. 2012 pp. 50).

2.1.3.2.3 Dolo

Trata del engaño con el que una persona irroga fraude a otra para lograr de ésta un acto que entendiéndolo no lo realizaría.

Artículo 1474 del Código Civil: “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado.”

Dentro de la investigación y en contraste con otros textos, no se ubica bajo que hipotético aplicar el dolo como vicio del consentimiento entendido como el engaño para defraudar.

Se respalda esta postura en los siguientes tratadistas: Montesano, Scardaccione, Gentile, Alsina y DevisEchandía quien plantea: "...es apenas obvio que el dolo no puede destruir el valor probatorio del acto, si el hecho declarado no es objetivamente falso, porque desde el punto de vista de la intención que haya tenido la parte al declarar y el motivo que la haya inducido a hacerlo resultan irrelevantes." (DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 2012, p. 707)

Rojina Villegas: "En cuanto al dolo, partimos de la distinción fundamental que distingue al dolo principal que nulifica al contrato y el incidental que carece de efectos en cuanto a la validez del mismo. Para el primero insistimos en que el dolo no es por sí mismo un vicio de la voluntad, sino que sólo se considera como tal en tanto que induce a un error determinante de la misma." (Rojina Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL III. pp. 61.)

2.1.3.3 Objeto Lícito

Entre los requisitos de existencia de los actos de jurídicos figura el objeto y entre los de validez, el objeto lícito. Se debe precisar que el objeto de la obligación es una cosa y el objeto del contrato es otra.

Por ello el objeto de la obligación consiste en dar, hacer o no hacer algo a favor de otro y otra cosa es el objeto como requisito de existencia que consiste en: "la materia, los bienes, la sutilidades o las relaciones que las partes someten a la voluntad.

Según, Bernardo Pérez Fernández del Castillo: "...se analiza el objeto conforme a dos categorías distintas, el objeto jurídico y el objeto material.

Considerando al objeto jurídico en una subdivisión de objeto directo y objeto indirecto. El objeto jurídico directo del contrato, se desprende de la naturaleza jurídica del mismo y se entiende como la creación y transmisión de derechos y obligaciones. El objeto material del contrato, se refiere a la cosa que se tiene que dar al hecho que se tiene que realizar y a la conducta de la que debe abstenerse” (PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Contratos Civiles. Pág.24)

Es decir, el objeto dentro de la materia contractual está subdividido en dos categorías:

Objeto jurídico: Se trata de la naturaleza jurídica del contrato tal como sería la materia, especie y orientación teniendo como principal que es derecho permita celebrar al contrato.

Como especifican Gutiérrez y González: “resulta ser (la comerciabilidad) entonces, la aptitud que tienen las cosas para ser objeto de un contrato por no impedírseles ni la naturaleza ni la ley” (Gutiérrez y González, Ernesto. Obligaciones, México, Porrúa, 2000, pp. 273.)

En contraste con lo anteriormente indicado, los tratadistas agregan el concepto de incomerciable. “Lo incomerciable respecto de una cosa, significa que ésta, o no puede ser objeto de relación jurídica alguna, o bien que pudiendo ser objeto de alguna relación jurídica no es reductible a propiedad privada.”(Gutiérrez y González, Ernesto. Obligaciones, México, Porrúa, 2000, pp. 273.)

Objeto material: En cambio el objeto material trata de la razón para la cual se celebra el contrato y que esta sea posible en términos de factibilidad y de posibilidades físicas.

Como bien apunta, Rojina Villegas: “La cosa es físicamente posible cuando existe en la naturaleza o puede existir; por lo tanto, hay una imposibilidad

física cuando no existe, ni puede llegar a existir.” (Rojina Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL III. pp. 61.)

2.1.3.4 Causa lícita

El contrato de sociedad como todos los contratos debe tener una causa y ésta debe ser lícita pues no tienen ningún efecto la obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita.

Puede haber también un contrato sin causa cuando la causa de la obligación contractual ha dejado de existir o cuando siendo relativa a lo futuro no se haya verificado. La causa falsa puede tener también tener otra significación. Una simulación y se emplea por ejemplo para disfrazar las disposiciones a título gratuito prohibidas por la ley, dando al contrato de beneficencia prohibido la apariencia de un contrato a título oneroso.

La causa es ilícita cuando es contraria a la ley a las buenas costumbres o al orden público. En el contrato de sociedad, la causa de la obligación de cada asociado tiene su fundamento en los aportes prometidos o realizados por los demás socios.

2.1.3.5 Solemnidad

A pesar de que el Código Civil en sus artículos 1462 y siguientes no topan el tema de la solemnidad la investigación ha visto prudente citar el subtema en las veces que los requisitos comunes a los contratos son muy generales y depende del contrato del que se hable para determinar sus requisitos específicos por tal motivo cada contrato reviste de sus solemnidades particulares para su perfeccionamiento.

Gutiérrez y González: “La solemnidad en si es una forma o un conjunto de formas elevado a la categoría de elemento esencial o de existencia. Se llega a la conclusión de que nuestro sistema jurídico si acepta a la solemnidad

como un elemento esencial.” (Gutiérrez y González, Ernesto. Obligaciones, México, Porrúa, 2000, pp. 296)

2.1.4 Clases de contratos

Siguiendo el criterio del Derecho ecuatoriano, y tomando en cuenta que las ramas del Derecho son tan variadas; para su clasificación en esta ocasión, nos remitiremos únicamente a la rama del Derecho Civil.

a) Atendiendo a las partes que se obligan

Siguiendo este criterio los contratos, según nuestro Código son: unilaterales o bilaterales. Así lo señala el Art. 1455 “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

El concepto legal es inadecuado ya que el contrato debe considerarse como un acuerdo de voluntades; sin embargo la ley expresa que en los contratos unilaterales sólo una de las partes se obliga, mientras la otra no contrae obligación alguna, pero no puede ser unilateral pues siempre hay dos partes que se obligan aunque las obligaciones no sean equivalentes.

Acorde con el criterio que recoge el Art. 1455 Código Civil, la doctrina ha señalado que pertenecen a la categoría de los contratos unilaterales particularmente los siguientes:

La donación, el comodato, el mandato y el depósito. Pese a los argumentos y ejemplos con que se ha tratado de demostrar la validez de la clasificación son los mismos ejemplos los que demuestran que los antedichos contratos no son unilaterales como lo llama la ley sino bilaterales imperfectos.

b) Por la utilidad que prestan

Atendiendo a la utilidad como sinónimo de beneficio los contratos se clasifican en gratuitos y onerosos.

De acuerdo al Art. 1456 Código Civil: “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes sufriendo la otra el gravamen y oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio del otro”.

Para distinguir si un contrato es gratuito u oneroso se mira la utilidad del negocio; si la hay para ambas partes es oneroso y si sólo procura beneficio a una sola de ellas es gratuito de beneficencia o de mera liberalidad.

c) Por la equivalencia o no de las prestaciones

Atendiendo a la equivalencia o no de las prestaciones los contratos onerosos pueden ser conmutativos o aleatorios; así lo establece el Art. 1457 Código Civil: “El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.

En el caso de que uno de los contratantes haya sufrido la lesión enorme esto es pagando más del doble o recibiendo menos de la mitad del justo precio del bien objeto del contrato puede intentar la acción rescisoria por lesión enorme para que se declare la nulidad relativa del contrato.

La institución de la lesión enorme cabe únicamente para la venta de bienes inmuebles y prescribe en cuatro años contados desde la fecha del contrato.

AbeliukManasevich: “En los contratos aleatorios no concurre esta supuesta igualdad en las prestaciones sino que por el contrario existe una contingencia un azar del cual dependerá en definitiva la utilidad que las

partes obtienen del contrato.” (AbeliukManasevich, René. Las Obligaciones. Editorial EDIAR EDITORES LTDA., Santiago – Chile, 1901. p 86)

d) Por la forma en que existen

Nuestro código los clasifica en contratos principales y accesorios. Esta clasificación está enunciada en el Art. 1458 Código Civil en los siguientes términos: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal de manera que no pueda subsistir sin ella”.

AbeliukManasevich: “Esta clasificación atiende a la manera cómo existen los contratos: los principales para su subsistencia y cumplimiento no necesitan de otros; los efectos dependerán de su naturaleza. Los contratos accesorios como tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal no existen si no hay otra obligación a la cual acceder y estos contratos son los de garantía, que tienen por objeto dar una seguridad al crédito al cual acceden, o de caución como también se les llama.” (AbeliukManasevich, René. Las Obligaciones. Editorial EDIAR EDITORES LTDA., Santiago – Chile, 1901. p 83)

e) Por la forma en que se perfeccionan

Los contratos pueden ser reales, consensuales y solemnes. El Código Civil en el Art. 1459, los define de la siguiente manera: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

AbeliukManasevich: “Esta clasificación atiende a la forma en que se perfecciona el contrato y no como pudiera pensarse a la mayor o menor importancia del consentimiento. Si bien es cierto todo contrato lo necesita

sobretudo en algunos de ellos y por eso se llaman consensuales basta el consentimiento para su existencia pero en otros en cambio la ley exige además alguna formalidad; si la formalidad exigida por la ley para que se perfeccione el contrato es la entrega de una cosa nos encontramos ante un contrato real.” (AbeliukManasevich, René. Las Obligaciones. Editorial EDIAR EDITORES LTDA., Santiago – Chile, 1901. p 89)

2.1.5 Efectos de los contratos.

Siendo así que, en el ámbito civil, el contrato es un acuerdo de voluntades que tiene como finalidad crear, modificar o extinguir obligaciones debemos referirnos a las tres posibilidades básicas que pueden encontrarse en la vida real respecto de los efectos del contrato.

Estas posibilidades son las siguientes:

- a) El contrato es ley para las partes.** Del contrato surge entre los contratantes deberes y derechos recíprocos, siempre y cuando esté legalmente celebrado conforme nos enseña la regla, que se contiene en el Código Civil, artículo 1561, que dice: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Se produce, entonces, entre las partes contratantes si el contrato es válido un efecto vinculante que las obliga como obliga la ley a los habitantes de la República.

Gutiérrez y González: “La situación de tiempo o de conducta positiva o negativa, que fija la ley o pactan las partes, para que un acto jurídico –unilateral o bilateral- que tiene plena existencia y completa validez, empiece a generar algunas o todas sus consecuencias de

derecho” (Gutiérrez y González, Ernesto. Obligaciones, México, Porrúa, 2000, pp. 296).

En conclusión se puede argumentar que el contrato es un acto constitutivo que crea sus propias normas en función de lo acordado por los contratantes de esta forma se puede argumentar que el contrato es ley para las partes

b) Principio de la buena fe contractual (pacta sunservanda).

Explícitamente consagra en el Código Civil, artículo 1562, al decir: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”.

c) Responsabilidad contractual. Este principio nace de la posibilidad de que los contratos puedan otorgarse ya en beneficio recíproco de los contratantes ya en utilidad de una sola de las partes lo cual da lugar, entonces a que el grado de responsabilidad sea diferente.

La responsabilidad corresponde a la diligencia y cuidado que debe emplearse por las partes, en el Código Civil, artículo 1563 dispone lo siguiente: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran

dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes y de las estipulaciones expresas de las partes”.

