

EL BIEN MUEBLE COMO GARANTÍA HIPOTECARIA¹

Dra. Marta FERNÁNDEZ MARTÍNEZ

Lic. Daimar CÁNOVAS GONZÁLEZ

Lic. Eloy Ricardo DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ

Dra. Dagniselys TOLEDANO CORDERO

Sumario: 1. Naturaleza jurídica de la hipoteca. 2. Características de la hipoteca. 3. La hipoteca naval. 3.1. Contenido de la hipoteca naval. 3.1.1. Contrato de Hipoteca naval: elementos. 3.1.2. La hipoteca naval como derecho real. 3.2. El Registro de Buques en Cuba. 3.3. Regulación internacional de la hipoteca naval. 4. La hipoteca aérea. 4.1. Naturaleza jurídica de la aeronave. 4.2 El contrato de hipoteca aérea. Elementos. 4.3. Regulación internacional de la hipoteca aérea. 5. Importancia de la hipoteca naval y significación de la hipoteca aérea.

El bien mueble como garantía hipotecaria puede motivar cierta polémica desde el propio título enunciado. ¿Cómo sería posible que un bien mueble fuese gravado con una garantía hipotecaria como en el caso del buque y la aeronave, si tradicionalmente se ha concebido que la hipoteca sólo fuera factible y accesible para los bienes inmuebles? A través de recurridas ficciones se ha desvirtuado la naturaleza jurídica de estos bienes, confiriéndole el mismo tratamiento jurídico que se le otorga a los bienes inmuebles, fórmula que consideramos innecesaria para estos tiempos, si se analiza la institución hipotecaria desde sus orígenes en el mundo romano

La figura de la hipoteca no se define por si el bien gravado es de naturaleza mueble o inmueble, sino que su más viva esencia se sitúa en la ausencia de desplazamiento posesorio del bien y la necesidad de publicidad de tipo formal. Para sostener esta posición abordamos el análisis de las dos formas de garantía hipotecaria recogidas en nuestro Código civil, la hipoteca naval y aérea, que precisamente recaen sobre bienes de naturaleza mueble.

La hipoteca es un derecho real que afecta un bien determinado, de naturaleza mueble o inmueble como garantía del cumplimiento de una obligación, de manera que, sin que exista traslado en la posesión del bien, al vencer la obligación y no producirse el pago, se procede a realizar el crédito mediante la venta de dicho bien, lográndose la publicidad requerida mediante la inscripción registral, con carácter constitutivo.

1. Naturaleza jurídica de la hipoteca.

Sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca se encuentra la posición tradicional y de mucha fuerza en la doctrina aún, de considerarla como un derecho real sobre cosa ajena, aunque no faltan detractores que niegan este carácter real para afirmar su configuración como derecho de crédito, con distintas modalidades, y hasta como una acción ejecutiva de orden procesal.

¹ Publicado en OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la Caridad (coordinadora), *Ensayos sobre Derecho de Obligaciones – Libro Homenaje al Profesor Dr. Humberto José Luis Sánchez Toledo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 139-195.

La consideración de la hipoteca como un derecho de crédito es sostenida por algunos autores que la consideran como una figura jurídica que atribuye al acreedor hipotecario una pretensión de carácter personal contra el propietario de la cosa objeto de la hipoteca, encaminada a exigir la prestación del crédito en dinero. Se llega incluso a extender esta teoría al tercero poseedor. Pero esta teoría resulta insostenible ya que el titular de la hipoteca no tiene derecho alguno a exigir que el propietario de la cosa hipotecada le pague el importe del crédito garantizado. Si consideramos como carácter esencial del derecho de crédito el atribuir al acreedor la facultad o pretensión de exigir una prestación determinada del deudor; y del derecho real el señorío o poder directo de una persona o sujeto sobre un bien, la hipoteca se configura conforme al derecho real de manera indiscutible ya que en ella no hay prestación alguna y está la cosa evidentemente sujeta al señorío de la persona. Hay que hacer una clara distinción entre la prestación del crédito garantido con la hipoteca, y la hipoteca en sí. Dice ROCA SASTRE ²que "... hay que distinguir entre el débito y la responsabilidad, entre la prestación y el estado de sujeción de los bienes a la posibilidad de ataque a los mismos para satisfacer al acreedor". En el deudor hipotecario se da una pasividad, que aunque semejante a aquella obligación de *non facere*, es consecuencia misma de un derecho que se concibe *erga omnes*. En aquella hay un vínculo personal entre deudor y acreedor de manera que la "pasividad" es una contraprestación; en ésta es consecuencia de un derecho ya existente sobre los bienes, que no lo afecta a él personalmente, aunque sí principalmente, sino que afecta a cualquier poseedor de los bienes gravados.

Otro criterio en cuanto a la naturaleza jurídica de la hipoteca, ha sido considerarla como un "derecho real de crédito", a la que en lugar de la persona, es la cosa hipotecada la que deviene deudora. Pero como se ha visto antes, si la obligación tiene por contenido propio una prestación, o sea, un deber que entraña un comportamiento en un determinado sentido, resultaría ilógico concebir que la cosa se le pudiese exigir esta especial conducta o comportamiento. Este comportamiento consistente en el hecho de pagar el crédito es propio de personas y no de cosas, y los elementos persona y cosa no son intercambiables, con independencia de que se pueda considerar la cosa como responsable y no como deudora del crédito, en sentido estricto. Cuando se habla de responsabilidad de la cosa no se le atribuye personalidad alguna, sino la cualidad de ser el objeto específico con el que el deudor responde de su obligación, reforzando aquella garantía general que constituya todo su patrimonio.

Otros autores, aún rechazando que la obligada al crédito sea la cosa, no abandonan la teoría obligacionista, sosteniendo que la hipoteca implica una obligación en dinero a cargo de quien a cada momento, a partir de su constitución, sea propietario de la cosa gravada, siendo el deudor individualizado *ob rem*, por razón de la cosa y no *nominativis*, cuando queda obligado uno exclusivamente o sus herederos. Esta *obligatio ob rem* tiene un carácter ambulatorio, debido a que está conectada con el dominio o derecho real sobre la cosa hipotecada, quedando dicha obligación a cargo de la persona que resulta ser dueño de la cosa en el momento que fuere. Se ha de rechazar también esta configuración doctrinal de la hipoteca, por cuanto el deudor hipotecario, sea hipotecante por débito ajeno o tercer poseedor cualquiera, no

²ROCA SASTRE, Ramón Ma., *Derecho hipotecario*, Tomo IV, *Hipotecas*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1948, p. 691.

deviene deudor personal del crédito asegurado por la hipoteca y no está sujeto por tanto, a realizar ninguna prestación; sólo está sujeto a la carga de la hipoteca ya que grava la cosa que ha adquirido o le pertenece y no tiene obligación de pagar ni a dejarse ejecutar. El señorío que tiene el titular sobre la cosa hipotecada la afecta realmente sin necesidad de prestación alguna del propietario, no se requiere de ningún intermediario personalmente obligado.

CARNELUTTI³ y con él un sector de la doctrina italiana y española concibe a la hipoteca como una acción ejecutiva de orden procesal, siendo el principal exponente de la denominada teoría procesalista, que se funda en una especial característica del derecho real de hipoteca, en donde el señorío que ejercita el titular sobre la cosa no se realiza de una manera directa, por sí mismo y sin intermedio, como es propio de los derechos reales de disfrute como el usufructo, por ejemplo; sino que el titular solamente puede hacer valer su derecho sobre la cosa mediante la intervención del órgano judicial competente, con el ejercicio de la acción ejecutiva hipotecaria. Para CARNELUTTI, el acreedor a quien se atribuye la facultad de realización del crédito con cargo a la cosa, no se apropia o toma por sí mismo la cosa afectada, sino que sólo mediante la actividad de los órganos de ejecución coactivos, puede percibir la suma de dinero adeudada.

Frente a esta posición cabe señalar que en la hipoteca se puede distinguir dos fases: una primera, sustantiva o material, en que la hipoteca "... despliega una función de seguridad y surte efectos específicos fuera de su fase ejecutiva, la cual además no debe producirse ineludiblemente."⁴Efectivamente, existe una función propia en la hipoteca anterior a su ejecución: la de crear una garantía en seguridad para el acreedor, que de no existir, haría improbable la efectividad del crédito. Además, el poder de agresión que posee el acreedor solo actúa en caso de incumplimiento de la obligación asegurada y no es más que una de las facultades que conforma el derecho real de hipoteca. La hipoteca tiene su fuente en la voluntad de las partes o por ministerio de la ley, constituyéndose con la inscripción en el Registro, y en éste momento no hay acción procesal alguna, sino que lo que existe es un gravamen de cierta manera abstracto no real que constituye un derecho, una posibilidad efectiva de realizar su crédito con el bien gravado. Si se dudara de la naturaleza real de la hipoteca, habrá que dudar también de la realidad de todos los derechos que se tienen y no se ejercitan. Es cierto que cuando el derecho de persecución se hace efectivo se necesita la actividad del órgano judicial, la intervención del órgano no quita nada a la autonomía del señorío del titular de la hipoteca sobre la cosa, como la existencia de la acción reivindicatoria o confesoria tampoco privan del dominio y otros derechos reales. En todos los derechos reales de garantía se presupone la actividad del Estado, con diferentes matices.

Por tanto, todavía un gran sector de la doctrina le atribuye a la hipoteca el carácter de derecho real de garantía, siendo ésta la posición más consistente, a pesar de los múltiples ataques que ha recibido. La hipoteca es considerada en nuestro ordenamiento positivo como un derecho de naturaleza real. Así, el artículo 22 de la Ley Hipotecaria establece que en los Registros se inscribirán "... *los títulos en se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso,*

³ CARNELUTTI, Francesco, "Natura giurídica dell' ipoteca" en, *Revista di Diritto Processuale Civile*, número 1, Roma, 1939, p.3.

⁴ROCA SASTRE, *op. cit.*, p.19.

habitación, enfiteusis, hipotecas, censos, servidumbres y otros cualquiera reales." En el mismo sentido se pronuncia, aunque de forma menos explícita el artículo 105 al apuntar la sujeción directa e inmediata a la que están sometidas bienes objeto de hipoteca.

En el derecho real de hipoteca se dan los caracteres que distinguen al derecho real de los derechos de crédito o personales. En primer lugar, el titular del derecho no necesita la mediación de otro sujeto para obtener del bien el interés perseguido, hasta el punto de que durante mucho tiempo se sostuvo la existencia de una relación jurídica entre la cosa y el sujeto titular. En segundo lugar, las demás personas que entran en contacto con el titular del derecho tienen que respetar la posición y la actuación del titular, o sea, se genera un deber general de respeto con relación a su actividad.⁵ La hipoteca reúne los dos elementos, interno y externo, con sus consiguientes características de inmediatividad y de absolutividad, propios de todo derecho real. Esta inmediatividad se entiende hoy por un sector de la doctrina como "inherencia" o "ligazón" con una determinada cosa, sin tener en cuenta la finalidad del derecho que puede ser de goce o disfrute, o de garantía, pero en última instancia el carácter de derecho real le viene dado por esa relación de interacción con la cosa y no por la finalidad.⁶ Atribuye a su titular un señorío sobre la cosa hipotecada en cuanto al valor de realización de la cosa, que queda desde entonces vinculado al destino de servir de garantía a un crédito determinado, y en caso de incumplimiento del deudor dicho valor puede realizarse por el acreedor para satisfacerse. Por su parte, la absolutividad consiste en la capacidad del acreedor hipotecario de dirigirse contra los sucesivos propietarios de la cosa o terceros poseedores ajenos a la relación hipotecaria.

ROCA SASTRE recoge una teoría que concibe a la hipoteca como responsabilidad real o de cosa, como distinta de una responsabilidad patrimonial universal o personal. La responsabilidad patrimonial universal es el estado de sujeción del deudor respondiendo con sus bienes en caso de incumplimiento de la obligación, mientras que la responsabilidad real sería la ordinaria, pero limitada a una cosa singular, circunscrita a cosa determinada. Esta tesis se muestra impotente al justificar el por qué opera la hipoteca por deuda ajena ni como en el caso del tercero poseedor la misma subsiste a pesar de no ser el propietario de la cosa, deudor personal. Hay que subrayar, por tanto, que esta responsabilidad universal y la denominada responsabilidad real son de naturaleza jurídica distinta: la primera es presupuesto de toda relación de crédito, y no requiere de acto alguno para constituirse; en cambio la segunda necesita de un acto especial de constitución y afecta a determinado bien en garantía específica de una obligación, tratándose de un verdadero derecho real en sentido estricto.

2. Características de la hipoteca.

⁵ MONTÉS PENADÉS, Vicente L., " El Derecho Real " en, LÓPEZ LÓPEZ, Ángel M. y Vicente L. MONTÉS PENADÉS (coordinadores.), *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 39.

⁶ GIORGIANNI, M., " Los derechos reales" en, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1967, p. 9 y ss.

Es un derecho real: Sobre el carácter de derecho real de la hipoteca ya se ha expuesto al tratar de la naturaleza jurídica de este instituto⁷. No obstante, conviene añadir que esta posición está avalada no sólo por el Derecho positivo (artículos 2.2 y 104 de la Ley Hipotecaria); también la jurisprudencia española se ha pronunciado en este sentido en las sentencias de 26 de septiembre de 1935 y de 3 de octubre del mismo año. Además, se trata de un derecho real formal o inmaterial, en el sentido que no hay una exteriorización material del señorío que se tiene sobre el bien gravado, no hay una manifestación externa del "goce" que existe a favor del acreedor hipotecario. Este carácter de intangibilidad que tiene el derecho real de hipoteca subsiste mientras dure el derecho, aún en la etapa de ejecución por parte del órgano facultado para ello, pues aún entonces, el acreedor no puede apropiarse de la cosa gravada, ya que según el artículo 1859 del Código Civil español, vigente en Cuba hasta 1988, luego de ser derogado parcialmente por la Ley de Reforma Agraria y la Ley de Reforma Urbana en cuanto a la hipoteca, "... el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas", prohibiendo de esa manera el pacto comisorio por el que, en caso de incumplimiento, el acreedor se puede pagar con la cosa misma; la ejecución propiamente dicha se realiza por el tribunal, instado por el ejercicio de la acción que le corresponde al acreedor. El carácter inmaterial del derecho real de hipoteca hace necesaria la inscripción registral, como exteriorización o formalización de ese señorío o facultad del acreedor.

Como otros derechos reales distintos del dominio, el derecho real de hipoteca constituye además una limitación a las facultades dispositivas del propietario del bien gravado. En primer lugar el propietario no puede enajenar como libre el bien gravado a los efectos registrales. En segundo lugar, como derecho de realización de valor, la hipoteca supone una limitación de las facultades de liberar el bien gravado, pues en caso de impago el acreedor puede imponer la venta forzosa al propietario de la cosa hipotecada. Queda afectado, por tanto, el *ius disponendi* del propietario, hasta tanto se libere del gravamen mediante el pago de la deuda que ha sido asegurada.

Es un derecho real de realización de valor: Dentro de los llamados derechos reales limitados, la doctrina ha distinguido entre derechos de disfrute o de goce (entre los que se incluyen el usufructo como prototipo, el uso, la superficie, etc.), derechos de adquisición (retracto, tanteo y opción, según un sector de la doctrina española),⁸ y derechos reales de garantía en un sentido amplio, de los que se pueden distinguir los derechos de realización de valor que incluyen a la prenda y a la hipoteca. Lo específico de estos derechos reales es que sus titulares pueden percibir una cantidad de dinero mediante la realización del valor del bien (mueble o inmueble) gravado con ella, a lo que ha denominado la doctrina *ius distrahendi*, dándose el requisito que la obligación garantizada resulte incumplida. Este poder constituye el señorío característico de estos derechos reales. Mientras que en los derechos de disfrute se busca de la cosa gravada su valor en uso, en los derechos reales de realización de valor se persigue su valor en cambio. Se sostiene que mientras el débito que es garantizado no es exigible, este derecho se mantiene en estado

⁷ Vid. *supra*, epígrafe 1.

⁸ CÁSTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo segundo, 8^{va} edición ampliada y revisada, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, p. 30.

potencial o latente, pero quedando incumplida la obligación, entonces el derecho de realización de valor puede ponerse en marcha en el proceso de ejecución hipotecaria. Pero no cabe hablar aquí de estado latente de derecho hasta que llegue el momento de la ejecución hipotecaria, este nace propiamente en su inscripción registral, y como tal existe, aunque no en su fase ejecutiva, sino en la fase denominada de seguridad, en que el acreedor ejercita sus facultades directamente, sobre todo las facultades tendentes a la conservación del bien.⁹ Tal carácter de la hipoteca se pone de manifiesto en el artículo 1858 del Código Civil español, antes citado, que establece que: “*Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor*”.

El elemento esencial de este derecho real es atribuir a su titular un señorío directo sobre la cosa consistente en poder hacer vender ejecutivamente la cosa hipotecada, y con el precio cobrar el importe del débito garantizado; reafirmandose su ejercicio directo pues para su ejercicio no necesita de prestación por parte de persona determinada. Pero ¿de lo dicho se deduce acaso que la hipoteca tiene por objeto el valor de la cosa y no el bien en sí mismo? No es posible afirmar tal cosa, sino que el bien es el gravado o hipotecado por lo que se dice que el gravamen o derecho recae sobre el bien y no sobre su valor. El valor de la cosa gravada será su objetivo, términos que hay que saber distinguir.

El análisis de esta característica hace que nos detengamos en la distinción antes mencionada entre una fase de seguridad en la hipoteca y otra fase de ejecución, abundando en el hecho fuente de esta distinción, que es el incumplimiento de la obligación, y su naturaleza propia. La hipoteca no es un derecho condicional, o sea, no es un derecho sujeto a condición, en el que hay que distinguir un período anterior al impago de la deuda en el que se mantiene latente, y uno posterior en el que se actúa ejecutivamente. La doctrina ha definido la condición como una determinación accesoria de la voluntad por la cual se subordinan los efectos de un acto, así como la adquisición y extinción de derechos, a un acontecimiento futuro e incierto. Señala MARTÍNEZ ESCOBAR, que fue Presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de Cuba, que las obligaciones condicionales “... dependen (...) de la posible existencia de un acontecimiento incierto. Este acontecimiento es el que constituye la condición, la incertidumbre del mismo es un requisito esencial en esa clase de obligaciones (...). De que acaezca el suceso dependen dos cosas opuestas: o la adquisición de los derechos derivados del contrato o la pérdida de los ya adquiridos mediante éste”¹⁰. PERAL COLLADO dice que “... la condición es aquella determinación agregada a un contrato en cuya virtud la producción o extinción de los efectos del mismo se hacen depender de un acontecimiento futuro e incierto”.¹¹ El Tribunal Supremo de España en sentencia de 11 de julio de 1921 lo define con mayor amplitud: “*Es de esencia en las obligaciones condicionales (...) que su exigibilidad en las suspensivas y su extinción en las resolutorias dependen de un acontecimiento futuro e incierto o de uno pasado, pero desconocido.*” El artículo 2921 del Código Civil del Distrito Federal Mexicano se refiere, por su parte, a la

⁹ BLASCO GASCÓ, F., “La Hipoteca Inmobiliaria I” en, LÓPEZ LÓPEZ, Angel M. y Vicente MONTÉS PENADÉS (coordinadores), *op. cit.*, p. 658.

¹⁰ MARTÍNEZ ESCOBAR, Manuel, *Obligaciones y contratos*, Cultural S.A., La Habana, 1939, p.186.

