

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA
EN LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA Y EL CONTRATO DE FIANZA**

HEIDY YAMIL LARA LARA

GUATEMALA, JUNIO 2015

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA
EN LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA Y EL CONTRATO DE FIANZA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

HEIDY YAMIL LARA LARA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio 2015

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	MSc.	Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Mario Roberto Méndez Álvarez
VOCAL V:	Br.	Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO:	Lic.	Daniel Mauricio Tejada Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

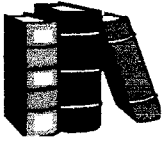
Primera Fase

Presidente:	Lic.	Héctor David España Pinetta
Vocal	Licda.	Valeska Ivonné Ruiz Echeverría
Secretario	Lic.	Carlos Alberto Cáceres Líma

Segunda Fase

Presidente	Lic.	Carlos Alberto Velásquez Polanco
Secretaria	Lic.	Beyla Adaly Xiomara Estrada Barrientos
Vocal	Lic.	Emilio Gutiérrez Cambranes

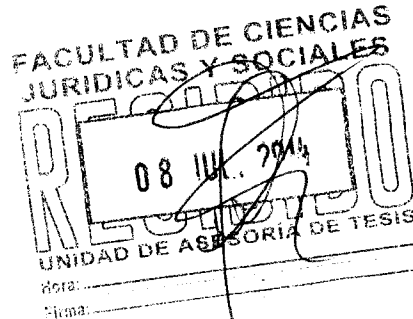
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)



Guatemala, 04 de julio de 2014

Dr.

Boanerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho



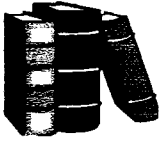
De mi consideración:

En atención a la providencia del veintinueve de enero del dos mil catorce, a usted informo que procedí a asesorar el trabajo de tesis del Bachiller Heidy Yamil Lara Lara con número de carné 60628.

Denominado como: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA EN LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA Y EL CONTRATO DE FIANZA"

Y de conformidad con el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, de la Junta Directiva de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Me permitió señalar que, se hicieron las observaciones básicas, históricas y doctrinarias, respetando los criterios de desarrollo y planteamiento del autor, concluyendo que constituye un aporte substancial para las personas y entidades interesadas en este tipo de problema, siendo de utilidad como fuente de consulta, teniendo un contenido científico y técnico.

El tema es desarrollado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abordando las instituciones jurídicas relacionadas al mismo, definiciones y doctrinas, así como la regulación legal de la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y leyes aplicables a nuestro derecho positivo, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.



En tal virtud el contenido de la tesis abarca las etapas del conocimiento científico ya que la recolección de información realizada fue de gran apoyo a su investigación, dado que el material es considerablemente actual. Así mismo, el estudiante aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecieron, sin embargo pueden ser no compartidos y sujetos a polémica, pero en cualquier caso, se encuentra un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. Resalto que atendió las sugerencias y observaciones señaladas, defendiendo con fundamento aquellas que consideró necesarios.

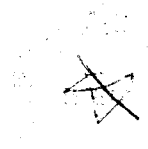
En relación a la estructura formal de la tesis, la misma fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivos e inductivo, analítico y la utilización de las técnicas de investigación bibliografía actualizada.

Concluida la asesoría estimo que la investigación cumple con los requisitos establecidos para el efecto por lo que **dictamino** en el sentido de que es **FAVORABLE** que el mismo sea discutido en el examen público de tesis para su aprobación

Sin otro particular,

Lic. Carlos Humberto Zapeta Rodríguez
ABOGADO Y NOTARIO

LIC.: CARLOS HUMBERTO ZAPETA RODRIGUEZ



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 09 de julio de 2014.

Atentamente, pase a el LICENCIADO HOMERO AVILA MONT, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante HEIDY YAMIL LARA LARA, intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA EN LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA Y EL CONTRATO DE FIANZA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

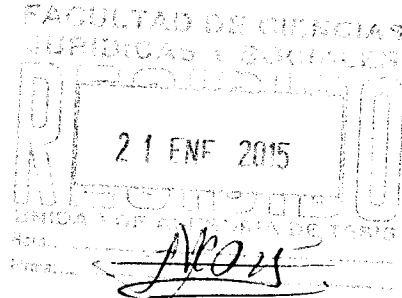
cc.Unidad de Tesis
BAMO/srrs.



Guatemala, 05 de diciembre 2014

Doctor

Boanerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho



De mi consideración:

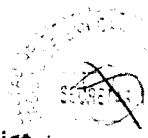
En atención a la providencia del nueve de julio del dos mil catorce, a usted informo que procedí a revisar el trabajo de tesis de la Bachiller Heidy Yamil Lara Lara con número de carné 60628.

Denominado como: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA EN LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA Y EL CONTRATO DE FIANZA"

Y de conformidad con el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, de la Junta Directiva de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Me permitió señalar que, se hicieron las observaciones básicas, históricas y doctrinarias, respetando los criterios de desarrollo y planteamiento del autor, concluyendo que constituye un aporte substancial para las personas y entidades interesadas en este tipo de problema, siendo de utilidad como fuente de consulta, teniendo un contenido científico y técnico.

El tema es desarrollado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abordando las instituciones jurídicas relacionadas al mismo, definiciones y doctrinas, así como la regulación legal de la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y leyes aplicables a nuestro derecho positivo, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.

En tal virtud el contenido de la tesis abarca las etapas del conocimiento científico ya que la recolección de información realizada fue de gran apoyo a su investigación, dado que el material es *considerablemente actual*. Así mismo, el estudiante aportó al trabajo sus propias opiniones y



criterios, los cuales lo enriquecieron, sin embargo pueden ser no compartidos y sujetos a polémica, pero en cualquier caso, se encuentra un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. Resalto que atendió las sugerencias y observaciones señaladas, defendiendo con fundamento aquellas que consideró necesarios.

En relación a la estructura formal de la tesis, la misma fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivos e inductivo, analítico y la utilización de las técnicas de investigación bibliografía actualizada.

Concluida la asesoría estimo que la investigación cumple con los requisitos establecidos para el efecto por lo que **dictamino** en el sentido de que es **FAVORABLE** que el mismo sea discutido en el examen público de tesis para su aprobación

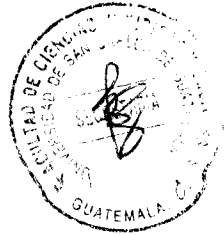
Sin otro particular,

Lic. Homero Avila Mont

Homero Avila Mont
ABOGADO Y NOTARIO



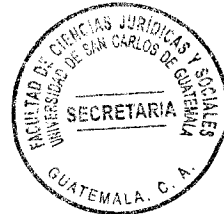
USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala

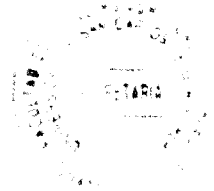


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 21 de abril de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante HEIDY YAMIL LARA LARA, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA EN LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA Y EL CONTRATO DE FIANZA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs



DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme la sabiduría de cumplir esta meta

A MIS PADRES:

Isaac Lara Castellanos (QEPD)

Doraldina Lara vda.de Lara

Agradezco su ejemplo, amor y guía

A MI DIFUNTO ESPOSO:

Luis Enrique Avalos Hernández

Gracias por todo lo bello que le diste a mi vida

A MIS HIJOS:

Leslee Anahi y Pedro Rodolfo

Por su ayuda y amor incondicional

Luis Fernando (QEPD)

Como un tributo a su memoria

A MIS NIETOS:

Sebastian y Adriana Lucia

Por llenar y dar luz a mí vida

A MIS HERMANOS:

Dina Lisette, Ligia e Isaac

Por estar conmigo en las buenas y en las malas



A MIS SOBRINOS:

Erick, Alejandro, Koby, Isaac, Ligia Adriana,
Karina y Janes

Por su cariño y el ejemplo a seguir

A MIS PRIMAS:

Por su apoyo y cariño

A MIS AMIGAS:

Celeste Santos y Karla Vicente

Porque sin el equipo que formamos no hubiera
logrado esta meta

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala

En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales

Gracias por los conocimientos adquiridos.

A USTED:

Muchas gracias

ÍNDICE



Pág.

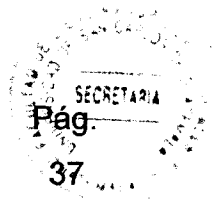
Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Los derechos reales.....	1
1.1 Naturaleza jurídica.....	4
1.1.1 Concepto.....	5
1.1.2 Clasificación.....	9
1.2 Sistemas numerus clausus y numerus apertus.....	12
1.2.1 La orientación de nuestra legislación.....	14
1.2.2 Derechos reales y personales.....	15

CAPÍTULO II

2.1 Hipoteca.....	17
2.1.1 Antecedentes y evolución histórica de la hipoteca.....	17
2.1.2 Análisis de la hipoteca.....	20
2.1.3 Bienes susceptibles de hipotecas.....	21
2.1.4 Relación entre banco e inscripción de hipoteca.....	23
2.1.5 Prescripción y extinción hipotecaria.....	28
2.1.6 La seguridad de la hipoteca.....	29
2.1.7 El crédito hipotecario.....	30
2.1.8 Las cédulas hipotecarias.....	30
2.2 La prenda.....	33
2.2.1 Antecedentes y evolución histórica.....	34
2.2.2 Análisis de la prenda.....	35
2.2.3 Características.....	36



2.2.4 Obligaciones del contrato de prenda.....	37
2.2.5 Bono de prenda.....	38
2.2.6 Prendas sin desplazamiento.....	41
2.2.7 Relaciones y diferencias entre hipoteca y prenda.....	42

CAPÍTULO III

3. El contrato de fianza.....	45
3.1 Breve reseña histórica de la fianza.....	46
3.2 Naturaleza jurídica del contrato de fianza.....	52
3.3 Etimología de la palabra fianza.....	55
3.4 Definición.....	55
3.5 Características.....	62
3.6 Elementos.....	64
3.7 Comparación con otras figuras jurídicas: la prenda y la hipoteca.....	65
3.8 Clases de fianza.....	66
3.9 Objeto.....	68

CAPÍTULO IV

4. Incumplimiento de la obligación.....	71
4.1 Efectos de la prenda, la hipoteca y el contrato de fianza.....	77
4.2 Análisis general del objeto de estudio.....	80

CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89

INTRODUCCIÓN



El sistema jurídico guatemalteco, está compuesto por tantos instrumentos jurídicos que tiene como fin no solo el de regular la conducta de los hombres en sociedad, sino que además el mismo Estado a través del organismo legislativo, ha creado normas muy específicas para relaciones jurídicas concretas como el negocio jurídico, materializándose o perfeccionándose este, a través de los derechos reales de garantía como lo son la prenda, la hipoteca, y la fianza, las tres se traducen en garantía personal, que asumen garantizando a un acreedor el cumplimiento de la obligación principal contraída por quién no resulta parte del contrato de fianza y sí principal el tercero interesado. Lo preocupante del caso ya en la práctica es que se usa como garantía al fiador en representación del deudor en caso de incumplimiento de la obligación del segundo, quedando los fiadores a merced de los deudores, poniendo en riesgo su patrimonio, pudiéndose hacer que la fianza sea acreditada por una institución de crédito.

El objetivo general, fue demostrar que los derechos reales de garantía, la prenda, la hipoteca y por otro lado el contrato de fianza, son medios que utilizan las personas individuales o jurídicas para contraer obligaciones. El objetivo específico fue: Comprobar que los derechos reales de garantía son seguros al momento de convenir un negocio, así como enumerar las causas y consecuencias que se producen de la prenda, la hipoteca y la fianza. Hipótesis no se conto con ella, pues el trabajo es eminentemente analítico.



Esta investigación consta de cuatro capítulos: en el primero, se hace referencia a los derechos reales y su naturaleza jurídica; el segundo, se refiere a la hipoteca, sus generalidades, la prenda y sus generalidades; en el tercero se describe el contrato de fianza y sus generalidades; el capítulo cuatro trata claramente el análisis del objeto de estudio, efectos y consecuencias. Los métodos empleados fueron: el analítico, por medio del cual se analizó la hipoteca, la prenda y la fianza como derechos reales de garantía. El método sintético se aplicó mediante la reunión de los distintos elementos que compone cada uno de los derechos reales que conforman el presente trabajo.

Este estudio se muestra fundado en la ley sustantiva civil y mercantil; tema que se expone en dirección al Estado, a los fiadores, a los acreedores, a las entidades de crédito.

CAPÍTULO I



1. Los derechos reales

Por lo interesante e imprescindible que es el tema en desarrollo, dado a que se procura realizar un análisis desde el enfoque jurídico del incumplimiento de la obligación garantizada en los derechos reales de garantía y el contrato de fianza, se considera necesario partir desde los derechos reales y todo lo que constituye este derecho mencionado.

Por tanto se hace necesario hacer referencia a lo expuesto por el autor, Francisco Juárez, con lo siguiente; “La naturaleza y el concepto del derecho real ha sido, dentro del polémico campo de la enciclopedia jurídica, uno de los más controvertidos a lo largo del devenir histórico”.

El debate surgió en torno a los temas en mención puede, sintetizar en tres posiciones que son las siguientes:

a) Teoría Clásica

El pensamiento clásico surgió en Roma y su influjo que cobro categorías casi axiomática pervivió sin obstáculos casi hasta las postrimerías del siglo pasado.



Se definían los derechos reales dentro del marco de esta orientación, como un poder inmediato y directo que su titular podía ejercer sobre una cosa, esta concepción fundamentaba el paradigma de la misma en la particularidad de la relación, la que en el derecho real se desarrolla entre hombre y una cosa (IUS INRE) y en la inmediatividad del vínculo, que puede ser absoluta y plena como en la propiedad o bien restringida como en los demás derechos reales. Es decir el titular del derecho no necesita intermediarios para la actuación de su poderío.

b) Teoría Personalista U Obligacionista

La prevalencia de la teoría clásica empezó a tambalearse cuando el jurista germano Windchaid la sometió a un detenido análisis cuya conclusión motivo cierta incertidumbre dentro de los estudiosos. ¿Cómo es posible dijo concebir una relación jurídica del hombre con una cosa? ¿Es que las cosas tienen derecho? ¿es que la sumisión a la potestad del hombre tiene alcance jurídico? No; esa relación del hombre con las cosas será una relación material, de hecho, muy estimable y muy económico si se quiere pero nunca jurídica.

