

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA HIPOTECA BANCARIA Y LOS OBSTÁCULOS AL
EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD**

INGRID CECILIA MENÉNDEZ ZEPEDA

GUATEMALA, JUNIO DE 2010

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA HIPOTECA BANCARIA Y LOS OBSTÁCULOS AL
EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD**

TESIS

Presenta a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

INGRID CECILIA MENÉNDEZ ZEPEDA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

Abogada y Notaria

Guatemala, junio 2010.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS 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. Luis Fernando López Díaz
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. José Luis De León Melgar
VOCAL: Lic. Ernesto Rolando Corzantes Cruz
SECRETARIO: Lic. María del Carmen Mansilla Girón

Segunda Fase:

PRESIDENTE: Lic. Edwin Leonel Bautista Morales
VOCAL: Lic. Jaime Ernesto Hernández Zamora
SECRETARIO: Lic. Ronald David Ortiz Orantes

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 del Examen General Público).

BUFETE JURIDICO
Lic. Mario Ángel Reynoso Cochajil
Abogado y Notario



Guatemala, 31 de julio 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
Presente.



Estimado Licenciado:

En atención a providencia de este Decanato, en la que se me notifica nombramiento como Consejero de Tesis de la Bachiller **INGRID CECILIA MENÉNDEZ ZEPEDA**, y oportunamente proceder a emitir el Dictamen correspondiente; habiendo asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el presente:

DICTAMEN:

- a) EL trabajo de tesis se intitula **ANÁLISIS JURÍDICO DE LA HIPOTECA BANCARIA Y LOS OBSTACULOS AL EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD**.
- b) El tema que investiga la Bachiller **INGRID CECILIA MENÉNDEZ ZEPEDA**, es un tema actual para quien gusta conocer del derecho, en especial sobre el Derecho Civil. Para la realización del tema se ha utilizado bibliografía y leyes existentes en el medio, que sirvieron de base para analizar jurídico-doctrinario de dicho estudio.
- c) Durante el tiempo en que duró la asesoría de la presente investigación, discutimos algunos puntos del trabajo, los cuales razonamos, en especial, el cambio del título de la investigación el cual se denominará: **ANÁLISIS JURÍDICO DE LA HIPOTECA BANCARIA Y LOS OBSTACULOS AL EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD**.
- d) También comprobé que se hizo acopio de una bibliografía bastante actualizada, se realizó con los métodos inductivo y deductivo y la técnica de investigación documental y de encuesta se encuentra acorde al mismo.
- e) El contenido del trabajo de la presente tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva ya que el aporte que la presente tesis hace a la ciencia jurídica especialmente en el derecho civil, es sumamente importante para el conocimiento de las personas que se ven afectadas en sus derechos al hacer uso de la hipoteca bancaria, dándoles un conocimiento mas amplio de las ventajas y desventajas que representa.
- f) Las conclusiones, recomendaciones y anexo están acordes y llenan su cometido, las cuales tienen por objeto ampliar el conocimiento sobre los procedimientos legales que se presenten en el diligenciamiento de los temas que se relacionan con la presente tesis.
- g) En virtud de lo anterior concluyo informando a usted, que procedi a asesorar el trabajo encomendado y me es grato:



OPINAR:

- I) Que habiendo existido un trabajo de investigación razonable en la utilización de la metodología adecuada, de la utilización correcta de la técnica de abstracción bibliográfica a través de fichas que proporcionan abundantes aportes doctrinarios relacionados con el tema que, indudablemente complementan el trabajo, con una aceptación correcta en la redacción, ortografía y anexo, así como la legislación comparada en la utilización de esta institución pionera, que hacen las conclusiones y recomendaciones a las que se arriban, obteniendo así un aporte jurídico valioso, complementado con textos suficientes para el apoyo de la investigación.
- II) Por tanto, previo a haber realizado las correcciones correspondientes en el sentido de que sea admitido el trabajo propuesto como tesis de graduación de la bachiller Ingrid Cecilia Menéndez Zepeda, hago constar que el mismo cumple con todos los requisitos legales, de forma y fondo establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del examen General Público, así como lo referido para el presente lo estipulado en dicho Normativo, considero aprobar el trabajo de tesis y emitir dictamen favorable.

Reitero mis muestras de respeto al señor jefe de la unidad de tesis, con la satisfacción de retribuir en algo a mi alma-mater.

ANG

Lic. Mario Angel Reynoso Cochajil
Abogado y Notario
Colegiado 6563

Lic. Mario Angel Reynoso Cochajil
ABOGADO Y NOTARIO



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, seis de noviembre de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RONALD DAVID ORTIZ ORANTES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante INGRID CECILIA MENÉNDEZ ZEPEDA, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DE LA HIPOTECA BANCARIA Y LOS OBSTÁCULOS AL EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD".

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/ragn

BUFETE JURIDICO PROFESIONAL

Lic. Ronald David Ortiz Orantes y Asociados

Abogado y Notario

Av. Reforma 12-01 zona 10, Edificio Reforma Montufar

Cf. 1-112, Tel. 23316675, 23317265, 23344631



Guatemala, 05 de agosto 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
Presente.

Distinguido Licenciado:



Respetuosamente me dirijo a Usted, con el objeto de manifestarle que, en cumplimiento de la resolución emitida por esa unidad de tesis, en donde se me nombra como Revisor de tesis de la Bachiller **INGRID CECILIA MENÉNDEZ ZEPEDA**, intitulada " **ANÁLISIS JURÍDICO DE LA HIPOTECA BANCARIA Y LOS OBSTÁCULOS AL EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD**". Para el efecto hago constar, que el sustentante tomó en cuenta las sugerencias realizadas a su trabajo de investigación asimismo realizó las investigaciones y correcciones que en el desarrollo de la revisión se formularon. Obteniendo con ello, una investigación de suma importancia para la sociedad guatemalteca.

El contenido científico del trabajo que investiga es de carácter jurídico, en el cual se desarrolla lo concerniente al estudio del Derecho Civil, y aún más específico en el derecho de propiedad, aportando información de carácter legal a la sociedad guatemalteca, información que ha sido debidamente recopilada a través de medios y sistemas técnicos requeridos de conformidad con la normativa respectiva.



BUFETE JURIDICO PROFESIONAL

Lic. Ronald David Ortiz Orantes y Asociados

Abogado y Notario

Av. Reforma 12-01 zona 10, Edificio Reforma Montufar

Of. 1-112, Tel. 23316675, 23317265, 23344631

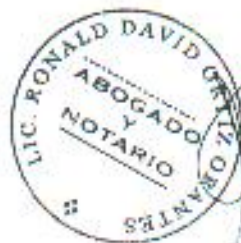
El trabajo desarrollado llena los requisitos técnicos que requiere una investigación de tal magnitud; se realizó con los métodos inductivo y deductivo, y la técnica de investigación documental está acorde al mismo, revise la redacción del trabajo, las conclusiones, a las cuales se arribaron en el presente trabajo, son acertadas y acordes en la investigación y las recomendaciones realizadas son idóneas para la solución del problema planteado así como el anexo llena su cometido, así como la bibliografía utilizada. Por la importancia del trabajo y su contribución al estudio del derecho Civil.

Asimismo procedí a hacerle algunas modificaciones de forma y fondo con el único objeto de mejorar el contenido de la investigación, por tal motivo considero que el trabajo correspondiente llena los requisitos del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, estimando que el mismo puede ser aprobado, para los efectos consiguientes, emitiendo el presente **DICTAMEN FAVORABLE**.

Con las muestras de mi respeto, soy de usted su deferente servidor.

Atentamente,

Lic. Ronald David Ortiz Orantes
Abogado y Notario
Colegiado 4.995





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, dieciséis de marzo del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante INGRID CECILIA MÉNENDEZ ZEPEDA, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DE LA HIPOTECA BANCARIA Y LOS OBSTÁCULOS AL EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DE PROPIEDAD. 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:** Divino creador que me dió la vida y la sabiduría para alcanzar este éxito tan anhelado.
- A MI PADRE :** Santos Menéndez Cortez, Q.E.P.D, quien seguramente estaría orgulloso de mi logro (como te extraño).
- A MI MADRE:** Gregoria Zepeda Portillo, mujer virtuosa a quien agradezco su esfuerzo y coraje para luchar por la vida, la responsable de mi formación espiritual y moral, y por ser el mejor ejemplo a seguir. (LA AMO).
- A MI HIJO:** Pablo Daniel, a quien resté tiempo de mi compañía por alcanzar este triunfo y quien representa la ilusión y motivación de mi diario vivir, la mejor herencia que Dios pudo darme TE AMO.
- A MIS HERMANOS:** Veraliz, Magda y Nidia por su apoyo incondicional y sus oraciones, en especial a mi hermano Manuel gracias por creer en mis sueños y tus consejos.
- A MIS SOBRINOS:** Jairo, Jorge, Randall, Rudy, Diego y Yohao, con cariño.
- A MIS SOBRINAS:** Vicky, Yeimi y especialmente a mi princesa Dulce Alejandra quien seguramente superará mi meta hoy alcanzada.
- A MIS CUÑADOS:** Francisco, Hedí y Yesi, gracias por sus oraciones y apoyo.

**A MIS COMPAÑEROS
DE TRABAJO:**

Que mi meta los motive a alcanzar sus
sueños

**A MIS PADRINOS
DE GRADUACIÓN:**

Licda. Casta Lilia Castañeda Flores
Licda. Rossanna Maribel Mena Guzmán
Licda. Angélica Noemí Téllez Hernández,
que sus metas alcanzadas me inspire a
imitarlas.

A:

Mi querida Universidad de San Carlos de
Guatemala, especialmente a la Facultad
de Ciencias Jurídicas y Sociales en
agradecimiento por la formación
académica que recibí.

ÍNDICE

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

CAPÍTULO I

1. Sistemas hipotecarios.....	1
1.1 Sistema romano	1
1.2 Sistema germánico	2
1.3 Sistema frances	3
1.4 Sistema argentino	4
1.5 Sistema español.....	5
1.6 Sistema que sigue la legislación guatemalteca	8
1.6.1 Plan o división del derecho civil.....	9
1.6.2 Plan seguido por el derecho civil guatemalteco.....	10
1.6.3 Contenido del derecho civil guatemalteco.....	11

CAPÍTULO II

2. Hipoteca como derecho real de garantía.....	17
2.1 Naturaleza de la hipoteca.....	19
2.2 Características.....	19
2.3 Objeto de la hipoteca.....	21
2.4 Extensión de la hipoteca	21
2.5 Clasificación de la hipoteca.....	23
2.6 Otros aspectos a considerar de la hipoteca.....	24
2.7 Anticresis.....	36
2.7.1 Características.....	36
2.7.2 Bienes que pueden darse en anticresis.....	37
2.8 Causa de extinción de la hipoteca.....	38
2.9 Cancelación de la hipoteca.....	38

CAPÍTULO III

3. La hipoteca bancaria y su funcionamiento en el medio guatemalteco	39
3.1 Aspectos considerativos.....	39
3.1.1 Operaciones de intermediación en el crédito.....	40
3.1.2 Clasificación del crédito bancario.....	42
3.1.3 Garantía.....	44
3.1.4 Tipos de garantías bancarias.....	46
3.2 Definición de hipoteca privilegiada o bancaria.....	48
3.3 Análisis del ámbito normativo del derecho real de hipoteca.....	50
3.3.1 Características principales del derecho de propiedad.....	51
3.3.2 Clasificación del derecho de propiedad.....	53
3.4 La Constitución Política de la República de Guatemala.....	55
3.5 Código civil.....	56
3.6 Diferencias de la hipoteca bancaria y el contrato de mutuo.....	57

CAPÍTULO IV

4. Ventajas y desventajas para la sociedad guatemalteca de la hipoteca bancaria y la necesidad de su regulación en la legislación guatemalteca.....	63
4.1 Procedimiento ejecutivo con garantía hipotecaria.....	63
4.1.1 Procedimiento ejecutivo en la vía de apremio.....	63
4.2 Efectos que produce la finca rematada	81
4.3 Procedimiento ejecutivo bancario desde el punto de vista de la hipoteca	82
4.4 Funcionamiento de la hipoteca inmobiliaria en otras legislaciones	85
4.5 Análisis de las ventajas y desventajas para la sociedad de la hipoteca bancaria en relación al ejercicio del derecho de propiedad	87
4.6 Necesidad de que se regule en el Código Civil guatemalteco	91

CONCLUSIONES	97
RECOMENDACIONES	99
ANEXO	101
BIBLIOGRAFIA	111

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación se elabora no sólo con el objetivo de dar cumplimiento a uno de los requisitos que se exigen en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, sino también, por el interés que evidenció en quien escribe respecto a la violación de derechos individuales y sociales de los guatemaltecos, cuando estos ejercitan el derecho real de garantía como lo es la hipoteca bancaria, siendo que la misma a través de la investigación se pudo determinar que es lesiva a los intereses de los particulares, y por lo tanto, lógicamente beneficiosa para los empresarios bancarios.

La necesidad de la presente investigación es establecer la posible violación a derechos individuales y sociales de los guatemaltecos, en el ejercicio del derecho real de garantía como lo es la hipoteca y en el objeto específico de estudio la hipoteca bancaria.

Es importante precisar si efectivamente la llamada hipoteca bancaria representa una ayuda económica o si por el contrario es una lesividad para los intereses de los particulares.

La hipoteca bancaria constituye una limitación al derecho de propiedad, por la posible violación a derechos individuales y sociales de los guatemaltecos.

Es por ello, que para una mayor comprensión del desarrollo de la presente investigación, el trabajo se dividió en capítulos. En el primer capítulo se establece un análisis doctrinario de los sistemas hipotecarios que existen. En el capítulo segundo, se hace un análisis doctrinario y legal de la hipoteca como derecho real de garantía. En el capítulo tercero, se establece en qué consiste la hipoteca bancaria y cómo funciona en el medio guatemalteco, estableciéndose en el mismo las ventajas y desventajas que la misma representa para los particulares. En el capítulo cuarto, se presenta el análisis de lo que sucede en la realidad, y las razones por las que se considera lesiva a los intereses de los particulares la hipoteca bancaria, siendo necesaria su adecuada regulación. En este capítulo se incluye lo que sucede en el caso del procedimiento ejecutivo en la vía de apremio, y el procedimiento ejecutivo bancario.

Por último, se incluyen las conclusiones y las recomendaciones en el presente trabajo de investigación de tesis.

CAPÍTULO I

1. Sistemas hipotecarios

1.1 Sistema romano

El Derecho romano se muestra ante la comunidad internacional como el sistema de derecho más completo y bastante efectivo, de tal suerte, que del mismo se han generado los sistemas de derecho a nivel latinoamericano. “Es la expresión con la cual se designa al ordenamiento jurídico que rigió a los ciudadanos de Roma y, con posterioridad, de aquellos instalados en distintos sectores de su Imperio, en un espectro histórico cuyo punto de partida se sitúa a la par de la fundación de Roma y que se extiende hasta mediados del siglo sexto después de Cristo.”¹

Se habla de la compilación que realizó de los códigos y cuerpos normativos el emperador Justiniano. Con todo, el redescubrimiento de los textos justinianos en época bajo medieval ha permitido a algunos autores hablar también del Derecho Romano de la Edad Media y hacer una subdivisión por épocas de la historia del Derecho Romano.

¹ DERECHO ROMANO. Derecho de obligaciones. Raúl Palacios García. 54

La expresión del Derecho Romano entonces, como tal hace una distinción propiamente del derecho privado, y también al derecho penal, al público, al administrativo, independientemente del Derecho Civil.

En la actualidad, el derecho romano es objeto de estudio de una disciplina jurídica internacional, la romanística, cuya sede son las facultades de Derecho de todo el mundo. En virtud de este carácter internacional, el derecho romano se cultiva en varios idiomas, principalmente italiano (“lingua franca” de la romanística), seguido por el alemán y el español. “ Hasta la mitad del siglo XX hubo importantes contribuciones en francés, pero en la actualidad esta situación ha variado a la baja; a su turno, el inglés es un idioma de uso minoritario en el cultivo de la disciplina, aunque se acepta como idioma científico en la mayoría de las publicaciones. El español se consolidó como idioma científico en esta disciplina a partir de la segunda mitad del siglo XX, gracias a la altura científica que alcanzó la romanística española, comandada por don Álvaro d'Ors y continuada por sus discípulos.”²

1.2 Sistema germánico

El sistema germánico hace una distinción del Derecho Civil de naturaleza privada, con otros derechos que son de naturaleza pública. En el primer caso, distingue

- Derechos reales provisionales (posesión).
- Derechos reales definitivos.

1.3 Sistema francés

Los Estados modernos, soberanos y absolutos, inician ante todo una labor de consolidación de su derecho y en el caso del derecho francés no es la excepción. Este derecho también ha tenido inspiración para otros códigos especialmente de América del Sur.

En Francia, las antiguas costumbres son recopiladas y reducidas a textos escritos, continuándose posteriormente esa tarea de fijación del derecho nacional (Ordenanza de Colbert y D'Aguessau).

La doctrina francesa especialmente por el Código de Napoleón, y derivado de una serie de instituciones que tuvo, tiene mucha semejanza con el Código de Luisiana que es el único estado de Estados Unidos de América que tiene código, en el sentido que los europeos dan a ese término. Adicionalmente en el Código de Luisiana desarrollaba las ideas del derecho romano expresadas en un lenguaje más moderno. Es importante señalar las *Concordancias* de Saint-Joseph y las de García Goyena.

² Ibid. Pag. 65

1.4 Sistema argentino

Los derechos reales en el derecho argentino.

El breve título IV del libro III del Código Civil se incluyen normas que constituyen una parte general de los derechos reales. Se ha visto que los derechos patrimoniales se distinguen en dos categorías fundamentales: derechos reales y personales u obligacionales.

El derecho real suele caracterizarse como un señorío inmediato sobre una cosa, y se habla también de una directa relación entre el sujeto y la cosa, en contraposición con el derecho personal, consistente en una relación entre dos personas determinadas.