¹¹ PERAL COLLADO, Daniel, *Obligaciones y contratos*, Facultad de Derecho – Universidad de La Habana, La Habana, 1981, p. 72.

hipoteca que garantiza una obligación condicional, cuando establece: "*La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas surtirá efecto contra tercero desde su inscripción, si la obligación llega a realizarse o la condición a cumplirse.*"

De lo anterior se desprende que en la institución de la hipoteca no hay una condición en sentido propio, sino que existe en ella una *conditio iuris*, un presupuesto legal e institucional que constituye un requisito interno y natural de su tipicidad jurídica, y por tanto, no es necesario pacto alguno para su existencia, pues está en la esencia misma de la institución hipotecaria. No se concibe que antes de la fase ejecutiva sólo exista un derecho expectante. La hipoteca es un derecho actual, existente desde el momento de su constitución, que tiene una eficacia específica y actúa como gravamen frente a todos, ya que el acreedor aún antes de la fase ejecutiva, tiene una serie de derechos como el de exigir al deudor la conservación de la cosa hipotecada. Según el artículo 117 de la Ley Hipotecaria Española: "*Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo su valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez (...) que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño.*"

En la realización del valor de la cosa la prioridad de rango entre los derechos tiene un papel relevante, pues en sede de hipoteca es válido el principio *prior in tempore potior in iure*, dada la compatibilidad que existe entre el derecho de un acreedor con el demás acreedores hipotecarios concurrentes con él sobre el mismo bien. Esta concurrencia de derechos tiene como consecuencia la necesidad de establecer un rango, prelación u orden, al no impedir la hipoteca al propietario enajenar, gravar o volver a hipotecar el bien propio, prelación que se establece atendiendo al tiempo de la inscripción.

Garantiza una obligación dineraria: resulta consustancial al derecho de hipoteca al tener por finalidad la satisfacción de un crédito. La titularidad sobre el derecho al valor en cambio de la cosa está al servicio de la efectividad de un crédito. Pero a esto hay que añadir que la hipoteca siempre asegurará el cumplimiento de una obligación dineraria o al menos valorable económicamente. La norma del artículo 1861 del Código Civil español plantea que "*... los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria*". En el mismo sentido se pronuncia el artículo 142 de la Ley Hipotecaria vigente en Cuba, que reconoce la existencia de hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condición suspensiva inscritas o a condición resolutoria; cabe aquí *interpretar* "*toda clase de obligaciones*" en el sentido de pura, condicional o a término, pero el artículo 105 de la Ley Hipotecaria española, de febrero de 1946, establece que "*... la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad ilimitada del deudor...*"; por lo que cabe una interpretación más extensiva. Esta nos lleva a decir que la prestación para cuya garantía de cumplimiento se constituye la hipoteca, puede ser en su estado original o primario una prestación de dar (aún si no es dinero), hacer o no hacer, pero aun así, es necesario que se fije el importe de la obligación garantizada o la cantidad por la que

responde la cosa, pues la hipoteca no asegurará sino el pago de una obligación de dinero (artículos 12 Ley Hipotecaria española y Ley Hipotecaria cubana).

De constitución registral: La hipoteca se constituye por su inscripción en el Registro correspondiente. En esa dirección se expresa el artículo 1875 del Código Civil español y el artículo 145.2 de la Ley Hipotecaria española para la hipoteca voluntaria, y el 159 del mismo cuerpo legal para las legales. El artículo 146.2 de la Ley Hipotecaria vigente en Cuba establece que “*Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente constituidas, se requiere: 2- que la escritura se haya inscripto en el Registro que se establece por esta ley*”. De forma similar se pronuncia con respecto las hipotecas legales el artículo 159 de la Ley Hipotecaria cubana.

De constar la hipoteca en escritura pública, sin haberse todavía inscrito, no hay hipoteca; el acreedor se convierte en un acreedor común que no puede pretender prioridad alguna frente a terceros, ni la realización del valor del bien por medio del procedimiento hipotecario previsto por la ley. Sólo posee un título ejecutivo (cf. 486 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico).

Tiene carácter indivisible: La mayoría de las legislaciones latinas atribuyen el carácter de indivisible a la hipoteca, conforme al principio romano de que la hipoteca *est tota in toto et tota in qualibet parte*. Así viene establecido para el derecho hispano por el artículo 1860 del Código Civil y por el artículo 122 de la Ley Hipotecaria, rigiendo en Cuba en razón de lo establecido en el mismo artículo 122 de la Ley Hipotecaria vigente en Cuba: “*La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido...*”

Se hace mención de este carácter por ser recogido unánimemente en la doctrina, pero subrayando que no configura a la hipoteca institucionalmente, sino que es creación del legislador para actuar en beneficio del acreedor, de modo que éste puede consentir en que la hipoteca se divida, renunciando a sus beneficios; posibilitándose, por tanto, el pacto en contrario. Conforme a este principio, aunque el bien hipotecado se divida, la hipoteca se mantiene intacta, y por mucho que se reduzca la obligación a garantizar, la hipoteca subsiste íntegra sobre el bien objeto de este derecho. Sostiene ROCA SASTRE¹² que esta “... es una norma establecida en utilidad del acreedor, como si la ley presumiera *iuris tantum* que tal ha sido la voluntad de las partes. Pero éstos pueden constituir la hipoteca en forma contraria a la indivisibilidad, pactando el derecho a exigir la cancelación parcial proporcionalmente al pago fraccionado del crédito. Y aún sin este pacto, el acreedor puede consentir un pago parcial con la consiguiente liberación de parte de la hipoteca, pues se trata de una ventaja perfectamente renunciable, por no perjudicar el interés público ni a terceros”.

Esta renunciabilidad es recogida en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria española y en el mismo número de la ley cubana, al establecer que al dividirse el bien objeto de la hipoteca, esta no se dividirá, “*sino cuando voluntariamente lo acordare el acreedor y el deudor*”. En este sentido dice PUIG PEÑA que la indivisibilidad no es característica esencial de la hipoteca, sino elemento natural y suprimible, pero

¹² ROCA SASTRE, *op.cit.*, p.36.

establecida en beneficio del acreedor, quedando mejor asegurado su crédito, y también del deudor que siempre hallará dinero en mejores condiciones. Múltiples legislaciones recogen este postulado. Así el Código Civil francés en su artículo 2114 y el Código Civil del Distrito Federal de México en su artículo 2911 que establece que *“la hipoteca subsistirá íntegra aunque se reduzca la obligación garantida, y gravará cualquier parte de los bienes hipotecados que se conserven, aunque la restante hubiere desaparecido...”*.

Recae directamente sobre bienes gravados: La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes gravados, ya que sobre ellos se ejercita la acción hipotecaria, siendo objeto éstos objeto de la repersecutoriedad en el procedimiento ejecutivo. Hay una manifestación aquí de la inmediatividad que es propia de los derechos reales. El acreedor procede directamente contra los bienes y por un acto propio, aunque auxiliado del órgano jurisdiccional, y no necesita de prestación alguna por parte del deudor hipotecario, para obtener de ellos el valor en cambio como consecuencia del incumplimiento de la obligación asegurada. Sobre el carácter de esta vinculación de los bienes gravados con la hipoteca se han señalado dos teorías, que seguidamente se reseñan.

De acuerdo a la teoría de la prestación, el deudor hipotecario está obligado a una prestación consistente en el deber de entregar una cantidad de dinero con cargo al bien gravado, obligación que le viene impuesta al que sea propietario del bien al momento de la ejecución. La prestación se define no como una obligación *in personam*, sino *propter rem*. El poseedor de la cosa si no quiere pagar debe hacer dejación de ello, rompiendo el vínculo que los une, pero si desea seguir en posesión de la cosa es preciso que pague.

Por su parte, la teoría de la acción directa niega la existencia de prestación alguna. El señorío jurídico propio del acreedor hipotecario le permite, en el momento de la ejecución, procurarse por un acto propio el valor de la misma mediante su enajenación. Esta teoría se ajusta más a la configuración de la hipoteca en nuestro Derecho, donde el acreedor dirige directamente contra los bienes y el tercero poseedor sólo es un tercero afectado, no obligado a ninguna prestación sino a soportar la ejecución. Por el contrario, en los derechos de crédito el valor patrimonial se recibe a título de un acto ajeno. Finalmente la acción hipotecaria no surge de la negativa del tercer poseedor a pagar o a desamparar la cosa sino que su ejercicio ha nacido antes debido al no pago de la obligación asegurada.

Carácter accesorio: El carácter accesorio de la hipoteca se desprende del artículo 105 de la Ley Hipotecaria vigente en Cuba, al señalar que los bienes queden sujetos al cumplimiento de una obligación. En el Código Civil del Distrito Federal de México tal carácter se deduce del artículo 2893. El Código Civil español en su artículo 1528 establece que *“la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio”*. Decir que la hipoteca es un derecho accesorio del crédito garantizado, significa que la hipoteca nace y muere con el crédito, o sea, que esta subsiste mientras subsiste éste y no viceversa. El derecho de hipoteca, por tanto, no puede corresponder a persona distinta que la del titular del crédito garantizado ni puede transmitirse con independencia del crédito.

En contra del carácter accesorio de la hipoteca se ha manifestado Pascual LACAL¹³ que, aunque admite que la hipoteca supone la existencia previa de una obligación personal, aún cuando no se declare en hipotecas de tipo abstracto, sostiene que la obligación se transforma en derecho real al constituirse la hipoteca, extinguiéndose mediante su transformación e incorporación a la hipoteca, incorporación que es total cuando el valor del bien cubre todo el crédito garantizado y parcial, en eso contrario. Sostiene que la hipoteca tiene carácter sustantivo y no es accesoria a la obligación personal, sino que es ésta obligación la accesoria y dependiente de la hipoteca. Cabría acotar a esto que la atribución de carácter accesorio a la hipoteca no le quita su carácter sustantivo; además que dicha concepción no explica la subsistencia del crédito garantizado luego de una cancelación voluntaria de la hipoteca.

También se aduce en contra de la accesoriadad de la hipoteca la existencia en el Derecho alemán de hipotecas a la que falta el carácter accesorio. Sin embargo, cabe aclarar que la doctrina alemana sostiene que la hipoteca propiamente dicha es accesoria, dependiente del crédito para cuya seguridad debe servir.¹⁴ Se dice que la accesoriadad de la hipoteca no se deriva de su carácter de derecho real de garantía, pues en Alemania existen otros derechos de garantía, que se califican de hipotecas en sentido amplio, y en los que no se da la nota de accesoriadad. Entre estas formas se encuentran la deuda inmobiliaria o territorial definida por el Código Civil alemán en su artículo 1191 como gravamen sobre un inmueble consistente en pagar una determinada suma de dinero a la persona favorecida con él, sobre el mismo inmueble; se adquiere el derecho a la deuda inmobiliaria, aunque el crédito sea nulo y no se pierde ésta aunque el crédito se extinga. La deuda puede transmitirse y gravarse con independencia del crédito. La deuda de renta, por su parte, posee carácter similar a la deuda inmobiliaria, no garantiza un capital sino una renta, o sea, prestaciones periódicas con cargo al predio gravado (artículo 1194 del B.G.B.).

Además, encontramos las llamadas hipotecas de propietario y deuda inmobiliaria de propietario, constituyendo está última un crédito con carácter independiente que constituye el propietario sobre su inmueble antes de conceder dicho crédito o "hipoteca" a otra persona con garantía de una obligación; en tanto que la primera es el crédito hipotecario que vuelve a manos del dueño luego de extinguirse la obligación con tercero que garantizaba.

Ninguna de estas formas existe en el Derecho hispano ni en las legislaciones que se han inspirado en él, y estas no constituyen hipotecas propiamente dichas sino otras formas de garantía exclusivamente inmobiliarias, con grandes semejanzas con la hipoteca, tal como se ha definido. En nuestro Derecho, fielmente, la hipoteca sigue al crédito en todas sus vicisitudes, nacimiento, modificación, extinción, etc. Esto no impide que se constituyan hipotecas para asegurar obligaciones todavía no existentes o indeterminadas o inciertas, pero su efectividad como derecho real no se manifiesta hasta el nacimiento de la obligación o su definitiva determinación, teniendo efectos retroactivos dada la inscripción registral. En es sentido se ha

¹³ LACAL, Pascual, "El mito de la accesoriadad de la hipoteca", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1949, p. 925 y ss.

¹⁴ WOLF, Martín, *Derecho de cosas*, Volumen II, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1948, p.188.

pronunciado la Dirección General de los Registros y el Notariado de España en la Resolución de 26 de marzo de 1986 al decir que la hipoteca tiene carácter accesorio y "*presupone una deuda ya existente o en trance de formación*". Nuestra Ley Hipotecaria contempla esa posibilidad en el artículo 142.

No implica desposesión de los bienes gravados: Es ésta, como se ha señalado, la característica esencial de la hipoteca, diferenciándola de los otros derechos reales de garantía, sobre todo de la prenda. Ello permite al propietario de los bienes seguir en su disfrute y explotarlos económicamente, brindando una garantía, sin embargo, del cumplimiento de la obligación. Hay que señalar, no obstante, que esta permanencia de los bienes en posesión del deudor no implica su abuso de este derecho en el sentido de deteriorar el bien, ya que en virtud del artículo 117 de la Ley Hipotecaria española, el deterioro del bien por voluntad del dueño, puede llevar aparejada la puesta de éste bajo administración judicial, privándose al deudor del beneficio fundamental de la garantía hipotecaria.

Recae sobre bienes muebles e inmuebles, ajenos y enajenables: A esta conclusión se llega como resultado del análisis de la evolución histórica de esta institución, la cual, si bien en un período considerable de su historia, quedó reducida a los bienes inmuebles, no fue así en sus orígenes y el derecho moderno ha dado carta de ciudadanía a la hipoteca como forma de garantía de bienes muebles que por su importancia y valor económico merecen un tratamiento y tutela como el que hasta entonces quedaba reservado a los inmuebles.

La reserva de la hipoteca para los bienes inmuebles y los derechos que sobre estos recaen se funda más en prejuicio derivado de los axiomas *res mobiles res viles y vilis mobillium possessio*, que en consideraciones estrictamente doctrinales. Tales máximas son producto de la concepción económica medieval donde sólo los bienes inmuebles tenían valor y los muebles eran considerados como "viles y despreciables".¹⁵ Por supuesto que dicha concepción no es arbitraria, es comprensible en una economía de carácter territorial, agraria y por tanto inmobiliaria, basada de manera casi exclusiva en el valor de la tierra y en su explotación.¹⁶ Se ha señalado además la necesidad de suprimir de los códigos vigentes los vestigios de los principios anteriormente señalados, pues producen una defectuosa protección de la propiedad mobiliaria en contraposición con la importancia preponderante que el desarrollo de la industria y el comercio ha aportado a los bienes de esta clase.

En el Derecho español el carácter inmobiliario de la hipoteca viene dado por el artículo 1874 del Código Civil y 106 de la Ley Hipotecaria por la que "*podrán ser hipotecados: 1-los bienes inmuebles susceptibles de inscripción*". El artículo 106 de la Ley Hipotecaria nacional refrenda lo mismo. Pero es de considerar que la Ley de Hipoteca Naval de 12 de agosto de 1893 en España reconoce al buque como objeto de la hipoteca mediante la ficción de considerar a éste como inmueble a los solos

¹⁵CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo Primero, *Introducción y Parte General*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, p. 531.

¹⁶OLIVENCIA RUIZ, Manuel, "Introducción al estudio de las garantías mobiliarias en el Derecho Mercantil" en, AA.VV., *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, Tomo II, Volumen 1, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 42.

efectos de la hipoteca, sumándose con ellos a toda una serie de naciones europeas que ya la recogían (artículo 1). En el estado actual de las ciencias jurídicas, tal como señala la exposición de motivos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento en la Posesión española, es innecesario acudir a esta ficción, que el mismo CASTÁN califica de “violenta”, al convertir por la sola voluntad del legislador un bien que es mueble por naturaleza en inmueble, con el único objetivo de aplicarle la hipoteca para garantía de un crédito. No constituye esta distinción una nota diferencial entre la prenda y la hipoteca, sino que en buena teoría ambas instituciones se distinguen por la presencia o ausencia del desplazamiento posesorio fundamentalmente.¹⁷ Del mismo criterio es ROCA SASTRE, que plantea que “en el orden institucional, lo que tipifica a la hipoteca, provocando su esencia registral y diferenciándola de la prenda, no es la naturaleza mueble o inmueble de la cosa gravada sino, si hay o no desplazamiento de la posesión del propietario”.¹⁸

De esta manera, cabría distinguir en la hipoteca elementos cualitativamente distintos, por la configuración en las diferentes legislaciones. Hay en ella elementos permanentes, necesarios y transitorios. Lo permanente sería, como ya se ha apuntado, la posesión de la cosa en manos del deudor hipotecario, de tal modo que faltando este requisito quedaría desnaturalizada la institución. Lo necesario comprende a la publicidad, donde se operó un cambio trascendental al superar la deficiencia que en su antecedente romano la institución tenía. Lo transitorio consiste en la naturaleza mueble o inmueble del bien hipotecado. Más aún, la hipoteca surge al servicio de la propiedad mueble, pero con posterioridad tales bienes fueron suplantados por la propiedad inmobiliaria de mayor valor, ocupando hoy ambos un lugar dentro de la garantía hipotecaria. Ya en 1953 VALLET DE GOYTISOLO, refiriéndose a separación que en la Ley Hipotecaria española de 1861, antecedente de la de 1893, y el Código Civil, establecieron entre la prenda y la hipoteca basada en la distinción entre muebles e inmuebles, dice que esta “... fue fruto de una visión limitada a un determinado momento histórico..., y en el que únicamente estaban sometidos a inscripción los derechos inmobiliarios y sólo estos bienes se considerarán susceptibles de publicidad formal...”, añadiendo que “... ello fue fruto de una errónea apreciación entre lo que es permanente y sustantivo y lo que es puramente transitorio”.¹⁹ La legislación de una mayoría de países asimiló lo transitorio de la inmoviliaridad de la hipoteca a lo verdaderamente permanente del no desplazamiento posesorio, posición que siguió parte considerable de la doctrina hasta que el propio tráfico mercantil corrigió esta deficiencia, extendiendo la institución hipotecaria a bienes hasta entonces no susceptible de garantizarse de esta forma.

Por otra parte, estos bienes, muebles o inmuebles, deben ser ajenos, o sea, deben pertenecer a persona distinta del acreedor, pues la hipoteca es *ius in re aliena*. Nuestro Derecho no admite los derechos reales de garantía sobre cosa propia, pues se impone la extinción por confusión (artículo 300.1 del Código Civil) cuando se concentra en la misma persona la titularidad de la carga real y del bien gravado. Los

¹⁷ CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, Tomo Segundo, p. 682.

¹⁸ ROCA SASTRE, *op.cit.*, p.161.

¹⁹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento" en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Junio 1953.p.503.

bienes y derechos reales sobre ellos deben ser además enajenables, requisito que resulta lógico al llevar implícito la hipoteca una eventual enajenación.

3. La hipoteca naval.

Ha escrito ARIAS RAMOS²⁰ que cada pueblo realiza una antítesis fundamental entre dos categorías de bienes, que por las condiciones sociales y económicas se valoran de forma distinta. Así en el pueblo griego de la antigüedad se distinguía entre bienes visibles e invisibles; el Código de Hammurabi separaba la casa, el campo y el huerto por una parte y el resto de los bienes, por la otra; y mientras, el Derecho anglosajón distinguía entre bienes reales y personales, el Derecho Romano en su fase bizantina lo hacía entre bienes muebles e inmuebles, pasando de esta forma al universo jurídico del mundo occidental, greco-latino.