UNIDAD II

EL CONTRATO DE PRÉSTAMO Y LAS GARANTÍAS

2.2 El contrato de préstamo y las garantías

A continuación se pasará a estudiar el contrato de préstamo y subsidiariamente las garantías reales

2.2.1 Etimología

El término mutuum deriva de mutare (cambiar) y probablemente significa cambio, esto es, entregar ciertas cosas para recibir otras de igual valor.

2.2.2 Definición

Así como el préstamo de uso o comodato se aplica a cosas que deben ser devueltas en una misma identidad, porque solamente se entrega su tenencia y no se han de consumir por el contrario el mutuo o préstamo pueda consumirla y deba devolver algo equivalente a lo recibido: cosas de la misma especie, cantidad y calidad.

El comodato se aplica a bienes no consumibles o que por convención de las partes no deben consumirse mientras que el mutuo se aplica a cosas fungibles que puedan reemplazarse por otras de iguales características y valor.

De lo dicho aparecen las fundamentales diferencias entre los dos contratos, que sin embargo tienen en común ser de préstamo: el objeto, la finalidad, el efecto inmediato (conferir solo la tenencia o transferir la propiedad). De estos tres aspectos, dependen varias otras consecuencias como las acciones judiciales a que dan lugar y los derechos de terceras personas.

El Código Civil, artículo 2099 define así: “Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en el que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”.

La entrega a que se refiere esta definición se ha de entender como verdadera tradición de suerte que el mutuario pueda disponer de las cosas que recibe, sea consumiéndolas o gastándolas tal como corresponde al propietario. El mutuo más generalizado consiste en préstamo de dinero, que es la cosa fungible por excelencia y que se consume al usuario.

El mutuo, lo mismo que el comodato es un contrato real precisamente porque no se perfecciona sino con la entrega de la cosa mutuada. El Código Civil artículo 2100, aclara esta exigencia de la entrega y que ella es verdadera tradición que transfiere el dominio. Esto implica que el mutuante debe ser dueño de la cosa o tener facultad conferida por el dueño para disponer de ella. Los casos de mutuo en que por error se haya prestado cosa ajena, dan lugar a complicadas situaciones, son anómalos.

El artículo 693 del Código Civil menciona expresamente el mutuo entre los títulos traslativos de dominio, este contrato origina un derecho personal u obligación, como se dice en el artículo 596 del Código Civil y da lugar a una acción que necesariamente será mueble, conforme el artículo 616 del Código Civil ya que no hay bienes inmuebles que sean fungible.

Por otra parte tenemos el Código de Comercio, indica en su artículo 553: “El préstamo se tiene por mercantil cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio, aunque las partes no sean comerciantes.”

Por su parte indica, el Código Civil, en su artículo 2099: “Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.”

2.2.3 Características

Las principales características del contrato de préstamo son:

- **Real:** El mutuo es un contrato real no solemne y que origina fundamentalmente una obligación por parte del mutuario: devolver. Este carácter real del mutuo se afirma categóricamente en el Código Civil, artículo 2100: “No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición y la tradición transfiere el dominio”.
- **Derecho personal:** En cambio, el derecho que origina este contrato para el acreedor es un derecho personal tal como aparece en el Código Civil artículo 596 que define el derecho persona y pone como ejemplo “el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado”.
- **Traslativo de dominio:** También queda afirmado que el mutuo constituye un título traslativo de dominio, por el que el propietario prestamista se despoja de una cosa y adquiere simultáneamente un derecho de crédito: puede cobrar otra cosa igual. En el artículo 693 del Código Civil, se mencionan el mutuo como un título oneroso traslativo de dominio, a diferencia de la donación que es un título gratuito que traslada el dominio.
- **Sinalagmático:** Otro punto debatido consiste en la calificación de sinalagmático. Normalmente, el mutuo solamente origina una obligación del mutuario (devolver la cosa), a la que suele sumar la de pagar intereses; mientras que el mutuante no se obliga directamente a nada, ya que su parte queda cumplida al perfeccionarse el contrato, con la entrega de la cosa prestada. Accidentalmente surgirán

obligaciones del prestamista, si se producen prejuicios para el prestatario, por la mala calidad de la cosa, mientras que éste mismo no los conocía ni estaba en aptitud de conocerlos por su profesión u oficio. Como esta obligación indemnizar resulta eventual y será más bien raro el caso en que se haga efectiva, puede decirse que solamente hay una parte que se obliga.

- **Acepta pagos parciales:** Es frecuente, en cambio, establecer en los contratos de mutuo dinero la obligación del prestatario de devolver por dividendos parciales en fechas preestablecidas, comprendiendo parte del capital más los intereses, con la cláusula de que, en caso de incumplimiento de una o más cuotas, se dará por terminado el contrato y se exigirá el pago total del capital y réditos. Esta resolución establecida en el pacto tiene plena validez y permite la terminación anticipada del contrato por incumplimiento del deudor. Esto no convierte al mutuo en un contrato sinalagmático.
- **Contrato civil y/o mercantil:** La calificación del mutuo como contrato civil o mercantil, se plantea en todos aquellos países que se distinguen las dos ramas del Derecho Privado, mientras que desaparece el interés de esta calificación cuando se unifican dichas normas, como sucede en Italia, Argentina y otros países. La distinción de la calidad civil o comercial adquiere máxima importancia, si hay tribunales especializados como en Francia por ejemplo.
- **Es un derecho que puede cederse:** Los derechos del mutuante pueden cederse, transferirse, transmitirse o subrogarse. La transferencia se realiza de diversas maneras siendo lo más frecuente el simple endoso del documento de crédito lo cual se emplea sobre

todo en las obligaciones mercantiles constantes en cheques, pagares o letras de cambio. La transmisión se efectúa por causa de muerte.

- **Carácter gratuito u oneroso:** El mutuo puede ser gratuito u oneroso. Históricamente es posible que haya surgido primero el mutuo gratuito y sólo posteriormente se inventaron los intereses. Contra éstos existió mucho tiempo un verdadero prejuicio: se solía decir que el dinero no pare dinero que es de por sí improductivo. Los abusos usuarios llevaron a establecer graves penas canónicas y se llegó hasta la prohibición total de cobrar intereses: volveremos sobre este asunto con especial aplicación a nuestra Patria. Actualmente lo normal es que el mutuo produzca intereses y si no se han pactado se presume.

2.2.4 Requisitos

La tradición o entrega de la cosa puede realizarse en cualquiera de las formas que admite la ley. Existen varios medios por los cuales se hace la entrega de cosas corporales muebles lo cual es aplicable entre otros, al caso mutuo. Adquiere especial interés el supuesto de que el dueño de una cosa la vende y el comprador se constituye en mutuario o deudor del precio que queda por pagar. Es evidente que si esa es la voluntad de las partes, debe respetarse por ser legítima y no violar ninguna disposición del Derecho.

No se desvirtúa el mutuo por el hecho de que las partes hayan convenido en que la entrega la una parte o todo lo prestado se entregue más adelante si realmente queda a la disposición del mutuario. Esto es muy frecuente en los préstamos bancarios, en los que se establece que se depositara en la cuenta corriente del deudor la cantidad que el banco ha prestado. La operación puede tardar unos días o incluso se establece la entrega por dividendos sobre todo en los préstamos muy cuantiosos, con la ventaja para

el deudor de no deber intereses sino desde las respectivas fechas en que se le provee los fondos.

“el contrato por el que una de las partes se compromete a restituir a la otra una suma de dinero dentro del plazo de dos años, con el interés legal en caso de mora, aun cuando se lo haya denominado el deposito, no tiene de tal sino el nombre, y es en el fondo un verdadero contrato del mutuo, dados los términos y la clara intención de los contratantes”.

2.2.5 Plazo

En el concepto de mutuo, se incluye la existencia de un plazo para la evolución. Este plazo normalmente se fija en el contrato pero a falta del artículo 2013 Código Civil, permite exigir la restitución “diez días después de la entrega”.

El plazo que se establezca en el contrario puede ser obligatorio para ambas partes o solamente para una de ellas. Y como cada uno puede renunciar a sus propios derechos el que tiene el plazo obliga a ambas partes no puede una de ellas renunciar y cobrar o pagar de inmediato contra la voluntad del otro contratante, estando todavía vigente el plazo.

Observa Diez – Picazo que una de las características del mutuo es su temporalidad: la restitución del prestatario ha de hacerse pasado algún tiempo.

Aunque cuando el plazo no ha sido fijado deben observarse las normas del Código de Comercio:

Artículo 554 del Código de Comercio: “En los préstamos hechos por tiempo indeterminado no puede exigirse el pago sin prevenir al deudor con diez días de anticipación.”

Artículo 555 del Código de Comercio: “No resultando bien determinado el plazo del préstamo, el Juzgado lo fijará prudencialmente, tomando en consideración los términos del contrato, la naturaleza de la operación a que fuese destinado el préstamo y las circunstancias personales del prestador y del prestamista.”

En mismo sentido se pronuncia el Código Civil:

Artículo 2103: “Si no se hubiere fijado término para el pago, no habrá derecho de exigirlo sino después de los diez días subsiguientes a la entrega.”

Artículo 2104: “Si se hubiere pactado que el mutuario pague cuando le sea posible, podrá el juez, atendidas las circunstancias fijar un término.”

A pesar de lo anteriormente indicado, el Código Civil, también permite la posibilidad de que el préstamo sea cancelado antes de tiempo.

Artículo 2107: “Podrá el mutuario pagar toda la cantidad prestada, aún antes del término estipulado, salvo que se hayan pactado intereses.”

2.2.6 Forma de pago

La restitución de lo prestado, se hace mediante cosas de la misma especie, calidad y cantidad, aunque haya variado el valor de ellas.

Las partes tienden a asegurarse contra los riesgos de tales cambios de valor; el mutuante procurando que no se le devuelvan cosas de la misma calidad y cantidad pero devaluadas y el mutuario tratando de no gravarse con la obligación de devolver esa cantidad y calidad pero aun costo superior. Los intereses que suelen cobrar los mutuantes tienden entre otras cosas a compensar esa posible desmejora del valor. El mutuario a su vez se

defenderá, con cláusulas de compensación, sobre todo si las variaciones de valor le llegarían a perjudicar en gran medida.

Esto se da también en los préstamos de moneda, que son los más frecuentes: también el dinero a veces alcanza un mayor valor y muchas más se devalúa. Las cláusulas de compensación en los préstamos de dinero se suelen establecer mediante la conversión a otras divisas monetarias.

Tales estipulaciones se prestan a abusos, a encubrir intereses usuarios, pero si se practican con moderación y equidad, más bien impiden enriquecimiento sin causa.

Frente a este particular se pronuncia el Código de Comercio, artículo 556: “En los préstamos hechos en dinero por una cantidad determinada genéricamente, cumple el deudor con devolver cantidad igual numérica con arreglo al valor nominal que tenga la moneda cuando se haga la devolución. Pero si se hizo sobre monedas específicamente determinadas, con la condición de volver otras de la misma especie se cumplirá así por el deudor, aun cuando se hubiere alterado el valor de la moneda.”

En mismo sentido se pronuncia el Código Civil en su artículo 2102: “Si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato. “Podrá darse una clase de moneda por otra, aún a pesar del mutuante, siempre que las dos cantidades se ajusten a la relación establecida por la ley entre las dos clases de monedas.”