El argumento transcrito fue génesis de la teoría obligacionista que encontraba el fundamento de la naturaleza jurídica del derecho real, en un vínculo de carácter personal entre el titular del derecho y los demás hombres, conformando por la obligación por parte de estos de abstenerse de perturbarlo.



Oertmann, Dernburg funchs, Planiol y Ripert para no citar más que algunos nombres abrazaron de lleno la nueva postura, motivando su rápida difusión.

c) Teoría Ecléctica

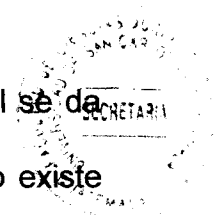
La paralización de criterios ya lo dijo Aristóteles aleja de la verdad; conviene por tanto adoptar en ocasiones un criterio mesurado, equidistante de las posiciones radicales y conforme a este razonamiento la doctrina jurídica con afanes conciliadores, estimo que ambas direcciones no estaban desposeídas de certidumbre, pecando únicamente de restringidas dado a que sus enfoques gravitaban en torno de una parte del asunto.

Es así como en una afortunada fusión conceptual se llegó a establecer qué derecho real es aquel, que concede a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa, que puede ser ejercitado y hecho valer frente a todos.

Barassi asigno a esta definición dos elementos fundamentales:

a) Uno interno, que es la inmediatividad del poder del hombre sobre la cosa, explicando el autor citado que el poder hace alusión a la potestad conferida por la ley, el titular del derecho, que la cosa es el objeto sobre el que se proyecta el poder y que la inmediatividad es la manera que asume la relación jurídica, la que se traduce en ausencia de intermediarios personalmente obligados.

b) Un elemento externo configurado por la absolutividad, ya que el derecho real se da frente a todos, en oposición al personal que es relativo, por cuanto que solo existe contra el deudor ”¹

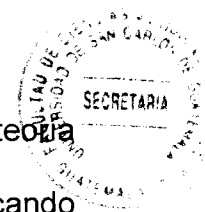


1.1 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de los derechos reales es imperativo, ya que nos explicara el motivo del surgimiento de este derecho tan importante actualmente dentro del ordenamiento jurídico, especialmente en el derecho civil, siendo este un derecho privado muy importante para la regulación del patrimonio sean estos muebles e inmuebles.

A continuación la naturaleza jurídica: “Teoría clásica. (De ruggiero). De acuerdo a esta teoría el titular de un derecho real ostenta un poder inmediato sobre la cosa, hay por lo tanto una relación directa entre persona y cosa. Teoría personalista (Ortolán y Planiol). Denominada también obligacionista y anti clásica por excelencia debido a su labor crítica y parte de la afirmación de que solo caben relaciones jurídicas entre personas y no entre personas y cosas, quedando destruido el concepto clásico del derecho real y en su lugar se crea un vínculo personal entre el titular del derecho real y los demás hombres consistente en una obligación por parte de estos de abstenerse de perturbar el derecho real, se caracteriza por tanto al derecho real, como una obligación pasiva universal, razón por la cual recibe esta teoría el nombre de personalista y obligacionista.

¹ Flores Juárez Juan Francisco, Los Derechos Reales. pág. 37.



Teoría ecléctica o armónica. se llega a soluciones armónicas conciliando la teoría clásica y la personalista neutralizando lo exagerado de cada una de ellas, explicando que la teoría clásica desconoce que el derecho se da entre los hombres, que el derecho es un producto de la cultura y que el derecho existe para regular la convivencia humana; pero la teoría personalista confunde el deber jurídico con la obligación patrimonial es decir que confunde el deber general de abstención de todas las persona con la obligación patrimonial.

Teoría monista. Estas teorías afirman la identidad de los derechos reales y personales; igualmente tienen dos variantes: la personalista de Ortolan, Planiol y Demogue (identificando los derechos reales con los personales), y la tesis objetivista de Gaudemet, JAlu, Gazin y Saleilles que asimila los derechos personales con los reales.²

1.1.1 Concepto

Previo a presentar una definición del concepto del derecho real, se precisa imperativo señalar algunos criterios surgidos en torno al mismo, para ello se refiere lo expuesto por Francisco Juárez al señalar lo siguiente; “Para precisar el concepto de derecho real, han surgido diversos criterios que los tratadistas agrupan en tres teorías:

² <http://es.scribd.com/doc/51386504/derecho-reales>. Recuperado 14/06/2014



A) Teoría Clásica: Espín Cánovas resume con precisión los fundamentos de esta teoría:

“La concepción clásica del derecho real es aquella que lo concibe como un señorío inmediato sobre una cosa que puede hacerse valer erga omnes; el titular del derecho real ostenta un poder inmediato sobre la cosa; hay, por tanto, una relación directa entre persona y cosa.

Dos son las características más esenciales del derecho real según esta teoría: la inmediatividad del poder sobre las cosas, es decir, la relación directa y sin intermediario entre persona y persona, y su eficacia erga omnes, por la cual el titular puede perseguir la cosa donde quiera que esté y contra cualquiera que la posea. Concebido de esta suerte el derecho real aparece como figura contrapuesta al derecho de obligación o personal, ya que éste consiste en una relación entre dos personas la que una de ellas (deudor) tiene que realizar una prestación (dar, hacer o no hacer), y la otra (acreedor) puede exigir que se realice esta prestación.

Por referirse esta teoría a la distinción, ya expresada, entre derechos reales y personales, en la actualidad a la misma se le resta o niega importancia, en razón que todo derecho relaciona a personas entre sí, no existiendo, en su esencia, como relación de persona a cosa. No obstante, la mayoría de tratadistas se inclinan por mantener la distinción, no tanto por su basamento jurídico sino por utilidad en la sistemática de la legislación civil, fuertemente influenciada aún por el derecho romano.



B) Teoría Personalista o Anti clásica. Surgió en Europa como resultado del estudio crítico de la teoría clásica. Por ello, más que de una teoría, se trata de un conjunto de criterios doctrinarios.

Fundamentalmente, parten del siguiente punto de vista: las relaciones jurídica sólo existen persona a persona, no entre personas y cosa; apartándose así del criterio clásico sobre el derecho real (señorío directo sobre la cosa), dando vida a la idea de una relación personal entre el titular del derecho real y todas las demás personas, que por razón de la existencia de ese vínculo están obligados a un no hacer, consistente en la abstención de perturbar al titular del derecho en relación a la cosa objeto del mismo (obligación pasiva universal)

C) Teoría Ecléctica. Un civilista español sintetiza esta teoría en los términos siguientes: “Frente a las disposiciones extremas representadas por la teoría clásica y personalista, algunos autores, observando que ambas teorías incurren en exageraciones y defectos, llegan a soluciones armónicas, que tal vez se aproximen más a la verdad. En defecto, se hace una doble crítica a dichas teorías: a la clásica se le achaca su insuficiencia al desconocer que todo derecho se da entre los hombres, y a la personalista se le imputa el error de confundir el deber jurídico general con la obligación patrimonial, al reducir el derecho real a una obligación pasiva universal. Sobre esta base crítica se construye la teoría ecléctica, que por primera vez formula Berker. El derecho real, se afirma, tiene un lado externo y otro interno, constituido éste por el poder sobre la cosa y aquél por su oponibilidad erga omnes.



Así como la teoría clásica no destacó suficientemente el lado externo, la teoría obligacionista, en cambio, desconoció el lado interno.

Estos dos aspectos son en realidad propios de todo derecho, si bien en algunas se destaque más alguno de ellas. Así, la eficacia, erga omnes, característica del derecho real, existe también en la obligación sólo que resalta más en aquel.

Por tanto, las diferencias entre los derechos reales y personales existen, pero no deben ser exagerados, como hicieron algunos partidarios de la teoría clásica. A nuestro juicio, esta posición armónica es la más exacta: ni cabe desconocer el aspecto personal de toda relación jurídica, ni cabe identificar el deber general de abstención de todas las personas con la obligación patrimonial.”³

Al analizar las teorías acerca de los derechos reales, se logra obtener que la suposición clásica determine el señorío inmediato sobre una cosa que puede hacerse valer erga omnes.

Lo que quiere decir un poder absoluto del titular sobre determinado bien, como propiedad. En tanto que la personalista explica que el derecho real, es una relación personal entre el titular del derecho real y todas las demás personas.

³ Flores Juárez Juan Francisco, **Los Derechos Reales**. pág. 324.



Estas dos teorías presentan dos formas de ver el derecho real, sin embargo las mismas incurren en exageraciones y defectos, llegan a soluciones armónicas, que tal vez se aproximen más a la verdad. Realizándoseles una doble crítica a dichas teorías: a la clásica se le achaca su insuficiencia al desconocer que todo derecho se da entre los hombres, y a la personalista se le imputa el error de confundir el deber jurídico general con la obligación patrimonial, al reducir el derecho real a una obligación pasiva universal.

1.1.2 Clasificación

La clasificación de los derechos reales se hace necesaria dentro de este trabajo objeto de investigación, pues servirá para comprender de forma íntegra el derecho real y poder obtener un análisis más directo y sustancial del tema que se plasma en este trabajo.

Para ello se indica lo referido por Juárez Francisco en relación a la clasificación de los derechos reales. “Muchos y muy variados han sido los puntos de vista vertidos en torno a este tema. Muy famosa la clasificación de Sánchez Román que clasifica a los derechos reales de la manera siguiente:

a) Derechos reales similares del dominio

-La posesión

-El Derecho Hereditario

-La Inscripción Arrendaticia



b) Derechos reales limitados

-Las Servidumbres

-Los Censos

-La Hipoteca.

Su contenido breve y claro hizo germinar múltiples ponderaciones en su favor, pero hoy en día se vacila acerca de la naturaleza de algunas de las figuras incluidas en ella, tales como la posesión, la inscripción arrendaticia y el derecho hereditario, a las cuales no cabe asignarles la categoría de derechos reales.

Otro cierto clasificado es incluido por Puig Peña en su compendio de Derecho Civil Español y en él son atendidos diversos puntos de vista que pueden sintetizar así:

1) Por el objeto

Derechos reales sobre cosas corporales.

Derechos reales sobre cosas incorporeales:

-Derechos Reales sobre Derechos

-Derechos Reales un re intelectual: son los derechos de autor, de inventor, etc.

2) Por la protección que el derecho les brinda

Derechos Reales De Protección Provisoria:

La Posesión



Derechos reales de protección perfecta o definitiva:

La propiedad, los demás derechos reales.

Por la finalidad institucional

Derechos Reales De Goce:

Usufructo, uso y Habitación y Servidumbre

Derechos Reales de Garantía:

Prenda, Hipotecaria y Anticresis

Derechos Reales de Adquisición:

Retracto, Tanteo y Opción.

Nuestra legislación no se ocupa de clasificar los Derechos Reales en ningún de sus artículos, aunque resulte evidente que nuestro código ha sido influido en este caso por la corriente italiana generada por Dussi y Barassi que disgrega a la propiedad como derecho pleno de los llamados derechos reales limitativos derechos reales de mero goce y derechos reales de garantía.

3) derechos reales de goce y disposición

La propiedad (arto. 464 Código Civil)

4) derechos reales de mero goce

Usufructo (arto. 705 Código Civil)

Uso y Habitación (arto. 745 Código Civil)



Servidumbre (arto. 752 Código Civil)

Derechos Reales De Garantía

Hipoteca (arto. 822 Código Civil)

Prenda (arto. 880 Código Civil)⁴

1.2 Sistemas *numerus clausus* y *numerus apertus*

“El dilema de la enumeración de los derechos reales sintetizan en dos encatradados sistemas, el *numerus apertus*, fundamentado en el criterio de que los particulares pueden crear dada la diversidad del negocio jurídico, figuras de derechos reales no consignadas en la ley.

La tesis *numerus clausus* que afirma que no existen más derechos reales que los taxativamente legislados. En el Derecho Romano no se admitieron mas derechos reales que los expuestos por la ley, no así en el Derecho Germano, donde existió la posibilidad de crear nuevos tipos con efectos jurídicos.

Este sistema se tradujo en un verdadero caos en lo que al control de la propiedad se refiere, puesto que motivo un sin número de nexos y ligaduras que desembocaron en un estado de confusión y clandestinidad. La doctrina moderna se inclina por la tesis de *numerus clausus* y vierte en su apología, los siguientes argumentos:

⁴ Flores Juárez Juan Francisco, *Los Derechos Reales*. pág. 40



a) El derecho real supone una obligación pasiva para los terceros. ¿es que estos, se dice van a estar siempre obligados a respetar cualquier situación creada caprichosamente por el acreedor? Si existe un deber exigible de respeto es porque la ley ha trazado líneas fundamentales que es preciso guardar, pero si sale de ellas ad libitum no se puede en buena lógica, exigir la adhesión de los extraños.

b) La constitución de los derechos reales implica la observancia de ciertas formalidades contenidas en la ley, que encauzan la oponibilidad erga omnes y no puede eludirse el cumplimiento de las mismas con fundamento en el arbitrio humano aisladamente considerado.

c) El sistema numerus apertus se dice finalmente no cabe duda que introduce la confusión y el desorden. Como afirma muy bien Serrano y Serrano, el sistema del numerus clausus tiene la ventaja de uniformar toda la gama de derechos sobre las cosas, en una categoría perfectamente definida y con caracteres bien determinado.

De esta manera, se evita esa riquísima floración de derechos reales, algunos sin nombre conocido en derecho, se facilita la labor del registrador, en cuanto a su deber de calificación; se adquieren unos moldes fijos en que colocar las nuevas construcciones jurídicas, se facilita en alto grado la gestión del registro y se deja expedito el camino de los derechos personales para la satisfacción de las nuevas exigencias jurídicas.