El Artículo. 497 dice que "A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales".

Por elemental que parezca, se trata de un concepto definitorio. El derecho real es aquel que no tiene obligación correspondiente, que sí la tiene el derecho personal. Una obligación es un vínculo jurídico que constriñe necesariamente a solventar algo a alguien y lo subsume en el derecho civil (definición clásica, que viene desde las Institutas).

Este derecho define al derecho real como: "Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor o menor".(Segundo párrafo de la

nota al Artículo 497). Esta nota toma en cuenta a los sujetos de las personas jurídicas respectivas (personales y reales).

1.5 Sistema español

Específicamente se refiere al Derecho Civil dividiéndolo como se encuentra en la actualidad, y definitivamente ha tenido una influencia del Derecho Romano, al establecer el derecho real del derecho personal.

- Sobre cosas corporales (no siempre)

- a- De protección provisoria.

- b- De protección perfecta y definitiva.

- 1- Plenos.

- 2- Limitados: goce, garantía y adquisición.

- Sobre bienes incorporeales

En España son derechos reales: el usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censo, servidumbres.

El problema de numerus clausus: han de llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de los mismos.

- Dominio: acción reivindicatoria.

- La posesión: no inscribible.
- Los derechos de usufructo, uso y habitación: inmediatez.
- Las servidumbres: acción confesoria.
- Censos, aunque regulados en el Libro IV del Código Civil, son derechos reales.
- Derecho de superficie: ley del suelo.
- La prenda y la hipoteca: acción directa.
- La anticresis: controvertida, si es derecho real según la Dirección General del Registro de Propiedad y del notariado español.
- El derecho de retracto: mixta si se anota.
- Derecho de tanteo: la doctrina y la jurisprudencia es favorable.
- La opción: si siempre que no se trate un compromiso personal o promesa de venta.

De conformidad con lo anotado anteriormente, es de suponer que los derechos reales, personas y materiales, corpóreos e incorpóreos, se encuentran regulados dentro del Derecho Civil, y que a pesar de que unas instituciones se han desarrollado de mejor forma que otras, y de tal suerte que sucede lo mismo con los sistemas que han imperado y que han tenido influencia en el derecho actual, se debe considerar lo siguiente:

Según Palacios García el Derecho civil habitualmente comprende:

1. El derecho de las personas, que regula el inicio y fin de la existencia de las personas naturales y jurídicas, la capacidad jurídica y la administración de los bienes de los incapaces, los derechos de la personalidad, los atributos de la personalidad, es decir, los elementos que determinan las condiciones de cada individuo en su relación jurídica con los demás, tales como el estado civil, el domicilio, la nacionalidad, y ciertos derechos calificados de "*personalísimos*", por cuanto no pueden transmitirse o transferirse a otras personas.
2. El derecho de las obligaciones y los contratos, que regula los hechos, actos y negocios jurídicos, y sus consecuencias y efectos vinculantes.
3. El derecho de cosas o de bienes, que regula lo que se conoce como derechos reales y, en general, las relaciones jurídicas de los individuos con los objetos o cosas, tales como la propiedad, los modos de adquirirla, la posesión y la mera tenencia.
4. Normas de responsabilidad civil
5. El derecho de familia que regula las consecuencias jurídicas de la relaciones de familia, provenientes del matrimonio y del parentesco. Sin perjuicio, que parte de la doctrina la considera una rama autónoma del derecho.
6. El derecho de sucesiones o sucesorio, que regula las consecuencias jurídicas que vienen determinadas por el fallecimiento de un individuo en cuanto a las formas de transmisión de sus bienes y derechos a terceros.

7. Por último, también incluye normas genéricas aplicables a todas las ramas del derecho, como la aplicación e interpretación de las normas jurídicas, y normas de Derecho Internacional Privado. Por esta última razón, el Derecho Civil recibe su denominación de "**Derecho común**".

1.6 Sistema que sigue la legislación guatemalteca

El Derecho Civil guatemalteco, ha tenido una gran influencia del Derecho Romano. Por derecho civil se entiende hoy el derecho privado, o al menos una parte, la más importante, del mismo. Pero no siempre se le ha dado a la frase derecho civil este significado.

Del Derecho Romano viene la denominación derecho civil (IUS CIVILE). Generalmente se acepta la acepción fundamental de ius civile con Justiniano que lo caracterizó como el derecho de la ciudad, de los ciudadanos romanos, contraponiéndolo al IUS GENTIUM (el derecho común a todos los pueblos, en relación a Roma). Por lo tanto, el derecho civil, en su acepción indicada, fue en un principio concebido como el derecho de todo un pueblo, comprensivo de lo público, y de lo privado, en acepción estricta que pierde importancia práctica en el año 212 de la era cristiana al promulgar Caracalla el edicto que otorgó la ciudadanía romana a todos los habitantes del imperio.

En la Edad Media, la expresión IUS CIVILE ya no significa el derecho de una ciudad, de un pueblo; significa, nada más y estrictamente, derecho romano, el derecho romano, cuya influencia es notoria en toda esa época, al extremo de ser el derecho común de cada pueblo, hasta que las singularidades nacionales se imponen y propician la creación, aunque sea lentamente, de los derechos propios.

En la Edad Moderna, ya avanzada ésta, el derecho civil deja de comprender lo público y lo privado (las normas de derecho público y las de derecho privado) en sentido unitario, separándose paulatinamente -en gradación histórica no determinada con exactitud, las ramas que en fechas más o menos recientes constituyeron el derecho público, hasta quedar el derecho civil como derecho esencialmente privado, en especial al iniciarse la corriente doctrinaria que sirvió de base al movimiento codificador, exponente, en cierta forma, de la total declinación de la influencia del derecho romano (por lo menos en sus textos originales) ante el avance arrollador de los derechos nacionales, de cada nación.

1.6.1 Plan o división del derecho civil

Según Planiol históricamente, dos criterios se han definido con claridad en la formulación del plan del derecho civil:

1. Plan romano-francés (predomina todavía en países que mantienen el concepto tradicional de la legislación civil)

2. Plan Alemán

1.6.2 Plan seguido por el derecho civil guatemalteco

El derecho civil de Guatemala se ha inspirado fundamentalmente en las ideas del plan romano – francés, dicho mejor, en este plan, con determinadas variantes, los códigos civiles promulgados hasta la fecha (el primero en 1877 y los subsiguientes en 1926 – libro I-, 1933 y 1963), distribuyen su contenido en disposiciones relativas a las personas y a la familia, a las cosas o bienes y modo de adquirirlos, y a las obligaciones y contratos.

Entonces la codificación (códigos que han antecedido al actual), queda así:

1. 1877

2. 1933

3. 1963

La palabra CODIFICACIÓN, encierra dos conceptos según la real academia española:

1. Reunión de todas las leyes de un país (concepto amplio).

2. Reunión de las disposiciones legales relativas a una determinada rama jurídica, obedeciendo a un mismo criterio expresado en determinada época. (concepto estricto).

1.6.3 Contenido del derecho civil guatemalteco

Esencialmente el actual código civil guatemalteco contiene y se estructura de la forma siguiente:

Libro I De las personas y de la familia

Libro II De los bienes, de la propiedad y demás derechos reales

Libro III De la sucesión hereditaria

Libro IV Del registro de la propiedad

Libro V Del derecho de obligaciones (de las obligaciones en general y de los contratos en particular)

Respecto a los derechos reales propiamente dichos, se regulan en los Artículos 577 y 579 del Código Civil.

El Artículo 577 define al derecho real como aquél que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona.

Se concibe como una relación persona-cosa, inmediata, absoluta; un derecho en la cosa (*ius in re*). Puede entenderse como un “poder” que tiene un sujeto sobre una cosa. Cuando este poder es completo, total, se está en presencia del derecho real

máximo, el dominio; pero puede ser parcial, incompleto, como ocurre en los demás derechos reales (por ejemplo, en el usufructo, la hipoteca o la prenda).

El titular del derecho real puede ser una persona o varias, y en este último caso estaremos ante una comunidad (que se llamará copropiedad, si recae tal comunidad en el dominio).

La cosa sobre la que recae el derecho real, ha de ser siempre, en todo caso, determinada.

Pero esta concepción del derecho real como una relación persona-cosa ha sido sumamente discutida. Se observa la impropiedad de concebir una relación entre una persona y una cosa, en circunstancias que en el Derecho las relaciones jurídicas se establecen entre sujetos, sin perjuicio de que el objeto de esa relación pueda recaer sobre una cosa. Se hace referencia entonces a la llamada obligación pasivamente universal. Se entiende que entre el derecho real y el derecho personal no existe una diferencia sustancial. En último término, el derecho real también importa una relación entre sujetos, pero mientras en el derecho personal dicha relación se da entre el acreedor y el deudor, recayendo sobre la prestación, en el derecho real esa relación tiene lugar entre el titular y el resto de las personas, la comunidad toda, recayendo, desde luego, sobre la cosa de que se trata. De este modo, el titular tiene el derecho de

que se respete por todos el ejercicio de sus facultades sobre la cosa, y todos los demás, la obligación de ese respeto, absteniéndose de perturbarlo.

Sin perjuicio de los alcances expuestos en el párrafo anterior, la doctrina señala que en todo derecho real hay necesariamente dos elementos:

- El sujeto activo o titular del derecho: quien tiene el poder de aprovecharse de la cosa, en forma total o parcial. El propietario tiene un poder jurídico de aprovechamiento total, porque puede no sólo usar y gozar de la cosa, sino también destruirla o consumirla material o jurídicamente (enajenarla). Los titulares de los demás derechos reales tienen únicamente un poder jurídico de aprovechamiento parcial, que puede ser mayor o menor según el derecho real de que se trata.

- La cosa objeto del derecho debe ser siempre determinada individual o específicamente, porque como decía Planiol, “el derecho real tiene siempre por objeto garantizar el hecho de la posesión, que es necesariamente concreto y que sólo puede existir tratándose de una cosa determinada.”³

³ Planiol Ripert, DERECHO CIVIL VOLUMEN 4 PARTE B Pág. 890

Ahora bien, existe una clasificación de los derechos reales, y por la doctrina los agrupa en derechos reales de goce y de garantía.

Los derechos reales de goce permiten la utilización directa de la cosa (su uso, percepción de frutos). El primero de ellos, el más completo, es el de dominio; junto a él, están otros derechos reales de goce, con facultades limitadas: usufructo, uso o habitación, censo y servidumbre activa.

Los derechos reales de garantía permiten utilizar las cosas indirectamente, por su valor de cambio; contienen la facultad de lograr, con el auxilio de la justicia, su enajenación, para obtener con el producto una prestación incumplida: hipoteca y prenda.

Los derechos reales, por su contenido absoluto y directo sobre las cosas, están establecidos por la ley. Generalmente, los códigos civiles efectúan una enumeración de los que deben considerarse como derechos reales, como acontece con el nuestro, en el Artículo 577. Nada impide, sin embargo, que otros preceptos legales establezcan otros derechos reales, como ocurre en el Artículo 579, referido al derecho de censo, que tiene el carácter de derecho real cuando se persiga la finca acensuada. Parte de la doctrina alude, además, a los denominados “derechos reales administrativos”, como el derecho de aprovechamiento de aguas, el derecho del concesionario, etc.

Se ha planteado en el derecho comparado el problema de si sólo son derechos reales los que la ley establece como tales o si es posible que los particulares puedan crear en sus convenciones otros derechos reales. Nuestra doctrina no acepta la posibilidad de que los particulares puedan crear derechos reales. La razón más frecuentemente mencionada, siguiendo a Planiol, alude al carácter de orden público que tienen las normas sobre organización de la propiedad, entre las que se encuentran las relativas a los derechos reales, lo que resta aplicación a la voluntad de los particulares. Naturalmente que es esta voluntad la que origina los derechos reales en concreto, pero ello supone que la figura jurídica esté diseñado por la ley. Lo que se excluye es que los particulares puedan elaborar, en sus pactos, un derecho real no contemplado en abstracto por los textos legales.

CAPÍTULO II

2. Hipoteca como derecho real de garantía

Alessandri la define “La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles, que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”.⁴ Esta definición no es muy buena ya que no apunta a lo fundamental, sino que la compara con la prenda y olvida, por ejemplo, que la hipoteca es un derecho real y el hecho que puede tener carácter contractual y legal (hipoteca legal), etc., por lo tanto no es una definición satisfactoria.

“La hipoteca es un derecho real que se confiere a un acreedor sobre un inmueble de cuya posesión no es privado su dueño, para asegurar el cumplimiento de una obligación principal y en virtud del cual el acreedor al vencimiento de dicha obligación puede pedir que la finca gravada, en cualquier mano que se encuentre, se venda en pública subasta y se le pague con preferencia a todo otro acreedor.”⁵

Esta definición caracteriza a la hipoteca como un derecho y prescinde de su carácter contractual pues hay casos en que puede existir como derecho sin que haya contrato.

⁴ Fernando Alessandri. LA HIPOTECA. Pág. 256

⁵ Ibid. Pág. 256

Se entiende constituida hipoteca sobre él bien para garantizar los alcances que resulten en su contra.

Por el derecho real de hipoteca se grava un inmueble determinado, que continúa en poder del constituyente, en garantía de un crédito cierto en dinero. Cuando un tercero lo hiciere en seguridad de una deuda ajena, no por ello se obligará personalmente, como deudor directo o subsidiario.

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

López Leal, señala que hipoteca se conceptualiza como “un derecho real de vinculación y realización de un valor en función de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria de carácter accesorio e indivisible, de constitución registral, que recae directamente sobre bienes inmuebles ajenos, enajenables y que pertenecen al propietario”⁶.

⁶ Hugo René López Leal. LA NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 835 DEL CODIGO CIVIL PARA QUE EN FORMA EXPRESA REGULE LA CREACIÓN DE LA HIPOTECA SOBRE LOS

2.1 Naturaleza de la hipoteca

La hipoteca como tal, se constituye en un derecho real de garantía, de conformidad con el Código Civil guatemalteco.

2.2 Características

1. Es un derecho real de los enumerados en relación al Artículo 822 del Código Civil y es un derecho real que normalmente será inmueble conforme al Artículo 838 del citado cuerpo legal.
2. Es un derecho accesorio o caución por cuanto necesita de un contrato principal. En términos generales, podemos sostener que la hipoteca puede garantizar obligaciones civiles o naturales puras y simples o sujetas a modalidad, determinadas o indeterminadas, presentes o futuras
3. Constituye un principio de enajenación (o bien una enajenación condicional). Por ello, para hipotecar se requiere capacidad para enajenar y no pueden darse en hipoteca bienes embargados, porque su enajenación acarrea nulidad absoluta por objeto ilícito.

4. Es una limitación del dominio, por cuanto el titular no puede ejercer éste en forma plena.

5. La hipoteca es indivisible, y la indivisibilidad de la hipoteca tiene relación con 2 aspectos: a) En relación al inmueble b) En relación al crédito

Así también existen otros caracteres, como los siguientes:

- a) Es un derecho real porque está establecido en la ley.

- b) Es accesorio, porque es un derecho real constituido en seguridad de un crédito cierto en dinero.

- c) Es solemne, porque la hipoteca solo puede ser constituida por escritura pública.

- d) Es indivisible, porque la hipoteca es activa y pasivamente indivisible. Cada una de las cosas afectadas a una deuda y cada parte de ellas, garantizan el pago de toda la deuda y de cada parte de la misma. Pero si al ejecutarse el crédito o al dividirse el inmueble gravado, fuere éste susceptible de un útil fraccionamiento, la venta o la partición se hará en esta forma.

- e) Es convencional: este derecho real accesorio es fruto de un acuerdo de partes, debiendo en todos los casos y bajo pena de afectar la validez del acto, constar la aceptación por parte del acreedor en la escritura pública.

- f) Se caracteriza por la especialidad, porque se entiende el principio que exige que la hipoteca se constituya sobre inmuebles determinados y por una suma cierta en dinero también determinado.

2.3 Objeto de la hipoteca:

El objeto de la hipoteca generalmente son los bienes:

- Inmuebles.

- Buques

- Aeronaves.

2.4 Extensión de la hipoteca

De conformidad con el Artículo 830 del Código Civil, la hipoteca se extiende:

1. A las accesiones naturales y mejoras

2. A los nuevos edificios que el propietario construya y a los nuevos pisos que levante

sobre los edificios hipotecados

3. A los derechos del deudor en los excesos de la superficie del inmueble;
4. A las indemnizaciones que se refieran a los bienes hipotecados, concedidas o debidas al propietario por seguros, expropiación forzosa o daños y perjuicios
5. A las servidumbres y demás derechos reales a favor del inmueble.

En virtud de lo anterior, puedo señalar respecto a la hipoteca lo siguiente:

- A) Que en la constitución de hipoteca se debe tomar en cuenta la existencia de dos elementos que siempre están presentes que son la existencia de una obligación que establece y desarrolla como independiente de la hipoteca y la constitución de la hipoteca como un deseo de garantizar la obligación.
- B) De conformidad con la legislación, el derecho real de garantía de hipoteca puede ser simultáneamente un derecho real de disposición en relación con el acreedor hipotecario, pero si del deudor hipotecario, aunque en la realidad sucede al contrario.
- C) El derecho real de garantía hipotecaria, se encuentra fundamentado en la legislación nacional, especialmente en la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código Civil, y la Ley de Bancos y Grupos Financieros.

D) Existen limitaciones que afectan derechos de los deudores hipotecarios, conforme lo regula el Artículo 836 del Código Civil cuando establece que para poder enajenar o hipotecar un bien que soporta el gravamen de hipoteca bancaria, se debe obtener autorización previa del banco.

2.5 Clasificación de la hipoteca

Existen una serie de clasificaciones por parte de la doctrina, si embargo, a juicio de quien escribe, es importante que de ellas, se extrae la que más se ajusta a la legislación guatemalteca, según Aguilar Gorrondona, se divide en:

A) Convencional, legal o judicial.