Al finalizar la Edad Media y sobre todo con la revolución industrial, va perdiendo fuerza la distinción de los bienes en estas dos categorías de muebles e inmuebles. “Han surgido nuevos bienes, como los de propiedad intelectual y los de propiedad industrial, los títulos valores, - que llegan a constituir ingentes montañas de valor- los automóviles, las aeronaves, las empresas mercantiles. Su desenvolvimiento y desarrollo, emparejado con los progresos de la técnica, unido al apogeo de la maquinaria industrial, ha hecho alcanzar a éstos bienes muebles un valor e importancia jamás sospechados...”²¹ Esta verdadera revolución, que se da primeramente en el ámbito económico, se refleja indudablemente en la doctrina jurídica que, aún tratando con sumo respeto esta distinción consagrada por siglos de historia, no deja de observar que no era suficiente para satisfacer las necesidades de la vida jurídica moderna. Se da una contradicción entre la protección a la posesión de un adquirente de buena fe de un bien mueble y la debida a un acreedor que ha garantizado con el mismo bien la satisfacción de su crédito, entre los intereses crediticios y los del tráfico propiamente dicho. La solución estuvo en un reforzamiento de los créditos, aplicando una garantía hasta entonces típicamente inmobiliaria, a los bienes muebles.

Ya a inicios del siglo XIX la doctrina indicaba que la distinción entre prenda e hipoteca se centra en la entrega o no de la posesión del bien gravado al acreedor, sin importar que estos derechos recayeran sobre bienes muebles o inmuebles; no sin dejar de mostrar una clara preferencia por la hipoteca para gravar bienes inmuebles y por la prenda para gravar muebles. Lo que hacen los códigos civiles del momento, al igual que el Código Civil español, es convertir la preferencia en regla o norma, añadiendo otra nota diferenciadora: la garantía que ofrece la prenda se apoya en la posesión adquirida por el acreedor, en tanto que la que ofrece la hipoteca resulta de su inscripción en el Registro. En palabras de ESPÍN CÁNOVAS:²² “así como con las cosas inmuebles la publicidad, esencial a estos derechos, se

²⁰ ARIAS RAMOS, José, “La doctrina de la conventio y el origen de la hipoteca romana” en, *Revista de Derecho Privado*. Tomo XXVII, abril de 1943, p. 216.

²¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., “Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento en la posesión” en, *Revista de Derecho Privado*. Año XXVII, número 435, junio de 1953, p.506.

²² ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil*, Volumen II, Editorial de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, p. 400.

actúa por la inscripción de la hipoteca en el Registro de Propiedad, en las cosas muebles actúa la publicidad a través del desplazamiento posesorio.”

El dualismo hipoteca – inmueble tuvo efectos negativos en el crédito mobiliario, lo que explica que poco tiempo después la doctrina puso el acento en la registrabilidad del bien gravado para que pudiera ser susceptible de hipoteca. Importaba que el bien fuera registrable, no si era mueble o inmueble. Dice al respecto GONZÁLEZ-BUENO:²³ “Una cosa es hipotecable en la medida en que, con total abstracción de su carácter mobiliario o inmobiliario, sea susceptible de una perfecta identificación registral, nacidas de las específicas condiciones, físicas o de otro orden, que permitan individualizarla entre cualesquiera otras de su mismo género”. Incluso, cuando la capacidad económica del deudor para hacer frente a la deuda contraída se veía limitada, a pesar de la imperfecta identificación registral de la cosa dada en garantía, éste conservaba la posesión de la cosa mediante el *status loci* o situación de depósito de la misma en poder del pignorante.

Debido a la extraordinaria cercanía entre el Derecho hispano y nuestro Derecho patrio resulta conveniente precisar cómo se produce en él esta evolución hacia la extensión de la figura hipotecaria hacia los bienes muebles, dado que nuestra legislación positiva, en especial la Ley-Decreto 1420 de Hipoteca Naval, se aprovechó de estos antecedentes. Cuando el legislador español se enfrentó a la necesidad de resolver los inconvenientes del desplazamiento posesorio para los bienes muebles, tenían ante sí la disyuntiva de reformar el Código Civil que había sido aprobado hacía pocos años, configurando a la hipoteca como derecho real sobre inmuebles y a la prenda sobre bienes muebles o respetar la letra del Código, para lo cual debería forzar la naturaleza de los bienes objeto de la hipoteca. En un primer momento, al aprobar la Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893, optó por la segunda opción al utilizar la ficción jurídica de atribuir a los buques la cualidad de bienes inmuebles a los solos efectos de que sean objeto del derecho real de hipoteca (cf. artículo 1). La doctrina no fue muy receptiva con esta ficción y le atribuyó adjetivos que van desde el calificativo de “violenta” que le da CASTÁN, “solución hipócrita” como la califica FERRE MOLTO Y JIMÉNEZ VILLANUEVA, que se presiente ya de la lectura del artículo 585 del Código de Comercio. Más moderado aunque no menos crítico es GONZÁLEZ-BUENO que habla de “innecesaria ficción” al referirse al sistema de la Ley de Hipoteca Naval.²⁴ Este mismo sistema se empleo en la Ley de Bases de Navegación Aérea de 27 de diciembre de 1947, que declara a las aeronaves susceptibles de hipotecas.

La prenda sin desplazamiento, figura muy cercana a la hipoteca mobiliaria, tiene una evolución particular que pasa por su admisión en determinados renglones de la economía, como la prenda agrícola y ganadera (Real Decreto de 22 de septiembre de 1917), prenda triguera (Decreto 12 de julio de 1934) y la prenda aceitera (Decreto 29 de noviembre de 1935), hasta llegar a añadir una sección al Código

²³ GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, Carlos J.: *Comentario a la Ley da Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento - Especial análisis de su incidencia en el ámbito tributario*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 25.

²⁴ CASTÁN, *op.cit.*, tomo segundo, p. 682; FERRE MOLTO Y JIMÉNEZ VILLANUEVA, "La Hipoteca naval en el ordenamiento jurídico español" en, AA.VV.: *Tratado de Garantías.....* Tomo II, Volumen 2, p. 644; GONZÁLEZ- BUENO, *op, cit.*, p. 26.

Civil titulado “De la prenda sin desplazamiento”, comprensiva de los artículos 1863 bis a 1873 bis.

OLIVENCIA RUIZ²⁵ sostiene que el modelo seguido con la hipoteca naval tiene una “tardía prolongación” en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento del 16 de diciembre de 1954. Pero cabe señalar que no hay aquí una prolongación del primer sistema, sino un rompimiento, como el mismo reconoce poco después,²⁶ pues se deshace de los criterios clásicos de la naturaleza del bien e incluso del desplazamiento posesorio. La hipoteca se distingue así por la identificabilidad registral de los bienes objeto de ella. Se supera de esta manera la ficción de la Ley de 1893, al considerarse hipotecables los bienes muebles aunque con ciertas limitaciones, ya que los posibles objetos de la hipoteca mobiliaria están sujetos a *numerus clausus*: establecimiento mercantil, vehículos de motor, tranvías y vagones de ferrocarril, aeronaves, maquinaria industrial y derechos de propiedad intelectual e industrial.

Es para destacar en cuanto a la aeronave que la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento española de 1954 es un paso de avance con relación a la anteriormente citada Ley de Bases de Navegación Aérea, que a pesar de considerar a la aeronave como un bien mueble, utilizaba ficción semejante a la de la Ley de Hipoteca Naval para hacer de la aeronave objeto de la garantía hipotecaria. Cabe preguntarse, no obstante, que motivos llevarían a que el legislador español rompiera con la criticada ficción con relación a la aeronave y la mantuviera con relación a los buques, al no modificar en lo más mínimo la Ley de Hipoteca Naval. Esta misma pregunta se la hace APARICIO RAMOS, así: “... lo extraño, en último extremo, es que al haberse dictado la ley de 16 de diciembre de 1954 instituyendo y regulando la hipoteca mobiliaria, no se haya dado cabida en la misma a la de buques, derogando la ley de 1893. Reconociendo legalmente el carácter mueble del buque, la justa solución habría sido ésta, huyendo de toda ficción. A nadie se le oculta la semejanza entre el buque y la aeronave, y si a ésta se le hace objeto de hipoteca mobiliaria, carece de explicación el no haber seguido el mismo criterio para el buque, modernizando y actualizando su condición jurídica, en cuanto objeto de un derecho real de garantía”.²⁷

Seguramente que el diferente tratamiento dado a los buques y a las aeronaves no obedece únicamente a razones de mala sistemática o a un simple capricho del legislador español. Hay en ello una especial atención a las condiciones *sui generis* del buque, no tanto por su discutido carácter de mueble o inmueble, sino por su inserción dentro del Derecho Marítimo, cuyos caracteres especiales informan todas sus instituciones: la hipoteca naval, por haber sido aceptada con anterioridad dentro del ordenamiento jurídico, tiene una historia y desarrollo propio que llevaron a la elaboración de una ley especial de 53 artículos y dos adicionales, que resulta incomparablemente mayor a lo que la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento dedica a cada una de las hipotecas mobiliarias en específico;

²⁵ OLIVENCIA RUIZ, Manuel, *op. cit.*, p. 43.

²⁶ *Ídem.*, p. 44.

²⁷ APARICIO RAMOS, Julián, “Hipoteca Naval” en, AA.VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XI, Francisco Seix, Barcelona, 1979, p. 106.

nótese que la regulada con mayor extensión, la hipoteca de establecimientos mercantiles, está desarrollada en sólo 13 artículos.

En Cuba la hipoteca sobre un bien mueble data precisamente de 1954 con la Ley- Decreto 1420 sobre Hipoteca Naval, que, a diferencia de la legislación española sobre la materia, no acude al expediente de la ficción sobre la inmovilidad del buque, sino que establece en su artículo 2 que sus disposiciones no privan las embarcaciones de su carácter de bienes muebles, no obstante lo cual puede ser objeto de hipoteca, cuando la misma se constituya con arreglo a las disposiciones de la Ley- Decreto.

Con el triunfo revolucionario, las leyes de Reforma Agraria y la Ley de Reforma Urbana destierran de la legislación cubana la hipoteca sobre bienes inmuebles y cualquier otro tipo de gravamen sobre estos bienes (cf. artículos 34 de la Primera Ley de Reforma Agraria; artículos 29.3.4 y del 30 al 35 de la Ley de Reforma Urbana). Posteriormente, la Ley 1261 de 4 de enero de 1974, derogó las disposiciones de la Ley Hipotecaria y su Reglamento aún vigentes que regulaban el procedimiento sumario para el cobro de créditos hipotecarios. No obstante, la hipoteca naval y la disposición normativa que la regula mantuvieron su vigencia, y al ser sustituido el Código civil de 1889 por el Código Civil de 1987, el artículo 288 de este último estableció que: “*la hipoteca naval o aérea se rige por disposiciones especiales*”, con lo que reconoció que en Cuba podían ser objeto de garantía hipotecaria el buque y la aeronave. Solo recientemente por Decreto Ley 214, de 24 de noviembre de 2000, se autorizó la constitución de hipoteca sobre bienes inmuebles declarando como su régimen legal la Ley Hipotecaria y sus disposiciones complementarias, así como la propia disposición.

Como ya se ha definido, la institución de la hipoteca de manera general es una sola. Es por ello que la intención de estas líneas es puntualizar dicho concepto en el supuesto de que se pretenda gravar al buque. Nuestro análisis no redundará en este epígrafe en ubicar al buque como mueble o inmueble, de hecho, a los efectos de la hipoteca, ésta puede recaer de indistinta manera en bienes muebles o inmuebles.

La hipoteca naval es un derecho real de garantía que afecta a un bien mueble, en este caso el buque. La hipoteca naval, como define el español GONZÁLEZ REVILLA, es un derecho real constituido sobre una nave ajena en garantía de un crédito, en cuya virtud el acreedor, si no se le paga la deuda en el plazo convenido, puede hacer embargar y vender la nave hipotecada.²⁸ El concepto citado de GONZÁLEZ REVILLA es ampliamente aceptado no sólo por su gran autoridad sino por su grado de generalidad precisión, no obstante lo cual se pueden señalar aspectos que no deben olvidarse en el momento de caracterizar este derecho real.

La hipoteca naval es un derecho real de carácter mobiliario, dada la naturaleza jurídica del bien sobre el que recae, excepcionalmente dentro de los bienes muebles sujeto a una publicidad especial, naciendo exclusivamente mediante inscripción registral y extinguiéndose, por tanto, mediante la cancelación de la mencionada inscripción.

²⁸ Cit. pos, ABREU, Alberto, *Fundamentos de Derecho Marítimo y Comercial*, Universidad de La Habana - Facultad de Derecho, La Habana, 1990, p. 53.

Una vez señalados estos particulares se puede definir a la hipoteca naval como el derecho real de garantía que recae sobre buques, que concede a su titular el derecho a obtener el valor de dicho bien mediante su venta en caso de que resulte incumplida la obligación que es garantizada, no privando al deudor hasta tanto, de la posesión del buque, constituyéndose mediante su inscripción en el registro correspondiente.

3.1. Contenido de la hipoteca naval.

En el contenido de la hipoteca naval conviven el contrato y un derecho real limitado. El contrato origina el título constitutivo del derecho real. Éste refleja la relación ya constituida. A través del contrato el deudor tiene derecho y acción, para conseguir liberar de la hipoteca la cosa gravada, cuando haya satisfecho la obligación contraída. Mientras que por el derecho real tiene acción el acreedor a ceder su posición, y en el supuesto de incumplimiento, a perseguir y vender la cosa hipotecada, y del precio de la venta satisfacer su crédito. La generalidad de las legislaciones, así como la doctrina, regula y analiza la hipoteca naval desde un doble aspecto: como contrato y como derecho real. De ahí lo conveniente de estudiar estos aspectos de manera separada.

3.1.1. El contrato de hipoteca naval.

Elementos reales

Como todo contrato, el de hipoteca naval posee elementos reales, personales y formales. Entre los elementos reales hay que considerar en primer lugar el buque. El artículo 1351 del Código de Comercio de 1889 de la República de Argentina, establece que “*Sobre todo buque de más de 20 toneladas podrá constituirse hipoteca*”; de este artículo se desprende que el objeto de la hipoteca naval como contrato será el buque. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 866 del Código de Comercio de Chile cuando establece que “*Las naves y artefactos navales mayores podrán ser gravados con hipoteca...*”. En el Código de Comercio de Panamá el artículo 1512 dispone: “*Los buques mercantes podrán ser objeto de hipoteca...*”. También en la Ley de Privilegios e Hipotecas Navales venezolana se establece en el artículo 16 que pueden ser objeto de hipoteca las naves de matrícula nacional. El artículo 1 de la Ley de Hipoteca Naval española declara a los buques mercantes como objeto de hipoteca, y lo mismo hace nuestra Ley-Decreto 1420 de 1954 en su artículo primero.

En estas legislaciones la hipoteca no sólo comprende a los buques construidos y en explotación sino que se extiende también a los buques en construcción. La Ley de Privilegios e Hipotecas Navales venezolana (LPHN), en su artículo 24, plantea que la nave en construcción puede ser hipotecada siempre que se haya invertido en ello al menos la cuarta parte del costo estimado. El Código chileno se refiere a las naves en construcción en el artículo 873, mientras que el panameño en el artículo 1518 establece que para que pueda constituirse hipoteca sobre un buque en construcción será indispensable que esté inscrita en el Registro de Comercio la propiedad de la nave, y que esté invertida en ella la tercera parte de la cantidad en que se haya presupuesto el valor total del casco. La Ley de Hipoteca Naval (LHN) española en

sus artículos 5 y 16 admite la hipoteca sobre el buque en construcción siendo indispensable también que esté invertida en él la tercera parte de la cantidad en que se haya presupuestado el valor total del casco. Nuestra Ley-Decreto 1420 en su artículo 8, establece que las embarcaciones en vías de construcción podrán ser igualmente hipotecadas con tal que en el instrumento en que la hipoteca se constituye se consignen las especificaciones necesarias para el registro de la nave.

En estas regulaciones, para la constitución de hipotecas sobre un buque en construcción, se requiere, además de las generales que deben constar en el instrumento en que se constituya la hipoteca, una serie de requisitos necesarios e imprescindibles como la individualización del astillero donde se esté construyendo, la fecha en que se inició la construcción y aquella en que se espera en que termine, expresión de los materiales que en él hayan de emplearse junto con el avalúo del buque y el correspondiente a la parte de la obra hecha, el largo de la quilla o del casco, según corresponda; el tonelaje presumido, desplazamiento probable, clase de buque y aproximadamente otras dimensiones. Se expresará también en la escritura, la matrícula a que pertenezca, el número que en ella haya correspondido y el nombre o individualización si ya lo tuviese.

El hecho de la admisión de la hipoteca sobre buques en construcción en las legislaciones resulta importante ya que supone un impulso al crédito naval, una forma de ayuda a la construcción naval por parte del Estado y a la propia existencia de la flota mercante y pesquera, coadyuvando y facilitando la obtención de cuantiosos capitales que esta clase de construcciones requieren.

Conjuntamente con el buque, objeto de la hipoteca, se entienden incluidos dentro del contrato, salvo pacto en contrario, el aparejo, respetos, pertrechos, maquinarias, instrumental de navegación, fletes devengados y no percibidos por el viaje que estuviera haciendo o el último que hubiere rendido al hacerse efectivo el crédito hipotecario y las indemnizaciones por abordaje u otros accidentes, así como el seguro para el caso de siniestro (cf. LPHN, artículo 16.2 y Código de Comercio venezolano artículo 612; Código de Comercio panameño y chileno en los artículos 1519 y 876, respectivamente; artículo 7 de LHN española y artículo 15 de Ley-Decreto 1420 de 1954). En el caso de que un copropietario de una embarcación quisiese hipotecar separadamente su participación, el artículo 7 de nuestra Ley-Decreto en un inicio impone una negativa, salvo que esa participación represente más del cincuenta por ciento de la misma, o que se cuente con el consentimiento de todos o la mayoría de los partícipes del condominio; así también lo refrenda el artículo 5 de la LHN española. En cuanto a la posibilidad en nuestro Derecho de que se pudiera hipotecar el derecho real de hipoteca naval, las legislaciones anteriores no dan respuesta expresa, admitiéndose por tanto como objeto de hipoteca el buque y no los derechos sobre el mismo. Este mismo silencio legislativo se percibe en la legislación patria en el caso de la constitución de hipoteca sobre varios buques en garantía de un solo crédito. Los artículos 11, 12 y 13 de la LHN española establecen que se determine la cantidad de gravamen de la que cada uno de ellos deben responder sin que se pueda repetir contra ellos en virtud de ese derecho real de garantía, en perjuicio de tercero, más que por la cantidad a que estén afectos cada uno de ellos. La LHN española permite la constitución de hipotecas sobre buques ya hipotecados, a diferencia de la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley del 16 de diciembre de 1954 para constituir hipoteca

mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, pignorados o embargados. Nuestra ley positiva no se pronuncia en cuanto a la constitución de hipoteca sobre un buque ya gravado.

Otro elemento real del contrato de hipoteca naval lo constituye el crédito garantizado. Es conveniente primeramente insistir en una distinción conceptual, con respecto al objeto del contrato de la hipoteca naval. Cabe diferenciar nítidamente entre el objeto de la garantía real (hipotecaria), es decir, del contrato de garantía, y el objeto sobre el que recae la concreta garantía (la hipoteca naval). En virtud del primero, el contrato de hipoteca naval puede asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras o estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria. Esta garantía debe ser dineraria o, al menos, valorable económicamente. Visto desde este punto de vista, el objeto del contrato de hipoteca naval será el crédito de la obligación principal que se garantiza con el derecho real de hipoteca. Mientras que otra cosa es el objeto sobre el que recae la concreta garantía real, que es el bien dado en garantía: el buque.

El crédito garantizado como parte real del contrato debe hacerse constar en el mismo de manera expresa, junto con los intereses convenidos entre las partes. Este elemento es exigido en innumerables legislaciones como el Código de Comercio chileno, en su artículo 870.4; el Código de Comercio panameño, en virtud del artículo 1515.2; la LPHN venezolana, en el artículo 23.3; y la LHN española en el artículo 6.2.

