

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

**EL CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL COMO GARANTÍA DE CRÉDITO PARA LA
ADQUISICIÓN DE VIVIENDA**

CARLOS MARCELO DE LEÓN CASTRO

GUATEMALA, FEBRERO DE 2010.

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

**EL CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL COMO GARANTÍA DE CRÉDITO PARA LA
ADQUISICIÓN DE VIVIENDA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por:

CARLOS MARCELO DE LEÓN CASTRO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero de 2010.

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

DECANO:	Lic.	Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic.	César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic.	Erick Rolando Huítz Enríquez
VOCAL IV:	Br.	Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br.	Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic.	Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	César Augusto Conde Rada
Vocal:	Lic.	Jorge Leonel Franco Morán
Secretario:	Lic.	Sergio Leonel Castro Romero

Segunda Fase:

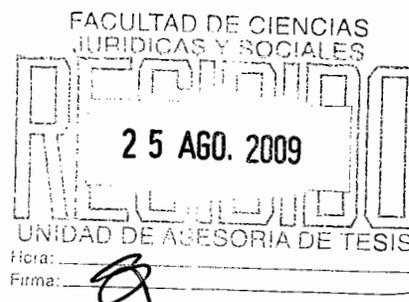
Presidenta:	Licda.	Eloísa Ermila Mazariegos Herrera
Vocal:	Lic.	José Efraín Ramírez Higueros
Secretario:	Lic.	Julio César Quiroa Higueros

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

Guatemala 18 de agosto de 2009.



Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Licenciado Castro Monroy:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa jefatura, el veinte de mayo del año dos mil ocho, en el que se me faculta para que como Asesor pueda realizar modificaciones que tengan por objeto mejorar el trabajo de investigación del Bachiller **Carlos Marcelo de León Castro**, intitulado **EL CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL COMO GARANTIA DE CREDITO PARA LA ADQUISICION DE VIVIENDA EN EL DEPARTAMENTO DE GUATEMALA**, procedo a emitir dictamen favorable aprobando el trabajo.

1. Se establece que la investigación realizada contribuye grandemente y de una manera técnica y científica con los estudios del derecho civil y el derecho mercantil. Así mismo para una mejor certeza dentro de la investigación es necesario modificar el título de la misma a: **EL CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL COMO GARANTÍA DE CRÉDITO PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA.**
2. Tengo el agrado de manifestarle que procedí conforme al requerimiento antes indicado, habiendo determinado que el tema propuesto es de significativa importancia ya que la hipótesis planteada fue comprobada en el desarrollo del trabajo realizado; el contenido de la investigación sobre la fianza mercantil como garantía de crédito para adquirir vivienda, se encuentra inspirada en la participación de un tercero, que con sus bienes garantiza el cumplimiento de las obligaciones crediticias dando así una mejor certeza jurídica.
3. También la estructura del trabajo realizado, satisface los objetivos propuestos en la investigación por lo que se llenan los requisitos que requiere el grado académico de la licenciatura.
4. El Bachiller Carlos Marcelo de León Castro, en la redacción del trabajo de tesis utilizó las técnicas y metodología adecuadas a la presente investigación por lo que considero que observó todas las exigencias reglamentarias; en la estructura formal de de la tesis se aprecia la utilización de los métodos científicos utilizados; el inductivo y deductivo, y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de información con la bibliografía actualizada; se aprecia que las conclusiones y las recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla.



5. Haciendo referencia a la bibliografía utilizada en el presente trabajo, puedo mencionar que es la adecuada ya que tiene relación con el fondo de la investigación realizada por el Bachiller.
6. Las conclusiones emitidas por el Bachiller son el resultado del estudio e investigación realizado, además derivan del desarrollo del mismo ya que se fue comprobando la hipótesis planteada en el trabajo.
7. Así como las recomendaciones son una contribución científica para el ordenamiento jurídico de Guatemala; siendo que el trabajo reúne los requisitos requeridos y cumple especialmente lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Sin otro particular, me suscribo del Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis, con muestras de mí más alta consideración y estima.

Colegiado 7653

Licenciado
MANOLO JOSE ENRIQUEZ ROSALES
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

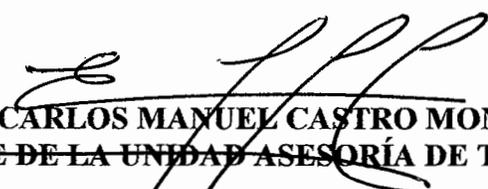
Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiséis de agosto de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) MARÍA VIRGINIA ROSADO ZALDAÑA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CARLOS MARCELO DE LEÓN CASTRO, Intitulado: "EL CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL COMO GARANTÍA DE CRÉDITO PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA".

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


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

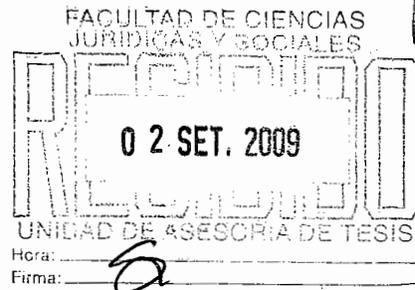


cc.Unidad de Tesis
CMCM/crla.

Guatemala 1 de septiembre de 2009.



**Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.**



Licenciado Castro Monroy:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa jefatura, el veintiséis de agosto del año dos mil nueve, en el que se me dispone nombrarme como revisor del trabajo de tesis del bachiller Carlos Marcelo de León Castro, con número de carne 200218337, procedo a emitir el siguiente dictamen.

- a) Revisado el informe final al concluir mi función como revisora, considero que cumple los requisitos señalados en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público.
- b) El contenido del trabajo de investigación en materia mercantil se refiere a los sistemas de financiamiento para la construcción y adquisición de vivienda y las formulas que propone; en este sentido el Bachiller establece procedimientos adecuados e idóneos para que las personas puedan obtener una vivienda al crédito, para lo cual propone por medio del contrato de fianza mercantil otorgado por una afinadora, una alternativa con beneficios tanto para los bancos, las constructoras y los financistas, reactivando así el sector de la construcción en Guatemala.
- c) He realizado la revisión de la investigación y en su oportunidad he sugerido algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que considere en su momento necesarias para mejor comprensión del tema, las cuales fueron debidamente atendidas por el Bachiller Carlos Marcelo de León Castro.
- d) En la estructura formal de de la tesis se aprecia la utilización de los métodos científicos utilizados; el inductivo y deductivo, y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica que comprueba que se hizo la recolección de información con la bibliografía actualizada; se aprecia que las conclusiones y las recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla.
- e) Las conclusiones, recomendaciones y anexos que se ofrecen son coherentes y consecuentes con el contenido del informe; es tanto así que la conclusión a la que llego el Bachiller Carlos Marcelo de León Castro, que el sistemas de financiamiento propuesto incentiva la construcción y la adquisición de vivienda; con relación a las recomendaciones realizadas, se apegan a la realidad y su posibilidad y necesidad de realizarlas se encuentran apegadas a la realidad nacional.

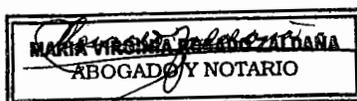
- f) La bibliografía consultada es actualizada, adecuada y suficiente; y meritorio el esfuerzo por la consulta de fuentes de información, que dan como resultado un aporte y datos interesante para el análisis de los problemas detectados.



Con base en lo anterior, emito **dictamen favorable** para que se autorice la impresión de la tesis: **"EL CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL COMO GARANTÍA DE CRÉDITO PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA"** que presentó el estudiante **CARLOS MARCELO DE LEÓN CASTRO**, para que sea discutida y defendida en su examen público de graduación profesional.

Sin otro particular, me suscribo

Atentamente,



Colegiado 2287

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintisiete de enero del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CARLOS MARCELO DE LEÓN CASTRO, Titulado EL CONTRATO DE FIANZA MERCANTIL COMO GARANTÍA DE CRÉDITO PARA LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.





DEDICATORIA

- A DIOS: Fuente de toda sabiduría.
- A: Universidad de San Carlos de Guatemala,
Alma Mater de estudios superiores.
- A : La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- A MIS PADRES: María Salomé Castro García, y Manuel Eduardo de León
Ramírez (Q.E.P.D).
- A MI HIJO: Carlos Andrés de León Rodríguez, como la razón principal
de mi lucha.
- A MI FAMILIA: Por su apoyo incondicional, agradecimiento eterno.
- A: Karla Patricia Ortiz Pineda, con mucho amor.
- A MIS AMIGOS: Por su apoyo oportuno y desinteresado.
- LOS PROFESIONALES
DEL DERECHO: Lic. Manolo José Enríquez Rosales, Licda. María Virginia
Rosado Saldaña, Lic. Carlos Manuel Castro Monroy,
gracias.
- A USTED: Que comparte este triunfo.



ÍNDICE

Pág.

Introducción..... i

CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico y el derecho contractual	1
1.1. Consideraciones generales del negocio jurídico.....	1
1.2. Concepto del negocio jurídico	2
1.3. Elementos de negocio jurídico	2
1.3.1 Declaración de voluntad	3
1.3.2 Consentimiento	4
1.3.3 Objeto lícito.....	5
1.3.4 La capacidad legal.....	6
1.4 Cumplimiento o pago de las obligaciones.....	7
1.4.1 Pago en especie.....	8
1.4.2 Pago en dinero	8
1.4.3 Pago en consignación	9
1.4.4 Pago por cesión de bienes.....	10
1.5 Incumplimiento de las obligaciones	11
1.6 Transmisión de las obligaciones	13
1.6.1 La cesión de derechos	13
1.6.2 Subrogación	15
1.6.3 Cesión de deudas	16



Pág.

1.7	La extinción de las obligaciones	17
1.7.1	Compensación	17
1.7.2	Novación	18
1.7.3	Remisión	18
1.7.4	Confusión	19
1.7.5	Prescripción extintiva	20
1.8.	Clasificación de las obligaciones	20
1.9.	Derecho contractual	23
1.10.	Concepto de contrato.....	24
1.11.	El contrato como fuente de obligaciones	25
1.12.	Clasificación de los contratos.....	26
1.12.1	Clasificación legal de los contratos	26
1.12.2	Clasificación doctrinaria de los contratos	30

CAPÍTULO II

2.	El contrato de fianza mercantil	35
2.1	Antecedentes históricos	35
2.2	Definición y concepto	37
2.3	Características	39
2.4	Elementos	43
2.4.1	Elementos personales.....	43

	Pág.
2.4.2 Elementos reales.....	46
2.4.3 Elementos formales.....	48
2.5 Clasificación legal de la fianza mercantil.....	49
2.6 Reafianzamiento, cofianzamiento y retrocesión.....	52
2.6.1 Reafianzamiento	52
2.6.2 Coafianzamiento	53
2.6.3 Retrocesión	54
2.7 Extinción y prescripción del contrato de fianza mercantil.....	55
2.7.1 Extinción	55
2.7.2 Prescripción extintiva	56

CAPÍTULO III

3. Garantías de crédito para adquirir vivienda familiar	59
3.1 Conceptos de garantías, crédito y vivienda familiar	59
3.1.1 La garantía de crédito	59
3.1.2 El crédito	60
3.1.3 La vivienda	61
3.2 La garantía real.....	62
3.2.1 Derechos reales de garantía	62
3.2.2 La hipoteca.....	65
3.2.3 Características fundamentales de la hipoteca.....	70

3.2.4 ¿Quiénes pueden hipotecar?	73
3.2.5 Bienes que no pueden hipotecarse.....	74
3.2.6 Subhipoteca	74
3.3 Cédulas hipotecarias.....	75
3.3.1 Requisitos de las cédulas hipotecarias	79
3.3.2 Características de las cédulas hipotecarias	79
3.3.3 Medios para cancelar las cédulas hipotecarias.....	80
3.4 El instituto de fomento de hipotecas aseguradas.....	81
3.4.1 Legislación aplicable	84

CAPÍTULO IV

4. La fianza como garantía de crédito para adquirir vivienda	87
4.1 Sistema de fianza como garantía de crédito para adquirir vivienda.....	88
4.1.1 Entidad aprobada	89
4.1.2 Deudor hipotecario	91
4.1.3 Inmobiliarias aprobadas	93
4.1.4 La afianzadora.....	94
4.1.5 El acreedor hipotecario o tenedor de la cédula hipotecaria.....	98
4.2 La formalización de la compraventa y la garantía del crédito	100
4.3 Beneficios del sistema de fianza de garantía de crédito.	102
4.3.1 Beneficios de la entidad aprobada	102



Pág.

4.3.2 Beneficios a las inmobiliarias	103
4.3.3 Beneficios para el comprador y deudor	104
4. 4 Ejecución de las garantías de crédito de vivienda	106
4. 4.1 Ejecución en la vía de apremio	108
4. 4.2 Ejecución en forma voluntaria y extrajudicial.....	112
CONCLUSIONES	115
RECOMENDACIONES	117
ANEXOS	119
ANEXO A	121
ANEXO B	125
BIBLIOGRAFÍA	127



INTRODUCCIÓN

Como producto de las garantías plasmadas en el texto constitucional, el Estado de Guatemala tiene la obligación fundamental de fomentar con prioridad la construcción de vivienda popular, mediante sistemas de financiamiento adecuado; protegiendo a su vez la formación del capital, el ahorro y la inversión de todos los guatemaltecos. Las decisiones adoptadas por el Congreso de República de Guatemala, de incluir una reforma al Decreto número 120-96 del Congreso de la República de Guatemala, denominada Ley de Vivienda y Asentamientos Humanos, se incluyó un sistema para crédito hipotecario, garantizado con la fianza mercantil, se promueve la inversión de capitales privados que son destinados a la construcción de vivienda, ya que el desarrollo de las familias es un factor esencial para el progreso de la sociedad guatemalteca.

La hipótesis planteada fue que la inversión privada en la construcción de viviendas, es una base sólida, desde la cual es posible impulsar el desarrollo económico del país; además un sistema de financiamiento adecuado genera el efecto de que una mayor cantidad de familias puedan gozar de una vivienda propia y con una mejor tasa de interés y seguridad en la contratación de la vivienda. Los objetivos de este trabajo de tesis es determinar, desde el punto de vista jurídico, el alcance e importancia de la fianza como garantía de crédito para la adquisición de vivienda, como una eficiente alternativa; y de esta forma proyectar los efectos jurídicos que producirá la aplicación del sistema en el ámbito de las instituciones y procedimientos.

Durante el desarrollo del estudio objeto de este análisis, se utilizó el método científico en cada una de las etapas. Se empleó también el método deductivo, para partir desde las generalidades del derecho mercantil hasta la especialidad de la institución de las garantías inmobiliarias; y el método inductivo para partir desde las garantías inmobiliarias y establecer comparaciones con las demás instituciones. Fue de gran ayuda también el método analítico, para poder conocer profundamente cada una de las características, elementos y principios de esta institución.

Considerando lo plasmado en párrafos anteriores, la investigación se desarrolló en cuatro capítulos, que se distribuyen de la siguiente manera: el primero, trata del derecho de obligaciones y la contratación, como base del sistema normativo, pero que se fortalece y fundamenta en los principios de buena fe y fidelidad; el segundo, lo relacionado con el contrato de fianza mercantil, sus características, elementos y regulación legal nacional; en el tercero, se hace referencia a la figura de las garantías de crédito para la adquisición de vivienda y el cuarto capítulo, que se circunscribe al sistema de fianza mercantil como garantía de crédito para la adquisición de vivienda; analizando el sistema de su adecuación, elementos, beneficios, extinción y ejecución.

Por lo que el presente trabajo, tiene como fin dar a conocer una alternativa para promover, el crédito para la vivienda, con beneficios tanto para las partes y sobre todo para el desarrollo de los guatemaltecos.



CAPÍTULO I

1. El negocio jurídico y el derecho contractual

1.1 consideraciones generalidades del negocio jurídico

Antes de abordar el tema de la contratación mercantil, conviene hacer un preámbulo para situarse en la perspectiva de la contratación mercantil conformado en la estructura jurídica.

El negocio jurídico es un concepto acuñado específicamente en el derecho civil desde tiempos remotos, pero debido a la naturaleza del derecho comercial este concepto junto con la mayoría de las instituciones civilistas se aplica a cabalidad al derecho mercantil no porque este último este incompleto en su desarrollo, porque el derecho mercantil surge como conjunto de normas que regulan un tipo relaciones específicas entre personas de características especiales quienes por la cantidad de actos que realizan le dan un carácter específico, lo que es el principal distintivo con el formalismo del derecho civil.

La técnica legislativa del Código Civil vigente, al regular los conceptos de la mayoría de instituciones, únicamente se limita a especificar con alguna incongruencia con la doctrina sobre los elementos que integran al negocio jurídico pero sin entrar a definirlo

en forma alguna. Por su parte, el Código de Comercio de Guatemala no menciona tan siquiera este concepto dejando tal asunto a las normas civiles.

1.2 Concepto del negocio jurídico

Entre los trabajos sobre concepto se considera que Catán Tobeñas lo analiza en forma completa al establecer que el negocio jurídico es *“El acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece.”*¹

Los caracteres citados en el concepto anterior establece claramente de lo que intrínsecamente es un negocio jurídico, obviamente como fuente de consecuencias jurídicas debe producir los efectos en la forma y en las condiciones que una persona desee proyectar al mundo de las relaciones sociales.

1.3 Elementos del negocio jurídico

Nuestra legislación civil, en el Artículo 1,251 establece que: *“El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.”*

¹ Citado por: Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pag. 484.

De la anterior definición se encuentran las condiciones para la validez de un negocio jurídico según el ordenamiento legal son I) la capacidad; II) declaración de voluntad; III) el consentimiento, aunque este no es requisito del negocio jurídico propiamente, sino más bien de los contratos.

La doctrina establece una diferencia en cuanto a los elementos del negocio jurídico, pues los hay de existencia y también los hay de validez. Los primeros, también conocidos como elementos esenciales se refieren a específicamente al objeto, a la declaración o bien al consentimiento; y los segundos referidos a la capacidad, a la forma cuando esta es requerida por la ley, para que este pueda surtir sus efectos, y a la ausencia de los vicios en la declaración de voluntad o en la materia del acto jurídico. De estos elementos haremos un análisis, siguiente especialmente analizaremos los que tengan relación con el contrato de fianza mercantil.

1.3.1 Declaración de voluntad

La declaración de voluntad se encuentra compuesta de dos conceptos complementarios uno del otro: declaración y voluntad².

El derecho no pretende la protección de una situación sin la existencia exteriorizada de por lo menos la voluntad de una persona, ya que el derecho de obligaciones únicamente le interesan los actos exteriores de las personas y las manifestaciones de voluntad de las personas, ya sea de hecho o de palabra; o que sean constitutivas de

² Contreras Ortiz, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles**. Pág. 127

actos de actos lícitos o ilícitos, en fin cualquier circunstancia que proyecte algún efecto al mundo exterior pues solamente lo manifiesto puede producir efectos jurídicos, pero dicha voluntad está condicionada por los otros elementos que le dan validez al negocio jurídico.

Por esa razón, es que la voluntad, es la intención personal de producir efectos jurídicos sobre una cosa o persona, bajo la concurrencia de un pleno entendimiento y comprensión de los alcances, efectos, objeto y consecuencias jurídicas, necesarias y lógicas, propias del acto que se está realizado. Una declaración es el efecto de una exteriorización material de una intención al mundo de las relaciones, en este sentido para la existencia y para la validez de un negocio jurídico debe entenderse que el sujeto que manifiesta su voluntad a través de una declaración tenga necesariamente una conciencia interna del acto pretendido; ya que solamente mediante una plena conciencia interna del acto que se realiza puede considerarse que alguien tiene la posibilidad de responder por el cumplimiento de los efectos de sus actos.