La hipoteca como tal es siempre convencional, en cuanto a que la forma de constituir la es a través de un contrato. Sin embargo, la obligación de constituir hipoteca puede emanar de la convención, de la ley o de una resolución judicial.

B) Celebrada por el deudor o por un tercero

Una persona puede asegurar, a través de la hipoteca, una obligación propia; o un tercero puede hipotecar, para seguridad de una obligación ajena, un bien propio. Lo

normal cuando se hipoteca un inmueble para seguridad de una obligación ajena, será que no se afecte todo el patrimonio, sino que sólo el bien raíz que se hipoteca. Es decir, el acreedor no tiene la acción que emana del derecho de prenda general sobre el patrimonio del tercero, sino sólo tiene la acción real que emana de la hipoteca.

2.6 Otros aspectos a considerar de la hipoteca

a) Constitución de las Hipotecas:

Las condiciones de forma:

- Escritura pública.
- Aceptación por el acreedor.
- Registro de la hipoteca.
- La hipoteca solo puede ser constituida por escritura pública.
- La constitución de la hipoteca debe ser aceptada por el acreedor.
- El registro de la hipoteca en los Registros Públicos, es un acto necesario, ya que de no hacerse quedaría como un acto oculto entre propietario y constituyente.
- Sujeto de la hipoteca créditos susceptibles de garantía hipotecaria.

Puede constituirse hipoteca en garantía de un crédito condicional o indeterminado en su valor, o de una obligación eventual, o de hacer o no hacer, o que tenga por objeto prestaciones en especie, siempre que se declare un valor estimativo en el acto de constitución, el cual podrá ser reducido por el deudor, si procediere.

La falta de determinación del crédito eventual garantizado no obstará a la validez de la hipoteca, toda vez que se precise su monto máximo.

b) Bienes que no pueden hipotecarse

Bienes no hipotecables

No pueden hipotecarse los derechos de usufructo, de uso y habitación, las servidumbres y los derechos hipotecarios. Tampoco las cosas inmovilizadas por accesión, separadamente del inmueble al cual acceden; ni partes materiales de un inmueble, si no constituyen fracciones determinadas de una extensión mayor, susceptibles por sí mismas de constituir dominio independiente. El Artículo 834 del Código Civil establece: “Los frutos no quedan incluidos en la hipoteca. Los bienes de una finca sobre los cuales puede constituirse prenda agraria no quedarán incluidos en la hipoteca salvo que estuvieren libres de gravamen al ejecutarse el cumplimiento de la obligación”.

El Artículo 838 del mismo cuerpo legal, establece que bienes no pueden hipotecarse, y estos son:

- a) El inmueble destinado a patrimonio de familia
- b) Los bienes adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el causante haya puesto dicha condición, pero esta no podrá exceder del término de cinco años.
- c) En el caso de los menores de edad el término anterior se cuenta desde que cumplan la mayoría de edad.

El saldo insoluto:

Es una cuenta pendiente de pago que corre a cargo del deudor y que da al acreedor el derecho subsidiario de exigir su pago y su existencia deviene de un contrato o acuerdo entre las partes o de la previsión de la ley.

Al respecto el Artículo 823 del Código Civil indica: “No hay saldo insoluto. La hipoteca afecta únicamente los bienes sobre que se impone, sin que el deudor quede obligado personalmente ni aun por pacto expreso”.

6. Derechos del acreedor y deudor hipotecario

Se señalan los siguientes:

1. La constitución de la hipoteca da derecho al acreedor para promover la venta judicial del bien gravado cuando la obligación sea exigible y no se cumpla. Es nulo el pacto de adjudicación en pago que se estipule al constituirse la hipoteca.
2. El deudor tiene derecho irrenunciable a pedir al acreedor la reducción de la garantía mediante la liberación del gravamen hipotecario que pesa sobre alguna o varias fincas, cuando hubiere pagado más del cincuenta por ciento de la deuda y siempre que el valor de los inmuebles que continúen gravados, guarden una justa relación con el saldo deudor. Si la determinación de las fincas que deben quedar excluidas de la hipoteca no pudiere hacerse de común acuerdo, se hará judicialmente por medio de juicio oral.
3. El hecho de hipotecarse un bien sobre el cual tuviere un derecho eventual limitado o sujeto a condiciones suspensivas, rescisorias o resolutorias, que consten en el Registro de la Propiedad, lo hace, con condiciones o limitaciones a que está sujeto ese derecho aunque así no se exprese.

4. En el caso de la indemnización. Los acreedores hipotecarios harán valer sus derechos sobre el precio que se pague si fuere por expropiación por utilidad pública.
5. 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.
6. El derecho de tanteo, en cuanto a que después de los comuneros, los acreedores hipotecarios por su orden, tendrán derecho preferente durante el remate, a que la finca se les adjudique por la mejor postura que se hiciere.

F) La sub hipoteca

El Artículo 852 del código Civil indica: "Que el crédito garantizado con hipoteca puede sub hipotecarse en todo o en parte, llenándose las formalidades aplicables establecidas para la constitución de la hipoteca".

G) La prescripción de la hipoteca

De conformidad con la ley, la obligación garantizada con hipoteca prescribirá a los diez años contados desde el vencimiento de la obligación o de la fecha en que se tuviere como vencido en virtud de lo estipulado.

H) Otras circunstancias importantes referente a la hipoteca

Respecto del dueño de la propiedad hipotecada.

La hipoteca constituye una limitación en el dominio y como tal no pueden ejercerse sus facultades de dueño de modo absoluto. Sin embargo la facultad que puede ejercer el dueño en la propiedad hipotecada son bastantes amplias:

a. Antes de ejercerse la acción hipotecaria

Estando la deuda garantizada con hipoteca, y antes que se dirija acción contra la finca hipotecada, el dueño goza de la facultad de usar, gozar y disponer de ella. Incluso, el Artículo 836 del Código Civil establece la nulidad de todo pacto destinado a limitar la facultad de disposición del dueño de un bien raíz hipotecado.

Esto se justifica ya que en nada perjudica al acreedor que el deudor enajene el bien, pues la hipoteca subsiste y tiene derecho de persecución. También puede constituir

otras hipotecas sobre el mismo inmueble, que en nada perjudica al primer acreedor, pues tiene preferencia por el orden de las fechas.

El problema se plantea con el resto de los derechos reales: ¿puede constituir un usufructo o un derecho de habitación o una servidumbre?. La respuesta sería afirmativa si pensamos en el principio de quien puede lo más puede lo menos. Sin embargo, esto no es tan así. En efecto, la ley permite enajenar o hipotecar el inmueble hipotecado pues ello en nada perjudica al acreedor.

No sucede lo mismo si el deudor constituye un usufructo sobre el inmueble, pues ello disminuye el valor de la garantía, causándole al acreedor un perjuicio evidente. También puede administrar libremente la propiedad hipotecada. Antes del ejercicio de la acción hipotecaria, la única situación especial en torno a la facultad de disposición material (y no jurídica), del dueño dice relación con que no puede deteriorar la finca hipotecada, aún por caso fortuito.

Si la finca se deteriora en término de no ser suficiente para la seguridad de la deuda el acreedor tendrá derecho: que se le mejore la garantía hipotecaria; que se le de otra seguridad equivalente; en defecto de las anteriores, que se le pague de inmediato la deuda (caducidad del plazo)

b. Después de ejercida la acción hipotecaria.

Desde que el acreedor hipotecario ejerce la acción hipotecaria y embarga el bien, cesa la facultad de disposición completamente. Como la hipoteca se extiende a los inmuebles por destinación y adherencia, tampoco puede enajenarlos o disponer de ellos de modo alguno.

B. Efectos de la hipoteca en relación al acreedor.

a) Extensión de la hipoteca

1. A los inmuebles por destinación: los que existan al tiempo de constituirse la hipoteca y los que pasen a tener dicho carácter con posterioridad, siempre que sean del dueño del inmueble hipotecado. (En todo caso, el dueño puede enajenarlos y de esa forma desafectarlos de la hipoteca)

2. A los inmuebles por adherencia: si el dueño del suelo enajena separadamente los inmuebles por adherencia, éstos pasan a ser muebles por anticipación y dejan de estar afectos a la hipoteca. Si el deudor vende la producción de una viña perteneciente a la finca hipotecada y se embarga la finca por el acreedor hipotecario después de la venta pero antes de que se separen materialmente los frutos, el acreedor tiene derecho a la producción vendida ya que la tradición de los frutos no se verifica mientras no se separen los frutos pendientes del inmueble.

3. A los aumentos y mejoras que sufra el bien hipotecado. (ya sea por la naturaleza o por la mano del hombre). Por ejemplo, si se hipoteca la nuda propiedad y luego se consolida con el usufructo. Si las mejoras son introducidas por un tercero, que tiene derecho a retirarlas sin detrimento del inmueble, la hipoteca no se extiende a esas mejoras.

4. Al precio de la expropiación del inmueble hipotecado.

5. A la indemnización debida por los aseguradores del inmueble hipotecado. Se produce aquí una subrogación real en la cual el monto del seguro pasa a reemplazar el bien hipotecado. Para ello, el acreedor hipotecario debe notificar judicialmente al asegurador de la existencia de la hipoteca para que se abstenga de realizar el pago de la indemnización al deudor; ya que no hay aquí una acción oblicua. En la práctica esto se soluciona exigiendo al deudor que ceda la póliza de seguro al acreedor (es el beneficiario de la póliza). La cosa que es materia del seguro es subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituidas sobre aquella.

6. A las pensiones devengadas por el arrendamiento del bien hipotecado. Este derecho lo tendrá cuando ejercite la acción hipotecaria mediante el embargo del inmueble hipotecado.

b) Derechos del acreedor hipotecario

Son 3 derechos:

a) Venta: El derecho de venta consiste en la facultad que tiene el acreedor para obtener el remate de la finca hipotecada y pagarse con el producto de la realización del bien.

Con relación al derecho de venta, al igual que en la prenda, debemos estudiar el denominado “pacto comisorio” o la “lex comisoria”. El pacto comisorio puede definirse como aquel por el cual las partes convienen que si el deudor, dentro de cierto tiempo, no retira la cosa dada en prenda o hipoteca, cancelando la deuda, la cosa pasa, transcurrido el plazo, de pleno derecho e irrevocablemente al dominio del acreedor en pago de la deuda. La ley prohíbe expresamente el pacto comisorio en la prenda. El alcance de esta disposición, que también se aplica a la hipoteca, es el de prohibir el pacto comisorio con su característica de condicional que transforma la prenda o hipoteca en una venta también condicional, y que condena los actos y contratos que permitan al acreedor quedarse con la cosa hipotecada a virtud de una estipulación preexistente y por acto de su propia voluntad, es decir, sin mediar el consentimiento del deudor.

b) Derecho de Persecución

El acreedor goza de dos acciones: la acción personal para dirigirse contra el deudor de la obligación. La acción real para perseguir la finca hipotecada. Esta situación no tiene importancia mientras la finca hipotecada permanezca en poder del deudor directo, pues en tal caso ambas acciones se dirigen en un mismo procedimiento en contra del deudor.

Esto adquiere importancia sólo en la medida que el predio pase a poder de un tercero o cuando quien ha constituido la hipoteca ha sido un tercero. Aquí se debe distinguir claramente entre la acción personal y la acción real. La ley establece claramente que la hipoteca da al acreedor en su derecho de perseguir la finca hipotecada sea quien fuere que la posea. Es decir se puede perseguir la finca hipotecada de manos de terceros poseedores. En general, es un tercero poseedor todo aquel que es dueño del inmueble gravado y que no se ha obligado personalmente al pago de la deuda. Pero se pueden encontrar distintas situaciones que hay que analizar: o el que ha adquirido una finca con un gravamen ya existente o pre-existente. o el que ha hipotecado un inmueble propio para seguridad de una deuda ajena. En este caso, hay que subdistinguir: si no se ha obligado personalmente, hay sólo una acción real (procede derecho de persecución). Sí se ha obligado personalmente, lo que requiere de pacto expreso, ya no es un tercero, y por lo tanto, habrá acción personal y real contra él. El fiador hipotecario: la hipoteca que otorga el fiador puede tener por objeto garantizar la obligación principal o bien garantizar su propia obligación subsidiaria. La ley refiere a

este segundo caso. En cualquier evento, habiéndose constituido en fiador, el acreedor no puede ejercer el derecho de persecución, pues el fiador no es un tercer poseedor, pues se ha obligado personalmente, aunque de manera subsidiaria. En todo caso, el tercer poseedor, sea que se haya obligado personalmente o no, no goza de beneficio de excusión. Salvo, el caso del fiador hipotecario, cuando la hipoteca se ha constituido para garantizar su propia obligación subsidiaria. La acción para dirigirse contra los terceros poseedores de la finca hipotecada (que es la forma de hacer efectivo el derecho de persecución) se llama "acción de desposeimiento". Es una acción especialmente regulada en la ley que comienza con la notificación que se hace al tercer poseedor de la finca hipotecada, para que dentro de un plazo para que haga u opte por alguna de las tres alternativas siguientes: 1) Pague íntegramente la deuda, en cuyo caso se subroga en la hipoteca y se podrá dirigir contra el deudor principal. 2) Abandone la propiedad hipotecada y la ponga así a disposición del acreedor, para que la remate y se pague con el producto de la realización. 3) Si no hace nada de lo anterior, se dirigirá contra el tercer poseedor de la finca hipotecada un juicio, ordinario o ejecutivo, según la naturaleza del título en que conste la obligación principal garantizada, destinado a rematar la propiedad hipotecada. El tercer poseedor que es desposeído o ha abandonado la finca, tiene acción de perjuicios en contra del deudor.

¿Cuándo cesa el derecho de persecución? Cuando se produce una causal legal de pérdida de la propiedad, cual es, la expropiación por causa de utilidad pública. También cesa en el evento de que la propiedad sea rematada en pública subasta con los requisitos exigidos por la ley. Esta es la denominada purga de la hipoteca.

3. Derecho de preferencia.

Los créditos hipotecarios son de tercera clase, gozan de una preferencia para su pago, cuyas características principales son: es una preferencia especial, lo que significa que sólo se puede invocar en el inmueble dado en garantía y no en otros bienes del deudor; es renunciable, tiene que ser alegada y no todo el monto del crédito goza de preferencia, sino que hasta lo que se logra pagar con el producido del bien, y el saldo constituye un crédito de quinta clase (valista).

Lo normal es que la preferencia se haga efectiva sobre el precio de la subasta del bien hipotecado. Pero puede suceder que se haga efectiva sobre el monto del seguro o sobre la indemnización por la expropiación. Las hipotecas se prefieren de acuerdo al orden de su fecha de inscripción (la primera será la más antigua, y la fecha se determina por su anotación en el repertorio.)

2.7 Anticresis

En la doctrina se señala que es un contrato por el cual se entrega una cosa raíz al acreedor para que se pague con sus frutos.

2.7.1 Características

1. Debe haber entrega material

2. No constituye derecho real
3. Es un contrato accesorio en cuanto es una forma de garantizar el pago con los frutos.
4. Es un contrato real
5. Es unilateral: la única obligación que genera es la de devolver la cosa; puede ser sinalagmático imperfecto cuando causa perjuicio al acreedor.
6. Es indivisible

2.7.2 Bienes que pueden darse en anticresis

1. Bienes raíces (también bienes muebles en materia judicial).
2. Los bienes deben producir frutos.
3. Deben ser de propiedad de un deudor o de un tercero que acepte la anticresis.
4. No hay problema en que el inmueble esté hipotecado

2.8 Causas de extinción de la hipoteca

Generalmente se pueden suscitar las siguientes causas:

- a) Por la extinción total de la obligación principal;
- b) Por la renuncia del derecho del acreedor hipotecario hecha en escritura pública
- c) Por la reunión de la calidad de propietario y acreedor hipotecario en una misma persona; y
- d) Por el transcurso del plazo de veinte años contados desde el día de la inscripción, aunque se hubiere convenido un plazo mayor.

2.9 Cancelación de la hipoteca

Existe diferencia entre extinción y cancelación y para ello, es importante considerar lo siguiente:

Extinción:

- Desaparece la hipoteca con todos sus efectos.
- Está en juego la hipoteca misma.

Cancelación:

- Se extingue la inscripción de la hipoteca en el Registro General de la Propiedad.
- Solo se afectan los efectos de la inscripción en el Registro General de la Propiedad.

CAPÍTULO III

3. La hipoteca bancaria y su funcionamiento en el medio guatemalteco

3.1 Aspectos considerativos

En el presente análisis se pretende determinar en que consisten los contratos bancarios en donde se establece como derecho real de garantía, la hipoteca.

Los bancos, como instituciones mercantiles, realizan operaciones de crédito que, según su función, se pueden clasificar dentro de las operaciones llamadas: pasivas, activas y complementarias o neutras.

En otras palabras, eso quiere decir que hay: operaciones pasivas cuando el banco recibe dinero para su guarda y custodia; activas, cuando el banco da a otra u otras personas el dinero recibido. Estas operaciones influyen en la contabilidad bancaria puesto que al recibirse el dinero depositado, éste se abona en la cuenta del debe y se carga en la cuenta del haber. Dicho de otra manera, son operaciones pasivas, activas complementarias o neutras, según la forma en que un banco maneje el dinero que se percibe y se den o manejen sus operaciones.

El tratadista Rodríguez, clasifica las operaciones bancarias de la siguiente manera:

“3.1.1 Operaciones de intermediación en el crédito:

1) Pasivas:

- Depósitos Bancarios.
- Emisión de obligaciones y de otros títulos.
- Redescuentos, aceptaciones, préstamos.
- Emisión de billetes.

2) Activas:

- Aperturas de crédito simple y en cuenta.
- Anticipos y créditos sobre mercancías.
- Créditos de firmas.
- Créditos comerciales.
- Créditos especiales.