Elementos personales

El primero de los sujetos que interviene en el contrato de hipoteca naval es el deudor hipotecario, que es la persona que constituye la hipoteca. Este ha de ser el propietario del buque para tener la libre disposición de sus bienes. Este requisito se señala de manera obligatoria en el Código de Comercio de Chile en su artículo 867 cuando establece que: "*Solo el propietario podrá hipotecar una nave*"; el Código de Comercio panameño en su artículo 513 puntualiza que "*... no podrá constituirse hipoteca sobre un buque sino por su dueño o por su legítimo representante, con poder bastante para el caso*". En este precepto se destaca que el propietario de un buque puede delegar esta facultad de constituir hipoteca en un representante o apoderado que actúe en su nombre. La LPHN venezolana en su artículo 18 confiere poder solamente al propietario de la nave para que constituya hipoteca. El Código de Comercio argentino de 1889 establece en su artículo 1353 que "*... no podrá constituirse hipoteca sobre buque o parte de él, sino por su dueño o por un mandatario suyo, con poder especial*". De este precepto se entiende que no es necesario para la conformación de la hipoteca que se realice sobre la totalidad y universalidad de la nave sino que la misma puede constituirse sobre una parte del buque, exigiéndose los mismos requisitos y surtiendo los mismos efectos que si la hipoteca se constituye sobre la totalidad de la nave. La LHN española en su artículo 4 autoriza que "*... solo podrán constituir hipoteca los que tengan la libre disposición de sus bienes o en caso contrario de no tenerla se hallen autorizados para ello con arreglo a la ley*", coincidiendo con lo preceptuado, el artículo 138 de la LHN española. En la misma sintonía se encuentra el artículo 4 de la Ley-Decreto 1420, de 1954.

Todas estas legislaciones tienen como elemento común el que se debe tener la capacidad plena, ya sea de por sí, o por medio de apoderado con poder especial para contraer la obligación, otorgado ante notario público. En los casos de que la propiedad del buque pertenezca a varias personas, se hace necesario que se proceda al acuerdo de los partícipes o por lo menos de la mayoría para la constitución del derecho real de hipoteca. Cabe la posibilidad de que un partícipe pueda hipotecar separadamente su parte en el buque, a favor de otro partícipe o de otra persona, como se señala en el artículo 1513 del Código de Comercio panameño. La Ley-Decreto 1420 cubana, afirma en su artículo 7 que "*El propietario no podrá hipotecar separadamente su participación en ella si ésta no representa más del cincuenta por ciento de la misma o, en su defecto, sin el consentimiento del condómino que representa esa mayoría*". Aspecto interesante nos ofrece la LPHN venezolana al conceder en su artículo 19 la oportunidad de que en caso de que no se obtuviese la mayoría de los copropietarios para constituir la hipoteca, se acuda al juez de Primera Instancia en lo Mercantil de la Jurisdicción del puerto de matrícula de la nave para que se autorice la hipoteca de la parte del buque que se quiere poner en garantía.

La hipoteca sobre un buque en construcción ha de constituirla su propietario, aunque en legislaciones como la española se autoriza que también lo podrá hacer el naviero si en el contrato de construcción se le hubiese concedido especialmente esta facultad. Nuestra legislación no hace referencia alguna en cuanto a si el naviero tenga la posibilidad de constituir hipoteca sobre para la nave en caso de construcción. En el supuesto de que el naviero sea el propietario del buque en construcción, su capacidad para constituir hipoteca no procede de la potestad concedida, sino de su carácter que entraña cierto conflicto y que resulta regular en la construcción naval, cuando tanto el armador como el constructor aporta mercancías o maquinarias a la construcción. Ambos serían propietarios de la construcción y tendrían, en este caso, que constituir de común acuerdo la hipoteca.

Otro sujeto que interviene en el contrato de hipoteca naval, es la persona a favor de la que se constituya la hipoteca. Este es el sujeto activo o titular del derecho de hipoteca, que generalmente coincide con la persona del acreedor. Puede darse el supuesto que la persona a favor de la que se constituye la hipoteca no sea el acreedor hipotecario originario, debido a la transmisión del crédito hipotecario. En este sentido el Código de Comercio panameño en su artículo 1514 establece: "*La hipoteca naval podrá constituirse a favor de persona determinada o a su orden, pero toda transmisión de un crédito hipotecario, a cualquier título que sea, deberá ser inscrita en el Registro Mercantil, del mismo modo que el título originario, sin cuya circunstancia el gravamen no producirá efecto legal*". Se acentúa la condicionalidad que debe tener la inscripción en el Registro Mercantil para que surta plenos efectos legales, constituyendo dicha inscripción elemento *ad solemnitatem*. El artículo 2 de la LHN española exige el mismo requisito de registrabilidad para que el que reciba el crédito hipotecario pueda exigir su pago según los procedimientos legales. La ley española no sólo admite la transmisión del crédito hipotecario a la orden, sino incluso, por autorización del artículo 163 del Reglamento de 1956, la garantía de títulos al portador.

En la Ley-Decreto 1420 de 1954, en su artículo 5 se establece que: "*La hipoteca naval podrá constituirse a favor de determinadas personas naturales o jurídicas, o a*

su orden, o mediante la emisión de títulos individuales nominativos o al portador...". En este precepto se reconoce la posibilidad de la transmisibilidad de títulos nominativos directos o de los títulos a la orden, aunque no se exige expresamente el requisito de la inscripción en el Registro como elemento constitutivo.

Elementos formales

Los elementos formales del contrato de hipoteca naval lo conforman el documento en el que se recoge, es decir, la forma escrita y la inscripción en el Registro de Buques. El contrato de hipoteca naval se caracteriza por ser un contrato formal, pues para su validez requiere de la forma escrita que debe constar en documento público. Como punto común de innumerables legislaciones resulta ser la exigencia de la forma documental pública. El Código de Comercio chileno en su artículo 868 establece que: *"La hipoteca naval deberá otorgarse por escritura pública..."*. También nuestra Ley-Decreto 1420 exige que el contrato de hipoteca naval se constituya en suelo patrio mediante el otorgamiento de escritura pública según lo preceptúa el artículo sexto. Sin embargo existen diversos ordenamientos jurídicos que contemplan otras formas escritas de constituirse el contrato de hipoteca, entre ellas se encuentra el Código de Comercio de la República argentina de 1889 que plantea en su artículo 1352 que el contrato de la hipoteca se hará por escritura pública o privada y comprenderá todo el buque o solamente una parte de él. Hay otros países como la República de Panamá que ha modificado, en este aspecto su Código de Comercio, por la Ley 43, de 8 de noviembre de 1984, quedando redactado el artículo 1515, así: *"El contrato de hipoteca naval, otorgado dentro o fuera de la República, podrá celebrarse en cualquier idioma y deberá constar por escrito, sea en escritura pública o documento privado. Si se celebrare por documento privado la firma de los otorgantes deberá ser autenticado un Notario Público; o por un Cónsul de la República de Panamá en ejercicio de sus funciones notariales"*. Se introduce aquí la posibilidad de constitución del contrato por documento privado, exigiéndose que sea legalizado y autenticado por notario o cónsul en su función notarial en el extranjero.

Por otra parte la LHN española en su artículo 3 establece que: *"el contrato en que se constituye hipoteca solamente podrá otorgarse: por escritura pública; por póliza de agente de cambio y bolsa, corredor comercio o corredor intérprete de buque, que firmen también las partes o sus apoderados; y por documento privado que firmen los interesados o sus apoderados, y que presenten ambas partes o cuando al menos la que consienta la hipoteca, al funcionario encargado de verificar la inscripción, identificado ante él su personalidad"*.

Aquí se introduce una nueva forma del documento privado con respecto a la legislación anteriormente citada, que es la póliza de agente, corredor de comercio, o corredor intérprete de buque. Esto el legislador lo previó por su desarrollo tanto del ámbito marítimo, como de las figuras de los agentes y corredores en el mundo mercantil, que juegan un importante papel en la viabilización de los trámites comerciales, y de las operaciones bancarias y mercantiles en general.

Nuestra legislación hace caso omiso a la intervención de agentes o corredores; al igual que con la constitución en documento privado, aunque esta última forma ha caído en desuso o más bien es poco utilizada, entre otras causas, por la difícil

situación procesal en que quedaría la obligación principal garantizada frente a otros acreedores con créditos con forma documental pública.

En cuanto a los requisitos de que debe constar el documento constitutivo de la hipoteca, en lo que coinciden la mayoría de los cuerpos legales que se ocupan de ello, y sin perjuicio de las estipulaciones que puedan convenir las partes, son los siguientes:

- a) Nombre, apellidos, domicilio, y nacionalidad del acreedor y del deudor.
- b) Importe del crédito que garantiza el gravamen, en cantidad líquida y determinada y de las sumas a que en su caso se haga extensivo el gravamen por costas y los intereses del mismo. Si la hipoteca es abierta se indicará la cuantía máxima que garantiza.
- c) Fecha de vencimiento del plazo para el pago del capital y de los intereses.
- d) Nombre, tipo, tonelaje, señas y descripción completa de la nave que se grava, el número y fecha de su inscripción para navegar y su matrícula.
- e) La estimación del valor de la nave al momento de ser gravada.
- f) Cantidad de que responde cada nave, en el caso de que se hipotequen dos o más en garantía de un solo crédito.
- g) En el caso de que el buque esté en construcción, deberá identificarse plenamente mediante las especificaciones necesarias para el registro de la nave (artículo 1571 del Código de Comercio colombiano, art. 870 del Código de Comercio de Chile; art. 1515 del Código de Comercio panameño; LPHN venezolana, art. 23).

En el caso de que la constitución de la hipoteca fuese fuera del país se exige en todas estas legislaciones que se haga ante el cónsul que represente al Estado en donde esté inscrito y matriculado el buque, o en todo caso ante notario público en el extranjero siempre que se inscriba en el país en que se pretende ejercitar el derecho.²⁹

Para que la hipoteca surta los efectos que le son propios, tiene que estar inscrita en el registro correspondiente. Tal requisito es exigido por muchas legislaciones, entre las que se encuentran la Ley de Navegación mexicana, según se deduce de su artículo 90, al establecer que el orden de inscripción determinará el grado de preferencia de la hipoteca; la LPHN venezolana (art. 20); el artículo 1516 del Código de Comercio de Panamá; el artículo 871 del Código de Comercio chileno, que establece que "*la hipoteca naval deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas, Gravámenes y Prohibiciones de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante...*". Se deduce del artículo 14 de la LHN española, y viene establecido en nuestro ordenamiento positivo por el artículo 10 de la LD 1420 de 1954: "*Las hipotecas que se constituyen sobre embarcaciones o buques se*

²⁹ Artículo 868 del Código de Comercio de Chile; artículo 6 de la Ley-Decreto 1420 sobre hipoteca naval en Cuba y art. 17 de la LHN española.

inscribirán en las secciones correspondiente del Registro Mercantil del puerto de su matrícula".

Al reglamentar las inscripciones y bajas en el Registro Central de Buques, el Ministro de Transporte en Resolución 22, de 9 de abril de 1993, establece como objeto de segundas y posteriores inscripciones "... aquellos documentos relacionados con la imposición, modificación o extinción de gravámenes existentes sobre los buques o embarcaciones cubana, incluida la hipoteca naval...".

Tal como sostienen FERRE MOLTO y GIMÉNEZ VILLANUEVA³⁰ "... para la hipoteca que se contiene en el contrato, la inscripción tiene efectos constitutivos (...) la hipoteca naval no inscrita carece de valor aún entre los interesados". Al decir que la hipoteca naval no inscrita carece totalmente de valor, se refiere al derecho real de hipoteca, con el contenido que le es propio (entre otros, el derecho de preferencia, de persecución, cuando la cosa haya pasado a poder de un tercero, etc.). El derecho real no existe si no está inscrito, aunque conste en escritura pública, tal como viene exigido por la ley. En última instancia, de darse la existencia de una escritura pública contentiva de hipoteca y no inscrita, el acreedor no será propiamente acreedor hipotecario y por lo tanto no podrá hacer valer procesalmente su derecho sobre el valor de la cosa objeto de garantía, por los medios previstos en la vigente Ley Hipotecaria y su Reglamento, a los que nos remite el artículo 22 de la Ley Decreto 1420/54 en Cuba.

No es éste acreedor un acreedor singularmente privilegiado, como viene recogido en el artículo 307.1 del Código Civil cubano, sino que será un acreedor no privilegiado contemplado en el artículo 307.1, inciso d) del mismo cuerpo legal. Por lo demás, este acreedor poseerá una escritura pública y a tenor del artículo 486 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, dicho documento tiene fuerza ejecutiva, no necesitando de un previo proceso de conocimiento para satisfacer su crédito frente al deudor de la obligación principal. Al no estar inscrita la hipoteca el acreedor quedará desprotegido frente al tercero poseedor de la cosa, pues éste no tiene conocimiento del gravamen, dado su estado clandestino. La posesión de este tercero adquirente se convierte en inatacable, dada la posición del supuesto "acreedor hipotecario".

Tanto la LHN española de 1893 como la LD 1420/54 cubana, haciendo referencia ambas al artículo 612 del común Código de Comercio, establecen un sistema de publicidad basado en una doble inscripción. Se exige, por una parte, la inscripción en Registro, tal como se ha expresado anteriormente, y además, en la certificación que ha de tener a bordo el capitán de la nave con la finalidad de indicar a terceros la situación jurídica del buque, cuando se halle fuera del lugar donde está registrada. Este sistema de doble publicidad evidentemente no es aplicable a los buques en construcción, al no ser éstos todavía susceptibles de desplazamiento.

Además, en la actualidad, tal práctica refrendada en el artículo 14, párrafo segundo, de la LHN española y en artículo 10, párrafo tercero, de la LD 1420/54, ha quedado

³⁰ FERRE MOLTO, Miguel y Tomás GIMÉNEZ VILLANUEVA: "La Hipoteca Naval en el ordenamiento jurídico español" en, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. Editorial Civitas, Madrid, 1996., p.666.

en desuso. En primer lugar esta anotación no tiene efectos constitutivos, sino solamente probatorios, concebida como una importante fuente de publicidad. En segundo lugar, con el actual desarrollo del transporte y las comunicaciones, que permiten situar en cualquier momento al buque cualquiera que sea el lugar donde se encuentre y obtener una certificación que acredite la condición jurídica del mismo con creciente celeridad, tal mandato carece de aplicación.

3.1.2. La hipoteca naval como derecho real.

La doctrina en general ha caracterizado a la hipoteca naval como un derecho real, correspondiéndole todas las características típicas de la hipoteca que se han enunciado antes en este trabajo. Quizás el punto neurálgico en la caracterización de la hipoteca naval sea la naturaleza mueble del buque, que choca con la posición doctrinal tradicional de que la hipoteca sólo sea susceptible de aplicación para bienes inmuebles, de ahí la pura ficción de considerar el buque a los efectos hipotecarios como bien inmueble. No obstante los profesores FERRE MOLTO y GIMÉNEZ VILLANUEVA plantean amparándose en la doctrina más autorizada, que "...la nota inmobiliaria de la hipoteca responde a una característica típica de la misma más que a una característica esencial". De ahí la necesidad de replantearse la consideración, en estos tiempos, de que se vea la nave como un inmueble para recibir un tratamiento hipotecario.

Nuestra LD 1420/54, en su artículo 16, siendo copia fiel del artículo 16 de la LHN española, proclama el carácter real de la hipoteca naval, al establecer que: "*La hipoteca naval sujeta directa e inmediatamente la embarcación gravada al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se ha constituido, cualquiera que sea su poseedor*". De este precepto se desprende, pues, el señorío propio que tiene el titular de este derecho sobre la cosa hipotecada. Se deduce también su carácter accesorio debido a que garantizará el cumplimiento de una obligación principal, así como que se define este derecho como adherido al bien de manera inseparable, al terminar dicho precepto extendiendo el derecho "*cualquiera que sea su poseedor*".

La hipoteca naval como derecho real comprende derechos típicos que permiten sujetar directa e inmediatamente el objeto gravado al cumplimiento de la deuda. Uno de esos derechos es el de preferencia, la facultad que tiene el acreedor hipotecario, sólo para cobrar su crédito, sobre un bien o bienes con preferencia a otros acreedores. Esta preferencia no es absoluta, sino relativa, pues existen ciertos créditos que sin estar inscritos en el registro, gozan de preferencia sobre la hipoteca naval, tal es el caso de los impuestos o contribuciones a favor del Estado, salarios de la tripulación, entre otros (artículo 18 de la LD 1429 de 1954 en Cuba).³¹ Quizás pueda surgir la duda del por qué la existencia de muchos créditos preferentes a la hipoteca naval. De hecho el buque, por sus características, exige de estos créditos de subsistencia para garantizar la conservación del bien y de su valor; que en el supuesto de descuido en su mantenimiento y guarda, puede provocar la pérdida total de éste. De ahí la necesaria lista de derechos preferentes a la hipoteca, que

³¹ Nótese como se invierte en esta legislación especial el orden de prelación recogido en el artículo 307 del Código Civil, en relación a todos los deudores, donde tienen preferencia los llamados acreedores singularmente privilegiados, que tienen una garantía real, por sobre los acreedores privilegiados, entre los que se encuentra el Estado y los asalariados, y sobre los acreedores ordinarios o comunes.

lejos de ser un defecto legislativo o un menosprecio a la institución hipotecaria, es una consecuencia natural del carácter frágil e importante del bien hipotecado. Estos créditos preferentes no tienen parangón en la hipoteca inmobiliaria y deben estar causados en el último viaje por una causa grave y urgente, debiendo estar debidamente acreditados. Si con ellos sólo se pretende asegurar la subsistencia del buque, entonces representan un mal menor a los intereses del acreedor hipotecario, en comparación con la pérdida del buque. Con respecto a otro acreedor hipotecario rige el principio *prior in tempore potior iure*, estableciendo una preferencia en atención al orden de antigüedad de las inscripciones constitutivas (artículo 13 de la LD 1420/54 en Cuba; artículo 1927 del Código Civil español; art. 90 de la Ley de Navegación mexicana; art. 872 del Código de Comercio chileno).

Otro de los derechos característicos es el de persecución, que faculta al acreedor a instar la enajenación de la cosa hipotecada para satisfacer su crédito, aunque la cosa esté en poder de un tercero (artículo 28 de la LHN española; artículo 16 de la LD 1420/54). Este derecho de persecución se traduce en la posibilidad de ejecución de la nave hipotecada para su realización en valor. La acción hipotecaria solo puede ejercitarse en determinados supuestos que suelen estar recogidos puntualmente en las legislaciones nacionales:

- 1- Vencimiento del plazo estipulado para la devolución del capital.
- 2- Vencimiento del plazo para el pago de los intereses.
- 3- Cuando el deudor sea declarado en quiebra o concurso.
- 4- Si cualquiera de los buques hipotecados sufre deterioro que lo hace inútil para la navegación.
- 5- Pérdida total de la nave hipotecada.
- 6- Cambio de pabellón o venta de la nave a un extranjero.
- 7- Cumplimiento de las condiciones resolutorias pactadas en el contrato de préstamo hipotecario y las demás que produzcan el efecto de hacer exigible el capital y los intereses (véase art. 20 LD 1420/54; art.39 LHN española.)

Por último, se encuentra el derecho a la circulación de la garantía pues los derechos del acreedor hipotecario no se conciben como intransmisibles sino que son materialmente circulantes. Esto no quiere decir que el crédito hipotecario pueda hacerse circular con independencia del crédito garantizado, pues resulta imposible dada la accesoriedad que es característica de la hipoteca.

