

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

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 835 DEL CÓDIGO CIVIL, PARA QUE EN FORMA EXPRESA REGULE LA CREACIÓN DE LA HIPOTECA SOBRE LOS DERECHOS DE POSESIÓN Y SU REGISTRO EN LAS MUNICIPALIDADES DEL PAÍS, PARA PODER SER SUJETO DE CRÉDITO BANCARIO”

HUGO RENÉ LÓPEZ LEAL

Guatemala, septiembre de 2006

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

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 835 DEL CÓDIGO CIVIL, PARA QUE EN
FORMA EXPRESA REGULE LA CREACIÓN DE LA HIPOTECA SOBRE LOS
DERECHOS DE POSESIÓN Y SU REGISTRO EN LAS MUNICIPALIDADES DEL PAÍS,
PARA PODER SER SUJETO DE CRÉDITO BANCARIO”**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

HUGO RENÉ LÓPEZ LEAL

**Previo a conferírsele el grado académico de
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
y los títulos profesionales de**

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2006

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Érick Rolando Huitz Enriquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Edgar Alfredo Valdéz López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ

EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

PRIMERA FASE:

Presidente:	Lic. Raúl Antonio Chicas Hernández
Vocal:	Lic. Emma Graciela Salazar Castillo
Secretario:	Lic. Mayra Yojana Véliz López

SEGUNDA FASE:

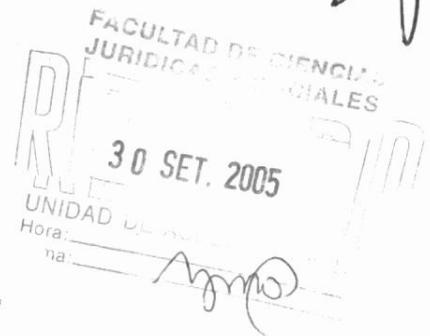
Presidente:	Lic. Juan Miguel Arita España
Vocal:	Lic. Vilma Lucrecia Castillo Acevedo
Secretario:	Lic. Claudia Lucrecia Santiago Gómez

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de tesis”.
(Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



BUFETE PROFESIONAL
8A. AVENIDA 6-06, ZONA 7
QUINTA SAMAYOA
TELS. Y FAX: 4718829 - 4713614-15
4404996 - 4405015 - 4405007
4754421 - 4754533 - 4754538
4754542 - 4754548
GUATEMALA, C. A.

Guatemala, 23 de Septiembre del 2005



Licenciado, Bonerge Amilcar Mejia Orellana,
Decanato de la Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Respetable Licenciado:

Por este medio, hago constar que he procedido a analizar el trabajo de investigación del estudiante, HUGO RENÉ LÓPEZ LEAL, con carnè número 9218943, titulado "Necesidad de Reformar el Artículo 835 del Código Civil, para que en forma expresa regule la creación de la Hipoteca sobre los Derechos de Posesión y su Registro en las Municipalidades del país, para poder ser sujeto de Crédito Bancario", en cumplimiento del nombramiento que como ASESOR recayó en mi persona mediante resolución emitida por el señor Decano, asesorando para tal efecto al estudiante en el trabajo en mención. Estimo que la investigación reúne todos los requisitos exigidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, para los efectos correspondientes.

El Bachiller HUGO RENÉ LÓPEZ LEAL, ha cumplido con los requerimientos hechos de mi parte, consecuentemente no tengo ninguna objeción en emitir el presente DICTAMEN FAVORABLE, para que el trabajo de investigación continúe con su etapa conclusiva de tramitación administrativa.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para suscribirme de usted atentamente.


Lic. RONEL EMILIO ESTRADA ARRIAZA
Asesor Colegiado No. 5814

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.** Guatemala, tres de octubre del año dos mil cinco-

Atentamente, pase a la **LICDA. MARTINA MOCK SON RIVAS**, para que proceda a Revisar el trabajo de Tesis del estudiante **HUGO RENÉ LÓPEZ LEAL**, Intitulado: **"NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 835 DEL CÓDIGO CIVIL, PARA QUE EN FORMA EXPRESA REGULE LA CREACIÓN DE LA HIPOTECA SOBRE LOS DERECHOS DE POSESIÓN Y SU REGISTRO EN LAS MUNICIPALIDADES DEL PAIS, PARA PODER SER SUJETO DE CRÉDITO BANCARIO"** y, en su oportunidad emita el dictamen correspondiente.-

~~MIAE/sllh~~





Guatemala, 17 de Octubre del 2005.

OFICINA JURIDICA PROFESIONAL
13 calle 10-38 zona 1, Guatemala, ciudad
telefonos: 22322931

Licenciado, Bonerge Amilcar Mejia Orellana,
Decanato de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Respetable Licenciado:

Por este medio, hago constar que habiéndolo Revisado el trabajo de Tesis del estudiante, **Hugo Renè Lòpez Leal**, carnè número 9218943, intitulado "Necesidad de Reformar el Artículo 835 del Còdigo Civil, para que en forma expresa regule la creaciòn de la Hipoteca sobre los Derechos de Posesiòn y su Registro en las Municipalidades del país, para poder ser sujeto de Crèdito Bancario", por el nombramiento que como REVISORA recayò en mi persona, por resoluciòn emitida por el señor Decano; estimo que la misma reúne los requisitos exigidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, para los efectos correspondientes.

El Bachiller **Hugo Renè Lòpez Leal**, ha cumplido de esta manera, con lo solicitado de mi parte para el trabajo de Investigaciòn relacionado y consecuentemente no tengo ninguna objecciòn en emitir el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, para que el trabajo de investigaciòn continùe con las etapa restantes de tramitaciòn administrativa y finalizaciòn de la tesis citada.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para suscribirme de usted atentamente.

Licda. MARTINA MOCK SON RIVAS
Revisora Colegiada No. 4356

Martina Mock Son Rivas
Abogado y Notario



**DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.** Guatemala, nueve de junio de dos mil seis.-

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del (a) estudiante **HUGO RENÉ LÓPEZ LEAL**, titulado **NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 835 DEL CÓDIGO CIVIL, PARA QUE EN FORMA EXPRESA REGULE LA CREACIÓN DE LA HIPOTECA SOBRE LOS DERECHOS DE POSESIÓN Y SU REGISTRO EN LAS MUNICIPALIDADES DEL PAÍS, PARA PODER SER SUJETO DE CRÉDITO BANCARIO**, Artículos 31 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

INIAEAMH



DEDICATORIA

- A DIOS: Quien en este transitar nunca me desamparó y me tendió su mano para lograr este anhelado objetivo.
- A MI AMADA ESPOSA: Mirna Aracely, por compartir este sueño, ya que sin su amor, ayuda y sacrificio no habría sido posible alcanzarlo.
- A MIS HIJOS: Diego René y Ana Lucía, por ser la razón de ser de mi esfuerzo constante; con infinito amor, por toda la alegría que brindan a mi existencia.
- A MIS PADRES: María Bernarda Leal y Manuel Concepción López, por sus sacrificios, amor y sabios consejos; que Dios me los bendiga siempre.
- A MIS HERMANOS: Armando, Sergio, Raúl, Henry, Eder, Alma, Vilma, Anabella, y a todos mis sobrinos, por su apoyo incondicional para no desistir de mis proyectos.
- A MIS TÍOS Y PRIMOS: Por su apoyo moral y espiritual, para siempre seguir adelante.
- A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO: Por su inapreciable amistad, en los momentos buenos y en los difíciles; a todos mi agradecimiento de corazón.
- AL LIC. ESTUARDO CASTELLANOS: Especialmente, por su amistad, invaluable ayuda y determinante motivación.
- A LOS LICENCIADOS JUAN PINEDA, VILMA PERDOMO, EMILIO ESTRADA, JOSE JAVIER PEÑA, MARTINA MOCK SON: Mil gracias por su consejo oportuno y dirección para poder llegar a este grato momento.
- A LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA: Por abrigar mis aspiraciones, por los conocimientos adquiridos en sus aulas y por permitirme egresar de tan prestigiosa casa de estudios.

ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÒN	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Formas mas usuales de garantizar las obligaciones	1
1.1. La garantía.....	1
1.2. Derechos reales de garantía.....	1
1.3. La naturaleza jurídica.....	3
1.4. Características	4
1.4.1. Es un derecho real.....	4
1.4.2. Accesoriedad.....	4
1.4.3. Inmobiliario	4
1.4.4. Publicidad.....	4
1.4.5. La inmediatez.....	5
1.4.6. Indivisibilidad	5
1.4.7. Contractual.....	5
1.5. Derechos de posesión	5
1.6. Elementos formales de la posesión.....	6
1.7. La usucapión es una forma de adquirir la propiedad.....	8
1.8. Antecedentes	10
1.9. Fundamento.....	11
1.10. Naturaleza jurídica	12
1.11. Importancia y utilidad	13
1.12. Consideraciones generales de la Ley de Titulación Supletoria.....	14
1.13. Publicidad registral.....	16
1.14. Sistemas registrales	17
1.15. Clases de inscripciones.....	18

CAPÍTULO II

2. De la necesidad de reformar el Artículo 835 del Còdigo Civil	21
2.1. Creación de un registro municipal de los derechos de posesión.....	22
2.2. Fundamentación legal que sirve de base a las municipalidades para la creacion del registro de derechos posesorios	23
2.3. Beneficios para las municipalidades que derivarían al establecer el registro de derechos posesorios	25

CAPÍTULO III

3. Análisis de los requisitos de las garantías aceptadas por las instituciones bancarias	27
3.1. La factibilidad de una ejecución en la vía de apremio, basada en la reforma del Artículo 835 del Còdigo Procesal Civil y Mercantil.....	31

CAPÍTULO IV

	Pàg.
4. La reforma del Artículo 835 del Código CIVIL, a través del proceso de iniciativa de ley	35
4.1. La regulación sustantiva de la garantía hipotecaria de derechos de posesión, tiene aplicación adjetiva.....	35
4.2. La reforma planteada cumple con el doble cometido de facilitar el acceso a asistencia técnica y crediticia de carácter bancario y a otorgar certeza jurídica a las negociaciones realizadas por las instituciones bancarias	36
4.3. La creación de un registro de derechos de posesión en las municipalidades del país	37
4.4. Cosas y derechos hipotecables.....	38
CONCLUSIONES	41
RECOMENDACIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	45

INTRODUCCIÒN

El presente trabajo de tesis, es el resultado de la interrogante a menudo hecha por mi persona, sobre el tema relacionado con los derechos de posesiòn sobre bienes inmuebles, toda vez que considero que los mismos actualmente, no se encuentran regulados en forma concisa y no existe un ente registral que controle cronològicamente el registro y control de las enajenaciones, anotaciones o limitaciones que afectan a los mismos, peor aùn, en mi opiniòn no existe regulaciòn expresa alguna sobre la hipoteca de tales derechos posesorios.

Personalmente, he podido constatar que la hipoteca sobre los derechos de posesiòn, en la actualidad, ùnicamente la ha llevado a la pràctica una instituciòn bancaria del medio financiero, específicamente en lo relativo al otorgamiento de asistencia crediticia, surgiendo de esa manera, la inquietud sobre el presente tema, ya que tal situaciòn en un momento dado y bajo ciertas circunstancias, pondrà en marcha el andamiaje jurisdiccional ya que el marco jurìdico bajo el que se desenvuelve la actividad de la banca, necesariamente se verà afectado por el ejercicio derivado de los derechos y obligaciones contenidos en los contratos de mutuo cuya garantià es hipoteca sobre los derechos posesorios de bienes inmuebles y a los cuales necesariamente se le aplican, al menos en la pràctica, un procedimiento de caràcter civil. El presente trabajo, abarca en sÌ, el anàlisis de las repercusiones pràcticas que supone la reforma al Artículo 835 del Còdigo Civil, ya que de nada servirìa tal reforma y peor aùn la creaciòn de un registro de derechos posesorios en las municipalidades del paìs, si jurìdicamente es improcedente el ejercicio de los derechos que derivan de los mutuos que se celebren bajo tales circunstancias, al quedar los mismos a merced del criterio de los òrganos jurisdiccionales, quienes a la fecha discrepan de la efectividad e incluso la fundamentaciòn legal de tal clase de garantià; y discrepan ya que segùn antecedentes que se incluiràn en el presente trabajo, se tiene conocimiento de resoluciones judiciales en las cuales se ha llegado incluso a sentencia favorable al acreedor, asÌ como la desestimaciòn de las demandas en los òrganos jurisdiccionales, por improcedentes.