Aunque cuando se prestan otro tipo de cosas fungible, indica el Código Civil en su artículo 2101: “Si se han prestado cosas fungibles que no sean dinero, se deberá restituir igual cantidad de cosas del mismo género y calidad sea que el precio de ellas haya bajado o subido en el intervalo. Y si esto no fuere posible o no lo exigiere el acreedor, podrá el mutuario pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago.”

2.2.7 Forma de perfeccionar el contrato

Siendo el mutuo un contrato real, se perfecciona por la tradición que transfiere el dominio de las especies mutuadas al mutuario. La tradición puede realizarse en las diversas formas previstas en el derecho, precisamente enumeradas en el artículo 700 del Código Civil, aplicable a las cosas corporales.

No se requiere otra solemnidad para que exista y sea válido, por sí mismo. Otra cuestión es de la prueba del mismo. Razonablemente se ha de dejar constancia del préstamo y generalmente se lo hace por medio de un escrito privado; si se quiere preestablecer una prueba plena, se recurre a un documento público o bien a la firma de los testigos con lo cual se obtiene el mismo efecto que el de un instrumento público. También se puede recurrir a la firma de un pagaré a la orden o a la aceptación de una letra de cambio, como instrumentos éstos propios de las relaciones de comercio, pero utilizables también en las civiles.

No es, pues, un requisito de forma, la celebración de escritura pública, aunque nada impide que voluntariamente se adopte esta forma que asegurara la prueba y permitirá el cobro mediante una opción ejecutiva. Se hace necesaria la escritura pública si se establece una hipoteca como garantía del préstamo; en este caso la escritura pública, además, ha de inscribirse en el registro de la propiedad, porque se constituye un gravamen real sobre un inmueble: no se cumplen estos requisitos por el contrato principal que es el de mutuo, sino por el accesorio, de garantía, que consiste en la hipoteca.

Sino consta por escrito de alguna manera, el mutuo, no podrá recurrirse a la prueba de testigos, si la obligación tiene una cuantía de mas de dos mil sucres, según ordena el artículo 1727 del Código Civil.

Varias sentencias han rechazado la acción ejecutiva para cobrar dinero dado a mutuo, por no haberse celebrado escritura pública o por no haberse

inscrita ésta, pero tales acciones no han prosperado, no por falta del mutuo, ni siquiera por falta de prueba de él, sino porque la acción ejecutiva requiere título ejecutivo y éste no se ha presentado: podía consistir en documento privado reconocido ante el Juez o con firma de dos testigos, o bien otro instrumento público o escritura pública inscrita o un pagare a la orden o una letra de cambio, que también son títulos ejecutivos.

En el lenguaje corriente se suele decir “mutuo hipotecario”, el que se garantiza con hipoteca; en realidad se trata de dos convenios: el principal es el mutuo y el accesorio, la garantía real. Nada impide que la hipoteca se establecida por persona distinta del deudor mutuario, ni tampoco se prohíbe que el garante asuma la obligación principal.

2.2.8 Obligaciones del mutuante

No se enumeran ni se expresan directamente las obligaciones del prestamista, sino que se desprenden de la índole misma del contrato y de la responsabilidad que se señala en el artículo 2106 del Código Civil. No se puede decir que sea obligación del mutuante, entregar la cosa prestada, ya que, en nuestro sistema, esa entrega perfecciona el mutuo y sin ella no hay contrato. Se puede concebir que exista una promesa de mutuo y entonces el cumplimiento de lo ofrecido sería obligación, pero anterior y distinta de la que nace del mutuo.

En cambio, resulta obvio que el prestamista debe respetar la propiedad, posesión y tenencia de la cosa que ha transferido el mutuario. Es obligación del prestamista, por tanto, la de no exigir la devolución antes del término establecido, salvo los casos que ya hemos indicado, en los que la ley permite exigir la devolución anticipada.

El mutuante debe entregar cosas que no causen daño al mutuario en forma parecida a como el vendedor responde por los vicios de las cosas vendidas,

el artículo 2106 dispone: “El mutuante es responsable de los perjuicios que experimente el mutuario por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada, bajo las condiciones expresadas en el artículo 2098”. (Es una errata de la publicación oficial: el artículo al que se refiere, sin duda es el Art.2088). Continúa el artículo, en el segundo inciso: “Si los vicios ocultos eran tales que, conocidos, no se hubiera probablemente celebrado el contrato, podrá el mutuario pedir que se rescinda”.

Finalmente el Código Civil, establece una sanción en su artículo 2106: “El mutuante es responsable de los perjuicios que experimente el mutuario por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada, bajo las condiciones expresadas en el Art. 2098. Si los vicios ocultos eran tales que, conocidos, no se hubiera probablemente celebrado el contrato, podrá el mutuario pedir que se rescinda.”

2.2.9 Obligaciones del mutuario

Parte esencial el contrato es la obligación que asume el mutuario de devolver. Esta devolución o pago debe hacerse al mismo mutuante a quien le represente o suceda.

Tiene importancia la identidad de la persona que recibe el préstamo, se puede decir que respecto de ella es un contrato intuitupersonae ya que la solvencia del deudor interesa de modo decisivo, poco importa, en cambio, quien se le preste. Por esta razón, el artículo 2049 Código Civil dispone que la persona a quien se ha encargado tomar dinero prestado, puede el mismo darlo a mutuo el interés corriente; pero, “facultado para tomar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí, sin aprobación del mandante”.

Es evidente que el dueño tiene el derecho de escoger la persona a quien se hace la confianza de prestar y el encargado de ello no puede calificarse a sí mismo como la persona adecuada para recibir el préstamo.

Como el mutuo es título de transferencia de la propiedad, se requiere en ambas partes la capacidad que permite enajenar y adquirir el dominio.

El artículo 2105 en el primer inciso establece: “Si hubiera prestado el que no tenía derecho de enajenar, se podrá reivindicar las especies, mientras conste su identidad”, pero hay que recordar que no es lo mismo “tener derecho de enajenar” que “tener capacidad” para hacerlo. El mencionado artículo se refiere al derecho, esto es, a la disponibilidad que tiene el derecho de enajenar lo que es suyo y como el mutuo implica una transferencia de dominio, se requiere que quien preste sea propietario, o pueda disponer de la propiedad, por ejemplo, por ser nudo propietario o por haber recibido poder del dueño para realizar este negocio jurídico. En cambio, la capacidad es la aptitud subjetiva para realizar actos o contratos y generalmente se aplica a todos ellos: una persona puede o no puede actuar por sí misma según tenga o no capacidad.

Los incapaces pueden obrar válidamente por medio de su representante legal. La ley trata de proteger especialmente a estas personas limitando algunas facultades de sus representantes y concretamente, el derecho muestra una cierta desconfianza respecto de entregar dinero a mutuo, por el peligro de no obtener devolución. Pero el guardador no sólo puede sino que debe “prestar el dinero ocioso del pupilo con las mejores seguridades, al interés corriente que se obtenga en la plaza”, como ordena el artículo 431 Código Civil.

El mandatario no puede tomar un mutuo el dinero que le haya confiado su mandante, porque esto implicaría calificar su propia solvencia, lo cual prohíbe el artículo 2049 Código Civil, mientras que en esta misma norma sí se permite que el apoderado de dinero en mutuo a favor de su comitente, si ha recibido el mandato de buscar tal crédito. No hay, sin embargo, una verdadera incapacidad del mandatario para tomar dinero de su mandante a mutuo, sino la necesidad de especial autorización

El tutor o curador, se encuentra en una situación semejante a la del mandatario con respecto al mutuo: no puede tomar dinero del pupilo, mientras que si puede prestar dinero al pupilo, sobre todo cuando son necesarios gastos y anticipa lo necesario, entonces puede reembolsar, como le establece el artículo 435 Código Civil, incluso cobrando los intereses corrientes en la plaza.

A la inversa el artículo 527 Código Civil establece que “no pueden ser tutores o curadores de una persona los acreedores o deudores de la misma”, de donde se ve que el mutuo ocasiona una especial incapacidad, sin embargo, el artículo siguiente mitiga el rigor de la disposición, permitiendo que sean guardadores testamentarios aquellos cuya deuda a crédito hayan sido conocidos por el testador. Y también el Juez puede dispensar del impedimento, “si los créditos o deuda fuere de poca importancia”.

2.2.10 El interés y la mora

Es cotidiano asociar al contrato de préstamo con la usura, por la similitud que poseen en cuanto al cobro de las tasas de interés y de mora. No obstante, hay que indicar de forma puntual que el cobro de interés es permitido en el contrato de préstamo, que se estipula en los siguientes cuerpos legales, siempre y cuando no sean abusivos.

Código de Comercio, artículo 557: “El préstamo mercantil devenga intereses, salvo convención en contrario. Deben hacerse por escrito la estipulación de intereses distintos del legal y la que exonere de intereses al deudor. Si la deuda consistiere, no en dinero, sino en otras especies, se estimarán éstas, para el cálculo de intereses, por su valor en el tiempo y lugar en que aquella se contrajo.”

Código de Comercio, artículo 558: “En los préstamos en que el deudor se comprometa a pagar en especies el valor recibido, o a cubrir, en su defecto, al acreedor otra cantidad fijada de antemano, la mora del deudor no dará más derecho al acreedor que a exigir la cantidad prestada, con los intereses

respectivos y la acción no podrá extenderse a más, ni bajo el concepto de cláusula penal.”

La norma que regula las tasas de interés por mora emitida por el Directorio del Banco Central del Ecuador, incentiva el pago de créditos a tiempo por parte de los clientes de las instituciones del sistema financiero nacional. La nueva norma establece una escala de porcentajes para el cálculo de la tasa por mora de hasta el 10% en las operaciones crediticias. Las liquidaciones se harán únicamente por el monto vencido del capital y solo desde la fecha del no pago hasta el día de cumplimiento de las obligaciones.

La normativa anterior, si bien establecía un recargo del interés por mora de hasta el 10% en función del comportamiento de pago de los clientes, los bancos consideraron siempre en sus liquidaciones la tasa máxima del 10%, pese a que podían cobrar menos en atención a los días de morosidad exclusivamente.

Código de Comercio, artículo 559: “En los casos en que por disposición legal está obligado el deudor a pagar al acreedor réditos de los valores que tiene en su poder, el tipo de estos réditos será el máximo permitido para el interés convencional.”

Un mismo sentido procura el Código Civil en su artículo 2109: “El interés convencional, civil o mercantil no podrá exceder de los tipos máximos que se fijaren de acuerdo con la ley; y en lo que excediere lo reducirán los tribunales aún sin solicitud del deudor.

Llámesese interés corriente el que se cobra en la plaza, siempre que no exceda del máximo del convencional determinado en este artículo.

Interés reajutable es el que varía periódicamente para adaptarse a las tasas determinadas por Directorio del Banco Central del Ecuador, que igualmente

determinará la tasa de interés de mora que se aplica a partir del vencimiento de la obligación.”

Finalmente, es importante agregar que la tasa de interés de crédito o de mora, no puede superar las tasas máximas estipuladas en la ley, de lo contrario, se estaría frente al delito de usura.

Código de Comercio, artículo 560: “El rédito convencional que los comerciantes establezcan en sus préstamos, no podrá exceder del tipo máximo fijado para el interés convencional de acuerdo con la Ley.”

Código de Comercio, artículo 563: “Siempre que un acreedor haya dado recibo a su deudor por la totalidad del capital de la deuda, sin reservarse expresamente la reclamación de réditos, se tendrán éstos por condonados.”