3.2 El Registro de Buques en Cuba.

El Código de Comercio, promulgado en España en agosto de 1885 y hecho extensivo a Cuba por Real Decreto de 28 de enero del propio año, que comienza a regir para nuestro país a partir del primero de mayo de 1886, establece y regula en el artículo 16, en concordancia con el artículo 22, lo concerniente a la inscripción de los buques en un Registro creado al efecto. El artículo 16 establece que "*... se abrirá en todas las capitales de provincia un Registro Mercantil compuesto de dos libros independientes en los que se inscribirán: - los comerciantes particulares, y las sociedades. En las provincias litorales y en las interiores donde se considere conveniente por haber un servicio de navegación, el Registro comprenderá un tercer libro destinado a inscripción de los buques*". Más adelante el artículo 22 establece que:

"En el Registro de Buques se anotarán:

- 1- *El nombre del buque, clase de aparejo, sistema o fuerza de las máquinas, si fuere de vapor, expresando si son caballos nominales o indicados; punto de construcción del casco y máquinas, año de la misma, material del casco indicando si es de madera, hierro, acero o mixto; dimensiones principales de eslora, manga y puntal; tonelaje total y neto; señal distintiva que tiene en el Código Internacional de Señales; por último, los nombres y domicilios de los dueños y partícipes de sus propiedades.*
- 2- *Los cambios de la propiedad de los buques, en su denominación o en cualquiera de las demás condiciones enumeradas en el párrafo anterior.*
- 3- *La imposición, modificación y cancelación de los gravámenes de cualquier género que pesen sobre los buques."*

Más tarde, mediante el Decreto número 524, de fecha 5 de abril de 1916, se dispone que en los Registros Mercantiles donde haya Aduana, ha de llevarse un Libro de Buques en correspondencia con lo establecido en el artículo 16 del citado Código de Comercio. Con posterioridad al triunfo revolucionario, la Ley número 1180, de 1º de julio de 1965, le otorgó facultades al Ministerio de Justicia para reestructurar los Registros de la Propiedad, haciéndose extensivo a los Registros Mercantiles y a los de Sociedades Anónimas.

Sin embargo, esta situación es objeto de una sustancial modificación, al ser dictada en octubre de 1969, la Resolución 141, por el Primer Vice-Ministro del Ministerio de Justicia, que segregó la sección de buques del Registro Mercantil y la transfirió al Ministerio de Transporte. Por la Resolución 27 del 10 de febrero de 1970 del Ministerio de Justicia, fueron traspasados los Registros Mercantiles y de Sociedades Anónimas de las provincias de La Habana, Matanzas y Camagüey al Archivo Nacional de la Academia de Ciencias. Asimismo, la precipitada Resolución 27, de 10 de febrero de 1970, también adscribe las funciones de la Sección de Buques de los Registros Mercantiles y las transfiere al Ministerio de Transporte, el que mediante su Resolución G-70-14, de 15 de agosto de 1970, las centraliza en un registro único que se crea con el nombre de Registro Central de Buques a cargo de la Dirección de Regulaciones y Normas Técnicas del Transporte Marítimo. El Tercer Por Cuanto de ese cuerpo legal establece que para "*...la mejor organización y funcionamiento de la precipitada Sección de Buques de los Registros Mercantiles de la República, procede su centralización a nivel de este organismo, en un registro único en el cual se inscribirán obligatoriamente los buques a que se refiere el Reglamento del Registro Mercantil, contenido en el Decreto Presidencial número 1444 de 6 de octubre de 1932, y sus modificaciones posteriores*".

Posteriormente, mediante la Ley 1229, de 21 de agosto de 1970, se creó el Ministerio de Marina Mercante y de Puertos, y conjuntamente se le adscribió el Registro de Buques. En medio del proceso de institucionalización revolucionario, por la Disposición Tercera de la Ley 1323, Ley de Organización de la Administración Central del Estado, de fecha 30 de noviembre de 1976, se declaró extinguido el Ministerio de Marina Mercante y de Puertos, y por la Disposición Final Cuarta del

propio texto legal, se transfirieron las atribuciones y funciones legalmente asignadas al expresado Ministerio de Marina Mercante y de Puertos al Ministerio del Transporte.

La Resolución 197, dictada con fecha 18 de noviembre de 1978, por el Ministro del Transporte modificó el nombre de "Registro Central de Buques del Ministerio del Transporte", por el "Registro Central de Buques", adscribiéndolo a la Dirección Jurídica de este organismo, donde actualmente se encuentra. Por la Resolución 67, dictada con fecha 22 de julio de 1982, se aprueba y pone en vigor el "Reglamento para la solicitud de inscripciones en el Registro Central de Buques", resultando modificado a través de la Resolución 22, dictada por el Ministro del Transporte, con fecha 6 de abril de 1993. De conformidad con el articulado de este Reglamento, se inscriben en el Registro de Buques las embarcaciones cubanas pertenecientes a la lista 1^o, 2^a, 3^a y 4^a, siendo obligatoria la inscripción. Llama la atención como no se incluyen las embarcaciones tradicionalmente incorporadas a las listas 5^a y 6^a, que son los yates y los buques de recreo y los dedicados a fines científicos, respectivamente. Al no ser incluidos entre las categorías de embarcación que pueden inscribirse en el Registro, y no pueden ser objeto de hipoteca naval, pues según establece el artículo 10 de la Ley-Decreto 1420 para que surta efectos dicho contrato debe estar inscrito en el Registro.

Consideramos que esta omisión del legislador puede afectar la obtención de créditos para las inversiones necesarias en embarcaciones que tengan por objeto al turismo marítimo, que en los próximos años debe incrementarse y que ofrece amplias posibilidades para el país. Si bien hasta ahora dicha transportación se ha efectuado para buques de nacionalidad extranjera, cabe la posibilidad que en un futuro, naves cubanas ofrezcan este servicio por lo cual se necesitarán cuantiosos recursos, cuya obtención puede ser garantizado con la hipoteca naval, como se hizo en otras ocasiones

3.3. Regulación internacional de la hipoteca naval.

Resulta imprescindible conocer cómo se regula la hipoteca naval en el ámbito internacional. Es de señalar que la institución de la hipoteca naval ha sido objeto en diferentes países de una regulación distinta con respecto a los privilegios marítimos. El hecho de existir una diversidad legislativa sobre la materia y ante la necesidad de fortalecer la garantía hipotecaria frente a la variedad de los privilegios marítimos, la susceptibilidad del buque de trasladarse a aguas internacionales o territoriales de diferentes países y la inseguridad de los acreedores hipotecarios frente al surgimiento de nuevos créditos con acreedores extranjeros, hace necesaria una regulación internacional en esta materia.

Es en este contexto en que se produce la Conferencia de Bruselas de 1926, que condujo al establecimiento de un cuerpo legal que unificara internacionalmente las diversas leyes promulgadas por los Estados en cuanto a esta institución, y diera un orden de preferencia más favorable al acreedor hipotecario frente a los numerosos privilegios marítimos. En dicha conferencia se aprobó el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios marítimos e hipotecas. El Convenio de Bruselas, como también se le conoce, como aspectos importantes, establece en su artículo 1 la obligatoriedad del reconocimiento de la hipoteca naval

para todos los países signatarios. Fija el orden de prelación que tendrían los créditos que anteceden a la hipoteca, ubicando la misma en el sexto lugar. El artículo 5 fija las posiciones de los créditos y aclara que los créditos comprendidos en cada uno de los números vienen en concurrencia y al prorrateo en caso de que los fondos habidos sean insuficientes para pagar la totalidad de la reclamación. Además de que el artículo 7 establece que: "*Con vistas a la distribución del precio de la venta de objetos afectados por el privilegio los acreedores privilegiados tienen la facultad de dar a conocer el montante íntegro de sus créditos sin deducción del capítulo de las reglas sobre la limitación*". De ahí que con este precepto se fija uno de los derechos que compete al acreedor o acreedores privilegiados en el caso de ejecución del buque que estaba sometido al cumplimiento de una obligación. Según este Convenio, los créditos privilegiados seguirán siempre al buque, a pesar de que se encuentre en manos de otro dueño (artículo 9). Con esto se le garantiza el derecho al acreedor hipotecario de que pueda satisfacerse respecto a otros acreedores, con el cobro de su crédito, aunque el buque haya sido objeto de cesión o transmisión.

Este Convenio de Bruselas sobre los privilegios marítimos no produjo los resultados deseados, por lo que no gozó de gran reconocimiento en el orden internacional, pues no mejoró ni satisfizo de manera significativa la posición de los acreedores, a pesar de reconocerse la validez de la hipoteca sobre buque por todos los países signatarios.³² Dicho convenio no logró atraer a las grandes potencias marítimas, ni a aquellos países que ofrecían abanderar buques con escasos requerimientos. No obstante, constituyó dicha convención un primer esfuerzo en tratar de lograr una uniformidad en las legislaciones nacionales respecto al orden de prelación de los créditos privilegiados.

El Convenio de Bruselas, de 27 de mayo de 1967, trató de dar un paso de avance en el camino antes indicado, reduciendo el número de privilegios antepuestos a la hipoteca, como los derechos de puertos, créditos laborales y otros créditos producto de accidentes acaecidos a bordo durante la explotación del buque, así como otros tipos de créditos. Además, se niega la condición de privilegiado al contrato de fletamento y se establece la obligación de informar con un anticipo de 30 días, la ejecución de un crédito por un tribunal que sea parte de cualquiera de los Estados contratantes. En cuanto al término que debe transcurrir para la extinción de los créditos privilegiados, se mantiene, como en el artículo 9 del Convenio de 1926, un año de vigencia (artículo 8 del Convenio 1967).

Otro intento para facilitar las condiciones de financiación de los buques y el desarrollo de las flotas mercantes nacionales, así como la búsqueda de la uniformidad internacional en la esfera de los privilegios marítimos y la hipoteca naval, lo constituyó el Convenio Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval, suscrito en Ginebra, el 6 de mayo de 1993. En dicho convenio se expresa la necesidad de un instrumento jurídico internacional más eficaz que regule los privilegios marítimos y la hipoteca naval. El Convenio de Ginebra reduce la prelación de créditos marítimos que son preferidos a la hipoteca según el artículo 4, aunque sigue manteniendo al crédito hipotecario naval en el sexto lugar. Este documento tiene como iniciativa el pronunciarse en relación a los problemas que existían con los privilegios e hipotecas del arrendamiento a casco desnudo que no

³² ABREU, Alberto, *op .cit.*, p. 69.

fueron previstos por los Convenios de 1926 y 1967. En su artículo 4.1 se establece que: "*Los siguientes créditos contra el propietario, el arrendatario a casco desnudo, el gestor o el naviero del buque...*". La mención de esta forma de contratación constituye una necesidad debido a su auge en el mundo moderno, que está ligado al uso del *leasing* como medio de acceso a la propiedad de un bien, utilizado por los países en desarrollo con el fin de contar con una flota propia. En este tipo de fletamento, el propietario mantiene los derechos a vender o hipotecar el buque, pero cede el control tanto náutico como comercial, al arrendatario. Las presiones ejercidas por la Cámara de Comercio Internacional en la comunidad comercial mundial motivó a que el Comité Conjunto de expertos de la Organización Marítima Internacional (OMI) y la Organización de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) incluyeran una disposición específica sobre esta cuestión en el Convenio aprobado en 1993.

No puede dejarse pasar por alto, el artículo 14 del Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926, que con respecto a sus disposiciones establece que "*... se aplicarán en cada Estado contratante cuando el buque gravado pertenezca a un Estado contratante así como en los demás casos previstos en las leyes naciones*". La lectura de este artículo acarrea un problema en relación con los privilegios marítimos a la hora de determinar el derecho aplicable en aquellas situaciones carentes de un elemento internacional. Por tanto qué sucede con los buques nacionales sobre los que recaen los créditos privilegiados. ¿ Se tienen en cuenta las disposiciones de las convenciones internacionales o se aplicarían la normativa jurídica interna? Esta cuestión ha suscitado un conflicto, al haber criterios totalmente antagónicos. Autores como RUIZ SOROA, ALCÁNTARA y BERLINGIER, son partidarios de la aplicación y recepción del Convenio de 1926, derogándose, en materia de privilegios, a la norma interna del Estado. Otros, que conforman la mayoría de los autores, sostienen que se mantenga la vigencia de la legislación interna. GOYTISOLO, se afilia a la idea de tener por reserva al Convenio de 1926 para supuestos con elementos de extranjería. BOUTHELIER ESPASA destaca que la vigencia del Derecho español es previa a la Convención de Bruselas de 1926. SÁNCHEZ CALERO señala la aplicación del Derecho interno en los supuestos que esté ausente el elemento internacional. Por otra parte, BROSETA puntualiza que a los buques extranjeros pertenecientes a Estados firmantes del convenio se aplicará la prelación contenida en el mismo, mientras que a los buques nacionales o extranjeros de países no firmantes del convenio se le aplicaría la legislación interna.³³

Vistas estas posiciones, consideramos que en el caso de los buques extranjeros de países que no sean signatarios del Convenio de Bruselas de 1926, deben de estar sujetos a la reglamentación jurídica interna, es decir, al Código de Comercio o leyes navales especiales del país. Sin embargo para el supuesto de los buques extranjeros pertenecientes a Estados que hayan firmado y ratificado el Convenio, así como para los buques nacionales de cada Estado contratante deben aplicarse las normas internacionales en materia de privilegios establecidos por el Convenio. Incluimos a los buques nacionales, en contra de lo que plantea BROSETA (de que éstos deben de ser regulados por el ordenamiento jurídico patrio), porque sería

³³ SEGURA BÁEZ, RAFAEL:" Los privilegios sobre el buque" en, AA.VV., *Tratado de garantías en la contratación mercantil*", Editorial Civitas, Madrid, 1996, pp. 1093-1095.

contradictorio y paradójico que un acreedor hipotecario nacional reciba mayor protección y seguridad en cuanto a la posición que alcanza en el orden de prelación de los privilegios marítimos en el extranjero, bajo el amparo de convenios internacionales, que en su propio país, confiriéndole una posición más distante en materia de preferencia.

No sería justo realizar una panorámica internacional sobre la regulación jurídica de la hipoteca naval y su preferencia dentro de los privilegios marítimos, si no se aborda de manera contrastante la relación y sintonía que pudiesen tener las legislaciones de diversos Estados con los convenios internacionales, y si hay en éstas, el espíritu de aceptación general en materia de prelación de créditos sobre el buque para su mayor desenvolvimiento. Con relación al nivel de preferencia que otorgan algunas legislaciones al crédito hipotecario naval, tenemos cómo en el Código de Panamá en su artículo 1507 se le concede el lugar 7º como privilegio sobre el buque; el Código de Comercio argentino, lo relega al lugar décimo cuarto, según se deduce del artículo 1377 del Capítulo IV, Título XVI; el Código de Comercio chileno la ubica en el sexto lugar, de acuerdo con los artículos 844 y 845; el Código de Comercio colombiano lo coloca en el octavo escaño, según se presume del artículo 1556, y en la Ley de Navegación Mexicana, el crédito hipotecario goza del sexto lugar según el artículo 91 en relación con el artículo 80.

En la legislación española, como referencia se tiene al Código de Comercio que fue promulgado por la Ley de 22 de agosto de 1885, siendo extensivo a Cuba por Real Decreto de 28 de enero de 1885, comenzando a regir en nuestro país el 1º de mayo de 1886. Aunque éste Código no recoja la institución de la hipoteca naval, en su exposición de motivos se refiere a los privilegios marítimos con las siguientes palabras: "... se inspira en los intereses del comercio marítimo, que quedarán más asegurados ofreciendo a todo el que contrata con el naviero o capitán del buque la garantía real del mismo, cualesquiera que sean las facultades o atribuciones de que se hallen investidos". Por otra parte, de una manera más directa, el tema de los privilegios marítimos se abordan en el artículo 580, sin hacer referencia expresa a la hipoteca naval, habiéndose subsanado esta falta en la nación de origen por la Ley de 21 de agosto de 1893, que estableció la institución de la hipoteca naval que vino virtualmente a formar parte del Código de Comercio. En dicha ley, el crédito hipotecario se ubica en el 9º lugar de preferencia, según lo establecido en los artículos 31 y 32.

Con respecto a la legislación cubana, en la Ley-Decreto 1420 de 12 de mayo de 1954, se ubica al crédito hipotecario naval, igualmente como lo hace la ley española, en el 9º lugar, de acuerdo al artículo 18. En nuestro país, con cierto retraso, el 22 de noviembre de 1982 se acordó aprobar y someter a la ratificación del Consejo de Estado, la Convención Internacional para la Unificación de ciertas Reglas relativas a los Privilegios e Hipotecas Marítimas, de 10 de abril de 1926, entrando en vigor para el país el 21 de mayo de 1984. En su proclama de adhesión, el gobierno de Cuba hace una reserva de la aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 19 de la convención.

Visto de una manera general el tratamiento que le conceden las diversas legislaciones de los Estados al crédito hipotecario naval en la prelación de créditos, se puede concluir que aun no hay un consenso general en cuanto a la posición de

que debe gozar dicho crédito entre los privilegios. Aún se discute en la doctrina cuál sería el Derecho a aplicar en las situaciones que haya carencia del elemento internacional. Lo cierto es que sigue siendo una necesidad, sobre todo para aquellos que ostenten un derecho de crédito hipotecario, que se replantee y se revise el lugar en que se encuentra la misma dentro del orden de prelación tanto a nivel convencional como nacional, amén del reconocimiento de que los créditos privilegiados antepuestos a la hipoteca naval redundan en beneficio del acreedor hipotecario en tanto que contribuyen a la conservación del bien.

4. La hipoteca aérea.

El recorrido por las figuras utilizadas para sujetar a la aeronave a un derecho real de garantía, coincide a grandes rasgos con el que ya se ha hecho con respecto a los buques. Las enormes sumas de dinero invertidas en el mundo de la aviación, ya sea en cuanto a construcción de aeronaves o infraestructura en general, ponen de manifiesto la necesidad de recurrir al crédito y utilizar por tanto una forma de garantía que implique la normal utilización por parte del deudor del instrumento de navegación aérea que constituye su empresa en particular.

Como el buque, en el marco del tradicional esquema de prenda (con desplazamiento posesorio y para bienes muebles) e hipoteca (sin desplazamiento y para bienes inmuebles), la aeronave podría ser objeto del derecho de prenda, que faculta al acreedor a satisfacer su crédito con preferencia a cualquier otro acreedor, con cargo al valor de un bien inmueble recibido del deudor (cf. artículo 270.1 Código Civil cubano). Sin embargo, el carácter, esencial a la prenda, del desplazamiento posesorio priva al deudor de la utilidad específica de la aeronave, como fuente de ingresos que permitirán en definitiva la satisfacción de la deuda, y por tanto esta figura sólo se empleó en casos muy excepcionales.

Otra opción lo constituyó la transmisión fiduciaria con fines de garantía, cuyos efectos resultan todavía más graves que los de la prenda común, por cuanto no sólo priva al deudor de la posesión del bien, sino que también se encuentra sin la propiedad en caso de incumplirse el pacto de fiducia por el acreedor. Tal pacto será irrelevante para el adquirente al operar tan sólo entre fiduciario y fiduciante.

En el Derecho anglosajón se utilizó el procedimiento del *chattel mortgage*, institución originada en el *Common Law*, que trató de eliminar los inconvenientes señalados, al permitir la retención de la cosa por el deudor, tal como se procedía en la *constitutio possessorum* romana. HOFFSTETTER, citado por ALVAREZ ROMERO,³⁴ afirma que en Estados Unidos esta es la forma de garantía más frecuente sobre las aeronaves, subrayando que el éxito de esta garantía exige la absoluta confianza del deudor en el acreedor, debido a que la acción personal que la ley concede al primero en caso de enajenación, no se considera protección suficiente. También en el Derecho anglosajón existen otras formas como el *hire purchase agreement* inglés, una reserva de dominio, el *conditional sale* y el *freest receipt* norteamericano.

³⁴ALVAREZ ROMERO, Carlos Jesús, "La aeronave y su situación registral" en, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número XXXIII, 1957, p. 471.