1.3.2 Consentimiento

El consentimiento según la doctrina es otro elemento necesario del negocio jurídico. Como lo manifiesta Guillermo Cabanellas, el consentimiento es: "*El acuerdo deliberado consciente y libre de la voluntad respecto a un acto externo, querido libre y espontaneo.*"³, el consentimiento es un concepto muy importante para el derecho de obligaciones, pues es imposible hablar de una declaración de voluntad pura cuando el

³ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 308.

consentimiento de las partes se presta: a) con base en un error sobre el objeto o las calidades del mismo; b) por una fuerza o violencia, ya bien moral o física que impida expresar la plena voluntad y deseos del declarante; c) por una intención dolosa de defraudar mediante la utilización de artificios que impidan comprender la magnitud del negocio jurídico; o bien d) por la simulación, ya sea de una sola parte para la otra, o de ambas partes para perjudicar a un tercero, el Código Civil en el Artículo 1,284 establece que los casos el negocio jurídico se encuentra viciado por la simulación *“La simulación tiene lugar: 1°. Cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose la apariencia de otro de distinta naturaleza; 2°. Cuando las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o se ha convenido entre ellas; y 3°. Cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas.”*

A este respecto, la legislación protege al consentimiento de los vicios a los cuales nos se ha referido anteriormente el Artículo 1,257 del Código Civil, que establece los vicios del consentimiento siendo estos: el error, el dolo, la simulación y la violencia; y como consecuencia de una declaración de voluntades viciada tan solo por uno de los referidos conceptos, faculta a las partes a solicitar judicialmente su anulación.

1.3.3 Objeto lícito

El objeto es el fin que una o varias personas persiguen en un negocio jurídico, y a este respecto se puede determinar que hay dos tipos de objeto en un acto jurídico el directo

y el indirecto. Rojina Villegas establece que: *“por objeto directo se entiende, en el acto jurídico, la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones; y por objeto indirecto las cosas o hechos que constituyen el contenido de las obligaciones creadas, transmitidas, modificadas o extinguidas por el acto jurídico.”*⁴. La licitud en un negocio jurídico, es una condición relativa a la legislación vigente de un Estado, y supone que tanto el objeto directo como el indirecto de un negocio jurídico pueden ser contrarios a la ley por prohibición expresa de la misma.

1.3.4 La capacidad legal

La capacidad en la teoría general de las obligaciones así como la misma legislación vigente en el país vincula y condiciona a todo acto o negocio jurídico con la capacidad legal del sujeto que obra o declara su voluntad, por eso la capacidad o facultad para ser sujeto de derechos y obligaciones, se encuentra condicionada a factores de legalmente establecidos, pero se puede decir que la capacidad tiene dos facetas: la primera como una simple declaración positiva en cuanto a poder ser sujeto de derechos u obligaciones, a la cual se conoce como capacidad de derecho (goce) y se origina por el mismo hecho de ser persona, la segunda que consiste en la posibilidad de ejercer los derechos o las obligaciones legalmente contraídas por sí mismas o por sus representantes, esta se origina en las personas individuales al haber alcanzado la mayoría de edad, como la establece el Código Civil en su Artículo ocho que: *“La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad.*

⁴ Rojina Villegas, Rafael. **Derecho civil mexicano**. Pág. 125.

Son mayores de edad los que han cumplido diez y ocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.”.

Por ser el tema relacionado con el derecho mercantil vamos a decir que la capacidad para establecer un negocio jurídico, se rige por la conversión de las normas civiles, ya que se acepta doctrinariamente que las raíces del derecho mercantil son civilistas, por lo que consideramos la razón suficiente que se establezca el principio de supletoriedad, el Código de Comercio en dos situaciones adopta el principio anteriormente citado al establecer en su Artículo uno: *“Los comerciantes en su actividad profesional, los negocios jurídicos mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones de este Código y, en su defecto, por las del Derecho Civil que se aplicarán e interpretarán de conformidad con los principios que inspira el Derecho Mercantil.”*, y en el Artículo 694 establece: *“Sólo a falta de disposiciones en este libro, se aplicarán a los negocios, obligaciones y contratos mercantiles las disposiciones del Código Civil.”*. Es precisamente en estas normas legales en donde se fundamenta el Código de Comercio de Guatemala, para no hacer referencia alguna a la capacidad civil, al negocio jurídico, al contrato dentro de sus partes generales.

1.4 Cumplimiento o pago de las obligaciones

El cumplimiento o pago es la satisfacción idónea de la prestación debida, es decir el deudor u obligado realiza la actividad o servicio prometido, según lo estipulado. La naturaleza jurídica del cumplimiento o el pago, encuadra dentro del negocio jurídico

como una circunstancia normal o que debe de ocurrir, cuando las partes contratan desde un inicio se establece la forma, el momento, plazo, cantidad, etc., que será satisfecha la prestación del obligado o deudor. Se clasifica siguiendo la modalidad del Código Civil las clases de pago.

1.4.1 Pago en especie

Consiste en una forma de cumplimiento o pago, la cual consiste en que una obligación no se satisface en dinero sino en con cualquier otra prestación, dicha prestación debe ser lícita y posible, como por ejemplo la entrega de bienes o la prestación del algún servicio.

1.4.2 Pago en dinero

Consiste en el cumplimiento o pago, cuando una obligación se satisface en dinero, anteriormente doctrinarios en la materia de obligaciones diferenciaban a otra modalidad como era el pago en moneda nacional actualmente consideramos que debido a la emisión de la Ley de Libre Negociación de Divisas, Decreto 94-2000 del Congreso de la República de Guatemala, la cual establece en su Artículo uno: *“Es libre la disposición, tenencia, contratación, remesa, transferencia, compra, venta, cobro y pago de y con divisas y serán por cuenta de cada persona individual o jurídica, nacional o extranjera las utilidades, las perdidas y los riesgos que deriven de la operaciones que*

de esa naturales realiza.”. Por lo que se considera que clasificar la moneda en curso legal y moneda extranjera solo es un subclasificación del pago en moneda.

El dinero puede ser conceptuado jurídicamente en diferentes categorías, como una cosa, con característica de bien mueble, por ser genérica y fungible, además como medio de intercambio para la adquisición de bienes y servicios, como unidad de medida, y sobre todo como medio de cumplir o hacer efectivo las obligaciones.

1.4.3 Pago en consignación

El pago en consignación se cree que una modalidad de pago reciente pero encontramos que se encuentra regulado desde el Derecho Romano, como una forma de pago exclusiva que utilizaba el deudor en el caso que el acreedor se negare a recibir el pago. Pasando posteriormente al derecho español y con influencia del derecho eclesiástico.

En la actualidad es una forma de pago que tiene como característica principal que se realiza en forma indirecta, por realizarse ante una autoridad judicial competente, además de excepcional ya que precisa de una existencia o causa que imposibilita realizar el pago en forma directa al acreedor, el Código Civil en su Artículo 1,409 establece: *“La consignación procede: 1°. Cuando el acreedor se negare a recibir la cantidad o cosa que se le debe; 2°. Cuando el acreedor fuere incapaz de recibir el pago y careciere de representación legal; 3°. Cuando el acreedor no se encuentre en el lugar*

en que debe hacerse el pago y no tuviere en dicho lugar apoderado conocido; 4°. Cuando fuere dudoso el derecho del acreedor y concurrieren otras personas a exigir el pago, o cuando el acreedor fuere desconocido; 5°. Cuando la deuda fuere embargada o retenida en poder del deudor, y éste quisiese exonerarse del depósito; 6°. Cuando se hubiere perdido el título de la deuda; 7°. Cuando el rematario o adjudicatario de bienes gravados quiera redimirlos de las cargas que pesan sobre ellos; y 8°. En cualquier otro caso en que el deudor no pueda hacer directamente un pago válido.”.

El procedimiento judicial explicada brevemente a llevarse a cabo será por la vía de incidente, planteada la consignación en pago el juez ordenará el depósito en la Tesorería del Organismo Judicial, dándole audiencia al acreedor por dos días, para que este evacue la audiencia, ya sea aceptando el pago u oponiéndose a ella, la cual el juez dictara la validez o invalidez del pago realizado en esa forma.

1.4.4 Pago por cesión de bienes

Se Toma una definición doctrinaria que acertada es: *“Es el acuerdo de voluntades por el que el deudor insolvente transmite la posición de sus bienes enajenables a sus acreedores, facultándoles para administrarlos y pagarse con sus frutos; o para venderlos y pagarse con el producto”*⁵. Los efectos jurídicos del pago por cesión de bienes son: liberación del deudor de la obligación; extinción las obligaciones principales y accesorias; y trasmisión de la cosa en propiedad.

⁵ Acuña Anzorena, Arturo. **Enciclopedia jurídica Ameba**. Pág. 980.



1.5 Incumplimiento de las obligaciones

se puede decir en forma genérica que el incumplimiento de las obligaciones se da al no cumplir con la prestación debida, desde otro punto de vista se puede decir que existe incumplimiento en cuanto la prestación se satisface, pero en forma defectuosa, parcial o con retardo, todas estas formas interesan al trabajo pero especialmente aquéllas que involucran a un deudor y un acreedor.

El incumplimiento da derecho al acreedor de exigir el cumplimiento de la prestación debida, usando al poder coercitivo que posee el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, así como constituir al deudor en mora la cual Contreras Ortiz, define como: *“Es la situación jurídica del deudor o del acreedor, que no cumplió la prestación o el deber de su cargo, y que fue legalmente interpelado por su contraparte.”*⁶.

Los efectos jurídicos del deudor declarado en mora son, entre otros:

- El deudor queda obligado a pagar al acreedor intereses, los cuales se establecen en el contrato, o el interés legal si en el contrato no se hubieren pactado.
- Queda el deudor obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios que su incumplimiento cause al acreedor.

⁶ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles**. Pág. 127.



- Si lo debido es una cosa corresponden al deudor los riesgos de la misma.

Los efectos jurídicos del acreedor declarado en mora son, entre otros:

- El acreedor debe resarcir al deudor los daños y perjuicios que le ocasione con su incumplimiento.
- Si lo debido es una cosa y el acreedor no la recibe sin justificación, son a su cargo los gastos de conservación de la cosa.
- Corresponde los riesgos de la cosa al acreedor, mientras la cosa se encuentra en poder del deudor.

Además otro efecto jurídico del incumplimiento de la obligación es para la parte que ha dejado de cumplirla o aún cumpliéndola insatisfactoriamente es el pago de daños y perjuicios la cual se convierte en una sanción que la ley impone por el incumplimiento de la obligaciones, conforme a lo que establece el Artículo 1,434 del Código Civil: *“Los daños, que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.”*



1.6 Transmisión de las obligaciones

En la legislación, específicamente en el Código Civil, se puede encontrar tres formas de transmitir las obligaciones los cuales consisten en la cesión de derechos, la subrogación y la transmisión de deudas, se ha incluido este tema en el capítulo como parte del negocio jurídico, porque es de vital importancia, el contrato de fianza mercantil y la garantía hipotecaria como una forma de garantizar las obligaciones que pueden ser transmitidas, así como por excelencia la garantía hipotecaria, como fuente de transmisiones de obligaciones y derechos.

1.6.1 La cesión de derechos

Es una forma de transmitir las obligaciones, Diego Espin, la define como "*La institución jurídica por la cual un nuevo acreedor (cesionario) por convenio con el otro acreedor (cedente), por disposición de la ley o por sentencia de juez competente, adquiere un crédito (acreduría) a cargo de determinado deudor (cedido), sin necesidad del consentimiento de este y sin que la obligación deje de ser la misma.*"⁷. Analizando la definición anterior por ser muy completa y positiva en la legislación, solo se puede agregar que en la cesión de derechos existe un cambio de acreedor, permaneciendo el mismo deudor, siendo la obligación la misma sin ningún cambio sustancial.

Los efectos jurídicos que se producen la cesión de derechos se puede definirla desde dos puntos de vista las cuales se dan entre el cedente y el cesionario; entre el cesionario y el deudor.

⁷ Espin, Diego. **Manual de derecho civil español**. Pág. 266.

- a) Entre el cedente y cesionario: el cedente transmite al cesionario los derechos principales y los derechos accesorios, salvo pacto en contrario; por lo que deben considerarse transmitidas las garantías personales y reales, así como las obligaciones derivadas de las cláusulas o convenios de indemnización y de acuerdo de arbitrajes; el cedente únicamente responde de la legitimidad y existencia del crédito cedido, pero no a la solvencia del deudor, salvo pacto en contrario; el cesionario deber responder del saneamiento por evicción.
- b) Entre cesionario y deudor: el cesionario pasa a ocupar, frente al deudor, la posición jurídica que tenía el cedente; con los mismos derechos y obligaciones, subsisten las garantías que el deudor constituyó a favor del cedente; en caso de demanda el deudor puede interponer todas las excepciones contra el cesionario y las que hubiere podido interponer contra el cedente, salvo las que fueren personales de este; no interrumpe la prescripción, puesto que no obstante el cambio de acreedor, la obligación continua siendo la misma.

Se debe tener en cuenta que los efectos jurídicos de la cesión, inician a partir de la notificación de la cesión, la notificación la puede realizar en forma indistinta el cedente o el cesionario, ya sea en forma judicial o por medio de notario. Este último requisito no es necesario cuando el deudor ha facultado al acreedor, para ceder el crédito sin su notificación o cuando se trate de documentos que de conformidad con la ley se transmiten por endoso.

La legislación hace énfasis en la importancia, de que todos los derechos son susceptibles de ser cedidos, por lo que se relaciona al tema, los derechos litigiosos son susceptibles de ser cedidos, conforme a lo que el Artículo 1,805 del Código Civil establece en su segundo párrafo: *"Igualmente pueden venderse las cosas o derechos litigiosos, o con limitaciones, gravámenes o cargas, siempre que el vendedor instruya previamente al comprador, de dichas circunstancias y así se haga constar en el contrato."*

1.6.2 Subrogación

Es una forma de transmitir las obligaciones, varios tratadistas definen a la subrogación como derivada del pago, que un sujeto con fondos propios, efectúa el cumplimiento de una obligación o de una deuda; el Código Civil también la establece de esa manera al referirse a la subrogación en su Artículo 1,453: *"La subrogación tiene lugar cuando el acreedor sustituye en el tercero que paga, todos los derechos, acciones y garantías de la obligación."*, en el Código de Comercio se establecen una serie de casos en la que por mandato de la ley se existe subrogación, pero para efectos de desarrollo del tema únicamente se menciona a lo que el Artículo 1,035 del Código de Comercio de Guatemala, en la cual establece que las compañías reafianzadoras que han pagado una afianzadora se subrogan los derechos de repetir en contra de los fiados y contrafiadores.

Los efectos jurídicos que producen la subrogación de derechos, entre otros se puede indicar que el subrogante (nuevo acreedor) pasa a ocupar la posición jurídica que tenía el subrogado (antiguo acreedor) frente al deudor, en consecuencia le pertenecen los derechos, garantías y acciones, derivados de la obligación; las acciones judiciales que el subrogante realice en contra del deudor, será la misma acción que tenía el subrogado; el subrogante no puede ejercer los derechos de acción sino hasta que este satisfactoriamente pagado la obligación.

1.6.3 Cesión de deudas

Según lo que establece el Código Civil la transmisión de deudas la conceptúa como un cambio de la parte deudora, manteniendo la misma obligación ante el mismo acreedor, el profesor Rubén Contreras Ortiz, define la cesión de deudas como: *“Es la institución jurídica por la que, por convenio de las partes o por disposición de la ley, un tercero (cesionario) sustituye al deudor (cedente) y asume frente al acreedor (cedido), con el consentimiento de esta la deuda y los deberes del deudor, sustituido, sin que la obligación deje de ser la misma.”*⁸.

Los efectos jurídicos de la cesión de deudor entre otras: se puede decir que existe una total sustitución del deudor por otro; permanece el mismo acreedor; la obligación original persiste; el deudor sustituido o cesionario, queda obligado en los mismos términos que estaban establecidos desde un principio en la obligación; las garantías

⁸ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles**. Pág. 156.

constituidas en la obligación persisten, pero si se trata de fianza civil o mercantil la garantía cesa su efectividad, a menos que el fiador consienta expresamente que continuara garantizado la obligación; el deudor sustituido tiene el derecho de ejercer todas la excepciones contra el acreedor inclusive las del deudor primitivo, siempre que estas no hubiesen sido personales.

1.7 La extinción de las obligaciones

La legislación guatemalteca reconoce como los modos para extinguir las obligaciones la compensación, la novación, la remisión, la confusión y la prescripción extintiva. Instituciones jurídicas que no se honda en ellas, pero se dará una breve noción ya que también tiene relación con el tema que desarrollamos.

1.7.1 Compensación

Es un medio de extinguir las obligaciones, se toma la definición del profesor Rubén Contreras Ortiz: *“Es la confrontación de dos obligaciones liquidas, y exigibles, consistentes ambas en dinero o cosas fungibles de la misma especie o calidad, para extinguirlas totalmente si su monto es idéntico, o hasta el importe de la menor si fuera de diferente cuantía.”*⁹.

Los efectos jurídicos de la compensación entre otros son: la extinción, total o parcial, de las obligaciones tanto principales como accesorias; la liberación de uno o de ambos

⁹ **Ob. Cit.** Pág. 161.

deudores. Se puede mencionar que la compensación tiene lugar ya sea por mutuo acuerdo o convencional, por disposición de la ley, o en forma judicial.

1.7.2 Novación

Es un medio de extinguir las obligaciones, analizando los Artículos 1,478 y 1,479 Código Civil, se puede decir que la novación sucede cuando una obligación se altera sustancialmente por otra, siempre que las partes hayan consentido, extinguiéndose las garantías y las obligaciones accesorias, salvo pacto en contrario.

Los efectos jurídicos de la Novación entre otros son: la extinción de la obligación primitiva u objetiva; nacimiento de una nueva obligación siendo la única que vincula a las partes; la nulidad de la nueva obligación, surge nuevamente la obligación anterior con las mismas condiciones y garantías.

1.7.3 Remisión

Es un medio de extinguir las obligaciones, el Código Civil, no define que es la remisión sino solamente se remite a darnos sus efectos jurídicos, pero puede entenderse la remisión, como una forma de extinguir las obligaciones, con el perdón que realiza el acreedor de la deuda, a favor del deudor, sin entrar a los motivos sociales, familiares, lasos de amistad, etc., que puedan origen a la remisión simplemente es un derecho

que el acreedor con capacidad suficiente, para no exigir el cumplimiento de las obligaciones.

Los efectos jurídicos de la remisión entre otros son: la extinción de la obligación principal y accesorias; la condonación simplemente mancomunados, solo extingue las obligaciones del deudor que fue condonado; la condonación otorgado a uno de los fiadores simples, no extingue la obligación del deudor ni la de los demás fiadores; la remisión concedida solo a uno de los deudores solidarios, no altera los derechos de acreedor respecto de los demás, deducida obviamente la parte que fue perdonado; si el deudor no acepta la remisión, la obligación subsiste sin modificación alguna, pero se extinguen las obligaciones de los fiadores y de los terceros garantes.

1.7.4 Confusión

Es un medio de extinguir las obligaciones, conforme a lo que establece el Código Civil, la confusión no es más que la reunión de la misma calidad de acreedor y deudor en una persona, extinguiendo las obligaciones, esta condición es válida cuando la obligación se encuentra vigente al momento de adquirirla y el sujeto la adquirió en forma lícita, muy pocos ejemplos se pueden suceder, como por ejemplo la adquisición de una herencia, cuando el heredero era deudor del causante quien a su vez era acreedor.

Sus efectos jurídicos entre otros se puede mencionar: extinción de las obligaciones por la imposibilidad de cumplirlas; queda liberada cualquier clase de garantía que se haya

constituido sobre las obligaciones; y si la confusión se anula, surge la obligación primitiva.