Por ùltimo, cabe hacer menciòn de las probabilidades, que existirÌan en el aspecto crediticio para los habitantes del paìs, especialmente en el interior de la repùblica y para las instituciones bancarias, ya que ello permitirÌa que, por un lado la poblaciòn tenga acceso a un desarrollo econòmico, social y cultural de sus comunidades y por el otro un crecimiento de las instituciones

bancarias en nuestro país, lo que a su vez permitiría la apertura de fuentes de empleo; es decir que dicha reforma del Artículo que nos ocupa, afectaría positivamente a más de un sector de la población.

Tema de actualidad, también lo constituye la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio (TLC), el cual tendrá repercusiones hasta la fecha insospechadas en nuestra economía, por lo que considero que es necesario adoptar cambios que permitan adaptarnos a las exigencias de capacidad de competitividad, las cuales serían nulas si no se cuenta con las herramientas necesarias que permitan enfrentar un desafío de tanta magnitud como lo es la entrada en vigencia de dicho tratado. De sobra es sabido las limitaciones y obstáculos que enfrenta la mayoría de guatemaltecos, que carecen de bienes que les permitan ser sujetos de asistencia crediticia, para poder invertir en educación, agricultura, industria y comercio, lo cual sería plausible si se tomara en cuenta, a más de otras garantías; el patrimonio de los derechos de posesión para ser sujeto de asistencia crediticia, los cuales existen en un sin número en nuestro país, y que ello se convirtiera como cualquier otra garantía, en un quehacer diario, usual y legalmente regulado en nuestro ordenamiento sustantivo y adjetivo civil, y que se involucraran más de una institución bancaria en tal empresa.

En conclusión, el presente trabajo iniciará por tratar en el capítulo I, las formas más usuales de garantizar una obligación; la definición de la garantía, que son los derechos reales de garantía, la posesión, elementos formales de la posesión, la usucapión como una forma de adquirir la propiedad, consideraciones generales de la Ley de Titulación Supletoria y los antecedentes históricos de la repartición de la tierra en nuestro país, así así como lo relativo a la publicidad registral contenida en el orden jurídico del país.

En el capítulo II, desarrollaré lo relativo a el por qué de la necesidad de reformar el Artículo 835 del Código Civil, la necesidad de la creación de un registro en las municipalidades del país, y la obligación legal que existe para que estas creen dicho Registro. El capítulo III, versará sobre el análisis de los requisitos y la regulación legal de las garantías contenidas en la Ley de Bancos y Grupos Financieros; el juicio ejecutivo en la vía de apremio regulada en el Código Procesal Civil y Mercantil, los antecedentes jurídicos procesales existentes, ya contenida en los órganos jurisdiccionales respectivos, la factibilidad de una ejecución en la vía de apremio, basada en la

reforma del Artículo 835 del Código Procesal Civil Mercantil y IV se propondrá la solución al problema planteado, de conformidad con los resultados de la investigación a la que se llegue en el presente trabajo.

CAPÍTULO I

1. Formas más usuales de garantizar las obligaciones

En nuestra legislación civil y mercantil, cualquier obligación derivada de un mutuo se garantiza en una forma real o personal; siendo la garantía real la que en nuestra ley Civil establece que se da en dos formas: a través de la garantía hipotecaria y a través de la garantía prendaria, mientras que personalmente se garantizan los mutuos mediante el otorgamiento de fianza. La regulación legal de dichas garantías la encontramos en los Artículos ochocientos veintidós y ochocientos ochenta (822 y 880) del Código Civil de Guatemala. Cabe hacer mención aquí que también existen o se pueden establecer dichas garantías de forma mixta: hipotecaria prendaria o fiduciaria hipotecaria, o aun en forma tripartita: hipotecaria prendaria y fiduciaria. Sin embargo, nuestra investigación se orientará con énfasis sobre todo hacia la garantía real de la hipoteca, toda vez que es el tema que nos ocupa.

1.1. La garantía

Para los efectos de la presente investigación, dejando de lado innumerables definiciones, adoptamos la siguiente definición de garantía: “Afianzamiento, Fianza (v), ... // Caución (v). // Obligación del garante (v). // Cosa dada en seguridad de algo. // Protección frente a peligro o riesgo”.¹

1.2. Derechos reales de garantía

Son aquellas garantías constituidas a favor de tercero para el cumplimiento de una obligación que recaerá, de conformidad con nuestra legislación, en bienes inmuebles (hipotecas o en un bien patrimonial (prenda) que se halle en el comercio de los hombres.

La diferencia con otra clase de garantías, estriba en la apreciación que el acreedor hace del bien hipotecado o pignorado a su favor; e incluso permite controlar si la garantía se deprecia o sufre deterioro para poder proceder a su ejecución.

En el campo del derecho privado, específicamente en el sistema de seguridades y garantías que este ofrece a los particulares, destaca primordialmente la hipoteca, por

¹ Osorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 453.

cuanto que esta constituye un derecho real de gran utilidad, que ofrece en el campo económico una excelente cobertura debido a su continua utilización por los particulares y su carácter funcional.

A través de su utilización se obtiene la movilización del crédito, lo cual implica la posibilidad de disponer al momento de constituirse de efectivo, sin necesidad de tener que enajenar anticipadamente los bienes, ni que exista la desposesión de los mismos. Es decir, que el constituyente de hipoteca o deudor hipotecario, según sea el caso, continúa dueño y poseedor de los bienes hipotecados. Puede entonces, seguir con sus actividades, y si la garantía no llega a realizarse debido a que las obligaciones se cumplen en la forma prevista, el constituyente de la hipoteca vera con satisfacción, al cancelarse la misma, como se reintegra a su patrimonio la totalidad del valor de sus bienes en sus diferentes aspectos considerados.

Se hace necesario tratar de definir la Institución objeto de estudio siendo la primera la que presenta Carlos E. Mascareñas: “La hipoteca es un procedimiento normal de obtener crédito para quien, siendo propietario de bienes inmuebles, los ofrece en garantía de la devolución de un préstamo o del cumplimiento de una obligación. Bianchi define esta institución de la siguiente forma: “Es un derecho real perteneciente en razón de la inscripción y desde el momento de ésta al acreedor, sobre los inmuebles del deudor o del tercero la posesión de la cosa hipotecada y la facultad de disponer de ella, el Acreedor adquiere la facultad de perseguirla cualquiera que sea la mano en que esta se encuentre, y ser pagado con el precio de la misma, con la preferencia correspondiente al grado de inscripción.

No obstante que las anteriores definiciones parecieran completas, aunque de sobra es sabido lo difícil de las definiciones en el derecho civil; les hace falta un elemento importante que es la accesoriedad de este derecho en relación a la obligación que garantiza. En este sentido, la definición que propone el tratadista Rosa Sastre es más completa, por cuanto incluye en ella la mayoría de caracteres que la diferencian de los demás derechos reales; siendo esta: La hipoteca es un derecho real de vinculación y realización de un valor en función de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria de carácter accesorio

e indivisible, de constitución registral, que recae directamente sobre bienes inmuebles ajenos, enajenables y que permanecen del propietario.

Nuestro ordenamiento sustantivo civil contiene en el Artículo 822 la definición de hipoteca de la siguiente forma: “La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación”, aunque es difícil definir tal institución, es la contenida en nuestro código. De esta definición legal, se establece la naturaleza jurídica de la institución y la considera un derecho real, por un lado, y por el otro dándole un carácter inmobiliario.

Sin embargo, tanto la definición de Roca Sastre como la contenida en el Código Civil, demuestran efectivamente que la hipoteca es algo accesorio, relacionado con una obligación principal, que es por ejemplo en el otorgamiento de un crédito y constituida para dar seguridad al cumplimiento de una obligación. Debe tomarse en cuenta la existencia de dos elementos que siempre estarán presentes en las hipotecas que son: La existencia de una obligación que se establece y desarrolla con independencia de la hipoteca. Y, la constitución de la hipoteca como un deseo de garantizar la obligación.

1.3. La naturaleza jurídica

La doctrina considera generalmente la hipoteca como un derecho real, y la cual es de aceptación generalizada, así se deduce del examen de la mayoría de legislaciones del mundo, y desde tiempos inmemoriales. La excepción a dicha regla es el carácter que en un momento dado los procesalistas le dan a dicha institución, toda vez que la importancia de la misma, para ellos es procesal.

La hipoteca es uno de los derechos reales más claramente definidos y que reúne una serie de circunstancias y características que hacen de la misma un tipo orientador de los derechos reales de garantía. Esto no quiere decir que la concepción de la hipoteca como derecho real no ofrezca ciertas diferenciaciones. Bajo diferentes aspectos y según cual fue el ángulo visual que se adopte pueden encontrarse en ellas notas diferenciadoras dentro de la categoría de los derechos reales.

Esencialmente y siempre en consonancia con lo anterior, la doctrina ve en cuanto a la naturaleza de esta Institución, según el punto de vista, puesto que para el derecho

sustantivo es un derecho real, mientras que para los procesalistas y para el acreedor en si, Es un derecho a realizarse a través de un procedimiento establecido en ley (en Guatemala, dichos procesos están contenidos en el Código Procesal Civil). Esto es lo que asegura es el cumplimiento de una obligación, ya que con ello la necesidad de cumplir se asegura con la hipoteca.

1.4. Características

La institución de la hipoteca, posee elementos y características que la distinguen y diferencian como un derecho real de garantía, y que enumeramos así:

1.4.1. Es un derecho real

En esta característica el elemento distintivo y sobresaliente, o el que principalmente se tiene en cuenta es la inmediatez sobre el bien y el dominio que directamente se ejerce sobre el bien.

1.4.2. Accesoriedad

Es un derecho dependiente, ya que garantiza una obligación principal, si no existiera éste, no habría obligación que garantizar, no existe por si misma, sino que llega al estatus de garantía a través de un negocio que le da vida jurídica mediante ciertos requisitos.

1.4.3. Inmobiliario

Se constituye sobre bienes inmuebles, ajenos al acreedor y específicamente sobre esta clase de bienes, siendo que la misma puede recaer sobre un bien que es o propiedad del mismo deudor o sobre uno que sea propiedad de un tercero a quién se le denomina usualmente como garante.

1.4.4. Publicidad

Básicamente, ésta se establece mediante dos formas, la primera es aquella que queda plasmada propiamente en el documento, y la segunda es aquella que se registra en el registro correspondiente (primero o segundo), y con la formalidad de que la misma se debe formalizar en escritura pública. En cuanto la publicidad que

obra en el registro del notario, tenemos que en si el protocolo puede ser consultado por quién tenga interés en el asunto.

1.4.5. La inmediatividad

Los efectos que produce una relación jurídica derivada de un mutuo con garantía hipotecaria, es instantánea, lo cual demuestra la naturaleza de derecho real del mismo, y así mismo al llegarse el cumplimiento del mismo, no se necesita de la autorización del propietario para poder ejercer el derecho que se tiene sobre él.

1.4.6. Indivisibilidad

Consiste en que mientras que el deudor no cumpla con el pago total del crédito otorgado, la misma continúa íntegra sobre la totalidad del inmueble, lo cual encuentra su fundamento en el Artículo 825 del Código Civil, el cual establece: “La hipoteca es indivisible y como tal subsiste íntegra sobre la totalidad de la finca hipotecada aunque se reduzca la obligación”.