2.2.11 La usura

La represión de la usura, cobro desmedido de intereses, ha preocupado a los legisladores de todos los tiempos y lugares. Planiol considera que “mil modos existen para los verdaderos usureros, por los cuales se burlan de estas disposiciones y la inseguridad que echan sobre el comercio honrado puede ser fatal” y este autor concluye: “Por repudiable que sea la usura, puede pensarse que una buena organización del crédito es mejor, si se quiere, suprimirla en nuestra civilización actual, que las disposiciones rígidas de la ley”. En nuestro Derecho actual tenemos varias disposiciones para combatir la usura, además de la sanción penal.

La principal presunción civil de intereses usurarios, está indicada en el inciso final del Código Civil artículo 2115: “Se presumirá existir usura, cuando el acreedor otorga recibos o cartas de pago de intereses, o hace anotaciones en el documento, relativas a la obligación, sin determinar concretamente el monto del valor recibido”.

También se trata de impedir el cobro usurario, el Código Civil artículo 2114: “En los préstamos en que el deudor se compromete a pagar en especie el valor recibido, o a cubrir, en su defecto, al acreedor otra cantidad fijada de antemano, la mora del deudor no determinará más derecho en el acreedor que exigir la cantidad prestada con los intereses respectivos, de cuya proporción no podrá exceder su acción, ni bajo el concepto de cláusula penal”.

La sanción civil generalmente admitida por el cobro excesivo consiste en imputar al capital lo que se haya pagado por la usura, pero también se puede agravar la sanción con una pena o multa, como la que estableció en el Ecuador la Ley del 11 de octubre de 1956, actualmente incorporada en el Código Civil en el artículo 2115: “El acreedor que pactare o percibiere intereses superiores al máximo permitido con arreglo a la ley, aun cuando fuere en concepto de cláusula penal, perderá el veinte por ciento de su crédito, que será entregado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social,

para el Seguro Social del Campesinado, aparte de las demás sanciones a que hubiere lugar, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2111”. Esto último en la imputación al capital.

Código Orgánico Integral Penal, artículo 309: “Usura.- La persona que otorgue un préstamo directa o indirectamente y estipule un interés mayor que el permitido por ley, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Cuando el perjuicio se extienda a más de cinco personas, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La persona que simule la existencia de un negocio jurídico y oculte un préstamo usurario, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

En estos casos se ordenará la devolución a la víctima de lo hipotecado o prendado y la restitución de todo lo pagado de manera ilegal.”

2.2.12 Anatocismo

El anatocismo consiste en pagar intereses sobre los intereses adeudados. Este sistema se ha considerado usurario, aunque algunos autores piensan que no se puede impedir la consolidación de los intereses con el capital.

El interés compuesto o anatocismo, se ha tolerado por las leyes bajo algunas condiciones; por ejemplo, en Francia se permitía la capitalización de los intereses siempre que hubiere pasado un año más; si se permitiera esta capitalización en periodos breves, indudablemente se llegaría a cobros desmedidos.

El Código Civil artículo 2113 establece terminantemente: “Se prohíbe estipular intereses de intereses”. Existe abundante jurisprudencia que condena igualmente el anatocismo.

Constitución de la República del Ecuador, artículo 308: “Las actividades financieras son un servicio de orden público y podrán ejercerse, previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley; tendrán la finalidad fundamental de preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país. Las actividades financieras intermediarán de forma eficiente los recursos captados para fortalecer la inversión productiva nacional y el consumo social y ambientalmente responsable.

El Estado fomentará el acceso a los servicios financieros y a la democratización del crédito. Se prohíben las prácticas colusorias, el anatocismo y la usura.”

2.2.13 Las garantías

Cuando adquirimos una obligación, nos estamos comprometiendo con todos nuestros bienes, para el cumplimiento de la misma, frente al acreedor ya que estos bienes presentes o futuros del deudor, constituyen prenda general del cumplimiento de las obligaciones. Esto ha permitido que las personas seamos sujetos de crédito, muchas de las veces se presta dinero no solamente porque se quiere obtener lucro, sino fundamentalmente porque se tiene confianza en la persona que está recibiendo, para que cubra la obligación. En la práctica hay deudores que si cumplen con sus obligaciones pero otros no y esto ha permitido que los acreedores se aseguren fortaleciendo al deudor con determinadas circunstancias, personales o reales para que de mejor manera, intenten responder a esa acreencia.

Los riesgos que para el acreedor significa la insolvencia del deudor disminuyen cuando ha tenido la preocupación de obtener adecuadas garantías, encaminadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y que, pueden revestir variadas formas. Las más importantes garantías obedecen a la denominación genérica de cauciones. El Art. 31 Código

Civillas define y expresa que caución es “cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena”. Y agrega que “Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca”.

2.2.14 Garantías personales y reales

Las garantías pueden dividirse en dos grandes grupos: personales y reales.

En la práctica se encuentra un conjunto de garantías que tienen relación con las personas, es decir una persona garantiza a otra el cumplimiento de sus obligaciones y estas son las garantías personales, que no tienen restricción, ya que la puede asumir cualquiera que tenga capacidad de acuerdo a nuestra legislación civil y sin límites, ya que el único que puede poner un límite es el acreedor en cuanto al monto de la obligación, como ocurre en un crédito bancario. Esta garantía se caracteriza porque el acreedor dispone de otro patrimonio, además del patrimonio del deudor, para perseguir el cumplimiento de la obligación. Ejemplo la fianza, la solidaridad pasiva, la cláusula penal, etc.

Sin embargo más eficaces son las garantías reales, ya que se caracterizan porque afectan determinados bienes al cumplimiento de la obligación, siendo más importantes y típicas la prenda y la hipoteca; porque otorgan al acreedor dos inestimables ventajas: el derecho de persecución y el de pago preferente.

Los bienes hipotecados y empeñados no escapan a la persecución del acreedor por el hecho de que salgan del patrimonio del deudor, es más, puede perseguir estos bienes en manos de quienquiera que los posea y a cualquier título que los haya adquirido, conforme así lo disponen los artículos 2295 y 2330 Código Civil.

Espinoza Prado: “De otro lado, ya los persiga en poder del deudor o de un tercero, el acreedor prendario o hipotecario goza de la ventaja de pagarse con tales bienes con preferencia a otros acreedores.” (Espinoza Prado, Oswaldo. Principales Contratos en el Código Civil. Págs. 67, 69, 70.).

UNIDAD III

LA HIPOTECA

2.3 La hipoteca

Dentro de la presente parte del trabajo se tratará lo correspondiente a la figura jurídica de hipoteca y su carácter de garantía real.

2.3.1 Etimología

La palabra Hipoteca proviene del griego hypotheke, está compuesta del prefijo “hypo” que significa de bajo de y “theke” que quiere decir caja, bolsa o depósito; sin embargo, esta palabra proviene del verbo “títhemil” que significa establecer o colocar, el elemento “theke” en su mayoría significa meramente algo colocado o también depositado.

Así también en griego clásico hypotheke en principio fue definido como cimiento o fundamento “algo colocado debajo”.

Después pasó a significar préstamo lo cual ha sustentado la tenencia de bienes que si no se habrían perdido instantáneamente y que permiten momentáneamente mantener los siempre que se pueda saldar la deuda.

2.3.2 Concepto

De acuerdo al artículo 2309 del Código Civil la Hipoteca está definida como: “Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.”

La hipoteca es un derecho real según el artículo 595 del Código Civil “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”.

Somarriva la define 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” (SomarrivaUndurraga, Manuel, Tratado de las Cauciones, Santiago de Chile, Editorial Jurídica EdiarConoSurLtda, 2012, p. 309)

2.3.3 Breve reseña histórica

En el Derecho Romano, fuente de todas las legislaciones que rigen el mundo civilizado, la hipoteca es un contrato, en virtud del cual el deudor obliga sus bienes inmuebles al cumplimiento de otra obligación, esta figura debido a las similitudes que guarda con la prenda, es considerada como una de sus especies, en la antigüedad para su celebración no había necesidad de que interviniese autoridad alguna.

Entre romanos el derecho de hipoteca no reconocía límites, es decir era lícito garantizar con ella toda clase de créditos, hasta los indeterminados, es por esta razón que se podía extender a todos los bienes, así presentes como futuros del deudor.

El contrato de hipoteca también tuvo su trayectoria en Grecia; y, era allí tan público, que los signos aparentes de que se valían para representarlo, designaban claramente los inmuebles hipotecados. De lo público que era en Grecia y Atenas, pasó a ser oculto en Roma; a una publicidad excesiva en las primeras, sucedió un silencio sepulcral en la última.

De esta manera se admitió el derecho de poder hipotecar todos los bienes. Tan magna diferencia, según CastanTobeñas: “Provino del carácter y costumbres especiales del pueblo romano, que era esencialmente guerrero, anhelante de conquistas, desinformado en industrias y despreciador del comercio; con estos antecedentes el crédito no podía ni debía nacer en Roma, sino en tal sentido otros pueblos y formalmente en los modernos, en los cuales se cultivan tanto las industrias como el comercio. (CASTAN TOBEÑAS, José, en su obra Derecho Español, común y foral, Tomo II, España, Instituto Editorial REUS, 9na edición, 1957, página 480 y ss.)

Durante largo tiempo primó en las naciones que heredaron la civilización romana esta manera de entender y practicar la hipoteca. A ello contribuyó, como resultado, el atraso comercial y social que a la par imperaba, el respeto y la veneración profundos con que eran miradas las instituciones de Roma; respeto y veneración repito que iban, hasta calificarlos, según lo hicieron los antiguos jurisconsultos franceses, de razón escrita con lo cual querían significar que ellos estimaban las leyes romanas como obra perfecta, como expresión certera infinita y eterna y que, por lo tanto, no eran susceptibles de variación o aptas para opinión. Más sin embargo es preciso denotar que la imperfección es nota esencial de todo lo humano.

En el decurso de la vida de los pueblos es deber supremo de cada generación mejorar el legado de cultura que le es heredado. Así, andando los tiempos, como se notará, a la luz de los progresos alcanzados, la hipoteca, tal como se hallaba establecida, lejos de ser benéfica y garantía eficaz del crédito, constituía una traba para el comercio y preparaba la ruina de los que en ella se fiaban sin tener un manejo adecuado de la misma, por ende se pensó en reformarla para que ya madura ella pueda ser la garantía más perfecta de las obligaciones.

Entre las innovaciones que en Francia recibió el contrato de hipoteca debe mencionarse la de haber exigido que para su validez era necesario extender una acta autentica; fue este un paso de progreso que se encaminaba a la exposición sin embargo quedaba por corregir lo limitado del contrato, o sea la facultad de hipotecar todos los bienes que originaba consecuencias perjudiciales para los contratantes ya que usaban desmesuradamente la figura.

Batlle Vázquez: “Señala que en la época para remediar en lo posible lo mencionado se estableció, "que ninguna persona, de la calidad y condición que fuese, pudiese prestar hipoteca sin que demostrase previamente que deudas tenía, a que personas debía; y, que bienes suyos estaban obligados a esas deudas”; pese a tan sabia advertencia dichas disposiciones no fueron observadas.” (BATLLE VÁZQUEZ, M. y otros, en la obra Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, t. 1, Artículos 1 a 41, dirección M. Albaladejo, Revista de Derecho Privado-EDERSA, Madrid, 1978. pág. 84,)

Bajo este concepto por mucho tiempo hubo división entre los jurisconsultos; unos eran partidarios del régimen de los romanos tradicional y otros del grupo que exigía la publicidad; y, así los unos como los otros presentaban razones para sostener su doctrina; pero el consejo de Estado encargado del estudio de la materia adoptó el doble principio de la publicidad y de la especialidad de la hipoteca.