3) Operaciones neutrales:

- Transferencias, giros.
- Comisiones, intervención en la emisión y obligaciones.

- Cobros.
- Cartas de crédito.
- Fideicomiso.”⁷

Raúl Cervantes Ahumada clasifica las operaciones bancarias, en activas y pasivas. Para este autor, en la realización de su función intermedia en el comercio del dinero y del crédito, los Bancos efectúan gran variedad de negocios u operaciones.

Son operaciones bancarias activas: “aquellas por medio de las cuales el banco concede créditos a sus clientes.”

Son operaciones bancarias pasivas: “aquellas por medio de las cuales el Banco se adquiere capitales.”

Son servicios bancarios: Las operaciones de simple mediación, y las operaciones de custodia. (depósitos bancarios).”⁸

⁷ Rodríguez Rodríguez Joaquín. EL DERECHO BANCARIO. Pág. 86

⁸ Cervantes Ahumada Raúl. OPERACIONES BANCARIAS. Pág 96

* Para que se pueda extender una carta total de pago es necesario e indispensable que previamente se haya celebrado un contrato entre el cliente deudor y el banco, por lo que veremos someramente lo que es en sí un contrato bancario.

Ahora bien, respecto al tema que ocupa la presente investigación, específicamente con relación al crédito en la banca, que propicia que aparezca dentro de los mismos, lo relativo a la garantía de dichos créditos, tanto de prenda como hipoteca, este no es más que la opinión de que goza una persona acerca de que satisfará puntualmente los compromisos que contraiga con el banco. Es una entrega de un valor real y actual, a cambio del cual se recibe una promesa de reintegro futuro.

Para el tratadista Octavio A. Hernández, “el crédito es una institución económico-jurídica por cuya virtud una persona da a otra un bien presente a cambio de la promesa de que se le entregará al vencimiento de la obligación, otro bien o su equivalente.”⁹

El crédito es el cambio de una riqueza presente por una riqueza futura.

3.1.2 clasificación del crédito bancario:

Para ello atendemos a varios factores:

- Si es o no con fondos del propio banco.
- A su duración.

- A su garantía.

- A su destino.

1) Si es o no con fondos del propio banco:

- Préstamos directos.

- Préstamos indirectos.

2) Atendiendo a su duración:

- Créditos refaccionarios.

- De garantía.

2.1 Tipos de garantías bancarias:

- Garantía prendaria.

- Garantía hipotecaria.

- Créditos fiduciarios. (unipersonal o pluripersonal).

⁹ Hernández, Octavio A. EL CREDITO BANCARIO. Pág. 74

3) Atendiendo a la persona a quien se otorga:

- Privado.

- Público.

- Semiprivado.

4) Según su destino:

- Productivo.

- De consumo.

Para los efectos del presente trabajo únicamente entraremos a conocer la clasificación número dos, subclasificación dos, las garantías.

3.1.3 Garantía:

De acuerdo con la legislación bancaria (Ley de Bancos, contenida en el Decreto 315 del Congreso de la República), los créditos que concedan los bancos deberán ser adecuadamente asegurados con garantía prendaria o hipotecaria, de conformidad con los preceptos legales y reglamentarios.

Antes de autorizar cualquier crédito prendario o hipotecario, los bancos justipreciarán por medio de peritos (valuadores) el valor de la garantía.

Los bancos podrán asimismo constatar periódicamente, por medio de sus propios inspectores o por delegados contratados al efecto, las inversiones efectuadas por los prestatarios con el producto de los préstamos concedidos y las condiciones en que se encuentran las garantías reales. Dichos inspectores o delegados tendrán derecho de exigir a los prestatarios toda clase de datos e informaciones relacionadas con el objeto de su inspección. Si un deudor se opusiere a la inspección, o proporcionare datos falsos, el banco podrá dar por vencido el plazo del préstamo y exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación.

El Artículo 90 de la Ley de Bancos y otros grupos financieros dispone que el deudor o el depositario, en su caso, estará obligado a dar aviso al banco de cualquier cambio que se produjere en las condiciones que estipule el contrato respecto de la manutención, conservación, ubicación y seguros de los objetos dados en garantía; o cuando se trate de préstamos de avío pecuario, de las pérdidas ocurridas por muerte, robo, hurto o cualquiera otra causa, del ganado dado en garantía.

El aviso respectivo deberá hacerse por escrito dentro de los quince días siguientes a la fecha en que tal cambio o pérdida se hubiere producido. Si el deudor no cumpliera con lo establecido en el artículo citado, el banco podrá dar por vencido el plazo del préstamo y el saldo insoluto será inmediatamente exigible.

3.1.4 Tipos de garantías bancarias:

Los tipos de garantías bancarias, son los siguientes:

1) Garantía prendaria:

La prenda es un derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación.

El contrato de prenda da al acreedor el derecho de ser pagado con preferencia a otros acreedores, del precio en que se venda la prenda (Artículos 880 y 882 del Código Civil).

Como modalidad de este tipo de garantía, merece mencionarse la prenda sin desplazamiento: agraria, ganadera o industrial. Conforme el Artículo 89 de la Ley de Bancos, los créditos sujetos a esta garantía no pueden exceder del 80% del valor de las garantías prendarias cuando se trate de valores negociables comprendidos en el Artículo 107 de la Ley Orgánica del Banco de Guatemala contenida en el Decreto 215 del Congreso de la República, ni del 70% de otras garantías prendarias.

2) Garantía hipotecaria:

La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación. (Artículo 822 del Código Civil). Los Créditos Bancarios

otorgados con esta clase de garantía no pueden exceder del 50% del valor del bien hipotecado. (Artículo 89 de la Ley de Bancos).

3) Garantía crediticia:

En el tráfico jurídico de los bancos existen operaciones de crédito que son garantizadas con una fianza personal o por medio de bienes dados en prenda o hipoteca, según sea el caso. Tales operaciones crediticias, que desde luego favorecen tanto a los interesados como a los propios bancos, tipifican las tres modalidades principales de las mismas conocidas como crédito fiduciario, crédito hipotecario y crédito prendario.

4) Crédito fiduciario o de garantía personal:

Esta modalidad de crédito no es más que un mutuo bancario de índole especial, en el que entra en juego la honorabilidad del deudor en relación con el conocimiento que de él tenga la institución crediticia; por consiguiente, la efectividad de su realización dependen fundamentalmente, de la opinión y confianza que al Banco le merezca la persona del deudor, ya que es ella su propia fiadora; es verdad que por lo general va respaldada por un fiador que lleva el nombre de codeudor, el cual se acepta por el banco pero bajo los mismos postulados del deudor principal, es decir, teniendo un conocimiento y confianza previa en la persona que lo desempeñe. Esta última modalidad es la forma usual y corriente en Guatemala de lograr un crédito fiduciario bancario.

3.2 Definición de hipoteca privilegiada o bancaria

La llamada hipoteca privilegiada (bancaria) llamada así en doctrina, se diferencia básicamente con el contrato de mutuo con garantía hipotecaria entre particulares, en que el acreedor en el primer caso, es una institución financiera, por lo regular una persona jurídica especial (un banco) y en el otro caso, el acreedor hipotecario es un particular.

El crédito hipotecario es aquél que lleva como garantía para el banco, un contrato accesorio de hipoteca, o sea el gravamen real sobre determinado inmueble en resguardo de la obligación crediticia constituida.

Claramente la doctrina y la ley son terminantes al establecer que en esta clase de contratos el deudor no queda obligado personalmente ni aún por pacto expreso, ya que la hipoteca recae directa y exclusivamente sobre bienes en que se constituye.

El acreedor tiene derecho, en caso de insolvencia del deudor, para promover la venta judicial del bien gravado y hacerse pago con el producto obtenido, máxime aún que por la característica de indivisibilidad que tiene la hipoteca, subsiste íntegra sobre el bien gravado aunque se reduzca la obligación.

No es forzosamente necesario que la hipoteca incida en bienes muebles o inmuebles propiamente dichos, según su naturaleza; es factible también que recaiga en bienes por analogía o aplicación, de ahí que puede constituirse en garantía de un crédito representado por cédulas hipotecarias sin que sea necesario que haya acreedor y emitirse las cédulas a favor del mismo dueño del inmueble hipotecado; como también puede pactarse, siempre en garantía de una obligación crediticia, sobre inmuebles sujetos al régimen de la propiedad horizontal, en inmuebles bajo statu-quo de una proindivisión, etc., y aún más, puede pactarse como una de sus modalidades, conocida modernamente como sub-hipoteca que no es más que un gravamen real sobre otro gravamen real, pero que tratándose de situaciones en que entran en juego los bancos, debe contarse con su consentimiento previo como acreedores preferenciales que son, pues el crédito garantizado con hipoteca el que puede sub-hipotecarse en todo o en parte, pero llenándose a cabalidad las formalidades y requisitos establecidos para la hipoteca, siendo una circunstancia esencial para que el Registro de la Propiedad opere el nuevo gravamen, para que el deudor hipotecario tenga noticia, previamente, de la suerte del crédito, vale decir que será gravado a favor de un tercero por la institución crediticia a quien está obligado directamente.

No obstante la garantía real que representa la hipoteca para los bancos, éstos para solventar las situaciones crediticias en caso de insolvencia del deudor, se ven compelidos a instaurar las acciones judiciales pertinentes en ejercicio de sus derechos, lo que desde luego implica gastos y problemas; y, en muchos casos representa pérdidas, ya por la naturaleza misma del bien gravado, o por la falta de previsión al

aceptarlo en garantía de la obligación preconstituida, dentro del gravamen real accesorio del pacto crediticio principal.

3.3 Análisis del ámbito normativo del derecho real de hipoteca

Para abordar el tema propiamente del derecho real de hipoteca, se tendría primeramente que hablar sobre la propiedad.

La propiedad, en derecho, y en términos generales es el poder directo e inmediato sobre un objeto o bien, por la que se atribuye a su titular la capacidad de disponer de ella, sin más limitaciones que las que imponga la ley.

Según la definición dada por Andrés Bello, en el Artículo 582 del Código Civil de Chile, "es el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra el derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad".

En sentido filosófico, indica la cualidad distintiva de una cosa. En sentido objetivo y sociológico se atribuye al término el carácter de institución social y jurídica y según señala Ginsberg, puede ser definida la propiedad como "el conjunto de derechos y

obligaciones que definen las relaciones entre individuos y grupos, con respecto a que facultades de disposición y uso sobre bienes materiales.”¹⁰

En sentido subjetivo, el vocablo es sinónimo de facultad o atribución correspondiente a un sujeto. Este es el sentido que se dió a la propiedad en Roma, en donde se entendió como tal un derecho absoluto que podría ejercerse sobre un bien: *ius utendi, fruendi et abutendi*.

El objeto del derecho de propiedad esta constituido por todos los bienes susceptibles de apropiación. Para que se cumpla tal condición, en general, se requieren tres condiciones:

1. Que el bien sea útil, ya que si no lo fuera, carecería de fin la apropiación,
2. Que el bien exista en cantidad limitada,
3. Que sea susceptible de ocupación, porque de otro modo no podrá actuarse

3.3.1 Características principales del derecho de propiedad

El derecho de propiedad es un poder moral, individual, exclusivo y perfecto, pero con carácter de limitación y subordinación, así como también perpetuo.

¹⁰ Ginsberg. DERECHOS REALES. Pág. 126

- Es un poder moral porque la apropiación que se hace del bien es reflexiva y no instintiva, es decir, la destinación al fin se hace previo el conocimiento del fin que se acepta libremente.
- Es una facultad o derecho individual, que directamente va encaminado a la utilidad provecho individual, como medio que ha de ayudarle a conseguir el fin, aunque indirectamente se ordene al bien común
- Es un derecho exclusivo, derivado de la limitación esencial de la utilidad en muchos objetos, que no puede aplicarse a remediar las necesidades de muchos individuos a la vez. Por esta razón, no son bienes apropiables los llamados de uso inagotable, que existen en cantidades sobrantes para todos, como el aire atmosférico, el mar, la luz solar, entre otros.
- Es un derecho perfecto, el derecho de propiedad puede recaer sobre la sustancia misma de la cosa sobre su utilidad o sobre sus frutos. De aquí deriva el concepto de dominio imperfecto según que el dominio se ejerza sobre la sustancia, dominio radical; o sobre la utilidad, dominio de uso o sobre los frutos, dominio de usufructo. Estas tres clases de dominio, al hallarse en un solo sujeto, constituyen el dominio pleno o perfecto. El derecho de propiedad, es pues, un derecho perfecto, pues por él, todo propietario puede reclamar o defender la posesión de la cosa, aun por medio de la fuerza y disponer plenamente de su utilidad y aún de su substancia, destruyendo la cosa, sin que en ello haya violación de estricto derecho ajeno.

- Es un derecho limitado y restringido por las exigencias del bien común, por la necesidad ajena y por la ley, y subordinado, en todo caso, al deber moral.
- Perpetuo porque no existe un término establecido para dejar de ser propietario.

3.3.2 Clasificación del derecho de propiedad

Se puede esquemáticamente presentar la división de varias especies de propiedad, de acuerdo al siguiente:

A) Por sujeto

- Pública si corresponde a la colectividad en general
- Privada cuando el derecho esta asignado a determinada persona o grupo y las facultades dimanantes del derecho se ejercitan con exclusión de otros individuos
- Individual si el derecho lo ejerce un solo individuo
- Colectiva privada cuando el derecho es ejercido por varias personas
- Colectiva pública si la propiedad corresponde a la colectividad y es ejercida por un ente público (Municipio, Estado, entre otros)

B) Por naturaleza

- Propiedad mueble si puede transportarse de un lugar a otro.

- Propiedad inmueble o bienes raíces o fincas son las que no pueden transportarse de un lugar a otro.
- Propiedad corporal es la que tiene un ser real y puede ser percibida por los sentidos, como una casa, un libro, entre otros
- Propiedad incorporal si esta constituida por meros derechos, como un crédito, una servidumbre, entre otros

C) Por objeto

- Propiedad de bienes destinados al consumo
- Propiedad de bienes de producción

D) Modos de adquirir la propiedad

Los modos de adquirir la propiedad son aquellos hechos o negocios jurídicos que producen la radicación o traslación de la propiedad en un patrimonio determinado. A este modo de adquirir la propiedad se le llama también "título" y existen diversas clasificaciones, por ejemplo:

- A título universal
- A título oneroso y gratuito
- Originarios

- Derivados

3.4 La Constitución Política de la Republica de Guatemala

Razonando lógicamente y brevemente, el propietario puede disponer de lo que le pertenece, así lo dispone el artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala que dice: “Se garantiza la propiedad privada como un derecho inherente a la persona humana. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el derecho de este derecho y deberá crear las condiciones que faciliten al propietario el uso y disfrute de sus bienes, de manera que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos de pago para sustituir al primer deudor hipotecario; simplemente al banco le conviene ser el nuevo titular de la propiedad otorgada en garantía, por el valor real de ésta y luego subastarla por un valor más lucrativo que el que se le otorgó al deudor hipotecario, pero que en la mayoría de los casos no excede de la mitad del valor estipulado en la matrícula fiscal o en el avalúo que el propio banco realiza y cobra, avalúo hecho muchas veces por personas carentes de conocimientos técnicos. Pero eso sí, las instituciones bancarias, la mayoría de ellas, citan en esta clase de contratos, que podrán sin previo aviso del deudor hipotecario ceder los créditos a otras instituciones que ellos consideren convenientes.

3.5 El Código civil

El Artículo 464 del Código Civil Decreto 106 señala: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes.”

Por otro lado, se ha dicho que la propiedad, es el derecho real de goce y disposición por excelencia oponible erga omnes.

Dentro de los derechos reales, se encuentra el de hipoteca, y para el efecto, el Artículo 822 del Código Civil señala: “La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.”

El Código civil establece en el Artículo 836 la nulidad de la prohibición de enajenar. Dice: “El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquier estipulación en contrario, salvo lo que se establezca en contratos que se refieran a créditos bancarios.”

La anterior cita legal le esta dando una connotación preferencial a los créditos bancarios, pues el propietario del bien no puede disponer del mismo sin que medie autorización del “banco”, que casi nunca lo hacen, porque según ellos, el nuevo deudor hipotecario no califica o no tiene la capacidad de pago para cumplir con la obligación contraída; esto se opone a la normativa sustantiva civil en el Artículo 1805 que dice: “Pueden venderse las cosas futuras antes de que existan en especie y también una

esperanza incierta. 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.”

3.6 Diferencias de la hipoteca bancaria y el contrato de mutuo

En primer lugar, se debe decir que un contrato, en términos generales, es definido como un acuerdo privado, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. Es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes. Por ello se señala que habrá contrato cuando varias partes se ponen de acuerdo sobre una manifestación de voluntad destinada a reglar sus derechos.

Doctrinariamente, ha sido definido como un negocio jurídico bilateral o multilateral, porque intervienen dos o más personas (a diferencia de los actos jurídicos unilaterales en que interviene una sola persona), y que tiene por finalidad crear derechos y obligaciones (a diferencia de otros actos jurídicos que están destinados a modificar o extinguir derechos y obligaciones, como las convenciones). También se denomina contrato el documento que recoge las condiciones de dicho acto jurídico.

En el derecho romano clásico, a su vez, el contrato se refiere a la concreta situación de estar ligadas las partes por un vínculo jurídico que crea derechos y obligaciones. No se refiere al acto jurídico mediante el cual las partes contraen dichos derechos, sino a lo

contratado (contractus, lo contraído), la relación jurídica que ha quedado indisolublemente constituida mediante la convención generadora.

Las partes en un contrato son personas físicas o jurídicas. En un contrato hay dos polos o extremos de la relación jurídica obligacional, cada polo puede estar constituido por más de una persona revistiendo la calidad de parte.

El contrato, en general, tiene una connotación patrimonial, y forma parte de la categoría más amplia de los negocios jurídicos. La función del contrato es producir efectos jurídicos.

