

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



**ANÁLISIS JURÍDICO LEGAL DE LA CESIÓN DE CRÉDITO GARANTIZADO  
CON HIPOTECA DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

**FABIÁN EMMANUEL IZOC CÚMES**

GUATEMALA, JUNIO DE 2016

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

**ANÁLISIS JURÍDICO LEGAL DE LA CESIÓN DE CRÉDITO GARANTIZADO  
CON HIPOTECA DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**FABIÁN EMMANUEL IZOC CÚMES**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, junio de 2016

**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. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia  
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana  
SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente: Lic. Marvin Omar Castillo García  
Vocal Lic. Edwin Noel Peláez Cordón  
Secretario: Lic. Carlos Ernesto Garrido Colon

**Segunda Fase:**

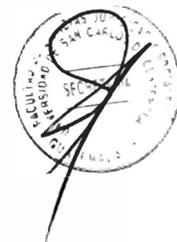
Presidente: Lic. Moisés Raúl de León Catalán  
Vocal: Lic. Gustavo Adolfo Garcia de León  
Secretario: Licda. Maria Lesbial Leal Chávez

**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).



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12  
GUATEMALA, C.A.

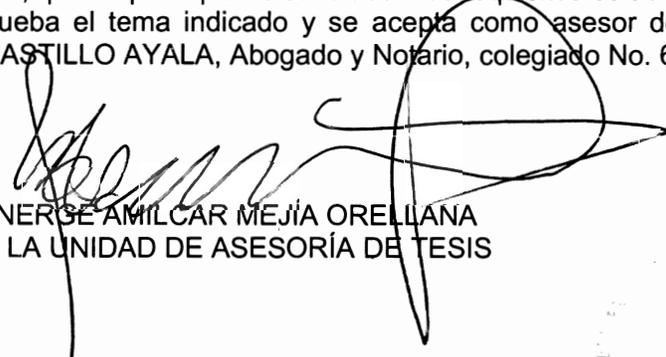


UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.  
Guatemala, 31 de agosto de 2012.

ASUNTO: FABIÁN EMMANUEL IZOC CUMES, CARNÉ No. 200019469, solicita que para la elaboración de su tesis de grado, se le apruebe el tema que propone, expediente No. 20111257.

TEMA: "ANÁLISIS JURÍDICO LEGAL DE LA CESIÓN DE CRÉDITO GARANTIZADO CON HIPOTECA DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA".

Con base en el dictamen emitido por el (la) consejero (a) designado (a) para evaluar el plan de investigación y el tema propuestos, quien opina que se satisfacen los requisitos establecidos en el Normativo respectivo, se aprueba el tema indicado y se acepta como asesor de tesis al Licenciado EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA, Abogado y Notario, colegiado No. 6,220.



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

Adjunto: Nombramiento de Asesor  
cc.Unidad de Tesis  
BAMO/iyf.



LIC. EDGAR ARMINDO CASTILLO AYALA  
Abogado y Notario  
3ª Avenida 13-62 zona 1  
Teléfono: 2232-7936



Guatemala, 09 de marzo 2013

Dr. Bonerge Amílcar Mejía Orellana  
Señor Jefe de la Unidad de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su Despacho



Respetable Licenciado:

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, como asesor de la Tesis de trabajo del Bachiller Fabián Emmanuel Izoc Cúmes, titulado **“ANÁLISIS JURÍDICO LEGAL DE LA CESIÓN DE CRÉDITO GARANTIZADO CON HIPOTECA DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA”**, habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

**DICTAMEN:**

- **Contenido científico y técnico de la tesis:**  
El presente trabajo contiene conocimientos de gran manera científicos y técnicos ajustándose a la normativa respectiva para los trabajos de investigación.
- **Metodología y técnicas de investigación utilizadas:**  
La presente investigación se basa en el Método Científico, preponderando el método inductivo, que va de menor a mayor, se parte del conocimiento particular sobre los derechos reales y los de garantía para encontrar incidencias y diferencias con nuestro medio respecto del estudio de la cesión de crédito garantizado con hipoteca de acuerdo a la legislación guatemalteca; es por ello que la presente tesis cuenta con un importante comparación de procesamiento y análisis de datos esenciales para llevar a cabo la investigación.
- **Redacción:**  
La redacción del presente trabajo de tesis me parece bastante clara adecuada, con un léxico jurídico correcto y práctico en vista que en su mayoría la ponente utiliza palabras de uso común para la fácil comprensión y entendimiento del lector.

- **Contribución científica del presente tema:**  
Asimismo, el presente estudio jurídico servirá como fuente informativa y de referencia para profesionales, estudiantes de las ciencias jurídicas y sociales y público en general.
- **Conclusiones y Recomendaciones:**  
Son congruentes con el contenido de la investigación de mérito, para lograr los objetivos que se ha planteado en su plan de trabajo, determinando la veracidad de la hipótesis formulada, el presente tiene aplicación a nivel nacional, porque la norma que lo rige es una ley general de aplicación en todas las actividades civiles de Guatemala, por lo que el suscrito las considera aceptadas.
- **Bibliografía:**  
En relación a la bibliografía utilizada, considero que es un material bien seleccionado, en vista de que se ajusta muy bien a los temas investigados, en este trabajo de investigación.

*De forma expresa, declaro que no soy pariente del bachiller Fabián Emmanuel Izoc Cúmes en los grados de ley.*

Por lo anterior, emito mi **DICTAMEN FAVORABLE** al trabajo de tesis, ya que cumple con la reglamentación establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y en tal virtud es procedente continuar con el trámite respectivo.

Sin otro particular, me suscribo como su atento y seguro servidor.

Atentamente,



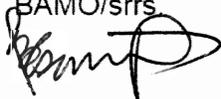
Lic. Edgar Armindo Castillo Ayala  
Abogado y Notario  
Colegiado No. 6,220

**Edgar Armindo Castillo Ayala**  
Abogado y Notario

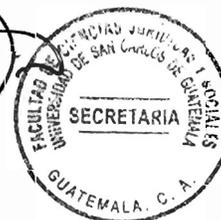


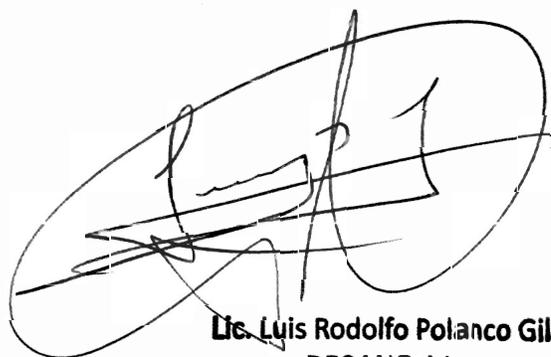
DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 31 de marzo de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante FABIÁN EMMANUEL IZOC CÚMES, titulado ANÁLISIS JURÍDICO LEGAL DE LA CESIÓN DE CRÉDITO GARANTIZADO CON HIPOTECA DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA. 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  


  
 Lic. Daniel Mauricio Tejeda Aystas  
 Secretario Académico



  
 Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil  
 DECANO AI.





## DEDICATORIA

### **A DIOS:**

Porque desde que te acepté en mi corazón, cambiaste el rumbo de mi vida, mis pensamientos, tú has estado conmigo en todo, gracias porque cuando pensaba que ya no podía más, inyectaste esas fuerzas necesarias en mi ser para seguir adelante en este proyecto y me has enseñado que en la vida todo es posible, a tí la honra y la gloria por siempre.

### **A MI PADRES:**

Gracias porque Dios en su amor, los escogió para que me dieran la vida, a mi padre porque es mi mejor amigo y mentor, tus sabios consejos me han guiado a este momento y esto es para tí, nuevamente gracias papito.

### **A MI ESPOSA:**

Wendy Barrientos; porque tú eres parte importante en este proceso, con tu amor, paciencia y apoyo me animaste a seguir, tú me acompañaste en este trayecto y sabes que no ha sido fácil llegar hasta aquí. Gracias por ser mi ayuda idónea, Te Amo.

### **A MI HIJA: IVANNA SOFÍA:**

Has sido mi inspiración muy antes de tu llegada, eres esa fuerza necesaria para seguir adelante en esta nueva etapa profesional que Dios permite en mi vida y para ser ejemplo para tí mi corazón lindo.



**A MIS HERMANOS:**

Fabián, Yesenia, Cristian, Ronald y Jackelinne gracias por su cariño y que este triunfo les sirva de motivación y ejemplo para seguir adelante.

**A MIS SOBRINOS:**

Abner y Anthony mis preciados tesoros, si ustedes se proponen metas y lo ponen en las manos de Dios y luchan por ello, ténganlo por seguro que lo lograrán.

**A MI ASESOR DE TESIS:**

Licenciado Edgar Castillo, por sus consejos y apoyo profesional que me ha brindado.

**A MIS AMIGOS:**

Licda. Helen Villeda, Licda. Nancy Villeda, Licda. Dulce Estrada, Lic. Mónica Contreras, Manuel Elias, Hugo Lopez por su amistad y cariño a lo largo de estos años de formación profesional.

**A LA GERENCIA CORPORATIVA  
JURIDICA Y COBRO JUDICIAL  
INTERNO DE BANCO DE LOS  
TRABAJADORES**

Lic. Winston Franklin Asturias, Lic. Dario Vasquez, Lic. Rolando Herrera, Lic. Julio Rosales, Lic. Roberto Morales; por su incondicional apoyo y amistad.

**A LA TRICENTENARIA Y GLORIOSA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE  
GUATEMALA**

Por ser mí casa de estudios superiores universitarios que me ha permitido culminar los mismos y en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales por brindarme el conocimiento adquirido para ser un profesional.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i
<b>CAPÍTULO I</b>	
1. De los bienes y de su propiedad.....	1
1.1. Clasificación de los bienes.....	2
1.2. De la propiedad sobre los bienes.....	7
<b>CAPÍTULO II</b>	
2. Los derechos reales.....	15
2.1. Origen histórico del derecho real y de su terminología.....	18
2.2. Antecedentes históricos.....	22
<b>CAPÍTULO III</b>	
3. Derechos reales de garantía.....	31
3.1. La prenda.....	33
3.2. La hipoteca.....	38
<b>CAPÍTULO IV</b>	
4. Pluralidad de sujetos en la relación hipotecaria.....	47
4.1. Pluralidad de acreedores.....	49
4.2. Pluralidad de deudores.....	64
<b>CAPÍTULO V</b>	
5. Análisis jurídico legal de la cesión de crédito garantizado con hipoteca de acuerdo a la legislación guatemalteca.....	69
5.1. Tipos de subrogación.....	71
5.1.1. La subrogación común.....	71



	<b>Pág.</b>
5.1.2. La cesión de derechos o créditos.....	74
5.1.3. Cesión del contrato.....	75
5.2. La cesión de crédito garantizado con hipoteca.....	77
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89



## INTRODUCCIÓN

En el sistema bancario guatemalteco es práctica común la cesión de créditos o de derechos garantizados con hipoteca, lo cual llevo al tesista a preguntarse la validez legal de esta figura y los requisitos y condicionantes legales que deben cumplirse para que tenga carácter legal frente a terceros, a partir de lo cual se considero como hipótesis, que fue debidamente comprobada en el desarrollo del trabajo, que la cesión de crédito o de derechos crediticios es válida en la legislación guatemalteca, siempre que la escritura donde se realice cumpla con los requisitos legales establecidos en la ley, aun cuando no se le informe al deudor la subrogación de su deuda.

Ante esto se planteó como objetivos, establecer las características de los bienes y su propiedad, determinar el significado de los derechos reales, la diferencia de éstos con los derechos reales de garantía, las distintas figuras que adopta la subrogación y su regulación legal, así como explicar los elementos jurídicos de la cesión de créditos garantizados con hipoteca.

A partir de estos objetivos se recurrió al uso de la técnica de investigación bibliográfica y de la documental para obtener la información necesaria que permitiera alcanzarlos y someter a prueba la hipótesis teórica, luego se utilizó el método deductivo con el cual se establecieron las características generales de las instituciones jurídicas de la subrogación, los distintos tipos de bienes, los derechos reales y los de garantía para

brindarle seguridad jurídica al acreedor, también se uso el método inductivo, para relacionar los casos particulares de subrogación y comprender los elementos similares que tienen; el analítico se orientó a describir las características de esas figuras legales; mientras el sintético sirvió de guía para relacionar cada una de estos conceptos jurídicos entre sí y la subrogación de créditos garantizados con hipoteca.

El informe final de tesis se redactó en cinco capítulos. En el primero se explican los elementos de los bienes, su clasificación y las distintas formas de propiedad que reconoce la doctrina y la legislación guatemalteca; el segundo se orienta a la explicación de los derechos reales, su origen histórico y sus antecedentes legales; el tercero se enfoca sobre los derechos reales de garantía, la función legal que los mismos tienen, así como a diferenciar entre ellos lo que es la prenda y la hipoteca; en el cuarto se hace énfasis sobre la pluralidad de sujetos en una relación hipotecaria, diferenciando cuando hay varios acreedores o más de so deudores, la importancia que tiene y sus significado doctrinario; mientras que en el quinto se orienta hacia la descripción de las distintas formas de subrogación y el papel de la cesión de créditos garantizados con hipoteca.

Con esta tesis se contribuye a la descripción de los elementos vinculantes entre bienes, derechos reales, derechos reales de garantía y la cesión de créditos garantizados con hipoteca, para profundizar en su conocimiento.

## CAPÍTULO I

### 1. De los bienes y de su propiedad

El Código Civil Regula en el Libro II, los bienes como objeto del derecho y aun cuando el texto de la ley emplea con frecuencia indistintamente bienes y cosas, los mismos son diferentes, pues ambos tienen diferente significación jurídica, porque la cosa es, de modo general, todo lo que existe sin tener la calidad de persona. Son cosas el sol, el aire, el mar, pero no son bienes.

Las cosas no interesan al jurista sino en cuanto puedan dar al hombre alguna utilidad y en cuanto sean aptas para integrar el acervo patrimonial de una persona. Por otro lado, se denominan bienes a aquellas cosas de que los hombres se sirven o se ayudan, pero la sola utilidad no basta para fijar el sentido jurídico del bien, pues debe acompañarle la apropiación actual o virtual. Por eso se ha dicho, en buena lógica, que no son bienes las cosas mismas, sino los derechos que se pueden tener sobre ellas o por ellas.

En su origen, el concepto bien estuvo destinado a señalar las cosas del mundo físico, susceptibles de apropiación. Posteriormente se aplicó a todo elemento de riqueza no sólo material, sino inmaterial. Según esto, son bienes, por ejemplo, una casa, una finca una obra científica, una marca de fábrica, un crédito, un derecho real, etc.

Ahora bien, cuando las cosas se encuentran en estas circunstancias, se denominan bienes. Por lo que se puede establecer que las cosas componen el género, mientras que los bienes la especie.

### **1.1. Clasificación de los bienes**

A pesar de la restricción conceptual, los bienes son numerosos y variados y por razón de utilidad práctica, la doctrina jurídica los clasifica. Siguiendo el sistema del Código Civil guatemalteco, puede sistematizarse la clasificación de los bienes, del modo siguiente:

1. bienes corporales e incorporeales;
2. bienes muebles e inmuebles;
3. bienes consumibles y no consumibles;
4. bienes fungibles y no fungibles;
5. bienes principales y accesorios;
6. bienes divisibles e indivisibles;
7. bienes genéricos y específicos; y
8. bienes singulares y universales.

Los bienes corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro; mientras que los incorporeales consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.



“Esta clasificación, por elemental que parezca, no es universalmente compartida por todos los códigos y autores. El Código Civil alemán y los que le siguen entienden por cosas sólo los objetos corporales. Para la doctrina alemana, la corporeidad es elemento esencial de las cosas las cuales, al decir de Lehman; son piezas impersonales, corporales, con sustantividad propia y que pertenecen a la naturaleza dominable.”<sup>1</sup>

La distinción de los bienes entre muebles e inmuebles tiene, en el derecho moderno, importancia fundamental y gran influencia en la regulación de varias instituciones jurídicas. La enajenación de inmuebles requiere de solemnidades que son innecesarias en la de muebles.