No obstante, la figura utilizada de forma predominante en las legislaciones fue la hipoteca para aeronaves, figura que cumple con el objetivo de fortalecer el crédito aeronáutico y a la vez facilitar el tráfico jurídico, amparando tanto los intereses del acreedor como los del deudor. La hipoteca aérea fue regulada en Italia en 1923, en Francia en 1924, y más tarde fue recogida por las legislaciones de Portugal, Finlandia, Grecia, Suiza, Noruega, Argentina, Brasil, México, Venezuela, y otros.

En el orden práctico se han puesto obstáculos a la hipoteca de aeronaves. HOFFTETTER³⁵ ha recogido los siguientes argumentos contrarios a su hipotecabilidad:

- Su gran fragilidad y escaso valor: son argumentos propios de los primeros tiempos de la vida aeronáutica. En la actualidad las condiciones de seguridad de vuelo son tales que las estadísticas consideran que el transporte aéreo es el más seguro, aquel en que se producen el menor número de accidentes. En cuanto al escaso valor de las aeronaves, basta señalar que las grandes aeronaves intercontinentales superan en grado considerable el valor medio de los inmuebles.

- Corto período de duración: la escasa durabilidad de la nave aérea no es una limitación para la hipotecabilidad de este bien; constituye una limitación que es común al resto de los bienes muebles susceptibles de hipoteca. La aeronave puede garantizar cualquier crédito, siempre que su plazo de amortización sea inferior al de la vida útil de la nave.

- Su naturaleza compuesta, que podría provocar la sustitución de unos elementos por otros de menor valor. Tal dificultad se resuelve pactando el reembolso del crédito con base a la depreciación de la aeronave. Cuando la depreciación proviene de la misma conducta dolosa o negligente del propietario de la nave, se recurre al expediente de la llamada acción de devastación, que permite al acreedor imponer la administración judicial del bien hipotecado, si la conducta del deudor puede desvalorizarlo.

- Por último, se ha señalado como dificultad la falta de reconocimiento internacional de la institución, cuando la aeronave se caracteriza por su fácil desplazamiento a través de las fronteras. Ante esto es oportuno señalar que a pesar de la diversidad legislativa sobre esta materia, se han alcanzado acuerdos a nivel internacional como el Convenio relativo al Reconocimiento Internacional de Derechos sobre Aeronaves firmado en Ginebra el 19 de Junio de 1948.

Así, la figura de la hipoteca de aeronaves se ha impuesto en el ordenamiento internacional al ser un bien susceptible de identificación registral, al cumplir con los requisitos que se han señalado para ello. En primer lugar, la identificabilidad de la cosa por sus cualidades físicas de manera que permita distinguirla entre las demás cosas de su mismo género, preferentemente mediante una matrícula organizada. En segundo lugar, teniendo en cuenta la posición del bien en el tráfico jurídico, es necesario que éste no se perjudique al imponer como obligación el examen del correspondiente registro para conocer la libertad o los gravámenes que sobre el objeto pesan.

³⁵ HOFFTETTER, Bernard: *L'hypothèque aérienne*, Lausanne, 1950, p. 59.

4.1. Naturaleza jurídica de la aeronave.

Durante mucho tiempo ha constituido un problema para la doctrina la determinación de la naturaleza jurídica de la aeronave, asimilándola a uno de los grupos en que tradicionalmente suelen dividirse los bienes corporales o materiales, o sea, entre los muebles o inmuebles. Al considerar la naturaleza jurídica del buque se ha visto ya lo que la doctrina ha entendido por dichos conceptos, así como la posición adoptada por nuestro ordenamiento positivo a este respecto, centrándonos en lo establecido en el artículo 46.2 del Código Civil cubano.

Este, como se ha señalado, no contiene definición alguna de lo que considera un bien mueble, adoptando en este punto el criterio de la exclusión, al establecer que son bienes muebles los que no son inmuebles. No obstante, atendiendo al criterio tradicional cabe entender como bien mueble aquella cosa que careciendo de una situación fija en el espacio, puede ser desplazado de un lugar a otro sin menoscabo de su integridad o su naturaleza. Siguiendo este criterio la aeronave se encuentra evidentemente dentro de esta categoría de bienes.

No obstante, TAPIA SALINAS³⁶ subraya cómo un sector de la doctrina, en particular la española, ha concebido a la nave aérea como un bien de carácter especial, que aún estando literalmente comprendida en la definición que de los bienes muebles da el artículo 335 del Código Civil español, al poseer una nacionalidad determinada, constando de una matrícula y siendo obligatoria su inscripción en el registro a esos efectos creado, donde se anota el tracto sucesivo del bien objeto de la inscripción, su régimen jurídico se hace similar al que son sometidos los de naturaleza inmueble. Tal cuestión la resume de esta manera GAY DE MONTELLÁ:³⁷ “Como bien mueble no debería ser objeto de inscripción en el registro público. Tampoco debería ser objeto de hipoteca. Pero bien, a pesar de ello y siguiendo la misma teoría jurídica adoptada en relación a los buques, bienes muebles de naturaleza especial, las aeronaves son bienes muebles inscribibles en los registros públicos, y pueden ser objeto de garantía hipotecaria”. Pero, debido a la evolución producida dentro del pensamiento jurídico luego de la adopción de la ficción en torno a la naturaleza jurídica del buque a los efectos de su hipotecabilidad, se consideró innecesario dicho procedimiento para convertir a la aeronave en objeto de la garantía hipotecaria. No sólo la doctrina española es de tal criterio, sino que se sostiene la misma posición también en la doctrina mexicana y venezolana.³⁸

Claro que al sostener el carácter mobiliario de la aeronave, no se hace caso omiso a las particularidades del régimen jurídico aplicable a ella, sino que se suele matizar esta naturaleza mobiliaria, teniendo en cuenta los rasgos que la caracterizan y distinguen del resto de los bienes muebles. A partir de este presupuesto se dan dos tendencias. Autores como VALLET DE GOYTISOLO y ALVAREZ ROMERO³⁹ califican a la aeronave como bien mueble *sui generis*. Para ellos los caracteres de registrabilidad,

³⁶ TAPIA SALINAS, Luis, *Manual de Derecho Aeronáutico*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1944, p. 56.

³⁷ GAY DE MONTELLÁ, R., *Las leyes de la Aeronáutica*, Librería Bosch, Barcelona, 1929, p. 29.

³⁸ ALVAREZ ROMERO, Carlos Jesús, "Hipoteca aérea" en, AA.VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XI, Francisco Seix, Barcelona, 1979, p. 495; BUCIO CIPRÉS, Eduardo, *La hipoteca sobre aeronaves civiles*, Editorial Porrúa, México, 1952, p. 39, y CHISSONE LARES, Germán, *Principios Generales de Derecho Aeronáutico venezolano*, Caracas, 1954, p. 37.

³⁹ VALLET DE GOYTISOLO, *op. ult. cit.*, p. 202; ALVAREZ ROMERO, *op. ult. cit.*, p. 495.

sus normas especiales de transmisión y hasta su hipotecabilidad, son algo más que el mero tratamiento que el legislador brinda a un bien determinado, sino que, tratándose de la aeronave, tales caracteres configuran la misma naturaleza jurídica del bien, de manera que, aunque asimilables a los bienes muebles, poseen determinada independencia. En el criterio de estos autores el legislador lo que hace es sancionar jurídicamente una peculiaridad que se descubre en la naturaleza misma del bien. Diversas legislaciones han adoptado ese criterio cuando determinan la naturaleza jurídica del bien. Así la Ley de Aviación Civil de Venezuela de 1 de abril de 1955 estableció en su artículo 62, dentro del capítulo XI dedicado a los gravámenes, que “... *las aeronaves son bienes muebles de naturaleza especial, susceptibles de hipoteca...*”. También el artículo 130 de la Ley 48 de 1960, sobre navegación aérea, establece que la aeronave es una cosa mueble *sui generis*, con lo que destaca estas especiales características del bien, sobre todo su aptitud para la identificación registral.

Otro sector pone la distinción no en las cualidades intrínsecas del bien, sino en el régimen jurídico aplicable al mismo. A partir de este criterio se califica a la aeronave como mueble, pero se resta importancia a dicha condición para destacar los rasgos que caracterizan la protección jurídica a que es sometida. El ordenamiento argentino, por ejemplo, en el artículo 49 del Código Aeronáutico sostiene que “*las aeronaves son cosas muebles registrables*”, poniendo el acento con toda intención no en la movilidad del bien, sino en su susceptibilidad de identificación registral. El Código Aeronáutico paraguayo no llega incluso a pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la aeronave, sino que se limita a establecer en su artículo 21 que “*el régimen jurídico de las aeronaves será el de los bienes muebles, con las excepciones establecidas en este Código*”. En la práctica, es evidente que la distinción entre ambas posiciones es muy sutil, poniendo el acento unos en las cualidades del bien y otros en la protección que se le ofrece.

Teniendo en cuenta estos antecedentes se considera que ambos elementos son de trascendental importancia en el momento de concebir jurídicamente a la aeronave, y que en este punto no se debe pecar de unilateralidad. Cuando el ordenamiento jurídico brinda determinada protección a un tipo de bienes, no lo hace utilizando criterios arbitrarios, sino que atiende a elementos que podríamos llamar “esenciales” o constitutivos del bien, tratando de ser fiel a la naturaleza física del mismo. Pero a su vez, cuando la doctrina discute sobre la naturaleza jurídica de una cosa, no puede hacerlo sin hacer referencia obligatoria a la legislación vigente. Al ubicar a la aeronave dentro de la clasificación tradicional de los bienes, hay que atender a los dos criterios sin relegar a uno en interés de la propia posición.

Sostiene TAPIA SALINAS⁴⁰ que “la aeronave, al igual que el buque, es un bien mueble de carácter *sui generis*. Muebles en esencia, pero a los que las leyes y el Derecho atribuyen hechos propios de los inmuebles”. Se coincide con el criterio de que son muebles por esencia, pero en nuestro ordenamiento positivo, haciendo especial referencia al artículo 108 del Código Civil cubano, a estos muebles en esencia no se les atribuyen hechos propios de inmuebles, sino que esas formalidades especiales y registrabilidad, según la letra del citado artículo, no es privativa de los bienes inmuebles, sino que se extiende a una serie de bienes muebles de considerable

⁴⁰ TAPIA SALINAS, Luis, *op.cit.*, p. 57.

importancia en la vida económica de la nación. Si bien esa protección fue propia, e incluso fue exclusiva de los inmuebles durante un gran período de tiempo, no es así en nuestro Derecho.

Habrá que precisar además que la aeronave es cosa mueble, de naturaleza compuesta, pues no se puede olvidar en esta materia el aspecto técnico. Como cosa compuesta consta de un conjunto de cosas simples unidas mecánicamente (*corpus ex coherentibus*), constituyendo unos elementos esenciales y otros elementos accesorios, permaneciendo unidas en un todo único. GAY DE MONTELLÁ a este respecto, cita a Francesco FERRARA que dice que "... una maquinaria, un automóvil, una aeronave, no representa solamente un conjunto de piezas ensambladas, remachadas y unidas, sino un cuerpo único, una nueva cosa, que tiene su destino económico y su valor independiente y distinto del conjunto de sus piezas".⁴¹

Los autores consultados no brindan una definición de hipoteca aérea o sobre aeronaves, sino que se limitan a enunciar y explicar sus caracteres específicos,⁴² ya que aplican a la aeronave el mismo concepto dado por los tratadistas civilistas a la hipoteca en general, o en cuanto a la inmobiliaria. Este es incluso el mismo sistema seguido por una mayoría de legislaciones, que se limitan a establecer que las aeronaves pueden ser objeto del derecho de hipoteca, aplicando de esa manera una categoría tomada del Derecho Civil y regulado durante mucho tiempo de manera casi exclusiva para los inmuebles, a una nueva categoría de bienes, considerando el importante precedente de la hipoteca naval.⁴³

Siguiendo a GAY DE MONTELLÁ⁴⁴, es oportuno señalar los caracteres principales que definen a la hipoteca dentro del Derecho Aeronáutico:

- La hipoteca aérea responde generalmente de una deuda pecuniaria, pero, aunque excepcional, no se descarta el caso de que pueda responder del cumplimiento de una obligación de carácter personal.
- Constituye un derecho de carácter formal, en el sentido de que el acreedor no posee un derecho a usar, gozar o disfrutar de la cosa gravada, pues no se haya en contacto físico con el objeto de la hipoteca, la aeronave, que se haya a disposición de su dueño, el deudor de la obligación. El derecho del acreedor se traduce en el *ius distrahendi*, o sea, la facultad de provocar la venta forzosa del bien si en término estipulado no es reembolsado en lo que se le debía.

⁴¹ GAY DE MONTELLÁ, Rafael, *Principios de Derecho Aeronáutico*, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1950, pp. 78-79.

⁴² Pueden consultarse con relación a lo planteado: TAPIA SALINAS, Luis y Luis TAPIA FRANCO, *Curso de Derecho Aeronáutico*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1980, p. 150. TAPIA SALINAS, Luis, *Manual de Derecho Aeronáutico*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1944, pp. 58-59. GAY DE MONTELLÁ, Rafael: *op. ult. cit.*, pp.161-162; Díez PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*. Volumen II, *Derechos reales. Derecho de Familia. Derecho de sucesiones*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 390-391; GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, *op.cit.*, pp. 106-109.

⁴³ Artículo 114 del Código aeronáutico chileno; art. 62 de la Ley de aviación civil venezolana; art. 1904 del código de comercio de Colombia; art. 52 del Código aeronáutico (CA) argentino; art. 30 del CA paraguay; art. 45 del CA uruguayo y artículo 12.3 de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (LHM y PSD) española.

⁴⁴ GAY DE MONTELLÁ, *op. ult. cit.*, pp.161-162.

- La hipoteca aérea representa una limitación en las facultades dispositivas del dueño de la aeronave, pues sólo puede disponer de la aeronave mediante la declaración del gravamen que pesa sobre ella.
- Mediante esta institución se constituye un derecho sometido a una condición impropia, no un derecho condicional propiamente dicho, sino como un requisito interno y natural de su configuración jurídica.
- En la hipoteca aérea también el derecho de prelación juega un papel relevante, pues en medio del concurso de diversos acreedores, la hipoteca se sitúa como crédito privilegiado, sobre los denominados créditos comunes, aunque inmediatamente después de los créditos privilegiados reconocidos sobre la aeronave.
- Se exige para la efectividad del derecho en la mayoría de las legislaciones que el pacto entre partes se haga constar en escritura pública y que ésta, a su vez, se inscriba en el correspondiente registro aeronáutico con efectos constitutivos. Este registro con carácter constitutivo, como en las demás modalidades de la hipoteca, no obedece a un capricho del legislador pues "no hay otro medio que este procedimiento ficticio (para lograr la efectividad de la hipoteca), en cuanto la especial destinación de la aeronave impide la tradición real física. Una transmisión real en poder del acreedor dejaría las más de las veces la aeronave inmovilizada".⁴⁵ Claro que tal dificultad no se cuando se trata de hipoteca sobre aeronave en construcción, pues en este caso el acreedor ejerce su derecho manteniendo a la aeronave inmovilizada y con menor probabilidad de que sufra desgaste o deterioro que lo perjudiquen.

Finalmente, y siguiendo lo expuesto con relación a la conceptualización de la institución hipotecaria en general, se puede definir a la hipoteca aérea como el derecho real que afecta a una aeronave, como garantía del cumplimiento de una obligación, de modo que sin que exista traslado en la posesión, al vencer la obligación y no producirse el pago, se procede a realizar el crédito mediante la venta de la aeronave, lográndose la publicidad requerida mediante una inscripción registral con carácter constitutivo.

4.2. El contrato de hipoteca aérea. Elementos.

Elementos reales

Al analizar los elementos propios del contrato de hipoteca, se comienza por el elemento o elementos reales, al considerar la centralidad que la aeronave tiene en dicho contrato. El elemento real del contrato constituye propiamente el objeto del derecho real de hipoteca que es la aeronave en general, si bien hay que entender que no son todas las aeronaves ni es sólo la aeronave en un sentido estricto.

Existen aeronaves que no son hipotecables, encontrando la doctrina dentro de ellas diferentes supuestos. Primeramente no son hipotecables las naves aéreas no enajenables y así lo recogen una serie de legislaciones, como el artículo 18 de la

⁴⁵ *Idem*, p.162.

Ley de Aviación Civil (LAC) de Venezuela, que distingue entre aeronaves del Estado y civiles, distinguiendo entre ellas a "*las de propiedad y usos oficiales, de carácter exclusivo de la Nación, de los Estados, de los Municipios y demás organismos públicos*". El resto de las aeronaves se consideran civiles, ya sean de servicio público o de servicio privado. El Código de Comercio colombiano establece por su parte que las aeronaves del Estado sólo quedan sujetas a las disposiciones del Código cuando así se establezca expresamente (art.1773). Otras legislaciones abordan esta distinción con mayor precisión. Así el Código Aeronáutico de la República de Paraguay establece en su artículo 6.2 que aeronaves del Estado son "*las utilizadas en servicios militares, de aduanas o de policía*". También así lo hace la Ley de Navegación Aérea (LNA) española al clasificar entre las aeronaves del Estado: "*Primero- las aeronaves militares, entendiéndose por tales las que tengan como misión la defensa nacional o están mandadas por un militar comisionado al efecto. Estas aeronaves quedan sujetas a su regulación peculiar. Segundo- Las aeronaves no militares dedicadas exclusivamente a servicios estatales no comerciales*". Estas aeronaves estatales al ser inembargables, no pueden ser objeto de hipoteca, aplicándose ésta únicamente a las aeronaves civiles.

Otros cuerpos legales consideran también como aeronaves no hipotecables, las ya hipotecadas, pignoradas o embargadas. Así lo establece la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento española, en su artículo 2, justificando dicha posición en la Exposición de Motivos, diciendo que se tuvieron en cuenta razones de índole práctica, con el fin de adornar a la institución de mayor sencillez y claridad, evitando situaciones que pudieran conducir a colisiones de derechos que crearían una confusión perjudicial. Otras, como es el caso del Código Aeronáutico argentino, al establecer que el orden de la inscripción da preferencia a los acreedores hipotecarios supone la aceptación de la hipoteca sobre bien hipotecado, supuesto aceptado sin excepción para los bienes inmuebles.

Tampoco podrán ser hipotecadas las aeronaves no inscritas en el registro correspondiente, que puede ser una sección dentro del Registro Mercantil, como es el caso español, o un registro independiente como sucede en Venezuela, Argentina o Uruguay. Teniendo la inscripción carácter constitutivo en cuanto a la hipoteca se refiere, no puede existir hipoteca aérea sobre aeronave que no esté inscrita, al no tener el acreedor hipotecario medio de publicidad necesario para oponer su derecho a terceros, carácter propio de los derechos reales (véase artículos 38 y 68^a de la LHM y PSD, de 1954 en España; art. 62 LAC venezolana y artículo 1904 del Código de Comercio colombiano).

ALVAREZ ROMERO⁴⁶apunta que no deben ser objeto de hipoteca aérea las aeronaves que no están aseguradas. Tal requisito no viene establecido expresamente por casi ninguna legislación, aunque puede señalarse como excepción el artículo 127 de la LNA española. No obstante, se deduce al establecer en su mayoría que la hipoteca aérea se extiende a la indemnización por seguro por pérdida o avería del bien hipotecado (lo mismo hacen el art. 54 del Código aeronáutico argentino y el art. 31 del Código Aeronáutico paraguayo que establece que "*El privilegio del acreedor hipotecario se ejercerá, en caso de pérdida, disminución de valor o requisita de la aeronave, sobre el importe del seguro...*").De no afectar la hipoteca a la

⁴⁶ ALVAREZ ROMERO, *op. ult. cit.*, p. 89.

indemnización por seguro sería un derecho bastante efímero, dadas las mayores posibilidades de pérdida o deterioro que tiene la aeronave con relación a los bienes inmuebles.