En el Derecho francés moderno están admitidos y exigidos como indispensables para la constitución de la hipoteca los dos principios de que se ha hablado.

Precisamente al estar nuestro derecho marcado por influencias del derecho romano y chileno desde que se adoptó el código civil que rige en la actualidad, se hizo necesaria la publicidad y la especificación para la validez de las hipotecas, puesto que se exige la inscripción en el respectivo Registro de la Propiedad del cantón al que corresponde el bien.

Se utiliza la hipoteca de bienes al acreedor para garantizar las deudas, si no cumplen con la obligación se rematará el bien hipotecado, la noción de la hipoteca es la que mediante la cual se afectan los bienes en garantía de las deudas. Sin embargo esos bienes permanecen en poder, en manos, en la posesión y en la propiedad de los mismos deudores.

Nuestra legislación admite la hipoteca en su generalidad y en su uso frecuente sobre bienes inmuebles, más cabe recalcar que también admite la hipoteca sobre bienes muebles como naves y aeronaves.

2.3.4 Clases de bienes sobre los que puede constituirse una hipoteca

Aunque convencionalmente solo se constituye hipoteca sobre los bienes inmuebles, tales como: terrenos, casas, edificios, etc. En la actualidad es posible constituir hipoteca sobre otras clases de bienes.

a) Bienes inmuebles

La hipoteca se constituye sobre bienes inmuebles, nuestra legislación recordemos también acepta el caso de bienes muebles, es un derecho real que nace de un contrato, es una manifestación de voluntad por la cual un deudor o un tercero constituye un gravamen a favor del acreedor sobre bienes inmuebles, los cuales sirven de garantía para el cumplimiento de una obligación principal permitiendo que el deudor mantenga el dominio por tanto del bien.

b) Naves marítimas

Aunque la hipoteca se extiende a los bienes inmuebles y la prenda a los muebles, la normativa precisa excepciones en los objetos que pueden ser hipotecados, tal es el caso de los buques.

La decisión 487 Garantías Marítimas y Embargo Preventivo de Buques, que rige en la Comunidad Andina, comunidad de la que el Ecuador es miembro, señala lo siguiente.

Artículo 1: “Buque o Nave: Es toda construcción flotante con medios de propulsión propios destinada a la navegación por agua, que se utiliza en el comercio para el transporte de carga o pasajeros o de ambos, de más de 500 toneladas de registro bruto. Modificado por Decisión 532: Toda construcción flotante apta para navegar, cualquiera que sea su tipo, clase o dimensión.”

Tómese en cuenta que, dentro de la definición de buques se le considera a este como una construcción flotante, acercándose más al concepto de inmueble que al de los muebles. Es posible que en esta función se le considere al buque como un objeto de la hipoteca, contrariamente a lo que se plantearía.

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

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

Dentro del artículo 2, se hace referencia a que la garantía que se constituye sobre los buques es la de hipoteca y para constituirse es necesario que se le inscriba previamente en el Registro de Buques del respectivo País Miembro, a fin de que este quede sujeto a una supervisión.

Artículo 3: “Requisitos y carácter constitutivo de la inscripción.- La hipoteca naval se constituye por escritura pública y debe inscribirse en el Registro de Buques para que surta los efectos que esta Decisión le reconoce. Las hipotecas navales no serán válidas ni oponibles a terceros hasta que no se haya practicado su inscripción en el Registro de Buques respectivo.”

c) Aeronaves

Por otro lado la hipoteca también puede ser constituida sobre una aeronave, en el presente caso la figura de la hipoteca se vuelve aún más contradictoria, ya que una aeronave es esencialmente una máquina y porque su objeto es el de trasladarse de un lugar a otro de forma constante.

El Código Aeronáutico manifiesta, Capítulo VI Hipoteca aeronáutica.

Artículo 199: “No obstante su condición de bienes muebles, las aeronaves son susceptibles de hipoteca, en todo o en parte y aun cuando estén en construcción. Este contrato se regirá por las disposiciones de este Código, las aplicables del Código Civil a la hipoteca de bienes inmuebles y en su defecto, a las pertinentes del Código de Comercio.”

Incluso dentro del artículo citado, se acuerda que la aeronave es esencialmente un mueble, no obstante, se indica con claridad que para efectos de constituirse en garantía se hará por medio de una hipoteca y que incluso se habrá de regir según el Código Civil.

Artículo 200: “La hipoteca aeronáutica deberá constituirse por instrumento público o privado legalmente reconocido, así como autenticado, si fuere del caso, e inscribirse en el Registro Nacional de Aeronaves. La inscripción confiere al acreedor derecho de preferencia en el orden en que se haya efectuado.

En el instrumento de hipoteca aeronáutica deberá constar con precisión:

1. El nombre, apellido y domicilio de las partes contratantes;
2. La matrícula de la aeronave;
3. Los seguros que cubran la aeronave; y,
4. El importe del crédito asegurado por la hipoteca aeronáutica, los intereses estipulados, el plazo del contrato, así como el lugar de pago.

Si la aeronave se halla en construcción, se hará, además de los datos de los numerales 1 y 4 la transcripción del contrato de construcción y se indicará la etapa en que se halle dicha construcción al momento de constituirse la hipoteca, consignándose los datos de inscripción en una sección especial del registro de aeronaves.”

Artículo 204: “La hipoteca aeronáutica debidamente constituida conferirá derecho preferente inmediatamente después de los créditos privilegiados establecidos en este Código y causará privilegio y preferencia respecto de cualquier otro crédito con privilegio general o especial.”

2.3.5 Fundamentación normativa

Por su gran trascendencia, la hipoteca tiene el carácter de un contrato solemne. En este orden, el inc. 1º del Código Civil, artículo 2311 dispone: “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 en que conste la hipoteca y “el contrato a que accede”, expone el inc. 2º de la norma invocada.

Y el Código Civil, artículo 2312 añade: “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”.

Sacasari A. Geovanni: “Por regla general la hipoteca se otorgará por escritura pública, salvo algunas cuestiones especiales, establecidas por la ley. La hipoteca, como recae sobre inmuebles, aunque no implique transferencia de dominio, debe necesariamente inscribirse en el Registro de la Propiedad, pues solo a partir de su inscripción surten los efectos legales correspondientes. Si no se inscribe no hay hipoteca, aunque se haya celebrado por escritura pública.” (SACASARI A. GEOVANNI. Apuntes de clases. Derecho Mercantil I y II. (Séptimo y Octavo ciclo 2011 – 2012; Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia, Escuela de Derecho, p. 43)

Los contratos de hipoteca, celebrados en país extranjero, sobre bienes situados en Ecuador, están sujetos a las mismas formas que si se otorgan en el país. Naturalmente, el contrato deberá otorgarse por escritura pública, con arreglo al Art. 17 cualquiera que sea el valor que en el país en que se celebró se atribuya a las escrituras privadas. De idéntica forma el contrato deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad del cantón.

Al respecto, el Código Civil, artículo 2313 dispone: “Los contratos hipotecarios celebrados en nación extranjera surtirán efecto, con respecto a los bienes situados en el Ecuador, con tal que se inscriban en el registro del cantón donde dichos bienes existan”

El Código Civil, artículo 2333 dispone: “La hipoteca podrá limitarse a una determinada cantidad, con tal que así se exprese de un modo inequívoco; pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del valor conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado.”

Por consiguiente, si no se ha limitado el monto de la hipoteca, la ley le pone un límite. Así pues, como la disposición se refiere al importe “conocido o presunto” de la obligación caucionada, queda en claro que el monto de esta obligación puede ser determinado o indeterminado.

En este orden, con el objeto de evitar una incertidumbre que puede ser gravemente perjudicial para su crédito, “el deudor tendrá derecho a que se reduzca la hipoteca a dicho importe”, o sea, el doble del valor conocido o presunto de la obligación caucionada.

2.3.6 Características

Para definir las características de la hipoteca tomaremos como base a la legislación vigente en el Ecuador de la siguiente manera:

- **Solemne:** Artículo 2311 del Código Civil: “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”. Adicionalmente el artículo 2312 del mismo Código Civil establece que “La hipoteca deberá además, ser inscrita en el registro correspondiente. Sin este requisito, no tendrá valor alguno, ni se contara su fecha sino desde la inscripción.
- **Bilateral:** Únicamente se obliga el que constituye la hipoteca y al deudor, en determinados casos a un fiador hipotecario.
- **No resta la posesión del propietario:** La hipoteca es un derecho sobre la cosa de otro; pero no quita al propietario la posesión del inmueble hipotecado, sino que solamente da al acreedor la facultad de hacerse pagar con él o con su precio.
- **Derecho real:** La hipoteca es un derecho real en consecuencia, el acreedor hipotecario puede perseguir su derecho sobre la cosa contra cualquier poseedor y tiene prelación sobre los simples acreedores.
- **Accesorio:** Necesita la existencia de un contrato principal y la hipoteca seguirá la misma suerte del contrato principal.

- **Indivisible:** Según lo establecido en el artículo 2310 del Código Civil: “La hipoteca es indivisible”. Es decir todos los bienes que sean hipotecados están obligados al pago de toda la deuda.

2.3.7 Clases de hipoteca

Nuestra legislación no determina de manera clara las clases de hipoteca, sin embargo los mismos se han determinado en base a la costumbre y es de tal suerte que son la hipoteca cerrada y la hipoteca abierta de cuantía indeterminada, ambas tienen en común, respaldar o garantizar el pago de una obligación a favor del acreedor, sin embargo, es preciso resaltar algunas de las características principales o diferencias de estos dos tipos.

- a) Hipoteca cerrada:** es aquella que se constituye con el fin de garantizar única y exclusivamente una obligación determinada, es decir, un sólo crédito con unas condiciones de pago específicas, inamovibles e inmodificables, que no se alteraran bajo concepto alguno, por ejemplo los puntos más comunes en este tipo de hipoteca es el valor y el plazo.

Así mismo el artículo 2333 del Código Civil Ecuatoriano respecto de esto señala “La hipoteca podrá limitarse a una determinada cantidad, con tal que así se exprese de un modo inequívoco; pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del valor conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado.

El deudor tendrá 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 la cuantía que se fijare en la segunda”.

b) Hipoteca abierta de cuantía indeterminada: es la hipoteca que se constituye con el fin de garantizar una o varias obligaciones a cargo del deudor y a favor del acreedor, estas obligaciones pueden surgir durante la vigencia de la relación contractual entre las partes, es decir que son obligaciones varias; y, normalmente se derivan de los diversos productos y servicios ofrecidos por las entidades financieras, éstas obligaciones varias pueden datar de varios préstamos sucesivos concedidos a un solo deudor.

En base a lo dicho este tipo de hipoteca garantizará el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que el deudor contraiga para con el acreedor, sin importar la cuantía a la cual ascienda el total de la deuda, el plazo o las condiciones para el pago.