A manera de conclusión debemos señalar que:

*“A pesar de la indudable influencia de la tesis numerus apertus en el derecho inmobiliario, la ciencia jurídica moderna acoge con simpatía la orientación contraria, que encierra las innegables ventajas de facilitar la labor del registrador en cuanto a la calificación, favorecer los cálculos de terceros adquirente y evitar la creación de derechos innominados y ambiguos”*⁵

1.2.1 La orientación de nuestra legislación

El contenido del artículo 1125 del Código Civil que en su inciso 2º establece que se inscribirán en el Registro “Los Títulos Traslativos de dominio de los inmuebles y en los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan, derechos de usufructo, uso, habitación, patrimonio familiar, hipoteca, servidumbre y cualesquiera otros derechos reales sobre inmuebles”.

Fundamenta la opinión que señala que el sistema numerus apertus prevalece en nuestra legislación, criterio que a mi parecer es inexacto, por cuanto que la denominación del libro II del cuerpo legal en referencia de los bienes, de la propiedad y demás derechos reales utilizan en su realización un término limitativo demás del que se refiere que los legisladores son en rigor, los únicos Derechos Reales existentes.⁶

⁵ Flores Juárez Juan Francisco, **Los Derechos Reales**. pág. 43

⁶ Flores Juárez Juan Francisco, **Ob cit.** pág. 44



1.2.2 Derechos reales y Derechos personales

“Interesa hacer la distinción entre estas clases de derechos, que en su conjunto, por algunos autores, son denominados derechos patrimoniales, entendiendo que unos tienen por objeto las cosas del mundo exterior (derechos reales) y los otros ciertos actos de los hombres (derechos personales). Se les denomina derechos patrimoniales, en razón que representan o tienen un valor pecuniario.

En los derechos reales, el titular tiene una relación y poder jurídico inmediato sobre la cosa. En el derecho personal la relación jurídica está referida a otra persona. Así, por ejemplo, el derecho de propiedad sobre un bien inmueble, se concibe directamente sobre el mismo.

En cambio, si una persona adeuda a otra una determinada cantidad de dinero, la relación jurídica se entiende de persona a persona. Debe tenerse presente, en todo caso, que el derecho, o, en otras palabras, la relación jurídica que deviene por el surgimiento de un derecho, sólo existe de persona a persona.

En los derechos reales se hace énfasis en la cosa, para resaltar el poder o facultad sobre la misma. En los derechos personales se hace énfasis en la relación jurídica.⁷

⁷ Alfonso Brañas. **Manual de Derecho**, pág. 321



CAPÍTULO II



2.1 Hipoteca

Es otra de las formas del derecho real, un derecho que recae sobre bienes inmuebles, esto con el fin de garantizar el cumplimiento de una obligación, efecto jurídico que nace de un préstamo entre acreedor y deudor. Sin embargo es importante señalar lo que describe la legislación en materia civil con relación a la hipoteca, a lo que regula así; La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación (Art. 822 Código Civil).⁸

2.1.1 Antecedentes y evolución histórica de la hipoteca

Deviene imperativo referirse a los antecedentes y evolución histórica de la hipoteca, esto para poder conceptualizar dicho término en significación jurídica. Para iniciar el presente tema es viable establecer que el enfoque que se hará del mismo está encuadrado dentro de la naturaleza genérica del trabajo que lo contiene y es entrar al análisis detallista de una institución que, como la hipoteca ha hecho germinar un campo propio que es el derecho hipotecario, deviene imposible en un estudio de esta índole que, dicho sea de paso, pretende tan solo presentar la configuración doctrinaria de los derechos reales y referirla, en un parangón que permite sacar conclusiones, a nuestra legislación.

⁸ Alfonso Brañas. **Manual de Derecho**, pág. 381



“El término hipoteca es comprensivo de la idea de poner debajo, de someter una cosa a otra. Jurídicamente es una forma de garantizar el cumplimiento de una obligación que no lleva implícito el requisito del desplazamiento que es clásico en la prenda.

En la hipoteca la cosa continua en poder del deudor. Ruggiero señala que la publicidad que esta institución adquiere a través de su inscripción en los registros respectivos viene a substituir el desplazamiento de la posesión, que es el elemento que da concreción a la figura de la prenda.

Deben, nos dice refiriéndose a la hipoteca que es un derecho real que, sin implicar traslado de la posesión a persona distinta del dueño, asegura a su titular el cobro de cierta cantidad, autorizándole para que pueda promover la venta de la cosa sobre la que recae y para que la parte necesaria del precio obteniendo a pagarle.

Esta definición omite la condición de que deba recaer sobre inmuebles, rasgo que ha venido tipificado a la hipoteca y que en la actualidad no tiene razón de ser por considerarse al desplazamiento como el elemento en torno al cual deben girar los criterios de diferenciación entre hipoteca y prenda.

En esta virtud se habla de hipoteca mobiliaria para tipificar la prenda sin desplazamiento.



De esta suerte la definición que incluye la legislación civil guatemalteca en su artículo 822, resulta trasnochada al referir que la hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación, puesto que, como dice Puig Peña al referirse a la prenda sin desplazamiento:

Esta nueva figura todavía no ha encontrado un nombre propio, sino una yuxtaposición de nombres pues solo recogiendo sus principales características se le puede denominar prenda sin desplazamiento o hipoteca mobiliaria. Parece ser, desde luego, más correcta esta segunda denominación pues la de prenda sin desplazamiento es una verdadera contradictio in termitis ya que no se concibe propiamente una prenda en la cual la cosa no queda desplazada. En cambio la expresión hipoteca mobiliaria no supone violación alguna a la técnica, sino corrección en el derecho actual de una anomalía (la adscripción de la hipoteca a los inmuebles), que solo pervivió por razones meramente históricas y nunca dogmáticas.

Consecuentemente la naturaleza de la hipoteca viene a determinarse no únicamente y en exclusiva por la condición inmueble de los bienes que son objeto de la misma, ni por el principio de publicidad que anteriormente era privativo de los inmuebles (el artículo 1124 del Código Civil preceptúa que son registrables los muebles identificables), sino que ha tomarse en cuenta el contenido de la relación jurídica, es decir el desplazamiento posesorio de la cosa”⁹

⁹ Flores Juárez Juan Francisco, *Ob Cit.* pág. 176



2.1.2 Análisis de la hipoteca

Es evidente que desde el punto de vista de la norma jurídica, la hipoteca también es un derecho real, entendiendo este como ese poder inmediato que el titular de un bien posee sobre una cosa, sea este mueble o inmueble, pero cuando se hace referencia a la hipoteca, se habla de una de las formas del derecho real, es un gravamen que es objeto un bien inmueble, pero esta imposición es con la finalidad de obligar de forma coercible al deudor u obligado en cumplir su obligación.

En este caso se entiende que es por un préstamo realizado sea a una entidad bancaria o entidad financiera, pero que además podría ser una persona individual a quien el obligado contrajo una obligación de pago por el préstamo efectuado por medio de un mutuo bancario u otro documento con efectos registrales.

Es importante hacer ver que la hipoteca, facilita también el desarrollo económico jurídico, social, y económico, dado a que a través de ello las personas agilizan resuelvan sus intereses económicos.

Sin embargo, se logra esta transacción gracias a la figura hipotecaria, en lo social pues es una solución a la que los particulares acuden para solventar sus requerimientos sociales, lo jurídico, pues la misma norma, o mejor dicho el sistema normativo ha proveído a los particulares las herramientas de carácter normativo para desarrollarse a través ella.



2.1.3 Bienes susceptibles de hipotecas

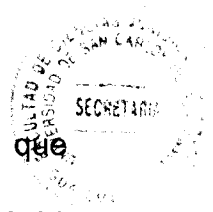
Se debe dejar claro, que bienes son susceptibles y los que no de ser hipotecados, esto dará precisión para la obtención de elemento de juicio y al finalizar tener un análisis bastante completo del trabajo de investigación.

“De conformidad con el artículo 835 del Código Civil, en relación a los bienes que pueden ser hipotecados, únicamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados.

En tanto que en el artículo 838 del mismo código enumera los bienes que no pueden hipotecarse, y que según el contenido de tal norma serán los siguientes:

- 1.- El inmueble destinado a patrimonio de familia
- 2.- Los bienes adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el causante haya puesto dicha condición, pero esta no podrá exceder el termino de cinco años.

Se debe agregar a los enumerados por este precepto, los derechos de uso y habitación que según el artículo 748 del Código Civil son inalienables, no pudiendo enajenarse, gravarse, ni arrendarse, así también las servidumbres que por ser un derecho accesorio no pueden enajenarse en forma independiente del inmueble a cuyo favor están constituidos.



Respecto al patrimonio familiar, debe comentar la grotesca incongruencia en que incurren nuestras leyes al afirmarse en el Código Civil que los bienes constituidos en patrimonio familiar son indivisibles, inalienables e inembargables y no podrán estar gravados, ni gravarse, salvo el caso de servidumbre” y por otro lado establecer en el artículo 80.

(Reformado por el Artículo No. 15 del Decreto 27-80).

Los inmuebles otorgados en patrimonio familiar agrario, no responderán de las obligaciones particulares del titular, salvo las contraídas previa autorización del Instituto y las que se deriven de obligaciones alimenticias del adjudicatario.

Mediante autorización del Instituto podrán constituirse obligaciones con garantía real o pignoración de cosechas, particularmente para explotación de los bienes que integran el patrimonio familiar agrario o inversión de fondos para adquisición de los bienes necesarios para el desarrollo de este patrimonio.

Con la presentación de los documentos pertinentes, estas autorizaciones se tramitarán y, resolverán a la mayor celeridad. ”¹⁰

¹⁰ *Ibid.* pág. 187



2.1.4 Relación entre banco e inscripción de hipoteca

La relación entre la banca y la inscripción hipotecaria se hace necesaria su referencia, dado a que en su mayoría, es en esta vía donde se lleva a cabo la hipoteca, pues los préstamos se realizan en los bancos del sistema, entendiéndose que por préstamos, la persona entrega al banco una certificación de las inscripciones que tiene la propiedad en el registro que a través de un contrato de crédito bancario, garantizado con la hipoteca, en el que el prestamista firma.

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos en el artículo 836.

” El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos no obstante cualquiera estipulación en contrario, salvo lo que se establezca en contratos que se refieran a créditos bancarios”.

Crédito hipotecario: Es el dinero que el Banco le entrega al cliente, a cambio de su compromiso de devolver ese monto más los intereses y la forma acordados, ofreciendo como garantía un inmueble.

Dador de hipoteca: es el dueño del inmueble ofrecido como garantía del crédito. No necesariamente es el titular del crédito.

Deudor: es aquel a quien el Banco le otorga un crédito Hipotecario.



Escritura de compra – venta: es el instrumento legal por el cual una persona se transforma en propietario de un bien inmueble. En ella se describen todas las características legales y técnicas de la propiedad.

Garantía: es el bien que el tomador del crédito ofrece al banco como aval del mismo. En el caso de que ese bien sea un inmueble, el crédito tendrá garantía hipotecaria.

Gastos de Administración: suma mensual que cobra el banco en concepto de administración del préstamo, por los diversos actos que realice.

Gastos notariales: son los gastos e impuestos que la ley dispone para las operaciones inmobiliarias.

Gravamen: carga que se hace sobre un bien, como forma de garantizar el pago de lo debido.

Hipoteca: es el derecho real constituido que obtiene quien otorga un crédito sobre un bien inmueble.

Hipoteca de primer grado: es un crédito garantizado con un inmueble que no posee otra hipoteca vigente.

Hipoteca de segundo grado: es el préstamo que se otorga sobre una propiedad que ya es garantía de otro crédito hipotecario. La mayoría de los Bancos no otorgan este tipo de hipotecas.



Honorarios de escribanos: es el monto que perciben los escribanos por realizar la escritura de compra-venta y/o el mutuo hipotecario es del 1%

Informe de tasación: es el informe que se emite una vez realizada la tasación de un inmueble, y en donde se dictamina el valor de la propiedad.

Letra hipotecaria escritural: son las letras hipotecaria inscriptas en la caja de valores. Esta inscripción se realiza a nombre del titular.

Mutuo hipotecario: es el instrumento legal garantizado mediante un derecho real de hipoteca en el cual constan todas las características del crédito solicitado, forma de pago, derechos y obligaciones de las partes, y la descripción del bien o inmueble puesto como garantía de préstamo.

Plazo; periodo de tiempo fijado para el cumplimiento de una obligación o para la realización de un acto.

Plazo inicial: es el periodo acordado con el banco (institución o persona) que le otorga el crédito, en el cual alguien se compromete a pagar cuotas consecutivas para la cancelación de la deuda.

Plazo restante: es el periodo que queda para saldar el total de la deuda.

Préstamo: contrato por el que una de las partes entrega a la otra dinero u otra cosa fungible, con la condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

Habitualmente lleva consigo el pago de intereses.



Tasa de interés: Es el porcentaje que el Banco, de acuerdo con las condiciones de mercado y las disposiciones del banco central, cobra por los diferentes tipos de servicios de crédito a los usuarios de los mismos. Para el caso de los créditos hipotecarios son activas porque son recursos a favor de la banca.

Tasa fija: es una tasa de intereses que se pacta al inicio del crédito y se mantiene constante durante toda la vigencia del crédito.

Tasa variable: es una tasa de intereses que se ajusta en periodos determinados por un patrón establecido, pudiendo subir o bajar dentro de ciertos límites delineados y modificando en forma directa el importe de las cuotas (la parte de los intereses)

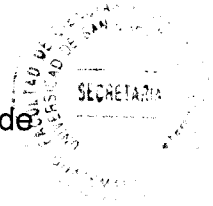
Tasación: sistema por el cual se determina el valor de mercado de una propiedad, a partir de ese valor se asigna el porcentaje de financiamiento.

Valor de mercado: es el precio más probable por el cual una propiedad sería vendida en un mercado competitivo y abierto en todas las condiciones necesarias.

Valor venal: es el valor de mercado de una propiedad.