“Sobre los inmuebles se puede establecer el derecho de hipoteca y sobre los muebles el de prenda. Los plazos requeridos para la prescripción son diversos para los muebles que para los inmuebles. Los muebles son susceptibles de actos de comercio y no lo son los inmuebles. El derecho Penal hace distinción entre el hurto y el robo, que consisten en la sustracción de una cosa mueble ajena, y la usurpación que es el apoderamiento de un inmueble ajeno. No hay lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en las ventas de muebles; sí la hay en la de inmuebles. La tradición de bienes muebles se efectúa de modo diverso que la de inmuebles. El derecho romano clásico no desconoció la distinción de muebles e inmuebles, pero no le asignó importancia

---

<sup>1</sup> Von Tuhr, Andreas. **Tratado de las obligaciones**. Pág. 210.



decisiva. En la época Justineana, debido a la evolución de la economía romana se introdujo esta clasificación y fue notablemente elaborada. El derecho germánico acogió la distinción con tal fuerza que ideó ficciones para atribuir la calidad mueble a cosas que son inmuebles; la calidad inmueble a cosas que son muebles, y extendió la clasificación a las cosas inmateriales. De acuerdo al sistema de Código, para decidir si una cosa es mueble o inmueble hay que atender a la posibilidad e imposibilidad de que pueda ser desplazada en el espacio. Si puede moverse, por si misma o por una fuerza externa, se dice que la cosa es mueble. Si no puede transportarse de un lugar a otro, se dice que la cosa es inmueble. Por conveniencia práctica, en ciertas ocasiones la ley reputa muebles a cosas que en realidad son muebles".<sup>2</sup>

Esta clasificación es aplicable, en estricto sentido, a las cosas corporales, únicas de las cuales puede decirse que están fijas en el espacio o que se mueven. Pero el Código Civil guatemalteco, Decreto Ley número 106, extiende la distinción a los bienes incorporeales al regular, en el Artículo 446, que los derechos reales sobre inmuebles y las acciones que los aseguran, se consideran inmuebles para los efectos legales.

La extensión de la clasificación a los bienes incorporeales proviene del Derecho francés y atiende a la naturaleza mueble o inmueble de la cosa que es objeto del derecho. Según Planiol, dos razones principales han sido la causa de esta extensión un tanto curiosa. Primero, la existencia de la comunidad de bienes entre esposos, que no comprendía en principio más que a los muebles. Segundo la existencia de las reglas

---

<sup>2</sup> Von Tuhr. **Ob. Cit.** Pág. 211.



especiales para la transmisión de los bienes por sucesión que hacían volver los propios, (Son los bienes reservables del derecho español) a la línea de la familia de donde el difunto los había recibido. Este carácter de reservables no debe pertenecer mas que al los inmuebles. Por esta razón hubo que incluir todos los bienes, corporales e incorporales, en la clasificación de bienes e inmuebles”.<sup>3</sup>

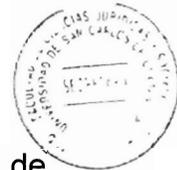
Los bienes corporales inmuebles pueden ser por la naturaleza, por adherencia o incorporación y por destinación.

Los inmuebles por naturaleza son aquellos a los que puede aplicarse con propiedad el concepto de inmuebles; es decir, con cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, siendo estos las tierras y las minas en cuantos sitios o lugares.

Mientras que los muebles por adherencia o incorporación son las cosas que se adhieren permanentemente al suelo, como los edificios, los árboles y, en general, las plantas. Lo son también las losas de un pavimento, los tubos de las cañerías y los cuadros o espejos que están embutidos en las paredes, de manera que formen un mismo cuerpo con éstas. Mientras que la calidad de inmuebles por adherencia depende de la permanente incorporación al suelo y no de una yuxtaposición más o menos estable.

---

<sup>3</sup> Von Tuhr. **Ob. Cit.** Pág. 212.

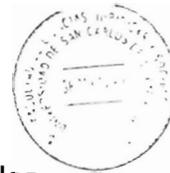


“El alcance de la expresión permanente, que es indicación del modo como se han de adherir al suelo los inmuebles de esta clase, es discutible. Según Vodanovic, no equivale a perpetuidad sino que implica tan sólo incorporación estable, íntima y fija. Esto se desprende, cuando el derecho francés declara inmuebles a las plantas, aunque, su incorporación al suelo, solo por naturaleza misma de las cosas, es esencialmente temporal. Lo mismo se deduce implícitamente cuando califica de inmuebles a las hierbas de un campo mientras se adhieren al suelo ya los frutos no separados de los árboles y sobre los cuales no se ha constituido un derecho a otra persona que el dueño. Si se consideran inmuebles todas estas cosas, que son de adhesión temporal a la tierra, ya que están destinadas a desaparecer en un tiempo más o menos corto, no existe razón en exigir que los edificios estén incorporados a perpetuidad al suelo, para reputarlos inmuebles”.<sup>4</sup>

Lo anterior significa que para que una construcción sea inmueble no es necesario que haya sido erigida con fines de permanencia. De allí que los edificios y pabellones para una exposición sean inmuebles aunque estén destinados a ser demolidos al cabo de algunos meses y a veces al cabo de algunas semanas. Pero las construcciones volantes, establecidas en la superficie del suelo por algunos días y reedificadas después de un lugar a otro, tales como las barracas de feria, no son inmuebles porque estos edificios ligeros no tienen lugar fijo. Son muebles aunque se les dé una cierta adherencia al suelo por medio de cuerdas y estacas para resistir al viento.

---

<sup>4</sup> Avendaño Valdez, Jorge. **Derechos reales**. Pág. 47.



Cuando se hace referencia a los inmuebles por destinación se refiere a cosas muebles por naturaleza, pero que, por estar agregadas a un inmueble para su uso, cultivo y beneficio, se consideran accesorios de este y se reputan inmuebles por destinación, por eso es que para que se produzca inmovilización por destinación es preciso que el dueño de las cosas muebles las haya colocado en un inmueble que, también le pertenezca, para beneficio del mismo, por consiguiente, no habrá inmovilización resultante de la destinación hecha por quien no sea dueño del inmueble.

Por otra parte, se entiende que los bienes muebles son las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, como los semovientes, sea que solo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas.

## **1.2. De la propiedad sobre los bienes**

De acuerdo al Artículo 456 del Código Civil, Decreto Ley número 106, los bienes son del dominio del poder público o de propiedad de los particulares; mientras que el Artículo 457 regula que los bienes de dominio público pertenecen al Estado o a los municipios y se dividen en bienes de uso público común y de uso especial, siendo los primeros de acuerdo al Artículo 458, los siguientes:

“1. Las calles, parques, plazas, caminos y puentes que no sean de propiedad privada;



2. Los puertos, muelles, embarcaderos, pontones y demás obras de aprovechamiento general, contruidos o adquiridos por el Estado o las municipalidades;
3. Las aguas de la zona marítima territorial en la extensión y términos que fije la ley respectiva; los lagos y ríos navegables y flotables y sus riberas, los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite al territorio nacional; las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento industrial, en la forma que establece la ley de la materia; y las aguas no aprovechadas por particulares; y
4. La zona marítimo-terrestre de la República, la plataforma continental, el espacio aéreo y la estratosfera en la extensión y forma que determina la ley”.

Mientras que en el Artículo 459 del Código Civil, Decreto Ley número 106 regula que son bienes nacionales de uso no común:

- “1. Los que están destinados al servicio del Estado, de las municipalidades y de las entidades estatales descentralizadas, y los demás que constituyen su patrimonio;
2. Los de uso público, cuando dejen de serlo de hecho o por virtud de una ley;
3. Los ingresos fiscales y municipales;
4. El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales antes de ser extraídos, así como cualquiera otra sustancia orgánica o inorgánica del subsuelo;
5. Los terrenos baldíos y las tierras que no sean de propiedad privada;
6. Los que habiendo sido de propiedad particular queden vacantes, y los que adquieran el Estado o las municipalidades por cualquier título legal;
7. Los excesos de propiedades rústicas o urbanas, de conformidad con la ley; y



## 8. Los monumentos y las reliquias arqueológicas.”

Por aparte, se entiende que los bienes de propiedad privada son todos los que no son de uso público común y de uso especial; los mismos pertenecen a personas naturales o jurídicas, quienes los pueden adquirir diversas formas, pudiéndolos usar a su arbitrio, primordialmente para uso y beneficio personal.

“Al respecto, para algunos tratadistas la garantía del derecho de propiedad es una de las razones que justifican la existencia del Estado mismo: Georg Jellinck manifiesta, refiriéndose a Cicerón, que el motivo de la formación del Estado se encuentra en la protección de la propiedad. De esta manera se invoca la tutela del Estado como la causa fundamental del ordenamiento estatal”.<sup>5</sup>

Se dice que una persona adquiere un derecho cuando lo hace propio, es decir, cuando tal derecho llega a formar parte de su acervo patrimonial. Esclarecer como ocurre este importantísimo fenómeno jurídico es tarea de la teoría de los modos de adquirir que ocupa considerable espacio en los distintos ordenamientos del derecho civil.

“Modo de adquirir es la causa inmediata que incorpora un derecho al patrimonio personal. Generalmente es un hecho al cual la ley le atribuye la virtud de generar derechos. A cada uno de los modos de adquirir corresponde un hecho típico que lo caracteriza y lo distingue de los demás; así, el hecho propio de la ocupación es la toma

---

<sup>5</sup> Avendaño Valdez. **Ob. Cit.** Pág. 49.



de posesión de una cosa sin dueño, el de la accesión es la unión de dos cosas pertenecientes a diferentes dueños, una de las cuales es principal y la otra accesoria; el de la tradición es la entrega-recepción de una cosa; el de la sucesión por causa de muerte es el fallecimiento de una persona; y el de la prescripción es la posesión de una cosa durante cierto lapso y con los requisitos determinados en la ley".<sup>6</sup>

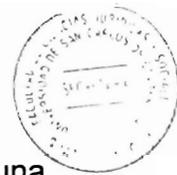
Los hechos que producen la adquisición de derechos son, pues, jurídicos. Algunos se producen naturalmente, como la unión de las cosas en la accesión, el fallecimiento en la sucesión por causa de muerte y el transcurso del tiempo en la prescripción, otros son hechos voluntarios ejecutados por el hombre con la intención de producir un efecto jurídico, como la toma de posesión en la ocupación y la entrega en la tradición.

Todos son hechos son relevantes para el derecho porque producen la importante consecuencia de la adquisición de los derechos reales y, en algunos casos, también de los personales.

En la adquisición originaria, se obtiene un derecho con prescindencia del anterior titular de este mismo derecho. Son modos originarios de adquirir la ocupación, la accesión y la prescripción; mientras que en la adquisición derivativa se produce traslación o paso del derecho de un patrimonio a otro. Hay dos patrimonios en sus calidades de antecesor y sucesor de un mismo derecho; por aparte, en la traslación de derechos

---

<sup>6</sup> Almeida Costa, Mario. **Derecho de obligaciones**. Pág. 78.



puede provenir de la entrega-recepción como en la tradición o del fallecimiento de una persona, así como en la sucesión por causa de muerte.

“Se reconoce que el derecho real es estructuralmente una titularidad erga omnes que es lógico que pueda surgir del mero acuerdo obligacional, interpartes. Por ello en la creación de un derecho real habrá de existir una fase impulsiva, que actué como causa o posibilidad jurídica: es la iusta causa a la que sigue la fase cautelar, que supone la plena constitución del derecho real con efectos erga omnes. Según las ideas que inspiran nuestra legislación civil, la adquisición de un derecho real no se realiza en un instante, sino que consiste en una operación compleja integrada por dos momentos o causas, eficaces en derecho, con propia sustantividad jurídica, vinculadas entre sí con conexión causal; se denominan título y modo: El título es la causa mediata o remota, la justa causa tradiciones; y el modo es la cauda inmediata o próxima que tiene la virtualidad de producir la adquisición de un derecho. Tratándose de la adquisición derivativa las dos causas están diferenciadas”.<sup>7</sup>

Para que valga la tradición, se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación u otro. Pero en la adquisición originaria, un mismo acontecimiento sirve a la vez de título y de modo; las dos causas se confunden. La ocupación, la accesión y la prescripción son modos de adquirir, pero a la vez, son títulos constitutivos de dominio.

---

<sup>7</sup> Almeida Costa. **Ob. Cit.** Pág. 80.



Lo anterior se debe a que la tradición produce la traslación del derecho de un patrimonio a otro y requiere de una relación personal previa consecuencia de la cual el cedente entrega la cosa objeto del derecho al adquirente; en tanto que las adquisiciones originarias crean un derecho nuevo sin vinculación interpatrimonial alguna.

Uno de los caracteres peculiares del dominio consiste en que es perpetuo. El carácter de perpetuidad no pertenece a la esencia de este derecho, de tal manera que se encuentran casos en que desaparece o extingue o simplemente se pierde para su titular, por eso es que la terminación del dominio puede considerarse como la extinción absoluta para su titular, pero aparece o subsiste radicado en otro patrimonio.

La extinción del dominio es absoluta cuando la cosa sobre la que recae desaparece o se destruye, pues entonces sobreviene completa imposibilidad de que el derecho vaya a otro titular. El fideicomiso se extingue por la destrucción de la cosa en que está constituido, el usufructo se extingue por la destrucción completa de la cosa en que está constituido. Por aparte, la pérdida del dominio ocurre cuando desaparece para su titular, pero va a radicar en otro sujeto. Esto ocurre en los diversos casos de enajenación, voluntaria o forzada, de expropiación, de accesión, de prescripción, etc.

El abandono también produce la pérdida de dominio, aunque su alcance no siempre es idéntico. El abandono de un bien corporal mueble, confiere a la cosa el carácter de res nullis de tal manera que puede ser ocupada por cualquiera. Se adquieren por



ocupación las cosas cuya propiedad abandona su dueño, como las monedas que se las arroja para que las haga suyas el primer ocupante. El abandono de derecho de medianería, trae como consecuencia que el cerramiento pase a ser de propiedad exclusiva del otro dueño”.<sup>8</sup>

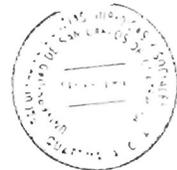
Así en el caso de la venta, por ejemplo, en virtud del contrato el vendedor puede exigir el pago del precio y el comprador la entrega de la cosa vendida. Por consiguiente, aunque el contrato no traslada la propiedad, sirve de antecedente o causa de la transferencia que viene después y que se realiza mediante la entrega o tradición, la cual es propiamente, el modo de adquirir el dominio.

El sentido jurídico de la tradición consiste, por consiguiente, en trasladar un derecho del patrimonio del enajenante al del adquirente. Consiste también, como consecuencia, en poner la cosa objeto del derecho transferido bajo la potestad del adquirente, quitándola del poder del vendedor, de esto se sigue que por la tradición el adquirente el dominio y la posesión de la cosa.

Estos elementos permiten establecer que los bienes son de dominio del poder público o de propiedad de los particulares, los cuales pueden ser enajenados y adquiridos siempre que se encuentren dentro del comercio de los hombres; también se entiende que únicamente los que tienen pleno dominio sobre los mismos pueden disponer de ellos para su uso y disfrute, salvo las limitaciones que la legislación vigente establezca.

---

<sup>8</sup> Roca Sastre Muncunill, Ramón María. **Derecho hipotecario**. Pág. 28.





## CAPÍTULO II

### 2. Los derechos reales

Los derechos reales son una clasificación dentro de los derechos subjetivos, los mismos son susceptibles de tener un valor económico y se contraponen a los derechos personales, personalísimos o de la personalidad y de familia, porque estos son parte de los derechos patrimoniales donde se encuentran también los personales e intelectuales.