En cualquiera de ambos casos, la constitución de una hipoteca, deberá hacerse en forma solemne, es decir mediante escritura pública, otorgada por el deudor, el acreedor y según el caso por el fiador hipotecario, esto será ante un Notario Público y formalizado se inscribirá en el Registro de la Propiedad del cantón al que pertenece el inmueble.

2.3.8 Objeto

Este derecho real de garantía, denominado con más precisión como hipoteca, es un derecho accesorio por el que una persona (hipotecante/deudor) afecta un bien inmueble de su propiedad en garantía del cumplimiento de una obligación propia o ajena. Cuando el hipotecante no es el deudor de la obligación que se garantiza, se denomina también fiador hipotecario.

La persona cuyo derecho de crédito está garantizado mediante la hipoteca se denomina acreedor hipotecario. En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el bien puede ser enajenado y con su producto pagar la deuda asegurada (ejecución hipotecaria). El derecho real de hipoteca es

indivisible, transmisible, debe constituirse necesariamente en escritura pública y ha de inscribirse en el Registro de la propiedad. Pueden hipotecarse toda clase de bienes inmuebles registrables, así como los derechos reales enajenables que se constituyan sobre dichos inmuebles.

Mas analíticamente, el derecho real es convencionalmente constituido sobre uno o varios inmuebles especial y expresamente determinados, para garantizar, previa publicidad para hacerlo oponible a terceros, por medio del juspersequendi (que le permite caer sobre la o las cosas afectadas en cualquier mano que se encuentre) y del juspreferendi (derecho a cobrarse con privilegio sobre el precio obtenido de la ejecución de la o las mismas) un crédito cierto y determinado en dinero del cual resulta accesoria, permaneciendo el o los inmuebles en poder del propietario, que puede ser el deudor del crédito garantizado o un tercero que afecta su inmueble sin obligarse personalmente, conservando dicho constituyente las facultades inherentes a su derecho de propiedad sobre la cosa, siempre y cuando su ejercicio no redunde en perjuicio de la garantía que la afecta.

2.3.9 Forma de cancelar la hipoteca

Según el artículo 2336 del Código Civil: “La hipoteca se extingue junto con la obligación principal. Se extingue, asimismo, por la resolución del derecho del que la constituyo, 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”.

El artículo citado indica que una vez que se extingue la obligación principal, que vendría a ser el contrato de préstamo de mutuo, la hipoteca ya no tiene una razón de ser, ya que al tratarse de una garantía real, lo que hace es respaldar la obligación y en esta razón cuando el deudor paga el contrato de préstamo, lo lógico es que la escritura se cancele.

El trámite para la cancelación de que hipoteca debe ser realizado por escritura pública, en la cual el acreedor autoriza levantar la hipoteca, posteriormente a esto se debe llevar la escritura al Registro de la Propiedad para su inscripción.

Realizada la inscripción, se puede constatar mediante un certificado de gravámenes que sobre el bien ya no pesa la hipoteca y de esta forma se da por concluido el trámite.

UNIDAD IV

EFFECTOS DE LA HIPOTECA, FRENTE AL CONTRATO DE PRÉSTAMO DE MUTUO

2.4 Efectos de la hipoteca, frente al contrato de préstamo de mutuo

A continuación se pasa a revisar los principales efectos que causa la hipoteca en el contrato de préstamo de mutuo.

2.4.1 Derecho de venta

Respecto de la finca hipotecada, el acreedor hipotecario tiene el derecho de hacerla vender para pagar con el producto.

Al respecto, el Código Civil, artículo 2326 ordena: “El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar con las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda”. Es decir el acreedor tiene derecho, una vez que ya está con la ejecución a que se le pague con el producto del remate, con privilegio lo que se le debe, esto es capital, intereses convenidos, de mora y las costas.

2.4.2 Derecho de persecución de la finca hipotecada

La enajenación de la finca hipotecada no afecta al derecho de hipoteca ni a la acción hipotecaria; toda vez que, la hipoteca es un derecho real que sigue a la finca; mientras que, la acción hipotecaria podrá dirigirse contra el actual propietario. Al respecto el Código Civil, artículo 2330 dispone: “La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido”.

2.4.3 Derecho de preferencia

Según el Código Civil, artículo 2372 las causas de preferencia son el privilegio y la hipoteca. El derecho de preferencia, junto con el derecho de persecución otorga a la hipoteca su extraordinaria eficacia como garantía.

De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 2379, la hipoteca corresponde a la tercera clase de créditos.

2.4.4 Extinción por pago de la obligación principal

Finalmente la norma antes invocada ordena que la hipoteca se extingue “por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva”. La disposición no se refiere al acuerdo entre las partes, sino al consentimiento del acreedor, ya que este es el único que tiene la potestad para hacerlo, ya que incluso puede cancelar la hipoteca, sin que se le haya pagado la obligación principal, si así lo decide el acreedor.

La hipoteca sigue la suerte de la obligación principal, si esta se extingue por pago o prescripción, se extingue también la hipoteca; si la obligación principal se declara anulada queda invalidada la hipoteca. Sobre este punto hay que distinguir la extinción del derecho real de hipoteca y la cancelación de su inscripción en el registro de la propiedad.

Es posible que la obligación principal se haya extinguido o anulado y que, sin embargo, no se haya procedido a cancelar la hipoteca en el registro. La cancelación es nada más que el cumplimiento de una mera formalidad; hasta que no se cumpla podrá tener algunos inconvenientes para la disponibilidad del bien, pero de cualquier manera la hipoteca está ya extinguida.

2.4.5 Ejecución hipotecaria

GomezSanchez: “La ejecución hipotecaria es una modalidad a través de la cual se realiza el bien o derechos hipotecados para dar satisfacción al acreedor ejecutante. Éste, ante el impago del crédito por parte del deudor, solicita la realización del bien sobre el que recae el derecho de la hipoteca.” (GomezSanchez, J., La Ejecución Civil, Dykinson, México, 2002, p.13)

Para el deudor significa la pérdida de su hogar y del patrimonio que invirtió en él, si el crédito está vencido sigue debiendo la diferencia entre el monto adeudado y el avalúo de la casa y su historial crediticio se deteriora.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1 HIPÓTESIS GENERAL

¿Es relevante determinar a través de un análisis jurídico como la hipoteca incide como garantía del contrato de préstamo de mutuo en las sentencias dictadas por la Unidad Judicial Civil y Mercantil de la ciudad de Riobamba periodo 2015?

3.2. VARIABLES

3.2.1 Variable Independiente

La hipoteca

3.2.2 Variable dependiente

El contrato de préstamo de mutuo

3.1.3 Operacionalización de las variables

Variable independiente: La hipoteca

CUADRO N° 1

VARIABLE INDEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADOR	TÉCNICA E INSTRUMENTO DE INVESTIGACION
La hipoteca	Código Civil, Art. 2309.- Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor. 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.	Derecho civil	Obligaciones y contratos Efectos de garantía	Encuesta

Fuente: Operacionalización de las variables.

Elaborado por: Mónica Gissela Murillo Pulgar.

Variable Dependiente:El contrato de préstamo de mutuo.

CUADRO N° 2

VARIABLE DEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADOR	TÉCNICA E INSTRUMENTO DE INVESTIGACION
El contrato de préstamo de mutuo	Código Civil, Art. 2099.-Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad. Art. 2100.- No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición y la tradición transfiere el dominio.	Derecho civil Obligaciones y contratos	Contratos	Encuesta Entrevista

Fuente: Operacionalización de las variables

Elaborado por: María Mónica Gissela Murillo Pulgar

3.2 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

Contrato.- Según Guillermo Ospina: “Es el concurso real de las voluntades de dos o más personas encaminado a la creación de obligaciones. Esta fuente es pues un acto jurídico típico y caracterizado, puesto que sus efectos se producen en razón de la voluntad de los agentes.”

Obligación.- La obligación en esencia es un vínculo de derecho entre dos personas. Los romanos lo expresaban con claridad: “obligatio est iuris vinculum”. Es un vínculo en virtud del cual una de las personas puede exigir a la otra un determinado comportamiento o conducta, es decir, puede exigir a la otra una prestación.

Contrato de préstamo de mutuo.- Código Civil.- Art. 2099: “Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.” Art. 2100: “No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición y la tradición transfiere el dominio.”

Garantía crediticia.- Las garantías son todos los medios que respaldan o aseguran el pago o reembolso de los créditos otorgados. El requerimiento de garantías para respaldar los créditos que se otorgan, no está basado en previsión de tener que recurrir a un procedimiento judicial para obtener el reembolso. La garantía es un colateral, no es la base sobre la cual se fundamenta el crédito.

Hipoteca.- Código Civil.- Art. 2309: “Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.” 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.”

3.3 Enfoque de la Investigación

Modalidad básica de la investigación

El enfoque de la presente investigación es cualitativo y cuantitativo porque en primer término estudia a la hipoteca como garantía del contrato de préstamo de mutuo.

Y cuantitativa porque se aplicara procesos estadísticos que permitan verificar la hipótesis planteada en relación a la garantía y cobertura que ejerce la hipoteca frente al contrato de préstamo.

3.4 Tipo de Investigación

Documental bibliográfica.- La investigación se realizara apoyándose en fuentes bibliográfica, hemerográfica y archivística; la primera se basa en la consulta de libros de primera instancia y segunda, estrictamente pegados a la Constitución de la República del Ecuador.

La segunda en artículos o ensayos de revistas y periódicos y la tercera en documentos que se encuentran en los archivos, como cartas, oficios, circulares, expedientes y direcciones electrónicas que se han emitido sobre este tema en particular.

De campo.- Se investigó en el lugar de los hechos, es decir el contacto directo del investigador con la realidad de la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba y Abogados especialistas en Derecho Civil, donde se aplicó las encuestas y entrevistas correspondientes.

3.5 Métodos de investigación

INDUCTIVO: Porque analizaremos otros factores como por ejemplo la revisión casuística.

DEDUCTIVO: Porque detallaremos toda la estructura determinada en la Constitución lo referente a Garantías y Derechos.

ANALÍTICO-SINTÉTICO: Porque este método hizo posible la comprensión de todo hecho, fenómeno, idea, caso, etc.

HISTÓRICO- LÓGICO: Porque analicé científicamente los hechos, ideas del pasado comparándolo con hechos actuales.

DESCRIPTIVO- SISTÉMICO: Porque fue una observación actual de los fenómenos y casos, procurando la interpretación racional.

MÉTODO DIALECTICO: Que permite la confirmación de ideas en base a una hipótesis.

MÉTODO DE LA FENOMENOLOGÍA: Realiza el estudio de hechos como han sucedido sin tintes subjetivos ni prejuizgamientos.

MÉTODO COMPARADO: Identificar ordenamientos jurídicos de diferentes Estados; que puedan contribuir que puedan contribuir al entendimiento de los Derechos Fundamentales.

MÉTODO CONCEPTUAL: Su objetivo es clasificar los conceptos, para arribar a definiciones precisas.

3.6 POBLACIÓN Y MUESTRA

3.6.1 POBLACION

La población implicada en la presente investigación está constituida por los siguientes involucrados que son los jueces de la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba y 10 Abogados especialistas en Derecho Civil.