En cada país puede existir un concepto de contrato diferente, y esa divergencia tiene que ver con la realidad socio-cultural y jurídica de cada país (existen ordenamientos en que el contrato no se limita al campo de los derechos patrimoniales únicamente, sino que abarca también derechos de familia como, por ejemplo, los países en los que el matrimonio es considerado un contrato).

Ahora bien, en el caso del contrato de mutuo con garantía hipotecaria, se trata de una especialidad de las contrataciones, y que en el caso de los bancos, no ofrecería ninguna divergencia si se toma en consideración que los contratos de crédito con

garantía hipotecaria, tienen similares características con los contratos de mutuo con garantía hipotecaria, que se suscribe con particulares, por ejemplo.

Sin embargo, cabe señalar que en el caso de los contratos de créditos con bancos, la situación se torna un poco más compleja especialmente respecto a las condiciones que los mismos bancos han establecido a su sabor y antojo.

Aparte de lo anterior, conviene señalar que una especie de préstamo que se realizan en los bancos son las líneas de crédito asociadas a las cuentas corrientes. A través de ellas, el banco deja a disposición del cliente una cantidad de dinero y no cobra intereses mientras no lo use. Sólo lo hace cuando se utiliza ese dinero. Aunque no siempre se piden al banco, sino que pueden prestarse por las financieras (como sucede con los préstamos rápidos, más fáciles de obtener, limitados a una cantidad y con un interés unas tres veces superior a la media del mercado).

También, otra forma de adquisición de préstamos bancarios, es decir, en dinero, es a través de las tarjetas de crédito, para gastar una cantidad de dinero y si no se usa no cobran intereses. También es habitual que no se cobre si el gasto es cubierto en el mes siguiente, sin embargo, considerando la situación de la realidad de los guatemaltecos, ese es el negocio de los bancos, porque evidentemente un bajo porcentaje de los tarjeta habientes realizan esta labor, derivado de la crisis económica y de desempleo, alto costo de vida, etc., que sufrimos los guatemaltecos.

En términos generales, el contrato de mutuo como suele llamarse a los contratos de solicitud de crédito, es decir, que el deudor adquiere un préstamo para sí, es que se llama mutuo o, sencillamente, préstamo, al contrato por virtud del cual una persona (prestamista o mutuante) entrega a otra (prestatario o mutuario) dinero u otra cosa fungible, para que se sirva de ella y devuelva después otro tanto de la misma especie y cantidad. “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”; Artículo 1492 del Código Civil Decreto 106.

Dentro de las características de este tipo de contrato, se pueden señalar las siguientes:

- a) Es traslativo de dominio: En cuanto transfiere la propiedad de las cosas al mutuario, estando éste obligado únicamente a devolver el género
- b) Es principal: Porque para su existencia y validez no depende de otro contrato, o sea que tiene fines y vida propia.
- c) Es unilateral : en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, que es el mutuario
- d) El contrato es real ya que sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa

- e) Es gratuito por naturaleza y oneroso por excepción: Es gratuito porque el mutuuario no está obligado a pagar contraprestación alguna si ésta no se pacta expresamente.
- f) Precisamente lo contrario ocurre en el práctica comercial, en la que el carácter profesional de los prestamistas (entidades de bancos o financieras en general) induciría a pensar que el préstamo es retribuido por naturaleza, salvo pacto en contrario.
- g) Es conmutativo: Porque desde el momento en que las partes celebran el contrato conocen las cargas y los gravámenes ya que se encuentran determinadas en el contrato.

Ahora bien, se encuentran las similitudes y diferencias entre el contrato de mutuo con la hipoteca bancaria en las siguientes:

- a) En la hipoteca bancaria, se trata de que el acreedor es una institución bancaria o financiera, que por lo regular se trata de una persona jurídica especial como lo es un banco.
- b) En el contrato de mutuo, el acreedor hipotecario es un particular.
- c) En ambos contratos lo que pretende el deudor es obtener un dinero para cumplir sus fines, el cual generara lógicamente intereses que son de beneficio para

quien presta ese dinero al deudor, que es el acreedor, no importando si se refiere a un entidad bancaria, financiera, o bien un particular.

CAPÍTULO IV

4. Ventajas y desventajas para la sociedad guatemalteca de la hipoteca bancaria y la necesidad de su regulación en la legislación guatemalteca

4.1 Procedimiento ejecutivo con garantía hipotecaria

4.1.1 Procedimiento ejecutivo en la vía de apremio

En caso de incumplimiento de las obligaciones que ha contraído el deudor respecto a un crédito bancario con garantía hipotecaria, se suscita un procedimiento judicial en la que el banco o la entidad de crédito que hizo el préstamo a dicho deudor, hace operar el sistema judicial, a través del procedimiento ejecutivo en la vía de apremio.

En primer lugar, es importante señalar que en el proceso civil, se deben establecer las figuras procesales intervinientes y que son:

a) Deudor o sujeto pasivo:

El deudor es la persona obligada a cumplir con la prestación (dar, hacer o no hacer). Es la persona que realiza o ejecuta la prestación. Es el titular de la deuda. Sobre quien pesa el deber de prestación. Es quien debe satisfacer la prestación debida. Para el deudor la obligación significa o representa una carga. El deudor tiene un débito ante el acreedor.

b) Acreedor o sujeto activo:

Es la persona a favor de quien se contrae la obligación. Es el titular del crédito. Es la persona en cuyo favor debe satisfacerse la prestación. Es en cuyo provecho se contrae la obligación y se realiza la prestación. Para el acreedor o sujeto activo la prestación importa un beneficio. Es quien adquiere el derecho - la facultad - de exigir el cumplimiento de la prestación.

- Cada una de estas partes, es decir, el deudor y el acreedor deben ser personas distintas

- Cada una de las partes, es decir, el deudor o el acreedor pueden estar constituidos por una persona natural o persona jurídica.

c) El proceso

En el proceso civil o el litigio algunos juristas han emitido definiciones al respecto, por ejemplo, según Alcalá-Zamora y Castillo¹¹ es entendido como conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución asimismo jurídica, en virtud de las tres vías posibles para dicha solución: proceso, auto composición y autodefensa.

¹¹ Alcalá-Zamora. ESTUDIOS DE TEORIA GENERAL E HISTORIA DEL PROCESO. Pág 67

Según Lascano “el proceso siempre supone una litis o litigio o conflicto, entendido éste no sólo como efectiva oposición de intereses o desacuerdo respecto de la tutela que la ley establece, sino a la situación contrapuesta de dos partes respecto de una relación jurídica cualquiera cuya solución sólo puede conseguirse con intervención del juez.”¹²

Guasp define al proceso “como una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de órganos del Estado instituidos especialmente para ello”.¹³ Por su parte, Eduardo Couture lo define “como la secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión.”¹⁴

De acuerdo a Carnelutti no debe confundirse proceso con procedimiento, puesto que el primero es considerado como continente y el otro como contenido; explicándose así que una combinación de procedimientos (los de primera y segunda instancia, por ejemplo) pudiera concurrir a constituir un solo proceso.”¹⁵ Jaime Guasp “señala necesario distinguir el proceso como tal del mero orden de proceder o tramitación o procedimiento en sentido estricto, de manera que el procedimiento es parte del proceso, en tanto que constituye una serie o sucesión de actos que se desarrolla en el tiempo de manera ordenada de acuerdo a las normas que lo regulan, sin que ello constituya el núcleo exclusivo, ni siquiera predominante, del concepto de proceso.”¹⁶

¹² Lascano David. PROCESO CIVIL. Pág. 25

¹³ Guasp Jaime, CONCEPTO Y METODO DE DERECHO PROCESAL, Pág. 8

¹⁴ Couture Eduardo. DERECHO PROCESAL CIVIL Pág. 237

¹⁵ Carneluti. Ob. Cit. Pág. 77

¹⁶ Guasp Jaime. Ob. Cit. Pág. 25

Entonces, el procedimiento en su enunciación más simple es “el conjunto de formalidades a que deben someterse el Juez y las partes en la tramitación del proceso”. Tales formalidades varían según sea la clase de procedimientos de que se trate (penal, civil, administrativo, etc.) y aún dentro de un mismo tipo de proceso, podemos encontrar varios procedimientos, como sucede en el de cognición, cuyo prototipo es el llamado juicio ordinario. Efectivamente existe un procedimiento para el denominado juicio ordinario de mayor cuantía y otro para el de menor cuantía.

El juicio ejecutivo en la vía de apremio se inicia con la demanda. Chiovenda la define como “el acto con que la parte (actor) afirmando la existencia de una voluntad concreta de ley que le garantiza un bien, declara la voluntad de que la ley sea actuada frente a otra parte (demandado), e invoca para este fin, la autoridad del órgano jurisdiccional”. Gordillo señala que “el juicio ordinario, al igual que los demás procedimientos, se inicia con la demanda y finaliza, normalmente con la sentencia. La demanda es el acto introductorio de la acción, por la cual, mediante relatos de hechos e invocación del derecho el actor determina su pretensión. Es a través de ella, que el actor inicia la actividad jurisdiccional y es a través de ella que plantea el derecho que estima que le asiste y pretende que se le declare (pretensión)”.¹⁷

Por su carácter formalista debe cumplir con los requisitos de contenido y forma que exige la ley, de ahí que el Código Procesal Civil y Mercantil Decreto 107 en sus Artículos 61 y 106 establecen sus requisitos, no olvidando por supuesto lo que para el

¹⁷ Mario Gordillo. DERECHO PROCEAL CIVIL. Pág. 62

efecto establecen los Artículos 63 y 79 del mismo cuerpo legal. La demanda se integra fundamentalmente por tres partes, la introducción, el cuerpo y el cierre.

La importancia de la demanda se desprende de las consecuencias que puede producir en la tramitación del juicio. Se puede decir que es la base de éste y que de ella depende el éxito de la acción ejercida. Efectivamente, la demanda contiene las pretensiones del actor y sobre éstas ha de pronunciarse la sentencia; además, las demandas defectuosas serán repelidas por el juez, Artículo 109 Código Procesal Civil y Mercantil, o en su caso generan excepciones procesales; sobre los hechos expuestos en la demanda o en la contestación se recibirá la prueba o sobre aquellos cuyo conocimiento llegare a las partes con posterioridad (Artículo 127 Código Procesal Civil y Mercantil). De aquí proviene que la mayoría de los procesos que en la práctica no prosperan, se debe al defectuoso modo de interponer las demandas.

El contenido de la demanda se establece en el Artículo 106 del Código Procesal Civil y Mercantil que indica que en la demanda se fijarán con claridad y precisión los hechos en que se funde, las pruebas que van a rendirse, los fundamentos de derecho y la petición. Asimismo, el Artículo 61 contiene los requisitos de la primera solicitud. De esos requisitos, cabe destacar como substanciales los siguientes:

- A) Individualización del demandante, principalmente con el objeto de establecer su capacidad para comparecer a juicio;

- B) Individualización del demandado, por la misma razón anterior;
- C) Especificación del domicilio, para que el juez pueda resolver los problemas relacionados con la competencia territorial;
- D) Especificación de la cosa demandada, o sea la determinación del objeto de la pretensión, circunstancia sumamente importante porque al igual que los otros requisitos servirá para resolver los problemas de la identificación de las acciones;
- E) La exposición de los hechos.

En cuanto a la exposición de los hechos, la técnica procesal ha elaborado dos teorías: la de substanciación y la de individualización. Prieto Castro dice “que según la primera, que es la tradicional ya la que sigue la ley, deben exponerse circunstancialmente los hechos que constituyen la relación jurídica con la calificación jurídica que les dé el actor; pero conforme la segunda, de la individualización, basta con que se indique la relación jurídica que individualiza la acción (por ejemplo: demando cien en virtud de compraventa)”.¹⁸ Los hechos, sobre todo, contribuyen a determinar exactamente la pretensión del actor, independientemente de la calificación legal que él mismo les dé, y, asimismo, dentro de la llamada clasificación de las acciones, indican la naturaleza de la que se deduce, aún cuando el código guatemalteco, no obliga a que se especifique el nombre de la acción que se ejercita.

Alsina, “ en cuanto a la descripción de los hechos, sostiene que es necesario hacer un distingo. Cuando se trata de una acción personal, como la obligación nace casi siempre de un hecho (contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito), es necesario exponer su causa remota, en cuanto a los hechos eficientes o conexos con el litigio. Por ejemplo, cuando se reclame el pago de una suma de dinero, se expondrán los hechos que dieron origen a la obligación, a no ser que ésta conste de un instrumento o derive de una disposición de ley.”¹⁹

Alsina indica que “ si se trata de una acción real, no será necesario referirse a la causa remota; así, el que reivindica no tendrá que expresar la causa de su dominio (compra, transacción, donación, etc.) pues éstas son formas de adquisición, bastándole invocar su título, salvo que se discuta la adquisición misma, pero entonces ya se trataría de una acción personal”.²⁰

La exposición de los hechos como dice el Código Procesal Civil y Mercantil, debe ser clara y precisa, con lo que se quiere indicar que aparte del estilo llano y sin complicaciones, debe concretarse la exposición solamente a hechos que tengan relación con el litigio.

E) Forma:

¹⁸ Pietro Castro. LA TECNICA PROCESAL. Pág. 45

Aunque el código no establece propiamente un orden en la redacción de las demandas, y en consecuencia puede comenzarse con la petición, la práctica ha establecido una redacción más o menos ordenada, que va de la exposición de los hechos (en párrafos separados) a la enunciación de la prueba, seguida de la fundamentación de derecho, para concluir con la petición.

G) Ampliación y modificación:

El Código Procesal Civil y Mercantil establece en el Artículo 110 “que podrá ampliarse o modificarse la demanda antes de que haya sido contestada. En una misma demanda pueden proponerse diversas pretensiones contra una misma parte, siempre que no sean contradictorias, no que hayan de seguirse en juicios sujetos a procedimientos de distinta naturaleza”, o sea lo que en doctrina se ha llamado acumulación objetiva de acciones, pero como más adelante diremos, muchas veces esta acumulación se produce posteriormente (la llamada sucesiva por inserción), lo que viene a ocasionar una modificación en la demanda original.

El hecho de que el demandado ya haya intervenido en el juicio, oponiendo excepciones, no obsta el cambio o modificación de las pretensiones del actor, por cuanto que la demanda no ha sido contestada. El hecho de haber transcurrido el término de la audiencia para que se conteste la demanda, tampoco obsta el cambio o modificación de las pretensiones del demandante, porque no hay disposición que lo obligue a acusar rebeldía por el sólo transcurso del término fijado.

¹⁹ Citado por Mario Aguirre Godoy. Ob. Cit. Pág. 65

Pero la demanda no solamente puede ser modificada por la acumulación sucesiva de acciones de una misma parte, puede serlo también en relación con los sujetos, cuando se incorporan nuevos sujetos al proceso; o en relación al objeto, cuando hay cambio en la cosa demandada o en la naturaleza del pronunciamiento que se persigue obtener del tribunal.

En virtud de lo anterior, el procedimiento ejecutivo en vía de apremio, procede en el presente caso, de conformidad con lo que señala el Artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil que literalmente dice:

“Artículo 294. (Procedencia de la ejecución en vía de apremio). Procede la ejecución en vía de apremio cuando se pida en virtud de los siguientes títulos, siempre que traigan aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero, líquida y exigible: 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; y 7o. Convenio celebrado en juicio”.

Así también, de conformidad con esta ley, el procedimiento es el contemplado en su normativa y es el siguiente:

A) Al presentarse la demanda ejecutiva, el juez despacha mandamiento de ejecución

²⁰ Ibid. Pág. 65

Al respecto, el Artículo 297 del Código Procesal Civil y Mercantil indica: **(Mandamiento de ejecución)**. Promovida la vía de apremio, el juez calificará el título en que se funde, y si lo considerase suficiente, despachará mandamiento de ejecución, ordenando el requerimiento del obligado y el embargo de bienes, en su caso. No será necesario el requerimiento ni el embargo si la obligación estuviere garantizada con prenda o hipoteca. En estos casos, se ordenará se notifique la ejecución, señalándose día y hora para el remate de conformidad con el Artículo 313. En todo caso, se podrán solicitar las medidas cautelares previstas en este código.

B) El ejecutor

El Artículo 298 del mismo cuerpo legal. Indica: (Ejecutor). El juez designará un notario, si lo pidiere el ejecutante, o uno de los empleados del Juzgado, para hacer el requerimiento y embargo o secuestro, en su caso. El ejecutor requerirá de pago al deudor, lo que hará constar por razón puesta a continuación del mandamiento. Si no se hiciera el pago en el acto, procederá el ejecutor a practicar el embargo.

C) Notificación al deudor

El Artículo 299 establece: (Ausencia del deudor). Despachado el mandamiento de ejecución, si el deudor no fuere habido, se harán el requerimiento y embargo por cédula, aplicándose las normas relativas a notificaciones. Si no se supiere el paradero del deudor ni tuviere domicilio conocido, se harán el requerimiento y embargo por el

Diario Oficial y surtirán sus efectos desde el día siguiente al de la publicación. En este caso, se observará además lo dispuesto en el Código Civil respecto de ausentes.

D) El pago y la consignación

El Artículo 300. (Pago y consignación) señala: Si el demandado pagare la suma reclamada y las costas causadas, se hará constar en los autos, se entregará al ejecutante la suma satisfecha y se dará por terminado el procedimiento. Asimismo, puede el deudor hacer levantar el embargo, consignando dentro del mismo proceso, la cantidad reclamada más un diez por ciento para liquidación de costas, reservándose el derecho de oponerse a la ejecución. Lo anterior se entiende sin perjuicio de que si la cantidad consignada no fuere suficiente para cubrir la deuda principal, intereses y costas, según liquidación, se practicará embargo por la que falte.

El Artículo 301. (Embargo). El acreedor tiene derecho a designar los bienes en que haya de practicarse el embargo, pero el ejecutor no embargará sino aquellos que, a su juicio, sean suficientes para cubrir la suma por la que se decretó el embargo más un diez por ciento para liquidación de costas.