1.4.7. Contractual

Existe voluntad de otorgar el crédito y la voluntad de constituir la hipoteca, la cual la legislación civil establece que debe ser expresa. Dentro del contrato el bien inmueble debes ser valuado por el acreedor con el fin de que el mismo cubra el crédito que se está dando en garantía. No existe saldo insoluto, afectando únicamente al bien sobre el que recae la garantía. Nuestra legislación es totalmente determinante al respecto ya que la misma (saldo insoluto), establece que ni aún por pacto expreso existe dicho saldo. La salvaguarda legal se interpreta en este caso, previendo que el acreedor pueda coaccionar al deudor para que pague y acepte algunas condiciones.

1.5. Derechos de posesión

La definición legal de la posesión está contenida en el Artículo 612 del Código Civil, en el cual se establece: “Es poseedor el que ejerce sobre un bien todas o algunas de las facultades inherentes al dominio”²; en el ámbito doctrinal, existen varias definiciones, sin embargo, para los fines de la presente doctrinal, existen varias definiciones, sin embargo

² Brañas, Alfonso, **Manual de derecho civil**, pág. 289.

para los fines de la presente investigación, la definiremos de la siguiente manera: “Una relación o estado de hecho que confiere a una persona el poder exclusivo de retener una cosa para ejecutar actos materiales de aprovechamiento como consecuencia de un derecho real o personal”. Como se deduce del texto legal guatemalteco, la definición legal es un tanto vaga e imprecisa al generalizar y no detallar la posesión sobre la clase de bienes sobre los que se puede ejercer la posesión. Las facultades inherentes al dominio, tal y como lo regula nuestro Código Civil, se refiere a que se puede disponer del bien como si se tratara de una propiedad plena.

1.6. Elementos formales de la posesión

Para que la posesión que autoriza a prescribir el dominio sea efectiva, es preciso que cumpla con ciertos requisitos que deben probarse de manera inequívoca, para lograr la propiedad de un inmueble por este medio. Los mismos (requisitos) se encuentran regulados en el Artículo 620 de nuestro Código Civil, siendo estos que la posesión esté fundada en justo título, adquirida de buena fe, de manera continua, pública, pacífica, por el tiempo señalado en la ley y mediante justo título.

Los mismos (requisitos) se encuentran regulados por el Artículo 620 de nuestro Código Civil, Siendo estos que la posesión este fundada en justo título, adquirida de buena fe, de manera continua, pública, pacífica por el tiempo señalado en la ley y mediante justo título.

a) Justo título

Es la causa por la cual se entró a la posesión (en este caso) del bien inmueble. “Es la razón o motivo de la adquisición; esto es, el acto jurídico que sirve de causa y no el instrumento en el cual consta la existencia del derecho”³, y “Es justo título para la usucapión, el que siendo traslativo de dominio, tiene alguna circunstancia que lo hace ineficaz para verificar por sí sólo la enajenación”⁴.

³ **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**, pág.40.

⁴ Morales, Roberto Armado, **XVII Congreso jurídico guatemalteco**, pág. 65.

b) Adquisición de buena fe

Bajo la creencia de que la persona de quién recibió el bien inmueble era dueño del mismo.

c) De manera continua

El Artículo 630 establece que existe discontinuidad en la posesión, cuando la cosa poseída se abandona o desampara por más de un año, o antes, cuando expresa o tácitamente se manifiesta la intención de no conservarla y es continua cuando se ejerce sin intermitencia.

Asimismo, el Código Civil establece una presunción de no interrupción a favor del poseedor, cuando establece en el Artículo 619: la posesión actual y la anterior hacen presumir la posesión intermedia; pero la posesión actual no hace presumir la anterior. De manera que el poseedor actual que pruebe haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el intermedio.

d) En forma pública

El Artículo 632 del Código Civil establece que “la posesión es pública cuando se disfruta de manera que pueda ser conocida de todos; y clandestina, la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella”. En este orden de ideas, la posesión es pública cuando los actos posesorios sobre el bien están a la vista de todos. Ser pública la posesión significa que no se disfrute ocultamente, como ocurriría si quien la disfruta lo hace a escondidas de los demás; la publicidad persigue que no se frustre la posibilidad de que la posesión del usucapiente llegue a ser conocida por quién podría reclamar la cosa. Esta condición resulta acertada, en tanto que el propietario y cualquier otra persona puede apreciar que hay un tercero ejerciendo actos de propiedad sobre su bien; recordemos que el hecho de que el propietario permanezca el tiempo que sea sin servirse de la cosa, no lo hace perder el dominio, en tanto no haya habido usucapición de un tercero; la propiedad puede desplazarse por efecto de la prescripción, pero no puede perderse pura y simplemente; por consiguiente, la

reivindicación debe proceder siempre que no haya un poseedor que hubiera adquirido el dominio por usucapión. En todo caso la ley contiene todas las previsiones a fin de que la usucapión no se convierta en un despojo; pero si no se reclama su derecho prescribe.

e) Pacífica

El Artículo 631 establece que “la posesión cuando se adquiere por la fuerza o por medio de coacción moral o material contra el poseedor, contra la persona que lo representa o contra quién tiene la cosa a nombre de aquél”. El Legislador no descarta que en algunos casos alguien se apodere de una cosa por la fuerza, o valiéndose de una coacción injusta, obligando al propietario o poseedor según sea el caso, a abandonar el bien para entrar en la posesión.

f) El tiempo señalado en la ley

El artículo 633 del Código Civil establece que “tratándose de bienes inmuebles, la posesión por diez años, con las demás condiciones señaladas en el Artículo 620 (fundada en justo título, adquirida de buena fe, de manera continua, pública y pacífica y por el tiempo señalado en la ley), da derecho al poseedor para solicitar su titulación supletoria a fin de ser inscrita en el Registro General de la Propiedad.

1.7. La usucapión es una forma de adquirir la propiedad

La usucapión se encuentra regulada en el Código Civil (Decreto Ley No. 106) y en la Ley de Titulación Supletoria (Decreto 49-79 del Congreso de la República). La Constitución Política, es una ley fundamental y contiene preceptos generales, por lo que no regula de manera específica en relación a la usucapión; sin embargo, en el Artículo 39 garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana, agrega además que el Estado garantiza este derecho y ordena crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, para el progreso individual.

Es en este orden del estado, entre otras, en la cual fundamentamos la necesidad de solucionar el problema social detectado. En el Código Civil la usucapión está regulada en el Libro II titulado de los bienes, de la propiedad, y demás derechos reales,

el cual está dividido en cinco títulos. En el Título II regula la propiedad en IX capítulos. El capítulo VII regula lo relativo a la posesión, define al poseedor, indica que bienes son objeto de posesión, su transmisión, cuáles son las condiciones elementos y requisitos necesarios para la usucapión; regula asimismo sobre la titulación supletoria para los bienes inmuebles, ordenando sujetarse al procedimiento que la ley señale, estableciendo que sólo los guatemaltecos de nacimiento pueden obtener titulación supletoria de terrenos comprendidos dentro de la faja de 15 kilómetros a lo largo de las fronteras y del litoral, el término para que la posesión registrada se convierta en inscripción de dominio; también regula sobre la reivindicación de la posesión y sobre la posesión de la herencia. El capítulo VII indica quienes pueden adquirir por usucapión, que cosas son prescriptibles, a quienes favorece la prescripción, sus defectos y su interrupción.

Hoy en día, aceptada la dualidad de la prescripción, hay consenso en la doctrina al señalar como notas comunes a las dos prescripciones, la intervención del transcurso del tiempo como elemento esencial y su finalidad de asegurar la certidumbre y firmeza del tráfico jurídico, así como las siguientes diferencias: a) La prescripción adquisitiva se basa fundamentalmente en la posesión, en tanto que la razón de ser de la extintiva estriba en la inactividad del titular del derecho: b) La primera sólo es aplicable a los derechos reales, la segunda se aplica tanto a los derechos reales como a los de crédito; c) La prescripción adquisitiva o usucapión produce la adquisición de un derecho y la pérdida del mismo por su antiguo dueño; es extintiva, cancelatoria o liberatoria⁵.

En virtud de estas diferencias, la doctrina estudia la prescripción adquisitiva entre los modos de adquisición de los derechos reales, ya que éste es su efecto característico, y en cambio la prescripción, por referirse a toda clase de derechos, se estudia en la parte general de las doctrinas jurídicas.

El Código Civil guatemalteco establece la prescripción extintiva, negativa o liberatoria, que puede ser ejercitada como acción o como excepción para extinguir una obligación en Artículo 1501 y ubica a la usucapión entre los modos de adquirir la propiedad; no obstante en el desarrollo de la materia también la denomina prescripción.

⁵ Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 896.

1.8. Antecedentes

Según expone el tratadista Valientes Noailles H., la usucapión o prescripción adquisitiva ha sido conocida desde la antigüedad y su reglamentación jurídica fue dada por Roma. El término prescripción, originado en la locución latina “*Praescriptionis*”, proviene del verbo prescribir (*Praescribere*), que significa según el diccionario de la real academia, adquirir una cosa o algún derecho por la virtud jurídica de su posesión continuada durante el tiempo establecido en la ley.

Este mismo autor, citando el tratado de R. Salvat expone que la figura jurídica de la usucapión en Roma no regía para los extranjeros, a quienes a partir del siglo II se aplicó la “*praescriptio longi temporis*” (prescripción de largo tiempo, pero menor que la posterior) y fue en un principio simple defensa que oponía el que estaba en la posesión de la cosa durante diez o veinte años, según se tratara de presentes o ausentes, rechazando la reivindicación del auténtico dueño. Aparece luego la “*Praescriptio Longissimi Temporis*” (Prescripción de más largo tiempo) que requería una posesión de treinta o cuarenta años, rigiendo para los siguientes supuestos: 1) cosas robadas, que por ley era imposible usucapir. 2) cosas fuera del comercio; 3) cuando el poseedor no podía alegar un justo título para afirmar su posesión. En este momento, la prescripción no otorgaba la propiedad, sólo permitía rechazar la acción reivindicatoria y discutir entre actor y demandado la posesión. El emperador Justiniano dejó en vigor estos efectos respecto al poseedor de mala fe, pero en relación al poseedor de buena fe estableció el principio de que adquiriría el carácter de un verdadero propietario, otorgándole acciones reales contra terceros.

El autor Jaime Arteaga Carvajal señala que con el tiempo, también se establecieron en Roma disposiciones especiales para determinados bienes, así, por ejemplo, la “*Lex Atina*” excluyó expresamente de la usucapión las cosas robadas y las “*Res nec mancipio y la Lex Plautia*” (Ley Plautia sobre violencia del 89 Antes de Cristo)⁶, declaró imprescriptibles los bienes objeto de un despojo violento.

⁶ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 145.

Si la usucapión no había sido violenta, quien tomaba el bien no adquiría posesión pero si lo enajenaba y el tercero lo obtenía de buena fe, éste adquiría posesión y podía usucapirlo⁷.

1.9. Fundamento

Diferentes tratadistas han buscado en los textos romanos los fundamentos racionales de la usucapión; a que considerando la propiedad como un derecho perpetuo, porque ha de extinguirse y replutarse transferida por el mero hecho de que otro la ejerza durante un tiempo, con exclusión del propietario.

Savigny dentro de su extensa obra señalada que el fundamento más general es la certidumbre de ellas en un lapso determinado un lapso determinado. Existe un interés social en que las relaciones jurídicas tengan certeza, una vez transcurrido cierto tiempo, evitándose conflictos que dañan el interés general.

Se agrega también con calidad de fundamento, la presunción de haberse extinguido el derecho garantizado por la acción; es decir, que el propietario haya descuidado por algún tiempo la recuperación de la cosa.