POBLACIÓN:	N.-
Jueces de la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba	5
Abogados especialistas en Derecho Civil	10
Total	15

3.6.2 MUESTRA

La población y la muestra no tienen otro fin que ayudarnos a identificar las personas o los actores reales que serán parte de la investigación o los que aportarán con sus conocimientos en la elaboración de la misma, conocimientos que los encontraremos luego de determinar la cantidad de persona y cuáles van a ser los entrevistados o encuestados, para poder extraer sus conocimientos.

Como la población no es cuantiosa, no existe la necesidad de tomar una muestra, por cuanto la investigación de campo abarcará el universo.

3.7 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS

Las entrevistas

Las entrevistas serán aplicadas a los jueces de la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba

Las encuestas

Las encuestas serán aplicadas a los Abogados especialistas en Derecho Civil.

3.8 INSTRUMENTOS

Cuestionario de entrevistas.

Cuestionario de encuestas.

3.9 TÉCNICAS DE PROCEDIMIENTO, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Para el procesamiento, análisis y discusión de resultados se utilizarán técnicas estadísticas y lógicas.

La interpretación de los datos se lo realizará a través de la inducción, el análisis y la síntesis, para lo cual se tomará en cuenta la información recabada en las entrevistas serán aplicadas a los Jueces de la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba y 10 Abogados especialistas en Derecho Civil.

ENTREVISTA DIRIGIDA A: Jueces de la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba

Juez 1

1. ¿Qué es la hipoteca?

Es un derecho de prenda constituido sobre un bien inmueble y debe constituirse por escritura pública o mandato de ley.

2. ¿Qué es el contrato de préstamo de mutuo?

Es un contrato en el cual una persona jurídica o natural entrega a otra cosas fungibles con la obligación de devolver lo prestado.

3. Considera que: la hipoteca brinda una cobertura eficiente al contrato de préstamo de mutuo.

La hipoteca respalda el préstamo para que en caso del no cumplimiento del mismo se lo haga efectivo y el acreedor recupere lo entregado

4. Piensa que la hipoteca es un medio adecuado para recaudar el dinero adeudado, ante el no pago del contrato de préstamo de mutuo.

Claro, por ello se constituye un derecho a favor del acreedor siempre y cuando se lo haga efectivo en legal y debida forma.

Juez 2

1. ¿Qué es la hipoteca?

Desde la aceptación como derecho real accesorio, es el que grava bienes inmuebles o algunos muebles (buques o aeronaves) para garantía del cumplimiento de la obligación.

2. ¿Qué es el contrato de préstamo de mutuo?

Es el que una persona entrega a otra, ya sea gratuitamente o no, para que el mutuario pueda consumir la obligación de devolver lo prestado en el tiempo estipulado.

3. Considera que: la hipoteca brinda una cobertura eficiente al contrato de préstamo de mutuo.

Sí, por cuanto al no cumplir la obligación en el tiempo convenido, se lleva a subasta pública y así cobrar la parte del acreedor.

4. Piensa que la hipoteca es un medio adecuado para recaudar el dinero adeudado, ante el no pago del contrato de préstamo de mutuo.

Sí es un medio adecuado

Juez 3

1. ¿Qué es la hipoteca?

Es un derecho real que recae sobre bienes que se mantienen en posesión de su propietario, pero que garantizan una obligación

2. ¿Qué es el contrato de préstamo de mutuo?

Es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra cosas fungibles, con cargo a restituirse por otras de la misma cantidad o género.

3. Considera que: la hipoteca brinda una cobertura eficiente al contrato de préstamo de mutuo.

La hipoteca es un derecho real que tiene tercera clase en una prelación de créditos, por lo que es suficiente para garantizar la obligación pendiente, pues en el caso de emitirse otras medidas por otros créditos, estos quedan insubsistentes por existir acreedor hipotecario.

4. Piensa que la hipoteca es un medio adecuado para recaudar el dinero adeudado, ante el no pago del contrato de préstamo de mutuo.

La hipoteca es accesoria del contrato de préstamo, pues el segundo se dio con la finalidad de garantizar el primero.

Juez 4

1. ¿Qué es la hipoteca?

Es un derecho real de garantía, el mismo se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación

2. ¿Qué es el contrato de préstamo de mutuo?

Es un contrato por el cual una parte entrega a otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo a restituir otros tantos del mismo valor.

3. Considera que: la hipoteca brinda una cobertura eficiente al contrato de préstamo de mutuo.

Por supuesto, pero entendido que el mutuo subsiste por sí solo.

4. Piensa que la hipoteca es un medio adecuado para recaudar el dinero adeudado, ante el no pago del contrato de préstamo de mutuo.

Sí, sería indispensable

Juez 5

1. ¿Qué es la hipoteca?

Derecho real que recae sobre bienes inmuebles y debe constituirse por escritura pública.

2. ¿Qué es el contrato de préstamo de mutuo?

Es un contrato por el cual la una parte presta cosas fungibles, con la obligación de devolver lo prestado.

3. Considera que: la hipoteca brinda una cobertura eficiente al contrato de préstamo de mutuo.

Sí, porque garantiza que la hipoteca respalde el préstamo.

4. Piensa que la hipoteca es un medio adecuado para recaudar el dinero adeudado, ante el no pago del contrato de préstamo de mutuo.

Sí, ya que es un respaldo para el cumplimiento de la obligación.

Análisis de resultados obtenidos en la entrevista a los jueces de la Unidad Judicial Civil del cantón Riobamba

Pregunta: 1. ¿Qué es la hipoteca?

Análisis de la encuesta: Los Jueces mantienen un criterio uniforme de que es un derecho real que garantiza una obligación.

Pregunta: 2. ¿Qué es el contrato de préstamo de mutuo?

Análisis de la encuesta: Los Jueces mantienen un criterio uniforme de que es entregar cosas fungibles con la obligación de restituir las.

Pregunta: 3. Considera que: la hipoteca brinda una cobertura eficiente al contrato de préstamo de mutuo.

Análisis de la encuesta: Los Jueces mantienen un criterio uniforme de que la hipoteca sí es un medio suficiente para garantizar la obligación principal, estipulada en el contrato de préstamo.

Pregunta: 4. Piensa que la hipoteca es un medio adecuado para recaudar el dinero adeudado, ante el no pago del contrato de préstamo de mutuo.

Análisis de la encuesta: Los Jueces mantienen un criterio uniforme de que la hipoteca sí es un medio adecuado para recaudar el dinero adeudado.

ENCUESTA DIRIGIDA A: Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho civil.

PREGUNTA N°1

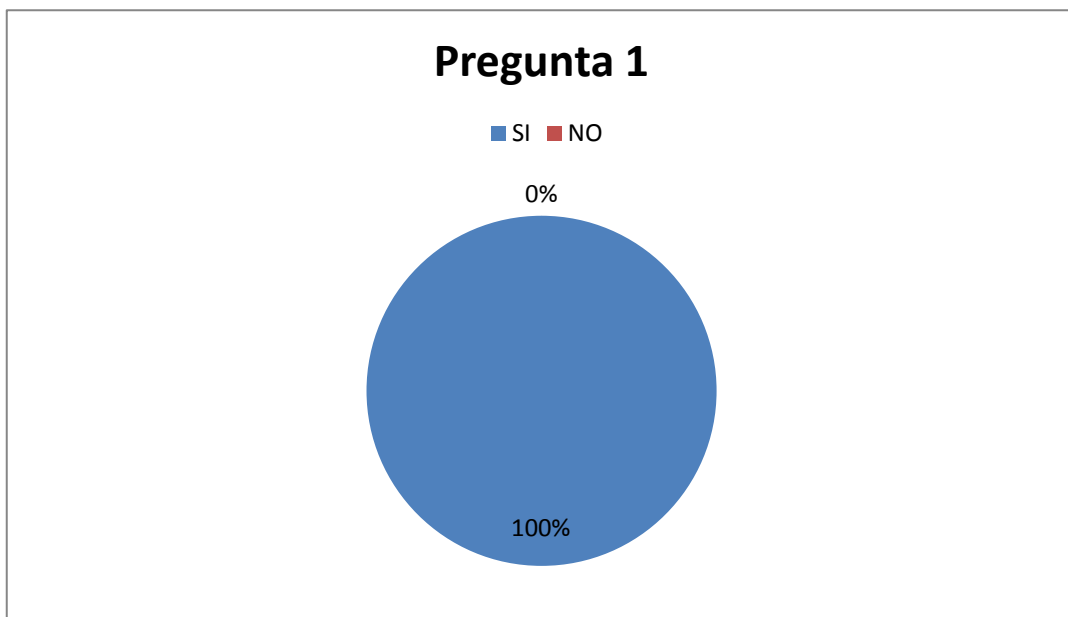
1. ¿Conoce Ud. lo que es la hipoteca?

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	10	100
2	No	0	0
	TOTAL	10	100,00

AUTORA:Mónica Gissela Murillo Pulgar.

FUENTE:Abogados en libre ejercicio.

GRAFICO N°1



AUTORA: Mónica Gissela Murillo Pulgar.

FUENTE:Abogados en libre ejercicio.

Interpretación de resultados:De los encuestados se puede determinar que: El 100% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho civil, indican que conocen lo que es la hipoteca y sus garantías.

PREGUNTA N°2

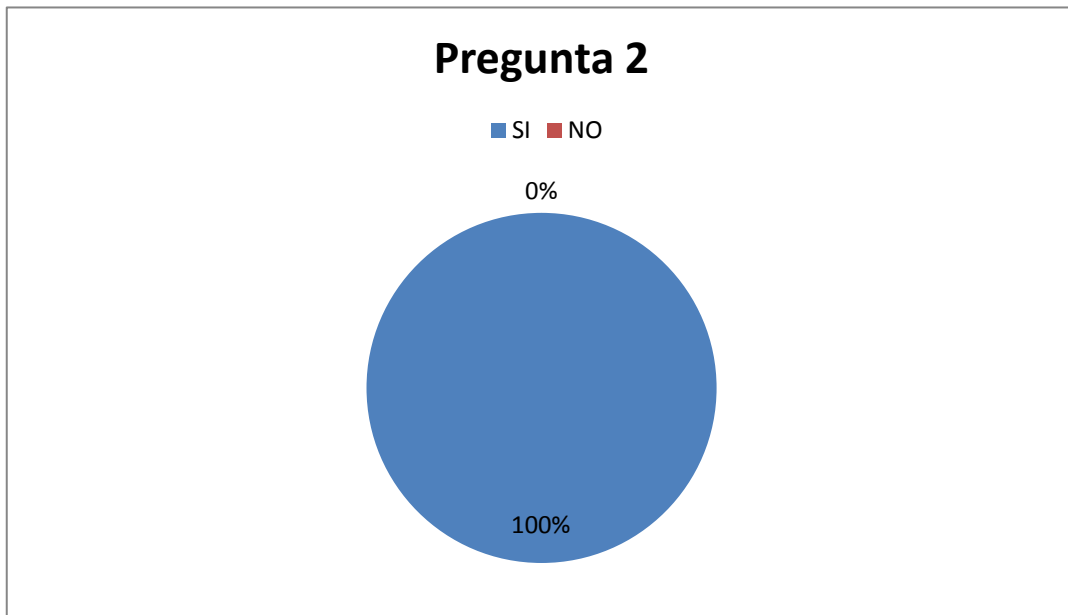
2. ¿Conoce Ud. lo que es el contrato de préstamo de mutuo?