“El derecho real se caracteriza como un señorío inmediato; es decir, sin la intermediación de otra persona, sobre una cosa, en contraposición con el derecho personal, consistente en una relación entre dos personas determinadas donde hay un sujeto activo al que le compete la acción y otro pasivo a quien le toca padecer el ser constreñido al cumplimiento de una prestación. Alfredo Di Prietro nos dice que en la doctrina no hay coincidencia para una precisa definición de ambas categorías de derechos y hace notar así, que no puede haber relación jurídica entre un sujeto y un objeto, sino necesariamente entre personas; que lo que hay en derecho real es un señorío, más o menos absoluto o limitado, sobre una cosa, posibilitado por un área de libertad de acción que, por la norma jurídica, están obligados a respetar todos los demás miembros de la comunidad”.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Avendaño. **Ob. Cit.** Pág. 51.



La concepción transcrita permite sostener la inexistencia de una relación entre la persona y la cosa, sino una relación generada por los derechos reales como la actividad del ser humano.

Lo anterior significa que el derecho real es aquel derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder o señorío directo e inmediato sobre una cosa determinada, sin necesidad de intermediario alguno, que esté personalmente obligado y que impone así mismo a todo el mundo un deber de respeto o exclusión; y, a veces, cuando se trata de derechos reales limitados, un hacer o un no hacer, posiblemente conectado a un soportar como el caso de las servidumbres, por lo que puede decirse también que el derecho real es una relación jurídica inmediata entre una persona y una cosa.

“Una concepción de la teoría ecléctica de los derechos reales considera que estos conceden a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa, que puede ser ejercitado y hecho valer frente a todos. La concepción obligacionista o personalista y las concepciones unitarias consideran que del derecho real deriva un deber de abstención u obligación pasiva que se impone a todas las personas. Se ha señalado que esta tesis no parece aceptable, dado que existen innumerables casos en los que no hay tal invasión y la actividad del titular se desarrolla pacíficamente. El derecho real no podría ser sólo una facultad o poder de exclusión, ya que llevaría a concluir que el derecho de propiedad sobre una cosa mueble no nacería hasta que un tercero la hurta o roba”.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Avendaño. **Ob. Cit.** Pág. 71.



Estas concepciones permiten establecer que existen dos elementos propios de los derechos reales, siendo el primero un poder del sujeto sobre la cosa de contenido económico y el segundo, una relación del sujeto con terceros a partir de una garantía jurídica o formal.

También puede entenderse que los derechos reales atribuyen a su titular un poder inmediato sobre una cosa, el cual es ejercitable frente a terceros, o bien se puede decir que son el derecho de las personas sobre las cosas.

“Los derechos reales son parte de los patrimoniales, porque estos tienen un contenido económico, sirven para la satisfacción de las necesidades económicas del titular y que son apreciables en dinero; por aparte, los derechos patrimoniales se encuentran dentro de los derechos subjetivos e individuales dentro del ordenamiento del derecho privado, a partir que se pueden explicar como la facultad o potestad que el derecho objetivo concede”.<sup>11</sup>

Se entiende, entonces, que el derecho patrimonial es el conjunto de principios y normas que regulan los derechos y obligaciones de contenido total o parcialmente económico que pueden integrar el patrimonio de las personas y las de existencia ideal, porque los mismos pueden ser personales o crediticios y reales, por lo que no son parte de éste los derechos extra patrimoniales individuales y colectivos, aunque nada impide que su violación de origen o tenga consecuencias patrimoniales.

---

<sup>11</sup> Avendaño. **Ob. Cit.** Pág. 73.



## 2.1. Origen histórico del derecho real y de su terminología

Existen al menos dos criterios cerca de la distinción conceptual entre derechos reales y personales, siendo uno el histórico y el otro filosófico-jurídico, aun con esto, en el derecho romano primitivo era imposible encontrar esta diferencia, ya que originalmente el derecho fue un poder, el del pater familias, que ejercía sobre todas las personas y cosas sometidas a su mancipium, de las cuales era soberano.

Recién en una etapa muy posterior puede encontrarse la distinción conceptual entre derechos personales y reales, cuando se reemplaza la vinculación o atadura personal del deudor por la de sus bienes, pasándose de la ejecución personal a la ejecución patrimonial.

Los derechos reales no brotaron sistemáticamente, sino empíricamente, de acuerdo con las necesidades socioeconómicas y lo que los caracterizó fue que se les fue concediendo una acción legal de reivindicación con una progresiva extensión hacia todas las personas, que en los comienzos sólo se concebía para el dominio o propiedad.

“Los primeros de esos derechos fueron las servidumbres rústicas, luego las urbanas. Después siguieron el usufructo y el uso, los derechos de habitatio y operae servorum, etc. Del derecho honorario, tomarán cuerpo los derechos reales de prenda e hipoteca, consideradas como de garantía. Las expresiones ius in rem e ius in personam, no



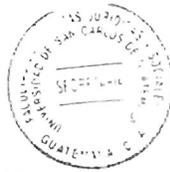
aparecen en los textos romanos. Se encuentran por primera vez en el *Brachilogus iuris civilis* o *Corpus legum*, redactado entre los siglos X y XII, porque fueron los glosadores y postglosadores quienes, sobre la base de que las acciones eran los medios procesales para tutelar los derechos concluyeron que los derechos protegidos por las acciones *in rem* y por las acciones *in personam* eran los *ius in rem* y los *ius in personam*, respectivamente; de ahí que el *ius ad rem* históricamente fue un derecho que, sin llegar a atribuir un poder inmediato sobre la cosa, tampoco dejaban reducidos a meros efectos obligacionales los actos realizados, el mismo se origino en el derecho romano y se aplicaba en aquellos casos en que habiéndose adquirido una cosa, todavía no había sido entregada”.<sup>12</sup>

En la actualidad se entiende que es aquella titularidad que se atribuye a un sujeto en virtud de una ley, un contrato, un testamento, una resolución judicial, para obtener la posesión o utilidad económica de una cosa determinada que aún no tiene, siendo los supuestos más comunes la anotación preventiva y la doble venta.

Respecto a su naturaleza jurídica, se ha afirmado que son auténticos derechos reales, pues el contenido obligacional no tiene autonomía propia, si no que existe como consecuencia del mismo derecho real; sin embargo, hay quienes consideran que se trata de derechos personales.

---

<sup>12</sup> Bonnecase, Julián. **Elementos de derecho civil**. Pág. 46.



Se mencionan como supuestos de derechos reales a las servidumbres positivas, a los censo y, modernamente, al aprovechamiento urbanístico inscrito en el Registro de la Propiedad separado del suelo, que puede incluso ser objeto de hipoteca.

“En un principio, pareciera una noción absurda, pues implicaría que en un derecho real existiera un sujeto pasivo determinado y se ampliaría su obligación no sólo a un simple tolerar sino, inclusive, a un hacer, lo que implicaría una acción por parte del mismo. No obstante, opinamos que el concepto de derechos reales es plenamente aplicable en nuestro derecho, al menos en el caso del derecho real de servidumbre voluntaria, pues el dueño del predio sirviente pudiera, hipotéticamente estar obligado a un hacer, si a eso se obligara en el negocio constitutivo, por ejemplo arreglar y mantener un buen estado las condiciones del camino establecido”.<sup>13</sup>

A partir de esta relación surgen las obligaciones en las que el obligado no está determinado sino por su relación con la cosa, con lo cual es considerado como aquel derecho u obligación que tiene su origen en una cosa determinada, que se goza o que está gravado con él mientras se es titular de dicha cosa y precisamente por serlo.

Se entiende, entonces, que la propiedad se refiere a los derechos de goce y disposición, los cuales otorgan a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa, que contrapuso los derechos reales a los personales, destacando en los primeros el modo de la relación jurídica en base a la relación de hombre con cosa, a diferencia del derecho personal, que era relación de persona a persona, así como la inmediatividad

---

<sup>13</sup> Bonnecase. **Ob. Cit.** Pág. 46.



en donde el titular podía moverse él solo respecto de aquella relación, teniendo un poderío absoluto, con caracteres de monopolio y sin precisar de la asistencia, mediación o amparo de nadie. Esta inmediatividad puede ser absoluta en el derecho de propiedad o limitada, como en los derechos reales de garantía.

“Los derechos reales de goce confieren a su titular un señorío o poder inmediato sobre una cosa, en virtud de la cual puede decirse que esta pertenece a dicho titular.

Aunque los diversos derechos reales varían por su contenido, es decir, que atribuyen a su titular diferentes facultades sobre la cosa, de modo que, si todos ellos confieren un señorío e implican una relación de pertenencia, también es cierto que cada derecho real confiere un señorío de diferente amplitud e implica que la cosa pertenece al titular en diferente medida. Ahora bien, esa diferencia de amplitud en el señorío o de grado en la pertenencia, determina una neta distinción entre la propiedad y todos los demás derechos reales. En efecto la propiedad en principio y con todas las salvedades ya conocidas, confiere a su titular todas las facultades políticas sobre la cosa; en cambio, por su misma esencia los demás derechos reales nunca confieren tal plenitud de facultades sino tan solo de facultades limitadas. Así pues, la propiedad, en principio, confiere a su titular un señorío o poder pleno sobre la cosa. En cambio, los demás derechos reales solo confieren a sus titulares un señorío restringido, tal es el caso; por ejemplo; del derecho de enfiteusis, del usufructo, uso y habitación, de las servidumbres, de la hipoteca y del derecho del acreedor prendario”.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Bonnecase. **Ob. Cit.** Pág. 47.



Es por eso que los derechos reales de goce se caracterizan por recaer sobre las cosas ajenas a su titular, de modo que su existencia requiere la previa existencia del derecho real pleno o propiedad en el que se basan.

## 2.2. Antecedentes históricos

En el derecho Justiniano las servidumbres personales constituyen ya una categoría especial de derechos típicos y se reducen al usufructo, el uso, la habitación, las obras de los esclavos y de los animales.

“El digesto da la definición de tales derechos, con la particularidad, en cuanto al uso se refiere, de que quien puede utilizar las cosas ajenas puede también percibir los frutos con arreglo a sus propias necesidades; por tanto, el que utiliza una cosa no solo puede enajenar su derecho, sino también el ejercicio del mismo porque el contenido del uso sería alterado. Sin embargo, y pese a este planteamiento, los propios textos romanos, en algunos casos, interpretan el uso de un modo más extenso”.<sup>15</sup>

Tradicionalmente en el pasado y aun en la parte de la doctrina actual se ha considerado que los derechos reales distintos de la propiedad consisten en facultades del propietario que se han separado del derecho de este para atribuírselos a otra persona. Esta concepción es fácil adoptar si se parte de una definición de la propiedad como suma de facultades específicas y si se piensa fácilmente en los derechos de

---

<sup>15</sup> Bonnecase. **Ob. Cit.** Pág. 48.



usufructo, uso y habitación. En efecto, en tales circunstancias, es tentador pensar por ejemplo, que si la propiedad es inherente a la persona que la ejerce, el derecho de usufructo se configura al quitarle al propietario esa propiedad para conferírsele a otra persona.

Del mismo modo, los demás derechos se explicarían como una o más de las facultades normalmente inherentes a la propiedad que en el caso concreto han sido separadas de esta y constituidas en un derecho separado para atribuirlo a otra persona. Entonces nada más propio que denominar desmembraciones de la propiedad a todos los derechos reales distintos de la propiedad.

“Aceptar la denominación desmembración de la propiedad, implica considerar que las facultades propias de los derechos reales distintos de la propiedad son las mismas facultades que normalmente componen a ésta y que en cada caso han sido separadas de ella para atribuírselas a otra persona. Ahora bien, tal concepción es inadmisibles, entre otras razones, porque contradice la moderna concepción de la propiedad como un señorío o poder unitario que no consiste en una suma de partes o cuales facultades sino que se caracteriza por su plenitud y reduce los derechos reales distintos de la propiedad a simples partes aspectos del derecho de la propiedad, la denominación derechos parciarios o fraccionarios también se presta a sugerir la falsa idea de que los derechos reales distintos a la propiedad no son sino una parte o fracción del derecho de propiedad. Para evitar la confusiones señaladas se ha utilizado la denominación derechos limitados de goce, que tampoco es rigurosamente exacta en el sentido de



que cuando uno de estos derechos concurre con la propiedad sobre una misma cosa, ambos viene a ser derechos reales limitados puesto que si aquel derecho es de por si restringido, lo cierto es que también constriñe la propiedad. Además, la denominación pareciera sugerir el error de que la propiedad no tiene límites”.<sup>16</sup>

Otra denominación corriente es la de los derechos reales en cosa ajena, en donde el nombre respondería a la idea de que sus titulares tiene tales derechos sobre cosa cuya propiedad pertenece a otra persona; sin embargo, es teóricamente posible la existencia de tales derechos sobre cosas que no pertenezcan a nadie, por lo menos si se trata de bienes muebles, caso en el cual no podría hablarse de derechos en cosas ajenas. Por ello y porque en cambio los derechos que se tratan no pueden existir sobre cosa propia, resultaría más exacto denominarlos derechos sobre cosas no propias.

“Los derechos reales en cosa ajena como derechos reales que son, tienen en común con la propiedad todos los caracteres generales de los derechos reales; pero en algunos aspectos dichos caracteres se manifiestan en los derechos reales limitados en forma diferente a como lo hacen en la propiedad. Evidentemente, los derechos reales en cosas no propias confieren a su titular un poder inmediato sobre una cosa; pero a diferencia de la propiedad, pueden implicar un deber específico de abstención para una persona –precisamente el propietario- como por ejemplo no construir un fundo. En razón de su carácter absoluto, a todos los derechos reales corresponde un deber negativo a cargo de todos los no titulares, de abstenerse de impedir o dificultar el

---

<sup>16</sup> Maisch Von Humbolt, Lucrecia. **Los derechos reales**. Pág. 31.



ejercicio del derecho. En la propiedad ese deber no tiene más trascendencia frente a una persona que frente a otra. En cambio, en los demás derechos reales la importancia de ese mismo deber negativo general se acentúa frente al propietario quien sería la persona dotada de mayores posibilidades e interés de impedir o dificultar el ejercicio del derecho , de modo que en cierto modo, puede hablarse de la existencia de un deber negativo particularizado a cargo del propietario”.<sup>17</sup>

Lo expuesto permite establecer que los derechos reales implican el derecho de persecución de la cosa, pero en el caso del propietario, ese derecho está dirigido contra los no propietarios, mientras que en caso de los derechos reales en cosa ajena la persecutoriedad se manifiesta tanto contra el propietario actual como contra el nuevo adquirente, así como contra cualquier tercero que al entrar en relación con la cosa impida o menoscabe su derecho.

“Como todos los derechos reales, también los derechos reales en cosa ajena son típicos en el sentido de que la voluntad de los particulares no puede crear figuras nuevas ni distintas de las reguladas por la ley, lo que significa que son taxativos en su número y en su tipo; pero también son típicos en cuanto que la voluntad privada no puede alterar los rasgos fundamentales de la regulación de estos derechos, sobre todo en cuanto a que no puede crear sobre la propiedad gravada por ellos en una carga mayor de la que resulta de la ley. Pero el campo que el legislador deja a la autonomía de la voluntad en el reglamentación de los derechos reales en cosa ajena es, a veces,

---

<sup>17</sup> Maisch Von Humbolt. **Ob. Cit.** Pág. 37.



mucho más amplio que en la propiedad. El ejemplo más característico lo constituyen las servidumbres. El derecho real limitado supone para el propietario un “pati”, es decir un deber de tolerar o soportar el ejercicio de aquel sobre la cosa; y puede imponerle también, como queda dicho, un deber específico de abstención y aun ciertos deberes positivos; pero que solo recae sobre el bien sobre el cual está constituido dejando intactos los demás bienes del propietario”.<sup>18</sup>

Los derechos reales suponen la existencia de una propiedad ajena a la cual gravan; pero, en todo caso, dichos derechos reales, una vez constituidos sobre la cosa, tiene cierta autonomía en relación con el derecho de propiedad que pueda existir sobre el bien gravado. Así, por ejemplo, la ulterior transferencia, modificación, gravamen o extinción del derecho no afectan al titular del derecho real limitado.