Otro fundamento es el que mira en la prescripción un castigo de la negligencia, castigo con que se apercibiría el propietario indolente y se le estimularía al oportuno ejercicio de su derecho.

La usucapión es una consecuencia de la posesión ejercida previamente durante el tiempo señalado por la ley, y en virtud de ella la posesión, que es un estado precario e inseguro, se convierte en derecho real, generalmente de propiedad. La mayoría de ordenamientos fundamentan la usucapión en la necesidad de no mantener la incertidumbre en las relaciones jurídicas. Considero que el fundamento básico de la institución se encuentra únicamente en la defensa de los superiores intereses de la sociedad, que exige poner un fin adecuado a controversias interminables, y poner un fin adecuado a controversias interminables, y además, sentar bases sólidas de sus instituciones jurídicas, considerándolo de orden público.

⁷ **Ibid.**

Para nuestro caso, considero que el fundamento de la usucapión lo encontramos en teoría general de la prescripción, que presenta como notas comunes a las dos prescripciones la intervención del transcurso del tiempo como elemento esencial y su finalidad de asegurar la certidumbre y firmeza del tráfico jurídico, y que señala, específicamente en relación a la prescripción adquisitiva, que el transcurso del tiempo, unido a la existencia de una relación jurídica defectuosa en sus orígenes, produce la consolidación de esa relación jurídica y del derecho subjetivo a favor del titular de la misma; es decir, fundamentamos la usucapión en la transmisión no documentada (defectuosa) en la cadena de poseedores, que puede tener origen en factores económicos y culturales propios de nuestro país. Es considerable asimismo, el fundamento que exponen las teorías objetivas de la prescripción al fundamentar en razones de necesidad y de utilidad social, asegurando la certidumbre de los derechos haciendo además innecesaria la prueba de situaciones jurídicas perfectamente legales, que a veces serían de costosa justificación. Asimismo, compartimos la opinión de Savigny, al fundamentar la usucapión en la necesidad de fijar las relaciones de derecho inciertas, susceptibles de dudas y controversias, concentrando la incertidumbre de ellas en un lapso determinado, y en la existencia de un interés social en que las relaciones jurídicas tengan certeza, una vez transcurrido cierto tiempo, evitándose de esta cuenta conflictos que dañen el interés general.

1.10. Naturaleza jurídica

Mucho se ha discutido sobre el tema, diciendo algunos autores que la usucapión es una institución de derecho natural; otros por oposición la consideran mera institución de derecho civil. Algunos afirman que la prescripción se opone a los principios de equidad, pues permite el enriquecimiento con los despojos de cosas pertenecientes a otro. Generalmente, los tratadistas la reconocen como una institución indispensable para el mantenimiento de la tranquilidad social, al dar estabilidad por el transcurso del tiempo a ciertos derechos.

En el presente estudio, de conformidad con nuestra legislación, la usucapión, es uno de los modos de adquirir el dominio y demás derechos reales, por la posesión continuada de alguna cosa, durante el tiempo que determina la ley y con ánimo

adquisitivo. De manera, que la posesión, que es un derecho incierto, se transforma en derecho de propiedad.

1.11. Importancia y utilidad

Los antiguos decían que la prescripción era la patrona del genero humano; y según indican los tratadistas Planiol y Ripert, en la exposición de motivos del Código Civil Francés dice: “De la prescripción” es de todas las instituciones del Derecho Civil, la más necesaria para el orden social” y para estos mismos tratadistas, nada es más verdadero. La prueba de la propiedad sería imposible si la usucapión no existiese, ¿Cómo he llegado a ser propietario?, ¿Por qué adquirí la cosa?, por compra, por donación o por sucesión; pero, sólo he podido adquirir la propiedad por este título si mi autor la tenía. El mismo problema y en los mismos términos se plantea para todos los poseedores sucesivos de la cosa y si uno sólo en la serie no ha sido propietario, todos los que le han seguido no lo serán tampoco. La prescripción suprime esta dificultad, que sería insoslayable; cierto número de años de posesión bastan. Se puede suponer también que el título de adquisición del poseedor actual o de uno de sus antecesores más cercanos se ha perdido o es desconocido. Entonces la prescripción viene en socorro del poseedor. La usucapión desempeña, pues, un papel social considerable.

Sin ella ningún patrimonio estaría al abrigo de las reivindicaciones imprevistas. Es verdad que en ciertas condiciones la usucapión puede favorecer a un poseedor sin título y de mala fe; cubriría entonces una expoliación. Pero este hecho es raro y será más raro aún cuando el propietario, despojado por efecto de la usucapión, no sea negligente. ¿Por qué ha permanecido tan largo tiempo sin efectuar actos posesorios sobre su bien sin reclamarlo? Se le deja un plazo suficiente para conocer la usucapión que se produce en su contra y para protestar.

Los resultados contrarios a la equidad que de esta manera se corre riesgo de producir, no pueden compararse con las ventajas decisivas que la usucapión procura todos los días. La importancia de la usucapión surge por ser una de las instituciones imprescindibles para el orden social, constituyendo en realidad, la mejor prueba de la propiedad; más no es esa su única función, ya que también tiende a poner fin al

divorcio existente entre posesión y propiedad; convirtiendo al poseedor en propietario y evitando de tal modo futuros litigios. Una persona puede obtener un bien por donación, permuta, etc., pero jamás logrará la propiedad por cualquiera de esos títulos, sin cumplir con el requisito de que el transmitente tuviese título suficiente para trasferirle dicho bien; había que entrar a estudiar el derecho del último poseedor, así el de los antecesores hasta la época más remota y llegaríamos entonces a un punto donde sería imposible continuar averiguando; por eso la prescripción al exigir un número determinado de años para consolidar la propiedad, evita esas investigaciones, que repercuten en la estabilidad de los patrimonios.

1.12. Consideraciones generales de la Ley de Titulación Supletoria

El estudio de esta ley se hace necesario por el hecho de que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, la titulación supletoria es el procedimiento que el Código Civil establece para que el poseedor inscriba la posesión del inmueble que posee y esta inscripción marca el plazo de la prescripción; es decir, el plazo para que la posesión registrada de un inmueble se convierta en inscripción de dominio; aunque somos de la opinión que en los inicios de la regulación, una cosa era la usucapión y otra distinta la titulación supletoria, por lo que a este respecto expondremos algunas consideraciones más adelante.

El Decreto 49-79 Del Congreso de la República, de fecha 26 de julio de 1979, es la ley que regula sobre la titulación supletoria. Este Decreto derogó el anterior que regulaba esta materia, o sea el Decreto 232 del Congreso de fecha 3 de mayo de 1946 y sus reformas; así como el Decreto 31-79 del Congreso, que suspendía los trámites de los títulos supletorios.

De los considerandos de esta ley se infiere que su objeto es constituirse en un normativo instrumental o procedimental para la realización jurídica de la usucapión, objeto que también le señala el Código Civil en el Artículo 634 que establece: “Las diligencias de titulación supletoria deberán sujetarse al procedimiento que señala la ley respectiva, y la resolución aprobatoria de las mismas es título para adquirir la propiedad”.

De esta cuenta, el citado decreto establece el procedimiento para que el poseedor de bienes inmuebles que carezca de título inscribible en el Registro General de la Propiedad, obtenga un título supletorio, el cual una vez transcurridos 10 años contados desde su inscripción, deja de ser supletorio y se convierte en inscripción de dominio; es decir, en título de propiedad.

Este procedimiento puede resumirse de los siguientes pasos:

- Solicitud
- Resolución del órgano jurisdiccional
- Informe de la municipalidad respectiva
- Oposición
- Audiencia al representante de la Procuraduría General de la Nación
- Auto aprobatorio de las diligencias
- Recursos
- Sanciones

El trámite, permitido es el judicial, y es competente cualquier juez de primera instancia del ramo civil.

Es necesario indicar la existencia de una contradicción entre la Ley de Titulación Supletoria y el Código Civil, derivada de que la Ley de Titulación Supletoria tiene un carácter eminentemente instrumental o procedimental; sin embargo, en el Artículo 13 regula cuestiones de naturaleza sustantiva, en los términos siguientes: “el que pretenda, mediante las diligencias de titulación supletoria, titular un inmueble cuya titulación esté prohibida por la ley, o que ya esté inscrito en el Registro General de la Propiedad, incurrirá en el delito de falsedad ideológica que establece el Código Penal. En igual delito incurrirá el que hubiere aportado a las diligencias de titulación elementos de juicio o declaraciones que no se apeguen a la verdad o que induzcan a error además de la sanción dispuesta por el Código Penal se impondrá el responsable una multa de cien a mil quetzales”.

El carácter eminentemente procedimental de la Ley de Titulación Supletoria queda claramente plasmado en el Artículo 634 del Código Civil guatemalteco anteriormente transcrito; carácter que también se encuentra plasmado en sus propios considerandos. La contradicción de fondo que subsiste entre ambos cuerpos legales es trascendente en el ordenamiento jurídico guatemalteco en tanto que imposibilita la usucapión de bienes inmuebles con inscripción registral; pues, mientras el Código Civil que es la ley sustantiva, ordinaria y principal que regula lo relativo a la usucapión, lo permite; la ley de Titulación Supletoria que es una ley también ordinaria, pero que fue emitida para establecer un procedimiento que permita la realización jurídica de la usucapión, lo prohíbe.

Considero, que lo anterior resulta de haber combinado dos instituciones que en su naturaleza son distintas, en una existe relación de dependencia.

El Código Civil de 1977 estableció por primera vez el Registro de la Propiedad; fue a no dudarlo, una innovación beneficiosa para la seguridad jurídica en materia de inmuebles.

En el Artículo 1124 del Código Civil, se establece que el Registro General de la Propiedad, es una institución pública que tiene por objeto la inscripción, anotación, cancelación de los actos contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y muebles identificables. Son públicos sus documentos, libros y actuaciones.

1.13. Publicidad registral

El tema que nos ocupa, está ligado a una inscripción en la cual se puede establecer con determinada certeza jurídica la evolución del dominio (específicamente en los bienes inmuebles), debemos formarnos una idea de lo que debe entenderse por publicidad registral, la cual entendemos, de conformidad con la doctrina como: “Carácter público, como acceso y consulta, de los registros oficiales. Principio hipotecario que establece la realidad de las situaciones jurídicas anotadas o asentadas en el Registro General de la Propiedad, en el sentido de que es verdad lo anotado o escrito y de que no afecta al adquirente cuyo derecho se halla registrado y que no tiene validez legal lo que no conste en el registro”.

En cuanto al órgano o entidad jurídica administrativa, encargada de la inscripción registral en nuestro país, la misma es regulada en el Libro Cuarto, de los Artículos del 1124 al 1250 del Código Civil y Mercantil, y dicha regulación comprende los siguientes capítulos: TITULO I, Capítulo I De los Títulos Sujetos a Inscripción, Capítulo II, de la Forma y Efectos de la Inscripción, Capítulo III, de las Anotaciones y sus Efectos, Capítulo IV, de las Cancelaciones, Capítulo V, Certificaciones del Registro, TITULO II, Capítulo I, Disposiciones Generales, Capítulo II, Registro de la Prenda Agraria, Capítulo III, Registro de Testamentos y de Donaciones por causa de Muerte; Capítulo IV, Registro de la Propiedad Horizontal; Capítulo V, Otros registros Especiales, TITULO III, Capítulo I, Establecimiento de Inspección de Registros, Capítulo II, Libros que deben llevarse en el Registro; Capítulo III, De los Registradores, Capítulo IV, Errores en los Libros y su Rectificación.

El desarrollo de la actividad estatal registral (inscripción, anotación y cancelación, generalmente en libros especiales, de ciertos negocios y actos jurídicos, como la de un bien inmueble, de un nacimiento, de una marca industrial), ha dado lugar a la tendencia de crear una rama del derecho denominada derecho registral, que, por la naturaleza de la función que regula, está más relacionada con el derecho administrativo que con el derecho privado (civil o mercantil).