Artículo 302. (Medidas conservatorias). Cuando se embargue un crédito que pertenezca al deudor, el ejecutante queda autorizado para ejercer, judicial o extrajudicialmente, los actos necesarios a efecto de impedir que se perjudique el crédito embargado, siempre que haya omisión o negligencia de parte del deudor.

Artículo 303. (Efectos del embargo). El embargo apareja la prohibición de enajenar la cosa embargada. Si esta prohibición fuese infringida, el embargante tiene derecho a perseguirla de cualquier poseedor, salvo que el tenedor de la misma opte por pagar al acreedor el importe de su crédito, gastos y costas de ley.

Artículo 304. (Embargo de créditos). Si el crédito embargado está garantizado con prenda, se intimará a quien detenta la cosa dada en prenda para que no lleve a cabo la devolución de la cosa sin orden del juez. Si el crédito embargado está garantizado con hipoteca, el acto de embargo debe anotarse en el Registro de la Propiedad Inmueble. Desde el día en que se le notifique el embargo, el deudor del ejecutado tendrá las obligaciones y responsabilidades que la ley impone a los depositarios, respecto de las cosas y de las sumas por él debidas, y no podrá pagar al ejecutado, bajo pena de tener por no extinguida su obligación. Si lo hiciere.

Artículo 305. (Depositario). El ejecutor nombrará depositario de los bienes embargados a la persona que designe el acreedor, detallando los bienes lo más exactamente posible, a reserva de practicar inventario formal, si fuere procedente. Sólo a falta de otra persona de arraigo, podrá nombrarse al acreedor depositario de los bienes embargados. Cuando los bienes hubieren sido objeto de embargo anterior, el primer depositario lo será respecto de todos los embargos anteriores, a no ser que se trate de ejecuciones bancarias. En este caso, el ejecutor notificará al primer depositario el nuevo embargo, para los efectos del depósito. En depósito de dinero, alhajas y

valores negociables se hará en un establecimiento bancario; y donde no hubiere bancos ni sucursales, en persona de honradez y responsabilidad reconocidas.

Artículo 306. (Bienes inembargables). No podrán ser objeto de embargo los siguientes bienes: 1o. Los ejidos de los pueblos y las parcelas concedidas por la administración pública a los particulares, si la concesión lo prohíbe; 2o. Las sumas debida, a los contratistas de obras públicas, con excepción de las reclamaciones de los trabajadores de la obra o de los que hayan suministrado materiales para ella; pero sí podrá embargarse la suma que deba pagarse al contratista después de concluida la obra; 3o. La totalidad de salarios o sueldos y de honorarios, salvo sobre los porcentajes autorizados por leyes especiales y. en su defecto por el Código de Trabajo Decreto 1441; 4o. Las pensiones alimenticias presentes y futuras; 5o. Los muebles y los vestidos del deudor y de su familia, si no fueren superfluos u objetos de lujo, a juicio del juez; ni las provisiones para la subsistencia durante un mes; 6o. Los libros, útiles e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que el deudor esté dedicado; 7o. Los derechos cuyo ejercicio es meramente personal, como los de uso, habitación y usufructo, pero no los frutos de éste; 8o. Las pensiones, montepíos o jubilaciones menores de cien quetzales al mes que el Estado acuerde y las pensiones o indemnizaciones en favor de inválidos; 9o. Los derechos que se originen de los seguros de vida, o de daños y accidentes en las personas; 10o. Los sepulcros o mausoleos; y 11o. Los bienes exceptuados por leyes especiales. Para los casos en que sea aplicable, pueden ser embargados los bienes a que se refieren los incisos anteriores, cuando la ejecución provenga de la adquisición de ellos.

Artículo 308. (Anotación del embargo). Todo embargo de bienes inmuebles o derechos reales, se anotará en el respectivo Registro de la Propiedad Inmueble, para lo cual libraré el juez, de oficio, el despacho correspondiente.

Artículo 309. (Ampliación del embargo). Podrá el acreedor pedir ampliación del embargo cuando los bienes embargados fueran insuficientes para cubrir el crédito reclamado y prestaciones accesorias o cuando sobre dichos bienes se deduzca tercería. La ampliación del embargo se decretará a juicio del juez, sin audiencia del deudor.

Artículo 310. (Reducción del Embargo). A instancia del deudor, o aún de oficio, cuando el valor de los bienes embargados fuere superior al importe de los créditos y de las costas, el juez, oyendo por dos días a las partes, podrá disponer la reducción del embargo, sin que esto obstaculice el curso de la ejecución.

Artículo 311. (Sustitución de bienes embargados). Cuando el embargo resultare gravoso para el ejecutado, podrá éste, antes de que se ordene la venta en pública subasta, pedir la sustitución del embargo en bienes distintos que fueren suficientes para cubrir el monto de capital, intereses y costas. Esta petición se tramitará en forma de incidente y en cuerda separada, sin que se interrumpa el curso de la ejecución.

Artículo 312. (Tasación). Practicado el embargo, se procederá a la tasación de los bienes embargados. Esta diligencia se efectuara por expertos de nombramiento del

juez, quien designará uno solo, si fuere posible, o varios si hubiere que valuar bienes de distinta clase o en diferentes lugares. La tasación se omitirá siempre que las partes hubieren convenido en el precio que deba servir de base para el remate. Cuando se tratare de bienes inmuebles, podrá servir de base a elección del actor, el monto de la deuda o el valor fijado en la matrícula fiscal para el pago del impuesto territorial.

Remate

Artículo 313. (Orden de remate). Hecha la tasación o fijada la base para el remate, se ordenará la venta de los bienes embargados, anunciándose tres veces por lo menos, en el Diario Oficial y en otro de los de más circulación. Además, se anunciará la venta por edictos fijados en los estrados del tribunal y, si fuere el caso, en el Juzgado Menor de la población a que corresponda el bien que se subasta, durante un término no menor de quince días. El término para el remate es de quince días, por lo menos, y no mayor de treinta días.

Artículo 314. (Avisos). Los avisos contendrán una descripción detallada del bien o bienes que deban venderse, de su extensión, linderos y cultivos; el departamento y municipio donde estén situados; los gravámenes que tengan; los datos de sus inscripciones en el Registro de la Propiedad; el nombre y la dirección de la finca; el nombre del ejecutante, el precio base del remate, el día y hora señalados para el mismo, la nómina de los acreedores hipotecarios y prendarios si los hubiere, el monto de sus créditos, y el juez ante quien se debe practicar el remate. Se omitirá el nombre del ejecutado.

Artículo 315. (Remate). El día y hora señalados, el pregonero del juzgado anunciará el remate y las posturas que se vayan haciendo. de las cuales el secretario tomará nota. Cuando ya no hubiere más posturas, el juez las examinará y cerrará el remate declarándolo fincado en el mejor postor y lo hará saber por el pregonero. De todo esto se levantará un acta que firmarán el juez, el secretario, el rematario y los interesados que estén presentes y sus abogados. Sólo se admitirán postores que en el acto de la subasta depositen el diez por ciento del valor de sus ofertas, salvo que el ejecutante los releve de esta obligación. Si fueren varios los bienes que se rematan, serán admisibles las posturas que por cada uno de ellos se hagan, separadamente. Fincado el remate en el mejor postor, se devolverán a los demás los depósitos que hubieren hecho. El postor y el ejecutante podrán convenir en el acto del remate en las condiciones relativas a la forma de pago.

Artículo 316. (Derecho de tanteo). Durante el remate y antes de fincarse, pueden ejercitar el derecho de preferencia por el tanto, en el siguiente orden: los comuneros, los acreedores hipotecarios, según sus grados, y el ejecutante.

Artículo 317. (Responsabilidad del subastador). El subastador está obligado a cumplir las condiciones a que se obligó en el remate, y si no lo hiciere, perderá en favor del ejecutante y con abono a la obligación por la que se ejecuta, el depósito que hubiere hecho para garantizar su postura y quedará además, responsable de los daños y perjuicios que causare.

Artículo 318. (Falta de interesados en el remate). Si el día señalado para el remate no hubiere postores por el setenta por ciento, se señalará nueva audiencia para la subasta, por la base del sesenta por ciento, y así continuará, bajando cada vez un diez por ciento. Si llegare el caso de que ni por el diez por ciento haya habido comprador, se hará un último señalamiento, y será admisible entonces la mejor postura que se haga, cualquiera que sea. En cualquier caso, el ejecutante tiene derecho de pedir que se le adjudiquen en pago los bienes objeto del remate, por la base fijada para éste, debiendo abonar la diferencia si la hubiere.

Artículo 319. (Liquidación). Practicado el remate, se hará liquidación de la deuda con sus intereses y regulación de las costas causadas al ejecutante, y el juez librará orden a cargo del subastador, conforme a los términos del remate. Los gastos judiciales y de depósito, administración e intervención y los demás que origine el procedimiento ejecutivo, serán a cargo del deudor y se pagarán de preferencia con el precio del remate, siempre que hayan sido necesarios o se hubieren hecho con autorización judicial.

Artículo 320. (Pago en efectivo). Si el embargo se hubiere trabado en dinero efectivo o depósitos bancarios, al estar firme el auto que apruebe la liquidación, el juez ordenará se haga pago al acreedor.

Artículo 321. (Sobrante del remate). Si hubiere sobrante después de pagar por su orden los gravámenes vigentes, se entregará al ejecutado previo mandato judicial.

Artículo 322. (Rescate de los bienes rematados). El deudor o el dueño de los bienes rematados, en su caso, tienen derecho de salvarlos de la venta, mientras no se haya otorgado la escritura traslativa de dominio, pagando íntegramente el monto de la liquidación aprobada por el juez.

Artículo 323. (Depósito del precio). En el auto aprobatorio de la liquidación, el juez señalará al subastador un término no mayor de ocho días, para que deposite en la Tesorería de Fondos de Justicia el saldo que corresponda. Si el subastador no cumpliera se procederá de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 317 y se señalará nuevo día y hora para el remate.

Artículo 324. (Escrituración). Llenados los requisitos correspondientes, el juez señalará al ejecutado el término de tres días para que otorgue la escritura traslativa de dominio. En caso de rebeldía, el juez, la otorgará de oficio, nombrando para el efecto al notario que el interesado designe, a costa de éste. En la escritura se transcribirán el acta de remate y el auto que apruebe la liquidación.

Artículo 325. (Recursos). Solamente podrá deducirse apelación contra el auto que no admita la vía de apremio y contra el que apruebe la liquidación.

Artículo 326. (Entrega de bienes). Otorgada la escritura el juez mandará dar posesión de los bienes al rematante o adjudicatario. Para el efecto, fijará al ejecutado un término

que no exceda de diez días, bajo apercibimiento de ordenar el lanzamiento o el secuestro, en su caso, a su costa.

4.2 Efectos que produce la finca rematada

De conformidad con lo anterior, resulta evidente de que a través del procedimiento del juicio ejecutivo en la vía de apremio, resulta para el banco beneficios y perjuicios. Entre los beneficios se puede establecer que esta finca o inmueble que fue objeto de remate y a favor del banco, en muchos de los casos, se adjudica a un postor que se convierte automáticamente en deudor principal del banco, porque este le proporciona el monto de dinero que necesita para adquirir dicho inmueble. Por otro lado, esto dependerá del monto de lo adeudado o del monto del crédito, pero que le incrementan los bancos, intereses, sobre intereses, moras, intereses por mora, etc., la cantidad, casi asciende al monto de lo que posiblemente esta valorada la propiedad, porque efectivamente, en los avalúos, previo a otorgar el monto de crédito con garantía hipotecaria, se pondera hasta un ochenta por ciento del valor real del avalúo, y casi siempre el avalúo, se hace muy por debajo de lo que representa la plusvalía y lo que pudiera pensar el deudor del valor de su inmueble.

Por otro lado, podría suponerse que existe perjuicio a los bancos el hecho de que se adjudique en lugar de que se pague los inmuebles, porque precisamente esa no es la razón de ser de dichos bancos, sino que ellos obtienen ganancias de los intereses y

utilidades que les representa los préstamos hipotecarios o prendarios, y que el quedarse con propiedades no es razón suficiente para aceptar tales circunstancias.

4.3 Procedimiento ejecutivo bancario desde el punto de vista de la hipoteca

Este procedimiento de alguna manera tiene relación con lo que sucede en el procedimiento del juicio ejecutivo en la vía de apremio. Las normas que se citan a continuación que conlleva el procedimiento bancario, se encuentran contenidas en la Ley de Bancos y otros grupos financieros.

ARTÍCULO 105. Derecho común y tribunales ordinarios. Los juicios ejecutivos que las instituciones bancarias y las empresas de los grupos financieros planteen quedarán sujetos a los preceptos de esta ley y, en lo que no fuere previsto en ella, a las disposiciones del derecho común. El conocimiento y la resolución de los negocios y cuestiones litigiosas entre los bancos y grupos financieros, y entre éstos y terceros, corresponde a los tribunales ordinarios.

ARTÍCULO 106. Juez competente. Será juez competente para conocer de los juicios que planteen los bancos y las empresas de los grupos financieros, el del lugar en que estén instaladas las oficinas principales del ejecutante, el del lugar donde estén ubicados los bienes gravados o en donde se contrajo o debe cumplirse la obligación, a elección del ejecutante. Los juicios ejecutivos serán impulsados de oficio y los jueces

estarán obligados a velar porque se cumplan estrictamente los plazos que para cada acto procesal determine la ley.

ARTÍCULO 107. Ejecución. Los juicios ejecutivos que promuevan los bancos o las empresas integrantes de grupos financieros, con base en título correspondiente a crédito con garantías reales, se iniciarán con señalamiento de día y hora para el remate, y en el propio auto podrá decretarse la intervención del inmueble si así lo pidiere el ejecutante. El señalamiento de día y hora para el remate se notificará a las personas que legalmente corresponda, en la forma establecida en el Artículo 66 del Código Procesal Civil y Mercantil. En caso de no poderse realizar la notificación en la forma indicada en este artículo en un plazo de quince días, a solicitud del acreedor, tal notificación podrá efectuarse por medio de un edicto en el diario oficial y en uno de los de amplia circulación en el país. El edicto deberá contener únicamente: a) la identificación del tribunal y del proceso; b) la indicación de la persona a quien se notifica; c) la indicación del acto y la naturaleza del proceso; d) la indicación del plazo para que el demandado se apersona al proceso; y, e) el nombre del juez. La notificación se acreditará en el proceso con las hojas de los diarios en los que aparezca el edicto. El plazo a que se refiere el inciso d) anterior empezará a correr a partir del día hábil siguiente a la publicación del edicto.

ARTÍCULO 108. Depositario. Los bancos y las empresas integrantes de grupos financieros, en las ejecuciones que promuevan tendrán derecho de designar y remover

al depositario de los bienes objeto del juicio ejecutivo. Cualquier otro depositario nombrado con anterioridad será removido inmediatamente.

ARTÍCULO 109. Excepciones. El juez sólo dará trámite a las excepciones de prescripción o de pago. En este último caso el ejecutado deberá presentar: a) El documento emitido por el banco con el que acredite que se ha pagado la cantidad que motiva la ejecución, que debe incluir capital, intereses y costas judiciales; o, b) Certificación de un tribunal de la resolución que apruebe el pago por consignación. Cualquier otra excepción será rechazada de plano, pero la parte ejecutada tendrá la facultad de hacerla valer mediante juicio ordinario posterior. Este juicio ordinario posterior no procederá cuando se trate de las ejecuciones a que se refiere el Artículo 107 del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto 107.

ARTÍCULO 110. Título ejecutivo. Además de los contemplados en el Código Procesal Civil y Mercantil, constituirán título ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento, las libretas de ahorro, certificados de depósito, certificados de inversión, bonos, títulos valores, materializados o representados por medio de anotaciones en cuenta, o bien las respectivas constancias o certificados representativos de dichos documentos, que los bancos y las sociedades financieras autoricen o entreguen para comprobar la recepción de dinero. Previamente a promoverse la ejecución judicial con base en dichos títulos, deberá efectuarse requerimiento de pago hecho por Notario.

4.4 Funcionamiento de la hipoteca inmobiliaria en otras legislaciones

Luego de hacer una revisión de las legislaciones respecto al tema objeto de la presente investigación, surgió en quien escribe, la inquietud de analizar la legislación española, que es la única consultada, dentro de los países de Latinoamérica, siendo en España un país europeo, en que se regula específicamente lo relativo a las hipotecas bancarias y se hace especial mención respecto a lo que sucede con el derecho de propiedad.

Por otro lado, la crisis de las hipotecas que se tiene conocimiento ha sucedido en Estados Unidos, ha trascendido al caso de España. Las hipotecas son la principal causa de problemas financieros de los países del mundo desarrollado, básicamente, Estados Unidos y Europa. Pero a pesar de que muchos bancos europeos se han visto salpicados por esta crisis, los bancos españoles se han quedado al margen, precisamente porque por un lado, los bancos españoles han extendido sus filiales hacia América Latina, cuyos países no se han visto afectados por la crisis subprime. Esto ha provocado que los bancos hayan crecido en estos países y la diversificación de activos les haya permitido compensar las pérdidas. Los clientes de América Latina están empezando a confiar masivamente en los bancos, y han sido de los pocos beneficiados con la subida del precio de las materias primas.

Aunque la principal diferencia que tienen que tener en cuenta entre los bancos españoles y específicamente los bancos americanos que han quebrado o que tendrán

problemas en el futuro para sobrevivir (Goldman Sachs, Lehman Brothers, etc.) es que estos bancos son entidades de inversión, no son bancos basados en los depósitos, como son los españoles. Esto ha hecho que los bancos españoles, que presentan un porcentaje de banca de inversión, relativamente bajo, se hayan mantenido a flote durante la crisis. Pero esta no es la causa principal de la supervivencia del sistema financiero español: la principal diferencia se encuentra en la regulación y el control mantenido a lo largo de este tiempo por el Banco de España.