1.7.5 Prescripción extintiva

Es un medio de extinguir las obligaciones, denominada por los doctrinarios también como prescripción negativa o liberatoria, contrapuesta con la prescripción adquisitiva o positiva, se tomara nuevamente una definición del profesor Rubén Contreras Ortiz: *“Es la perdida de la coercitividad de la obligación causada por el transcurso integro del tiempo establecido por la ley, sin que el deudor ni el acreedor hayan ejecutado el acto alguno que pudiera interrumpir jurídicamente el computo de dicho tiempo”*.¹⁰

Sus efectos jurídicos entre otros se puede mencionar: extinción de las obligaciones; las personas que no tienen capacidad de ejercicio para ejercer sus derechos por sí mismos, tienen el derecho de reclamar contra sus representantes legales, cuyo dolo o negligencia hubiera sido la causa de la prescripción.

1.8. Clasificación de las obligaciones

- Obligaciones naturales: son aquéllas que el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la misma, ya que depende de la voluntad espontánea del deudor.

¹⁰ Ob. Cit. Pág. 171.

- Obligaciones alternativas: son aquéllas obligaciones cuyo objeto consiste en dos o más prestaciones debidas.
- Obligaciones facultativas: es aquélla en la cual el deudor debe una prestación única con facultad deliberarse de la misma, cumpliendo otra prestación determinada en lugar de la debida.
- Obligaciones conjuntivas: son aquéllas llamadas complejas, que comprenden varias prestaciones, quedando el deudor obligado a ejecutar diversas cosas, en tal forma y manera dando todas las cosas.
- Obligaciones divisibles: son susceptibles de cumplimiento parcial en distintos momentos y por partes de un todo o por etapas.
- Obligaciones indivisibles: es aquélla que constan de un objeto o prestación que no admite sino cumplimiento total.
- Obligaciones mancomunadas: cuando reconocen varios deudores o acreedores, no obstante estar representadas por una sola prestación.
- Obligaciones solidarias: son aquéllas en que existiendo varios acreedores o deudores, cada acreedor puede exigir y cada deudor debe prestar íntegramente la prestación, de tal forma que la obligación queda totalmente extinguida por la

reclamación de un solo acreedor y el pago de un solo deudor. El Código Civil en su Artículo 1,352, establece: *“Que la obligación mancomunada es solidaria cuando varios deudores están obligados a una misma cosa de manera que todos o cualquiera de ellos pueden ser constreñidos al cumplimiento total de la obligación, y el pago hecho por uno solo libera a los demás; y es solidaria con respecto a los acreedores cuando cualquiera de ellos tiene el derecho de exigir la totalidad del crédito, y el pago hecho a uno de ellos libera al deudor.”*

- Obligaciones principales y accesorias: son principales aquéllas obligaciones que surgen a la vida jurídica con un fin determinado que solo guardan relación con el mismo y no dependen de otro para su existencia. Son accesorias aquéllas que dependen de una obligación principal para su existencia.
- Obligaciones puras: con aquéllas que para su cumplimiento no dependen de condición o plazo para que surta efectos jurídicos.
- Obligaciones condicionales: son aquéllas que para que se dé el cumplimiento dependen de la realización o no de un acontecimiento futuro e incierto.
- Obligaciones a plazo: cuando el ejercicio del derecho que a ella corresponde estuviere subordinado a un lapso de tiempo suspensivo o resolutorio. El plazo suspensivo o resolutorio puede ser cierto o incierto. Es cierto cuando fuese fijado

para terminar en determinado año, mes o día. El plazo es incierto cuando fuese fijado con relación a un hecho futuro necesario para terminar el día.

- Obligaciones bajo condición resolutoria: la obligación es formada bajo condición resolutoria cuando las partes subordinaren a un hecho incierto y futuro de un derecho adquirido.
- Obligaciones con cláusula penal: la cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal. Antes de constituirse el deudor en mora, el acreedor no puede demandar la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal. La cláusula penal es aquella mediante la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación. Se refiere asimismo al supuesto en que una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación se sujeta a una pena o multa.

1. 9. Derecho contractual

Dentro del amplio campo del estudio del derecho, posiblemente sea el derecho contractual el que tenga mayor trascendencia en cuanto a su importancia en el derecho privado ya que no existe persona física o jurídica que día con día, pueda substraerse

del mundo contractual, pues solamente el hecho de relacionarse con otras personas y aun sin advertirlo conscientemente, la vida diaria se encuentra inmersa en una cantidad de contratos de diversa naturaleza, por ende los derechos y obligaciones, al celebrar cualquier clase de contrato.

1.10. Concepto de contrato

El Código Civil dedica el título quinto del capítulo primero, a establecer una amplia reglamentación de los contratos. Los define el Artículo 1,517: "*Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.*". Relacionando el concepto antes ante citado, se puede deducir las siguientes características:

- a) En el c ontrato habrá siempre un consentimiento común de dos o más personas.

- b) El contrato tiene siempre como consecuencia la creación, modificación, transmisión y extinción de una obligación que tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, de estas ideas procede la configuración que podríamos llamar tradicional o clásica.

Aunque el concepto legal que se ha citado anteriormente carece en si de una acertada definición más concreta, ya que únicamente como una anterior referencia de las características y los efectos jurídicos, por lo que resulta de mucho interés recordar que

dentro de la clasificación doctrinaria de los hechos productores de consecuencias jurídicas el negocio jurídico es continente del contrato, y para suplir la referida omisión en los elementos, se puede integrar el contenido de la norma precitada lo establecido en el Artículo 1,251 del Código Civil que establece: “*El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.*”.

Colin y Capitant define que el contrato: “*Un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos*”¹¹ en ese mismo sentido existe una definición sencilla pero interesante la que nos da Olivera de Luna al decir que: “*Contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear derechos y obligaciones.*”¹².

Conforme al contenido de las dos normas aludidas y a la doctrina citada se puede llegar a definir que el contrato en latu sensu: como el negocio jurídico, que nace del consentimiento de dos o más partes por medio de su voluntad, encuadrados dentro de los límites legales, y como resultado se crean, modifican, transfieren y extingue una obligación de naturaleza lícita.

1.11. El contrato como fuente de obligaciones

Es indudable que los contratos como normas que regulan la actividad humana en situaciones específicas, según la propia voluntad y conciencia de las partes

¹¹ Citados por: Borja Solario, Manuel. **Teoría general de las obligaciones**. Pág. 111

¹² Olivera de Luna, Omar. **Contratos mercantiles**. Pág. 1

encuadradas dentro de los límites legales, son la principal fuente de las obligaciones en la actualidad, ya que es virtualmente imposible tan solo imaginar la cantidad de posibles relaciones sociales que pueden surgir dentro de una sociedad moderna, sin dejar a un lado la gran creatividad humana en las modalidades a que puede sujetarse una relación contractual. Por lo que se puede establecer que derivado a la gran cantidad de formas de contratos, igualmente serán los derechos y las obligaciones derivadas de los contratos, susceptibles a ser garantizados, tema que más adelante se tratara.

1.12. Clasificación de los contratos

1.12.1 Clasificación legal de los contratos

La clasificación de los contratos desde el punto de vista legal es la siguiente:

A) Unilaterales y bilaterales

Atendiendo a que obligaciones que originan sean ya para una sola de las partes o recíprocamente ambas, atendiendo a lo que establece el Artículo 1,587 del Código Civil establece: *“Los contratos son unilaterales, si la obligación recae solamente sobre una de las partes contratantes; son bilaterales, si ambas partes se obligan recíprocamente.”*. Por lo que se puede establecer que son unilaterales los contratos que las obligaciones recaen solo a una de las partes

contratantes y por lo cual no tiene contraprestación a su favor. Será bilateral cuando las partes de una contratación se obligan de forma mutua.

B) Onerosos y gratuitos

Esto es según la ventaja que de una parte a la otra mediante compensación o equivalente, o bien ambas partes obtenga dicha ventaja o compensación, o podría suceder que no se den ventajas, conforme a lo que establece el Código Civil en el Artículo 1,590: *“Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito, aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.”*. Por lo que se establece perfectamente que el contrato gratuito una de las partes tiene solo provecho o ganancia, sin pérdida alguna, pero la otra parte únicamente tiene pérdida o detrimento económico, sin recibir ninguna clase de beneficio, por lo que el contrato oneroso se estipula o recae gravámenes y provechos recíprocos, por lo que una de las partes obtiene una ventaja económica a cambio de una utilidad o beneficio, el contrato oneroso se puede dividir como conmutativos y aleatorios:

- Es un contrato oneroso conmutativo, cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebre el contrato, de manera que cada una de las partes puede apreciar el beneficio o la pérdida que el contrato le causa.

- Es un contrato oneroso aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que determina la ganancia o perdida desde el momento en que ese acontecimiento se realiza.

C) Principales

A esta clase pertenecen la mayoría de los contratos los cuales subsisten por si solos, no necesitan de ningún otro contrato para poder existir, su fin es propio e independiente, el Código Civil establece una definición bastante acertada al respecto en el Artículo 1,589: "*Son principales, cuando subsisten por si solos;....*".

D) Accesorios

Es el contrato que carece de existencia propia, ya que para que exista necesita la preexistencia anterior o simultanea de un contrato principal al cual complementa y tienen un fin propio pero no independiente, la fianza mercantil esta ubicada como un contrato accesorio de garantía, además el Código Civil establece una definición bastante acertada al respecto en el Artículo 1,589: "... y accesorios, cuando tienen por objeto el cumplimiento de otra obligación."

E) Consensúales

Es aquel que se perfecciona o se constituye con el solo consentimiento de las partes contratantes, aunque ninguna de las cosas o prestaciones se hubiere entregado, ya que el solo acuerdo de las partes vincula contractualmente a las

partes. Por lo que el Código Civil establece en su Artículo 1,518: “*Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.*”, y en su Artículo 1,588: “*Son consensuales cuando basta el consentimiento de las partes para que sean perfecto...*”.

F) Reales

Algunos contratos para constituirse o perfeccionarse necesita, además del consentimiento de las partes también la entrega material de las cosas, el la legislación regula en el Código Civil, en su Artículo 1,518: “*...y reales, cuando se requiere para su perfección la entrega de la cosa.*”, algunos contratos tienen contemplados esta condición, como por el contrato de mutuo establecido en el Código Civil en su Artículo 1,942: “*Por el contrato de mutuo una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles, con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad.*”.

La anterior clasificación se encuentra acertadamente ubicados la mayoría de los contratos tanto civiles como mercantiles, pero los doctrinarios se han dado a la tarea de realizar una serie de clasificaciones más amplia.



1.12.2 Clasificación doctrinaria de los contratos

La clasificación de los contratos desde el punto de vista doctrinario, mencionada desde un interior didáctico, se ha escogido al profesor Federico Puig Peña,¹³ es la siguiente:

A) Contratos traslativos de dominio

Son aquellos contratos que una de las partes transfieren la propiedad de una cosa a otra persona y esta lo recibe o paga por ella un precio cierto en dinero, entre estos encontramos algunos ejemplos como la compra-venta, donación, cesión de bienes, acciones, etc., los cuales se encuentran regulados en la legislación.

B) Contratos traslativos de uso y disfrute

Los contratos en virtud del cual una de las partes se obliga a dar a la otro el uso y disfrute de una cosa por tiempo determinado y en sus casos a precio cierto, por lo que se puede decir que el plazo se encuentra establecido desde un principio y la parte que tiene el derecho de usarlo lo hace como si fuera el propietario siempre y cuando no menoscabe dicho bien, por lo que difícilmente podrán ser productos de consumo inmediato, entre estos se pueden encontrar el arrendamiento, la servidumbre, el contrato de mutuo, etc.

¹³ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 532.



C) Contratos de gestión

Son aquellos contratos que una de las partes encarga a la otra sus asuntos para su diligencia, tramite y ejecución. Estos contratos se subdividen en individuales o colectivos, en los primeros se pueden encontrar el corretaje, el mandato y pública promesa, en los colectivos existe como fundamento la sociedad.

D) Contratos custodia

Son aquellos contratos que una de las partes entrega a otra de su confianza una cosa con la finalidad de custodiarla, o bien servirse de ella, hasta que la otra persona se la reclame. Entre estos se pueden encontrar como ejemplos la custodia, el hospedaje, el depósito, etc.

E) Contratos de garantía y afirmación de derecho

Estos son aquellos en virtud del cual una persona se obliga a resarcir al acreedor los por el incumplimiento de las obligaciones, dicho resarcimiento puede ser real o personal, son reales la hipoteca, la prenda y personal la fianza y la fianza mercantil. En esta clasificación encontramos la fianza mercantil que es el tema medular de este trabajo por lo cual es de suma importancia ya que este contrato tiene la función que consiste en garantizar el cumplimiento de una obligación principal, en caso de incumplimiento de la obligación el acreedor tiene derecho a ejercer la garantía y así el pago garantizado.

También tomares otra clasificación de Rubén Alberto Contreras¹⁴, la cual nos parece muy conveniente para poder dar una clasificación de las distintas formas de clasificar la contratación, por lo que muy brevemente se enumera la clasificación que el expone en su trabajo.

A) Contratos condicionales

Es aquel cuyo efectos están subordinados por las partes, o por disposición de la ley, a una o varias condiciones, la condición es un acontecimiento, futuro e incierto, e inclusive un pasado pero siempre que las partes la ignoren, al que los contratantes o la ley, subordinan los efectos del contrato, la mayoría de los doctrinarios están de acuerdo que los contratos condicionales se pueden dividir en suspensivos o resolutorias.

- El contrato condición suspensiva, aquel que al cumplirse, determina el nacimiento de los efectos del contrato. El contrato está celebrado, pero los efectos que tendría si fuere puro y simple no se producen inmediatamente, sino hasta que la condición se cumple. Es hasta ese momento que puede el acreedor exigir y que el deudor está obligado a cumplir, dicho tipo de condición, pues retarda la eficacia del negocio o contrato, es decir, posterga la exigibilidad de la acreeduría.
- Son contrato condición resolutoria, es aquel según el Código Civil el acontecimiento cuya realización depende la resolución o pérdida de los

¹⁴ Contreras Ortiz, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles**. Pág. 270.

derechos ya adquiridos, es decir que el cumplimiento o verificación de es suceso depende la extinción de los derechos que ya se tienen. Por lo tanto el cumplimiento de la condición resolutoria hace caducar el derecho y extingue el negocio o contrato que venía produciendo sus efectos jurídicos desde el momento de su celebración. Artículos 1,269 y 1,592 del Código Civil.

B) Contratos típicos y atípicos

El contrato típico es todo aquel que se encuentran regulados expresamente, regularmente los contratos típicos la legislación los ha nominado dándoles algún nombre, aunque puede ocurrir que no estén nominados pero si se encuentren legalmente definidos por lo que se dice que son de denominación social ya que es la sociedad la que se encarga de darles un nombre. El contrato atípico es aquel que no se encuentra regulado por la ley pero ha surgido dentro de la sociedad por determinada necesidad humana, ya sea por los avances tecnológicos, científicos o culturales.

C) Contratos de libre discusión y contratos por adhesión

El contrato de libre discusión es el que las partes, para alcanzar el pleno consentimiento, negocian en absoluta igualdad de situación, sin que ninguno tenga ventaja alguna sobre la otra, por lo que el resultado a obtenerse es por el libre consentimiento en cada una de los acuerdos o estipulaciones. Pero el contrato de adhesión se caracteriza ya que este puede inicial como una oferta al



público en general y no así a una sujeto en particular, generalmente en esta clasificación se encuentra a los contratos mercantiles ya que a una persona individual o jurídica se encuentra autorizada legalmente para prestar un servicio al público, ofreciendo la prestación de dicho servicio a la generalidad siempre de conformidad con la normas y tarifas impuestas previamente aprobadas.



CAPÍTULO II

2. El contrato de fianza mercantil

2.1. Antecedentes históricos

La fianza, fue empleada desde el tiempo de los romanos, como una forma de garantía, habiéndolo entendido como una promesa dada en forma de estipulación al acreedor de una obligación ajena, de pagar total o parcialmente una deuda, en el caso de que el deudor no la satisficiera dentro del término establecido, o en forma parcial. Aunque al principio fue una adaptación al contrato verbal solamente, y al principio se excluía de ella los que no eran ciudadanos romanos, para que posteriormente se pudiera utilizar por los transeúntes.

El tratadista Puig Peña, relata: *“que la fianza en el derecho primitivo no era un contrato accesorio sino como un elemento esencial para todos los contratos, porque entonces para que hubiera contrato legalmente formado, no bastaba el acuerdo de dos voluntades, era preciso que un tercero interviniera y afianzara la ejecución del acto.”*¹⁵

Con esta institución arrancan los principios clásicos y beneficios que asiste al fiador contra el acreedor que le reclama el cumplimiento de la obligación principal, como son: el beneficio de orden o exclusión introducido por Justiniano: el beneficio de división

¹⁵ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Pág. 475.



concedido por Adriano: todos los cuales han sido incorporados al derecho moderno con ligeras variantes.

La institución de afianzar obligaciones es tan antigua como la sociedad misma, se pueden comprobar esto según lo escrito en la Biblia en el libro Proverbios de Salomón, versículo VI, al hacer referencia a esta institución se refiere: *“Hijo mío, si has salido fiador de tu vecino, si has hecho tratos para responder por otro”*.¹⁶

En Guatemala, la primera norma legal en hacer referencia al contrato de fianza, fue el Código de Comercio del año 1877, en su Artículo 396, la cual asignaba carácter mercantil a la fianza. Posteriormente en el año de 1934, se creó el Departamento de Fianzas de El Crédito Hipotecario Nacional de Guatemala, como una institución del sector público autorizado para afianzar obligaciones, actualmente este departamento sigue vigente y funcionando en el edificio del Banco del Crédito Hipotecario Nacional.

Posteriormente entra en vigencia el actual Código Civil, en el año 1963, estableciendo el contrato de fianza en sus Artículos 2,100 al Artículo 2,120, dicho Artículos son de aplicabilidad al contrato de fianza mercantil, como ya se ha mencionado anteriormente la supletoriedad sustantiva del derecho mercantil, el actual Código de Comercio de Guatemala, vigente desde el año 1971, regula el contrato de fianza mercantil en sus Artículos 1,024 al 1,038. En el mismo gobierno de Enrique Peralta Azurdia, en el año 1966, se emitió el Decreto Ley 473, Ley de Empresas de

¹⁶ **Santa Biblia.** Pág. 661.

Seguros, que en su Artículo 63 separó la actividad de asegurar y la actividad de afianzar, por lo que las empresas que se dediquen a emitir pólizas de fianza tendrán que dedicarse exclusivamente a esta materia, previa autorización de la Superintendencia de Bancos de Guatemala.

2.2. Definición y concepto

Doctrinariamente Puig Peña, define la fianza como *"Aquel contrato por cuya virtud una persona (denominada fiador) se obliga, frente al acreedor de una determinada obligación, a garantizar el cumplimiento de la misma para el caso de que este no se reintegre del deudor principal"*¹⁷. El Profesor Edmundo Vázquez define al contrato de fianza como *"convenio por virtud del cual una persona (fiador), se compromete a responder por las obligaciones de otra (fiado), para el caso de incumplimiento."*¹⁸.

En el diccionario de Manuel Ossorio, al referirse a la fianza establece: *"Obligatoriedad accesoria que uno contrae para seguridad de que otro pagará lo que debe o cumplirá aquello a que se obliga."*¹⁹, y en el diccionario de Cabanellas: *"Garantía de una parte hacia otra para el cumplimiento de una obligación ajena. Siendo también un acuerdo escrito entre tres partes, en el cual una llamada afianzadora o fiadora se compromete para con otra parte denominada beneficiario, acreedor, afianzado, fiado, deudor o*

¹⁷ Puig Peña. Óp. Cit. Pág. 479.

¹⁸ Edmundo Vázquez Martínez. **Derecho mercantil, nociones generales, sujetos de derecho mercantil.** Pág. 206.

¹⁹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 375.

*empleador, a responder por el cumplimiento de un tercero, llamado el principal.*²⁰, aunque no estamos del todo conformes con la definición de Cabanellas, ya que en la definición que él nos plantea, confunde los elementos personales del contrato de fianza, que mas adelante se explica.