La razón de ser de los registros públicos radica en la necesidad de: a) de garantizar al propietario o a un acreedor privilegiado, la prueba inmediata y cierta de su derecho, respaldada por la fe pública, contra cualquier usurpador o persona que aduzca igual o mejor derecho sobre determinado bien. b) de facilitar a terceros (terceras personas) la consulta y el pronto conocimiento de quién es el propietario del bien de que se trate, y cuál es la situación jurídica del mismo.

1.14. Sistemas registrales

Tradicionalmente se hace referencia, para el objeto de esta investigación, a dos sistemas fundamentales de registro de la propiedad inmueble:

Sistema romano-francés. Radica su principal característica en que el título y el modo de adquirir constituyen la base jurídica para la inscripción; por ende, esta no es inatacable, admite ser objetada (por vicios de nulidad u otros) en la vía judicial.

Sistema alemán o germano. Radica su principal característica en que legalmente se realiza la transmisión de la propiedad o constitución de un gravamen, hasta que un funcionario público, generalmente judicial, la autoriza y ordena la inscripción, que deviene inobjetable por el propio interesado o terceras personas. En consecuencia, el sistema francés es menos formalista.

El alemán es, en ese aspecto, muy riguroso; se afirma que en éste, por la identificación tan precisa que se hace de cada finca, adquiere casi propia personalidad.

1.15. Clases de inscripciones

Doctrinariamente se distinguen las siguientes:

Definitivas y provisionales. Las primeras producen una situación jurídica de duración indefinida. Las segundas, de duración más o menos reducida, y con efectos sólo tangenciales respecto al bien que se refieren.

Extensas y concisas. Las primeras contienen todos los datos que exige la ley (como la primera inscripción de dominio de un bien inmueble). Las segundas, omiten las que ya constan con anterioridad (como la segunda inscripción de dominio).

Voluntarias y forzosa. Las primeras se efectúan a solicitud de parte interesada. Las segundas, por mandato de la ley, sin necesidad de gestión.

Como podemos determinar de lo visto anteriormente, existe ya regulada en nuestra legislación, los aspectos que en forma sistemática regula nuestro ordenamiento jurídico, con los cuales se cumple el requisito de la publicidad registral que debe existir para que quien inscriba determinado acto, y así goce de una certeza jurídica que coadyuve a un mejor control de los actos inscribibles. Así mismo la doctrina enuncia características, formas y clases de inscripciones, existentes en libros de textos que tratan del tema.

Sin embargo no existe igual regulación ni tratamiento para la inscripción de hipoteca sobre los derechos reales de posesión sobre bienes inmuebles, siendo esta la problemática que nos ocupa ya que debería instituirse tal regulación legal sobre la constitución de la misma toda vez que, reiteramos, la misma es realidad en nuestro país,

así como que es por esa ausencia de regulación legal que la doctrina o se ocupa de los mismos (al menos no en forma concisa) y viceversa.

CAPÍTULO II

2. De la necesidad de reformar el Artículo 835 del Código Civil

El Artículo 835 tal y como aparece regulado en la actualidad, establece: “Quien puede hipotecar. Solo puede hipotecar el que puede enajenar, y únicamente pueden ser hipotecados los bienes inmuebles que pueden ser enajenados.

Concatenado con el derecho de hipotecar, tenemos el derecho de propiedad del cual ya vimos su naturaleza jurídica en el Capítulo I del presente trabajo, y en el cual se puede establecer que una de las características de este derecho es el de ejercer ciertas facultades sobre aquellos bienes que se encuentran dentro de nuestra esfera patrimonial y el de poder hacerlos valer ante todos los hombres o de cualquier detentador ilegítimo.

El por qué de la necesidad de reforma de este artículo: considero que nuestro ordenamiento es específico en cuanto a la inscripción de la constitución de hipoteca sobre los derechos reales de propiedad (y en la práctica de hecho es así); sin embargo, poco o nada dice sobre la hipoteca de los derechos reales de posesión. El Artículo 835 es hermético al respecto y nada dice sobre ellos.

La pregunta que cabe hacernos aquí es: ¿Es factible tal inscripción?, ¿Cuál es el fundamento legal que se aplicaría para el efecto?, ¿Qué institución tendría la obligación legal de llevar un registro de los derechos de posesión?

Partamos de la afirmación que los mismos son factibles de hipotecarse (ya en la actualidad una institución bancaria la ha llevado a la practica), lo que nos lleva a la conclusión de que los mismos son de naturaleza real, toda vez que es sobre estos que se puede constituir hipoteca. Para poder determinar, y ya que ningún texto legal lo clasifica de esa manera, se enumeran de la siguiente manera:

En un seguimiento a lo establecido en el Código Civil, tenemos una enumeración de lo que debe tenerse como un derecho real, y así tenemos:

- a) La propiedad: es el derecho real por excelencia, y que otorga un poder AMPLIO E INMEDIATO (de goce, disposición y persecución) sobre la cosa.

- b) Posesión: Que no implica la mera tenencia temporal de la cosa, sino el ánimo de aprovecharse de ésta, téngase o no título sobre la misma, Por su especial naturaleza, algunos autores tratan de la posesión antes que de la propiedad.
- c) Usucapión: entendida como la prescripción adquisitiva, que se basa necesariamente en la previa posesión para que por el transcurso del tiempo se transforme en propiedad.
- d) Accesión: que deviene en complemento de la propiedad en cuanto los frutos naturales y civiles que la cosa produce, pertenecen al propietario.
- e) Usufructo, uso y habitación: que respectivamente, en razón del aprovechamiento de los frutos y del goce de la cosa, producen respecto al titular de esos derechos una relación inmediata y directa sobre aquella.
- f) Servidumbres: que crean una relación directa de dependencia entre dos o mas bienes inmuebles, o partes de estos, a favor y en beneficio de otro u otros inmuebles. El predio que soporta se denomina predio sirviente y a favor de quien se estipula se llama dominante.
- g) Hipoteca y prenda: la primera que recae sobre bienes inmuebles, y la segunda sobre bienes muebles, para garantizar la obligación con preferencia respecto a cualquier acreedor, anterior o posterior en el tiempo que no hubiere inscrito similar derecho con antelación.

Es de hacer mención que es materia de discusión doctrinaria determina la conveniencia o inconveniencia de que la legislación civil fije o no taxativamente el número de los derechos que la misma reconoce como reales. Ciertas legislaciones, las menos, además de los que enumeran como derechos reales, permiten a la voluntad de los contratantes dar esa naturaleza ciertos actos. Otras, por el contrario, dan la calidad de derechos reales a los que con esa denominación enumeran. Este criterio, seguido por el Código Civil de Guatemala, es el que ahora tiene mayor aceptación, por evitar que la voluntad de las partes pueda erróneamente crear con carácter de real un derecho que no lo sea.

2.1. Creación de un registro municipal de los derechos de posesión

Antes que nada, es necesario determinar qué órgano se podría encargar de la inscripción, anotación y cancelación de los derechos de posesión sobre bienes inmuebles,

si existen ya en funcionamiento dos registros de la propiedad (primero y segundo), aunque cabe mencionar al respecto que en estos mismos, se inscriben los títulos emanados de la denominada Titulación Supletoria contenida en el Decreto 49-79 del Congreso de la República. A cada registro le corresponde una región determinada, según ubicación, es decir, al primer registro le corresponden los Departamentos de Petén, Alta y Baja Verapaz, Izabal, Zacapa, El Progreso, Chiquimula, Jalapa, Chimaltenango, Guatemala, Sacatepéquez, Escuintla, Santa Rosa y Jutiapa (14 Departamentos), mientras que al segundo registro le corresponden los Departamentos de Huehuetenango, Quiché, San Marcos, Totonicapán, Quetzaltenango, San Marcos, Sololá, Suchitepéquez y Retalhuleu (8 Departamentos). De más está el mencionar la problemática existente para los pobladores del país, el inscribir, anotar o cancelar actos o contratos relacionados con sus bienes inmuebles; toda vez que por la distancia existente entre el lugar donde el bien se ubica y el registro al que por su Departamento le corresponde, es desde ya un problema a superar.

Al efectuarse positivamente la reforma del Artículo 835, surge entonces la interrogante: ¿Que órgano se encargaría del control del registro de los derechos de posesión?, ya que éstos serían una innovación en la vida jurídica de país. Al hacerse el análisis de la infraestructura que se necesitaría para tal creación, concluimos que por su situación geográfica y por la naturaleza de la inscripción, serían las municipalidades las que tendrían que encargarse de esta clase de registro.

2.2. Fundamentación legal que sirve de base a las municipalidades para la creación del registro de derechos posesorios

Como todo ordenamiento jurídico, es en la Constitución Política de la República de Guatemala en donde (aunque de manera genérica) encontramos la obligación municipal de ordenar su municipio al establecer en su Artículo 253 el cual regula: “Autonomía Municipal. Los municipios de la Republica de Guatemala son instituciones autónomas. Entre otras funciones les corresponde:

- a) Elegir a sus propias autoridades;
- b) Obtener y disponer de sus recursos; y
- c) Atender los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial de su jurisdicción y el cumplimiento de sus fines propios.

Para los efectos correspondientes, emitirán las ordenanzas y reglamentos respectivos”.

Como podemos darnos cuenta, de conformidad con el inciso c), citado, se puede establecer una obligación del municipio (municipalidades) de atención obligatoria de los servicios públicos y la de ordenar su jurisdicción territorial.

La inscripción, anotación y cancelación de un bien inmueble es un servicio de carácter público y una forma de ordenar el territorio.

Por otro lado, lo relativo al territorio del municipio se encuentra regulado ya en una forma específica en el Decreto 12-2002, del Congreso de la República (Código Municipal); el cual en su Artículo 22, establece: “*División Territorial.* Cuando convenga a los intereses del desarrollo y administración municipal, o a solicitud de los vecinos, el Consejo Municipal podrá dividir el municipio en distintas formas de ordenamiento territorial internas, observando, en todo caso, las normas de urbanismo y desarrollo urbano y rural establecidas en el municipio, así como los principios de desconcentración y descentralización local.

La municipalidad remitirá en el mes de julio de cada año, certificación de la división territorial de su municipio al Instituto Nacional de Estadística y al Instituto Geográfico Nacional”.

Asimismo, en el Artículo 67 del mismo cuerpo legal, leemos: “*Gestión de intereses del municipio.* El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias puede promover toda clase de actividades económicas, sociales, culturales, ambientales, y prestar cuantos servicios contribuyan a mejorar la calidad de vida, a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la población del municipio.” Y en el Artículo 68 se establece: “Competencias propias del municipio. Las competencias propias deberán cumplirse por el municipio, por dos o más municipios bajo convenio, o por mancomunidad de municipios y son las siguientes: ... k) Modernización tecnológica de la municipalidad y de los servicios públicos municipales o comunitarios; ...”. Dentro de el citado Decreto leemos en su Artículo 72, lo relativo a los servicios públicos municipales, con relación a lo cual dice: “El municipio debe regular y prestar los servicios públicos Municipales de su circunscripción territorial y, por lo tanto, tiene competencia para establecerlos, mantenerlos, ampliarlos y

mejorarlos, en los términos indicados en los Artículos anteriores, garantizando un funcionamiento eficaz, seguro y continuo y, en su caso, la determinación y cobro de tasas y contribuciones equitativas y justas. Las tasas y contribuciones deberán ser fijadas atendiendo los costos de operación, mantenimiento y mejoramiento de calidad y cobertura de servicios.