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	10	100
2	No	0	0
	TOTAL	10	100,00

AUTORA: Mónica Gissela Murillo Pulgar.

FUENTE: Abogados en libre ejercicio.

GRAFICO N°2



AUTORA: Mónica Gissela Murillo Pulgar

FUENTE: Abogados en libre ejercicio

Interpretación de resultados: De los encuestados se puede determinar que: El 100% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho civil, indican que conocen lo que es el contrato de préstamo de mutuo.

PREGUNTA N°3

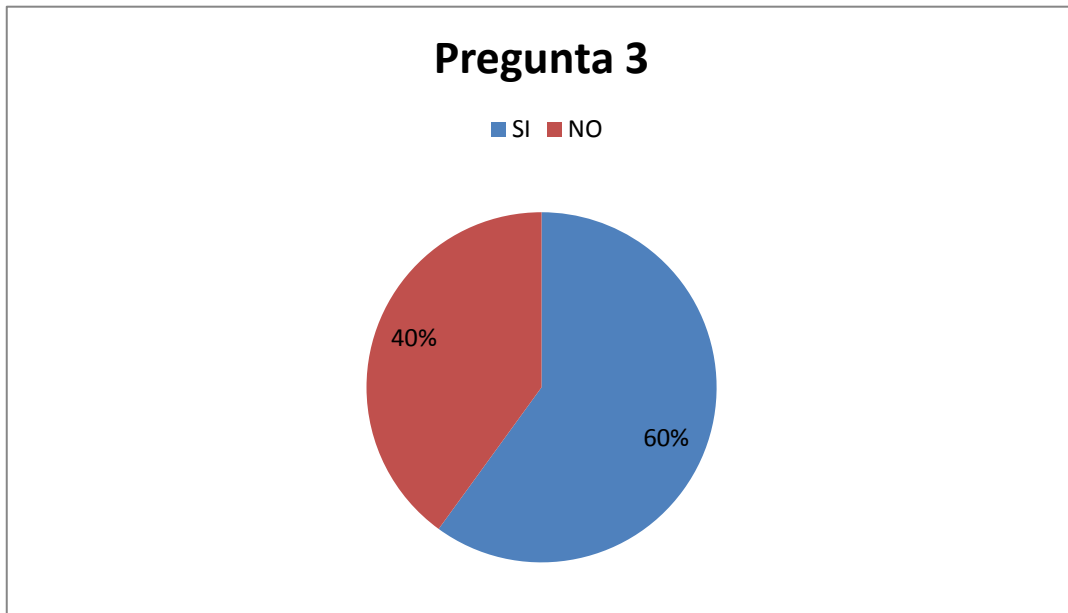
3.- Considera que: la hipoteca brinda una cobertura eficiente al contrato de préstamo de mutuo.

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	6	60
2	No	4	40
	TOTAL	10	100,00

AUTORA:Mónica Gissela Murillo Pulgar.

FUENTE:Abogados en libre ejercicio.

GRAFICO N°3



AUTORA:Mónica Gissela Murillo Pulgar.

FUENTE:Abogados en libre ejercicio.

Interpretación de resultados:De los encuestados se puede determinar que: El 60% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho civil, consideran que, la hipoteca brinda una cobertura eficiente al contrato de préstamo de mutuo, mientras que el 40% manifiestan que no brinda una cobertura puede existir otros métodos de garantía.

PREGUNTA N°4

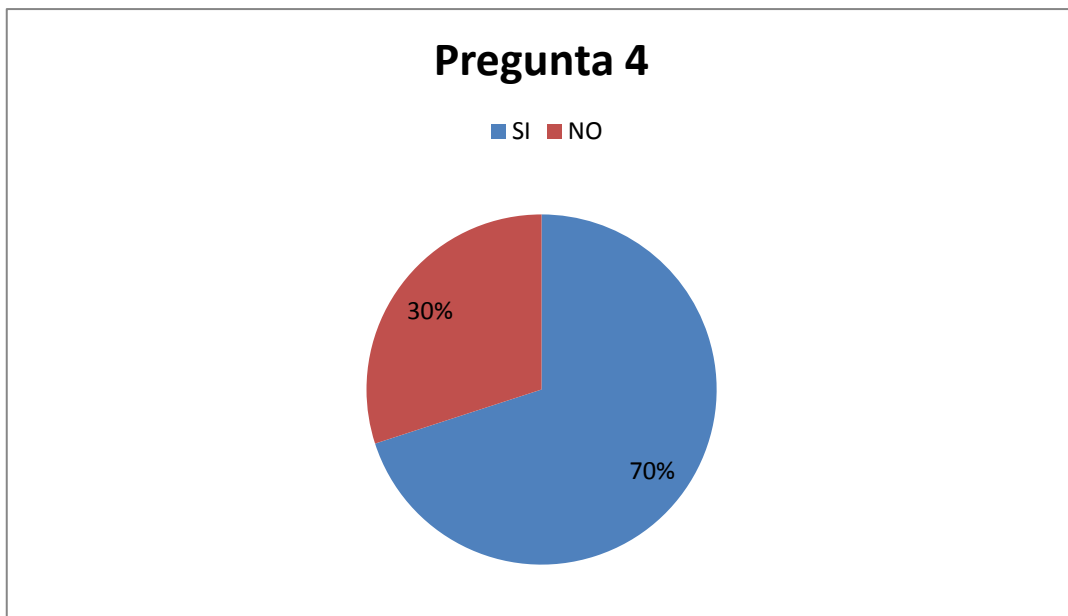
4.- Piensa que la hipoteca es un medio adecuado para recaudar el dinero adeudado, ante el no pago del contrato de préstamo de mutuo.

No.	ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	Si	7	70
2	No	3	30
	TOTAL	10	100,00

AUTORA: Mónica Gissela Murillo Pulgar

FUENTE: Abogados en libre ejercicio

GRAFICO N°4



AUTORA: Mónica Gissela Murillo Pulgar.

FUENTE: Abogados en libre ejercicio.

Interpretación de resultados: De los encuestados se puede determinar que: El 70% de los Abogados en el libre ejercicio expertos en derecho civil, piensan que la hipoteca es un medio adecuado para recaudar el dinero adeudado, ante el no pago del contrato de préstamo de mutuo, mientras que el 30% no están de acuerdo con la pregunta planteada.

3.12 Comprobación de la pregunta hipótesis.-

¿Es relevante determinar a través de un análisis jurídico como la hipoteca incide como garantía del contrato de préstamo de mutuo en las sentencias dictadas por la Unidad Judicial Civil y Mercantil de la ciudad de Riobamba periodo 2015?

Respuesta: Luego de haber realizado el presente trabajo de tesis se colige que si ha sido relevante determinar a través de un análisis jurídico como la hipoteca incide como garantía del contrato de préstamo de mutuo en las sentencias dictadas por la Unidad Judicial Civil y Mercantil de la ciudad de Riobamba periodo 2015.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusión: El acreedor hipotecario es beneficiario de los bienes estén hipotecados y asegura el cobro de su deuda en caso de impago. Dicho de otro modo y con carácter general, ante el impago de la obligación garantizada, el importe que se podía obtener con la subasta del bien cubría en gran parte de los casos la deuda.

Recomendación: Para una mejor garantía del cumplimiento de la obligación del contrato de préstamo de mutuo, se debería hipotecar bienes que superen el valor del contrato, para que de esta forma y luego del remate se cubra la totalidad de la deuda y gastos judiciales.

Conclusión: El acreedor hipotecario, en el caso de concurso de acreedores, tiene la consideración de crédito privilegiado. Sobre esta base se puede argumentar que la hipoteca garantiza el derecho del acreedor.

Recomendación: Salvaguardar la obligación principal expresada en el contrato de préstamo de mutuo, con una garantía real de hipoteca, siempre que exista un bien.

Conclusión: De la validación por expertos se puede concluir que, los Jueces mantienen un criterio uniforme de que la hipoteca sí es un medio suficiente para garantizar la obligación principal, estipulada en el contrato de préstamo. Así mismo, coinciden en que la hipoteca, sí es un medio adecuado para recaudar el dinero adeudado.

Recomendación: Preferir la hipoteca, sobre cualquier otro tipo de garantía como es el caso de la prenda o el fideicomiso en garantía, debido a su bajo costo y efectividad para el cobro de lo adeudado.

Bibliografía:

- AbeliukManasevich, René. Las Obligaciones. Editorial EDIAR EDITORES LTDA., Santiago – Chile, 1901.
- Azúa Reyes, Sergio T. TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Ed. Porrúa, México, 2000
- CastánTobeñas, José, Derecho Civil Español Común y Foral, tomo IV, Derecho de Obligaciones: Las particulares relaciones obligatorias, decimocuarta edición revisada y puesta al día por José Ferrandis Villela. Editorial Reus, S.A., Madrid, 1988.
- De Pina, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Volumen IV, sexta edición. Editorial Porrúa, S.A.AV. República Argentina, México, 1986.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 2012.
- Díez- Picazo, Luis y Antonio Gullon, Sistema de Derecho Civil, Vol. I, - Teoría General del Contrato. La relación obligatoria en general. La relación obligatoria en particular, cuarta edición, revisada y puesta al día, Editorial Tecnos S.A., 1983.
- Díaz Pairó, Antonio, Teoría General de las Obligaciones, Volumen I., s.Ed., Publicaciones y Materiales Educativos del Instituto Politécnico Nacional, México, 1997.
- Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo IV, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1967.

- Espinoza Prado, Oswaldo. Principales Contratos en el Código Civil.
- Galindo Garffías, Ignacio. TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS. Ed. Porrúa, México, 1996
- Gallardo Pérez, Leonardo, Derecho de Contratos, tomo I, Teoría General del Contrato, Editorial Félix Varela, 2003
- Gutiérrez y González, Ernesto. Obligaciones, México, Porrúa, 2000, pp. 393
- Laje, Eduardo Jorge, La noción de la Causa en el Derecho Civil, Ediciones Arañó, Librería Editorial Depalma, S.A.C.I., Buenos Aires, 1954.
- MorineauIduarte, Marta, Derecho Romano, Diccionarios Jurídicos Temáticos, Volumen VI, Segunda edición, Oxford University Reus, 2002
- Ojeda Rodríguez, Nancy y Teresa Delgado Vergara, Teoría General de las Obligaciones. Comentarios al Código Civil Cubano, Ed. Félix Varela, La Habana, 2001.
- Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo. Contratos Civiles. 2008
- Pina De, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen III. Ed. Porrúa, México, 1998.
- Roca Sastre, Ramón M., Estudio de derecho Civil, volumen I, 1948. Vid. Puig Brutau, José, Fundamentos de Derecho Civil, tomo I, volumen I, cuarta edición, Bosch, Casa Editorial Bosch S.A., Barcelona, España, s.f.
- Rojina Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL III. 2010

- Sánchez Medal, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. 2012
- SomarrivaUndurraga, Manuel, Tratado de las Cauciones, Santiago de Chile, Editorial Jurídica EdiarConoSurLtda, 2012
- Valverde y Valverde, Calixto, Tratado de Derecho Civil español, tomo III, Parte Especial, Derechos Personales o de Obligaciones, segunda edición, Talleres Tipográficos "Cuesta", Valladolid, 1920, pp.249-254.
- Zarrelli, Fungibilidad o Infugibilidad de las obligaciones, s.ed., Nápoles, 1969.

ANEXOS