Veraz: es un sistema de intercambio de información positiva y necesaria para la forma de decisiones crediticias. Contiene la historia crediticia del solicitante, el uso que ha hecho del crédito, cumplimientos, incumplimientos, y créditos que ha obtenido, entre otros datos”.¹¹

¹¹<http://www.hipotecario.com.ar/default>



Todos los bancos del sistema ofrecen a los usuarios, créditos hipotecarios, las tasas de interés oscilan entre el 14 y el 16%, el plazo puede ser de 5 a 15 años, los requisitos son comunes en todos ellos, el banco inscribe la hipoteca y eso le da seguridad jurídica.

Requisitos Bancarios:

- 1) Solicitud de crédito
- 2) Estado Patrimonial
- 3) Constancia de ingresos
- 4) Fotocopia DPI
- 5) Formulario IVE
- 6) Copia tres últimos estados de cuenta
- 7) Copia recibo de agua, luz o teléfono

Edades de los solicitantes

18-55 años - 15 años plazo

56-60 años - 10 años plazo

61-65 años - 5 años plazo

El banco inscribe la hipoteca y le da seguridad jurídica al mismo.



2.1.5 Prescripción y extinción hipotecaria

Según el autor Juárez Francisco, al referirse a la prescripción y extinción, manifiesta:

“En relación a su extinción, cabe distinguir dos tipos de causas: las que extinguen la obligación y que determinan consiguientemente la extinción de la hipoteca en razón de su carácter accesorio y que serán: el pago, la compensación.

La novación, la remisión, la confusión, y la prescripción son las causas que son independientes de la garantizarían entre las que se incluyen.

1.- La consumación del juicio ejecutivo en vía de apremio.

2.-La cancelación de la inscripción respectiva, solicitada por la parte interesada, siempre que haya transcurrido 10 años de vencimiento del plazo de la prórroga inscritos.

La extinción del gravamen hipotecario debe traducirse en su respectiva cancelación en el Registro de la Propiedad porque, en relación a terceros, el gravamen subsistirá mientras esta no se opere.

Puig Peña, comenta que la extinción de la obligación sin la consiguiente cancelación hace permanecer vivo registralmente el crédito hipotecario porque el tercero lógicamente ignora cualquier situación extra-registral”.¹²

¹² Flores Juárez Juan Francisco, **Los Derechos Reales**, pág. 190



2.1.6 La seguridad de la hipoteca

Cabe resaltar la importancia garantista que genera la hipoteca en el momento de su gravamen, por lo tanto se señala una definición en torno a la seguridad de la hipoteca:

“Son aquellas en la que se garantiza una obligación de existencia dudosa y cuya cuantía no está determinada, o en términos más exactos la que garantiza el crédito siempre que se pruebe su existencia y cuantía por medios ajenos al registro”¹³

La seguridad que genera la hipoteca es en concreción al acreedor, pues el inmueble sobre el cual recae el gravamen hipotecario automáticamente queda bajo el poder inmediato del mismo, dado a que esto obligara al deudor el cumplimiento de su obligación contraída.

Por seguridad se comprende que no es para el deudor, sino para el acreedor quien se ha despojado de determinada suma de dinero que se comprometió conceder al prestamista que automáticamente se convierte en deudor y sujeto de obligación de pago.

¹³ *Ibid.* pág. 183



2.1.7 El crédito hipotecario

Los Créditos Hipotecarios son aquellos que se otorgan para la compra de una vivienda, terreno, construcción o ampliación de una propiedad a cambio de una hipoteca sobre el bien que se está adquiriendo, en algunos casos se suele poner alguna segunda propiedad como garantía si el monto solicitado supera la capacidad de pago que puede demostrar el solicitante del crédito. Este tipo de crédito suele utilizarse para montos de dinero y plazos elevados, por ejemplo \$ 40.000 dólares a 20 años, incluso para montos pequeños que superen el monto o plazo de un crédito personal.¹⁴

2.1.8 Las cédulas hipotecarias

Las cédulas hipotecarias son valores emitidos por entidades financieras que a cambio pagan un interés fijo. Su garantía es la hipoteca sobre un bien inmueble que es *propiedad del emisor, además de la garantía solidaria de la entidad financiera que interviene en la operación*. Son pues, deuda emitida por entidades financieras que necesariamente tienen que realizar operaciones de créditos hipotecarios, es decir, su emisión está limitada a entidades de crédito oficial, sociedades de crédito hipotecario y cajas de ahorros. Este tipo de entidades dará garantía preferente a sus titulares sobre la totalidad o sobre una parte de los créditos hipotecarios que han sido constituidos a favor de la entidad emisora.

¹⁴ <http://www.citycredito.com/>. Recuperado, 08/junio/2014



Las cédulas se suelen amortizar en un periodo entre 1 y 3 años y, por su liquidez, se pueden incluir dentro de los títulos que se negocian en los mercados monetarios.

La Cédula Hipotecaria es un título-valor que está documentado por un escrito impreso, extendido a favor de una persona determinada (Cédula Nominativa) o a favor de una persona anónima (Cédula al Portador), en cuyo texto ha de indicarse el tipo de cédula que es, diferenciándose las Cédulas con garantía especial de las Cédulas con garantía global, la letra o número que le corresponde y otras cláusulas o estipulaciones que la entidad emisora crea conveniente señalar, siempre que tales cláusulas o estipulaciones no alteren ni desvirtúen la naturaleza del título.

La finalidad es que en el cuerpo de la Cédula aparezca de forma sencilla y clara identificando la entidad deudora, señalándose las características de la emisión y puntualizándose aquellas circunstancias que acrediten la validez de la misma.

Las características que definen las cédulas hipotecarias son:

Se emiten en serie en Escritura Pública.

Las cédulas están garantizadas por el capital y reserva del Banco y con el conjunto de sus préstamos hipotecarios de amortización gradual.

Los préstamos que garanticen la emisión están asegurados con Primera Hipoteca y no excederán del cincuenta por ciento del valor del inmueble gravado.



Las cédulas vencidas o solicitadas para el pago dejan de ganar intereses desde la fecha en que se verifican los hechos anteriores.

Tipos de cédulas hipotecarias:

Según la garantía que incorporen, las Cédulas Hipotecarias pueden denominarse Cédulas Hipotecarias con garantía Especial y Cédulas Hipotecarias con garantía global.

Las Cédulas Hipotecarias con garantía especial son aquellas que las entidades financieras emiten con el respaldo de uno a varios préstamos hipotecarios determinados, que se van otorgado a su favor antes de la respectiva emisión.

Las Cédulas con garantía especial deben identificarse, señalando su importe, cada uno de los créditos que las respaldan y también los inmuebles que garanticen tales créditos.

Las Cédulas con garantía global están garantizadas con créditos hipotecarios de los que sea titular la entidad financiera emisora.

Estos créditos no pueden estar afectados por ninguna emisión de Cédulas con garantía especial, es decir, dichos créditos hipotecarios son todos los del banco emisor menos los que respaldan Cédulas con garantía especial.¹⁵

¹⁵ <http://www.expansion.com/>.- recuperado, 8/ junio/2014



2.2 La prenda

Importante es referirse a la prenda, como otra de las formas del derecho real o como la otra forma de hacer cumplir una obligación y garantista a la vez, sin embargo es de establecer que la prenda recae sobre bienes muebles concretamente, aunque su finalidad será siempre para hacer cumplir su obligación. Posee pues la misma finalidad que la hipoteca, con la diferencia del objeto sobre el cual recae el gravamen, el primero sobre un bien inmueble lo otro sobre un bien mueble.

Sin embargo se necesita presentar una definición de la prenda como tal. “Derecho real de garantía que recae sobre bienes muebles y que lleva aparejado el traslado o desplazamiento de la posesión de la cosa pignorada. Es un derecho accesorio, de realización de valor e indivisible. La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento ha introducido la novedad de constitución del derecho real de prenda sin desplazamiento de la posesión”.¹⁶

¹⁶ www.encyclopedia-juridica.biz14. Recuperado/8/junio/2014



2.1.1 Antecedentes y evolución histórica

Para un mejor entendimiento y por ende la obtención de un análisis muy sustancial pero panorámico en su significación e incidencia jurídica, económica y social de los que participan en este gravamen prendario. Por lo tanto se ofrece un relato sucinto de los antecedentes y evolución histórica de la prenda.

“En el Derecho Romano como ya se dijo tuvieron concreción tres formas de garantías, la hipoteca, la fiducia y el pignus. Este último consistía en la transmisión que de la posesión de una cosa efectuaba el deudor, a fin de garantizar el cumplimiento de una obligación, naciendo así un Derecho Real sobre cosa ajena al que se le llamo prenda de Pignus, puño, aunque también se le hace proceder del verbo latino, prehendere, que significa, agárrate o bien asir fuerte, términos que tratan de resumir la esencia que este vínculo jurídico tuvo primitivamente.

A partir de la edad media, cobro auge y se fortaleció el criterio determinista, que, para diferenciar la hipoteca de la prenda, asignaba por objeto los inmuebles a la primera y los muebles a la segunda y con esa mentalidad se ha definido la garantía en referencia, diciendo que es “aquel derecho real sobre cosa mueble, establecido en garantía de una obligación por cuya virtud se entrega aquella al acreedor o a un tercero de común acuerdo, con el fin de que quede en su posesión hasta el completo pago del crédito y pueda precederse en caso de incumplimiento a instar la venta de la cosa empeñada, satisfaciendo, entonces con su importe las responsabilidades pecuniarias que nazcan de la obligación garantizada.



Hoy en día la definición que precede ha perdido absolutividad en razón de que la distinción entre los derechos reales de garantía opera sobre la índole de la relación jurídica (según medie o no desplazamiento posesorio de la cosa) por lo que en esta función, se puede hablar de dos clases de prenda:

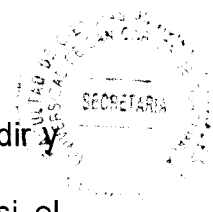
- a) La ordinaria o normal, en la que el desplazamiento es de suma trascendencia puesto que constituye su esencia esta es la definición con anterioridad.

- b) Una figura especial incorrectamente denominada prenda sin desplazamiento, que en rigor de la técnica debe llamarse hipoteca mobiliaria puesto que lógicamente no se concibe una prenda de la que no se haga entrega.¹⁷

2.2.2 Análisis de la prenda

Es entonces la prenda también un derecho real, que opera o tiene consecuencia garantista para el cumplimiento de la obligación, con la diferencia que el bien sobre el que recae el gravamen es un bien mueble. Debe entenderse que ese poder que tiene la persona sobre un bien mueble es un derecho real y que dura mientras el deudor no pague la deuda contraída.

¹⁷ Flores Juárez Juan Francisco, **Los Derechos Reales**. pág. 192



La prenda es otro de los medios jurídicos por el cual, los interesados pueden acudir y facilitar sus intereses que resulta ser más fácil en su realización, dado a que si el prestamista no posee bien inmueble sobre el que deba recaer una deuda económica, o bien una hipoteca, que posee una salida jurídica para los intereses de los interesados.

Debe tenerse claro que en caso de incumplimiento de la obligación por la que un bien es gravado las consecuencias jurídicas y económicas se hace automáticas, con afectación directa al bien del deudor.

2.2.3 Características

Las características son de suma importancia en el planteamiento de este análisis, pues es a través de ellas se analizarán cabalmente la prenda como un derecho real, gravamen que recae sobre un bien mueble.

A continuación se describen las características.

1) Es un derecho real

En tanto que formalmente nuestra ley civil sustantiva, la incluye dentro de los derechos reales de garantía y esencialmente porque asigna al deudor la potestad inmediata y directa de promover la venta del bien respectivo, para hacerse pago con el precio en caso de incumplimiento.



2) Es un derecho de garantía

Y por tanto accesorio puesto que su existencia está supeditada a la previa constitución de la obligación que a través de la prenda se garantiza.

3) Recae siempre sobre bienes muebles

Recae sobre los bienes muebles según el Artículo 880 del código civil

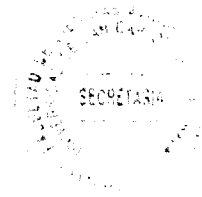
4) Es indivisible

Como frase certera, dice un autor, cada parte de la prenda responde de la deuda y cada parte de la deuda está garantizada por la totalidad de la prenda, o lo que es igual que la indivisibilidad, actúa siempre así, en el doble sentido de que garantiza toda la deuda y cada una de sus partes y afecta íntegra y totalmente a las cosas ofrecidas en garantía”¹⁸

2.2.4 Obligaciones del contrato de prenda

Previo a tomar el papel de acreedor debe tomarse en consideración las obligaciones que generan el contrato de prenda, pues de allí que tanto el acreedor, pero especialmente el deudor deba conocer dichas obligaciones, para no tener problemas posteriores.

¹⁸ Flores Juárez Juan Francisco, **Los Derechos Reales**. pág. 194



Obligaciones del Acreedor Prendario

1.- Conservar la cosa. El acreedor debe conservar la cosa dada en prenda en el estado en que la recibió y no tiene derecho a usarla, salvo que lo autorice expresamente el deudor prendario.

2.- Restituir la cosa. Una vez que la deuda ha sido liquidada y pagada, el acreedor tiene obligación de restituir la cosa dada en prenda.¹⁹

2.2.5 Bono de prenda

Cabe desarrollar dentro del presente trabajo investigativo lo referido al bono de prenda, ya que con ello se procura contar con más elementos de interpretación del tema central que es objeto de análisis, regulado en el Código Civil del artículo 880 al 916, Decreto 2-70 Código de Comercio de Guatemala Artículo 586 y Decreto 1746 Ley de Almacenes Generales de Depósito, a continuación lo sustentado por el autor, Villegas Lara.

“El bono de prenda es otro título de crédito que proviene de un contrato de depósito con almacenes generales.