El Diccionario de la Real Academia Española define la fianza como *“Obligación accesoria que uno hace para seguridad de que otro pagará, lo que debe o cumplirá aquello a que se obligó, tomando sobre si el fiador verificarlo él en el caso de que no lo haga el deudor principal, o sea el que directamente para sí estipuló.”*²¹.

En sentido amplio la fianza es sinónimo de garantía o caución, que se atribuye para asegurar el cumplimiento de obligaciones, así conceptualmente la fianza, puede comprender desde la simple caución juratoria hasta la prenda y la hipoteca.

En sentido estricto, la fianza es la garantía personal que se presta al asumir el compromiso de cumplir la obligación, de un tercero obligado, y pagar o cumplir si no la hace el deudor principal.

El contrato de fianza en sentido legal se puede decir que es un contrato de los cuales ocupa el Código Civil en su Artículo 2,100 el cual establece: *“Por el contrato de fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra. El fiador puede estipular con el deudor una remuneración por el servicio que le presta.”*, así como el

²⁰ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 275.

²¹ Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Pagina 567



Código de Comercio de Guatemala, en su Artículo 1,024: *“Las disposiciones de este capítulo se aplican a las fianzas que otorguen las afianzadoras de conformidad con la ley.”*.

El Código de Comercio de Guatemala, no nos da una definición de del contrato de fianza, pero regula el contenido, la solidaridad, la prescripción y otros aspectos que se observan más adelante. No es que se deje olvidado el estudio del Código de Comercio de Guatemala, sino que la mayor parte de la regulación a la fianza mercantil se encuentra establecida en el Código Civil, y únicamente establece unas cuantas diferencias que en el transcurso de del desarrolló del tema será puntualizando.

2.3. Características

Los doctrinarios han coincidido en que el contrato de fianza mercantil es: accesorio, subsidiario, consensual, bilateral, oneroso, aleatorio, de garantía, formal y de adhesión.

- a) La accesoriedad se refiere a la obligación de la afianzadora se encuentra en relación de accesoriedad con la del deudor principal, por consiguiente es absolutamente necesario que para que exista el contrato de fianza mercantil, la obligación tiene que existir previamente y tiene que ser válida. Como consecuencia del carácter de accesoriedad la afianzadora puede obligarse a menos pero no a más que el principal.

- b) La subsidiaridad se puede decir que no es el vinculo establecido simplemente en pagar, sino una obligación de pagar si el deudor o fiado no cumple con la obligación; el contrato de fianza civil goza del beneficio de excusión y orden, mientras que la fianza mercantil no goza de los beneficios de la excusión, por efecto de la solidaridad que existente en el derecho mercantil, por lo que el beneficiario de la póliza de fianza podrá reclamar directamente a la afianzadora.
- c) La consensualidad en el contrato de fianza mercantil se puede decir que con base a lo que establece el Código de Comercio de Guatemala, en su Artículo 1,026: *“que a falta de la póliza, la fianza se probará por la confesión de la afianzadora o por cualquier otro medio, si existiere un principio de prueba por escrito”*.
- d) Se dice que el contrato de fianza es bilateral puesto las partes se obligan recíprocamente, es decir, que se hacen obligaciones para los contratantes, tanto para el fiado, ya que este se obliga a realizar el pago de la prima convenida, como la afianzadora tiene la obligación de realizar el pago por el incumplimiento del fiado. Algunos autores también establecen que la fianza es un contrato trilateral ya que argumentan que el beneficiario del contrato de fianza contenido en una póliza se adhiere a las condiciones establecidas por la afianzadora, desde el momento en que este acepta la póliza de fianza a su favor.

- e) El contrato de fianza mercantil es un contrato netamente oneroso, ya que en principio la extiende una afianzadora con un fin mercantilista, la afianzadora como garante de la obligaciones de una persona obtiene una prestación la cual es llamada prima, dicha prima se encuentra regulada por la Superintendencia de Bancos, como entidad encargada de regular las operaciones de las afianzadora debidamente autorizadas para ello.
- f) El contrato de fianza mercantil es aleatorio ya que si bien es cierto desde un principio se establece la prima que la afianzadora debe cobrar al fiado, no se puede establecer la ganancia o perdida ya que esto depende de un acontecimiento incierto.
- g) La característica principal del contrato de fianza mercantil es que es un contrato de garantía, es la función principal y el objeto de celebrar un contrato con un tercero para garantizar las obligaciones entre dos o más personas, por lo que la afianzadora se encuentra obligada a pagar al beneficiario en caso de incumplimiento.
- h) Es un contrato formal ya que tanto el contrato de fianza civil como el contrato de fianza mercantil, exigen determinados requisitos, ambos contratos deben hacerse constar por escrito y en forma expresa, el contrato de fianza mercantil en el Código de Comercio de Guatemala establece en su Artículo 1,025: *“la fianza se hará constan en póliza que contendrá: 1º. El lugar y la fecha de su*

emisión. 2º. Los nombres y domicilios de la afianzadora y el fiado. 3º. La designación del beneficiario. 4º. La mención de las obligaciones garantizadas y el monto y circunstancias de la garantía. 5º. La firma de la afianzadora, la cual podrá ser autógrafa o sustituirse por su impresión o reproducción.”.

- i) Aunque algunos autores establecen que el contrato de fianza mercantil no es un contrato de adhesión, ya que las cláusulas se realizan mediante formularios, las cuales garantizan la uniformidad de las obligaciones que asume la afianzadora, además el Estado interviene a través de la Superintendencia de Bancos, aprobando los formatos de las pólizas de los diferentes tipos de fianzas aplicables a todas las empresas afianzadoras. Al respecto, el Artículo 672 del Código de Comercio de Guatemala establece: *“Los Contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirán por las siguientes reglas: 1º. Se interpretarán, en caso de duda, en el mismo sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario. 2º. Cualquier renuncia de derecho sólo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato. 3º. Las cláusulas adicionales prevalecen sobre las del formulario, aun cuando éstas no hayan sido dejadas sin efecto.”*



2.4. Elementos

Anteriormente anunciamos distintas definiciones del contrato de fianza, en las cuales se puede notar que destacan en todas tres elementos las cuales se explica en la clasificación que realiza el tratadista Puig Peña²².

2.4.1. Elementos personales

Dentro del elemento personal se encuentran varias figuras que interviene en el contrato de fianza mercantil, las cuales son llamadas de distinta forma como lo son el obligado principal o fiado, la afianzadora o fiador, el beneficiario o acreedor, la reafianzadora.

- a) El principal o fiado, es el deudor o sujeto a una obligación, por medio de un contrato, pudiendo ser cualquier persona individual o jurídica con capacidad para suficiente, ante el acreedor o beneficiario debe cumplir con la obligación asumida, además en la relación contractual de la fianza debe sufragar los gastos de la prima de la fianza. Se puede agregar que el fiado que ha incumplido sus obligaciones y derivado del incumplimiento la afianzadora realizo algún pago, por el derecho de repetir que la afianzadora posee, se convierte en deudor de lo pagado por la indemnización o monto que la afianzadora pago por concepto de incumplimiento.

²² Puig Peña. Óp. Cit.

- b) El acreedor o beneficiario de la póliza, es el sujeto en la relación contractual de la fianza, que frente al fiado es el acreedor y frente a la afianzadora es el beneficiario del pago de la indemnización por pago que realice la afianzadora en caso de incumplimiento. El análisis que el licenciado Carlos Waldemar Aguilar, realiza del beneficiario nos parece muy acertada al establecer: *“El contrato de fianza mercantil queda constituido desde el momento que el acreedor acepta la contribución del fiador”*.²³
- c) El fiador o la afianzadora, en el contrato de fianza mercantil debe de ser una sociedad anónima, constituida con el exclusivo objeto de afianzar, y encontrarse debidamente autorizada por la Superintendencia de Bancos, es el sujeto en la relación contractual que garantiza las obligaciones de un tercero frente a un acreedor o beneficiario, por medio de una póliza de fianza a cambio de una retribución económica llamada prima. En Guatemala la legislación que regula las operaciones de las afianzadora se encuentra dispersa por el ordenamiento jurídico, se puede mencionar entre otras:
- El Decreto 403 del Congreso de la República, denominada Ley que Crea y Reglamenta las Funciones del Departamento de Controles de Compañías de Seguros, Similares y Especiales.

²³ Aguilar, Carlos Waldemar. **El contrato de fianza**. Pág. 52..

- El Decreto 470 del Congreso de la República, la cual no se encuentra denominada, pero regula la unificación de la supervigilancia de las compañías de fianzas, bajo la Superintendencia de Bancos.
 - El Decreto 473 del Congreso de la República, denominada Ley de Empresas de Seguro. Dicha ley también regula las empresas de fianza.
 - El Decreto 1528 del Congreso de la República, no tiene denominación, pero regula el impuesto a favor del Cuerpo de Bomberos Voluntarios.
 - El Decreto 854 del Congreso de la República, denominada Ley de Inversión de Reservas Técnicas o Matemáticas de las Compañías Seguros.
 - El Decreto 120-96 del Congreso de la República, denominada Ley de la Vivienda y Asentamientos Humanos, que es la ley base en el presente trabajo, por haber dado apertura a la posibilidad de afianzar proyectos de vivienda.
 - Acuerdo 228 de la Superintendencia de Bancos, que contiene las tarifas que pueden cobrar las compañías de fianza.
- d) Decidimos agregar a las compañías reafianzadoras aunque estas no figuran directamente en el contrato de fianza mercantil, es el sujeto indispensable para



la afianzadora, ya que de ella depende la solvencia de la misma, la forma de operar de las compañías reafianzadoras es afianzando a su vez a las afianzadoras, pudiendo esta comprometerse a garantizar más de lo que podría legalmente, por lo que se divide el riesgo en el caso de pago o cumplimiento sobre la fianza emitida, la reafianzadora obtiene una contraprestación económica al afianzar a las afianzadoras.

2.4.2 Elementos reales

Al referirnos a los elementos reales del contrato de fianza mercantil, se puede establecer el objeto del contrato de fianza mercantil, y se puede decir que son elementos reales, entre otros, los siguientes:

- a) La obligación que se ha garantizando, el fin primordial del contrato de fianza es darle certeza al acreedor o beneficiario de la póliza, en satisfacción de su crédito o el cumplimiento de la obligación, es por ello que la fianza no puede tener en principio por objeto una prestación diferente de la que forma la materia de la obligación garantizada. La fianza mercantil no constituye una indemnización por pago en daños y perjuicios causados al acreedor o beneficiario de la póliza de fianza, sino solamente el pago por las obligaciones no cumplidas por el obligado principal o fiado.

- b) La obligación del fiador o la afianzadora consiste en responder ante el acreedor o beneficiario, cualquier obligación que haya contraído el deudor principal, siempre dentro de los límites en los cuales se haya emitido la póliza de fianza, al respecto el Código Civil en su Artículo 2,102 establece: *“El fiador solo será responsable por aquello a que expresamente se hubiere comprometido. Puede obligarse a menos pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiera obligado a más se tendrá por reducida su obligación en cuanto al exceso.”*
- c) Pueden ser objeto de contrato de fianza todas las obligaciones. En consecuencia, todo otorgamiento de una prestación a que se haya sometido alguna persona, es susceptible de afianzamiento. En cuanto a las obligaciones futuras también tiene cabida en este tipo de contrato, con la salvedad que podrá perseguirse al fiador únicamente hasta que la deuda sea exigible; otro aspecto que se ha venido repitiendo con frecuencia es que la accesoriedad del contrato de fianza mercantil, la fianza no puede tener un objeto distinto que la obligación principal, a la cual debe su surgimiento, sin embargo: *“puede que constituya un vínculo más fuerte, por ir acompañada de prenda o hipoteca, de que carezca la obligación principal”*.²⁴

²⁴ Castán Tobeñas. **Derecho civil español**. Pág. 688.



2.4.3 Elementos formales

El Código Civil establece que en el contrato de fianza civil, el fiador debe otorgar la fianza por escrito y en forma expresa, en cuanto a la aceptación de acreedor se considera que puede ser expresa o en forma tácita, de conformidad con los principios generales, ya que el fundamento del precepto es sólo evitar los peligros que la fianza implica para el deudor. Ya se ha discutido que el consentimiento y la capacidad del sujeto y el objeto lícito son requisitos esenciales de los contratos en general; al respecto el tratadista Ruggiero: *“Consentimiento es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de sujetos diversos concurren a un fin común y se unen”*²⁵.

Esto mismo es perfectamente aplicable al contrato de fianza mercantil, puesto que entre los requisitos enumerados en el Código de Comercio de Guatemala establece en su Artículo 1,025: *“la fianza se hará constar en póliza que contendrá: 1º. El lugar y la fecha de su emisión. 2º. Los nombres y domicilios de la afianzadora y el fiado. 3º. La designación del beneficiario. 4º. La mención de las obligaciones garantizadas y el monto y circunstancias de la garantía. 5º. La firma de la afianzadora, la cual podrá ser autógrafa o sustituirse por su impresión o reproducción.”*.

Como lo establece el Código de Comercio de Guatemala, la fianza mercantil debe documentarse en forma de póliza, se ha tomado una definición de la póliza: *“documento mercantil en el que constan los obligaciones y derechos de las partes en*

²⁵ Roberto de Ruggiero. **Instituciones de derecho civil**. Pág. 567.

los contratos de seguro y fianza.²⁶ Además de hacerse constar por escrito por medio de póliza, la fianza debe estar firmada por la persona autorizada para ello en señal de aceptación o aprobación.

2.5. Clasificación legal de la fianza mercantil

La fianza mercantil, emitida por medio de una póliza, por una compañía afianzadora autorizada y supervisada por la Superintendencia de Bancos, no es de extrañarse que se encuentre legalmente clasificada, el fundamento legal lo se puede encontrar en el Acuerdo 228 de la Superintendencia de Bancos, dicho acuerdo fue emitido el quince de abril del año 1959, con el fin de regular las tarifas y normas de operación de las compañías afianzadoras.

La clasificación general para la fianza mercantil se encuentra regulada en el Acuerdo 228 de la Superintendencia de Bancos, en su primera parte la cual establece la siguiente clasificación:

Fianza clase "A" fidelidad

Diversos tipos:

- A-1 Fianza Individual
- A-2 Fianza Cédula de Grupo Selecto
 - a) Individual
 - b) Posición

²⁶ Rafael de Pina. **Diccionario de derecho**. Pág. 355.



A-3 Fianza Abierta de Fidelidad

- a) Posición
- b) Comercial

Fianza clase "B" judiciales

- B-1 Judiciales Civiles
- B-2 Judiciales Penales
- B-3 Ante autoridades de Trabajo

Fianza clase "C" administrativas ante gobierno

Diversos Tipos:

- C-1 Sostenimiento de Oferta
- C-2 Cumplimiento de Contrato
- C-3 Conservación de Obras
- C-4 Cumplimiento de Pedidos
- C-5 Anticipos
- C-6 Fianzas exigidas por la Ley
 - a) Piloto Automovilista
 - b) Manejar Motocicleta
 - c) Manejar Motobicicleta
 - d) Representante de Casas Extranjeras



- e) Agente de Aduanas
- f) Venta de Armas
- g) Uso de explosivos para exploraciones
- h) Artículos Estancados

C-7 Garantías de Interés Fiscal (Impuestos, derechos, multas, etc.)

Fianza clase "PA" ante particulares

- PA-1 Cumplimiento de Contrato
- PA-2 Anticipos
- PA-3 Conservación de obras
- PA-4 Cumplimiento de Pedidos
- PA-5 Arrendamientos
 - a) Casa de Habitación
 - b) Local Comercial
 - c) Otros Arrendamientos
- PA-6 Mercadería en Consignación
- PA-7 Crédito
 - a) Persona Física
 - b) Sociedad Mercantil

La fianza de crédito que en tema una como garantía para adquirir vivienda, por lo que su clasificación se encuentra como la PA-7, de crédito persona física, que en el capítulo final, se tratara de dar una breve explicación, en cuanto a su clasificación.



2.6. Reafianzamiento, coafianzamiento y retrocesión

Es importante tocar las instituciones de el reafianzamiento, coafianzamiento y retrocesión, ya que es muy común que se de este tipo de contratos entre las compañías de fianzas, por ser una forma en la que depende la solvencia para las compañías de fianza, pudiendo esta comprometerse a afianzar mas obligaciones de las que podría legalmente, con el objeto de dividir el riesgo en el caso de una reclamación sobre la fianza emitida.

2.6.1 Reafianzamiento

El Código de Comercio de Guatemala, en su Artículo 1,033, dispone: *“Por contrato de reafianzamiento, una afianzadora se obliga a pagar a otra, en la proporción que se estipule, las cantidades que ésta debe cubrir al beneficiario de la póliza.”*, citando por la Revista mexicana de Fianzas determina que el *“Reafianzamiento es un contrato en virtud del cual una institución de fianzas toma a su cargo, parcial o totalmente, la garantía de pago o cumplimiento de una obligación, ya otorgada por otro o remanente de responsabilidad que exceda la cantidad afianzada por el afianzador directo.”*²⁷.

De lo anterior se puede concluir: El reafianzamiento es un contrato celebrado entre empresas afianzadoras, en la que el afianzador directo traslada parte o la totalidad de un riesgo por el asumido a otro afianzador, que será denominada afianzadora, quien recibe parte de la prima en compensación por el servicio prestado.

²⁷ Revista mexicana de fianzas. Pág. 54.

Se puede mencionar en el contrato de reafianzamiento dos clases, las cuales la mayoría de los autores le han denominado como, reafianzamiento tomado y reafianzamiento cedido

- a) El reafianzamiento tomado se da cuando la compañía reafianzadora es la empresa que total o parcialmente toma o asume responsabilidad en la garantía de pago o cumplimiento de una obligación, que por falta de contragarantía, por exceder de su margen de operaciones, o por otras razones técnicas y de seguridad, no puede asumir totalmente por sí, la compañía afianzadora.
- b) El reafianzamiento cedido se da cuando la reafianzadora, cede parcial o totalmente su responsabilidad en los riesgos que previamente ha asumido; por razones técnicas y de seguridad o por exceder su margen de operación. El reafianzamiento de una fianza implica ceder una parte de la responsabilidad asumida, y obviamente ceder una parte de la prima percibida.

2.6.2 Coafianzamiento

Es un contrato mediante el cual una compañía afianzadora comparte con otra u otras afianzadoras la responsabilidad de garantizar el pago o cumplimiento de una misma obligación, siendo cada una de éstas responsables en la proporción de su participación respectivamente ante el afianzado. En otras palabras se da la situación de

coafianzamiento o confianza, cuando dos o más afianzadoras garantizan un mismo fiado y una misma obligación.

El coafianzamiento lo define Joaquín Rodríguez como: *"Hay coafianzamiento cuando dos o más instituciones otorgan fianzas ante un beneficiario, garantizado por un mismo o diverso monto e igual concepto, a un fiado."*²⁸.

Las características son que es una misma obligación, ante un solo beneficiario, el cumplimiento de la obligación la realiza un fiado o deudor principal, existiendo dos o más afianzadora garantizando la obligación proporcionalmente, por lo que se dividen la prestación de la prima según el porcentaje de la obligación garantizada.

El Código de Comercio de Guatemala señala en su Artículo 1,036: *"En el coafianzamiento, las coafianzadora no gozan de beneficio de división, salvo pacto en contrario."*, nos encontramos pues que en el caso de los coafianzadores existe una solidaridad pasiva que se presume, a menos que se demuestre que existió un pacto o convenio en contrario, lo que rompe con el principio de que la solidaridad nunca se presume, sino que resulta de la voluntad de las partes.

2.6.3 Retrocesión

Es la forma de trasladar parcial o totalmente el riesgo que se da, cuando el reafianzador se reafianza con otro reafianzador. A este tipo de contrato los sujetos

²⁸ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Derecho mercantil**. Pág. 323.



son denominados el que trasmite el riesgo retrocedente y el que sume el riesgo retrocesionario, este contrato no se encuentra regulado en la legislación nacional, pero dada la naturaleza de este contrato que es como un tipo de reafianzamiento la cual se aplica las normas para el contrato de reafianzamiento.