Los anteriores Artículos son los que fundamentan u orientan en un momento dado, la factibilidad de la creación de los registros municipales de derechos de posesión; podríamos citar otros más, como por ejemplo algunos contenidos del Decreto 14-2002 Ley General de Descentralización y su Reglamento, en la Ley del Registro de Información Catastral, etc., y así tenemos suficiente fundamentación legal para que las municipalidades del país creen los registros municipales de derechos de posesión aludidos.

2.3. Beneficios para las municipalidades que derivarían al establecer el registro de derechos posesorios

A parte del beneficio administrativo para un mejor control de su territorio, la creación del citado registro reportaría un aporte en cuanto a ingresos se refiere, no sólo por el servicio que prestaría: inscripción, anotación, cancelación, certificaciones, consultas etc., a los cuales se les tendría que asignar un valor; también actualizaría sus datos para un cobro más efectivo del Impuesto Único Sobre Inmuebles (IUSI), amén de que asimismo se descentralizaría la actividad registral.

El lugar en el cual se figuran esta clase de ingresos lo encontramos regulados en el Artículo número 100 del Código Municipal vigente, que determina: “Ingresos del municipio”. Constituyen ingresos del municipio: ... b) El producto de los impuestos que el Congreso de la República decreta a favor del municipio; ... d) Los bienes comunales y patrimoniales del municipio, y las rentas, frutos y productos de tales bienes; ... p) El precio de la venta de bienes inmuebles; q) El ingreso proveniente de las licencias para construcción, modificación o demolición de obras civiles; y, s) Cualesquiera otros que determinen las leyes o los acuerdos y demás normas municipales”

Y en el Artículo 102 del citado Código Municipal, regula: “Contribución por mejoras. Los vecinos beneficiarios de las obras de urbanización que mejoren las áreas o lugares en que estén situados sus inmuebles, pagarán las contribuciones que establezca el

consejo municipal, las cuales no podrán exceder del costo de la mejoras. El reglamento que emita el consejo municipal establecerá el sistema de cuotas y los procedimientos de cobro. Los ingresos por concepto de contribuciones, tasas administrativas y de servicios, de rentas y los provenientes de los bienes y empresas municipales preferentemente se destinarán para cubrir gastos de administración, operación y mantenimiento y el pago del servicio de la deuda contraída por el consejo municipal para la prestación del servicio de que se trate. Al producto de las contribuciones anticipadas para la realización de obras de urbanización no podrá dársele ningún otro uso o destino”. Los beneficios que en términos generales vemos, generarían indudablemente ingresos a las municipalidades por estos conceptos, aparte de ello está también el beneficio como fuente de empleos y un servicio que le permita al propietario ver la evolución de los bienes inmuebles antes de realizar determinados actos con los mismos. Lo que en términos generales debe regular dicho registro, es casi la totalidad de lo que regula lo relativo al registro de la Propiedad, excepto algunas instituciones, es a saber:

- a) De los títulos sujetos a inscripción,
- b) De la forma y efectos de la inscripción,
- c) De las anotaciones y sus efectos,
- d) De las cancelaciones,
- e) Certificaciones del registro,
- f) Registro de testamentos y de donaciones por causa de muerte; registro de la posesión de propiedad horizontal;
- g) De los registradores, errores en los libros y
- h) Su rectificación.

Con la regulación sistemática de dichas instituciones, se estaría cumpliendo con los requisitos mínimos que debe cumplir un registro de los derechos de posesión sobre bienes inmuebles.

CAPÍTULO III

3. Análisis de los requisitos de las garantías aceptadas por las instituciones bancarias

Al quedar en firme la reforma del Artículo 835 del Código Civil, que con ello ampliaría la enumeración de los derechos reales de garantía incluyéndose dentro de ellos a la posesión de bienes inmuebles, queda ya únicamente a cargo de las instituciones bancarias el análisis de las garantías, en cuanto al cumplimiento de ciertos requisitos que las mismas deben llenar. Es precisamente el hecho de no estar enunciada en una norma, lo que hacía a los derechos de posesión ser de naturaleza única, de poca aplicabilidad por la inseguridad jurídica que representa esta clase de garantía, ya que quien constituye hipoteca sobre derechos de posesión, no posee un título perfecto que inspire certeza jurídica a quien en contraposición acepta esta clase de garantía.

De conformidad con el Decreto 19-2002, Ley de Bancos y Grupos Financieros, las instituciones bancarias y similares, deben de contar con sistemas integrales, que permitan evaluar los riesgos que asume la institución, al aceptar la constitución de determinada garantía. Actualmente, una sola institución bancaria acepta la constitución de garantía hipotecaria de derechos de posesión, siendo los resultados logrados por dicha institución bancaria positivos, si se toma en cuenta tres aspectos, se da asistencia técnica y crediticia a toda persona que lo solicite en base a su haber patrimonial consistente en derechos de posesión, no se crea ningún problema de carácter operacional en la institución, ya que esta garantía cumple con los requisitos establecidos en la citada Ley de Bancos y Grupos Financieros y judicialmente (se pudo comprobar que son pocos los casos llevados hasta esta instancia) los cuales son tratados como contratos mercantiles, y se determinó que existen ya pronunciamientos en casos seguidos ante los tribunales. Regulación legal de los requisitos de las garantías otorgadas a los bancos es específica.

La contratación mercantil de las entidades bancarias está regulada por la Ley de Bancos y Grupos Financieros, lo cual se establece de conformidad con los siguientes artículos:

Artículo 50. Concesión de financiamiento. Los bancos, antes de conceder financiamiento, deben cerciorarse razonablemente que los solicitantes tengan la capacidad de generar flujos de fondos suficientes para atender el pago oportuno de sus obligaciones dentro

del plazo del contrato. Asimismo, deberán hacer un seguimiento adecuado a la evolución de la capacidad de pago del deudor o deudores durante la vigencia del financiamiento.

Los bancos exigirán a los solicitantes de financiamiento y a sus deudores, como mínimo, la información que determine la Junta Monetaria mediante disposiciones de carácter general que dicte para el efecto.

Si con posterioridad a la concesión del financiamiento el banco comprobare falsedad en la detección y documentación proporcionada por el deudor o deudores, podrá dar por vencido el plazo y exigir extrajudicialmente o judicialmente el cumplimiento inmediato de la obligación.

Artículo 51. Garantías. Los créditos que concedan los bancos deberán estar respaldados por una adecuada garantía fiduciaria, hipotecaria, prendaria o una combinación de éstas, u otras garantías mobiliarias, de conformidad con la ley. Los créditos sujetos a garantía real no podrán exceder del setenta por ciento del valor de las garantías prendaria, ni del ochenta por ciento (80%) del valor de las garantías hipotecarias.

Artículo 52. Requisitos. En el proceso de concesión y durante la vigencia del crédito deberá observarse lo siguiente:

- a) El banco deberá requerir del deudor toda la información y acceso que le permita continuamente evaluar la capacidad de pago de éste. La Superintendencia de Bancos podrá, cuando lo estime necesario, evaluar la capacidad de pago de los deudores, para cuyo efecto el banco deberá poner a disposición de la misma, la información y toda la documentación que ésta le requiera; y,
- b) Toda prórroga debe ser expresa. El plazo del crédito no se entenderá prorrogado por la simple espera o el hecho de recibir abonos al principal o el pago total o parcial de los intereses vencidos.

La prórroga o cancelación, de las obligaciones a favor de los bancos, sean o no hipotecarias, podrá hacerse por medio de razón al pie del documento respectivo, puesta por quien tenga facultad legal para hacerlo.

Tal razón con legalización de firma por notario, será instrumento suficiente para que el registro respectivo haga la operación correspondiente.

Artículo 54. Activos extraordinarios. No obstante las prohibiciones y limitaciones impuestas por esta ley, los bancos y, en su caso, las demás empresas del grupo financiero podrán recibir toda clase de garantías y adquirir bienes raíces, establecimientos comerciales, mercaderías, acciones, documentos de crédito, valores, prendas y bienes de toda clase siempre que tal aceptación o adquisición sea hecha de buena fe, en lo siguiente:

- a) Como garantía adicional, a falta de otra mejor, cuando fueren indispensables para asegurar el pago de créditos...”

Artículo 55. Riesgos. Los bancos y las empresas que integran grupos financieros deberán contar con procesos integrales que incluyan, según el caso, la administración de riesgos de crédito, de mercado, de tasas de interés, de iliquidez, cambiario, de transferencia, operacional y otros a que estén expuestos, que contengan sistemas de información y un comité de gestión de riesgos, todo ello con el propósito de identificar, medir, monitorear, controlar y prevenir los riesgos.

De conformidad con las normas citadas, se pudo establecer que en el ordenamiento sustantivo, el legislador establece adecuadamente una normatividad que es acorde con la clase de entidades con quienes se relacionan y en ningún momento, se deduce de su lectura, contienen algún impedimento o regulación específica, que limite o prohíba el otorgamiento de Crédito en el cual la garantía sea la constitución de hipoteca sobre derechos de posesión de bienes inmuebles; por lo cual no existe limitación alguna a la “Autonomía de la voluntad” relacionada con esta clase de garantía.

Dentro del decreto citado, existe también un apartado específico que trata lo relativo a aspectos procesales, y que está contenido en el Capítulo XIII régimen procesal, en un capítulo único y que establece entre otras cosas lo siguiente: Artículo 105. Derecho y tribunales ordinarios. Los juicios ejecutivos que las instituciones y las empresas de los grupos financieros planteen quedaran sujetos a los preceptos de esta ley y, en lo que no fuere previsto en ella, a las disposiciones del derecho común.

El conocimiento y la resolución de los negocios y cuestiones litigiosas entre los bancos y grupos financieros, y entre estos y terceros, corresponde a los tribunales ordinarios. Con relación a la competencia, en el Artículo 106 de la ley relacionada, se establece lo siguiente: “Juez Competente. Será juez competente para conocer de los juicios que planteen los bancos y las

empresas de los grupos financieros, el del lugar en que estén instaladas las oficinas principales del ejecutante, el del lugar donde estén ubicados los bienes gravados o en donde se contrajo o debe cumplirse la obligación, a elección del ejecutante. Los juicios ejecutivos serán impulsados de oficio y los jueces estarán obligados a velar por que se cumpla estrictamente los plazos que para cada acto procesal determine la ley”.

Por ser de suma importancia para el tema que nos ocupa, transcribimos el Artículo 110 de la Ley de Bancos y Grupos Financieros, el cual regula de esta manera lo siguiente: “ Título ejecutivo. Además de los contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil, constituirán título ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento, las libretas de ahorro, certificados de depósitos, certificados de inversión, bonos, títulos valores, materializados o representados por medio de anotaciones en cuenta, o bien las respectivas constancias o certificados representativos de dichos documentos, que los bancos y las sociedades financieras autoricen o entreguen para comprobar la recepción de dinero. Previamente a promoverse la ejecución judicial con base en dichos títulos, deberá efectuarse requerimiento de pago hecho por notario.

Se infiere de los Artículos citados, lo siguiente: En cuanto a ser sujeto de crédito, que las entidades de crédito, en este caso los bancos, deben de cerciorarse que al otorgar los mismos, estos se otorguen a quienes califiquen, debiendo de cumplir con ciertos requisitos a través de los cuales se pueda determinar que no se corre ningún riesgo, esto por determinación de la Superintendencia de Administración Tributaria; pudiendo incluso darse por terminado el crédito si se determina que se incurrió en falsedad al darse información falsa.

En cuanto a las garantías, establece que los créditos deben respaldarse con estas, siendo requisito que estas sean adecuadas al crédito otorgado. No establece nada extraordinario en cuanto al otorgamiento de algún crédito, sino únicamente lo que usualmente deber requerirse en el otorgamiento de los mismos, es decir requisitos generalmente aceptados para el otorgamiento de la asistencia crediticia. No se hace mención de que solo se pueda constituir hipoteca sobre bienes inmuebles, cuya propiedad se acredite mediante justo título, no excluye la hipoteca sobre los derechos de posesión de bienes inmuebles, por lo que considero factible la constitución de esta clase de hipotecas y no encuentro contravención, en este caso, de esta garantía con el ordenamiento jurídico bancario.