Se le tiene también como un título representativo de mercaderías; pero, no representa el si el derecho de dominio sobre mercadería, sino es para concertar una relación de

¹⁹ <http://es.wikipedia.org/>. recuperado, 8/junio/2014

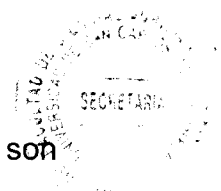


crédito; una obligación de pagar una cantidad mutuada, garantizada con un derecho real prendario sobre la mercadería objeto del depósito.

a) Concepto: el bono de prenda es un título de crédito que expide un Almacén General de Deposito, a solicitud del depositante, mediante el cual se representa un contrato de mutuo celebrado entre el propietario de las mercaderías que el título especifica. O sea que el título representa a las mercaderías, únicamente para la constitución de la prenda sin desplazamiento.

b) Formalidad: El bono de prenda debe contener los elementos ya indicados en con relación al certificado de depósito, más los siguientes: monto del préstamo otorgado y la tasa de interés que devengue; número de registro del certificado de depósito con el que tenga relación y, espacio para que se pueda avalar, pagar por intervención o consignar cualquier otra modalidad permitida por la ley. Este último elemento es importante porque en caso de aval, la obligación del título estaría doblemente garantizada: prendaria y fiduciaria y, permite el pago por intervención como medio de liberar la obligación, circunstancia que no es común en otros títulos de crédito.

c) Circulación: como se emite en forma nominativa, circular por endoso, entrega material y cambio de registro. Lo dicho para el certificado de depósito, vale también para esta característica;



d) Naturaleza de la garantía. En vista de que los bienes a que se refiere el título son mercaderías (bienes muebles), la garantía es prendaria; con la característica de que este título permite una prenda sin desplazamiento ya que el acreedor no recibe el objeto dado en prenda, el que sigue en poder del Almacén;

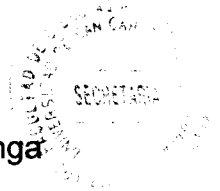
e) Elemento subjetivo del título. El creador del título es la sociedad depositaria o sea el Almacén General; el obligado del título, aunque por la misma naturaleza y operatividad del bono no le podríamos llamar librado, es el depositante de la mercadería, ya que el tiene que pagar la cantidad a que se haya obligado por medio del bono; y el beneficiario es el prestamista que concede la cantidad mutuada por medio del bono.

f) Plazo. El bono se puede extender en conjunto o independientemente del certificado; por eso su plazo puede ser igual o menor al de aquel. Pero nunca puede exceder de un año, a menos que el certificado fuera prorrogado, por su calidad de título accesorio;

g) Función. De lo anterior es fácil colegir que este título sirve para cobrar la cantidad mutuada, extrajudicial o judicialmente. En este último caso, el bono es título ejecutivo, libre de protesto y de inmediato se hace valer ante los tribunales ejecutando la prenda.

Pero, también puede el acreedor prendario seguir el procedimiento de remate directo de la prenda a través del almacén depositado, tal como lo establece el derecho vigente.

En este último procedimiento, puede considerarse que es contrario a la garantía constitucional del derecho a defenderse, porque la ley no establece mecanismos



adecuados para que el deudor prendario – depositante de las mercadería- tenga participación efectiva dentro del procedimiento de remate extrajudicial”.²⁰

2.2.6 Prenda sin desplazamiento

“Se denomina prenda sin desplazamiento a aquel derecho de garantía, de carácter híbrido entre la prenda y la hipoteca, que sujeta a un determinado bien mueble al cumplimiento de una obligación se diferencia, por tanto de la hipoteca en que el deudor pignoraticio garantiza el cumplimiento del crédito con un bien mueble, y no con un bien inmueble. Una característica destacada de prenda sin desplazamiento, muy utilizada en la actualidad, y más compleja en cuanto el carácter incorporal de su objeto, es la prenda de créditos. En la prenda sin desplazamiento, obviamente el acreedor, no recibe la posesión física del bien empeñado (entregado en garantía), sino que la publicidad que reporta la posesión se incorpora con un modo de posesión equivalente normalmente ligada a la inscripción de algún registro público.

La prenda sin desplazamiento plantea problemas de seguridad jurídica, por falta de publicidad a la hora de la salvaguardia de derechos de terceras personas, al no ser aparente la garantía, dada la ausencia de posesión del acreedor, podría darse el caso de que un deudor, venda la propiedad que utilizo para garantizar el crédito a un tercero de buena fe, burlando el gravamen inicial.

²⁰ Villega Lara Rene Arturo, **Derecho Mercantil Guatemalteco** Tomo II Pag. 11,112,113



Por este motivo, la existencia de la prenda sin desplazamiento esta limitada en los ordenamientos jurídicos a aquellos bienes muebles que puedan de alguna forma, asimilarse a bienes inmuebles por su importancia económica y por la susceptibilidad de ser inscritos en registros públicos.”²¹

2.2.7 Relaciones y diferencias entre hipoteca y prenda

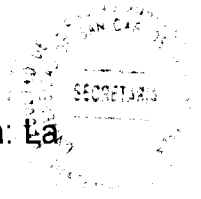
La relación entre estas dos figura jurídica radica en que ambas son derechos reales de garantía y su diferencia dista en que la hipoteca recae en bienes inmuebles, en tanto que la prenda recae sobre bienes muebles, siempre para que se garantice el cumplimiento de la obligación.

A continuación alguna referencia en torno a la relación y diferencias de estas dos figuras jurídicas.

“Nos preguntan nuestros lectores respecto a las diferencias básicas entre la prenda y la hipoteca.

Tanto la prenda como la hipoteca constituyen garantías reales, en las que la deuda se garantiza con el bien objeto de prenda o hipoteca (o cosa en términos jurídicos), de manera tal que si el deudor no paga, el acreedor se paga con el bien respectivo (se lo queda).

21 es.wikipedia.org/wiki/prendasindesplazamiento



Algunas de las diferencias que podemos advertir ente estos tipos de garantías, son: La hipoteca recae sobre bienes inmuebles y la prenda sobre bienes muebles.

La hipoteca requiere ser elevada a escritura pública, la prenda no.

En la hipoteca el propietario no se desprende de la posesión y uso del bien; en la prenda sí.

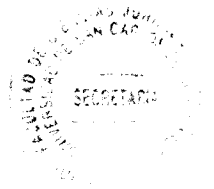
La hipoteca hace parte de los créditos de tercera clase; la prenda de los de segunda clase, téngase en cuenta que la hipoteca recae sobre una casa, una finca, etc., que son bienes inmuebles.

La prenda se da en el televisor que se lleva a la casa de empeño, televisor que es un bien mueble.

Quien empeña o prenda su televisor, ya no podrá seguir usandolo, puesto que ha renunciado a la posesión y uso del mismo.

Las deudas garantizadas mediante la prenda, generalmente prevalecen sobre las que están garantizadas por hipoteca.²²

²² <http://www.gerencie.com/>. Recuperado,8/6/2014





CAPÍTULO III

3. El contrato de fianza.

Entender el contrato de fianza es importante dado a que es una forma de acordar una garantía que resulta en definitiva de la solvencia patrimonial del fiador, por lo que a continuación se indica lo que refiere el autor Villegas Lara con relación al contrato de fianza:

“Dentro de los llamados contratos de garantía, cuya finalidad es responder del incumplimiento de las obligaciones de una persona, la fianza, como contrato, se caracteriza por ser una una garantía personal, en contraposición a los derechos reales de garantía: Prenda e hipoteca.

No obstante eso, como dice el maestro mexicano Joaquín Rodríguez y Rodríguez:

En la fianza la garantía resulta en definitiva de la solvencia patrimonial del fiador, en virtud del principio de que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes... pero hay aquí una responsabilidad difusa, sobre todo el patrimonio, y no sobre parte concreta del mismo.²³

²³ Villegas Lara. *Derecho mercantil guatemalteco*. pág. 277



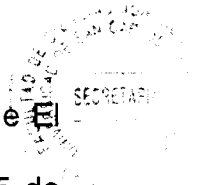
3.1 Breve reseña histórica de la fianza

La reseña histórica es como una lámpara que alumbra la significación real de cualquier institución jurídica establecida, en este caso, la fianza para su formalización jurídica fue necesario acontecimientos para su creación. A continuación se hace referencia a una breve historia de figura referida.

“Los primeros antecedentes históricos de la fianza darán del antiguo pueblo Egipto, por los años del 2500 al 500 AC donde los contratos de fianza consistían en garantizar el adeudo mediante el dada ver momificado del jefe de la familia.

En la biblia, en el libro de proverbios 6, 1-5, se habla de las implicaciones que conlleva para el fiado dar su palabra a favor de un extraño.

La fianza en el derecho romano era considerada como un contrato verbal solemne, se hacía uso de la “stipulatio” (convenio verbal) que exigía como esencia de la relación contractual la pronunciación de las palabras solemnes por las partes. En el año 1720, el primer intento de otorgar fianzas por una compañía dedicada a ello, se efectuó en la ciudad de Londres. En el año 1840 se formó la primera compañía para otorgar fianzas de fidelidad a título oneroso, la cual tenía el nombre de “sociedad de Garantías de Londres” En 1884 se fundó en Estados Unidos de Norteamérica la Compañía americana de Fianzas.

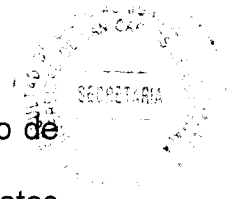


En Guatemala el inicio de las fianzas se reportó en el año 1934 con la creación de El departamento de Fianzas de el Crédito Hipotecario Nacional de Guatemala. El 25 de junio de 1937, el presidente de la República emitió el Decreto No. 1936, aprobado por Decreto Legislativo No, 2302 del 19 de abril de 1936, "Ley Orgánica de El departamento de fianzas de el Crédito Hipotecario Nacional de Guatemala. Las empresas que incursionaron en este negocio son: en 1945 Afianzadora Guatemalteca, S.A, en 1948 Compañía de Seguros Generales Granai&Towson, S.A, y Seguros Cruz Azul de Guatemala, S.A, y en 1960 Comercial Aseguradora, S.A. y seguros La Previsora, S.A.

En julio del 2010, es promulgado el Decreto 25-2010, Ley de la Actividad Aseguradora, en el artículo 106 de dicha Ley preceptúa "Operaciones de fianzas o seguros de Caución. Las empresas que al entrar en vigencia la presente Ley estén, autorizadas para operar como afianzadoras, adquirirán, por ministerio de esta Ley, la calidad de aseguradoras para operar el seguro de caución.

Previo a operar otros ramos de seguros deberán observar lo establecido en la presente Ley y su reglamento.

Las aseguradoras autorizadas para operar en el país al inicio de la vigencia de la presente Ley que deseen operar el seguro de caución, deberán aportar el monto de capital correspondiente a dicho tipo de seguro, de conformidad con la presente Ley y su reglamento.



A partir del inicio de vigencia de la presente Ley toda referencia relativa al contrato de fianza o al de reafianzamiento, que se haga en la legislación general y en los contratos suscritos en el país, deberá entenderse como seguro de caución o reaseguro de caución, según corresponda, con los mismos alcances y efectos, por lo que no perderán su eficacia ni será necesaria su sustitución o ampliación”.

La fianza y su diferencia con el seguro

Fianza: el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si esta no es cumplida por el deudor.

Seguro: Es un contrato indemnizatorio de pérdidas por la realización de un evento temido (súbito, imprevisto).

En la relación jurídica

Fianza: compromiso entre tres partes, fiado, beneficiario y fiador

Seguro: Contrato bilateral, asegurado y asegurador

En la obligación

Fianza: accesoria a un contrato principal

Seguro: Indemnizatoria de perdidas

En la cobertura

Fianza: Incumplimiento de obligaciones

Seguro: presentación de un siniestro



En lo que garantiza

Fianza: el pago de la deuda ajena

Seguro: pago de los daños ocasionados por un siniestro

En la naturaleza del riesgo

Fianza: el incumplimiento de la obligación principal depende de la voluntad del fiado

Seguro: suceso futuro o incierto que se origina involuntariamente de manera súbita y fortuita en lo que representa la prima

Fianza: la prima se considera como el costo del servicio para garantizar el crédito de afianzado.

Seguro: la prima es una compensación por el riesgo corrido, calculada para dejar un margen suficiente para gastos, siniestro y utilidades. Las primas de muchos pagan las pérdidas de pocos en la vigencia.

Fianza: La vigencia de la fianza no se extingue aunque la prima no sea pagada. No puede cancelarse antes de su vencimiento, a menos que el beneficiario de la misma lo autorice.

Seguro: la vigencia del seguro puede terminar al no se cancelada la prima correspondiente.



En el aspecto comercial

Fianza: asesoramiento y capacidad de servicio especial al cliente en sus obligaciones, alivio de cargas financieras.

Seguro: labor directa de venta para protección de contingencias futuras.

En la recuperación

Fianza: la ley le permite al afianzador el derecho de repetir contra el fiado para recuperar la cantidad pagada al beneficiario por incumplimiento del afianzado

Seguro: el asegurador asume el riesgo por cuenta del asegurado, generalmente no hay demanda de recuperación contra el mismo, solamente si el asegurado actuó con culpa judicialmente comprobada.

Tipos de fianza

- ✓ Fidelidad
- ✓ Individual
- ✓ Abierta de fidelidad
- ✓ Judiciales
- ✓ Judiciales civiles
- ✓ Judiciales penales
- ✓ Judiciales laborales
- ✓ Administrativas ante gobierno
- ✓ Sostenimiento de oferta



- ✓ Cumplimiento de contrato
- ✓ Anticipo
- ✓ Conservación de obra
- ✓ Saldos deudores

Administrativas ante particulares

- ✓ Sostenimiento de oferta
- ✓ Cumplimiento de contrato
- ✓ Anticipo
- ✓ Conservación de obra
- ✓ Arrendamiento
- ✓ Garantías
- ✓ Deposito en efectivo
- ✓ Hipotecarias
- ✓ Bancarias
- ✓ Fiduciarias
- ✓ Prendarias.



3.2. Naturaleza jurídica del contrato de fianza

A la hora de precisar la naturaleza de la fianza debe distinguirse entre la obligación del fiador y la obligación principal garantizada y así, "frente a posiciones ya abandonadas que defendían la existencia de un vínculo obligatorio único con dos deudores, uno principal y otro subordinado, es indudable que la fianza constituye una obligación independiente, como lo evidencia su función económico social que, centrada en el aseguramiento del interés del acreedor para el caso de que la obligación principal no sea cumplida en los términos pactados, determina una causa peculiar de garantía, en todo caso diferente de la propia de la obligación principal asegurada".