Ninguno de los derechos reales en cosa ajena es esencialmente perpetuo. Algunos son perpetuos por su naturaleza como la enfiteusis y las servidumbres; otros, como el usufructo son esencialmente temporales. Casi siempre el derecho real limitado confiere el derecho de posesión.

“Los derechos reales en cosa ajena, además de estar protegidos por acciones petitorias, pueden en su caso ser defendidos con acciones posesorias. Aun cuando varían de uno a otro, los modos de adquisición de los derechos reales en cosa ajena pueden ser tanto originarios como derivativos, tal ocurre con la propiedad. Pero todos

---

<sup>18</sup> Maisch Von Humbolt. **Ob. Cit.** Pág. 43.



los modos de adquisición derivativos son inicialmente derivativo-constitutivos y no derivativos-traslativos en cuanto que si bien su titular adquiere el derecho real limitado del propietario (o del titular de otro derecho real), que es su causante, este no le transmite lo que tiene sino que crea el derecho limitado ex novo en la persona de titular del mismo. Naturalmente, una vez creado el derecho real limitado su titular si puede transmitirlo a otra persona, salvo las prohibiciones legales. Si bien los modos de extinción de los derechos reales en cosas no propias son similares a los modos de extinción de la propiedad, sin embargo, algunos se extinguen por el no uso y además existe un modo de extinción particular de los derechos limitados, la consolidación, que ocurre cuando se reúnen en un mismo sujeto dos cualidades incompatibles (como por ejemplo, la de propietaria y usufructuaria de una misma cosa)".<sup>19</sup>

Lo expuesto implica que la extinción de los derechos reales en cosa ajena produce la expansión de la propiedad en el sentido de que determina el uso de la limitación que para el propietario representaba la existencia del derecho ajeno, por lo que en su aspecto pasivo, los derechos reales en cosa ajena son limitaciones de la propiedad que restringen la plenitud de facultades del propietario. Asimismo, desde el punto de vista pasivo, los derechos reales en cosa se distinguen por su inherencia a la cosa, de modo que la sujeción de esta a la carga o gravamen pesa sobre cualquiera que sea propietario, incluso sobre cualquier adquirente. Por ello se dice que todos los derechos reales limitados son pasivamente ambulatorios. En cambio, conviene advertir que no es carácter general de todos esos derechos la inherencia desde el punto de vista activo.

---

<sup>19</sup> Cordero, Encarna. **Tratado de derechos de garantía**. Pág. 208.



“Las más importantes clasificaciones de los derechos reales los distinguen en:

1. Reales principales, que tienen existencia y autonomía propia (posesión, propiedad, usufructo).
2. Accesorios, cuya existencia depende de otros; se justifican en función de un derecho principal (todos los derechos reales de garantía).
3. Definitivos, tales como la propiedad, el usufructo;
4. Provisionales aquellos que como la posesión pueden convertirse en definitivos.
5. Amplios, como el derecho de propiedad que encierra una gama completa de atributos.
6. Limitados que no reconocen la facultad de libre disposición del bien (derechos de uso, posesión).
7. Derechos reales inmuebles: los que recaen sobre los bienes (hipoteca, anticresis, derecho de habitación).
8. Derechos reales muebles que solo operan sobre muebles (prenda, apropiación);
9. Derechos reales que recaen indistintamente sobre bienes inmuebles y muebles (propiedad, posesión, usufructo, derecho de retención).
10. Derechos reales sobre bien propio: como la propiedad, posesión y sobre bien ajeno (usufructo; posesión, uso)”.<sup>20</sup>

De acuerdo a estos elementos, se puede establecer que en los derechos reales hay una relación directa e inmediata entre una persona y una cosa, en donde su titular excluye a cualquier otra persona en la relación con la cosa, por lo que tiene la facultad

---

<sup>20</sup> Cordero. **Ob. Cit.** Pág. 209.



de perseguir la cosa cuando ha salido indebidamente de su patrimonio. Así mismo, se debe tomar en cuenta que solo importan aquellos que sean susceptible de valoración económica.

En el derecho real el objeto es una cosa corporal, específica y determinada, en donde el adquirente tiene poder sobre una cosa, lo cual le permite ser el prototipo de los derechos absolutos, al poder ejercitarse y hacerse efectivo contra cualquier, quienes están obligados a no perturbar las potestades que el titular ejerce sobre la cosa.

El derecho real toma su configuración de la ley, por lo que los diferentes modos de adquirirlos suelen estar establecidos exclusivamente en la ley, porque el mismo precisa de un título y de un modo de adquirir, establecidos por la ley, porque es de naturaleza inmueble, lo cual permite que suela ser protegido por el ordenamiento jurídico mediante su inscripción en un registro especial de naturaleza pública, lo que acredita su dominio o, en su caso, su posesión.





## CAPÍTULO III

### 3. Derechos reales de garantía

Los derechos reales de garantía son derechos accesorios de realización de valor que facultan al acreedor a realizar bienes del deudor, que quedan especialmente afectos al pago y a cobrarse la deuda con cargo a dichos bienes, con preferencia frente a otros deudores.

El denominado principio de responsabilidad patrimonial universal, por virtud del cual los bienes del deudor quedan afectados en garantía de su responsabilidad, puede experimentar diversas modificaciones legal o convencionalmente; de esta forma, determinados bienes del deudor o de un tercero pueden separarse jurídicamente y afectarse con carácter preferente al cumplimiento de una obligación determinada; frente a la eficacia inter partes del derecho de crédito personal, en el que queda potencialmente afectado todo el patrimonio del deudor en garantía del cumplimiento de sus obligaciones, con la incertidumbre de que lo mantenga al vencimiento de la misma. En el derecho real de garantía la afección de bienes determinados al cumplimiento de una obligación tiene carácter erga omnes, de forma que la garantía sigue al bien gravado aunque el mismo deje de pertenecer al dueño que estableció la carga”.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Roca Sastre Muncunill. **Ob. Cit.** Pág. 125.



Es por eso que con los derechos reales de garantía se describen uno o varios bienes determinados a la satisfacción con carácter preferente de una obligación determinada, mediante su valor en venta, cualquiera que sea su dueño.

En principio, y salvo pacto expreso, la garantía real no excluye la responsabilidad patrimonial universal del deudor. En el deudor, cuando el bien objeto de hipoteca sea de su propiedad, concurrirán la responsabilidad personal y la responsabilidad real, aunque aquél podrá obtener un orden de prelación en la ejecución de sus bienes, en el sentido de dirigirse primero contra el bien objeto de garantía y, con su producto, satisfacer el crédito hipotecario con carácter preferente.

“Si el dueño del bien gravado no es el deudor, porque sea un tercero desde el inicio o por haber adquirido dicha condición durante la vigencia de la hipoteca, el acreedor podrá elegir entre dirigirse preferentemente a través del tercer poseedor contra los bienes gravados, o contra el propio deudor a través del ejercicio de la acción personal, por virtud de la cual quedará afectado todo su patrimonio en igualdad con los restantes acreedores. En el primer caso, el tercer poseedor podrá desamparar, los bienes hipotecados, lo que equivale a no comparecer ni ser parte en el proceso”.<sup>22</sup>

Esto permite establecer que los derechos reales de garantía gozan de un amplio contenido funcional, en cuanto que permiten al acreedor tener una garantía en sentido

---

<sup>22</sup> Pardo, Celestino. **Hipoteca y letras de cambio**. Pág. 71.



estricto, porque con los mismos, se pretende aumentar la responsabilidad patrimonial del deudor, a través de la especialidad o determinación y el carácter real del gravamen.

“Al igual que los privilegios, con los derechos reales de garantía se propone anteponer o hacer preferente el crédito garantizado a cualquier otro crédito concurrente, para obtener con la realización del valor un precio que satisfaga dicho crédito; así mismo, se pretende, como con la acción revocatoria, mantener la solvencia del deudor, pues la garantía sigue al bien gravado donde quiera que se encuentre y a través de los diversos dueños que pueda tener”.<sup>23</sup>

Asimismo, estos derechos tienen una función ejecutiva, puesto que con ellos se pretende, como en el embargo, satisfacer el crédito sin contar con la voluntad del deudor o teniendo la misma en contra, realizar el bien objeto de la garantía ante el incumplimiento de la obligación asegurada.

### **3.1. La prenda**

La prenda es un derecho real de garantía, accesorio, de realización de valor que sujeta bienes muebles del patrimonio del deudor y cuya posesión se transmite al acreedor. De acuerdo al Artículo 880 del Código Civil, la prenda “es un derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación”.

---

<sup>23</sup> Pardo. **Ob. Cit.** Pág. 71



“Sus notas características son:

- Es un derecho real, pues sujeta al pago del crédito un bien.
- Recae sobre cosas ajenas, pues el titular del bien en ningún caso puede ser el propio acreedor.
- Es un derecho accesorio, pues su nacimiento y extinción dependerá del derecho de crédito que está garantizando.
- Conlleva al desplazamiento de la posesión del bien del deudor al acreedor. El fundamento de la misma hay que encontrarlo en el hecho de que así se garantiza respecto de los terceros la publicidad de la vinculación del bien al pago de la deuda.
- Es un derecho de realización de valor, pues en caso de impago de la deuda podrá el acreedor solicitar la ejecución del bien y cobrarse la deuda con cargo al mismo de forma preferente”.<sup>24</sup>

Dentro de los elementos del derecho real de prenda se encuentran los personales que se refieren al acreedor pignoraticio como titular del derecho real de prenda, quien resulta ser la persona encargada del pago de la obligación, aunque no tiene que ser así ya que interpretando el sentido del Artículo 889 del Código Civil, el mismo permite que las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes. Los requisitos de capacidad son los generales previstos en la ley, si bien, es necesario, que la cosa pignorada pertenezca

---

<sup>24</sup> Pardo. **Ob. Cit.** Pág. 72.

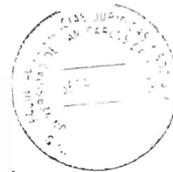


en propiedad al que le empeña y que las personas que constituyan la prenda tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.

Es de entender que únicamente pueden ser objeto de prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión, porque a través de la misma puede garantizarse toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria.

La prenda debe constar en escritura pública o documento privado, haciéndose constar la especie y naturaleza de los bienes dados en prenda, su calidad, peso, medida, cuando fueron necesarios, y demás datos indispensables para su identificación; nombre del depositario y especificación de los seguros que estuvieren vigentes sobre los bienes pignorados. La aceptación del acreedor y del depositario deberá ser expresa.

El contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito. Por eso es que el Artículo 891 del Código Civil regula que “El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda mientras no haya pagado la totalidad de la deuda, salvo que siendo varios los bienes pignorados, los interesados hubieren convenido en asignar a cada cosa la cantidad por la que debe responder”.

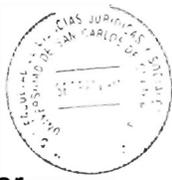


Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda.

El acreedor debe cuidar de la cosa dada en prenda, pero tiene derecho al abono de los gastos hechos para su conservación, y responde de su pérdida o deterioro, porque si se perdiere o destruyere la prenda, será pagada por el depositario, quien sólo podrá eximirse de esta obligación probando que no se perdió ni destruyó por su culpa. Pero cuando la pérdida fuere por accidente o caso fortuito acaecido después de pagado el crédito o de cumplida la obligación principal, el depositario pagará el valor de la prenda si no tuvo justa causa para demorar su devolución; igualmente el acreedor tiene igual responsabilidad quien sin causa legal, no quiso admitir anteriormente el pago del crédito a su favor.

Conforme a las disposiciones del Código Civil, estipuladas en el Artículo 895 “Los frutos de la cosa empeñada pertenecen al dueño de ella; pero si por convenio los percibe el acreedor, su importe se aplicará primero a los intereses y el sobrante al capital. Esta disposición rige también para el caso de indemnización”.

Si la prenda produce intereses compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben y si no se le deben o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.



Mientras no llegue el caso de ser expropiado de la cosa dada en prenda, el deudor sigue siendo dueño de ella. Esto no obstante, el acreedor podrá ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero; en caso de impago de la obligación garantizada el acreedor podrá vender el bien pignorado.

Los bienes pignorados, al constituirse la garantía, deberán ser depositados en el acreedor o en un tercero designado por las partes, o bien en el propio deudor si el acreedor consiente en ello; por eso, la persona que reciba la prenda tiene las obligaciones y derechos de los depositarios.

La prenda de los títulos nominativos se constituirá por medio de endoso al celebrarse el contrato que es objeto de la garantía y el deudor recibirá un resguardo con el fin de hacer constar el objeto del endoso. En este caso el deudor dará aviso de la pignoración a la institución emisora para que no se haga ningún traspaso de los títulos pignorados, mientras estén afectos a la obligación que garanticen.

La prenda de títulos al portador se hace por la mera tradición de estos, describiéndolos en el contrato respectivo y el deudor recibirá un resguardo para su propia garantía; pero si la prenda fuere un crédito, el depositario estará obligado a hacer lo que sea necesario para que no se altere ni menoscabe el derecho que aquél representa, por lo que las cantidades que reciba las aplicará a la amortización de intereses y capital, si fuere el caso, salvo lo que las partes convengan en el contrato.



Si es prenda de facturas por cobrar, el depositario de la prenda hará el cobro, retendrá su valor en depósito y lo hará saber a los interesados; pero si consistiere en facturas de mercadería por recibir, tomará la mercadería y la conservará en prenda, dando también aviso a los interesados.

Al ser el derecho de prenda un derecho accesorio se extinguirá cuando se extinga la obligación principal que garantiza. Se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda, salvo prueba en contrario, cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor.

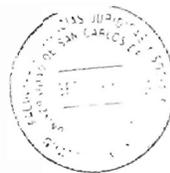
### **3.2. La hipoteca**

Se puede definir la hipoteca como un derecho real constituido en garantía de una obligación dineraria, sobre bienes muebles ajenos y enajenables, que permanecen en posesión del propietario y que faculta a su titular a solicitar la venta de estos y satisfacerse con su importe el crédito.

El Artículo 822 del Código Civil estipula que: “La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación”.

“Son caracteres de la hipoteca:

- Es un derecho real ya que sujeta bienes inmuebles al cumplimiento de una obligación



- Es un derecho de realización de valor.
- Es accesorio ya que nace y depende de una obligación de crédito previa.
- La hipoteca al igual que la prenda es indivisible, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor. No podrá, por tanto, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda o la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo. Tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos. Se exceptúa de estas disposiciones el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca o en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito. El deudor, en este caso, tendrá derecho a que se extingan la prenda o la hipoteca a medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente.
- Es un derecho de constitución registral, ya que su nacimiento se condiciona a la inscripción en el Registro de la Propiedad.
- Recae sobre bienes inmuebles ajenos, enajenables y determinados.
- No implica desposesión, pues la publicidad se logra por la inscripción registral.
- Los créditos hipotecarios gozan de preferencia en los términos contemplados en el Código civil.
- La hipoteca es un derecho transmisible e hipotecable



- Las hipotecas pueden ser voluntarias o legales, siendo las primeras un acuerdo de voluntades, mientras las segundas tienen su origen en la ley”.<sup>25</sup>

De acuerdo el Artículo 830 del Código Civil, “La hipoteca se extiende a:

1. A las accesiones naturales y mejoras;
2. A los nuevos edificios que el propietario construya y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecarios;
3. A los derechos del deudor en los excesos de la superficie de inmueble;
4. A las indemnizaciones que se refieran a los bienes hipotecados concedidas o debidas al propietario por seguros, expropiación forzada o daños y perjuicios; y
5. A las servidumbres y demás derechos reales a favor del inmueble”.

Los elementos personales de una hipoteca son el acreedor y el deudor quien es el dueño de la finca hipotecada, quien debe ser dueño de la cosa y mayor de edad. Mientras que los elementos reales son los bienes inmuebles susceptibles de inscripción y los derechos reales enajenables.

“Podrá también hipotecarse:

- El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la

---

<sup>25</sup> Cordero, Encarna. **La hipoteca global, la determinabilidad del crédito garantizado**. Pág. 76.



obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin.