Existen también aeronaves que son hipotecables pero con algunas restricciones. Se puede citar el supuesto que la aeronave estuviere en proindivisión, o la poseyeran en usufructo y nuda propiedad distintos titulares, no pudiéndose hipotecar sino en la totalidad y con el consentimiento de todos los partícipes. En España regula este supuesto el artículo 1 de la LHM y PSD con el objetivo de conseguir una mayor claridad. En otros países como Uruguay y Colombia rige la legislación común, exigiéndose en caso de copropiedad los requisitos para actos que exceden los de administración. Otro supuesto de hipotecabilidad con restricciones lo constituye la aeronave en construcción, para la cual buena parte de las legislaciones exigen la inversión de una parte de la cantidad presupuestada para la construcción de la aeronave.⁴⁷ Otras legislaciones por el contrario, admiten la hipoteca sobre aeronave en construcción con independencia de la etapa constructiva en que se encuentre ésta. Así el Código de Comercio de Colombia establece en su artículo 1904 que "*...las aeronaves matriculadas en Colombia pueden gravarse con hipoteca. Las que están en vías de construcción también podrán hipotecarse, con tal que en la escritura pública en que la hipoteca se constituya se consignen las especificaciones necesarias para su inscripción en el Registro aeronáutico*". Nótese que no se refiere a una etapa constructiva o a un valor invertido en específico, pero sí a un requisito formal en la escritura en que se estipula la hipoteca sin cuya consignación no es posible gravar el bien. Admiten la hipoteca sobre aeronaves en construcción sin exigir requisito alguno el artículo 52 del Código Aeronáutico (CA) argentino y el art. 45 del CA uruguayo.

La inscripción de la hipoteca sobre este tipo de bienes tiene carácter provisional, hasta que se consigne la terminación de la aeronave y logre su inscripción en el registro de matrículas de carácter administrativo, lo que convierte la inscripción en definitiva. Las naciones que siguen este sistema abierto con relación a la constitución de la hipoteca sobre aeronave en construcción, pasan por la dificultad de determinar el momento en que la construcción del aparato asume las características de una aeronave, pues la hipoteca debe recaer sobre una construcción ya empezada en la que se hayan utilizado elementos que han de servir para la individualización de la aeronave, no sobre un conjunto de materiales dispersos, aunque estén dispuestos para ensamblarse o acoplarse según un prototipo.

Sobre este aspecto en el Derecho Marítimo se llegó a la solución de considerar válidamente constituida la hipoteca en el momento en que la colocación del maderamen o del hierro forma la quilla como soporte de la armadura del buque. Pero tratándose de la aeronave, el fuselaje o célula de ésta no ofrece una suma de materiales que permitan diferenciarla de otros ejemplares del mismo prototipo, cuando se emprende una construcción en serie. Normalmente se parte de la denuncia hecha por el constructor ante el correspondiente registro de matrícula o mercantil, dando cuenta de haber empezado la construcción de la aeronave y precisando las características del prototipo elegido, dimensiones de la célula y envergadura, fuerza de los motores y características del tráfico a que se destinará.

⁴⁷ Artículo 38 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de España.

En esta escritura deberá constar si la construcción se efectúa a nombre propio o por cuenta ajena, en cuyo caso deberán presentarse los pliegos con las condiciones del encargo, plazos de pago, de entrega, etc.

El objeto de la garantía real se extiende en la aeronave como en los buques a los accesorios, objetos que se hallan al servicio de la aeronave y que al cesar en su aplicación se consideran objetos muebles, física y jurídicamente, ya desprendidos de su objeto principal al cual servían. Se incluyen aquí los efectos muebles que se adhieren a la aeronave aunque la unión se verifique con posterioridad a la constitución de la hipoteca. Se puede tratar, por ejemplo, de la instalación de un equipo de radar o la mejora del sistema propulsivo mediante la instalación de otro motor. No son accesorios de la aeronave los derechos crediticios que le corresponden a ésta, se trata más de una subrogación real que de accesorios. En el caso de las piezas de repuesto o elementos de sustitución, que normalmente se almacenan en depósitos, normalmente no son objeto de la garantía hipotecaria si expresamente no se ha pactado que la hipoteca les alcance o comprenda.

En caso de incluirse en la hipoteca es necesaria la formalización de un inventario de estos elementos que se haya unido a la escritura en que conste la hipoteca y se haya hecho constar en el registro también. La Convención sobre Reconocimiento Internacional de los Derechos sobre la Aeronave define en su artículo X que son efectos de repuesto “... *las partes integrantes de las aeronaves, motores, hélices, aparatos de radio, instrumentos, equipos, avíos, las partes de estos diversos elementos y, en general, a los objetos de cualquier naturaleza, conservados para reemplazar las piezas que componen la nave.*”

En el Derecho norteamericano se conoce la figura de la hipoteca sobre flota aérea. Esta hipoteca sobre flota aérea puede ser por un crédito reducido y la responsabilidad se diluye entre todos los aparatos que componen la flota, señalando en la inscripción la parte del crédito de que responde cada una o por un crédito que alcance el valor entero de la flota en cuyo caso la ejecución comprende la totalidad de los elementos de ésta. En el primer caso debe fijarse la parte del crédito que grava a cada aparato y por la cual responde. A semejanza de lo que se acepta para la hipoteca naval, cuando la hipoteca no alcanza a cubrir la totalidad del crédito el acreedor puede repetir por la diferencia sobre las demás naves hipotecadas que conserve el deudor en su poder, pero simplemente por una acción personal, sin otra prelación que las que establecen las legislaciones para el procedimiento concursal.

Dentro del segundo supuesto cabe distinguir otros dos casos, pues puede tratarse de una hipoteca global sobre todos y cada uno de los elementos que componen la flota aérea, respondiendo cada aparato aéreo de la totalidad del crédito garantizado. El otro caso es el constituido por la hipoteca repartida entre los elementos que componen la flota, distribuyéndose la parte de la responsabilidad que le corresponde a cada unidad en la totalidad del crédito. En el primer caso se trata del principio de la solidaridad y en el segundo de la especialidad. La legislación sobre hipoteca inmobiliaria manifiesta particular preferencia por el principio de especialidad, el legislador no admite la inscripción de títulos hipotecarios en que no

conste la distribución de la responsabilidad entre los diferentes objetos de la hipoteca. Esta distribución reviste caracteres de irrenunciable.⁴⁸

Las opiniones se dividen entre los partidarios de la aceptación de la solidaridad en la hipoteca y sus adversarios. Entre los adversarios se encuentra GAY DE MONTELLÁ⁴⁹ quien afirma que la especialidad favorece al crédito aeronáutico. Si se reparte el valor del crédito entre varias aeronaves el deudor puede hallar un segundo hipotecante, lo que resulta difícil si cada nave responde solidariamente del crédito. Por su parte ALVAREZ ROMERO⁵⁰ plantea que "son muchos y muy convincentes los argumentos a favor de la distribución de la responsabilidad hipotecaria, pero hay que limitarlos a los inmuebles pues al trasladarlos a los muebles, y concretamente a las aeronaves, tal como está hoy regulada su función de garantía, creemos que puede producir la muerte de la institución. Las razones que apoyan el principio de especialidad tienen aquí escasa aplicación". Opone al criterio de que la solidaridad perjudica al crédito aéreo, el hecho de que en el ordenamiento español se prohíbe la segunda hipoteca sobre aeronave, lo que elimina también la posibilidad de maquinaciones fraudulentas entre los acreedores hipotecarios.

Se considera que el principio de especialidad no está reñido con la hipoteca de flota aérea. Su razón de ser es excluir del ordenamiento positivo la denominada hipoteca general sobre todos los bienes del deudor, instituto contrario a los más elementales principios de justicia, dada la posición desventajosa en que deja al deudor. Cabe interpretar la especialidad no de modo absoluto, debiéndose determinar los bienes sobre los que recae la hipoteca o la proporción del crédito de que responde cada uno, sino de manera relativa, por la que se determinan el conjunto de bienes sobre los que recae el derecho real de garantía, pero no la distribución de la responsabilidad entre estos objetos. Se imponen razones de orden práctico para la admisión de la solidaridad, pues ésta supone el éxito de la hipoteca aérea ya que si se concentra la garantía sobre una sola aeronave, resulta más difícil al deudor encontrar acreedores dispuestos a garantizar su crédito con un bien tan perecedero. Esto facilitaría incluso el reconocimiento internacional de la hipoteca, si ésta se extiende de la aeronave a la flota resulta más difícil que con el desplazamiento a través de las fronteras fuera del Estado donde están matriculadas evada el deudor sus obligaciones.

Elementos personales

En sentido general no se señalan requisitos extraordinarios para hipotecar la aeronave, sino que se sea propietario de ella y se tenga capacidad para enajenarla, pues no se concibe que el que no tiene capacidad para enajenar el bien pueda gravarlo y constituir sobre éste un derecho real que de ejecutarse conduce a la enajenación. No obstante determinadas legislaciones sí tienen condiciones para inscribir la nave en el registro y por tanto para hipotecar: el domicilio en el país en

⁴⁸ Artículo 119 de la Ley Hipotecaria española y artículo 119 de la Ley Hipotecaria cubana. Incluso este principio se recoge en la Ley de Hipoteca Naval española de 1893 en el artículo 11.

⁴⁹ GAY DE MONTELLÁ, Rafael, *Principios de Derecho Aeronáutico*, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1950, pp. 167-168.

⁵⁰ ALVAREZ ROMERO, *op. ult. cit.*, p. 89.

que se quiere la inscripción, y tratándose de una copropiedad el domicilio de la mayoría de los copartícipes; si se trata de una persona jurídica se exige con regularidad que adopte la forma de sociedad anónima con acciones mayoritariamente nacionales, constituida y domiciliada en el país, entre otras (artículo 32 del Código Aeronáutico uruguayo; artículos 38 y 118 del CA chileno).

Así se establece con respecto al acreedor hipotecario en el artículo 119 del Código aeronáutico de la República de Chile: "*Sólo puede constituir hipoteca sobre una aeronave la persona con capacidad para enajenarla*". Otras legislaciones no hacen mención alguna al respecto, pero por analogía se aplica lo establecido para los bienes inmuebles, ya sea por los códigos civiles o por la legislación hipotecaria, supletoria siempre en cuanto a hipoteca mobiliaria se trata, y mientras no resulte inaplicable por la naturaleza jurídica diversa de los bienes. La Ley Hipotecaria española de 1946, en su artículo 138, establece que "*Son hipotecas voluntarias las convenidas o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan y sólo podrán constituir las quienes tengan la libre disposición de aquellos o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes*".

En cuanto al acreedor hipotecario puede darse el caso de una comunidad de acreedores sobre un mismo crédito, y estaríamos en presencia de una comunidad en la titularidad de un derecho real. Este caso debe regirse por los preceptos que rigen la comunidad de bienes situadas éstas en los códigos civiles. Cada acreedor no será titular del crédito, sino que a semejanza de la copropiedad por cuotas, será titular de una porción ideal de éste llamada participación en el crédito. Sobre éste particular establece una serie de reglas GAY DE MONTELLÁ:⁵¹ "Si el crédito es único y grava solamente una aeronave, la participación de cada acreedor recaerá sobre el crédito que recae sobre una sola aeronave. Si el crédito es único y recae sobre más de una aeronave, la participación de cada acreedor recaerá sobre la parte del crédito único que grava cada aeronave". Existe la posibilidad también de que se trate de varios créditos y varios titulares, quedando estos créditos garantizados con hipotecas repartidas entre varios aparatos, en cuyo caso se determinará la participación de cada acreedor en relación a cada crédito, aunque lo lógico sería que los créditos se refundieran en un solo crédito repartido entre los aparatos.

Elementos formales

La hipoteca aérea, igual a la hipoteca inmobiliaria y la hipoteca naval, debe constituirse en escritura y ser inscrita en el registro habilitado al efecto. Por razones de seguridad jurídica no se admite la hipoteca aeronáutica constituida en documento privado, a menos que éste sea posteriormente autenticado ante notario. En este sentido se pronuncia el artículo 116 del CA chileno: "*La hipoteca sobre aeronaves sólo podrá constituirse en escritura pública, o por instrumento privado autorizado ante notario. Podrá ser una misma la escritura de la hipoteca y la del contrato a que accede*". Así también lo hace el art. 53 del Código Aeronáutico argentino, para el cual la hipoteca deberá constituirse por instrumento público o privado debidamente autenticado e inscribirse en el Registro Nacional de Aeronaves. De forma similar viene establecido por el artículo 30 del CA paraguay y

⁵¹ GAY DE MONTELLÁ, *op. ult. cit.*, p.168.

de manera general para la hipoteca mobiliaria por el artículo 3 de la LHM y PSD española de 1954.

Generalmente se establecen determinados particulares que deben constar en el instrumento, como pueden ser: número del registro de matrículas, fase de la construcción en que se hallen, en su caso; características que identifiquen a la aeronave como las marcas de fábrica y nacionalidad, seguros que se han concertado, con especial mención de los de carácter obligatorio. Además deben constar, como en todo contrato, el nombre y domicilio de las partes contratantes así como el monto del crédito garantizado, intereses, plazo del contrato, lugar de pago convenido, etc. (artículo 53 del CA argentino y artículo 40 de la LHM y PSD española.).

Debe inscribirse finalmente en el Registro creado al efecto, pues normalmente se ha dispuesto que el registro de aeronaves o la sección correspondiente del Registro Mercantil se constituyan como registro único, tomando en cuenta la posibilidad de traslación de las aeronaves. Deben aparecer en el Registro las circunstancias referidas, ya con relación a la escritura en que consta el contrato de hipoteca. No obstante en países como Chile, el Código Aeronáutico en el artículo 117 enumera los requisitos que debe cumplir la inscripción para ser considerada como válida, pues de no cumplirse, la inscripción se tendrá por no hecha y la hipoteca no tendrá virtualidad jurídica: individualización de acreedor y deudor y/o sus representantes, fecha y naturaleza del contrato garantido, suma a la que asciende la hipoteca, individualización de la aeronave hipotecada, así como la fecha de la inscripción y la firma del registrador, requisito de vital importancia si se tiene en cuenta que la fecha de la inscripción determinará la prelación entre los acreedores hipotecarios.

En nuestro país, al no contener el ordenamiento positivo normativa alguna con respecto a la institución de la hipoteca aérea, no es posible señalar los pormenores de la escritura e inscripción constitutiva del contrato y derecho real de hipoteca, pero éstas deberán contener los detalles necesarios para la descripción e identificación de la aeronave, el crédito y el acreedor y deudor.

4.3. Regulación internacional de la hipoteca aérea.

Al tratar de la posibilidad de hipotecar o no la aeronave se vio que la dificultad más fuerte consistía en el fácil desplazamiento de la aeronave a través de las fronteras, y una falta de regulación internacional de este tipo de garantía. Luego de la Conferencia internacional de Chicago de 1944 tal cuestión tomó caracteres de urgente. Contrariamente a lo que sucedía con el Derecho Marítimo, que contaba con normas precisas para regular la garantía hipotecaria a nivel internacional, el Derecho Aeronáutico se hallaba huérfano de toda regulación internacional que impusiera determinada solución ante los conflictos que se presentaban, dada la diversidad existente en las legislaciones internas. Mientras que la ley francesa de 3 de mayo de 1924 sobre navegación aérea, en su artículo 14, reconocía que las aeronaves son susceptibles de hipoteca, remitía a una ley de 1917 sobre hipoteca fluvial para su regulación más completa. De esta manera, el legislador francés prescindió de la peculiaridad de la aviación y aplicó un sistema común a ambos tipos de hipoteca.

Mientras, el legislador italiano en el Código de Navegación proveyó de una legislación propia a la hipoteca aérea, y a todas las garantías y seguridades que gravaran la aeronave, sistema seguido por la Ley de Bases para un Código de Navegación en España, hasta que en 1954 en la LHM y PSD queda integrada dentro de la hipoteca sobre bienes muebles, aunque se le dedican unos cuatro artículos de manera exclusiva (artículos 38-41).

En el mismo año de 1944, la delegación norteamericana a la Conferencia de Chicago se mostró impaciente de la convocatoria de una conferencia internacional de Derecho Privado aéreo que estudiase los proyectos elaborados por el Comité Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aéreos (CITEJA) en cuanto a la hipoteca y demás privilegios aéreos. Esta posición era lógica pues "...después de la última guerra los capitales norteamericanos destinados a impulsar el desarrollo de la aeronavegación aumentaban incesantemente de volumen, las potencias financieras que estaban dispuestas a suministrarlos para la construcción de prototipos en gran serie exigían, dado el enorme valor de cada unidad, una reglamentación que garantizase sus inversiones a través de un sistema de seguridades aplicable a las aeronaves".⁵²Dada la naturaleza de la aeronave esencialmente móvil, para las cuales las fronteras no constituyen obstáculo suficiente, se impone una reglamentación internacional en cuanto a las garantías reales sobre las mismas que fuese admitida por los Estados que pueden ser sobrevolados por una aeronave, o sea, un convenio internacional.

El proyecto del Comité Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aéreos (CITEJA) databa de una reunión producida en Budapest en 1930, pero no fue hasta finalizada la segunda guerra mundial se sintió la urgencia de lograr la armonía legislativa. Al mostrar interés diferentes gobiernos, tal cuestión fue objeto de estudios en la última sesión del CITEJA celebrada en El Cairo en noviembre de 1946, continuando su estudio en febrero de 1947 en París, en el seno de un comité en que figuraban representantes de los gobiernos de Estados Unidos, Gran Bretaña, Bélgica y Francia, el cual redactó un anteproyecto presentado a la Primera Asamblea de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), celebrada en Montreal en mayo de 1947. La cuarta comisión de esa asamblea redactó un nuevo texto que sirvió de base al proyecto de la Convención sobre el Reconocimiento Internacional de los Derechos sobre la Aeronave, preparado por el mismo comité en su sesión de Bruselas, en septiembre de 1947. Ese mismo texto fue el que se discutió y aprobó definitivamente en la sesión de la Segunda Asamblea de la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), realizada en Ginebra el día 16 de junio de 1948.

En su artículo I el Convenio relativo al Reconocimiento Internacional de Derechos sobre Aeronaves enumera los derechos sobre las aeronaves que son reconocidos por el cuerpo legal, de la siguiente manera:

"1. Los Estados contratantes se comprometen a reconocer:

- a) el derecho de propiedad sobre aeronaves;*
- b) el derecho acordado al tenedor de la aeronave a adquirir su propiedad por compra;*

⁵²GAY DE MONTELLÁ, Rafael, *op.cit.*, pp.137-138.

- c) *el derecho a la tenencia de una aeronave originado por un contrato de arrendamiento de seis meses como mínimo;*
- d) *la hipoteca, mortgage y derechos similares sobre una aeronave, creado convencionalmente en garantía del pago de una deuda”.*

Esta enumeración no fue de fácil elaboración debido a la presencia de los representantes anglosajones que defendieron el reconocimiento de las soluciones jurídicas, creadas por los banqueros norteamericanos especialmente, destinadas a garantizar sus derechos, que por ser desconocidos para el resto de los participantes se encontraron con fuertes resistencias para su aceptación. Así quedan reconocidos, aparte del derecho de propiedad y la hipoteca, la promesa de venta consentida por el detentador de la aeronave, o sea el *equipment trust* norteamericano, el derecho del arrendatario beneficiario de un alquiler superior a seis meses y el *mortgage* anglosajón.