2.7. Extinción y prescripción del contrato de fianza mercantil

2.7.1 Extinción

Por el carácter accesorio de la fianza mercantil, esta termina al extinguirse la obligación principal, sin necesidad de señalar ninguna causa específica, aunque regularmente las fianzas mercantiles están sujetas a una vigencia determinada, que al vencer se extingue la póliza, pero este plazo siempre estará condicionado por la obligación principal, aunque el Artículo 2,118 del Código Civil establece: *“Si la fianza se presento por tiempo indeterminado y no hubiere convenido expreso en contrario, se extinguirá la obligación del fiador al cumplirse un año de la fecha del contrato.”*

La fianza mercantil también se puede extinguir como lo establece el Artículo 2,117 del Código Civil, en el caso que la prórroga sea concedida por el acreedor al deudor, sin el consentimiento expreso de la compañía afianzadora.

Anteriormente tocamos el tema de la extinción de las obligaciones, lo que es aplicable al contrato de fianza y se puede decir que la fianza mercantil se extingue por el pago

como forma normal de de extinción o cumplimiento de la obligación principal, ya que al quedar satisfecha la obligación el acreedor no le asiste el derecho de ejecutar la fianza, también se entiende que el perdón o la condonación de la obligaciones al deudor extingue la fianza, como lo establece el tratadista Puig Peña: *“que perdonado el deudor, ha de entenderse también perdonado el fiador, porque no debiendo ya nada aquel, tampoco deberá nada este.”*²⁹, como son aplicables las formas de extinguir las obligaciones, formas que ya dimos unas breves notas en el capitulo I, que son la compensación, la novación, la remisión, la confusión y la prescripción extintiva.

2.7.2 Prescripción extintiva

La prescripción se define como: *“Es un medio de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo que la ley determina. La prescripción es liberatoria cuando impide el ejercicio de la acción para exigir el cumplimiento de una obligación.”*³⁰, otro autor define la prescripción como *“El tiempo de una condición ineludible de la vida humana, que ejerce gran influencia en las relaciones jurídica. Hay derechos que no pueden surgir sino en determinadas circunstancias de tiempo, otros que no pueden tener mas que una duración preestablecida, fijada por la ley o por voluntad privada; algunas que no pueden ejercitarse más allá de un cierto tiempo; en fin, hay derechos que se pierden por el transcurso de un cierto tiempo.”*³¹.

²⁹ Puig Peña, **Ob. Cit.** P 502.

³⁰ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 385.

³¹ Garrone, José Alberto. **Diccionario jurídico abeledo-perrot.** Pág. 122.



El Código de Comercio de Guatemala en su Artículo 1,037: *“Las acciones del beneficiario contra la afianzadora y las de ésta contra los contrafiadores y reafianzadoras, prescribe en dos años.”*, por lo que se puede indicar que la ley claramente indica el plazo en el cual se da la prescripción extintiva.

Las características de la prescripción son entre otras, las siguientes: Ejercida como acción o como excepción, extingue las obligaciones; Los incapaces tienen el derecho de reclamar contra sus representantes cuando por dolo o culpa hubieren causado prescripción; se tiene por renunciada la prescripción si el obligado o deudor paga todo o parte, sin alegarla.

Las formas de interrumpir la prescripción de la fianza mercantil son: por demanda judicial debidamente notificada o por otro cualquier otra providencia precautoria; si la persona que a cuyo favor corrió la prescripción, reconoce de palabra, por escrito o tácitamente el derecho de la persona a favor de quien ejecuta los derechos de derivado de la fianza. Por lo que el efecto de interrumpir la prescripción es la inutilización del tiempo corrido antes de la misma.





CAPÍTULO III

3. Garantías de crédito para adquirir vivienda familiar

3.1 Conceptos de garantías, crédito y vivienda familiar

Se partirá desglosando las palabras del encabezado del capítulo, antes de entrar a conocer las diferentes metodologías o formas de contratar al momento de que una familia decide adquirir vivienda, la cual será adquirida pagada a plazos; las distintas formas de garantizar las obligaciones no solo de la parte deudora sino de la parte acreedora, ya que las garantías que se constituyen sobre la relación crediticia es importante, al influir en la demanda y la oferta del mercado, así como la tasa de interés, calidad de la vivienda y la certeza jurídica en la contratación.

3.1.1 La garantía de crédito

Como lo analizamos los contratos de garantía es aquella institución jurídica en virtud del cual una persona se obliga a resarcir al acreedor por el incumplimiento de las obligaciones, dicho resarcimiento puede ser real o personal, son reales la hipoteca, la prenda y personal la fianza y la fianza mercantil. La garantía como lo define Cabanellas es "Seguridad o protección frente a un peligro o contra un riesgo."³² La garantía surge con el derecho romano principalmente con tres instituciones que con poca variante han mantenido su vigencia, siendo estas la fiducia, la pignus y la hypotheca.

³² Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 455.



3.1.2 El crédito

El crédito lo define Manuel Ossorio como: *“Derecho que tiene un persona, llamada acreedor, de exigir de otra denominada deudor, un determinado comportamiento. Por antonomasia, cuando lo exigible es una suma de dinero.”*³³, aunque esta definición también podría perfectamente aplicarse al derecho de obligaciones, dejando a un lado algunos elementos por lo que citamos otra definición *“El crédito es el medio que hace circular el capital en la economía nacional buscando las personas que más necesitan de capital, a cambio de una renta o interés, facilitando la utilización de la fuerza económica sobrante por aquéllas economías que necesitan más capital del que pueden proporcionar sus propios medios, para adquirir así bienes destinados al trabajo o al consumo.”*³⁴.

El crédito proviene de la locución latina *creditum*, que significa creer o confiar, se utiliza usualmente esta palabra para describir la acción de comprar algo para ser pagado posteriormente, la cual puede ir acompañada únicamente con la confianza en la solvencia del deudor, o ya sea con una garantía real o personal. También puede usarse desde un punto de vista del acreedor, siendo el derecho que ostenta este, como parte activa o beneficiario de determinada obligación.

³³ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 155.

³⁴ Heller, Wolfgang. **Diccionario de economía política.** Pág. 145.



3.1.3 La vivienda

La vivienda para uso familiar, es el área construida para fines habitacionales que debe llenar características de seguridad jurídica de la propiedad, disponibilidad de una infraestructura adecuada y servicios básicos. Como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 119 literal g), que regula las obligaciones del Estado lo siguiente: *“Fomentar con prioridad la construcción de viviendas populares, mediante sistemas de **financiamiento adecuados** a efecto que el mayor número de familias guatemaltecas las disfruten en propiedad.”*, resaltamos *“financiamientos adecuados”*, ya que al tenor del Artículo anterior, el Estado tiene la obligación de promover con prioridad la construcción de viviendas, financiamiento favorable para que las familias tengan la oportunidad de adquirir vivienda, en el grado de sus posibilidades económicas.

El Decreto 120-96, del Congreso de la República de Guatemala, Ley de la Vivienda y Asentamientos Humanos, en su Artículo cuatro establece la definición de vivienda adecuada: *“... d) Vivienda adecuada. El área construida para fines habitacionales que llena las características de seguridad jurídica de la propiedad, disponibilidad de infraestructura y servicios básicos y proximidad a equipamientos comunitarios.”*

El sistema de financiamiento que actualmente el Estado utiliza a través del Instituto Nacional de Fomento de Hipotecas Aseguradas –FHA-, que se analiza posteriormente,

y el Estado ofrece subsidio a través del Fondo Guatemalteco para la Vivienda, dirigido especialmente a las familias en situación de pobreza y extrema pobreza.

3.2 La garantía real

3.2.1 Derechos reales de garantía

Al hablar de derechos reales de garantía arriban a un sin número de ideas que se han ordenando y sistematizando en el desarrolló de esta sección. Los derechos reales de garantía son denominados de esta forma porque conllevan como fin el respaldar una obligación contraída y sirven como apoyo y soporte al cumplimiento de la misma. Un derecho real de garantía es el constituido a favor de un acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, asegurándole su cumplimiento al conceder al acreedor ciertas facultades sobre pertenencias del mismo deudor.

César Brañas define los derechos reales de garantía de la siguiente forma: *“Se llaman así estos derechos porque van encaminados a asegurar o garantizar un crédito, y tienen una condición jurídica cual es la de ser derechos accesorios, que se constituyen siempre en relación de dependencia de una obligación principal.”*³⁵

³⁵ Brañas, **Ob. Cit.** pág. 341



El derecho real de garantía contiene ciertos aspectos importantes:

- El primer elemento que es sumamente importante mencionar es la calidad de accesoriadad, pues en virtud de esta característica el derecho real de garantía se encuentra supeditado al destino y suerte de la obligación principal, que generalmente es el pago de un crédito. No se concibe la idea que un derecho real de garantía pueda constituirse en forma autónoma, porque no tiene una razón de ser al existir simple y unitariamente sin la obligación principal.
- El derecho real de garantía no confiere a su titular la facultad del disfrute del bien sobre el cual fue constituido, debido a la naturaleza de garantía en que fueron constituidos, razón por la cual limita este derecho.
- En caso de incumplimiento de la obligación pactada, el titular del derecho real ostenta la facultad de realizar el bien mediante su venta por la vía judicial y obtener en forma coercitiva el pago de la obligación respaldada por el mismo.

En los tiempos modernos, es importante la necesidad de especificar y concretizar por medio de un bien tangible el cumplimiento de la obligación, ya que en épocas anteriores lo pactos por los cuales se otorgaban los créditos se encontraban fundamentados en la simple confianza del deudor hacia el acreedor. Consecuentemente en la actualidad los derechos reales de garantía juegan un papel sumamente importante dentro del mundo de las obligaciones.



La legislación guatemalteca considera tres derechos reales de garantía:

- La hipoteca, como el derecho real que recae sobre un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación, regulado en los Artículos 822 al 879 del Código Civil, Decreto Ley ciento seis del Jefe de Estado.
- La prenda, como derecho real que recae sobre un bien mueble para garantizar el cumplimiento de una obligación, regulado en los Artículos 880 al 916 del Código Civil, Decreto Ley ciento seis del Jefe de Estado.
- La garantía mobiliaria, como derecho real que recae sobre bienes muebles corporales, incorporales o derivados, sobre bienes inmuebles por incorporación o destino o sobre los derechos que recaen sobre los mismos, con el fin de garantizar una o varias obligaciones. Este derecho real de garantía, a diferencia de los otros dos anteriores, se encuentra regulado en el Decreto 51-2007 del Congreso de la República, Ley de Garantías Mobiliarias.

3.2.2 La hipoteca

Es un derecho real de garantía que constituye uno de los pilares fundamentales de la sistematización del derecho actual y antiguo. Vienen a ser el fundamento y esencia de las relaciones y poderíos entre los bienes y las personas.

Dentro de los derechos reales existe una especial clasificación que debe tomarse muy en cuenta, los derechos reales de garantía, que son las instituciones idóneas que se presentan como fundamento y respaldo para el cumplimiento de las obligaciones o derechos personales. A pesar de ser figuras totalmente diferentes de existir también las garantías personales, los derechos reales y los derechos personales se complementan como consecuencia de los derechos reales de garantía.

A la luz del autor Juan Iglesias, se presenta un panorama de los derechos reales de garantía en el sistema romano: *“A los ojos de un hombre moderno, el sistema romano de garantías reales se muestra quebradizo por doquiera: los derechos pignoratícios son constituidos por la simple convención. El sistema es complejo y peligroso, puesto que falta la seguridad que ofrece la publicidad, o, aun existiendo puede ser destruida por el privilegio. El romano encuentra en las garantías personales todas las seguridades que nacen de la fidelidad.”*³⁶

La figura de la hipoteca aparece tardíamente dentro del sistema jurídico romano. Anterior al surgimiento de las mismas las funciones de garantía sobre el crédito eran cumplidas por la institución denominada *Fiducia*.

Antes del surgimiento de los derechos reales de prenda y de hipoteca, existía también la costumbre de entregar un bien mueble para garantizar el cumplimiento de una obligación crediticia. Estas situaciones o costumbres no tenían un respaldo legal, sino que operaban por la simple repetición constante de esa acción en forma o modo

³⁶ Iglesias, **Ob. Cit.** pág. 220.

habitual. Posteriormente a finales del periodo de la República, estas costumbres se fundamentan en ciertas leyes que le dan el respaldo legal necesario.

Habiendo conocido la situación precedente en cuanto al surgimiento de los derechos reales de garantía, es conveniente hablar sobre la *hypotheca*, que surge con la llegada de la esta institución en el sistema romano, el *pignus* fue desplazado de una forma paulatina posicionándose poco a poco la *hypotheca*, que en esos momentos fue llamada *pignus conventium*.

La hipoteca surge como necesidad de los acreedores para que los trabajadores campesinos que arrendaban la tierra, prestaran una garantía que no fuera la de bienes muebles pues si realizaban la garantía sobre ese tipo de bienes, sus instrumentos de labranza quedarían bajo la garantía del *pignus*.

Luis Mariano Robles Velasco nos ilustra de una mejor forma la institución de la *hypotheca* en el ámbito romano: “*Junto a la prenda manual, datio pignoris, existe en el derecho romano otra forma de garantía que puede constituirse por la simple conventio, es decir, sin traslado o desplazamiento posesorio. Tal es el pignus conventum, designado también con el termino griego hypotheca.*”³⁷

Esta forma de garantía fue producto de muchos beneficios para muchas personas que necesitaban de sus bienes para pagar sus deudas, así mismo para muchas personas agricultoras que realizaban plantaciones y se dedicaban a la agricultura este tipo de

³⁷ Robes Velasco, Mariano, **La segunda hipoteca en el derecho romano**. Pág. 15.

garantía fue perfecta para el acrecentamiento de su patrimonio y aseguraba el pago de la deuda.

Para comprender de una mejor forma el derecho de garantía Ferdinand Mackeldey nos ilustra con su definición: *“Derecho de Prenda e Hipoteca, (pignus, hipoteca, obligatio rei) es un derecho real que tiene un acreedor sobre cosa ajena, para seguridad de su crédito y con el fin de enajenarla en caso necesario, para hacerse el pago de el.”*³⁸

La hipoteca permitía que el deudor quedara en la posesión, uso y provecho de la propiedad; y la facultad de enajenarla, mientras que el acreedor quedaba libre de la administración de la cosa. Sus intereses hipotecarios son reconocidos y protegidos por un derecho real que conlleva derecho de persecución y derecho de preferencia sobre el bien hipotecado.

La hipoteca se construía por convenio entre las partes, pero además de esa facultad, podía disponerse por disposición de última voluntad, por disposición de la autoridad y por disposición de la ley. Dentro de las disposiciones de la hipoteca se encontraba la imposibilidad del acreedor de enajenar la cosa, pero el acreedor en el caso de no ser pagado el crédito en el plazo estipulado tenía la potestad de vender la cosa y quedarse con el precio del bien. En el caso que no se encontrare comprador la cosa podía ser presentada al emperador para que este fijare un justo precio.

³⁸ Mackeldey, Ferdinand, **Manual de derecho romano**. pág. 305

Así mismo el deudor tenía la posibilidad de pagar la obligación para recuperar el bien en un plazo de dos años, de lo contrario se convertía en forma definitiva como propietario el acreedor. Y por último el deudor tenía la facultad de pedir la restitución de la cosa por medio de la *actio pignoratitia* cuando era cumplida la obligación.

La hipoteca es concebida como el derecho real de garantía con mayor perfección porque en virtud de recaer sobre bienes inmuebles debidamente identificados y singularizados, son sometidos a inscripción en el registro de bienes inmuebles, que en Guatemala se denomina Registro General de la Propiedad. Consecuentemente y derivado de las instituciones romanas, el deudor no pierde la posesión del bien objeto de la garantía, constituyendo una ventaja para él y el acreedor, en el mismo caso que la prenda, adquiere el derecho de la realización del bien por medio de un proceso judicial para el cumplimiento de la obligación.

José Castán Tobeñas define a la hipoteca de la siguiente forma: *“Un derecho real constituido, en garantía de una obligación, sobre bienes inmuebles ajenos o derechos reales enajenables, que sobre bienes raíces recaiga y que permanecen en la posesión de su dueño, para satisfacer con el importe de la venta de estos aquélla obligación, cuando sea vencida y no pagada.”*³⁹

Con base a las anteriores definiciones se puede definir a la hipoteca de la siguiente manera: la hipoteca se considera como el derecho real de garantía que recae sobre un bien inmueble, constituido por convenio entre las partes, por disposición de última

³⁹ Castán Tobeñas, **Ob. Cit.** pág. 764.

voluntad o por imperio de la ley, con el fin de respaldar el cumplimiento de una obligación y en el caso de su incumplimiento.

Como consecuencia, la hipoteca puede constituirse voluntariamente, surgiendo a la vida legal en virtud de un negocio jurídico, éste es el caso más común de constitución de la misma; pero también puede surgir judicialmente, es decir resultando de una sentencia condenatoria o de un reconocimiento de las firmas por parte de los comparecientes ante un órgano jurisdiccional.

La hipoteca debe constituirse en forma expresa, como lo norma el Artículo 841 del Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Estado: "*La constitución y aceptación de la hipoteca deben ser expresas*". Ahora bien, cuando realizamos la constitución de este derecho real se debe tomar en consideración las limitaciones que nos establece la ley civil, porque si bien se puede disponer y garantizar con un inmueble el cumplimiento de una obligación, no todos los bienes pueden ser hipotecados. El Artículo 838 del mismo cuerpo legal, regula que no podrán hipotecarse los inmuebles destinados al patrimonio familiar, así como los bienes adquiridos por herencia, legado o donación cuando esta disposición hubiere sido establecida por el causante. Sin embargo la limitante para esta disposición solo puede hacerse valer por el máximo de cinco años.

Derivado de la constitución de este derecho real, se producen ciertos efectos jurídicos. Para el deudor, y como ventaja para su persona, se mantiene la posibilidad de disposición del bien, es decir, la realización de los negocios jurídicos que sean

necesarios, tomando en consideración las limitaciones y observancias legales. Para el acreedor del derecho hipotecario, en caso de incumplimiento de la obligación, existe la facultad de la realización del bien a efecto de obtener el cumplimiento de la obligación, es decir, el pago del crédito, tal como lo establece el Artículo 824 del Código Civil: *“La constitución de la hipoteca da derecho al acreedor para promover la venta judicial del bien gravado cuando la obligación del bien sea exigible y no se cumpla.”*

Extinguida la obligación, ya sea por el pago, o por otras formas de extinción de la misma, debe realizarse la cancelación de la misma mediante la presentación en el Registro correspondiente del instrumento legal que informa el cumplimiento de la obligación y ordena la cancelación de la inscripción del gravamen por parte del registrador respectivo. Este contrato es conocido dentro del medio como carta total de pago. En caso de negativa de extensión del contrato debe la persona (deudor) que ha cumplido con la obligación comparecer al órgano jurisdiccional para el efecto de prevenir por medio de juez competente para que se suscriba el instrumento público respectivo por los obligados y en caso de negativa de ellos por medio de juez competente.

3.2.3 Características fundamentales de la hipoteca

- Su naturaleza es accesoria.
- Indivisible en cuanto al crédito y divisibles respecto a los bienes hipotecados.



- Su aspecto especial y expreso.
- Su constitución pública en cuanto a su inscripción en el Registro de la Propiedad.
- La hipoteca no puede librarse de su carácter verdaderamente accesorio.
- Podrá ser independiente de toda obligación personal, pero nunca realmente independiente de algo que representa un crédito, un valor, una suma de dinero, un bien inmueble.
- Constituye una garantía de obligaciones, cuyo sujeto pasivo debe ser en caso de ejecución, el poseedor actual del inmueble gravado.
- La hipoteca es la garantía que mayor aceptación tiene en las actividades crediticias del país.
- El acreedor sabe, que el valor del inmueble responde suficientemente para el reembolso del capital prestado o para el cumplimiento de otra clase de obligaciones y en consecuencia, su derecho se limita a la cosa gravada para ejercitar sobre ella la acción real hipotecaria.