- La mera propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario.
- Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar.
- El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho.
- Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real.
- Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario.
- Los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que si se retrajeren los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial.
- El derecho de retracto convencional, si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, en el



tiempo en que éste tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria. Si el vendedor ejercita el derecho de retracto no solo subsistirá la hipoteca, sino que éste recaerá directamente sobre los bienes retraídos.

- Los bienes litigiosos, si la demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito.
- Los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante.
- Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal.
- El derecho del rematante sobre inmuebles subastados en un procedimiento judicial. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio a favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados”.<sup>26</sup>

De acuerdo al Artículo 838 del Código Civil, “No podrán hipotecarse:

- “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 del término de cinco años. Para los menores de edad, dicho término se cuenta desde que cumplan la mayoría de edad”.

---

<sup>26</sup> Cordero. **Ob. Cit.** Pág. 80.



Asimismo, se entiende que la hipoteca, no comprenderá los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto, los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada, por eso es que al ser un derecho real de constitución registral, como elemento formal se exige escritura pública e inscripción en el registro.

El derecho de hipoteca no priva de la propiedad al dueño del inmueble que podrá usarla transmitirla o gravarla nuevamente, pero en caso de venta de un inmueble hipotecado, si el vendedor y el comprador hubiesen pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito.

Si no hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere descontado su importe del precio de la venta o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado.



“En caso de impago del crédito, el acreedor hipotecario podrá acudir a dos acciones para exigir el pago, la personal y la hipotecaria. Podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás del patrimonio del deudor. Cuando la hipoteca así constituida afectase a dos o más fincas y el valor de alguna de ellas no cubriese la parte de crédito de que responda, podrá el acreedor repetir por la diferencia exclusivamente contra las demás fincas hipotecadas, en la forma y con las limitaciones establecidas en la Ley hipotecaria”.<sup>27</sup>

Aunque el término hipoteca aparece habitualmente en las conversaciones cotidianas en alusión al coste que debe asumirse para adquirir un bien inmueble, la misma no es ninguna deuda y, por tanto, no supone costo económicamente hablando, porque la misma se trata de una garantía accesoria a la obligación principal de abonar la deuda que se reconoce al acreedor en forma del derecho real, es decir, recayendo sobre un bien, es por eso que el derecho de hipoteca recae sobre bienes inmuebles o derechos reales que recaigan sobre los mismos, cuyo valor debe equipararse, como mínimo, al valor de la deuda que ostenta al acreedor. En su motivo, la hipoteca se caracteriza como elemento accesorio a la obligación principal. Asimismo, la hipoteca se caracteriza por ser de constitución registral; es decir, para que quede válidamente constituida es

---

<sup>27</sup> Cordero. **Ob. Cit.** Pág. 81.



imprescindible que el documento que la contiene sea inscrito en el Registro de la Propiedad. Así pues, en una compraventa de inmuebles es el derecho real de hipoteca y no la adquisición del bien, el hecho que determina la obligatoria inscripción en el Registro de la Propiedad, por lo que la constitución de una hipoteca no implica la desposesión del bien hipotecado, sino que éste permanece en poder del titular o propietario.

Las personas que deseen constituir una hipoteca deberán, por un lado, tener capacidad general para contratar, es decir no deben ser menores de edad o incapacitado judicialmente y, desde un punto de vista material, tener la propiedad del bien hipotecado o bien, tener la libre disposición sobre ese bien o derecho. Los menores de edad e incapacitados judicialmente podrán contratar a través de su representante legal o tutor, previa autorización de los mismos.

El derecho real de hipoteca se constituye sobre bienes inmuebles susceptibles de inscripción y derechos reales que recaigan sobre los mismos, igualmente inscribibles en el Registro de la Propiedad. Asimismo, el derecho real de hipoteca puede constituirse sobre una hipoteca ya existente a lo que se denomina subhipoteca o bien, sobre bienes en cuyo pasado ya fueron hipotecados, pero esta puede constituirse siempre y cuando la primera no alcance el valor total del bien.





## CAPÍTULO IV

### 4. Pluralidad de sujetos en la relación hipotecaria

La realidad jurídico-hipotecaria es bastante compleja y lo es aún más cuando en las distintas posiciones jurídicas concurre una pluralidad de sujetos. Hay que tener en cuenta los dos tipos de relaciones jurídicas que conviven en estas situaciones: una obligacional que une al acreedor o acreedores con el deudor o deudores y otra real que vincula al acreedor o acreedores con el hipotecante o hipotecantes o, en su caso, los terceros poseedores. De cada una de estas situaciones hay que respetar su naturaleza, su régimen esencial y sus principios rectores y tratar de armonizarlos entre sí, porque de esta forma se podrán determinar las posibilidades de actuación eficaz de cada uno de los sujetos, especialmente en la fase de exigencia del crédito o cumplimiento de la prestación.

“En la relación jurídico-hipotecaria nos podemos encontrar con las siguientes situaciones de cotitularidad, que también pueden aparecer combinadas:

- Pluralidad activa o de acreedores hipotecarios. Es la que más discusiones doctrinales y resoluciones judiciales ha suscitado.
- Pluralidad de hipotecantes o, en su caso, terceros poseedores adquirentes del bien gravado.



- Pluralidad de deudores. Esta circunstancia puede quedar cubierta por una situación de pluralidad de hipotecantes en caso de que el deudor hipoteque un bien propio”.<sup>28</sup>

Resulta de alto interés práctico analizar las posibilidades de actuación de los distintos sujetos y, especialmente, los efectos que esa conducta tendrá sobre la hipoteca y en el Registro de la Propiedad. Si bien son muchos los supuestos y actos en los que se interesante este análisis, este trabajo se centra en la fase de ejecución, de cumplimiento y exigencia de la prestación.

En cualquiera de las tres situaciones hay que tener en cuenta los principios de accesoriedad, indivisibilidad y especialidad, que pueden verse afectados por la división del crédito o la deuda entre distintos sujetos o por la posibilidad de ejercicio individual de las acciones correspondientes. Esto, tomando en cuenta que de acuerdo el Artículo 825 del Código Civil, “La hipoteca es indivisible y como tal, subsiste íntegra sobre la totalidad de la finca hipotecada aunque se reduzca la obligación”; por tanto, habrá que atender al modo en que puede organizarse esa cotitularidad (parcialidad, solidaridad, en mano común) y, en su caso, al plano de las relaciones internas y externas entre los sujetos.

---

<sup>28</sup> De la Cámara, Manuel. **Notas críticas a la naturaleza de la hipoteca como derecho real.** Pág. 99.



#### **4.1. Pluralidad de acreedores**

Si bien ahora también habrá que prestar atención a la influencia de los principios de indivisibilidad, especialidad y accesoriedad, estas situaciones complejas pueden ponerse de manifiesto en el momento de constitución de la hipoteca, o tras dicha constitución a través, por ejemplo, de una cesión parcial o una subrogación parcial en el crédito o por la transmisión total o parcial del bien hipotecado a distintos sujetos o por novación de la posición deudora.

“En cuanto a la cesión del crédito a varios sujetos o la cesión parcial, habría que distinguir si la pluralidad es originaria, nos podremos encontrar con criterios convencionales de solución para eventuales problemas o dificultades que puedan surgir, criterios que en el momento de la inscripción de la hipoteca habrán sido controlados por Registrador: Sin embargo, si la pluralidad es sobrevenida, probablemente tales pactos no existirán. En consecuencia, ¿qué régimen aplicaremos en caso de pluralidad sobrevenida o de pluralidad originaria en la que o no se haya previsto nada por las partes o lo pactado no sea suficiente por no atender a todas las vicisitudes? Las normas y criterios relativos a estos supuestos contenidos en el Código civil y en la Ley y Reglamento hipotecarios son escasos. Se acoge un modelo de relación jurídico-hipotecaria partiendo de la un personalidad en las distintas posiciones subjetivas y, por tanto, no se presta atención a los diferentes modos de organizarse la pluralidad. No existe un determinado régimen legal supletorio para estos casos. Por tanto, habrá que acudir a las normas generales sobre cotitularidad jurídico-obligacional



y sobre la comunidad, con las oportunas adaptaciones cuando la pluralidad se proyecta sobre un derecho indivisible como es la hipoteca”.<sup>29</sup>

Esto implica que de acuerdo al principio de accesoriedad, la pluralidad en la hipoteca seguiría la configuración que existe en la obligación o crédito garantizado, en donde no se divide el objeto del crédito y se transfieren o retienen cuotas indivisas del mismo; es decir, facultades idénticas a las del crédito total y, por tanto, facultades sustancialmente iguales para todos los acreedores, aunque cuantitativamente sean desiguales.

Estos elementos también motivan al encuadramiento legal de la cesión que provoca una situación de titularidad compartida en donde se divide materialmente el objeto del crédito o su aprovechamiento económico y se transfieren o retienen partes de dicho objeto que se fracciona y que, por tanto, son cualitativamente diferentes.

Ante esta pluralidad de sujetos, es necesario especificar en el asiento registral el carácter solidario o mancomunado de la cotitularidad en el derecho y la concreta cuota del crédito garantizado que corresponde a cada acreedor de modo que puede debidamente precisada la extensión y alcance del derecho inscrito, sin que sea suficiente la mera presunción, la cual, dado su carácter de tal, en modo de alguno define la verdadera extensión del derecho de cada acreedor.

---

<sup>29</sup> De la Cámara. **Ob. Cit.** Pág. 102



Esta determinación debe ser precisa e inequívoca del contenido y extensión de los derechos que pretenden su acceso al Registro General de la Propiedad, la cual es exigida de esa manera a fin de facilitar la fluidez y seguridad de su tráfico jurídico y en el desenvolvimiento del principio de especialidad; sin embargo, con relación a los créditos solidarios, no es necesaria la determinación de la participación de cada acreedor en el mismo, porque las mismas pertenecen al ámbito de las relaciones internas en donde, tanto el deudor como los terceros que adquieran derechos sobre el bien hipotecado, quedan al margen del Registro de la Propiedad y de la hipoteca.

“En nuestra doctrina se ha discutido la necesidad de que se hagan constar las cuotas específicas de los acreedores en los créditos solidarios y en los créditos en mano común, porque la especificación de las cuotas en caso de créditos solidarios puede resultar conveniente pero no es indispensable. En cuanto al reflejo en el Registro de la Propiedad de las otras dos posibles situaciones de cotitularidad con que nos podemos encontrar, se puede señalar que, por lo que respecta a la pluralidad de hipotecantes o de terceros poseedores, esta cotitularidad se pondrá de manifiesto en el correspondiente asiento en que se refleje que el bien hipotecado es propiedad de varios sujetos (ya sean éstos quienes los hipotecan ya sean los que los hayan adquiridos tras la constitución de la hipoteca)”.<sup>30</sup>

En sentido contrario, se entiende que al hacer referencia a la pluralidad pasiva, también será necesario, en virtud del principio de especialidad o determinación, que en la

---

<sup>30</sup> Verdera Server, Rafael. **La hipoteca a favor de dos o más acreedores (cotitularidad crediticia y garantía hipotecaria)**. Pág 13.



inscripción se haga constar el carácter solidario o mancomunado de la deuda y, en este último caso, señalar asimismo la cuota de participación de cada deudor en la deuda garantizada con la hipoteca.

Tanto en el caso de que la situación subjetivamente compleja tenga lugar en la posición activa como en la pasiva, lo que si sería relevante es precisar en el Registro de la Propiedad, los distintos plazos o condiciones afectantes a cada sujeto, en el caso de que se haya constituido una solidaridad no uniforme.

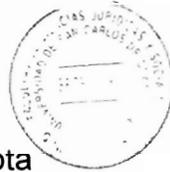
“Por otro lado, ante una hipoteca de seguridad, en concreto de máximo (en la que la cuantía de la deuda o crédito garantizado no está perfectamente determinada sino que simplemente se ha señalado un máximo), las cuotas de participación que deben especificarse en la inscripción de la hipoteca en el Registro en caso de mancomunidad, vendrán referidas a ese importe máximo”.<sup>31</sup>

Estos elementos permiten establecer que la cotitularidad en el derecho de propiedad sobre el bien o los bienes hipotecados da lugar a un régimen de comunidad de bienes, aunque sobre tal situación entra en juego en primer lugar la autonomía de la voluntad a través de los contratos, pactos o convenios celebrados entre los comuneros.

Esta situación se manifestará no sólo respecto de los varios hipotecantes sino también en el caso de que el bien gravado se enajene totalmente a varios sujetos que resulten

---

<sup>31</sup> Verdera Server. **Ob. Cit.** Pág. 15.



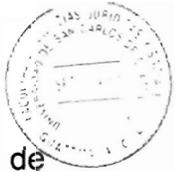
ser terceros poseedores adquirentes de la finca hipotecada o bien se enajene la cuota de uno de los comuneros a una persona ajena a la comunidad.

Como consecuencia de considerar la situación de comunidad como algo desventajoso, se da preferencia a los propios sujetos, concediéndoles derechos exclusivos sobre una determinada cuota o parte del bien común y reconociéndoles la facultad de pedir la división y salir de la comunidad.

Respecto de la cuota singular cada comunero tiene plena disposición, teniendo facultad para enajenarla y constituir un gravamen sobre ella, Los efectos de tal actuación en relación a los demás condueños estarán limitados a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad.

Esto implica que cada sujeto participará en los beneficios y cargas en proporción a las cuotas que tengan. Las cuotas serán también las que se tengan en cuenta a la hora de computar la mayoría necesaria para decidir los actos de administración y mejor disfrute de la cosa común, esto a pesar que cada partícipe podrá servirse de la misma, pero siempre conforme a su destino y sin perjudicar a la comunidad ni al ejercicio de los demás comuneros.

Por lo tanto, la decisión de constituir un gravamen como la hipoteca sobre el bien común debe ser unánime, pues ello conlleva una alteración del régimen de la



comunidad. De igual modo en el caso de enajenación total del bien, aun después de constituir la hipoteca.

“La existencia de pluralidad de hipotecantes o terceros poseedores constituidos en régimen de comunidad de bienes tiene incidencia en la relación jurídico-hipotecaria únicamente en la medida en que la decisión de constituir la hipoteca y la de enajenar el bien gravado exige la decisión unánime de todos, así como en el hecho de que serán varios los sujetos que puedan sufrir las consecuencias del impago del crédito garantizado, al ver ejecutada la hipoteca sobre sus bienes; serán varios los que tengan que acudir al proceso ejecutivo, judicial o extrajudicial, como propietarios hipotecantes o terceros adquirentes del bien hipotecado”.<sup>32</sup>

Ahora bien, de acuerdo a lo descrito, puede darse el caso de que la pluralidad de hipotecantes o terceros poseedores se corresponda con la existencia de una pluralidad de bienes hipotecados, de manera que entre los sujetos no exista comunidad sino que sean cada uno propietario de uno de los bienes gravados, lo que conlleva la necesidad de la determinación en el Registro de la Propiedad de la parte de responsabilidad hipotecaria que cada bien deba soportar.

“Cuando la pluralidad objetiva es sobrevenida, como consecuencia de la división de la finca hipotecada en varias, para que exista distribución de la responsabilidad hipotecaria deben acordarla el acreedor y el deudor. El acreedor está, en este caso,

---

<sup>32</sup> Verderra Server. **Ob. Cit.** Pág. 14.



renunciando a la indivisibilidad de la hipoteca. Es como si existieran tantas hipotecas como bienes, aunque, eso sí, respecto de cada bien y la parte de crédito a él asignada, la hipoteca mantiene su típico carácter indivisible. Ahora bien, en caso de que esa distribución del crédito entre los distintos bienes no se lleve a cabo, cualquiera de los varios titulares podrá ver ejecutado su concreto bien por la totalidad del crédito garantizado, tal y como si existiera una solidaridad pasiva. Del mismo modo, en caso de pago total (evitando la ejecución o a través de la ejecución misma), ese hipotecante no deudor o tercer poseedor adquirente del bien hipotecado se subrogará en todos los derechos y privilegios con los que contaba el acreedor frente al deudor, igualmente podrá dirigirse contra los demás hipotecantes o terceros poseedores, pero no por la totalidad de la deuda, sino sólo proporcionalmente respecto de los cuales se procede a su aplicación analógica”.<sup>33</sup>

Así pues, si el acreedor hipotecario acepta el cumplimiento parcial podrá pedirse esa cancelación de una parte de la deuda. Ahora bien, no podrá negarse al pago parcial si el que lo realiza es un tercer poseedor del bien hipotecado, no subrogado en el crédito.