En Estados Unidos, la hipoteca se limita a lo siguiente: Una hipoteca es un préstamo que se hace para financiar la compra de bienes raíces, normalmente con periodos de pago específicos y tasas de interés. El comprador (deudor hipotecario) le da al prestamista (acreedor hipotecario) un derecho de embargo sobre la propiedad como garantía para el préstamo. Saldo principal original: es la cantidad de dinero que el prestamista le presta o provee para su inversión. Generalmente el dinero que el prestamista le provee como capital suele tener un valor menor que el valor de la propiedad hipotecada, de tal manera que si usted incumple con los pagos y se procede a la respectiva ejecución hipotecaria, el dinero que se obtenga por la venta en una subasta, se utiliza para pagar la deuda. Plazo: es el periodo de tiempo que se establece para el pago de la deuda. La deuda se paga periódicamente, según se acuerde, generalmente en pagos mensuales, hasta cancelar el saldo principal, los intereses que se acumulen durante el tiempo que dure pagando y los recargos establecidos. Interés: es una cantidad adicional que usted paga a quien le provee los fondos del préstamo como ganancia por utilizar su dinero en inversiones como su casa

propia. El interés puede ser: Fijo: se establece un porcentaje extra anual, que no varía durante el periodo que se acordó para la cancelación del préstamo. Ajustable: todo interés es un pago extra de un porcentaje sobre el valor del capital prestado, pero el interés ajustable se revisa periódicamente para adaptar los valores a las condiciones y movimientos del mercado actual. Una gran mayoría de los nuevos préstamos hipotecarios firmados en los EEUU son de interés fijo por un periodo 3 a 5 años y los restantes 27 ó 25 años son variables. Esto está causando muchas pérdidas hipotecarias que conllevan “foreclosures”: juicios o remates judiciales hipotecarios y que han llevado al mercado inmobiliario norteamericano a lo que se denominó en el 2007 credit crunch. Con el fin de evitar la entrega de préstamos hipotecarios de difícil pago, muchas organizaciones sin ánimo de lucro relacionadas con la industria inmobiliaria de los Estados Unidos han implementado códigos de ética diseñados para definir la entrega de los préstamos en condiciones equitativas y confiables.

4.5 Análisis de las ventajas y desventajas para la sociedad de la hipoteca bancaria en relación al ejercicio del derecho de propiedad

Si se hiciera una comparación entre las ventajas y desventajas que representa cada uno de los contratos que se suscitan con ocasión de la hipoteca bancaria, seguramente reinclinaría en aquel, que depende de varios factores como lo son, el monto, el préstamo, la tasa de interés, institución bancaria o persona que lo otorga, según sea el caso, cláusulas rescisorias, cesión del crédito, etc.

Las anteriores condicionantes, sin duda alguna, deben o son cautelosamente estudiadas por el deudor hipotecario, o por lo menos, así debe ser, para asegurarse que su crédito no representa ningún riesgo y que la propiedad del bien gravado con hipoteca no se limitará, en contraposición con los principios generales del derecho plasmado en la Constitución Política de la República, especialmente a la libre disposición de los bienes, el ejercicio del derecho de propiedad, etc.

Dentro de los aspectos que deben contemplarse en el caso de los bancos como acreedores y de los deudores es el siguiente.

a) Que regularmente los acreedores siendo ese uno de los motivos de su existencia, no tienen ninguna intención de perder sobre un préstamo o crédito que otorgar al deudor.

b) Que con el fin de asegurarse la devolución del pago con los consecuentes intereses, es que se suscitan especialmente en los bancos y con acreedores particulares, las garantías hipotecarias.

c) Normalmente una persona que tiene la necesidad de realizar un préstamo lo hace de preferencia no corriendo el riesgo sobre su bien inmueble, que regularmente es su vivienda familiar, pero si no lo hace, incide en que puede correr el riesgo de perderlo.

d) Los bancos, deben estar regulados por la Superintendencia de Bancos del Banco de Guatemala, sin embargo, por considerar que constituyen un importante sector poderoso económicamente hablando, esto se hace sentir de la interpretación y efectos que produce el Artículo 836 del Código Civil, respecto a la excepción del derecho de propiedad y libre disposición que tienen los particulares sobre sus bienes.

e) Dentro del riesgo que debe cubrir los bancos respecto a la devolución del monto prestado, se encuentra su fundamento en la teoría precisamente del riesgo que dice que : como su nombre lo indica, el riesgo significa una contingencia o posibilidad de peligro. Como se ha visto desde el día que el deudor contrae la obligación de dar un bien cierto hasta el día de su cumplimiento puede suceder, existe el riesgo o el peligro, que el bien cierto que es insustituible (es decir el deudor esta obligado a entregar ese bien y no otro) se pierda (destruya total o parcialmente, se extravié o quede fuera del comercio) o se deteriore. Esta pérdida o deterioro del bien puede deberse o imputarse a la culpa del deudor, del acreedor o de ninguno de ellos, por eso resulta necesario que se determine cual de las partes (deudor o acreedor) asumirá - sufrirá o soportará las consecuencias económicas derivadas de las consecuencias de la pérdida o deterioro del bien. Quien de las partes sufrirá la pérdida de la contraprestación. La teoría que se aplica para poder determinar cual de las partes de la relación obligacional (deudor o acreedor) sufrirá económicamente por la pérdida o deterioro, es la teoría del riesgo. Esta teoría tiene por finalidad determinar cual de las partes de la relación obligacional, deudor o acreedor, cual de las partes va ha sufrir económicamente por la perdida o deterioro del bien, cual de las partes sufrirá la

perdida económica de la contraprestación. Esta teoría se aplica a las obligaciones con prestaciones recíprocas. Las obligaciones con prestaciones recíprocas son aquellas relaciones obligacionales constituidas por dos obligaciones: ejemplo: Deudor X se compromete a entregar un bien cierto a Y a cambio de 1000 quetzales. Obligación 1: Deudor X se compromete a entregar un TV LG 21 pulgadas marca Sony al acreedor Y. El deudor X tiene el deber de cumplir con dicha prestación de dar ese TV al acreedor Y el acreedor Y tiene la facultad de exigir que se le entregue el bien. Obligación 2: El acreedor Y tiene la obligación de entregar al deudor X los mil quetzales y el deudor X tiene la facultad de exigir que se le entregue los 1000 quetzales. En estas obligaciones con prestaciones recíprocas el deudor es al mismo tiempo deudor y acreedor de la otra parte y el acreedor es al mismo tiempo acreedor y deudor de la otra parte: Esta teoría necesariamente se aplica a las obligaciones con prestaciones recíprocas donde el deudor se encuentra obligado a entregar algo (TV) y a recibir algo (1000 quetzales) y el acreedor obligado a recibir (TV) y a dar algo (1000 quetzales); pues, en estos casos, si el bien se pierde o deteriora se podrá determinar cual de las partes deudor o acreedor sufrirá económicamente las consecuencias por la pérdida o deterioro del bien o quien de las partes sufrirá la pérdida de la contraprestación y, esto debido a la teoría del riesgo. La teoría del riesgo no puede aplicarse a aquellas relaciones obligacionales donde no existen obligaciones con prestaciones recíprocas, es decir, no puede aplicarse sobre aquellas relaciones obligacionales constituidas por una sola obligación; por ejemplo: si el deudor se encuentra obligado sólo a cumplir con entregar un bien cierto al acreedor a cambio de nada y el bien se pierde o deteriora, el deudor no perderá nada, pues a

cambio de dicha entrega no iba a recibir nada a cambio (no deja de recibir algo) y el acreedor tampoco pierde, pues, a cambio de dicho bien no estaba obligado a dar nada.

4.6 Necesidad de que se regule en el Código Civil guatemalteco

De conformidad con lo anotado anteriormente, y el análisis hecho con respecto a la hipoteca bancaria, es evidente de que la sociedad guatemalteca, se encuentra completamente desprotegida de los aseguramientos ilegales que se hacen los bancos con respecto a los créditos con garantía hipotecaria, especialmente con estipulaciones fuera de lugar y que a todas luces perjudica de una u otra forma al deudor hipotecario. Es de considerar que no es justo esta clase de estipulaciones porque violentan garantías individuales, la mal llamada hipoteca bancaria no se encuentra sustentada legalmente para hacer toda clase de restricciones como lo hace en la realidad, aprovechándose de la necesidad económica del deudor, que muchas veces le conviene realizar u obtener un crédito con una persona particular o prestamista, de confianza suya que le significaría menos contratiempos, menos gastos y sobre todo un mejor contrato con estipulaciones no tan usurarias al tenor de lo que indica el Artículo 1542 del Código Civil que dice: “La persona que aprovechándose de la posición que ocupe, o de la necesidad, inexperiencia o ignorancia de otra, la induzca con conceder ventajas usurarias o a contraer obligaciones notoriamente perjudiciales a sus intereses esta obligada a devolver lo que hubiere recibido, con los daños y perjuicios, una vez declarada la nulidad del convenio.”

Sin embargo, existe la limitación para el deudor cuando se dice que no podrá enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin el consentimiento del acreedor. Sin embargo, lo anterior transgrede de buena manera no sólo la norma constitucional sobre el ejercicio del derecho de propiedad, como bien se ha analizado, así también, el Artículo 836 del Código Civil que dice que 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. Como se observa en este último párrafo se quiso por parte del legislador, dejar doblemente amparado al acreedor que son los bancos regularmente, cuando se trata de créditos hipotecarios bancarios, porque la norma produce entonces, lo que comúnmente se dice un gallo gallina, lo cual en la realidad práctica como se ha venido analizando obstaculiza el derecho de propiedad de los deudores, sin que ello implique que estos en ningún concepto quieran cancelar la obligación contractual que tienen con los banqueros.

Por otro lado, se tiene conocimiento que los créditos hipotecarios bancarios, son casi prácticamente contratos de adhesión, lo cual implica en su interpretación normas que favorecen a los deudores porque precisamente no son estos quienes en un sistema de contratación libre, lo suscriben, lo cual debe ser analizado también por los legisladores.

Lo anterior, casi siempre se acepta por el deudor necesitado, entonces, el Estado debe actuar para proteger los intereses de los particulares en este sentido. En síntesis,

se hace necesario que se adecue técnica y apropiadamente la ley respecto a estudiar y precisar las limitaciones que representa la hipoteca bancaria y que produce como consecuencia de ello, la violación a derechos individuales y sociales de los guatemaltecos, en contraposición con los principios generales del derecho.

Por lo anteriormente anotado, resulta conveniente regular sobre lo siguiente:

a) El ejercicio al derecho de la propiedad que tienen los guatemaltecos, no sólo se circunscriben a los créditos bancarios propiamente dichos, sino también, en calidad de que gozan los deudores al pertenecer al grueso sector de la población y a quienes los banqueros proporcionan un servicio, por ello, denota también no sólo la calidad de deudores sino de consumidores o usuarios.

b) Que dentro de los abusos más comunes que se observan en los bancos y que de alguna manera trascienden derechos como el de propiedad que debe ser controlado, son los intereses altos y por lo tanto, son intereses abusivos. Es innegable que la población, por un lado desconoce la situación y conversión que realizan los bancos dentro de sus operaciones matemáticas o transacciones dudosas matemáticas, respecto a los tipos de interés reales. Los bancos se basan a que ese fue el interés “pactado”, pero se trata de contratos de adhesión.

c) Así también respecto a los tipos efectivos en cuanto al interés nominal e interés efectivo, que son dos conceptos distintos, claramente definidos por la doctrina financiera y mundialmente aplicados de manera uniforme. Es en este terreno donde pretendidos asesores financieros, mediante ejemplos numéricos que esgrimen para atribuirse mayor credibilidad, que pareciera totalmente certero, pero que solapadamente confunden y abusan en contra de los usuarios de dichos bancos.

d) Respecto a los precios libres, es relativo considerando que la mayoría de la población en su afán de necesidad, esto es aprovechado por los banqueros para exprimir hasta donde se pueda al deudor con las ganancias que se generan del crédito otorgado, sin tocar el monto del crédito.

e) Es innegable entender que la población cae en la ignorancia respecto a como operan los bancos, circunstancia que les favorece el hecho de desconocer como se manejan y hasta que grado es conveniente o no para el deudor aceptar las condiciones del banco para adquirir un crédito con garantía de su vivienda.

En base a lo anterior, es importante determinar:

a) Obligación de informar. Este es un aspecto que debe considerarse no solo en el Código Civil, Código de Comercio y fundamentalmente en la Ley de protección al Consumidor y Usuario, puesto que en esta materia no se encuentra nada regulado, sino que señala aspectos muy generales de los servicios, pero no como se encuentra en otras legislaciones, como sucede en el caso de la española, como se ha establecido en el desarrollo de este trabajo.

b) Debe estipularse en forma específica que cuando se efectúen compraventas de bienes o prestaciones de servicios que incluyan el otorgamiento de créditos a las personas, el proveedor de los bienes o prestador de los servicios, estará obligado a informar previamente a éste de: 1. El precio al contado del bien o servicio en cuestión. 2. La tasa de los intereses a cobrar y la tasa de los intereses de mora. 3. Toda comisión o gasto por cobranza a ser imputada a la operación de venta a crédito, incluyendo los gastos de administración y transporte si los hubiere. 4. La suma total a pagar por el referido bien o servicio durante el plazo máximo de la operación. 5. Los derechos y obligaciones de las personas y el proveedor de bienes o prestador de servicios en caso de incumplimiento. 6. Deberá como mínimo entregar un ejemplar del contrato, para su conocimiento, estableciendo para ello, un plazo para estipular en forma de anticipación al otorgamiento.

c) Si bien es cierto, lo contenido en el Artículo 836 del Código Civil constituye una limitación al ejercicio de propiedad del deudor, en estos casos, también lo es que

deben existir otras leyes de protección contra los abusos en que se ven afectados los deudores respecto de los bancos.

CONCLUSIONES

1. Existe una violación al derecho constitucional de propiedad ya que las instituciones de crédito pretenden imponer al deudor hipotecario la prohibición de enajenar su propiedad sin su consentimiento como acreedor.
2. Las entidades de crédito acogen un modelo de contrato en el que incluyen unilateralmente una serie de cláusulas prerredactadas, en las cuales existen limitaciones al derecho de propiedad del deudor por lo que las cláusulas violatorias de tal derecho deben ser declaradas nulas de pleno derecho por ser inconstitucionales.
3. Existe omisión de parte de los órganos fiscalizadores del Estado quienes no verifican el respeto al derecho de propiedad en las cláusulas del contrato de adhesión de las instituciones de crédito.
4. Cualquier persona que por contrato de mutuo con garantía hipotecaria se encuentre obligado ante una institución de crédito no debe cumplir con la cláusula restrictiva de su derecho de propiedad, aunque así lo establezca el

contrato ya que el principio de la autonomía de la voluntad, no puede limitar los derechos constitucionales.

5. La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor. Por lo tanto, la hipoteca es el derecho real, convencionalmente constituido, sobre uno o varios inmuebles y se denomina privilegiada o bancaria, precisamente, porque en estos contratos es donde se ve reflejada las limitaciones al ejercicio de la propiedad de los deudores.

RECOMENDACIONES

1. Que el Estado a través de sus órganos cree una institución fiscalizadora de entidades de crédito para que respeten el derecho constitucional que los deudores tienen de disponer de sus propiedades sin restricción alguna, cuando estas se encuentran hipotecadas a favor de entidades bancarias
2. Al ser creada la institución fiscalizadora esta debe tratar de que las entidades de crédito no utilicen en el contrato de adhesión las cláusulas que pretenden limitar al deudor su derecho de propiedad.
3. También es necesario que en los contratos de adhesión que utilizan las entidades de crédito se establezca una cláusula aclaratoria que informe a los deudores su libre ejercicio al derecho de propiedad sobre el bien de crédito objeto de la hipoteca.

ANEXO

En la Ley de Bancos y Grupos Financieros, dentro de su cuerpo normativo más importante en relación a la función de los bancos y los derechos reales de hipoteca, indican los siguientes:

Artículo 1. Objeto. “La presente Ley tiene por objeto regular lo relativo a la creación, organización, fusión, actividades, operaciones, funcionamiento, suspensión de operaciones y liquidación de bancos y grupos financieros, así como al establecimiento y clausura de sucursales y de oficinas de representación de bancos extranjeros.”

Artículo 50. Concesión de financiamiento. Los bancos, antes de conceder financiamiento, deben cerciorarse razonablemente que los solicitantes tengan la capacidad de generar flujos de fondos suficientes para atender el pago oportuno de sus obligaciones dentro del plazo del contrato. Asimismo, deberán hacer un seguimiento adecuado a la evolución de la capacidad de pago del deudor o deudores durante la vigencia del financiamiento. Los bancos exigirán a los solicitantes de financiamiento y a sus deudores, como mínimo, la información que determine la Junta Monetaria mediante disposiciones de carácter general que dicte para el efecto. Si con posterioridad a la concesión del financiamiento el banco comprobare falsedad en la declaración y

documentación proporcionada por el deudor o deudores, podrá dar por vencido el plazo y exigir extrajudicialmente o judicialmente el cumplimiento inmediato de la obligación.

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

Artículo 52. Requisitos. En el proceso de concesión y durante la vigencia del crédito deberá observarse lo siguiente: a) El banco deberá requerir del deudor toda la información y acceso que le permita continuamente evaluar la capacidad de pago de éste. La Superintendencia de Bancos podrá, cuando lo estime necesario, evaluar la capacidad de pago de los deudores, para cuyo efecto el banco deberá poner a disposición de la misma, la información y toda la documentación que ésta le requiera; y, b) Toda prórroga debe ser expresa. El plazo del crédito no se entenderá prorrogado por la simple espera o el hecho de recibir abonos al principal o el pago total o parcial de los intereses vencidos. La prórroga o cancelación de las obligaciones en favor de los bancos, sean o no hipotecarias, podrá hacerse por medio de razón al pie del documento respectivo, puesta por quien tenga facultad legal para hacerlo. Tal razón

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

Artículo 53. Valuación de activos, contingencias y otros instrumentos financieros.