- El acreedor no puede pactar la adjudicación en pago al constituirse en hipoteca.
- Su derecho consiste en promover judicialmente la venta de los bienes gravados en pública subasta, cuando la obligación sea exigible y no se cumpla; o a seguir el procedimiento especial establecido en la ley cuando se trate de obligaciones a favor de una institución bancaria.
- La adjudicación sin embargo, si puede otorgarse por el deudor cuando su situación económica no le permita cumplir su obligación o se vea amenazado por la acción ejecutiva, pues en estos casos desaparece el peligro de que tal forma de pago sea expuesta por el acreedor para conceder el préstamo.
- Los bienes hipotecados pueden subhipotecarse, salvo lo que se establezca en contratos de crédito bancario por la Ley de Bancos y Sociedades Financieras.
- Los edificios organizados en propiedad horizontal pueden hipotecarse en su totalidad o por pisos separados, en el primer caso, con el consentimiento expreso de todos los propietarios, toda vez que cada piso es independiente y tiene registro propio.
- En la unificación de dos o más fincas, cuando alguna de ellas por lo menos estuviese hipotecada, necesita convenio previo del propietario con los

acreedores hipotecarios y los que tengan algún derecho real inscrito sobre las mismas fincas.

- Para el Código Civil, la hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.

3.2.4 ¿Quiénes pueden hipotecar?

Dispone el Artículo 835 del Código Civil, que solo puede hipotecar el que puede enajenar, y que únicamente pueden ser hipotecados los bienes inmuebles que pueden ser enajenados. El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos no obstante cualquiera estipulación en contrario, salvo lo que se establezca en contratos que se refieran a créditos bancarios. Estos contratos generalmente exigen autorización de la institución bancaria para constituir otra hipoteca sobre el bien inmueble hipotecado a su favor en garantía de un préstamo.

El predio común no puede ser hipotecado sino con el consentimiento de todos los propietarios. Sin embargo, pueden hipotecarse los derechos que el condomine (copropietario) tenga en el predio común.



3.2.5 Bienes que no pueden hipotecarse

Dispone el Artículo 383 del Código Civil que no podrán hipotecarse:

- El inmueble destinado al patrimonio familiar.
- Los bienes adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el causante haya puesto dicha condición, pero ésta no podrá exceder del término de cinco años. Para los menores de edad dicho término se cuenta desde que se cumpla la mayoría de edad.
- Asimismo, dispone el Código Civil que la hipoteca del edificio o parte del edificio construido en suelo ajeno, no afecta los derechos del propietario del suelo.

3.2.6 Subhipoteca

La subhipoteca como la nomina el Código Civil, es la institución jurídica que algunos civilistas denominan hipoteca de crédito. Conforme el Artículo 852 del Código Civil, el crédito garantizado con hipoteca puede subhipotecarse en todo o en parte, llenándose las formalidades establecidas para la constitución de la hipoteca.

La subhipoteca deberá notificarse al deudor para que pueda ser inscrita en el Registro de la Propiedad. Si el crédito estuviere anotado en el Registro de la Propiedad, por

demanda judicial el deudor, quien constituyó la hipoteca para garantizar el crédito deberá hacer el pago con intervención judicial, si no hubiere acuerdo entre los interesados. El Juez ordenará los pagos correspondientes y la cancelación. Si la finca pasare en propiedad el acreedor por el préstamo que otorgó, la hipoteca se extingue, pero la subhipoteca ocupará su lugar como hipoteca, en favor del acreedor respectivo, sin que la responsabilidad del inmueble pueda exceder del crédito gravado.

3.3. Cédulas hipotecarias:

Joaquín Rodríguez define la cédula hipotecario así *“La cédula s hipotecaria son obligaciones emitidas por una institución de crédito hipotecario con la garantía de una hipoteca directa constituida por el acreditado, quien precisa obtener un crédito acude al banco, para que le proporcione el dinero que necesita y como garantía suficiente, representada por hipoteca constituida a favor del la entidad acreedora. Emitiendo el banco la cédula hipotecaria para que sus clientes interesados en invertir de esa naturaleza, por medio de los títulos valores en los cuales se incorpora los derechos de los acreedores hipotecarios.”*⁴⁰.

La Ley que anteriormente reguló las Cédulas Hipotecarias fue la contenida en el Decreto Legislativo denominada Ley de Hipotecas, Prenda y Registro de la Propiedad, emitida mediante Decreto Legislativo No. 1,656 de fecha 30 de mayo de 1930, que actualmente no se encuentra vigente.

⁴⁰ Rodríguez Rodríguez, Joaquín. **Derecho mercantil**. Pág. 75.

La emisión de cédulas hipotecarias no podrá exceder del 75% del avalúo del inmueble hipotecado, el cual deberá ser practicado por valuator autorizado o bancario aprobado por el Ministerio de Finanzas Públicas. Esta modalidad de la hipoteca tuvo origen en el derecho alemán siglo XIX y que fue consagrada en el Código Civil de ese país en 1900.

La cédula hipotecaria es el documento en que consta un crédito, o parte de él garantizado con hipoteca sobre uno o más bienes inmuebles. Según el Artículo 860 del Código Civil, puede constituirse hipoteca para garantizar un crédito representado por cédulas; sin que sea necesario que haya acreedor y emitirse las cédulas a favor del mismo dueño del inmueble hipotecado. En el estudio de las cédulas hipotecarias conviene tener presente lo que establecen los Artículos 605 y 606 del Código de Comercio: *“Las cédulas hipotecarias emitidas de conformidad con la ley, serán títulos de crédito y aunque son garantizados con hipoteca, no perderán su calidad de muebles”*. No se aplicarán las disposiciones del Artículo 867 del Código Civil a la creación de cédulas hipotecarias por un banco o con intervención o garantía del mismo en cuyo caso los avalúos efectuados por el banco servirán de base para determinar el máximo de la emisión”.

La cancelación de cédulas hipotecarias que llenen los requisitos determinados, podrán hacerse por cualquiera de los medios que señala el Artículo 878 del Código Civil, pero la constancia de la consignación exigida por dicho precepto, se sustituirá por el depósito en un banco del capital, intereses y demás garantías que representen las cédulas. La escritura de cancelación se otorgará por el banco fiduciario o por el agente



financiero de la deuda.” Es importante apuntar que en el Código de Comercio a las Cédulas Hipotecarias les da el carácter de títulos de crédito.

La sistemática de las cédulas hipotecarias en el Código Civil está desarrollada en los Artículos 859 al 879. Resultará difícil tratar de sintetizar el contenido de esos principios legales, por ser en su mayoría numerativos de requisitos. Para la comprensión de lo que es la cédula hipotecaria, basta exponer:

- La constitución de la hipoteca para garantizar un crédito representado por cédulas, debe hacerse en escritura pública.
- El inmueble a hipotecar con ese objeto, no debe tener anotación, gravamen, ni estar sujeto a condiciones suspensivas, rescisorias o resolutorias.
- Verificada la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, se emitirán las cédulas que deben ser del valor de cien quetzales o en cualquier múltiplo de cien.
- Si el crédito devenga intereses y éstos no se hubiesen descontado, se agregará a cada cédula tantos cupones que sirvan de título al portador para la cobranza de aquellos como períodos de pago.



- Las cédulas y los cupones se redactarán en español, irán impresos, grabados o litografiados, podrán contener traducciones a uno o varios idiomas extranjeros y no causarán el impuesto de papel sellado y timbres fiscales.
- Las cédulas hipotecarias y los cupones de intereses vencidos son títulos que aparejan ejecución.
- Las cédulas y los cupones pueden traspasarse por la simple tradición si fueren al portador, o por endoso si fueren nominativos.
- La hipoteca de cédulas se cancelará: a) en escritura pública por el emisor o por el intermediario si lo hubiere; b) por solicitud escrita al Registrador de la Propiedad o por sentencia firme.
- Por último téngase presente que en la hipoteca común se mantiene casi siempre una relación directa entre el acreedor y el deudor.

En la constitución de créditos hipotecarios con cédulas o emisión de cédulas hipotecarias, el préstamo garantizado con el gravamen hipotecario puede transmitirse total o parcialmente a varias personas, por medio de los cupones que el agente financiero emite, dichos cupones son representativos del crédito hipotecario, dándoles vida propia a cada título, sin necesidad de realizar operaciones en los Registros de la Propiedad.



3.3.1 Requisitos de las cédulas hipotecarias

La cédula hipotecaria como título de crédito debe llenar los requisitos propios de los títulos de crédito establecidos en el Código de Comercio de Guatemala, según el Artículo 386 que literalmente establece: *“Sólo producirán los efectos previstos en este código, los títulos de crédito que llenen los requisitos propios de cada título en particular y los generales siguientes: 1) El nombre del título de que se trate. 2) La fecha y lugar de creación. 3) los derechos que el título incorpora. 4) El lugar y la fecha de cumplimiento o ejercicio de tales derechos. 5) La firma de quien lo crea. En los título en serie, podrán estamparse firmas por cualquier sistema controlado y deberán llevar por lo menos una firma autógrafa.”*

3.3.2 Características de las cédulas hipotecarias

- Se redactarán en español.
- Irán impresos, grabados o litografiado Podrán contener traducciones a uno o varios idiomas extranjeros.
- No causarán impuesto.
- Son títulos de crédito reputados como bienes muebles.



3.3.3 Medios para cancelar las cédulas hipotecarias

La forma de cancelar la cédula hipotecaria se encuentra regulada por el Artículo 878 del Código Civil y son:

- Por escritura pública, en la cual se hará constar la forma en que se cancela.
- Por solicitud escrita al Registrador General de la Propiedad, acompañando la cédula hipotecaria, para su cancelación.
- Por solicitud escrita al Registrador General de la Propiedad, acompañando constancias de depósito de la cédula hipotecaria en un banco del sistema nacional.
- Por sentencia firme.

La cancelación pero la constancia de la consignación exigida se sustituirá como lo establece el Artículo 606 del Código de Comercio de Guatemala, por el depósito del capital, interés y demás cargos que representa la cédula hipotecaria en un banco. La escritura de cancelación se otorgara por el banco fiduciario o por el agente financiero de la deuda, dependiendo el caso.



3.4. El instituto de fomento de hipotecas aseguradas

El Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas -FHA-, es una Institución Estatal descentralizada, con Personalidad Jurídica y Patrimonio propio, creada el 7 de junio del año 1961 mediante el Decreto 1448 del Congreso de la República de Guatemala. Su función principal es asegurar hipotecas, con el fin de promover la inversión de capitales en financiamiento de vivienda a largo plazo, facilitando la adquisición de vivienda a las familias guatemaltecas a través de asegurar la inversión del financiamiento, otorgado a las familias, a mediano y largo plazo, que otorgan las entidades financieras.

El Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas -FHA-, atiende a través de las Entidades Aprobadas la compra de vivienda proyectada, vivienda existente, liberación de gravamen hipotecario, así como la cesión y traspaso de derechos.

La terminología a utilizarse según el Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas -FHA-, en su glosario, ubicado en su página web,⁴¹ la cual establece los siguientes terminologías:

- Cédulas hipotecarias: Es el título de crédito que representa el valor total ó una parte alícuota de un crédito garantizado con un derecho real hipotecario.

⁴¹ http://www.fha.gob.gt/main.php?id_area=88

- Características: Puede ser título único o en serie, es emitido al portador, expresa el monto del financiamiento que es igual al resguardo de asegurabilidad emitido. Contiene un resumen de la escritura constitutiva del crédito y su emisión es posterior a la inscripción del Registro de la Propiedad del testimonio del crédito.
- Desarrolladores: Empresas dedicadas al desarrollo, construcción y promoción de proyectos habitacionales.
- Deudor hipotecario: Puede llamarse así, a los guatemaltecos que obtienen casa propia por medio del Sistema Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas -FHA-.
- Entidades aprobadas: Todas aquellas entidades financieras aprobadas por Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas -FHA-, para asegurar hipotecas.
- Inspección primera etapa: Cimentación, excavaciones formaletas, instalaciones, refuerzos de cimientos y columnas, etc.
- Inspección segunda etapa: Losas de entrepiso o techo, formaleta, refuerzo, instalaciones, columnas, paredes de carga, etc.
- Inspección tercera etapa: Construcción terminada, debiendo estar concluida la urbanización según lo aprobado por Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas -FHA-, y realizada las conexiones de agua y drenaje.

- Liquidación del seguro de hipoteca: Es el pago que efectúa el Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas -FHA-, a la entidad aprobada por el incumplimiento del deudor por la obligación de la hipoteca asegurada. El pago puede ser en efectivo o en Bonos Inmobiliarios.
- Reclamo del seguro de hipoteca: Es el pago que efectúa Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas -FHA-, a la entidad aprobada por el incumplimiento del deudor por la obligación de hipoteca asegurada. El Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas -FHA-, garantiza los intereses y gastos de administración a partir de que el deudor hipotecario incurre en mora, hasta un año después de haberse iniciado el proceso ejecutivo en la vía de apremio y 4 meses en caso de ser cesión voluntaria. El Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas -FHA-, liquida el reclamo por seguro de hipoteca en un plazo de 15 días.
- Resguardo de asegurabilidad: Es el documento que emite Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas -FHA-, comprometiéndose a formalizar el Seguro de Hipoteca, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos: Avalúo técnico, aprobación del deudor y las inspecciones reglamentarias.
- Seguro de hipoteca: Un seguro hipotecario protege a las entidades financieras e inversionistas de riesgos en caso de incumplimiento por parte del deudor hipotecario. El seguro de hipoteca cubre saldos a capital, intereses y gastos judiciales. Con la protección de un seguro hipotecario, los bancos, financieras e



inversionistas están dispuestos a ofrecer préstamos con un pago inicial muy bajo, en ocasiones hasta sin pago inicial alguno.

- Bonos inmobiliarios: Son valores públicos que se pueden emitir para cubrir el pago del reclamo del seguro de hipoteca, y tienen los mismos privilegios de una cédula asegurada. También se puede pagar en efectivo el reclamo de seguro de hipoteca.

3.4.1. Legislación aplicable

La legislación que regula el Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas, y sus operaciones, se puede mencionar entre otros:

- El Decreto 1448 del Congreso de la República, denominada Ley del Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas. Publicado el veintidós de junio del 1961 y entro en vigencia siete de julio del 1961.
- Acuerdo Gubernativo 232-2008, Reglamento de la Ley del Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas. Publicado el uno de octubre del 2008 y entro en vigencia dos de octubre del 2008.



- Acuerdo Gubernativo 211-2008, Reglamento de Secciones de la Junta Directiva del Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas. Publicado el veintinueve de agosto del 2008 y entro en treinta de agosto del 2008.
- Acuerdo Gubernativo 425-2008 Presupuesto de Ingresos del Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas del periodo comprendido de 1 de enero al 31 de diciembre del 2009.





CAPÍTULO IV

4. La fianza como garantía de crédito para adquirir vivienda

La fianza es el contrato expedido por medio de póliza, por una compañía afianzadora debidamente autorizada y fiscalizada por la Superintendencia de Bancos, con el fin de garantizar al legítimo titular del crédito hipotecario o tenedor cédulas hipotecarias, el capital invertido, intereses y demás obligaciones pactadas con el deudor hipotecario, pagando las obligaciones al acreedor y adjudicándose el bien.

La fianza como garantía de crédito de vivienda surgió mediante la Ley de Vivienda y Asentamientos Humanos, Decreto 120-96, del Congreso de la República de Guatemala, publicado el veintiuno de noviembre del año 1996, entro en vigencia desde el veinticuatro de noviembre del año 1996, específicamente mediante la reforma contenida en el Decreto 74-97, del Congreso de la República de Guatemala.

Anteriormente a la reforma que se realizó a la Ley de Vivienda y Asentamientos Humanos, Decreto 120-96, del Congreso de la República de Guatemala, en su Artículo 33 establecía: *“El apoyo de la instituciones del Estado. Todos las instituciones del Estado, de acuerdo con sus políticas, deben apoyar preferentemente los programas de vivienda que promueva el Fondo Guatemalteco para la Vivienda.”*



Con el fin de ampliar las formas de financiamiento y garantizar el libre mercado surgió la reforma que se realizó al Artículo 33, mediante el Decreto 74-97, del Congreso de la República de Guatemala, que actualmente regula: *“Los créditos hipotecarios de mediano y largo plazo para compra de solución habitacional para familias de menores ingresos, las cédulas hipotecarias y cualquier otro título o documento que exprese una garantía hipotecaria para la vivienda pueden ser garantizados por el Instituto Nacional de Fomento de Hipotecas Aseguradas o por garantía de pago que emitan las compañías aseguradoras o afianzadoras legalmente autorizadas, siempre y cuando tales entidades estén sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos. Los créditos, documentos o títulos a que se refiere el presente Artículo están sujetos al monto mínimo del patrimonio requerido a las instituciones bancarias, conforme a la ley de la materia, y gozan de los mismos derecho y privilegios fiscales que la ley confiere a los créditos, prestamos o cédulas hipotecarias que cuentan con el seguro hipotecario del Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas, exceptuando la garantía ilimitada del Estado.”*

4.1 Sistema de fianza como garantía de crédito para adquirir vivienda

Para que funcione el sistema de fianza como garantía de crédito para adquirir vivienda, es necesaria la concurrencia sujetos como son: entidad aprobada, el deudor hipotecario, las inmobiliarias aprobadas y la afianzadora, todos estos sujetos en la relación son tomados del sistema del Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas,



ya que por no existir una regulación específica se adecua convenientemente al sistema.

4.1.1 Entidad aprobada

Son las personas jurídicas aprobadas por la afianzadora, para solicitar la fianza que garantizará su crédito o la administración de las cédulas hipotecarias afianzadas, entre estas entidades encontramos los bancos, financieras, sociedades mutualistas. Estas entidades constituyen en principio las operaciones relacionadas con el crédito para adquirir vivienda, puesto que a través de las mismas se inician las gestiones de financiamiento, los beneficiarios de las fianzas; entre sus funciones se puede mencionar:

- Calificar inicialmente la capacidad de pago del deudor propuesto.
- Servir como órgano de enlace entre los constructores y la afianzadora.
- Constituir la fuente primaria de financiamiento.
- Generar el mercado secundario de hipotecas y cédulas hipotecarias.

- Actuar como administrador de la deuda, cuando los derechos hipotecarios o las cédulas hipotecarias se encuentran en manos de inversionistas del mercado secundario.
- Emitir las cédulas hipotecarias y sus cupones, con el objeto de poner a la venta los derechos crediticios a los inversionistas interesados.
- Tramitar ante los Tribunales de Justicia los juicios ejecutivos.
- Presentar los reclamos a la afianzadora en el tiempo y forma convenidos.

Las entidades aprobadas, cuando realizan una inversión financiando los créditos de vivienda, tiene una serie de beneficios entre los que se puede mencionar:

1. Mediante resolución 41-2009 de la Superintendencia de Bancos, para el periodo del año 2009, que fija el monto mínimo de capital pagado para los bancos de ahorro y préstamos para la vivienda familiar es de Q 43,000,000.00, mientras que para los otros bancos será de Q 105,000,000.00, por lo que desde ya es una ventaja sustancial.
2. La inversión se encuentra garantizada con el bien inmueble, que fue adquirida con el dinero del financiamiento otorgado una familia.