Ello trae como consecuencia, como continúa señalando la referida Resolución, "la alteridad del régimen de la obligación del fiador respecto de la obligación del deudor principal, que se traduce no sólo en la posibilidad de que su contenido sea distinto, sino también en que su existencia, y su posibilidad de modificación y extinción sean independientes, aunque siempre esté subordinada a la obligación principal como consecuencia de su naturaleza accesorio".

2.- Consensual

Se perfecciona por el concurso del consentimiento del acreedor y del fiador, constando el fallecimiento del fiador sin la aceptación del acreedor, no quedan vinculados los herederos de aquél. Unido a este carácter consensual de la fianza, la misma puede constituirse ignorándolo incluso, en contra de la voluntad del deudor.



3.- Unilateral

Si es gratuito. Bilateral en el caso de existir la retribución a cargo del acreedor.

4.- Subsidiario.

Pues el fiador sólo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación.

El Artículo 2114 cita “La solvencia del fiador, se estima atendiendo a sus bienes y el estado de sus negocios. No se tomaran en cuenta para este objeto, los bienes litigiosos ni los que estén garantizando alguna obligación.

El fiador se subroga por el pago en los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, pero cualquiera reducción o beneficio que hubiere obtenido del acreedor aprovechara al deudor y en consecuencia, no podrá exigirle más de lo que efectivamente haya pagado”.

5.- Algún sector doctrinal ha visto en la fianza un contrato abstracto.

No obstante, la doctrina mayoritaria rechaza ese carácter y entiende que la fianza tiene su propia causa, la "*causa garantiae*", consistente en asegurar la satisfacción de un crédito.

Para concluir el análisis de la naturaleza jurídica de la fianza resulta conveniente diferenciarla de figuras afines.



Así se puede distinguir de:

a) La asunción cumulativa de deuda, figura admitida doctrinal y jurisprudencialmente como *diferente de la fianza solidaria, que se justifica, en la razón económica del negocio, y que se diferencia de la fianza en que en la asunción cumulativa de deuda el asumente es obligado principal.*

b) Es contrato de garantía autónoma, pues se trata de una obligación independiente, personal y principal.

c) El seguro de caución:

En el que el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado en caso de incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales por parte del tomador del seguro, actualmente las afianzadoras se inscribieron como aseguradoras para poder vender las pólizas de caución.

d) La fianza representada por una suma de dinero.

e) La posición del hipotecante no deudor, quien, al no ser fiador, no goza de los beneficios de orden y excusión, ni puede ejercitar la acción cautelar.”²⁴

²⁴ <http://search.tb.ask.com/.recuperado>, 08 junio de 2014



3.3 Etimología de la palabra fianza

El origen etimológico de la palabra fianza proviene del latín "fidelitas" y esta a su vez de "fides" que significa fe y confianza, crédito o creencia, lealtad, fidelidad y honradez, garantía, protección, certeza²⁵

A continuación de la definición del concepto fianza

3.4 Definición

La fianza es un contrato accesorio unido a otro contrato principal o a una obligación ya contraída, es una obligación accesorio que alguien adquiere de hacer algo, a lo que otra persona se ha obligado en caso de que esta no lo haga.²⁶

"El contrato de fianza es aquél por el cual una afianzadora, a cambio de una retribución, se compromete con el acreedor a responder por las obligaciones de otro, para el caso de incumplimiento".²⁷

"No existe en nuestro Derecho Mercantil una norma que permita arribar a un concepto de fianza mercantil. En cambio, El código civil en su Artículo 2100, que hay contrato de fianza cuando una persona se compromete a responder de las obligaciones de otra.

Auxiliados por esa norma se puede afirmar que el contrato de fianza mercantil es aquel en el que una afianzadora se compromete a responder de las obligaciones de

²⁵ Documento preparado para seminario en Afianzadora general, S. A

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ Bolaño, León. *Derecho Mercantil*, pág. 50



otra persona, conforme a las normas y tarifas que decir la súper intendencia de bancos”²⁸

Elementos de la fianza

Personales

Por la forma en que opera este contrato, aparecen vinculadas tres personas:

Fiador:

Es la afianzadora constituida y autorizada para dedicarse al negocio de las fianzas. Como por lo regular se trata de una sociedad anónima, esta caería dentro de las calificadas de especiales, porque se les exigen requerimientos que no son comunes para las demás sociedades.

Fiado:

Es el deudor de la obligación garantizada.

Beneficiario:

Es quien resulta acreedor del fiador, para el caso de incumplimiento de fiado.

Objetivos

Los elementos objetivos del contrato de fianza son: la obligación del fiador y la obligación del fiado en el sentido de pagar la prima. Si recordamos que los elementos objetivos de un contrato son las prestaciones recíprocas de las partes, creemos que no debe tenerse como tal a la obligación garantizada. ²⁹

²⁸ Villegas Lara. *Derecho mercantil guatemalteco*. pág. 277

²⁹ Villegas Lara. *Derecho mercantil guatemalteco*. pág. 278



Formal

La fianza mercantil se formaliza por medio de un documento pre redactado que al igual que en el seguro, se llama póliza. La póliza, como documento, cumple una función ad *probationem*, ya que no necesariamente deber formularse para la perfección del contrato. A falta de ella el contrato se puede aprobar con la confesión del fiador o cualquier otro medio de convicción, siempre que haya principio de prueba por escrito. La póliza deberá contener, entre otros elementos, lo siguiente:

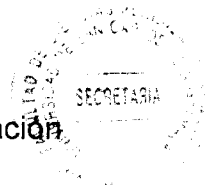
- a) Lugar y fecha de emisión;
- b) Nombre del domicilio del fiador y del fiado;
- c) Designación del beneficiario;
- d) Mención de las obligaciones garantizadas y el monto de circunstancias de las garantías ; y
- e) Firma del titular de la afianzadora o su representante legal. La firma puede ser autógrafa o sustituirse por impresión o reproducción ³⁰

Caracteres

El contrato de fianza es un negocio consensual, formal, accesorio, oneroso, de garantía y de tracto sucesivo.

De esas características interesa referirnos a su accesoriedad. Si recordamos el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, la obligación de la

³⁰ Villegas Lara. **Derecho mercantil guatemalteco**. pág. 278



afianzadora se extingue al mismo tiempo que la del fiado; la validez de la obligación garantizada incide en la validez de la obligación de la afianzadora; la situación procesal de afianzadora, principalmente en materia de excepciones, es similar en cuanto a la obligación garantizada.

Como características de este contrato, no en un sentido clasificatorio, señalamos el hecho de que el fiador tiene una obligación mancomunada solidaria.

Esta solidaridad, en el caso de la afianzadora, esta ordenada en formula interactiva no admite pacto en contrario y sin derecho a gozar de los beneficios de orden y excusión.

Derechos y obligaciones

En términos generales de los derechos y obligaciones de los sujetos relacionados con el contrato de fianza, son: El fiador responderá del incumplimiento de la obligación del fiado, en los términos contratados, a cambio de su derecho a cobrar la prima que corresponda. Esta prima, como puede verse en los anexos del presente capítulo, no se percibe por una suma arbitraria, sino el valor esta previamente establecido por la Superintendencia de Bancos. El fiado tiene la obligación de pagar la prima a cambio del derecho de que, en determinadas circunstancias, se responda por el al incumplir la obligación garantizada. Y él, beneficiario tiene el derecho a cobrar la obligación accesoria con la obligación de solicitar el pago por escrito y fundamentado su petición. Con la obligación de solicitar por el por escrito y fundamentado su petición.

Fuera de esos efectos, el código de comercio prescribe los siguientes:



a) Si la fianza es de conducta, el beneficiario tiene derecho a exigir el pago probando por cualquier medio que el fiado ha dado lugar al acto u omisión previsto en el contrato y sin necesidad de declaración judicial. Por ejemplo si una persona custodia valores y se le exige fianza de conducta, la pérdida de los mismos daría derecho al reclamo (Artículo 1028 Decreto 2-70 Código de Comercio de Guatemala)

b) La afianzadora puede exigir que le aseguren el pago de la obligación garantizada cuando: se hayan proporcionado datos falsos del fiador o contra- fiador; se haya constituido contragarantía real y el valor del bien disminuya de tal manera que sea insuficiente para responder de la obligación garantizada.

Si la deuda se hace exigible o se demanda judicialmente el pago; y cuando transcurren cinco años si la obligación garantizada no tiene plazo de vencimiento o este no deriva de su naturaleza misma. Se supone que en estos casos el fiador puede exigir ese aseguramiento porque se contrata una fianza con relación a un hecho futuro e incierto: no cumplir la obligación; pero, la puede pedir el fiador mediante un embargo de bienes; y

c) Reclamando el pago de una fianza, el fiador debe pagar dentro de diez días si no hay refinanciamiento; y dentro de treinta a días si lo hay.³¹

³¹ Villegas Lara. Derecho mercantil guatemalteco. pág. 279



Contrato de fianza y clases de fianza

Debe distinguir si existen varias clases de contrato de fianza o de fianzas en particular. Atendiendo a la legislación guatemalteca, afirmamos que únicamente pueden darse dos clases de contrato de fianza: Civil y Mercantil. El primero, regulando el artículo 2100 al 2120 del código civil; y el segundo, del 1024 al 1038 del Código de comercio, en donde también se comprende el contrato de refinanciamiento, así como la fianza múltiple o cofinanciamiento. La fianza civil se caracteriza por presentarse en el tráfico jurídico como un negocio aislado. En cambio, la fianza mercantil es un acto masificado, regularmente empresarial y oneroso por su misma ubicación mercantil. Señalamos no obstante, que en el comercio, principalmente en la venta de mercaderías, cuando el pago del precio se difiere, es común que el comerciante le exija al comprador la comparecía de otra persona que aparece como fiador del comprador—deudor, sin que aquella se dedique como empresario a afianzar. En este caso, esa fianza no empresarial debe considerársele mercantil porque cae dentro del rol del negocio mixto a que se refiere el artículo 5o. Del Código de Comercio. Si en un negocio intervienen comerciantes y personas y personas no comerciantes, la aplicabilidad del Código citado le otorga categoría mercantil.

Otra cosa es las clases de fianza, según la naturaleza de la obligación a garantizar. En lo que al terreno mercantil se refiere, la superintendencia de bancos ha dictado normas que clasifican a las fianzas atendiendo a las obligaciones y personas que se



garantizan. Nos referimos al acuerdo 280 de 1959, que, con modificaciones, sigue vigente. Este acuerdo las clasifica así:

- a) Fianzas de Fidelidad;
- b) Fianzas de judiciales;
- c) Fianzas Administrativas ante Gobierno; y
- d) Fianzas Administrativas ante Particulares.

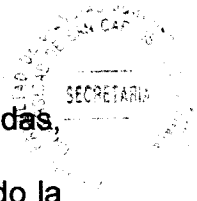
Los grupos anteriores se subdividieron para diferentes fines: fianza individual, fianza penal, Fianza automovilista, fianza para ventas de armas, fianza de arrendamientos etc.³²

Contrato de refinanciamiento

Con este contrato sucede un fenómeno igual como el que ocurre con el reaseguro: una afianzadora se obliga a pagar a otra, según los términos del contrato, las sumas que esta haya pagado al acreedor del contrato de fianza re-afianzado.

Aun cuando se supone que la existencia de este contrato surge de la autonomía de la voluntad, lo hace obligatorio, ya que la afianzadora, para ser autorizada por la Superintendencia de Bancos, Deberá acompañar a su solicitud el contrato de re-afianzamiento.

³² Villegas Lara. Derecho mercantil guatemalteco. pág. 280



La re afianzadora provee los fondos para el cumplimiento de la obligaciones afianzadas, bajo pena de responder de los daños y perjuicio que cause la no provisión. Cuando la re afianzadora paga se subroga en los derechos que la parte re afianzada tenga en contra de sus fiados o contrafiadores.

Extinción y prescripción

Repetimos que por el carácter accesorio de la fianza, esta se extingue juntamente con la obligación garantizada, sin necesidad de señalar una causa específica.

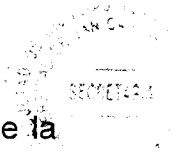
En cuanto a la prescripción del derecho principal de la fianza, pretende el cumplimiento de la obligación del fiador si fuere el caso las acciones del beneficiario en contra de la afianzadora prescriben en dos años según artículo 1037 del Decreto 2-70 Código de Comercio de Guatemala. Este plazo también norma la prescripción de las acciones del fiador en contra del contrafiador o el re afianzador.³³

3.5 Características

Las características del contrato de fianza mercantil son las siguientes:

- a) Es un contrato accesorio: en el sentido de que no puede ser concebido sino condicionado por la existencia de una obligación principal. La fianza exige una obligación que le es garantizada y en relación a la cual se encuentra la accesoriedad.

³³ Villegas Lara. **Derecho mercantil guatemalteco**. pág. 281 tomo III



La accesoriadad de la misma se establece del contexto del régimen jurídico a que la sujeta el Código Civil en el Artículo 2104: “Es nula la fianza que recae sobre una obligación que no es válida. Se exceptúa el caso en que la nulidad proceda de incapacidad personal del deudor, si el fiador tuvo conocimiento de la incapacidad al tiempo de obligarse”.

b) Es un contrato consensual: debido a que se perfecciona por el solo consentimiento. El precepto civil de que tiene que constar por escrito regulado en el Artículo 2101 del Código Civil regula: “La fianza debe constar por escrito para su validez”.

Ello no implica en lo mercantil una imposición de formalidad, debido a que el Código de Comercio expresamente dispone que a falta de póliza, la fianza se puede probar por la confesión de la afianzadora o por cualquier otro medio, si hubiere principio de prueba por escrito.

c) Consiste en un contrato auxiliar: ya que coopera a la expansión del comercio, al suplir escasez de capital y al asegurar la realización de los contratos mercantiles.

d) Es un contrato unilateral: debido a que de él solamente nacen obligaciones a cargo de la afianzadora y en beneficio del acreedor. Dicha nota deviene del contexto tanto de las normas civiles como también de las mercantiles de la fianza.



e) Consiste en un contrato oneroso: debido a que tratándose de un contrato de empresa y siendo los afianzadores empresarios mercantiles, es de la esencia de su actividad el que ésta se oriente a la obtención de un lucro.