A la existencia varios acreedores de un mismo bien inmueble la doctrina le denomina cotitularidad en mano común, porque esta forma de ordenación de la pluralidad crediticia determina la existencia de obligaciones mancomunadas con objeto indivisible, la cual surge debido a la autonomía privada. En estos casos, al igual que en el crédito, se atribuye la titularidad de la hipoteca a todos, como si fueran una única persona.

---

<sup>33</sup> Azpitarte Camy, Rafael. **Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios.** Pág. 377.



“Este tipo de cotitularidad exige que los acreedores actúen conjuntamente. Por lo tanto, todos deberán decidir y ejercitar las acciones tendentes a la conservación de su derecho y de los bienes sobre los que recae en la llamada fase de seguridad de la hipoteca; todos deberán acordar la cesión del crédito hipotecario; todos ejecutarán, llegado el momento, la hipoteca a través de la oportuna acción real hipotecaria y todos cancelarán totalmente la hipoteca en el Registro. El problema surgirá cuando alguno de los acreedores se niegue a actuar; problema, por otro lado, propio de este tipo de configuración de las obligaciones; no específico de los supuestos en que existe una hipoteca que garantiza el cumplimiento de esa obligación. En este caso, y aplicando la normativa civil sobre la comunidad de bienes, podría entenderse que la postura del sujeto no actuante supone un perjuicio para la comunidad y el resto de cotitulares al impedir, además, el uso del bien o derecho común (la hipoteca) conforme al destino propio del mismo (la garantía del crédito y, en su caso, su ejecución); en consecuencia, podría exigirse la división de la hipoteca común y la configuración como parciaría”.<sup>34</sup>

En el crédito garantizado con hipoteca existe una situación específica, en donde los créditos solidarios se caracterizan por el reconocimiento a cada acreedor de la facultad para actuar individualmente exigiendo la total prestación con eficacia para todos: además, puede apreciarse la existencia de las relaciones externas que vinculan a acreedores y deudores a los hipotecantes y el de las relaciones internas, las cuales surgen entre los varios acreedores, siendo aquí donde se determinan las posibles responsabilidades de cada uno, rindiendo cuentas de su actuación.

---

<sup>34</sup> Azpitarte Camy. **Ob. Cit.** Pág. 378.



Atendiendo exclusivamente a la relación obligatoria existente entre los acreedores y el único deudor (hipotecante o no), hay que señalar que la existencia de solidaridad activa supone la aplicación del régimen típico de esta clase de obligaciones. El deudor tiene la facultad de elegir al acreedor a quien pagar, una vez haya vencido la obligación, siempre que no haya sido demandado judicialmente por uno de los acreedores.

Ante el pago plenamente liberatorio de la deuda, la obligación se extingue y se producirá la rendición de cuentas entre los acreedores en la dimensión interna. Además, no se ejecutará la hipoteca y habrá que proceder a su cancelación.

En cuanto a los acreedores, cada uno individualmente podrá realizar la interrupción de la prescripción o la creación de gravámenes como la hipoteca, novación o compensación, atendiendo a la armonización que desde la doctrina se hace de estos dos preceptos. Por supuesto, cada uno podrá decidir acudir a la acción personal o a la acción real hipotecaria para cobrar el crédito total.

Claramente la decisión de ejercitar la acción personal puede considerarse un acto perjudicial para los demás acreedores, pues conlleva un mayor riesgo para el cobro que el ejercicio de la acción real hipotecaria, lo cual implica una acción que supone la sujeción del bien gravado a la satisfacción preferente de su crédito respecto de los demás posibles acreedores.



Pero ese posible perjuicio se dirimirá en las relaciones internas. Respecto a la relación jurídico-hipotecaria, hay que apuntar la existencia de una sola hipoteca de la que todos son titulares y respecto a la cual cada acreedor puede actuar individualmente, produciendo tal conducta eficacia respecto de los demás acreedores, porque se ejecutará la totalidad de la hipoteca, a pesar del ejercicio de la acción por un solo acreedor.

Esa actuación individual puede hacerse efectiva en cualquiera de las dos fases de la hipoteca: tanto en la fase de seguridad (por ejemplo, a través del ejercicio de la acción de devastación) como en la de ejecución o de realización del valor (ejercicio de la acción real, ejecución de la hipoteca, cancelación de la misma), sin perjuicio de la responsabilidad que se dirimirá en la relación interna; sin embargo, hay quien no está de acuerdo con esa posibilidad de ejercicio individual de un acreedor solidario con efectos para todos en el ámbito de un crédito hipotecario, fundamentalmente con base en la exigibilidad de determinar las cuotas de cada acreedor solidario en el crédito garantizado, la indivisibilidad de la hipoteca y la necesidad de distinguir entre el plano sustantivo obligacional y el plano registral.

Frente a esta postura cabe alegar que el régimen de las obligaciones solidarias recogido en el Código Civil no aparece decepcionado para los supuestos en que el crédito está garantizado con una hipoteca, porque esta no puede suponer la disminución de facultades del acreedor solidario ni la alteración esencial del régimen de



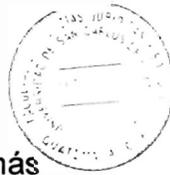
tal ordenación de la cotitularidad querida por las partes, sobre todo, si se atiende al carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito.

“Los posibles perjuicios para los acreedores no actuantes que se derivarían del ejercicio individual de la acción real hipotecaria y la posterior cancelación de la garantía, en cuanto al riesgo de no verse satisfechos en su parte del crédito, el cual es un argumento de los que niegan la posibilidad de cancelación total unilateral, pero que son efectos propios de la existencia de la solidaridad, ya sea en un crédito ordinario o en un crédito hipotecario. Esta nota de peligrosidad es lo que ha hecho de la solidaridad activa una figura poco atractiva y que en la práctica se limite a supuestos en los que entre los acreedores cotitulares para poder actuar, pues ello sería contradictorio con la propia esencia de la solidaridad”.<sup>35</sup>

Así, lo citado permite establecer que en esos casos se ejecuta la garantía, pero sólo por el importe del crédito vencido y, por tanto, exigible; lo cual no se llevará a cabo si, tras el requerimiento, en el momento de despachar la ejecución y antes de proceder a la subasta, el deudor, el hipotecante o los terceros poseedores requeridos pagan la deuda, tal como se regula en el Artículo 297 y 313 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley número 107; sin embargo, si no se paga la deuda y la obligación está garantizada con prenda o hipoteca, se procede de acuerdo a lo establecido en el Artículo 313 del mismo cuerpo legal, en donde se regula que: “Hecha la tasación o fijada la base para el remate, se ordenará la venta de los bienes embargados,

---

<sup>35</sup> Verderra Server. **Ob. Cit.** Pág. 15.



anunciándose tres veces por lo menos, en el Diario Oficial y en otro de los de más circulación. Además, se anunciará la venta por edictos fijados en los estrados del Tribunal y, si fuere el caso, en el juzgado menor de la población a que corresponda el bien que se subasta, durante un término no menor de quince días.

El término para el remate es de quince días, por lo menos, y no mayor de treinta días”.

Pero, en las obligaciones solidarias, tanto se pague antes de la subasta como si se llega a ella, lo pagado o lo obtenido en el remate beneficiará a todos los acreedores, pero ese importe no puede imputarse a una concreta pues, a pesar de la no uniformidad, de modo que el acreedor actuante sigue siendo acreedor del resto de la obligación; Eso sí, el importe del crédito se verá reducido, lo que se hará constar por nota marginal a la inscripción hipotecarias, pero la hipoteca permanecerá íntegra sobre el bien o bienes gravados.

“Esta articulación de la pluralidad subjetiva, que en nuestro ordenamiento se presume a falta de previsión expresa de la solidaridad, supone que el crédito se divide en tantas partes como acreedores existan, reputándose créditos distintos unos de otros. La cuestión fundamental en caso de créditos parcelarios garantizados con hipoteca es cómo armonizar esa división del crédito en varios autónomos entre sí y el carácter indivisible de la garantía. Lo que hay que tener claro es que hay que deslindar perfectamente dos cuestiones: la posibilidad o no de ejercicio individual de la acción hipotecaria por cada acreedor parciario; y, por otro lado, la eficacia parcial o total de esa actuación individual en cuanto a la hipoteca, es decir, su cancelación parcial o total,



porque negar la eficacia total de una actuación individual en caso de crédito parciario no significa necesariamente exigir siempre una actuación conjunta (que obviamente dará lugar a una eficacia total). El conflicto se plantea en relación a la admisión y al alcance de la actuación singular, puesto que en los supuestos de crédito solidario o en mano común cabe hablar de cancelación total, pero no con los créditos mancomunados, pues una actuación individual con eficacia total contradice los principios de la cotitularidad parciaria”.<sup>36</sup>

Este ha sido un tema sobre el que han surgido distintas y controvertidas opiniones, apoyadas en el distinto alcance otorgado por cada autor a los principios de indivisibilidad y accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito. Las distintas teorías han surgido, fundamentalmente, a raíz de la existencia de una ausencia de regulación sobre la posibilidad de ejercicio individual de la acción hipotecaria por la determinada cuota crediticia del acreedor actuante, precisamente por el carácter indivisible de esta garantía real.

Unos se muestran favorables a esta regulación legal, porque consideran que la admisión de la actuación individual sería un sistema especialmente gravoso para el dueño de la finca que soportaría una pluralidad de ejecuciones, tantas como coacreedores haya, sería insatisfactoria para el primer coacreedor que ejecuta si el valor de la finca es insuficiente, porque sufriría mayor riesgo. Ante esto, cabría oponer el hecho de que ese riesgo lo sufren todos los acreedores y que un mismo sujeto no

---

<sup>36</sup> Blasco Gascó, Francisco de Paula. **La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario**. Pág. 56.



sufre una pluralidad de ejecuciones, pues tras la primera de ellas el adquirente del bien en la subasta será quien sufra la siguiente ejecución parcial, y así cada vez que se ejecute el bien hipotecado, porque hay que diferenciar ejercicio del derecho del crédito y ejercicio de la acción hipotecaria respecto del que no cabría la actuación individual.

“La actuación deberá ser conjunta o bien individual pero en beneficio de todos, procediendo a la consignación del importe obtenido. Lleva el principio de indivisibilidad hasta sus últimas consecuencias sin atender al principio de accesoriedad. También se exige la actuación conjunta, pero no con base en las normas de la comunidad de bienes sino en el régimen de las obligaciones mancomunadas indivisibles, porque se considera esencial tanto el principio de indivisibilidad como el de accesoriedad, configurándose el crédito hipotecario con dos tipos de prestaciones: unas divisibles (las que nacen del propio crédito) y otras indivisibles (nacen de la hipoteca)”.<sup>37</sup>

Como se puede apreciar, en la doctrina, la idea de cuota en el crédito se aplicaría también a la hipoteca; la pluralidad de sujetos activos en la misma llevaría a constituir tantas hipotecas como acreedores o una sola hipoteca dividida en tantas cuotas como acreedores hipotecarios existan, pudiendo cada acreedor ejercitar de modo autónomo la acción hipotecaria con eficacia parcial.

Además aunque se reputen distintas, cada cuota nace y forma parte de una misma hipoteca y, en consecuencia, deben tener el mismo rango. De igual modo, si se

---

<sup>37</sup> Blasco Gascó. **Ob. Cit.** Pág. 58.



determinase la constitución de tantas hipotecas distintas como acreedores, podría pactarse la igualdad de rango; sin embargo, esta realidad se enfrenta al hecho que de no admitirse la posibilidad de actuación individual y exigirse la conjunta, se estaría desvirtuando el régimen de la cotitularidad parciaria, pues la existencia de la hipoteca conllevaría siempre la aplicación del régimen de las obligaciones en mano común. Asimismo se llegaría a una situación en la que no sería interesante acudir a la constitución de hipoteca pues la misma perjudicaría a los acreedores parciarios al limitar sus posibilidades de actuación y satisfacción de su derecho respecto de las que tendrían con el ejercicio de la acción personal; es decir, total independencia y autonomía en la reclamación de su parte en el crédito.

Ciertamente no hay que olvidar que este tipo de obligaciones es un crédito que, por voluntad de las partes, se ha configurado mancomunadamente. En consecuencia, la intención de las partes es que se mantengan indemnes las posibilidades de actuación aislada de cada uno por su parte, pues de lo contrario se hubiera pactado la solidaridad o la articulación en mano común. Debe mantenerse el criterio de la existencia de tantos créditos como acreedores parciarios.

Al existir la hipoteca y en virtud de la regla de accesoriedad de la misma respecto del crédito, puede decirse que igualmente existirán tantas hipotecas o cuotas de la hipoteca como créditos y que, además, disfrutaran de un mismo rango, por lo que cada acreedor podrá ejercitar su derecho con tal independencia de los demás y, en consecuencia, ante el incumplimiento voluntario de la prestación podrá acudir a la



ejecución de la hipoteca respecto a su parte, subsistiendo el gravamen sobre el mismo o los mismos bienes a favor de los de mas acreedores, con lo que estos no se ven en nada perjudicados por el ejercicio individual de la acción por uno de ellos; por lo que tal posibilidad es la más lógica y congruente con la voluntad de las partes; además, no está reñida con el carácter indivisible de la hipoteca.

#### **4.2. Pluralidad de deudores**

Los deudores pueden resultar hipotecantes a partir de una mancomunidad simple o de forma solidaria. En el primer caso, se exige la actuación conjunta de los sujetos. Por lo tanto, a la hora de realizar la prestación deberán hacerlo todos juntos; todos deberán adoptar las decisiones que afecten a la relación obligatoria; todos serán demandados, en su caso, ante el incumplimiento de la obligación. Esto se encuentra regulado en el Artículo 1348 del Código Civil, Decreto Ley 106, en donde se estipula que: "Por la simple mancomunidad no queda obligado cada uno de los deudores a cumplir íntegramente la obligación, ni tiene derecho cada uno de los acreedores para exigir el total cumplimiento de la misma: En este caso, el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes como acreedores o deudores haya, y cada parte constituye una deuda o un crédito separados"; por lo que los actos de uno solo de los acreedores, dirigidos contra uno solo de los deudores, no aprovechan a los otros acreedores ni perjudican a los otros deudores.



Mientras que en la cotitularidad solidaria, es necesario destacar el componente de garantía que puede apreciarse en la constitución de la solidaridad pasiva, porque con ésta el acreedor se beneficia de una mayor seguridad y facilidad en el cobro al poder exigir el pago a cualquier de los deudores, tal como estipula el Artículo 1352 del mismo Código al plantear que “La obligación mancomunada es solidaria cuando varios deudores están obligados a una misma cosa, de manera que todos o cualquiera de ellos pueden ser constreñidos al cumplimiento total de la obligación, y el pago hecho por uno solo libera a los demás; y es solidaria con respecto a los acreedores cuando cualquiera de ellos tiene el derecho de exigir la totalidad del crédito, y el pago hecho a uno de ellos libera al deudor”.

Esta mayor seguridad se acrecienta con la existencia de la hipoteca, porque en este caso, como en cualquier otro crédito subjetivamente complejo en la posición pasiva, cualquiera de los deudores podrá cumplir la prestación exigida para la satisfacción del interés del acreedor con efectos liberatorios para todos los coobligados como lo regula el Artículo 1355 del Código Civil, el cual establece: “El deudor podrá hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, pero si hubiere sido demandado por alguno de ellos, a éste hará el pago con notificación de los demás interesados” y, por su parte, “El acreedor podrá exigir la deuda a cualquiera de los deudores solidarios, o contra todos ellos simultáneamente. La reclamación entablada contra uno no será obstáculo para las que se dirijan posteriormente contra los demás, mientras la obligación no estuviere totalmente satisfecha”, según el Artículo 1357 del mismo cuerpo legal.