3. La recuperación del capital invertido se encuentra garantizado, ya las entidades aprobadas realizan un análisis de riesgo y de capacidad de crédito del deudor, por lo que el nivel de incumplimiento es muy bajo, y si existiere incumplimiento, el afianzador paga el monto del capital invertido, intereses, interese moratorios y otras obligaciones pactadas.
4. Las entidades aprobadas tiene la facultad de vender los derechos del crédito, o de poner en venta en el mercado bursátil las cédulas hipotecarias o sus cupones, y siempre serán los administradores de la deuda, fungiendo como agente financiero, obteniendo una comisión por la prestación de servicios.
5. Cuando existe un incumplimiento del deudor, los bancos no adquieren activos extraordinarios, ya que la afianzadora se adjudica el bien inmueble, al momento de pagar capital invertido, intereses, interese moratorios y otras obligaciones pactadas, obteniendo nuevamente su capital para poder invertirlo nuevamente.

4.1.2 Deudor hipotecario

El deudor hipotecario es la persona individual o grupo familiar, a quien la entidad aprobada otorgado un préstamo para la compra de una vivienda, la cual estará garantizada mediante hipoteca sobre el inmueble adquirido, también se le puede llamar usuario del servicios de financiamiento y en algunas ocasiones emisor, porque es quien emite la cédula hipotecaria.

El deudor está obligado a pagar la entidad aprobada una cuota mensual que permita dentro del plazo del contrato, redimir el capital, el pago de intereses y la prima de la fianza; las afianzadoras como entidades privadas califican al deudor hipotecario; pudiendo ser afianzado el núcleo familiar o aquella persona que disponga de fondos para un aporte inicial o enganche y demuestre tener suficiente ingresos para cubrir el pago del crédito, en forma de cuotas mensuales.

La persona o grupo familiar que adquiere una vivienda con el sistema de crédito afianzado obtiene una serie de beneficios en los cuales se puede mencionar:

- 1) La vivienda es evaluada tanto en los materiales de construcción como las especificaciones técnicas, garantizando que la misma tenga los estándares especificados de seguridad y servicios mínimos, ya que los proyectos inmobiliarios son supervisados.
- 2) La tasa de interés sobre el financiamiento es mucho más barato, ya que es menor el riesgo crediticio así como el de cartera morosa, debido a que las personas son evaluadas tanto por el agente financiero como por la afianzadora; son créditos a largo plazo cotizados por los bancos e inversionistas.
- 3) De conformidad con la Ley de Vivienda y Asentamientos Humanos, Decreto 120-96, del Congreso de la República de Guatemala, la persona o grupo familiar que se encuentren en extrema pobreza o pobreza, al adquirir vivienda, son

beneficiados con el subsidio del Fondo Guatemalteco para la Vivienda, que es una institución financiera, adscrita al Ministerio de Economía, que tiene como objeto el crear soluciones habitacionales y brindar subsidios parciales o totales a las familias guatemaltecas que carezcan de vivienda propia.

4.1.3 Inmobiliarias aprobadas

Son personas jurídicas con el fin de construir vivienda, las cuales son calificadas tanto por la entidad aprobada, como por la afianzadora; el objeto de esta calificación no es más que garantizar la calidad de la vivienda, así como los servicios que brinda, con ello respalda la inversión y protegen al futuro comprador de la vivienda.

Las inmobiliarias aprobadas son evaluadas en etapas de la construcción, siendo estas:

- Inspección en la primera etapa: Se evalúa la cimentación, excavaciones, formaletas, instalaciones, refuerzos de cimientos y columnas, así como cualquier otro aspecto primario.
- Inspección en la segunda etapa: Se califican la calidad de las losas de entrepiso o techo, formaleta, refuerzo, instalaciones, columnas, paredes de carga, etc., a esta etapa también se le conoce como evaluación de obra gris.

- Inspección en la tercera etapa: es la última inspección y se evalúa en si la construcción terminada, debiendo estar concluida la urbanización según lo aprobado por el la entidad aprobada y por la afianzadora; se puede agregar que en esta etapa se evalúa que se encuentren realizada las conexiones de agua y drenaje u otros servicios convenidos.

4.1.4 La afianzadora

En la compraventa al crédito garantizado con hipoteca o cédula hipotecaria, la afianzadora es la entidad que garantiza el capital, intereses moratorios, costas judiciales y gastos de cobranza, por medio del contrato de fianza mercantil, emitiendo el contrato por medio de póliza (anexo A), que de conformidad con el Acuerdo 228 de la Superintendencia de Bancos, se clasifica como una PA-7 ante particulares, y la misma norma regula en su capítulo séptimo las siguientes tarifas:

1. Personas físicas	Prima mínima
Garantía fiduciaria	6%
Garantía prendaria	4%
Garantía hipotecaria	2%
2. Empleados de la propia institución	
Garantía fiduciaria	2. %
Garantía prendaria	1.5%
Garantía Hipotecaria	1. %



3. Personas jurídicas

Garantía	Fiduciaria	5%
Garantía	Prendaria	3%
Garantía	Hipotecaria	2%

Cuando la fianza otorgada exceda de Q 99,999.99 se aplicará la siguiente tarifa, de conformidad con su monto:

Monto de la fianza			Tarifa mínima	
De	Q100,000.00	a	Q 199,999.99	1.75%
De	Q200,000.00	a	Q 299,999.99	1.50%

Monto de la fianza			Tarifa mínima	
De	Q 300,000.00	a	Q 499,999.99	1.25 %
De	Q 500,000.00	a	Q 999,999.99	1.00 %
De	Q1,000,000.00	en adelante		0.75 %

En el mismo capítulo del Acuerdo 228 de la Superintendencia de Bancos, regula para las afianzadoras que garanticen créditos las normas de operación siguientes:

- a) Queda prohibido a las empresas que operan fianzas, hacer operaciones de aval u otorgar fianzas financieras o de crédito, que excedan de su margen de



operación, si no tienen el correspondiente contrato de reafianzamiento automático que concretamente contemplen el reafianzamiento de tales riesgos.

- b) Excepcionalmente, las empresas afianzadoras podrán emitir fianzas financieras o de crédito que excedan de su margen de operación, o en su caso, de su reafianzamiento automático, siempre y cuando, al momento de aceptar la fianza, cuenten con las aceptaciones o constancias del respectivo reafianzamiento facultativo, de empresas de reconocida solvencia financiera, quedando, en estos casos, obligadas a enviar a la Superintendencia de Bancos copia fotostática de tales constancias o aceptaciones para fines de control y archivo; sin perjuicio de que, al quedar formalizado el negocio y se cubra la correspondiente prima de reafianzamiento facultativo, se exija al reafianzador y se presente a la Superintendencia de Bancos, copia fotostática de la "nota de cobertura" o "certificado de reafianzamiento".
- c) Las fianzas financieras o de crédito que otorguen las compañías o instituciones de fianzas con garantía hipotecaria o prendaria, en ningún caso podrán exceder del 80% del valor del inmueble o de la prenda.
- d) Cuando se trate de fianzas financieras o de crédito en moneda extranjera, deberán presentar una copia de la póliza emitida para fines de control y archivo de la Superintendencia, y para informar a la Junta Monetaria, en cumplimiento de disposiciones de dicha autoridad monetaria.

Además de garantizar las obligaciones del deudor, ante el agente financiero o el tenedor de la cédula hipotecaria, la afianzadora tiene las siguientes atribuciones y obligaciones:

- La afianzadora velará por que la construcción de la vivienda, tenga la mayor calidad en su construcción y en sus acabados finales.
- La afianzadora podrá dispensar la obligación de promover la ejecución al tenedor de la cédula hipotecaria; en dicho caso que el referido tenedor deberá entregar la cédula hipotecaria a favor de la afianzadora, de modo que ésta adquiera los derechos que la misma confiere, para la promoción del proceso ejecutivo en la vía de apremio, con la condición de hacer efectivo el pago de las obligaciones pactadas en la fianza.
- La afianzadora podrá buscar medios equánimes y convenios entre el deudor y el la entidad aprobada, al momento que el deudor incumpla con en las cuotas de la deuda, con el objeto brindar una ayuda al deudor y sacar a flote la deuda morosa.
- La afianzadora podrá aceptar directamente la adjudicación en pago, que realice el deudor moroso, pagando al acreedor hipotecario o tenedor de la cédula hipotecaria, las obligaciones pactadas en la fianza.

- Cuando la afianzadora pague las obligaciones estipuladas en la póliza de fianza, la propiedad deberá adjudicarse a favor la afianzadora.
- La afianzadora por el incumplimiento de pago del deudor, pagara el capital adeudado, los intereses, los intereses moratorios y otros gastos administrativos o judiciales a que se hubiese obligado en la fianza.
- La afianzadora llevará a cabo el pago correspondiente a favor del acreedor hipotecario o el tenedor de la cédula hipotecaria, en el plazo convenido.
- La afianzadora sacara al mercado la propiedad adjudicada en pago, bajo el mismo sistema, con el fin de asegurar así su flujo de efectivo.

4.1.5 El acreedor hipotecario o tenedor de la cédula hipotecaria

Este sujeto en la relación puede ser también la entidad aprobada, que es la entidad bancaria que ha financiado el crédito, pero también podrá ser una persona individual o jurídica que han adquirido de alguna forma los derechos del crédito hipotecario o la cédula hipotecaria; la forma de adquirir estos derechos sucede normalmente un banco desea vender las cédula hipotecarias o sus cupones, manteniendo la administración de los créditos, y con ello ganar una comisión por administración.

El acreedor hipotecario o tenedor de la cédula hipotecaria, obtiene por su inversión los intereses pactados entre la entidad aprobada y el deudor, y su inversión estará garantizada con la hipoteca del bien inmueble y con la fianza que le da un respaldo a su inversión, ya que se garantiza que al momento que el deudor deje de cumplir con sus cuotas, recuperará su capital sin esperar a que el bien sea rematado o adjudicado, asegurándose así su flujo de efectivo; además el tenedor de una cédula hipotecaria al momento de necesitar el efectivo de su inversión tiene la ventaja de poner a circular su crédito en el mercado bursátil, o venderla a otro inversionista interesado. Entre las obligaciones y facultades que tiene el acreedor hipotecario o tenedor de la cédula hipotecaria se puede mencionar:

- El tenedor de la cédula hipotecaria deberá notificar a la afianzadora dentro del plazo pactado, cuando el deudor incurra en mora, con el efecto de promover la ejecución ante los tribunales de justicia.
- Si la afianzadora dispensa la obligación de promover la ejecución al tenedor de la cédula hipotecaria, este deberá entregarla a favor de la afianzadora, de modo que ésta adquiera los derechos que la misma confiere, y reclamar el pago de capital, intereses hasta la fecha de pago, intereses moratorios y gastos que se hubieren pactado en la fianza.
- Si el tenedor de la cédula hipotecaria se adjudica el inmueble en el remate correspondiente deberá notificar a la afianzadora, con el efecto de reclamar

formalmente la fianza, en el plazo indicado en la póliza de fianza; el tenedor de la cédula hipotecaria deberá transmitir la propiedad a la afianzadora a cambio del pago de las obligaciones pactadas en el contrato de fianza.

- El tenedor de la cédula hipotecaria estará sujeto a las condiciones de la fianza que se hayan pactado con el la entidad aprobada y la afinadora.

4.2 La formalización de la compraventa y la garantía del crédito

El grupo familiar o la persona que será beneficiada con sistema de financiamiento para adquirir vivienda familiar y garantizado con fianza, será realizada mediante escritura pública para lo cual tanto la entidad aprobada y la afianzadora pueden llegar a autorizar de mutuo acuerdo minutas. En la escritura pública deberá contener los siguientes puntos:

- La descripción del inmueble objeto de la compraventa, estructura y ambientes, área del terreno y construcción en metros cuadrados, servicios con los que cuenta, dirección y número de inscripción en el Registro General de la Propiedad.
- El precio de la venta y forma de pago de la propiedad, así como el saneamiento de ley.



- Emisión de la cédula hipotecaria, (anexo B) que contendrá el nombre del título, fecha y lugar de su creación, el valor que representa, el número de cédula o cédulas emitidas, serie, plazo de la obligación, tasa de interés, cuotas de amortización, fecha de las amortizaciones, las obligaciones que apareja, la descripción del inmueble y otras condiciones en las que se haya otorgado el préstamo.
- La constitución del agente financiero, en la escritura se estipularán las obligaciones y los derechos, que tiene el agente financiero.
- La descripción de la fianza que garantiza el crédito, el número de póliza que se emite, las condiciones en las que se emitió la fianza, y las obligaciones de la afianzadora.
- La constitución de la garantía hipotecaria que recaerá sobre el bien inmueble, ocupando el primer lugar, las condiciones de la garantía hipotecaria.
- La aceptación de las partes y especialmente del agente financiero de la constitución de las garantías a su favor.



4.3 Beneficios del sistema de fianza de garantía de crédito

Anteriormente señalamos los elementos integrantes para que el sistema de fianza como garantía de crédito para adquirir vivienda familiar, funcione como un mecanismo de financiero, pero se separa los beneficios más importantes que las partes obtienen en la relación.

4.3.1 Beneficios de la entidad aprobada

Constituyen el elemento más importante en la gestión operativa del sistema, pues es el sujeto en la relación que se encargara de financiar a las familias o personas interesadas en adquirir vivienda; también es necesario reconocer los beneficios económicos que representa para los agentes financieros, la actividad de financiar créditos que se encuentran respaldados con el bien inmueble y con la fianza, garantizando así el retorno de la inversión, además obtiene los siguientes beneficios:

- 1) El descuento cédulario, no es otra cosa que la comisión que cobran los agentes financieros por administrar la deuda y ser intermediario entre el deudor y el tenedor de la cédula hipotecaria o los inversionistas que son propietarios de los cupones o derechos hipotecarios.

- 2) Quedan exentos de los Impuestos de Papel Sellado y Timbres Fiscales, así como del Impuesto sobre la Renta de las ganancias sobre los intereses.

- 3) Reducción del riesgo, ya que además de contar con la garantía hipotecaria, cuenta con el respaldo de la afianzadora, en el caso de incumplimiento del deudor hipotecario.

- 4) Certeza en su inversión, ya que las familias y las personas sujetas al crédito, son analizadas tanto sus condiciones particulares y familiares, efectuado visitas de campo e investigación de su solvencia crediticia.

- 5) Obtien en el beneficio de monitoreo en la cartera, la afianzadora le proporciona un seguimiento a la cartera que presenta morosidad, para evitar que las familias dejen de cumplir con sus obligaciones crediticias.

- 6) La optimización los recursos financieros, ya que el requerimiento mínimo del capital se reduce a un 20%, de conformidad con lo establecido por la Superintendencia de Bancos, ampliando así su capacidad de inversión, además de obtener una recuperación inmediata del efectivo.

4.3.2 Beneficios a las inmobiliarias

Como sujetos que constituye el elemento inicial del sistema, al desempeñar las funciones de promoción y construcción de los proyectos de vivienda familiar, por lo que su dinámica depende de la demanda que las familias guatemaltecas.

A corto plazo las inmobiliarias son las más beneficiadas con el sistema planteado en este trabajo de investigación, porque recibe el valor del inmueble, una parte directamente del comprador al hacer efectivo el enganche y la otra parte del agente financiero, además con la posibilidad de obtener ayuda por parte del estado por medio del Fondo Guatemalteco de la Vivienda.

4.3.3 Beneficios para el comprador y deudor

Es el sujeto principal en el sistema, ya que de nada serviría tener entidades aprobadas, agentes financieros, inmobiliarios y afianzadores, sino hubiera compradores de viviendas, se puede mencionar los siguientes beneficios:

- La tasa de interés sobre el financiamiento es más baja que en los créditos tradicionales bancarios, como efecto del menor el riesgo crediticio y la baja cartera morosa; ya que las personas son evaluadas tanto por el agente financiero, como por la afianzadora, quien garantizara sus obligaciones; son créditos a largo plazo cotizados por los inversionistas.
- No existe margen de préstamo mínimo ni máximo, la cantidad a que la familia o la persona únicamente podrá obligarse conforme a su capacidad de pago y su evaluación crediticia.

- En la práctica cuando una persona desea adquirir un financiamiento mediante el sistema de fianza como garantía, las personas pueden obtener préstamos de hasta el 90% del avalúo, mientras que se ha observado que en el sistema tradicional los bancos conceden un préstamo hipotecario hasta por el 50% del avalúo.
- Los plazos del crédito pueden variar desde 1 año hasta 25 años, por su flexibilidad en el sistema.
- La inversión inicial o enganche, es menor a los créditos hipotecarios tradicionales e inclusive que las del Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas –FHA-.
- La persona o grupo familiar que se encuentren en extrema pobreza o pobreza, al adquirir vivienda pueden optar a ser beneficiados con el subsidio del Fondo Guatemalteco Para la Vivienda, los subsidios son brindados mediante pactos con los agentes financieros, afianzadoras e inmobiliarias, el subsidio puede ser parcial o total.
- El inmueble objeto de la inversión cuenta con un seguro contra incendio y terremoto, durante el plazo del préstamo.

- El grupo familiar que adquiere la vivienda mediante este sistema tiene la seguridad jurídica del bien adquirido.
- El comprador obtiene una garantía de construcción de la vivienda, ya que son supervisadas tanto por la afianzadora como por las entidades aprobadas que invertirán en el proyecto, asegurándose que los terrenos sean los adecuados para su uso; que tengan los servicios mínimos como son agua potable, calles pavimentadas, drenajes, energía eléctrica, etc.

4.4. Ejecución de las garantías de crédito de vivienda

Se ha visto durante todo el capítulo el desarrolló de la garantía de fianza como respaldo del cumplimiento de la obligación de crédito para adquirir vivienda; al concluir el vinculo jurídico que existente entre el deudor hipotecario y el acreedor hipotecario se produce una extinción de esa relación obligacional, ya sea en forma normal, por su cumplimiento, en este caso su pago, o en forma anormal, por compensación, novación, remisión, confusión, prescripción extintiva o transacción.

Ahora bien ¿qué sucedería si el deudor no cumpliera con el pago de las cuotas del crédito que le fue concedido?, naturalmente se produciría un incumplimiento de la obligación ya sea en forma total o parcial dependiendo del actuar del obligado. En términos generales, incumplir una obligación equivale a no llevar a cabo la exacta prestación debida. Consecuentemente, derivado del incumplimiento de la misma, en

forma imputable al deudor hipotecario, surge entonces la necesidad de hacer forzoso el cumplimiento de la misma.

Para el efecto las entidades aprobadas, deberán informar con regularidad a la afianzadora los saldos morosos, con el fin de realizar el procedimiento de cobro administrativo, para sacar a flote la cartera morosa, además las entidades aprobadas, deberán informar a la afianzadora su intención de demandar a los deudores moros, para posteriormente solicitar a la afianzadora el pago de las obligaciones. Cuando las entidades aprobadas o los tenedores de las cédulas hipotecarias, no realicen tales avisos a la afianzadora, este último tendrá el derecho de revocar la fianza por el incumplimiento de las obligaciones pactadas, ya que no le da la oportunidad de realizar una gestión de cobro administrativo y hacer las reservas monetarias en caso de reclamo.

El agente financiero que haya llevado a cabo el procedimiento judicial de cobro o por cesión voluntaria del deudor, tiene derecho a lo siguiente:

- Adjudicarse en forma definitiva el inmueble, desistiendo del cobro del reclamo de la fianza.
- Optar por el cobro de la fianza, cediendo para el efecto los derechos del rematario a la afianzadora, o adjudicando el bien a favor de la afianzadora.

- Exigir el pago del capital, los intereses pactados hasta la fecha efectiva del pago, los intereses moratorios pactados en la fianza, gastos y costas judiciales que se hubieren pactado.

4.4.1 Ejecución en la vía de apremio

La forma de hacer cumplimiento forzoso a la obligación a manera de constreñir al principal obligado a que responda para hacer efectiva la misma es por medio del Juicio Ejecutivo en la Vía de Apremio, que es un proceso de ejecución regulado en la legislación.