3.6 Elementos

Los sujetos del contrato de fianza son los siguientes:

a) Afianzadora: es una entidad que mediante una empresa se dedican a la práctica habitual de operaciones de fianzas a título oneroso.

La ley impone que para operar fianzas en Guatemala, que las afianzadoras tienen que llenar determinados requisitos: la autorización gubernativa, capital pagado mínimo y aprobación por la Superintendencia de Bancos del contrato de re afianzamiento, el texto de la solicitud y de la póliza que utilizarán para cada clase de fianzas, la descripción de las normas y bases técnicas de su política de afianzamiento para cada tipo de póliza, y tarifas de primas que utilizarán.

En la póliza tiene que constar el nombre y domicilio de la afianzadora.

b) El fiador: es la persona cuya obligación se asegura mediante la fianza. La ley, fuera de imponer como requisito de la póliza los nombres y domicilios del fiador, no contiene otras normas específicas.

Cabe inclusive la posibilidad de que se preste fianza sin que el fiado tenga conocimiento de ello.

c) Beneficiario: es la persona a cuyo favor se presta la garantía. En el contrato de fianza, es el acreedor o sea a quien la afianzadora pagará en caso de incumplimiento del fiador.

El Código de Comercio exige que en la póliza se incluya la designación del beneficiario.

3.7 Comparación con otras figuras jurídicas: la prenda y la hipoteca

El análisis entre la prenda y la hipoteca se hace imperativo, dado el título principal del presente trabajo investigativo, pues trata de analizar desde el enfoque jurídico el incumplimiento de la obligación garantizada en los derechos reales de garantía y el contrato de fianza, de tal manera que al analizar la figura de la prenda se puede decir para empezar, que es un derecho real de garantía para el cumplimiento de una obligación, a la vez es un gravamen que recae sobre un bien mueble y que lleva aparejado el traslado o desplazamiento de la posesión de la cosa pignorada. Cabe mencionar que es un derecho accesorio, de realización de valor e indivisible.

En tanto que la hipoteca de igual manera es un derecho real, con la diferencia que cuando se grava determinado bien que es objeto de garantía para el cumplimiento de



una obligación tendrá que ser necesario que el bien sea un inmueble, es un requisito sine quanon, de tal manera que estas dos figuras jurídicas se parecen por el hecho de que ambos son derechos reales, pero se diferencian por el bien en que recae el gravamen, para la prenda tendrá que recaer el gravamen sobre un bien mueble, en tanto que la hipoteca para su consecución, deberá recaer sobre un bien inmueble.

Lo importante que ambas figuras siempre serán derechos reales, que obliga al deudor a cumplir con su obligación de pagar algún préstamo para que el acreedor libere el gravamen.

3.8 Clases de fianza

La fianza mercantil adopta en la práctica distintas modalidades:

Fianza de automovilista, que es la mayormente generalizada debido a que por ley se exige a toda persona que obtenga licencia de manejar y asegura por las responsabilidades en que dichas personas puedan incurrir, como consecuencia de conducir un vehículo. Se trata de una fianza de conducta y por ende le es aplicable lo dispuesto en el Artículo 1028 del Código de Comercio.

La fianza individual de fidelidad, que es la que abarca los casos en que el fiado, por sí o en convivencia con otro, roba, defrauda, estafa, hurta o comete otros actos delictuosos contra la propiedad del beneficiario o bienes que el mismo le haya confiado.



La fianza de fidelidad de mercadería en consignación, es igual a la anterior sólo que se contrae a valores o mercaderías en consignación.

La fianza de cédula de fidelidad, es la que se refiere a casos de responsabilidad abierta de fidelidad, y abarca las responsabilidades que puedan resultarle a uno o varios empleados mencionados nominalmente en una relación que se adhiere a la póliza. También se encuentra la fianza de sostenimiento de oferta y la fianza de cumplimiento de contrato.

Tipos de fianza

- ✓ Fidelidad
- ✓ Individual
- ✓ Abierta de fidelidad
- ✓ Judiciales
- ✓ Judiciales civiles
- ✓ Judiciales penales
- ✓ Judiciales laborales
- ✓ Administrativas ante gobierno
- ✓ Sostenimiento de oferta
- ✓ Cumplimiento de contrato
- ✓ Anticipo
- ✓ Conservación de obra
- ✓ Saldos deudores



Administrativas ante particulares

- ✓ Sostenimiento de oferta
- ✓ Cumplimiento de contrato
- ✓ Anticipo
- ✓ Conservación de obra
- ✓ Arrendamiento
- ✓ Garantías
- ✓ Deposito en efectivo
- ✓ Hipotecarias
- ✓ Bancarias
- ✓ Fiduciarias
- ✓ Prendarias³⁴

3.9 Objeto

La Fianza tiene por objetivo garantizar obligaciones que terceras personas (fiados) hayan contraído, por lo que se concluye, que para que la fianza exista imprescindible la existencia de una obligación principal.

Razón por la cual se dice que la fianza es un contrato accesorio que está sujeto a la suerte del contrato principal.³⁵

³⁴ Documento preparado para seminario en Afianzadora general, S. A

³⁵ <http://www.fianzasatlas.com.mx/>. Recuperado, 08/06/2014



Documentos requeridos para contratar Fianza o Seguro de Caución

- 1.- Solicitud de seguro de Caución
- 2.- Fotocopia del contrato o documento en el cual se exija el seguro de caución
- 3.- Fotocopia IVE que corresponda
- 4.- Fotocopia de recibo de agua, luz o teléfono (no celular)
- 5.- Experiencia en proyectos ejecutados: perfil, currículum u otro (pueden documentarse con fotocopias de actas de recepción o listado de Guatecompras)
- 6.- Documentación del Fiador(es). (Se le requiere adjuntar documentación que corresponda a la empresa fiadora: individual o Jurídica)
- 7.- Fotocopia del RTU actualizado



CAPÍTULO IV



4. Incumplimiento de la obligación

Lo esencial del presente análisis, obedece al incumplimiento de la obligación garantizada en los derechos reales, como lo son la prenda, la hipoteca y el contrato de fianza. Para tener un análisis apropiado y claro, se hace imprescindible señalar una definición con relación al incumplimiento de la obligación.

“Es un acto esencialmente antijurídico que proviene de la conducta culpable del deudor que no deja que la prestación se lleve a efecto, y que hace que la relación jurídica no se vea satisfecha tal y como originalmente se convino entre las partes, lo que hace que el Derecho reaccione contra el deudor.

El derecho a optar por la resolución de las obligaciones emergentes de un contrato en caso de incumplimiento, es una especie dentro de una categoría de derechos subjetivos denominados de extinción porque tienen como contenido la facultad atribuida a un sujeto de dejar sin efecto, mediante una disposición unilateral de su voluntad, un negocio jurídico completo o una relación jurídica particular. Se caracteriza esa especie, que la doctrina alemana individualiza con el nombre de derecho de agresión (Eingriffsrechte) y un autor italiano con el de derecho de impugnación, por producir su ejercicio efectos extintivos respecto de relaciones jurídicas de las que es sujeto activo otra persona distinta de la que la ejercita.

Esos derechos, que se originan a veces en un negocio jurídico (como lo es el pacto comisorio expreso o la seña) y otras veces en la ley (v. gr. revocación de la donación por ingratitud del donatario), en algunos casos tienen por causa factores existentes al tiempo del nacimiento de las relaciones jurídicas que están destinadas a extinguir (es lo que acaece con la acción de nulidad) y en otros adquieren vida en razón de hechos posteriores, como acontece en la resolución por causa de incumplimiento.

Su ejercicio exige una manifestación unilateral de voluntad de su titular y de ahí que se los considere verdaderos derechos subjetivos. Ahora bien, en algunos supuestos basta con esa manifestación de voluntad para que se opere la extinción de la relación jurídica (así ocurre en la revocación del mandato), pero en otros es menester, además, para lograr ese resultado, que medie un pronunciamiento del órgano jurisdiccional (tal es la hipótesis de la acción redhibitoria).

El efecto extintivo de estos derechos opera en algunos supuestos ex nunc, es decir, desde el momento en que se produce la extinción para adelante (por ejemplo el de la rescisión unilateral) y en otros ex tunc, o sea con retroacción al momento en que la relación jurídica de que se trata había nacido (v. gr., el de la nulidad, por lo menos con relación a las partes).

El deslinde entre el derecho de resolución que autoriza el pacto comisorio y los restantes derechos de impugnación resultará de la comparación que haremos seguidamente entre el pacto comisorio y las figuras afines.

Efectos

El incumplimiento de la obligación, no derivado de fuerza mayor o mora del acreedor hace responsable al deudor de tal manera que a falta de su oportuna y precisa manifestación de voluntad tendiente a la realización de la prestación se acuda a otros medios que la suplan al objeto de dar debida satisfacción al interés legítimo del acreedor.

Incumplimiento temporal, defectuoso o inexacto

El incumplimiento no definitivo de la obligación lleva al estudio de la Mora. Si el deudor incumple temporal o defectuosamente la prestación debida, es circunstancia, debe constar fehacientemente, en la forma que la ley determina.

La mora se define como el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación, se está imputando el retraso al deudor.

Incumplimiento imputable: dolo y culpa

Dolo: Motivo surgente que da origen al incumplimiento de la obligación debido al propósito del deudor de no enmarcar su conducta para cumplirla debidamente.

Culpa: Acción u omisión perjudicial a otro, en que se incurre por ignorancia, impericia o negligencia, pero sin propósito de dañar, tal como lo establece el Artículo 1424 Código Civil. Incumplimiento no imputable: caso fortuito y fuerza mayor.



Caso fortuito: Es causa de exoneración de la obligación. Se deja de cumplir con la obligación por algo que está íntimamente ligado a la esencia de la obligación, Ejemplo: Tengo que entregar un caballo y a éste le cae un rayo.

Fuerza Mayor: Son de naturaleza intrínseca, ajenos a la voluntad de las partes. Ej. Me roban el carro.

Garantía de la obligación: clausula de indemnización, clausula penal, arras, derecho de retención

Cláusula de indemnización: Tradicionalmente ha sido denominada cláusula penal. Estipulación que tenía por objeto establecer una indemnización como pena, si el deudor incumplía la obligación, pena adicional al resarcimiento de los daños.

Cláusula penal. Ver concepto anterior.

Arras. Se denomina así a las cosas y en especial el dinero que se entregan como señal o garantía de cumplimiento de una obligación.

Derecho de Retención. Aquella facultad que la ley otorga en ciertos casos al acreedor para mantener en su poder un bien propiedad del deudor, negándose a entregarlo en tanto su crédito no sea cubierto por este.



Insuficiencia del patrimonio

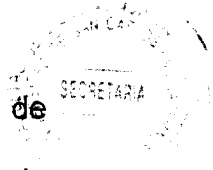
Daños y perjuicios

Establecida legalmente la situación de mora, el deudor está obligado a pagar al acreedor los daños y perjuicios resultantes del retardo, y corren a su cargo todos los riesgos de la cosa.

Los daños que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.³⁷

A manera de inferencia puede establecerse que el incumplimiento de la obligación no solamente es una acción antijurídica, que desde ya tiene consecuencia no solo jurídica *sí que económica de forma negativa para el acreedor*, es además proveniente de la conducta culpable del deudor que no deja que la prestación se lleve a efecto, por ende, hace que la relación jurídica no se vea satisfecha tal y como originalmente se convino entre las partes, lo que hace que el Derecho reaccione contra el deudor, ejerciendo el acreedor su derecho de accionar en contra del deudor.

³⁷ <http://www.mailxmail.com/>. recuperad 17/06/2014



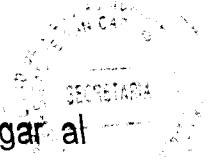
Es una especie dentro de una categoría de derechos subjetivos denominados de extinción porque tienen como contenido la facultad atribuida a un sujeto de dejar sin efecto, mediante una disposición unilateral de su voluntad, un negocio jurídico completo o una relación jurídica particular.

Puede señalarse que el incumplimiento de la obligación, no derivado de fuerza mayor o mora del acreedor hace responsable al deudor de tal manera que a falta de su oportuna y precisa manifestación de voluntad tendiente a la realización de la prestación se acuda a otros medios que la suplan al objeto de dar debida satisfacción al interés legítimo del acreedor.

Es de señalar que el incumplimiento de la obligación sea definitivo o por mora, provocara consecuencias económicas al acreedor como los daños y perjuicios que estos generan.

Cuando cae en mora lo que hacen es retrasarse en el cumplimiento de la obligación, se está imputando el retraso al deudor, lo importante que Garantice la obligación con clausula de indemnización, clausula penal, arras y derecho de retención.

En cuanto al derecho de retención, la ley faculta en ciertos casos al acreedor para mantener en su poder un bien propiedad del deudor, negándose a entregarlo en tanto su crédito no sea cubierto por este.



Al establecer legalmente la situación de mora, el deudor está obligado a pagar al acreedor los daños y perjuicios resultantes del retardo, y corren a su cargo todos los riesgos de la cosa.

Si bien es cierto el cuerpo normativo concede al acreedor los mecanismos jurídicos para hacer que el deudor cumpla con su obligación contraída con el deudor, eso no implica que de alguna manera genere daños y perjuicios que aun en un juicio será difícil recuperar todo lo perdido.

4.1 Efectos de la prenda, la hipoteca y el contrato de fianza

Todo hecho jurídico conlleva efectos jurídicos, una realidad necesaria en todos los ámbitos de la vida jurídica, en el caso de los derechos reales, como la prenda, la hipoteca y el contrato de fianza, que al ser utilizados por acreedores, deudores y la fianza en caso del codeudor, debe enfatizarse en relación a la prenda, que sus efectos esenciales, primero obligaciones personales a cargo del acreedor prendario y segundo, un derecho real a favor del propio acreedor prendario.