Ahora bien, ante la reclamación e incumplimiento por uno cualquiera de los deudores, el acreedor está facultado para ejecutar la hipoteca que garantiza su derecho de crédito.

“Cuestión interesante es qué ocurre ante una solidaridad pasiva no uniforme, por existir distintos plazos o condiciones afectantes a cada deudor. Respecto de las obligaciones en general, se ha indicado que esa parte no vencida no podrá ser todavía pues el deudor afectado podrá oponer al acreedor una excepción personal del otro, por la cuantía de la cuota de la que es titular real el deudor afectado por especiales plazos o condiciones. Pero, en este caso, ante el impago de uno de los deudores que ha visto vencer la obligación antes que a sus coobligados, ¿cabría ejecutar la hipoteca en su totalidad y con eficacia respecto a todos a sólo se ejecutaría parcialmente, en la cuantía de la obligación (o la parte de la misma) vencida? Para responder a esta cuestión hay que tener en cuenta el carácter indivisible de la hipoteca; el hecho de que cada uno de los deudores está obligado frente al acreedor por el todo. A semejanza de lo que expuse al analizar la solidaridad activa no uniforme, considero que sí es posible la ejecución de la hipoteca ante ese impago de uno de los deudores solidarios. Esta posibilidad es consustancial a la solidaridad, que además, ha sido querida por las partes. Pero, por efectos de lo dispuesto en la ley, la ejecución sólo podrá efectuarse por el importe de la cuota del deudor que primero ha visto vencida la obligación, pues es la única parte exigible. Cualquiera de los deudores, o el hipotecante o tercer poseedor del bien gravado, podrá hacer efectiva la deuda antes de proceder a la subasta, tras el requerimiento de pago previsto. En este caso, se procederá a dar por



terminada la ejecución. Ese pago realizado antes de la subasta o el importe obtenido del remate, en caso de que lo primero no haya tenido lugar, reducirá la cuantía de la deuda (lo que se hará constar mediante nota al margen de la inscripción hipotecaria, pero la garantía permanecerá íntegra sobre el bien o bienes hipotecados".<sup>38</sup>

Derivado de la cita, se puede establecer que se dirimirá en la relación interna de los deudores será la de los posibles perjuicios que, por el impago del deudor que primero vio vencida la obligación y la posterior ejecución de la hipoteca, hayan surgido para el resto de obligados.

Como se puede apreciar la realidad jurídico-hipotecaria es bastante compleja; y lo es aún más cuando en las distintas posiciones jurídicas concurre una pluralidad de sujetos. Hay que tener en cuenta los dos tipos de relaciones jurídicas que conviven en estas situaciones, siendo una obligacional que une al acreedor o acreedores con el deudor o deudores y la otra real que vincula al acreedor o acreedores con el hipotecante o hipotecantes o en su caso los terceros poseedores.

De cada una de estas situaciones hay que respetar su naturaleza, régimen esencial y sus principios rectores, así como tratar de armonizarlos entre sí. De esta forma se podrán determinar las posibilidades de actuación eficaz de cada uno de los sujetos, especialmente, y por lo que en este trabajo se centra, en la fase de exigencia del crédito o cumplimiento de la prestación

---

<sup>38</sup> Jordano Fraga, Francisco. **Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios**. Pág. 129.





## CAPÍTULO V

### **5. Análisis jurídico legal de la cesión de crédito garantizado con hipoteca de acuerdo a la legislación guatemalteca**

A la población en general, en numerosas ocasiones la terminología financiera le puede llegar a superar por su especialización; por ejemplo cuando al cambiar la hipoteca de banco debe saber cuál es la diferencia entre la cesión de crédito y la subrogación.

En el primer caso, un acreedor cede a otra persona su crédito, tal como lo regula el Artículo 1443 del Código Civil, Decreto Ley 106, que establece: “El acreedor puede ceder sus derechos sin el consentimiento del deudor, salvo que haya convenio en contrario o que no lo permita la ley o la naturaleza del derecho”.

Mientras que en la subrogación, otra persona se coloca en el lugar donde estaba el primitivo acreedor, lo cual es permitido por el Código Civil guatemalteco en el Artículo 1453 que estipula: “la subrogación tiene lugar cuando el acreedor sustituye en el tercero que paga, todos los derechos, acciones y garantías de la obligación”

La hipoteca, por ser un derecho accesorio, no puede ser cedida sin el crédito, ni éste sin aquella. Por tanto, cuando se habla de la cesión del crédito garantizado con hipoteca, se hace referencia al cambio de sujeto activo del crédito garantizado y del titular del derecho real de hipoteca que lo acompaña.



Es el supuesto en que el acreedor cede su derecho a un tercero, a título oneroso o gratuito y ese tercero pasa a ser acreedor del primitivo deudor. Como es un acto sobre bienes inmuebles inscribibles en el Registro General de la Propiedad, el mismo debe hacerse en escritura pública, sino que necesariamente tenga que notificarse al deudor. Así lo estipula el Artículo 1445 del Código Civil al establecer que: “la cesión debe hacerse en escritura pública si se trata de derechos sobre inmuebles o que deben inscribirse en el Registro de la Propiedad”, lo que permite que el cesionario se subrogue en todos los derechos del cedente.

Es de entender que antes de asumir la deuda hipotecaria, el cesionario debe conocer los riesgos y precauciones. Este crédito, que puede ser total o parcial, debe negociarse con la entidad bancaria respectiva para programar el plazo, requisitos y valores de acuerdo con las condiciones del nuevo titular o titulares. Por ejemplo, cuando se trata de la compra de vivienda nueva, el comprador paga una parte de su vivienda con un préstamo, pero antes el constructor la ha edificado con la ayuga de un crédito usando como garantía a este inmueble y todos los demás que pertenezcan al proyecto. Cuando el comprador hace efectivo su crédito, el banco le descuenta la suma respectiva al constructor de su crédito.

“Ahora bien, es vital tener en cuenta que si el banco se demora en desembolsarse el dinero al comprador, el constructor le cobrará los intereses de mora a que haya lugar, sin importar que ya se esté o no viviendo en el inmueble. Por esta razón el comprador debe agilizar el trámite de desembolso del dinero para pagar la menor cantidad posible



de intereses. En lo posible, se recomienda tomar el crédito con la misma entidad que financió al constructor porque los costos de cambiar el titular son menores”.<sup>39</sup>

## **5.1. Tipos de subrogación**

Doctrinariamente se conoce y ubican como tipos a la subrogación misma, a la cesión de créditos y a la cesión de contratos, que son tres figuras o especies del género sucesión en el crédito, que no obstante compartir algunos rasgos comunes, tiene una identidad jurídica propia.

### **5.1.1. La subrogación común**

Entendida la subrogación como la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga, ella opera como un efecto independiente del designo de las partes y del tercero que paga, con miras a la protección de éste, pero sobre la base de la satisfacción del acreedor.

Aunque comúnmente el pago, entendido como la prestación de lo que se debe, es el medio normal de extinción de las obligaciones. No obstante, cuando el pago lo efectúa un tercero, lo que se conoce como pago con subrogación, por mandato legal la obligación subsiste intacta, por lo que el pago hecho por el tercero no tiene efecto extintivo, sino sólo de desplazamiento y sustitución del acreedor. La subrogación opera

---

<sup>39</sup> Jordano Fraga. **Ob. Cit.** Pág. 135.

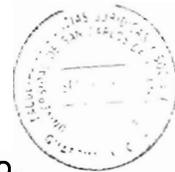


de pleno derecho en los casos especialmente contemplados en el Artículo 1455 del Código Civil, sin necesidad de declaración alguna de los interesados en los siguientes casos:

- “1. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor que le es preferente;
2. Cuando el tercero que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.
3. Cuando el tercer no interesado en la obligación paga con anuencia del deudor; y
4. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia”.

Esto implica que si la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista subrogará al acreedor por ministerio de la ley, en sus derechos, si el préstamo constare en documento fehaciente en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la deuda; asimismo, la subrogación legal en provecho del que ha pagado una deuda a la cual estaba obligado con otros, lo autoriza a ejercer los derechos y acciones del acreedor, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la parte que corresponda al subrogado en la obligación, pero si el subrogado lo hubiere sido sólo en parte y los bienes del deudor no alcanzaren a pagar la totalidad del crédito, el pago se hará a prorrata.

Por ejemplo, en un contrato de compraventa, como en todo contrato bilateral, las partes son recíprocamente acreedoras y deudoras; el comprador es acreedor de la cosa y deudor del precio, el vendedor es acreedor del precio y deudor de la cosa, pero



tratándose de la subrogación es necesario distinguir la calidad de parte en el contrato, de la calidad de acreedor o deudor que se tenga, como quiera que la subrogación ocurre respecto de una obligación y no respecto de un contrato, por eso es que cuando opera la subrogación lo que ocurre es un desplazamiento de la calidad de acreedor y no una sustitución de la calidad de parte en el contrato.

“En un contrato de compraventa el comprador es fundamentalmente acreedor de las obligaciones de entregar y de saneamiento a cargo del vendedor. Si un tercero entrega la cosa vendida en lugar del vendedor, el tercero se subroga en los derechos del comprador, frente al vendedor, pero la obligación de saneamiento es independiente y en principio continuará respondiendo por su cumplimiento el vendedor, a menos que, en teoría, respecto de esta obligación opere una nueva subrogación. Así las cosas, el vendedor conserva la calidad de proveedor, por lo que la subrogación en las obligaciones del vendedor será posible cuando se trate de cosas de género y el comprador haya sido plenamente satisfecho, tratándose de un cuerpo cierto no se explica cómo un tercero podrá cumplir la obligación de entregar el bien en lugar del vendedor; si ese tercero es propietario, estaremos en el caso de venta de cosa ajena, caso en el cual se regirá por las reglas que le son propias; si el vendedor es el dueño y encarga la entrega a un tercero, las relaciones de ese tercero con el vendedor se regirán por las reglas del mandato. Cualquiera que sea la hipótesis planteada, el comprador no puede ver disminuidos o menoscabados sus derechos”.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Jordano Fraga. **Ob. Cit.** Pág. 141.



En este ejemplo, el vendedor es acreedor del precio, sin embargo un tercero puede satisfacer al vendedor pagándole el precio, subrogándose por este hecho en los derechos del vendedor sobre el precio contra el comprador. Esta situación mantiene intactas las obligaciones del vendedor frente al comprador, particularmente en lo que respecta a su calidad de proveedor según las normas de protección al consumidor.

### **5.1.2. La cesión de derechos o créditos**

En la cesión de derechos o créditos se enajena por acto entre vivos un crédito, visto como un bien incorporal. Se define como un acto de autonomía privada, en virtud del cual el cedente dispone de su derecho para transferirlo a un tercero.

“De acuerdo al derecho comparado, el contrato de cesión puede ser gratuito u oneroso según el acreedor reciba una contraprestación a cambio. Es un contrato solemne, toda vez que requiere la firma del acreedor-cedente si el crédito cedido consta en un documento; en caso contrario deberá otorgarse un documento escrito en el que conste la cesión. Entre las partes, cedente y cesionario, la cesión se perfecciona por la entrega del título, esto es del documento correspondiente en donde conste la cesión. Frente al deudor, así como frente a los otros terceros, la cesión se perfecciona cuando sea comunicada al deudor, carga que corresponde al tercero-cesionario, salvo estipulación en contrario. En la compraventa el vendedor puede ceder el crédito que tiene en su favor, es decir, el precio de la cosa vendida, pero sus obligaciones como tal continúan inmodificadas frente al comprador, debiendo responder ante éste en caso de



incumplimiento; la calidad de proveedor que le confiere el Decreto 3466 de 1982 no sufre cambio alguno. Lo mismo ocurre cuando el comprador cede su crédito, es decir el derecho a que le sea entregada la cosa; el tercero-cesionario pasa a ocupar el lugar del comprador solamente en esa obligación (la entrega a cargo del vendedor), conservando el comprador-cedente la de pagar el precio”.<sup>41</sup>

Como se puede interpretar, en la cesión de derechos o de créditos del cedente, el tercero pasa a ocupar el lugar del cedente, respondiendo el primero frente al segundo de idéntica manera o como lo habría hecho frente al comprador por la cesión de los derechos a la cosa y sobre la cosa, en donde la situación del cedente, en cuanto a sus responsabilidades, no empeora ni mejora.

### **5.1.3. Cesión del contrato**

La subrogación y la cesión de créditos deben diferenciarse de la cesión de contrato, como quiera que en este último caso no sólo se cede la parte activa de una relación obligacional, sino igualmente la pasiva y en definitiva se cede la posición contractual, con lo cual se le confiere al tercero los derechos de todo contratante, por ejemplo el de solicitar la resolución del contrato, lo que no ocurre en la subrogación ni en la cesión de créditos. Lo anterior se predica particularmente en los contratos bilaterales de prestaciones correlativas como la compraventa.

---

<sup>41</sup> Jordano Fraga. **Ob. Cit.** Pág. 144.



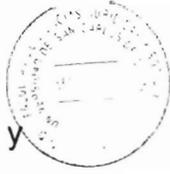
“Por tratarse de un contrato de ejecución instantánea, que cuando su objeto es un cuerpo cierto será considerado como concluido intuitu personae deberá obtenerse la aceptación del contratante cedido, a diferencia de lo que sucede en la subrogación que opera por ministerio de la ley y en la cesión de créditos en donde la simple notificación del deudor la perfecciona frente a terceros. En caso de cesión del contrato por parte del acreedor, el tercero adquiere la calidad de sujeto activo. Si el acreedor cedente se obliga para con el deudor a responder por el incumplimiento del tercero, o el comprador-cedido no libera al vendedor-cedente, podrá exigir de éste el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato cuando el tercero cesionario no las cumpla, pero deberá poner el incumplimiento en conocimiento del vendedor dentro de los diez días siguientes a la mora del tercero-cesionario”.<sup>42</sup>

Ante lo expuesto, se considera que en este caso los derechos del comprador, deben sujetarse a las condiciones y requisitos propios de la cesión de contrato por parte del acreedor; lo cual permite la subrogación legal en todas las obligaciones que, cumpliendo los criterios de integración, puedan ser calificadas de préstamos o créditos.

“Lo que sí se puede afirmar rotundamente es que esta subrogación legal, en todo caso, debe limitarse a los préstamos y créditos ya nacidos y líquidos en el momento de su ejercicio, puesto que, en caso contrario, no serían aplicables los requisitos de

---

<sup>42</sup> Anderson, Miriam. **La cesión de créditos hipotecarios: (requisitos para la transmisión-adquisición)**. Pág. 82.



tramitación y pago, así como que la misma debe ir referida a todos los préstamos y créditos de que fuere titular el acreedor”.<sup>43</sup>

Estos aspectos determinan que esta subrogación, que implica por imperativo legal siempre la cesión de contrato, sólo pueda ir referida a los préstamos y créditos presentes del deudor en el momento de llevarse a efecto y, por otro, que debe ser una cesión total de todos ellos.

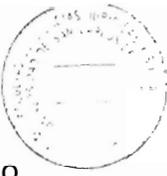
Ahora bien, la imposición de una subrogación total en los créditos existentes, junto con la característica de los mismos, viene a impedir, en la práctica, la posibilidad de esta subrogación sin la colaboración del acreedor original, porque sino no puede existir certeza del número y cuantía de las obligaciones realmente existentes y cubiertas por la garantía, lo que impide el cálculo de la cantidad a pagar por la subrogación.

## **5.2. La cesión de crédito garantizado con hipoteca**

El crédito o préstamo garantizado con hipoteca puede cederse en todo o en parte de conformidad con lo que se desprende del Artículo 1445 del Código Civil, cuando regula que: “La cesión debe hacerse en escritura pública si se trata de derechos sobre inmuebles o que deben inscribirse en el Registro de la Propiedad”.