Se parte diciendo que el Juicio Ejecutivo en la Vía de Apremio, es proceso, el concepto de proceso se define como *“Proceso es el conjunto de actos que en el orden y forma establecidos en la ley, realiza el órgano jurisdiccional para hacer justicia y las partes para obtenerla, o para que se examine y decida si una demanda es o no fundada, o para que se dicte sentencia sobre derecho incierto, insatisfecho, negado o violado.”*⁴², el proceso de ejecución consiste en un proceso que no declara un derecho sino la realización de un hecho, en virtud de la existencia anterior, de un derecho preestablecido, que asiste a la parte actora y únicamente se pretende que le demandado cumpla con su obligación.

El Juicio Ejecutivo en la Vía de Apremio, se encuentra regulado en el Artículo 294 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, el cual regula: *“Procede la ejecución*

⁴² Najera Farfán, Mario Efraín. **Derecho procesal civil**. Pág. 78.

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: 1º. Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. 2º. Laudo arbitral no pendiente de recurso de casación. 3º. Créditos hipotecarios. 4º. Bonos o cédulas hipotecarias y sus cupones. 5º. Créditos prendarios. 6º. Transacción celebrada en escritura pública. 7º. Convenio celebrado en el juicio.”; el profesor Mario Aguirre Godoy, al referirse sobre el propósito del Juicio Ejecutivo en la Vía de Apremio, establece: “que se acudiera directamente a la realización de los bienes del deudor, si la ejecución se basa en títulos a los cuales se les atribuye eficacia jurídica privilegiada.”⁴³.

Dada la celeridad que caracteriza a la ejecución en la vía de apremio, y la actuación judicial se concreta, al instaurarse la demanda se calificación del título en que se funda la pretensión ejecutiva y si considera suficiente el juez ordenara que se notifique la ejecución, señalando día y hora para el remate, en estos juicios no es necesario que el juez despache mandamiento de ejecución, ya que los obligaciones se encuentran garantizadas con hipoteca.

La calificación que del título ejecutivo realiza el juez, constituye un examen comparativo, que se aporta con la demanda y lo que establece la ley y si considera que existe la insoslayable adecuación del caso planteado, o dicho en otras palabras que el título ejecutivo es suficiente para plantear la demanda, siempre que lleve aparejada la obligación de pagar dinero y que obligación sea líquida y exigible al momento de presentar la ejecución.

⁴³ Aguirre Godoy, Mario. **Derecho procesal civil**. Pág. 179.

El Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, establece el procedimiento del Juicio Ejecutivo en la Vía de Apremio, la cual se puede resumir en las siguientes etapas:

- a) Se presenta la demanda de Juicio Ejecutivo en la Vía de Apremio, llenado los requisitos de los Artículos 61 y 106 del Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, se plantea la demanda de ejecución ante el juez del ramo civil competente, adjuntando el título ejecutivo en la que funda su pretensión.
- b) El juez calificará el título en la que se funda la demanda y señalará día y hora para el remate, mandando a notificar la demanda, dicha notificación podrá diligenciarse por los auxiliares del órgano jurisdiccional o por vía notarial. En caso de no poder realizar la notificación personalmente, la notificación deberá realizarse por medio de un edicto publicado en el Diario Oficial y otro de mayor circulación. Estos surtirán sus efectos legales el día siguiente a la publicación.
- c) Una vez notificada la demanda al ejecutado, deberá publicarse tres veces en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación, el día y la hora para el remate anunciándose también el remate por edictos fijados en los estrados del juzgado por lo menos por un término de 15 días, antes de realizarse la audiencia de remate.



- d) Llegado el día y la hora del remate, el pregonero del juzgado anunciará el remate y las posturas que se realicen, con el fin de que el bien quede fincado al mejor postor, levantando el acta del remate. Únicamente pueden ser postores el día del remate, las personas que antes o incluso en el remate hayan depositado el 10% del valor de sus ofertas.

- e) A falta de postores en el día del remate, se podrá señalar nueva audiencia para remate con la base del 65%, pero el ejecutante tiene derecho a que se le adjudique en pago el bien objeto del remate.

- f) El ejecutado tiene el derecho de salvar su bien, incluso mientras no se haya otorgado la escritura pública traslativa de dominio.

- g) Practicada la diligencia del remate, se deberá realizar la liquidación de la deuda, sus intereses y costas causadas al ejecutante.

- h) Llenado los requisitos anteriores el juez señalará al ejecutado tres días para otorgar la escritura traslativa de dominio, en caso de rebeldía el juez la otorgará de oficio, transcribiéndose en la escritura traslativa de dominio, el acta de remate y la liquidación aprobada por el juez.

- i) Otorgada la escritura traslativa de dominio el juez mandara a dar posición de del bien rematado o adjudicado y para el efecto le fija un término que no exceda de 10 días al ejecutado, bajo apercibimiento de lanzamiento.

4.4.2 Ejecución en forma voluntaria y extrajudicial

Realmente no es una forma de ejecución es una figura innovadora que no se encuentra regulado en sistema jurídico guatemalteco, a la cual en la práctica se ha denominado de distintas formas como: adjudicación voluntaria en pago, cesión de derechos en pago, cesión de bienes del deudor y ejecución extrajudicial; el fin esta figura consiste en el desarrolló de la práctica continuada, por las ventajas específicamente la celeridad, la antiformalidad, economía para las partes.

La forma en la que se desarrolla el proceso de ejecución en forma voluntaria o extrajudicial, se da cuando es pactada por el deudor, que no tiene la posibilidad de cumplir con sus obligaciones y a incurrido en mora, con el acreedor; el objetivo de ceder voluntariamente el bien es evitar el complejo trámite de ejecución judicial, el deudor no dañe su historial crediticio y el acreedor obtiene un ahorro sustancial; si se llegara a pactar la entrega del bien en esta forma se realiza la escritura traslativa de dominio a favor de la afianzadora, quien deberá pagar al acreedor hipotecario el capital adeudado, intereses moratorios, interese sobre capital y otras obligaciones pactada en la fianza. Este proceso voluntario debe ceñirse a la legalidad y nunca contrariar los preceptos constitucionales relativos a las partes o a terceros.



Dentro de la ejecución voluntaria puede pactarse la entrega y desapoderamiento del bien, la forma y condiciones de la venta o subasta de los bienes hipotecados entre otros, recordando siempre mantenerse dentro del marco de legalidad.





CONCLUSIONES

1. La fianza mercantil es un contrato, expedido por medio de póliza por una afianzadora autorizada y fiscalizada por la Superintendencia de Bancos, garantizando al titular del crédito hipotecario, el capital invertido, los intereses, gastos administrativos y judiciales que fueran pactados en la fianza, pero existe poca divulgación sobre el contrato de fianza.
2. El contrato de fianza mercantil, como garantía de crédito para adquirir vivienda, se encuentra inspirada en la participación de un tercero que, con sus bienes da garantía al cumplimiento de la obligación asumida por el deudor hipotecario; pero no existe una reglamentación específica, a la fianza mercantil como garantía de crédito.
3. El contrato de fianza mercantil, crea un incentivo a las entidades y personas que deseen invertir su capital en el financiamiento de proyectos habitacionales para los guatemaltecos con las ventajas de ser de fácil acceso, con intereses bajos, cuotas acorde a su capacidad de pago y viviendas calificadas previamente para ser habitables; aunque existe el problema que los órganos jurisdiccionales no cumplen con los plazos, para realizar la ejecución, por el incumplimiento de pago.

4. El financiamiento otorgado por los inversionistas, se encuentra respaldado por una fianza como garantía a la falta de pago del deudor, además de crear un mercado secundario para los créditos con cédula hipotecaria, dando apertura a que cualquier persona que desea invertir su capital en forma segura, lo pueda hacer; pero actualmente el no existe subsidios, ni incentivos, para que las familias carentes de vivienda, puedan realizar la adquisición.

5. Los futuros deudores que adquieran su vivienda mediante una garantía de fianza, son examinados en cuanto a su posibilidad de pago y su récord crediticio, tanto por el agente financiero como por las afianzadoras, lo que tiende a disminuir la morosidad de la cartera; asiendo que los créditos tengan una oferta tal que los intereses sean mucho más bajos que en los créditos tradicionales; pero el costo para realizar la ejecución y el pago de impuestos para las afianzadoras, es alto, desmotivándolas para brindar el servicio.

6. La falta de presupuesto para brindar una mayor cobertura a la construcción y financiamiento de vivienda familiar, incide en una serie de problemas sociales, la oportunidad de tener acceso a una vivienda propia y digna, es un derecho de todos los ciudadanos guatemaltecos y de la familia como génesis primario de la sociedad. .



RECOMENDACIONES

1. Las instituciones bancarias y financieras, que realicen la divulgación del sistema de fianza como garantía de crédito para la adquisición de vivienda, por medio de conferencias, talleres, seminarios, publicidad masiva, paneles y foros, con el fin de que las familias guatemaltecas, conozcan las alternativas y beneficios del sistema.
2. La Superintendencia de Bancos, que debe emitir un acuerdo, que regule el sistema de fianza como garantía de crédito en la adquisición de vivienda, con el fin de estandarizar el servicio y dar certeza jurídica a los involucrados.
3. El Organismo Judicial, capacite especialmente a los jueces del ramo civil, con el fin de cumplir con los plazos en los procedimientos judiciales, con el fin de brindar seguridad jurídica a los ciudadanos, apegándose así a los principios constitucionales y al debido proceso.
4. El Congreso de la República de Guatemala, que realice una revisión al Decreto número 27-92 Ley del Impuesto al Valor Agregado, en su Artículo 7 literal 12, que regula la exención al Impuesto al Valor Agregado, sobre la compraventa de bienes inmuebles, ya que la cantidad que se encuentra exenta no se apega a la realidad nacional, esto contribuye a que las familias guatemaltecas



necesitadas de vivienda, puedan adquirir su vivienda sin impuestos que hagan más difíciles su adquisición.

5. El Congreso de la República de Guatemala, que se agregue la literal 16 al Artículo 7 del Decreto número 27-92 Ley del Impuesto al Valor Agregado, que regule la exención al Impuesto al Valor Agregado, a las compañías afianzadoras que adjudiquen bienes inmuebles en pago, con la obligación de vender dichos bienes al costo; para incentivar la inversión privada.

6. El Fondo Guatemalteco Para la Vivienda, debe brindar una mayor cobertura a las familias guatemaltecas en extrema pobreza y pobreza, por lo que debe ampliar el presupuesto del Fondo Nacional para la Vivienda –FOGUAVI-, que actualmente es de Q 203,798,007.96, a la cantidad de Q 1,000,000,000.00, instituyéndose como fuente de financiamiento el aumento de del Impuesto al Valor Agregado al 13%, con el fin de contribuir al desarrollo de las familias guatemaltecas, beneficiándose a largo plazo a la sociedad.



ANEXOS



ANEXO A



Formato de fianza de garantía de crédito de vivienda

Clase PA-7

Q.«MONTO_FIANZA»*

FIANZA NO. _____

Fianzas Ejemplo, Sociedad Anónima, se constituye fiadora a hasta por la suma de _____: ante _____, acreedor del crédito hipotecario para vivienda (en adelante "El Beneficiario"), contenido en la escritura pública número _____, autorizada el _____ de _____ de _____, por el Notario _____

Para Garantizar: El cumplimiento de las obligaciones del deudor hipotecario establecidas en el instrumento anteriormente relacionado, exclusivamente en cuanto al pago de los saldos de capital, que en cualquier caso, el máximo es el importe consignado en la presente fianza, de conformidad con las condiciones específicas siguientes:

1. El Beneficiario deberá notificar a la afianzadora dentro de los tres meses siguientes a que el deudor incurra en mora y deberá promover la ejecución correspondiente, dentro de los tres meses siguientes a la notificación.



2. El Beneficiario, al momento de adjudicarse el inmueble en el remate correspondiente deberá notificar, dentro de los treinta días hábiles siguientes a que el mismo haya tenido verificativo la reclamación formal de la presente fianza.
3. El Beneficiario deberá transmitir la propiedad a la afianzadora a cambio del pago del capital adeudado exclusivamente por el deudor al momento en que se promovió la ejecución, deberá entregar el inmueble en condiciones de habitabilidad aceptables, completamente desocupado sin ningún tipo de gravamen, limitación o juicio pendiente, con las cuotas, tasas, contribuciones e impuestos que correspondan totalmente pagados.
4. La afianzadora no reconocerá pago de intereses a favor de El Beneficiario, ni cubrirá algún tipo de costas en que éste hubiera incurrido, por lo que su obligación está limitada a cubrir el pago de capital.
5. La afianzadora llevará a cabo el pago correspondiente a favor de El Beneficiario a los treinta días luego de haberse emitido el acuerdo de gerencia que apruebe la liquidación respectiva.
6. El pago de la prima anual correspondiente lo deberá verificar El Beneficiario, de manera anticipada el _____ de cada año.



7. En lo que no se haga referencia en ésta póliza al instrumento público en virtud del cual se instituyó el crédito hipotecario, prevalecerá lo dispuesto en éste documento.

8. El Beneficiario se adhieren al convenio vigente a la fecha de emisión de ésta póliza, que realizo la afianzadora con el agente financiero.

La presente fianza se ha emitido de conformidad con lo que regula La Ley y el Reglamento de la Ley de la Vivienda y Asentamientos Humanos. La vigencia de la fianza será por un año prorrogable, mediante el pago puntual de la prima que principiará, desde la fecha de éste documento y vencerá el _____ de _____ de _____.

FIRMA AUTORIZADA





ANEXO B

CÉDULA HIPOTECARIA UNICA

Serie No _____

CÉDULA No ____

Valor: _____

Interés: _____%

Plazo: _____ meses

(_____). En su carácter de apoderado del emisor, pagará al portador de la presente Cédula Hipotecaria garantizada por NOMBRE DE EMPRESA AFIANZADORA al tenor de lo dispuesto por la "Ley de Vivienda y Asentamientos Humanos" decreto ley 120-96 del Congreso de la República, su reglamento y su modificación decreto 74-97 del Congreso de la República, la suma de _____(Q. _____) con el interés inicial del TASA _____ por ciento (_____) anual; en el plazo convenido de PLAZO _____ (____) meses, mediante el pago de _____ (____) cuotas consecutivas de acuerdo con la tabla de amortización correspondiente, que comprende la amortización de capital e intereses, debiendo efectuarse el primer pago el _____ y las siguientes amortizaciones los días ____ de cada mes hasta la fecha de vencimiento que será el _____, en el domicilio de _____, situado en la _____ en la ciudad de Guatemala, o que en el futuro establezca y comunique _____.

La presente Cédula Hipotecaria está garantizada con primera, única y especial hipoteca sobre el inmueble situado en: _____, Guatemala; cuyo valor es de _____ (Q. _____), el cual está inscrito en el Registro General de la Propiedad, como la finca urbana número __, folio __, del libro ____ de Guatemala, incluyendo sus anexidades, y se registrá por las cláusulas y condiciones establecidas en la Escritura Pública número ____ de fecha __ de __ de __ suscrita bajo los oficios del Notario _____.



NOMBRE DE LA EMPRESA. Queda facultada para poner en circulación esta Cédula Hipotecaria garantizada por NOMBRE EMPREA AFIANZADORA. sin mayor trámite y en representación del tenedor de la cédula podrá dar por vencido el plazo de la obligación y cobrar judicialmente el saldo adeudado por capital, intereses, costas y demás expensas, si el emisor incurriere en mora en el pago de una o más de las amortizaciones señaladas o incumpliere cualquier otra de las obligaciones que están pactadas en la escritura, debiéndose tramitar la ejecución por el procedimiento contenido en la cláusula séptima de la Escritura Pública número ____ de fecha _____ suscrita bajo los oficios del Notario _____, que dio origen a la cédula presente, bastará para iniciar el procedimiento, la simple manifestación del ejecutante de haberse incumplido la obligación, siendo suficiente para fijar el saldo adeudado en este y cualquier caso la constancia escrita y contable que presente NOMBRE DE LA EMPRESA.

La hipoteca relacionada se constituye para los efectos de su afianzamiento, al amparo de la promesa de fianza número _____ emitida con fecha _____ por _____.

_____ en su carácter a Apoderado del Emisor, Certifica que la hipoteca que garantiza la emisión ha quedado constituida en primer término, así como que los datos aquí consignados constan en la citada escritura.

Guatemala, _____

Emisor

Apoderado especial del Emisor
Propiedad

Registrador De la



BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Carlos Waldemar. Tesis de grado. **El contrato de fianza**. Ed. José de Pineda Ibarra. Guatemala, 1974.
- AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**. Tomo II. Editorial Vile. 1977.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1979.
- CASTÁN TOBEÑAS. **Derecho civil español, común y foral, derecho de obligaciones**. 4t.; 1969.
- CONTRERAS ORTIZ, Rubén Alberto. **Obligaciones y negocios jurídicos civiles**. 1ª. ed.; Instituto de investigación jurídica de la universidad rafael landivar. Guatemala, 2004
- DE PINA, Rafael. **Diccionario de derecho**. Ed. Porrúa. 1ª. ed.; México. 1995.
- DE RUGGIERO, Roberto. **Instituciones de derecho civil**. Traducido al español por Ramón Serrano y Suñer y José Santa-Cruz Tejeiro. Colombia, 1996.
- GARRONE, José Alberto. **Diccionario jurídico abeledo-perrot**. Buenos Aires, 3t.; Argentina, 1987.
- HELLER, Wolfgang. **Diccionario de economía política**. 3ª. ed.; Ed. Labor. Madrid, España, 1969
- Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas
http://www.fha.gob.gt/main.php?id_area=88 (29 de mayo de 2009)
- NAJERA FARFAN, Mario Efraín. **Derecho procesal civil**. Ed. Eros, Guatemala, 1996.
- OLIVERA DE LUNA, Omar. **Contratos mercantiles**. Ed. Porrúa. 1ª. Ed.; México, 1982,
- OSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, Ed. Heliasta. Buenos Aires, Argentina, 1981.
- PLIANOL Y RIPERT, **Tratado Practico de derecho civil francés**. Ed. Callejo. La Habana Cuba, 1972.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 2ª. Ed.; Ed. Arandi. 3t.; Pamplona, España, 1972.



PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 2ª. Ed.; Ed. Arandi. 4t.; Pamplona, España, 1972.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**. 22ª. Ed. España, 2001.

Revista Mexicana de Fianzas. 8t. Ed. Villa Olímpica. México, D.F., 1972.

ROBES VELASCO, Mariano, **La segunda hipoteca en el derecho romano**. 1ª. ed. Argentina, 1990.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil**. 2t.; Ed. Porrúa. México D.F., 1964.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil**. 12ª. ed.; Ed. Porrúa. México, 1984.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. **Derecho mercantil, nociones generales, sujetos de derecho mercantil**. Ed. Universitaria, Guatemala, 1966.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea nacional Constituyente de la República de Guatemala, 1986.

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

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

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

Ley del Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas. Decreto número 1448 del Congreso de la República de Guatemala, 1961.

Ley de Vivienda y Asentamientos Humanos. Decreto número 120-96. 1996,

Ley de Inversión de Reservas Técnicas o Matemáticas de las Compañías Seguros. Decreto 854 del Congreso de la República de Guatemala, 1951.



Ley que Crea y Reglamenta las Funciones del Departamento de Control de Compañías de Seguros, Similares y Especiales Decreto 403 del Congreso de la República de Guatemala, 1947.

Reforma a la Ley de Vivienda y Asentamientos Humanos. Decreto número 74-97, del Congreso de la República de Guatemala. 1997.

Reglamento del Registro General de la Propiedad. Acuerdo Gubernativo 30-2005 del Presidente de la Republica de Guatemala, 2005.

Reglamento de Secciones de la Junta Directiva del Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas. Acuerdo Gubernativo 211-2008, 2008.

Reglamento de la Ley del Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas. Acuerdo Gubernativo 232-2008.

Presupuesto de Ingresos del Instituto de Fomento de Hipotecas Aseguradas del periodo comprendido de 1 de enero al 31 de diciembre del 2009. Acuerdo Gubernativo 425-2008, 2008.

Tarifas Autorizadas para cobrar las compañías de fianza. Acuerdo 228 de la Superintendencia de Bancos. 1949.