El artículo IV detalla los créditos privilegiados sobre las aeronaves que producen efectos legales, aún cuando no hayan sido objeto de inscripción, incluyendo las remuneraciones por el salvamento de la aeronave, así como los gastos extraordinarios destinados a su conservación. Como una diferencia fundamental con relación a la regulación internacional de la hipoteca naval hay que señalar la omisión de los créditos del tesoro o la hacienda pública de los Estados. El proyecto de París seguía en este sentido a la Convención de Bruselas al proteger especialmente los créditos del tesoro público, pero los norteamericanos se opusieron con vigor a esta redacción. Se hicieron valer un buen número de razones de orden práctico entre ellas la inmensa variedad de derechos fiscales existentes en los países, difíciles de conocer en su número y alcance, lo que tendría como consecuencia el retraimiento de los prestamistas, frenando de esa manera el crédito aeronáutico.

La Convención pasa seguidamente a asegurar la eficacia de estos derechos privilegiados en el momento de realización de la hipoteca u otros derechos reales de garantía (artículos VI-VIII). El artículo X reconoce los derechos sobre las piezas de repuesto en cuanto a los privilegios reales, debiendo estar inventariadas y definiendo lo que para la Convención constituyen las piezas de recambio. En el art. XI se aclara el ámbito de aplicación de la Convención, sobre todo en cada Estado contratante, a las aeronaves matriculadas en otro Estado contratante, aplicándose también a las aeronaves matriculadas en el territorio para algunas disposiciones. Finalmente se restringe el ámbito de aplicación a las aeronaves civiles excluyendo las destinadas a los servicios militares, de aduana o de policía.

5. Importancia de la hipoteca naval y significación de la hipoteca aérea.

La hipoteca naval se configura como un importante instrumento para el crédito naval, aunque no es esa la única función económica que realiza. La constitución de la hipoteca naval obedece generalmente a una finalidad relacionada directamente con el buque, y en ella encuentra su justificación. En primer lugar se constituye para garantizar la financiación de la construcción naval, y en ese sentido procede el propietario al constituirla, aún sobre el buque en construcción, sea éste el constructor o el armador. Si la hipoteca es convenida por el armador, éste habitualmente persigue el logro de los recursos necesarios para efectuar el pago al

constructor. Cuando la constituye el constructor, éste quiere garantizar la buena marcha del proceso constructivo según lo previsto en el contrato realizado al efecto. Subrayan FERRE MOLTO y GIMÉNEZ VILLANUEVA⁵³ que "...en la construcción naval esta garantía sirve tanto para asegurar los riesgos del constructor como los riesgos del armador, dependiendo de quien anticipe los fondos de la construcción y quien sea el propietario de la obra".

Esta forma de garantía ha sido utilizada incluso por los Estados con el fin de renovar su flota mercante o pesquera nacional. Así hizo en España la Ley de Protección y Renovación de la Flota Mercante, de 12 de mayo de 1956 y la Ley de Protección y Renovación de la Flota Pesquera, de 23 de diciembre de 1961. Esta legislación promulgada para rejuvenecer la flota española, cambian sus condiciones de tal manera que en la década de los años sesenta fue calificada por algunos de extremista, dada la elevada proporción de buques de corta edad.⁵⁴ Las leyes citadas operaban mediante créditos a mediano y largo plazo y eran de aplicación a los casos de pérdida de buques por accidentes, y baja definitiva de la lista correspondiente, con el compromiso del empresario de sustituir una unidad por otra, construcción de nuevas naves o mejoras en las ya existentes. Normalmente la garantía del crédito consistía en la constitución de una primera hipoteca sobre el buque. HERNÁNDEZ YZAL⁵⁵ sostiene que el crédito naval "... es una forma de ayuda a la construcción naval por parte del Estado en lo que al ámbito económico del propietario del buque (no del constructor) hace referencia(...). La garantía del préstamo consiste en primera hipoteca a favor del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional, sobre el buque en construcción o sobre otro u otros si son aceptados como tal: los riesgos de la construcción han de ser asegurados mediante oportuna póliza...". Se añadía como requisito el que la tripulación fuere española y que el buque fuera construido también en un astillero español, con el fin de fomentar el empleo y la industria de la construcción naval.

El empleo de hipotecas en la financiación de la construcción de buques a veces rebasa el marco bilateral constructor-armador, apareciendo intermediarios financieros que a menudo exigen a sus clientes la constitución de esta garantía real. La misma magnitud de las operaciones financieras exige habitualmente la presencia de varios financiadores que actúen de manera conjunta.

También las hipotecas sobre buques toman causa de los gastos originados en el pertrecho del buque para una nueva campaña náutica, pues el alto precio de combustibles, los anticipos salariales, licencias de explotación, derechos de tránsito o practica, etc., hacen que el naviero se vea obligado a anticipar de cierta forma los dividendos esperados de la expedición. Se ofrece la hipoteca naval como garantía real del cumplimiento de obligaciones adquiridas por estos motivos frente al proveedor de los pertrechos o acreedor financiero. Además se garantizan con hipoteca naval las obligaciones nacidas con motivo de la reparación del buque, sobre todo si se tiene en cuenta la necesidad de una atención constante de

⁵³ FERRE MOLTO, Miguel y Tomás JIMÉNEZ VILLANUEVA, "La Hipoteca naval en el ordenamiento jurídico español" en, AA.VV., *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, Tomo II, *Garantías reales*, Volumen 2, *Garantías inmobiliarias*, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 674.

⁵⁴ HERNÁNDEZ YZAL, Santiago, *Derecho Marítimo*, Tomo II, 1^{ra} edición, Editorial Cadi, Barcelona, 1969, p. 36.

⁵⁵ Ídem., p. 35.

mantenimiento que tiene el buque, como única vía para mantener su utilidad y valor. Este mantenimiento, que resulta de todo un proceso cuyos costos son muy altos, genera relaciones estables entre astillero y naviero, que puede provocar la utilización del buque como objeto de la garantía hipotecaria. No se trata aquí de los créditos refaccionarios que contrata el capitán por razones de urgencia, según lo establece el artículo 610.6 del Código de Comercio, sino de los créditos necesarios ordinariamente para mantener la eficacia y valor del buque, o para incrementar uno u otro, adaptándolo a una industria distinta, o incorporándole mejor tecnología ya sea propulsiva, de guiado, o de servicios en general.

Se utiliza también la garantía hipotecaria en caso de venta del buque ya construido, como una forma de asegurar el precio aplazado. Tan común resultó este caso en el tráfico marítimo que la LHN española lo recogió como una hipoteca legal tácita, ya que inscrito en el Registro Mercantil el precio aplazado, esta anotación produce efectos similares a los producidos por la hipoteca naval.

Por otra parte, existen obligaciones principales garantizadas por hipoteca que no tiene causa en el mismo buque, sino que recaen sobre este bien, por constituir él un elemento más en el patrimonio del sujeto obligado. Se puede constituir por tanto la hipoteca naval por cualquier causa económica por la que se justificaría la constitución de la garantía inmobiliaria, no existiendo restricción al respecto en nuestro ordenamiento jurídico: ni en la Ley-Decreto 1420 de 1954 que en su artículo 16 establece que la hipoteca naval garantiza obligaciones sin especificar su relación o no con el buque, ni en el Código Civil que recoge a las hipotecas naval y aérea junto al resto de las formas de garantía sin exigir cualidad alguna en la obligación garantizada (artículo 288).

En Cuba la hipoteca naval ha sido una institución que no ha quedado reducida a una posibilidad dentro del ordenamiento jurídico, sino que se ha acudido con relativa frecuencia a este expediente cuando se ha pretendido la obtención de créditos para distintos fines relacionados con la marina mercante. En una búsqueda realizada en el Registro Central de Buques del Ministerio del Transporte, del que ya se ha tratado, se encontró que desde la entrada en vigor de la Ley-Decreto 1420/54 se encuentran registradas un total de setenta y dos hipotecas sobre buques, de las cuales sólo cinco corresponden al período prerrevolucionario, lo que evidencia la amplia utilización de dicha institución después de 1959.

Con anterioridad a 1954 se hayan inscritas un número considerable de prendas con desplazamiento en la posesión, sobre todo con respecto a embarcaciones menores, no encontrándose con respecto a embarcaciones mayores, debido fundamentalmente a las razones económicas antes expuestas de los inconvenientes de la desposesión para el naviero, no por la falta de posibilidad legal. Un primer período dentro de la etapa revolucionaria lo constituyen los años 1965-1968 en los que se inscriben un total de 26 hipotecas con la peculiaridad de constar en escrituras formalizadas en diferentes ciudades españolas, al tener como causa contratos de construcción de buques en astilleros españoles, siendo inscritas posteriormente en Cuba, surtiendo efectos a tenor de los artículos 6 y 11 de la Ley-Decreto 1420/54, a tenor de los cuales el contrato de hipoteca naval constituido en el extranjero se otorgará ante cónsul cubano o ante notario público, con los requisitos exigidos por la ley, siempre que se inscriban en el registro

correspondiente. Estos contratos permitieron a Cuba la adquisición de un buen número de embarcaciones que conformaron la flota cubana durante un largo período de años.

Un segundo período se pudiera enmarcar a finales de la década de los ochenta, fundamentalmente durante el año 1987, en el que se constituyeron 18 hipotecas sobre buques, ya no escrituradas en el extranjero sino en La Habana ante notario cubano, siendo inscritas en el Registro en un corto período de tiempo. Es tal la importancia de los créditos otorgados para la compra de estos buques que llegan a alcanzar la suma de 214,1 millones de libras esterlinas, cantidad que el Estado cubano era incapaz de costear sin acudir a fuentes externas de crédito, que obligatoriamente exigen como garantía la constitución de hipoteca naval sobre el buque adquirido por este medio. Hay que advertir que durante los años setenta y principios de los ochenta Cuba también adquirió cierta cantidad de naves gracias a las beneficiosas relaciones que mantenía con el desaparecido campo socialista, permitiéndole la construcción de nuevas naves en astilleros polacos, y también en astilleros suecos.

Al ser canceladas estas hipotecas, se constituyen otras en su mayoría sobre los mismos buques durante los años 1990-1991, llegándose a formalizar 22 hipotecas en La Habana, garantizando créditos por un valor de 185,8 millones de libras esterlinas. A partir de este momento, no se registra en Cuba hipotecas sobre buques, pues coincide con la etapa de la reestructuración de la economía nacional luego de la desaparición del Consejo de Ayuda Mutua Económica (CAME) y la búsqueda de vías alternativas para el desarrollo de las relaciones marítimas comerciales. Resulta menos costoso el flete de buques de uso que la adquisición de nuevas embarcaciones, a lo que se une la necesidad de recurrir al abanderamiento por conveniencia o de libre matrícula, por el cual en determinados países denominados paraísos fiscales se permite que buques no nacionales enarboleden la bandera de su país a cambio de determinada tarifa o impuesto por su registro.⁵⁶ Esta solución le viene impuesta a Cuba, entre otras causas, por la existencia de la política norteamericana de bloqueo que impide a buques con pabellón cubano puedan realizar normalmente las operaciones usuales en el tráfico marítimo. De ahí que cuando se va a hipotecar uno de estos buques, ésta se constituye con arreglo a las leyes del país donde está abanderado o a las de un tercer país. Solamente se recurre al expediente de la hipoteca naval cuando se necesitan créditos para costear reparaciones u otras obras sobre buques, cuando estas embarcaciones mantienen la nacionalidad cubana, como se hizo en 1998.

En el caso de la hipoteca aérea, a pesar de que nuestro ordenamiento jurídico se limita a establecer en el escueto artículo 288 del Código Civil que "*la hipoteca naval o aérea se rige por disposiciones especiales*", no pronunciándose el legislador posteriormente en el sentido de desarrollar esta norma en una disposición creada al efecto, como la ya existente en el momento de la promulgación del Código Civil cubano de 1987 en sede de hipoteca naval, la posibilidad de establecer aquella garantía no queda excluida, condicionándose dicha constitución a la definitiva aprobación de la legislación especial.

⁵⁶ ABREU, Alberto, *op. cit.*, p. 31.

No obstante, hay que tener en cuenta que la República de Cuba es signataria de la Convención sobre el Reconocimiento Internacional de los Derechos sobre la Aeronave de 1948 y que, por tanto, Cuba está obligada a reconocer no sólo el derecho de propiedad sobre las aeronaves que penetren en el espacio aéreo nacional y utilicen los aeródromos construidos al efecto, sino también los derechos de hipoteca y otros derechos reales de garantía recogidos en la Convención, a las aeronaves de los Estados firmantes.

No debe descartarse la posibilidad, por tanto, de que tal institución pueda ser aplicada a las aeronaves nacionales, si bien por el momento esto no es posible, pues ni aún en el anteproyecto de ley relativo a la navegación aérea que está por discutirse en la Asamblea Nacional del Poder Popular se recoge el desarrollo que requiere al hipoteca aérea para que sea constituida sobre una aeronave nacional. Además hay que tener en cuenta que la flota aérea cubana cuenta con un reducido número de aeronaves propias, algunas de las cuales por su antigüedad se han depreciado considerablemente en el mercado internacional y no es factible para ningún acreedor garantizar su crédito con dichos bienes.

Señalan OJEDA y DELGADO⁵⁷ que "la autorización que establece el Código civil en su artículo 288 para la constitución de la hipoteca aérea, no es más que la respuesta al desarrollo de la industria aeronáutica que necesita del crédito para este fin, pero esta disposición sólo establece los cimientos legales para la introducción de esta institución en nuestro derecho positivo, pues nuestro país no tiene una legislación interna al respecto...".

Internacionalmente, las hipoteca aérea, como la hipoteca naval, es un medio importante para garantizar créditos relacionados con las aeronaves o sus servicios colaterales, y muy especialmente como medio para financiar la construcción de éstas cuando los recursos económicos de aquel que las va a explotar no son suficientes. Se considera que la admisibilidad de la hipoteca aérea en nuestro ordenamiento interno dependerá del desarrollo futuro que tengan las líneas aéreas nacionales así como del empleo o no de otras figuras cuya finalidad es garantizar determinados créditos como es el *leasing*, que se ha utilizado últimamente. Una renovación a fondo de la flota aérea cubana sólo se puede hacer frente mediante garantías hipotecarias, y nuestro Derecho positivo debe contar con las normas capaces de regular y ofrecer una protección adecuada tanto a los intereses de los posibles acreedores, como de la parte cubana que participe en dichos acuerdos, si se quiere crear confianza en las posibilidades de nuestra legislación e instituciones para resolver con prontitud y seguridad las situaciones que se presenten.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Diccionario de la Lengua Española*, s. ed., Real Academia de la Lengua Española, Madrid, 1970; ABREU, Alberto, *Fundamentos de Derecho Marítimo y Comercial*, s. ed., Universidad de La Habana - Facultad de Derecho, La Habana, 1990; ALVAREZ BOUDET, Bernardino, SÁNCHEZ LEYVA, Ana Deysi y otros, *Derecho*

⁵⁷ OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C. y Teresa DELGADO VERGARA, *Teoría General de las Obligaciones: comentarios al Código Civil cubano*, 1^{ra} reimpresión de la 1^{ra} edición, Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, pp. 181-182.

Marítimo, s. ed., Facultad de Derecho - Universidad de La Habana, La Habana, 1986; APARICIO RAMOS, Julián, "Hipoteca Naval" en, AA.VV., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XI, Francisco Seix, Barcelona, 1979; ARIAS RAMOS, José, "La doctrina de la conventio y el origen de la hipoteca romana" en, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXVII, abril de 194; BLASCO GASCÓ, F., "La Hipoteca inmobiliaria I" en, LÓPEZ Y LÓPEZ, Angel M. y Vicente L. MONTÉS PENADÉS (coordinadores): *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, s. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; BOLAFFIO, León, *Derecho Mercantil (Curso General)*, 1^{ra} edición, traducción de José L. De Benito, Editorial Reus, Madrid, 1935; BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, 9^{na} edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1991; CARNELUTTI, Francesco, "Natura giurídica dell' ipoteca" en, *Revista di Diritto Processuale Civile*. Roma, 1939; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo primero y segundo, *Introducción y Parte General y Derechos reales*, 8^{va} edición ampliada y revisada, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951; DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil de España*, s. ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949; DECLAREUIL, J., *Roma y la organización del Derecho*, 2^{da} edición, traducción de José López, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1958; DíEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen II, *Derechos reales. Derecho de familia. Derecho de Sucesiones*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995; DORTA DUQUE, Manuel, *Curso de Legislación Hipotecaria*, Tomo Primero, 3^{ra} edición, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, La Habana, 1945; ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil*, Volumen II, s. ed., Editorial de la Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951; FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio, Delio CARRERAS CUEVAS y otros, *Manual de Derecho Romano*, 1^{ra} edición, Editorial Pueblo y Educación, La Habana, 1989; FERRE MOLTO, Miguel y Tomás JIMÉNEZ VILLANUEVA, "La Hipoteca naval en el ordenamiento jurídico español" en, AA.VV., *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, Tomo II, *Garantías reales*, Volumen 2, *Garantías inmobiliarias*, Editorial Civitas, Madrid, 1996; GAMECHOGOICOCHEA, Francisco de, *Tratado de Derecho Marítimo Español*, s. ed., Volumen 1, Bilbao, 1943; GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil I*, 7^{ma} edición revisada en colaboración con Alberto Bercovitz, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976; GIORGIANNI, M., "Los derechos reales" en, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1967; GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, Carlos J., *Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento - Especial análisis de su incidencia en el ámbito tributario*, s. ed., Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996; HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Obras Completas*, Tomo 2, *La Posesión*, Espasa - Calpe S.A., Madrid, 1987; LACAL, Pascual, "El mito de accesoriedad de la hipoteca" en, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1949; LÓPEZ GARCÍA, José A., *La hipoteca, su acepción, su naturaleza y bienes hipotecables*, s. ed., Editorial Lectura, La Habana, 1943; MARTÍN PÉREZ, Pascual, "Bienes" en, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo III, Francisco Seix, Barcelona, 1979; MARTÍNEZ ESCOBAR, Manuel; *La Hipoteca*, s. ed., Cultural S.A., La Habana, 1950; MARTÍNEZ ESCOBAR, Manuel, *Obligaciones y contratos*, s. ed., Cultural S.A., La Habana, 1939; MINGUIJÓN ADRIÁN, Salvador, *Historia del Derecho Español*, Tomo I, s. ed., Editorial Labor S.A., Barcelona, 1927; OLIVENCIA RUIZ, Manuel, "Introducción al estudio de las garantías mobiliarias en el Derecho Mercantil" en, AA.VV., *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, Tomo II, *Garantías reales*, Volumen 1, *Garantías mobiliarias*, Editorial Civitas, Madrid, 1996; PERAL COLLADO, Daniel, *Obligaciones y contratos civiles*, s. ed., Ministerio de Educación Superior, La Habana, 1981; PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, traducción de José Fernández,

Editorial Saturnino Calleja S.A., Madrid, 1926; PLANIOL, Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950; ROCA SASTRE, Ramón Ma., *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, *Hipotecas*, 4^{ta} edición, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1948; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, Tomo Segundo, s. ed., Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1898; SEGURA Y GARCÍA-MENOCAL, Ismael, *Curso integral de legislación hipotecaria*, s. ed., Cultural S.A., La Habana, 1928; SERAFINI, Felipe, *Instituciones de Derecho Romano*, s. ed., José Espasa Editor, Barcelona, s.f.; SOHM, Rodolfo, *Instituciones de Derecho Privado Romano - Historia y Sistema*, 2^{da} edición, traducción de Wenceslao Roces, Gráfica Panamericana, México, 1952; VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Estudios sobre garantías reales*, 2^{da} edición, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1984; VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., "Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento" en, *Revista de Derecho Privado*, Año XXVII, Número 435, Madrid, junio de 1993; VICENTE GELLA, Agustín, *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, Volumen II, 2^{da} edición, Editorial Lex, Zaragoza, 1948; WOLF, Martín, *Derecho de Cosas*, Volumen II, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1948.