---

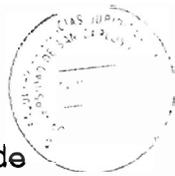
<sup>43</sup> Gaya Sicilia. Regina. **La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido: ¿carga del cedente o del cesionario?** Pág. 102.



Por eso es que la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro General de la Propiedad, porque el mismo no surtirá efecto contra tercero hasta la fecha de su inscripción registral; sin embargo, en la doctrina y en la legislación comparada la cesión del crédito hipotecario es válida y plenamente eficaz inter partes y subroga al cesionario en todos los derechos del cedente sin necesidad de la inscripción, lo cual implica la cesión del derecho real de hipoteca aun cuando no se lleva a cabo su inscripción registral.

Ahora bien, en el presente apartado se trata de analizar la figura de la cesión de crédito garantizado con hipoteca y sus características pues en Guatemala, la validez de la cesión del crédito hipotecario se rige por el Código Civil, aun cuando doctrinariamente se establezca la no necesidad de inscripción y de dar conocimiento de la misma al deudor.

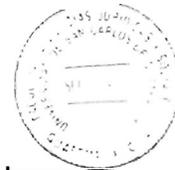
Se trata de determinar el valor e importancia de la inscripción en el Registro General de la Propiedad de la cesión de los créditos hipotecarios y la equiparación de la cesión de la hipoteca a la transmisión de cualquier otro derecho real, de tal manera que la inscripción se constituye como requisito para la eficacia frente a terceros de la cesión y la operatividad de los mecanismos y efectos de los asientos registrales, tomando en cuenta que esa subrogación del cesionario en los derechos del cedente no alcance a aquellas acciones que solamente pueden ser ejercitadas por el titular registral de la hipoteca, incluidas las acciones ejecutivas, mientras la inscripción no se lleve a cabo.



“A este respecto considero que esa desvinculación o vida separada e independiente de los créditos garantizados individual o genéricamente con la hipoteca flotante implica que, en cuanto a aquellos que no consten reflejados en el Registro de la Propiedad, no se puede hablar propiamente de créditos hipotecarios y que, en consecuencia, esos créditos sólo presumiblemente garantizados con esta hipoteca, al contrario de los que lo son con la hipoteca ordinaria, son transmitidos sin la garantía a menos que así se indique expresamente en el momento de la cesión y se refleje en el Registro, no operado en otro caso la accesoriedad porque el crédito no se ha incorporado a la hipoteca. La razón es la misma por la que no se puede cancelar parcialmente la hipoteca en caso de pago de uno de los créditos genéricamente garantizados. Se hace pues inevitable distinguir entre los distintos supuestos garantizarles con la hipoteca y así, es indudable que no existirá problema alguno en la aplicación de las normas generales de cesión de créditos a la cesión de los cubiertos con esta hipoteca, si lo que se ha garantizado es una única obligación ya determinada o contraída o si todos los créditos garantizados son determinados en el momento de la constitución y la responsabilidad hipotecaria cubre el importe total de todos ellos, porque los mismos ya se han incorporado a la hipoteca y cada uno tiene una porción determinada en la cobertura. Este criterio es aplicable incluso aunque inicialmente todos o algunos de los créditos garantizados fueren futuros – pero ya pactados – o de cuantía indeterminada – si se ha señalado un máximo de cobertura- pues lo único que ocurriría es que la fe pública registral no se extendería a su existencia o cuantía”.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Gaya Sicilia. **Ob. Cit.** Pág. 105.



Como puede apreciarse, doctrinalmente, el problema surge cuando, a falta de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones, ésta no cubre el importe total de los créditos determinados garantizados o cuando todas o algunas de las obligaciones garantizadas sólo son determinables, es decir, cuando son puramente futuras o genéricamente garantizadas, y consiste en dilucidar cuál es el régimen de esa cesión de los créditos en tales casos y si es posible la cesión solo de un tipo de las distintas obligaciones encuadrables dentro los criterios de integración o bien, la singularidad de la hipoteca flotante, a falta de pacto expreso, provoca que la cesión de créditos incluidos en la cobertura no comparta por sí misma una cesión de la hipoteca porque el máximo que se garantiza no es el límite del crédito que puede conceder el acreedor sino, simplemente, la cantidad por la que responde la finca, sean cuales sean los créditos que en cada momento formen parte del conjunto de créditos cubiertos por la garantía.

En realidad, en estos casos, al existir una mera garantía genérica sin correspondencia entre lo debido y la responsabilidad hipotecaria, no existen verdaderos créditos hipotecarios, al menos, hasta que el crédito concreto es objeto del correspondiente acuerdo constitutivo, por lo que deben distinguirse, a su vez, dos supuestos, según que la cesión se refiera a créditos presentes o a puramente futuros, que se refieren a aquellos en que la obligación todavía no ha sido contraída, pero que si se llegará a constituir entraría dentro de los supuestos de los criterios de integración, a efectos de admitir la cesión aislada de obligaciones puramente futuras sin necesidad de consentimiento del deudor.



La asimilación, en realidad, debe ser entre las relaciones contraídas, ya generen una obligación presente, futura o sujeta a condición, y la contraposición entre éstas y las relaciones no contraídas de presente, sin perjuicio de que, una vez pactadas esas obligaciones, se pueda lograr el reflejo registral de su nacimiento.

En el primer caso entiendo que el acreedor hipotecario puede ceder todos o alguno de estos créditos determinados o contraídos inicialmente o con posterioridad y conservar el derecho real de hipoteca íntegro en garantía del resto, sin que se produzca una extinción parcial de la misma, aplicando la regla general de estas cesiones antes expuesta, porque es posible que nazcan más obligaciones incluíbles en la cobertura a favor del cedente.

Sin embargo, de acuerdo al espíritu del Artículo 1443 del Código Civil que regula: “El acreedor puede ceder sus derechos sin el consentimiento del deudor, salvo que haya convenio en contrario o que no lo permita la ley o la naturaleza del derecho”, permite entender que mientras no se presenten estas dos circunstancias limitantes, el acreedor puede ceder el crédito con garantía hipotecaria incluyendo aún los negocios futuros que realice con el deudor, siempre que la garantía hipotecaria cubra el monto de los créditos.

“Para que tenga lugar la simultánea transmisión de la garantía hipotecaria al cesionario es necesario que se pacte expresamente la misma, que el adquirente reúna los requisitos subjetivos de la ley y que se determine adecuadamente el régimen de



funcionamiento de la colectividad de acreedores, mancomunidad, solidaridad o colectividad, si la comunidad activa surge en ese momento, o la subrogación del cesionario en la posición jurídica del cedente si tal comunidad ya existía. No entiendo necesario, en este caso, el consentimiento del deudor porque la obligación de pago de las obligaciones contraídas ya está asumida por éste, y lo máximo que se podría conceder al cesionario es una porción en la cobertura equivalente al importe del crédito o créditos existentes cedidos. Por el contrario si la cesión comprende todos o algunos tipos de los créditos determinables garantizados, es decir, si se cede la posibilidad de garantizar obligaciones puramente futuras encuadrables en la cláusula de globalización, lo que de hecho se está transmitiendo es, únicamente, una expectativa de mantener una relación jurídica de crédito continuada con el deudor, más que una propia cesión de créditos, que todavía no existen ni siquiera en compromiso por el acreedor y que no se pueden comparar, por tanto, a los créditos futuros o ilíquidos, o bien una transmisión independiente de la hipoteca sin cesión de créditos, que no es posible por estar prohibida en el derecho español la hipoteca de propietario a la que se asimilaría”.<sup>45</sup>

En cuanto a los efectos de la inscripción de la cesión de los créditos, se entiende que, si la cesión del crédito hipotecario no se ha inscrito, el cesionario carece de la legitimación necesaria para instar la ejecución por efecto de este principio dimanante del Registro, pues por aplicación de las normas generales del sistema registral y, además, por ser la inscripción del derecho real de hipoteca de carácter constitutivo, la

---

<sup>45</sup> Gaya Sicilia. **Ob. Cit.** Pág. 106.

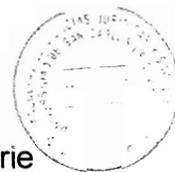


operatividad del mismo sólo podrá ser efectuada por quién sea su titular registral y en la medida o extensión que lo sea, porque el principio de legitimación registral más que referirse a la posible oponibilidad de su titularidad respecto de terceros, se refiere a la facultad de ejercitar, con efectos registrales el contenido de los derechos reales inscritos.

Esta inscripción de la cesión será posible, exista o no tercer poseedor de la finca o titulares de derechos posteriores, porque el cambio de titular de la hipoteca no perjudica a dichos terceros, porque para la admisión de la legitimación procesal ejecutiva se debe acompañar el título ejecutivo oportuno que es la correspondiente certificación registral donde aparezca la cesión de créditos hipotecarios, con lo cual el cesionario justifique su derecho de actuar en lugar de acreedor cedente.

Esta legitimación es posible porque la relación entre el cesionario y el deudor se rige por el principio según el cual el deudor no puede resultar perjudicado con la cesión, porque la misma no le permite al cedente transmitir mayor o mejor derecho que el que tiene establecido en el contrato hipotecario, porque si bien es cierto que la Ley le otorga derechos al acreedor sobre el deudor, como poder ceder el crédito sin consentimiento del deudor, también lo es que los mismos se encuadran dentro de lo pactado con el deudor.

“Precisamente, por cuanto el deudor se convierte en tercero afectado directamente por un negocio en el que no interviene, la nota común de todas las legislaciones en materia



de cesión de créditos es la protección del deudor de buena fe, estableciendo una serie de normas dirigidas a evitar que su situación jurídica empeore como consecuencia de la cesión, lo que se traduce en la máxima según la cual el deudor no puede quedar obligado a cumplir por más de lo que estaba obligado a cumplir frente a su acreedor inicial ni la ejecución de la prestación le debe resultar más gravosa. Representaría ésta la primera manifestación de la protección concedida al deudor cedido, dirigida a evitar que la cesión haga más costosa la ejecución de la prestación debida y la deuda resulte más gravosa para el deudor, a cuyo fin es generalizado reconocerle la posibilidad de oponer las mismas excepciones, incluida la compensación, que hubiera podido ejercitar frente al acreedor inicial, y algunas de las que pudieran surgir de la cesión misma”.<sup>46</sup>

Se entiende, entonces, que el contrato de cesión de derechos o créditos garantizados con hipoteca no requiere para su validez y eficacia, el consentimiento del deudor ni el conocimiento del mismo, lo cual implica que queda al margen del contrato y sólo es necesario para que sea eficaz la cesión su inscripción hipotecaria, porque a partir de la misma se encuentra obligado el cedido con el nuevo acreedor.

---

<sup>46</sup> Anderson. **Ob. Cit.** Pág. 85.



## CONCLUSIONES

1. La propiedad de los bienes resulta un tema fundamental para garantizarle la seguridad jurídica a las personas; sin embargo, hasta el presente ni el Registro de Información Catastral ni el Registro General de la Propiedad han promovido que la población con irregularidad en el dominio de sus bienes realice los trámites legales para inscribirlos como ordena el Código Civil.
2. Los derechos reales implican la posibilidad de que las personas puedan volver una herramienta de financiamiento su bien inmueble, a partir de utilizarlo para garantizarse un préstamo con garantía hipotecaria; pero el sistema bancario no ha coordinado con las entidades públicas para promover que las personas desarrollen su inteligencia financiera para hacer negocios con sus bienes.
3. La mejor manera de garantizarle al acreedor que le serán devueltos los recursos económicos que prestó es que el mismo exija que se le deje una prenda o una hipoteca; sin embargo, la mayoría de las personas no conocen estas figuras legales, por lo que casi solo los bancos y cooperativas financieras blindan su crédito con bienes que les permitan recuperarlo.

4. El Código Civil guatemalteco es muy permisivo sobre la posibilidad que en una deuda haya pluralidad de acreedores o de deudores, pero en la práctica la ciudadanía no utiliza esta figura, especialmente los que piden prestado, puesto que no valoran o no comprenden las ventajas financieras que tiene esa institución civilista, para obtener capital y hacer negocios.
  
5. Aún cuando el Código Civil es taxativo sobre los distintos tipos de subrogación existente, la persona común y corriente desconoce la manera en que funcionan estas figuras legales, por lo que muchas veces cuando hacen préstamos en el banco no entienden la cláusula escrituraria que le permite a la entidad financiera ceder su crédito a terceros sin previa aprobación del deudor.

## RECOMENDACIONES

1. El Registro de Información Catastral y el Registro General de la Propiedad, debe promover campañas nacionales de información hacia la población guatemalteca, sobre los procedimientos y requisitos que deben reunir para que quienes posean de manera irregular sus bienes realice los trámites legales para inscribirlos como ordena el Código Civil.
2. Que la Asociación de Bancos de Guatemala, conjuntamente con el Registro de Información Catastral y el Registro General de la Propiedad, realicen capacitaciones para la población guatemalteca sobre la utilidad de sus derechos reales para utilizar como una herramienta de financiamiento su bien inmueble, utilizándolo para garantizarse un préstamo con garantía hipotecaria.
3. Es necesario que el Banco de Guatemala y a la Superintendencia de Bancos, promuevan campañas informativas para los dueños de derechos reales, sobre la importancia de la prenda o hipoteca como garantía de los derechos de crédito para los acreedores, con lo cual pueden promover que utilicen sus bienes para crear un fideicomiso para financiar negocios en el país.

4. La Dirección de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Economía, debe llevar a cabo talleres informativos para la población que posea bienes inmuebles, sobre la importancia de utilizar la figura de la pluralidad de deudores, para que puedan hipotecar de manera conjunta sus derechos reales y que con el financiamiento creen negocios para mejorar sus ingresos.
  
5. El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, a través de la Comisión de Académica debe promover campañas divulgativas para la población que va adquirir préstamos en los bancos, para que se asesoren con un notario que les explique los efectos de la cláusula escrituraria con lo cual puedan dar su consentimiento informado y comprendan el objeto de esta figura.



## BIBLIOGRAFÍA

ALMEIDA COSTA, Mario. **Derecho de obligaciones**. México: Ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2009

ANDERSON, Miriam. **La cesión de créditos hipotecarios: (requisitos para la transmisión–adquisición)**. México: Ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 2009.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. **Derechos reales**. España: Ed. Thomson, 2008.

AZPITARTE CAMY, Rafael. **Cesión parcial y pluralidad de acreedores en los créditos hipotecarios**. México: Ed. Cuadernos de Derecho Registral, 2008.

BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. **La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario**. Perú: Ed. Pontificia Universidad Católica Del Perú, 1988.

BONNECASE, Julián. **Elementos de derecho civil**. Argentina: Ed. Cajica, 1986

CORDERO, Encarna. **Tratado de derechos de garantía**. España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1989

CORDERO, Encarna. **La hipoteca global, la determinabilidad del crédito garantizado**. España: Ed. Revista de Derecho Privado, 1988.

DE LA CÁMARA, Manuel. **Notas críticas a la naturaleza de la hipoteca como derecho real**. Perú: Ed. Studium, 1984.



GAYA SICILIA, Regina. **La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido: ¿carga del cedente o del cesionario?** Colombia: Ed. Albatros, 1980

JORDANO FRAGA, Francisco. **Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios.** España: Ed. Bosch, 1999.

MAISCH VON HUMBOLT, Lucrecia. **Los derechos reales.** España: Ed. Ariel, 2001.

PARDO, Celestino. **Hipoteca y letras de cambio.** Perú: Ed. Ediciones Talleres Industria Avanzada, 1985

ROCA SASTRE MUNCUNILL, Ramón María. **Derecho hipotecario.** México: Ed. Editores Mexicanos Unidos, 1985.

VERDERA SERVER, Rafael. **La hipoteca a favor de dos o más acreedores (cotitularidad crediticia y garantía hipotecaria).** Argentina: Ed. Sudamericana, 2001.

VON TUHR, Andreas. **Tratado de las obligaciones.** España: Ed. Tirant lo de Blanch, 2003

### **Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

**Código Civil.** Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala Decreto Ley número 106, 1964.



**Código Procesal Civil y Mercantil.** Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 107, 1964.