Hay, asimismo, efectos eventuales de la prenda, que son obligaciones personales a cargo del constituyente de la prenda, de lo cual proviene su catalogación como contrato sinalagmático imperfecto.

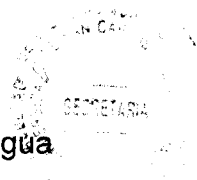


En referencia al acreedor prendario: las obligaciones esenciales son tres:

La primera, proveer a la conservación de la cosa como si fuera propia, y por ello, el acreedor pignoraticio tiene una responsabilidad contractual por su culpa leve en concreto, que lo obliga a reparar o indemnizar por los deterioros y perjuicios que la misma cosa experimente por su culpa o negligencia, con el deber, además de avisar al constituyente de la prenda respecto de las perturbaciones que sufra en su posesión, por ello sin perjuicio de su derecho de recuperar la cosa él mismo, a virtud del derecho de perseguir propio del derecho real. A cargo del acreedor pignoraticio existe también el deber de custodia jurídica y no sólo de conservación material de la prenda, cuando se trata de créditos pignorados, ya que en tal caso debe el acreedor prendario hacer todo lo necesario para que no se altere ni menoscabe el crédito.

La segunda, abstenerse de usar la cosa pignorada, pues no tiene el acreedor prendario el jus utendi, a menos que expresamente esté autorizado por convenio, ya que si el acreedor pignoraticio abusa de la prenda usando de ella sin estar facultado para hacerlo, puede exigírsele por el constituyente de la prenda se deposite la cosa en un tercero o que se dé fianza para restituirla en el estado en que la recibió.

Tampoco tiene el jus fruendi o sea derecho a la percepción de los frutos, ya que, salvo pacto en contrario, los frutos no le pertenecen a él, sino al constituyente de la prenda, pero sin que éste pueda exigir que se le entreguen, dado que los frutos incrementan la prenda y forman parte de ella.



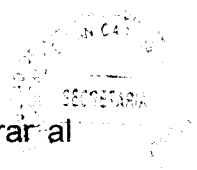
Cuando existe tal pacto y los frutos son del acreedor prendario hay lugar a la antigua anticresis y el importe de dichos frutos se imputa primero a los gastos, luego a los intereses y, finalmente al capital del crédito garantizado con prenda.

La tercera, restituir la cosa al constituyente de la prenda, una vez pagada la deuda principal y sus accesorios y reembolsados los gastos de conservación de la misma cosa. El acreedor prendario carece del derecho de retención sobre la cosa pignorada para estrechar en esa forma al deudor al pago de otros créditos diferentes a los ya señalados.

Los efectos de la hipoteca constituye una desmembración del derecho de propiedad: traba la enajenación del inmueble, impide la realización de ciertos actos que se podrían ejecutar si no existiera hipoteca.

Ahora bien, la definición contenida en nuestro ordenamiento civil en el Artículo 822 es la siguiente; Es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.

Se puede establecer además que los efectos de la fianza simple lógicamente son diferentes a los de la doble, basando en esto su diferencia, puesto que aquella simple se limita a dar garantía de una obligación primaria, principal e independiente, de la cual ha obtenido su nacimiento a la vida jurídica y ha sido posible manifestarse en el ámbito de la legalidad, estando subordinada a ella.



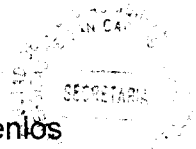
El propósito de la fianza doble es de garante a otra obligación, es decir asegurar al acreedor en forma más amplia, garantizando la obligación del fiador, el cual a su vez sirve de garante al deudor principal.

4.2 Análisis general del objeto de estudio

Al aterrizar en torno al análisis minucioso que ha venido desarrollándose es importante señalar que, el objetivo planteado al principio de este trabajo en demostrar que los derechos reales de garantía, la prenda, la hipoteca y por otro lado el contrato de fianza, son medios que utilizan las personas individuales o jurídicas para contraer obligaciones.

Se ha logrado dicho objetivo obteniendo como resultado del análisis que los derechos reales como el contrato de fianza contenido del presente trabajo investigativo, son para garantizar el incumplimiento de la obligación para con el acreedor, y se caracterizan porque brindan seguridad a los negocios jurídicos, en tanto que el patrimonio es la prenda común de los acreedores, sin embargo esta garantía por si sola resulta insuficiente para asegurar el cobro de sus créditos.

No así el deudor puede contraer otras obligaciones, conservando así, la facultad de disponer de sus bienes, pudiendo enajenarlos o gravarlos, convirtiendo de ese modo, supuesto los derechos de los acreedores.

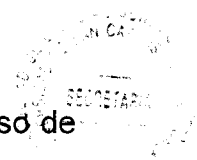


Se hace necesario, establecer algunas consideraciones sobre estos convenios celebrados entre quién es acreedor de un tercero y quién, por razones especiales generalmente de amistad viene a asegurar a ese acreedor el cumplimiento de una obligación del verdadero deudor, es ahí donde resulta la fianza, quien acepta adoptar la postura de posible responsable sin haber tenido nada que ver en la concertación del negocio principal, origen de la deuda que él viene a garantizar.

Lo importante de este tipo de relación jurídica es que tanto estos derechos reales de garantía como lo son la prenda y la hipoteca, es que las tres se traducen en garantía personal, garantizando a un acreedor el cumplimiento de la obligación principal contraída por quién no resulta parte del contrato de fianza y principal tercero interesado.

Al principio la fianza se utilizaba como un contrato de garantía, en el cual una persona se comprometía a responder por las obligaciones de otra, pero esta garantía personal no producía los efectos que originaban las garantías prendarias o hipotecarias, ya que el deudor fomenta indiferencia, irresponsabilidad en detrimento del fiador constituyendo en un peligro contable, obligándole a pagar una deuda que no le correspondía.

Es decir que muchas veces las personas utilizan la amistad que tienen con otras abusando de ellas y al mismo tiempo utilizándolas para que les sirva de garantía, pensando que en el momento de exigirle, es más fácil negarse a pagar, ya que al principio su patrimonio no sufre, empero si posteriormente no paga al final tenga que cumplir, como ha venido sucediendo en nuestra sociedad.

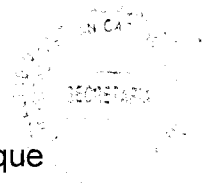


A través de la amistad invocada por una persona hacia otra, origina el compromiso de que el fiador haga efectivo el pago del deudor, dando como consecuencia la desaparición de amistad por incumplimiento de la obligación por parte del deudor.

En el transcurso de los años estas instituciones han venido desarrollándose, ya que la personas cuando actúan en forma individual sirviendo de garantía al deudor, la misma también puede ser sustituida por instituciones financieras que tienen poco tiempo de venir funcionando y que están sujetas a las leyes bancarias o mercantiles.

El propósito de esta investigación es que, estas instituciones se desarrollen y se organicen para dar origen a la fianza a través de las financieras y en consecuencia que desaparezca la persona particular o fiadora de un deudor. Esto no quiere decir que a pesar de lo complicado que se representa el presente análisis, el mismo se hace necesario que se convierta en un instrumento que sea de suma utilidad a las partes que van a constituir este tipo de relación jurídica, ya que en la práctica se sigue y se seguirá usando como garantía del deudor, otra llamada fiador, mientras que los respectivos acreedores no exijan que la fianza sea acreditada por una institución de crédito.

La relación deudor y codeudor nace en algunas instituciones bancarias, y con esto desaparece la excusa que tenía el amigo para no comprometerse a una obligación ajena, donde deudor como codeudor aparecen como fiadores entre ambos ya que ambos reciben una cantidad de dinero.

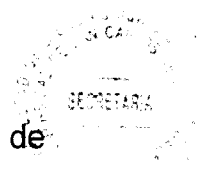


El deudor garantiza al codeudor y este al deudor y esto no debe entenderse como que no funciona, sino que al contrario, en la práctica es aceptable principalmente en créditos menores que no requieren de mayor garantía, pero que también es una forma de garantizarse y que viene a obligar en forma solidaria a los otorgantes quienes saben que es la manera de constituir una verdadera relación.

Cabe resaltar que después del análisis realizado y lograr responder a los objetivos planteados, en el caso del deudor cuando para cumplir con su obligación contraída no posea la suficiente capacidad en bienes no podrá satisfacer la totalidad de sus deudas, que dicha realidad afectara grandemente a los acreedores ya que requerirán para que se le cumpla obligación contraída cobrar en cuotas o a prorrata.

El Estado de Guatemala a través de los legisladores han creado garantías de tipo personales o reales, las garantías personales al deudor se suma otro deudor a la par del originario o en subsidio, por ejemplo:

La fianza, que es una de las figura analizadas en en este trabajo investigativo, la seguridad que brindan tales garantías no es absoluta, porque el peligro de caer en insolvencia también pesa sobre el fiador, por eso la creación de las garantías reales, en virtud de las cuales una o varias cosas de propiedad del deudor quedan afectadas en forma especial para asegurar el cumplimiento de la obligación así garantizada.



En el Derecho guatemalteco tanto la hipoteca como la prenda son derechos reales de garantía, que tampoco dan al acreedor una seguridad absoluta, pues la cosa al convertirse en dinero, puede resultar insuficiente para satisfacer el crédito. Pero de cualquier modo el riesgo es mucho menor que el que dejan subsistente las garantías personales.

Se consideraron para este análisis el aspecto económico, ya que en determinado momento de la vida mercantil la hipoteca, la prenda y el contrato de fianza son negocios jurídicos que garantizan un crédito o el cumplimiento de una obligación, ya que la garantía resulta en definitiva de la solvencia patrimonial del fiador respondiendo de esta manera al cumplimiento de sus obligaciones con sus bienes.

Este estudio realizado, se muestra fundado en la ley sustantiva civil y mercantil; tema que se expone en dirección al Estado, a los fiadores, a los acreedores, a las entidades de crédito.



CONCLUSIONES

1. En el desarrollo del trabajo se logro demostrar que los derechos reales de garantía, la prenda, la hipoteca y por otro lado el contrato de fianza, efectivamente son instrumentos jurídicos utilizados por personas individuales o jurídicas para contraer obligaciones y desarrollarse el producto del negocio jurídico que celebran.
2. Además se comprobó en cuanto a los derechos reales de garantía que efectivamente cumplen con la función garantista en los negocios jurídicos que se celebran, en caso de un préstamo de dinero, y por incumplimiento del deudor son seguros al momento de convenir un negocio.
3. Se llego a la conclusión en relación al efecto jurídico que produce el contrato de fianza con los que producen los derechos reales de garantía, el primero en caso de incumplimiento de la obligación ataca directamente a los bienes del fiador, en tanto que la hipoteca y la prenda su efecto repercutirá sobre el bien con gravamen.
4. Lo preocupante del caso ya en la práctica es que se usa como garantía al fiador en representación del deudor en caso de incumplimiento de la obligación del segundo, quedando los fiadores a merced de los deudores, poniendo en riesgo su patrimonio, pudiéndose hacer que la fianza sea acreditada por una institución de crédito.



5. Se llegó a la conclusión que los deudores prefieren la hipoteca y la prenda, por desconocimiento de la fianza.



RECOMENDACIONES

1. El Estado debe considerar responsablemente las consecuencias que implican el uso de la hipoteca, la prenda y el contrato de fianza en la consecución de los negocios jurídicos, ya que estos son eminentemente garantistas de una obligación, sin embargo las implicaciones se extienden negativamente en contra de los bienes del fiador, cuando el deudor incumple con su obligación
2. El deudor debe estar claro, que los derechos reales de garantía efectivamente cumplen con la función garantista en los negocios jurídicos que se celebran, y que en caso de incumplimiento, su patrimonio con gravamen podría estar en riesgo de ser embargada o hasta liquidada.
3. Los fiadores deben asumir con responsabilidad en el momento de celebrar un contrato de fianza, pues en ese momento que el contrato nace a la vida jurídica, queda a merced del acreedor, en caso que el fiador incumpla su obligación de pago.
4. Tanto el Estado, el fiador, el deudor y en su caso el acreedor deben considerar responsablemente el beneficio que otorgan los derechos reales y el contrato de fianza conocido como derecho personal, pues esta consideración debe llevarlos a no aprovecharse de estos instrumentos jurídicos y en consecuencia afectar el patrimonio y derechos de los otros.



5. Darle más importancia y accesibilidad al contrato de fianza para que el deudor no comprometa al fiador.



BIBLIOGRAFÍA

- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de Derecho Civil**. Ed. 1ra. Edit. Fénix. Guatemala 2013
- CODERA MARTÍN, José María. **Diccionario de derecho mercantil**. Edit. Pirámide Madrid, España, 2001
- CONTARINO, Silvia. **Contratos civiles y comerciales, ámbito contractual y teoría general**. Buenos Aires, Argentina, Editorial Desalma, 2000
- FLORES JUÁREZ , Juan Francisco. **Los Derechos Reales**. Ed. 4ta. edit. Renacer. Julio 2010. Guatemala.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **La forma notarial en el negocio jurídico**. Escrituras públicas 2ª. Edición, Guatemala. Editorial Infoconsult editores, 2002
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta, 1987
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Curso del derecho mercantil**. 13ª. Edición, México, Distrito Federal, Editorial Porrúa, S. A., 1978
- RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ DE VILLATORO, Hilda Violeta. **Lecturas seleccionadas y casos de derecho civil IV**, Edic. Corregida y comentada, Guatemala. Editorial Estudiantil Fénix, 1988
- VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Instituciones de derecho mercantil**. Guatemala, Editorial Serviprensa, C. A., 1978
- VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Tomo 3, 3ª. Edición, Guatemala. Editorial Serviprensa C-A, 2000
- VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Ed. 6ta. Guatemala 2006. pag.277



LEGISLACIÓN

Constitución Política De La República De Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente 1986

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia. Jefe de Gobierno de la republica de Guatemala Decreto Ley 106. 1964

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la Republica, Decreto Número 2-70. 1970

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89, Congreso de la República. 1989