En principio, en apariencia no existe seguridad jurídica en las garantías sobre derechos reales de posesión, sin embargo como leíamos con anterioridad, los bancos pueden determinar (autonomía de la voluntad), si aceptan o no determinadas clases de garantías, lo que nos permite afirmar si no se encuentra legalmente regulada en nuestro ordenamiento civil, si deja abierta la posibilidad de que las mismas, se pueda otorgar sin más limitaciones que las establecidas en que nos permite afirmar que si no se encuentra legalmente regulada en nuestro ordenamiento civil, si deja abierta la posibilidad de que las mismas (garantía hipotecaria sobre derechos de posesión), se pueda otorgar sin más limitaciones que las establecidas en la ley, y por último regula el Decreto 19-2002, algunos artículos relativos a la parte procesal de los juicios ejecutivos, cuando quien demanda es la institución bancaria.

3.1. La factibilidad de una ejecución en la vía de apremio, basada en la reforma del Artículo 835 del Código Procesal Civil y Mercantil

Existen interrogantes surgidas del estudio que nos ocupa, tal como si ¿existe certeza jurídica para el acreedor de que los créditos que se otorgan sobre derechos son susceptibles de ser aceptados por los órganos jurisdiccionales?; ¿se le dará trámite a las demandas planteadas?; ¿cumplen con los requisitos de ejecutivos los títulos sobre los cuales se fundamenta la demanda?, y más trascendente aun, ¿tienen los órganos jurisdiccionales que pronunciarse al respecto?

Dentro del orden de la ejecución en vía de apremio establecida en el Código Procesal Civil, tenemos en resumen los siguientes requisitos esenciales:

La procedencia de la ejecución del proceso ejecutivo en la vía de apremio: Artículo 294. (Procedencia de la ejecución en vía de apremio). Procede la ejecución en vía de apremio cuando se pida en virtud de los siguientes títulos, siempre que traigan aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero, líquida y exigible:

- 1°. Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada;
- 2°. Laudo arbitral no pendiente de recurso de casación;
- 3°. Créditos hipotecarios;
- 4°. Bono o cedula hipotecarias y sus cupones;
- 5°. Créditos prendarios;

6°. Transacción celebrada en escritura pública; y

7°. Convenio celebrado en el juicio.

La clase de crédito otorgado debe cumplir con la formalidad de constituirse en escritura pública, ya que afecta bienes inmuebles, y que en consecuencia también deben de inscribirse en el registro creado en la municipalidad donde este ubicado el bien inmueble objeto de la garantía. Obviamente, dentro del contrato que se celebre mutuo con garantía hipotecaria sobre derechos de posesión, es necesario consignar el monto por el cual se obliga el deudor; de esto se deriva la cantidad de dinero líquida y exigible; y puesto que el proceso se puede originar, verbigracia, de crédito hipotecario, esto daría origen al juicio ejecutivo en la vía de apremio.

Sobre cuales serian las excepciones que pueden oponerse dentro del proceso, estas serian las mismas que se oponen dentro de los juicios ejecutivos normalmente tramitados ante los tribunales de justicia; es decir aquellas citadas en el Artículo 296. (Ineficacia del Título). Los títulos expresados anteriormente pierde su fuerza ejecutiva a los cinco años, si la obligación es simple y a los diez años si hubiere prenda o hipoteca. En ambos casos, el término se contará desde el vencimiento del plazo, o desde que se cumpla la condición si la hubiere. Sólo se admitirán las excepciones que destruyan la eficacia del título y se fundamenten en prueba documental, siempre que se interpongan dentro de tercero día de ser requerido o notificado el deudor.

Las excepciones se resolverán por el procedimiento de los incidentes.

Como puede observarse, la ejecución basada en hipoteca sobre derechos de posesión de bienes inmuebles, podría perfectamente llevarse a cabo sin ningún problema, ya que cumple con los requisitos básicos: que en el contrato de mutuo se consigne cantidad de dinero líquida y exigible, y al presentar el testimonio de la escritura pública respectiva. Cabe mencionar que también podría figurar con otra clase de garantía y como negocio jurídico subyacente a través de título de crédito. El Código Procesal Civil en todo el articulado relativo a la ejecución en la vía de apremio, se refiere únicamente a generalidades, no especifica que únicamente se pueda llevar a cabo en base a determinada clase de garantía; el problema estriba que no están expresa o tácitamente regulados los derechos reales de posesión, por lo que en un momento dado podrían obviarse.

La confianza que debe tenerse en un juicio ejecutivo en la vía de apremio, fundamentado en testimonio de escritura pública, cuando la garantía hipotecaria es sobre los derechos de posesión de bienes inmuebles, se ve fortalecida en la práctica, por la acogida que en los tribunales se le ha dado ya a esta clase de procesos y de los cuales se tienen ya antecedentes como por ejemplo el planteado ante el Juzgado Sexto de primera instancia civil, (Crédito con garantía prendaria hipotecaria), identificado en dicho tribunal bajo el número C2-2002-2735 en el cual se le dio trámite a la demanda, se hizo el requerimiento y se señaló día y hora para el remate el cual efectivamente se llevó a cabo adjudicándose el bien inmueble a la parte demandante. Otro proceso que de Ejemplo de la aplicabilidad de la legislación procesal civil a la hipoteca sobre derechos de posesión sobre bienes inmuebles, es el iniciado en el Juzgado Cuarto de Paz Civil, identificado bajo el número CI-2004-635. Concluimos de la anterior exposición que la reforma del Artículo, 835 del Código Civil, no afectaría el procedimiento (Ejecutivo o ejecutivo en la vía de apremio) señalado en la ley, toda vez que la misma (reforma del Artículo), no incide en ninguna manera cambio alguno de la ley procesal existente.

Sin embargo; también en aras de la objetividad que debe tenerse en cualquier investigación, cabe mencionar que sin bien se citó dos ejemplos de aceptación y trámite de demandas en base a hipoteca sobre derechos de posesión sobre bienes inmuebles (se pudo comprobar la aceptación de los órganos jurisdiccionales); también es necesario hacer constar que se han producido rechazos de demandas basadas en este tipo de garantías, aduciendo los juzgadores que la misma carece de fundamentación legal y que muchas veces, las certificaciones emanadas de las municipalidades (en éstos casos concretos han sido las que las han emitido), no llenan los requisitos mínimos legales (sic) que deberían llenar.

Podemos afirmar que entonces que en cuanto a la parte procesal, la misma no sería un obstáculo para la tramitación de las acciones ejercitadas cuando no existe cumplimiento de la parte deudora, únicamente cabe afirmar la necesidad de reformar el Artículo 835 del Código Procesal Civil y Mercantil, obedece de conformidad con la presente investigación; precisamente a ese sector de los órganos jurisdiccionales que es reacio a aceptar la garantía hipotecaria de derechos de posesión sobre bienes inmuebles, y que tendrían que acatar lo que legalmente el artículo relacionado regulara al respecto.

CAPÍTULO IV

4. La reforma del Artículo 835 del Código Civil, a través del proceso de iniciativa de ley

De lo visto hasta aquí, se infiere que una vez realizada la reforma relacionada, por la característica de coercibilidad de la misma, esta tendría un ámbito de aplicación efectiva, ya que esta surtiría sus efectos en todo el territorio nacional como lo hacen las leyes aprobadas en nuestro ordenamiento jurídico legal. Con relación a la forma del texto legal (Artículo 835 del Código Civil), el mismo establece: “Quien puede hipotecar. Solo puede hipotecar el que puede enajenar, y únicamente pueden ser hipotecados los bienes inmuebles que pueden ser enajenados”. Este artículo se interpreta, que se puede constituir hipoteca, sobre la propiedad tradicionalmente considerada, es decir teniendo título legítimo e inscrito en el Registro General de la Propiedad (aunque debe dejarse en claro que este sólo cumple con el principio de publicidad registral).

Desde luego que dicha reforma al Artículo citado debe, para poder ser tenido como válido), cumplir con los requisitos establecidos en la Constitución de la República en sus Artículos del 174 al 181 (Formación y Sanción de la Ley) y lo establecido en los Artículos 109 al 133, de la Ley del Organismo Legislativo. Por supuesto que con relación a cómo debería quedar redactado el texto legal, esto dependería de quién promoviera la reforma: un diputado, el Organismo Ejecutivo, La Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos y el Tribunal Supremo Electoral.

A manera de ejemplo, sugiero que el texto legal tendría que establecer aproximadamente lo siguiente: “Quien puede hipotecar. Solo puede hipotecar el que puede enajenar, y únicamente pueden ser hipotecados los bienes inmuebles que pueden ser enajenados, y cuya propiedad o posesión haya sido obtenidos de conformidad con la forma establecida en la ley”.

4.1. La regulación sustantiva de la garantía hipotecaria de derechos de posesión, tiene aplicación adjetiva

La reforma al Artículo 835, tiene como derivación o consecuencia, que los órganos jurisdiccionales acepten sin enmiendas o rechazos las demandas planteadas en los procesos ejecutivos en vía de apremio. Usualmente aquello que se encuentra formalmente establecido en la ley, no es objeto de reparos o negativas de parte de los órganos jurisdiccionales. Actualmente, aún existe cierta oposición a darle curso a las demandas con base a esta

garantía, ya que lo regulado en el artículo que nos ocupa es ambiguo o no dice nada al respecto, lo que deja librado a la facultad del juzgador el aceptarlas o rechazarlas demandas o la de poner enmiendas a dichas pretensiones. Lo contenido en el párrafo anterior, se afirma en base ha resultados que en la práctica se han tenido con esta clase de procesos.

En aquellos procesos iniciados en base a esta garantía, hay órganos jurisdiccionales que al hacer una correcta interpretación de la ley sustantiva, no han puesto ningún obstáculo a la tramitación de estos procesos, aunque dichos obstáculos a la verdad en ocasiones se justifican plenamente por la ambigüedad de cómo está regulada la hipoteca en el Artículo multicitado.

4.2. La reforma planteada cumple con el doble cometido de facilitar el acceso a asistencia técnica y crediticia de carácter bancario y a otorgar certeza jurídica a las negociaciones realizadas por las instituciones bancarias

La reforma al Artículo 835 da certeza jurídica a la propiedad y abre la posibilidad de que quienes accedan a asistencia crediticia bancaria, no encuentren obstáculos a sus gestiones, cuál las encuentran actualmente, sobre todo en el interior de la República ya que es en dichos lugares en donde se concentra la mayor cantidad de poseedores de bienes inmuebles.

La reforma al Artículo 835 también conlleva la confianza de las instituciones bancarias que dicha clase de negociaciones con los particulares, no solamente se encuentra en consonancia de la Legislación contenida en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, Decreto número 19-20002, sino que también no riñe con dicha reforma, ya que no sólo se siguió el procedimiento señalado en la ley, sino que existiendo una regulación legal como base, existiría seguridad de poder acudir a los órganos jurisdiccionales, a fin de que se puedan hacer valer los derechos que les corresponden.

Las instituciones bancarias, como entes de propiedad privada, gozan de la facultad de poder determinar quienes califican o no para el otorgamiento de crédito con base a la garantía de derechos de posesión sobre bienes inmuebles, sin embargo considero que el hecho de la reforma de dicho Artículo, abre la posibilidad de que muchas instituciones se adhieran a la concesión de crédito con garantía hipotecaria sobre derechos.

En si el objetivo es equiparar, asemejar y/o conceder idénticas o similares características a una u otra garantía (hipoteca de registro e hipoteca de registro municipal), lo que en si se soluciona es en cuanto al patrimonio del que dispone la persona que necesita de la asistencia crediticia. Aunque si bien es facultad de las instituciones bancarias clasificar a quien o a quienes se les otorga crédito; o si está en ley, la disposición del haber patrimonial del interesado, puede ser objeto de precalificación para que dichas instituciones les tengan en cuenta para analizar u otorgarles dicha asistencia crediticia.

4.3. La creación de un registro de derechos de posesión en las municipalidades del país

La solución al problema de que órgano administrativo sería el encargado de determinar cómo se registrarían los derechos de posesión, desde la primera inscripción en forma cronológica, de conformidad con la presente investigación recae sobre las municipalidades del país. Llegándose a esta conclusión por considerarla dentro del presente estudio como la mas viable, al tomar en cuenta la ubicación geográfica y por ser competencia propia de estas instituciones el ordenar su municipio. En muchas municipalidades del país ya existe registro de tales derechos, los cuales surgieron de la práctica de la institución bancaria que ha otorgado crédito tomando como base la hipoteca sobre derechos de posesión. Tomando en cuenta la cantidad de libros que como mínimo deben llevarse en los registros de la propiedad, las municipalidades tienen que adoptar aquellos que básicamente les sirvan para el objetivo perseguido, ya que no se podría llevar todos los libros que en si llevan los registros de la propiedad, es mi criterio que cómo mínimo, los libros más esenciales a llevarse en una Municipalidad para el control de inscripciones, anotaciones y cancelaciones serían: I. Inscripción, anotación y cancelación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles identificables, II. Los títulos en que conste que un inmueble se sujeta al régimen de propiedad horizontal, arrendamiento y subarrendamiento. III. Prenda común, agraria, ganadera, industrial o comercial.

Al igual que en los registros de la propiedad, todo documento se presentaría en duplicado, el cual se devolvería al usuario debidamente razonado.

Preliminarmente, considero que esta sería la forma de Iniciar dichos registros, posteriormente, y según las experiencias de cada localidad; estos podrían irse modificando y adecuándose según la necesidad de cada lugar. La enumeración de los libros anteriormente

citados, puede cambiar según sea la necesidad particular de cada caso, ya que se entiende que existen actos y contratos que han de afectar los inmuebles inscritos tales como donaciones, testamentos, sucesorios intestados, compra ventas etc. Que son necesarias ir inscribiendo en forma ordenada.

Lo que en concepto de honorarios se va a cobrar, quedaría en manos del Concejo Municipal, quién para el efecto tendría que proponer al Organismo Ejecutivo, la creación del cobro a realizarse, toda vez que los mismos tendrían que fijarse a través de una Iniciativa de ley mediante el procedimiento establecido en el Congreso de la República.

Obviamente, también es necesario nombrar o delegar sobre la persona, que previa calificación, desempeñará la administración y el personal necesario para el funcionamiento de dicho registro. En cuanto a las soluciones que se proponen, no se puede pretender que un registro municipal se equipare o funcione con la institución de registro de la propiedad, ya que en sí, no es la naturaleza funcional de las municipalidades, las cuales desempeñan varias funciones manifestadas en la prestación de servicios públicos variados.

4.4. Cosas y derechos hipotecables

En el Artículo 822 del Código Civil se deja claramente establecido sobre que bienes recae la hipoteca, y aunque esto se ha desarrollado ya dentro del tema, cabe aquí hacer mención a la renuencia encontrada en algunas municipalidades de habilitar un libro para otra clase de hipoteca, toda vez que la finalidad de la municipalidades, según ellos, no es la de llevar un registro de derechos de posesión sobre inmuebles, toda vez; argumentan que la ley, no dice nada al respecto.

La posición de las municipalidades (a través de su representante legal), es valedera, por la ambigüedad de la hipoteca consignada en la forma contenida en el Artículo de referencia, sin embargo, y así lo veo en forma personal; la innovación, la creación la implementación, es lo que produce los cambios necesarios para un desarrollo sostenido, es necesario que no se deseche de plano la idea sobre la que gira la presente investigación, sino que en forma objetiva se haga un estudio sobre la factibilidad del mismo ya que como hemos visto traería innumerables beneficios recíprocos, tanto a la institución como a los usuario, etc.

Sobre que es hipotecable, analizando el Artículo 446, del Código Civil, hallamos que también se reputan bienes inmuebles, los derechos reales sobre la propiedad; cayendo esto irremediabilmente en el terreno de la propiedad por posesión, por las características que la misma reviste y ya vistas en la presente Investigación. Reforzando la Idea aquí vertida, del análisis de los Artículos 445 y 446, dice la autora Hilda Violeta Rodríguez de Villatoro, “Del análisis de esos artículos, se interpreta que son susceptibles de este gravamen: Los bienes inmuebles, los derechos reales gravados con hipoteca, así como sus correspondientes acciones”; y tal y como ocurre a lo largo de nuestra legislación, en ningún momento fija con claridad, (tampoco desecha), la hipoteca sobre los derechos de posesión de bienes inmuebles, y es en esta parte del concepto de “propietario”, que estriba la discusión medular sobre la calidad de quién puede hipotecar, ya que nuestra Legislación, establece que sólo puede hipotecar quien puede enajenar , y sólo puede enajenar, quien puede hipotecar.

En todo momento se ve la posibilidad de la creación del registro municipal, por supuesto que el legislador no puede, ni podría; en momento alguno, prever todas las posibilidades que implica la aprobación de determinado proyecto; para esas necesidades está precisamente la reforma de los artículos de una ley, de un Congreso no emanan leyes perfectas, de ahí la existencias de órganos encargado de fiscalizar la correcta aplicación de la ley como la Corte de Constitucionalidad por ejemplo; pero haciendo uso del recurso de la reforma de las leyes, se van solucionando los problemas que surgen en el camino y se espera que las mismas contribuyan al desarrollo de una sociedad más justa y mas igualitarias, y que todos los habitantes de un país tengan acceso al mismo.

CONCLUSIONES

1. De conformidad con la legislación civil guatemalteca, existe la garantía hipotecaria, y en esta no se excluye la hipoteca sobre derechos de posesión, aunque su regulación es ambigua.
2. Actualmente, el Decreto número 19-2002, Ley de Bancos y Grupos Financieros, no especifica que clase de requisitos debe llenar la garantía hipotecaria, por lo que se concluye que tampoco excluye la hipoteca sobre derechos de posesión. Esto abre la posibilidad de que se adhieran más instituciones bancarias a esta clase de garantía.
3. Si se debe reformar el Artículo 835, para que en forma expresa regule no sólo la hipoteca usual inscribible en registro de la propiedad, sino que se pueda constituir hipoteca sobre derechos de posesión.
4. Como toda ley en Guatemala, la misma seguiría los pasos de la aprobación y sanción legislativos, para que la misma sea de cumplimiento obligatorio y sea considerada ley en todo el territorio nacional.
5. Dicha reforma al Artículo 835, limitaría la facultad del juez de rechazar o obstaculizar la ejecución en la vía de apremio con base a la garantía sobre derechos de posesión, ya que existiría respaldo de lo que está contenido en la ley.
6. La creación de los registros en las municipalidades para su control, obedece a que estos cuentan ya con la infraestructura para poder implementar dicho registro, esto reporta también beneficios para la comuna de la localidad.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario dar mayor publicidad, legal y doctrinaria, a la existencia de la garantía de derechos de posesión sobre bienes inmuebles, para que los mismos sean tenidos en cuenta y así involucrar más a otras instituciones bancarias, para que la mayoría de la población del interior pueda acceder a crédito sin mayores inconvenientes. La misma publicidad únicamente se puede llegar a dar, mediante una legislación objetiva sobre el tema que fue objeto en esta investigación, ya que en la actualidad solamente es conocida la hipoteca que normalmente se constituye sobre bienes ya inscritos en el Registro General de la Propiedad.
2. El presente trabajo de investigación no pretende ser en modo alguno, un trabajo profuso y profundo del tema que trata, por lo que deberá seguirse trabajando en esta clase de garantía para una mayor comprensión del tema. En Guatemala, se necesita inculcar y promover la necesidad de investigar sobre aquellos temas de la realidad guatemalteca, los cuales por tratarse esencialmente de un tema social, son innumerables, de tal manera que sea constante y permanente a través de programas específicos, la investigación en las múltiples áreas del ámbito social.
3. Es necesario tomar en cuenta que la propuesta aquí contenida, no riñe con el procedimiento contenido en la Ley de Titulación Supletoria, ya que dicho trámite se puede continuar perfectamente, y no afecta en lo absoluto la tramitación seguida en esta vía. En todo caso debe tomarse en cuenta que el punto de vista aquí vertido, toma en mayor medida lo relacionado con la autonomía de la voluntad, de la cual las instituciones financieras nacionales hacen uso constante, dada la multitud de contratación que se lleva a cabo en nuestro medio.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA MORALES, Manuel Antonio. **Sistemas y principios rectores de los registros públicos de la propiedad en Guatemala**. Tesis de Graduación Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala. 1994 Ed. Centro de Impresiones Gráficas.
- ARTEAGA CARBAJAL, Jaime. **De los bienes y su dominio**. 1era. ed.; Ed. Rosaristas, Medellín, Colombia 1994.
- ARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. Ed.; Porrúa S.A. 10ª. ed.; México, 1989.
- BRANÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 1ra. ed.; Ed. Estudiantil Fénix, Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala 1998.
- CAICEDO ESCOBAR, Eduardo. **Derecho inmobiliario registral**. Registro de la propiedad y seguridad jurídica. Ed. Temis, S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.
- CHACÓN CORADO, Mauro. **El juicio ejecutivo cambiario**. 5ª. ed.; Ed. Helvetia. Guatemala 1999.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina. Ed. Heliasta, S.R.L. Tomo I. Viamonte 1730.
- Diccionario Enciclopédico Uthea**. Barcelona, España. Ed. Hispano Americana Litografía Pegaso, Sociedad Anónima.
- Diccionario Pequeño Larousse**. Buenos Aires. Ed. Larousse,
- ESCOBAR MEDRANO, Edgar y GONZÁLEZ CAMARGO, Edna Elizabeth. **Historia de la cultura en Guatemala**. Cooperativa de Ciencia Política de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1993.
- MONTERO AROCA, Juan y CHACÓN CORADO, Mauro. **Manual de derecho procesal civil guatemalteco. El juicio ordinario** Volumen 1. 1era. ed.; Ed. Magna Terra, Editores. Guatemala 1999.
- NOAILLES, Valiente, **Derechos reales**. 1era. ed.; Ed. Roque de Palma. Buenos Aires 1958.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina, 1981.
- PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil**. Madrid, 1957.
- RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ DE VILLATORO, Hilda Violeta. **Lecturas seleccionadas y casos de derecho civil III (Obligaciones I)**. Ed. Estudiantil Fénix. Guatemala 1998
- VALDEZ Horacio y ORCHANSKY Benito. **Lecciones de derechos reales**. Tomo I. Ed. Lerner, Argentina, 1969.

Legislación

- Constitución Política de la República de Guatemala**. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.
- Código de Comercio**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-70, 1971.

- 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 106, 1964.
- Código Municipal.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 12- 2002, 2002.
- Ley de Bancos y Grupos Financieros.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 19-2002, 2002.
- Ley de Titulación Supletoria.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 49-79, 1979.
- Ley de Parcelamientos Urbanos.** Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 1427.
- Ley de Vivienda y Asentamientos Humanos.** Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 120-96, 1996.
- Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 70-86, 1986.
- Reglamento del Registro General de la Propiedad.** Acuerdo Gubernativo 359-87, 1987.
- Reglamento específico para el ordenamiento territorial, regularización y legalización de predios urbanos del municipio de Poptún, Departamento de Petén, de fecha 31 de mayo de 2002.** Publicaciones varias del diario oficial.
- Reglamento específico para el ordenamiento territorial, regularización y legalización de predios urbanos del municipio de San Luis, Departamento de Petén, de fecha 5 de julio de 2002.** Publicaciones varias del diario oficial.