Los bancos y las empresas del grupo financiero que otorguen financiamiento deben valorar sus activos, operaciones contingentes y otros instrumentos financieros que impliquen exposiciones a riesgos, de conformidad con la normativa correspondiente. Los bancos y, en su caso, las empresas del grupo financiero, deben constituir, contra los resultados del ejercicio, las reservas o provisiones suficientes, conforme a la valuación realizada. En caso de que las reservas o provisiones a constituir excedan el máximo legal permitido como gasto deducible para fines fiscales, tales excedentes podrán crearse directamente contra cuentas de capital. En caso de incumplimiento, la Superintendencia de Bancos podrá ordenar la reclasificación de los activos y la correspondiente constitución de reservas o provisiones, sin perjuicio de las sanciones que correspondan. Cuando a juicio del Superintendente de Bancos, en determinados activos, contingencias y otros instrumentos financieros existan factores de riesgo que requieran la constitución de reservas o provisiones especiales adicionales a las indicadas en el primer párrafo del presente artículo, deberá ordenar, en cada caso, la constitución de las mismas con el fin de cubrir el riesgo en la medida necesaria. La Junta Monetaria, a propuesta de la Superintendencia de Bancos, emitirá la normativa a que se refiere el primer párrafo del presente artículo, determinando el régimen de

clasificación de activos y de reservas o provisiones, tomando en cuenta la capacidad de pago y cumplimiento del deudor, a los fines de lo indicado en dicho párrafo.

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

a) Como garantía adicional, a falta de otra mejor, cuando fueren indispensables para asegurar el pago de créditos a su favor, resultantes de operaciones efectuadas con anterioridad;

b) Cuando a falta de otros medios para hacerse pago tuvieren que aceptarlos en cancelación, total o parcial, de créditos a favor del propio banco y, en su caso, las demás empresas del grupo financiero, resultantes de operaciones legalmente efectuadas en el curso de sus negocios;

c) Cuando tuvieren que comprarlos, para hacer efectivos créditos a su favor, o bien para la seguridad de su propia acreeduría; y,

d) Cuando le fueren adjudicados en virtud de acción judicial promovida contra sus deudores. Los activos que posean y los que adquieran los bancos de acuerdo con lo anterior se denominarán activos extraordinarios, los cuales deberán ser vendidos dentro del plazo de dos años, contado a partir de la fecha de su adquisición. Una vez incorporados al banco estos activos, los mismos deberán ser valuados. La Superintendencia de Bancos podrá requerir nuevas valuaciones por parte de terceros y la constitución de las reservas o provisiones. Si la venta de los activos extraordinarios no fuere realizada dentro del plazo de dos años, los bancos estarán obligados a ofrecerlos en pública subasta inmediatamente después de la expiración de dicho plazo; en caso no hubiere postores, la subasta deberá repetirse cada tres meses. Cuando las condiciones económicas y financieras lo requieran, la Junta Monetaria podrá suspender las subastas o podrá extender los plazos a que hace referencia este artículo, por plazos fijos no mayores de seis meses. La venta y la aplicación de utilidades de activos extraordinarios serán reglamentadas por la Junta Monetaria.

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

Artículo 56. Políticas administrativas. Los bancos y las empresas que integran grupos financieros deben contar con políticas escritas actualizadas, relativas a la concesión de créditos, inversiones, evaluación de la calidad de activos, suficiencia de provisiones para pérdidas y, en general, políticas para una adecuada administración de los diversos riesgos a que están expuestos. Asimismo, deben contar con políticas, prácticas y procedimientos que les permitan tener un conocimiento adecuado de sus clientes, con el fin de que los bancos y grupos financieros no sean utilizados para efectuar operaciones ilícitas.

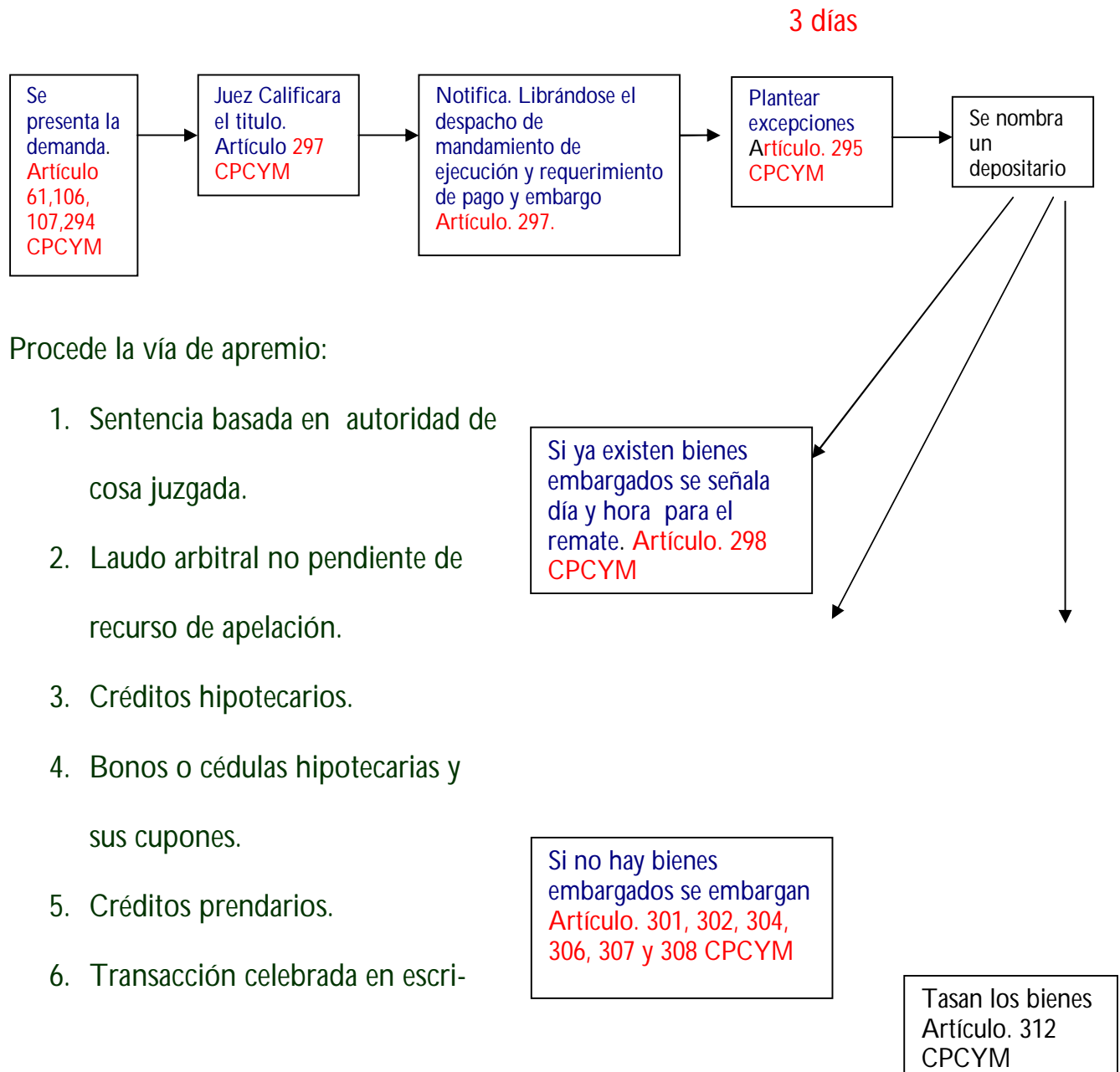
Artículo 57. Control interno. Los bancos y las empresas que integran grupos financieros deben mantener un sistema de control interno adecuado a la naturaleza y escala de sus negocios, que incluya disposiciones claras y definidas para la delegación de autoridad y responsabilidad, separación de funciones, desembolso de sus fondos, la contabilización de sus operaciones, salvaguarda de sus activos, y una apropiada auditoría interna y externa independiente, así como una unidad administrativa responsable de velar porque el personal cumpla estos controles y las leyes y disposiciones aplicables. La Junta Monetaria, a propuesta de la Superintendencia de Bancos establecerá, mediante normas de general aplicación, requisitos mínimos que los bancos deben cumplir con relación a las materias contenidas en los dos artículos anteriores y en el presente.

Artículo 58. Sistema de información de riesgos. La Superintendencia de Bancos implementará un sistema de información de riesgos, para lo cual los entes a que se refiere la presente ley están obligados a proporcionar la información que para el efecto determine dicha Superintendencia. Al sistema de información de riesgos tendrán acceso, exclusivamente para fines de análisis de crédito, los bancos y grupos financieros y otras entidades de intermediación financiera que a pedido de la Superintendencia de Bancos apruebe la Junta Monetaria.

Así es como el ámbito normativo que se regula para la hipoteca es muy extenso, y pareciera que es claro, sin embargo, en la realidad como se ha venido planteado en el desarrollo de este trabajo, ofrece dificultades especialmente para los deudores en los créditos bancarios con garantía hipotecaria, circunstancia que se observo en el presente trabajo de tesis.

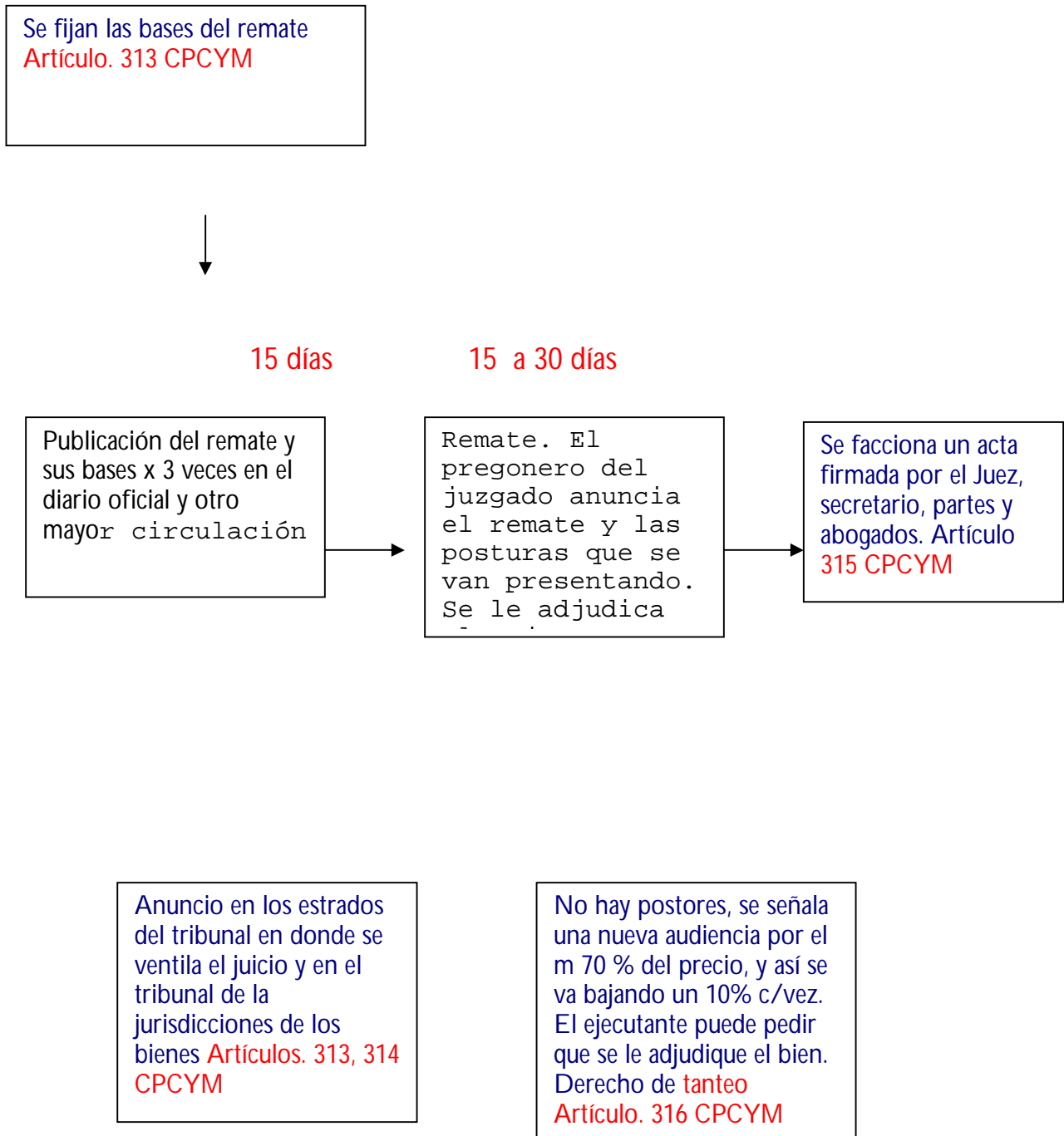
VÍA DE APREMIO

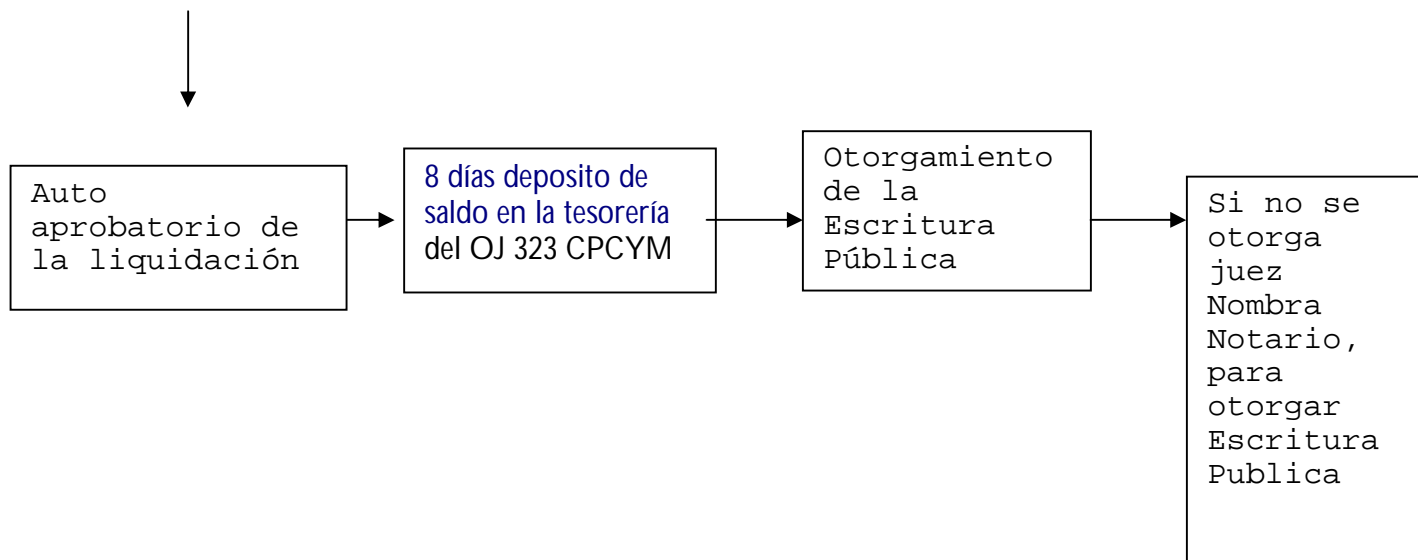
* El Ejecutado tiene derecho de salvar sus bienes hasta que no se haya otorgado la escritura traslativa de dominio. Artículo. 322 CPCYM.



tura pública.

7. Convenio Celebrado en juicio





BIBLIOGRAFIA

AGUILAR GUERRA, Vadimir Osman. **El sentido social de la propiedad en Guatemala.** Universidad de San Carlos de Guatemala, 1991.

ALCALA-ZAMORA, **Estudios de teoría general e historia del proceso.** Universidad Nacional autónoma de México, 1974.

ALESSANDRI, Fernando. **La hipoteca.** Editorial universo, Santiago de Chile 1919.

AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil. Tomo I y II.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Editorial Universitaria, 1981. Guatemala.

BARRIENTOS SUASNAVAR, Luís Alberto. **Análisis de los principios en el Registro de la Propiedad y su regulación en la legislación guatemalteca.** Universidad de San Carlos de Guatemala, 1990.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil. Nociones Generales de las Personas, de la Familia.** Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 1973, Editorial Universitaria. Guatemala.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y floral**. Derecho de Familia, Relaciones Conyugales. 9ª. Edición. Madrid, Reus, 1976.

CASTAÑEDA CHEW, Manuel Augusto. **La hipoteca inmobiliaria desde el punto de vista doctrinal y legal en Guatemala**. Universidad de San Carlos de Guatemala, 1972.

CERVANTES AHUMANDA, Raúl. **Operaciones bancarias**. Editorial porrua México 15º Edición segunda reimpresión, 2003.

COUTERE, Eduardo, **Fundamentos de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires Argentina, 1958.

DE PINA, Rafael. **Tratado de las pruebas civiles**. 3ª. Edición.

DEL VISO, Salvador. **Lecciones elementales del derecho civil del derecho de las personas con relación a su estado civil**. Valencia Juan Mariana y Sanz, 1868.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 2ª. Reimpresión de la 3ª, Ed. Tomo I.

HERNÁNDEZ Octavio A. **El crédito bancario**. Editorial harla México, 1956.

LASCANO David. **Proceso civil**. Editorial Kraft Buenos Aires Argentina.

PALACIOS GARCIA. Raúl. **Derecho de obligaciones**. Editorial Fecat, 2002

PETIT Eugene. **Tratado elemental del derecho romano**. Editorial Jurídica
Salvadoreña. 2002.

PIETRO CASTRO. **La tecnica procesal**. Editorial platense Madrid España, 1989.

PLANIOL Repert. **Derecho civil volumen 4, parte B**. Editorial de Belgrano, 1980.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español:**

Tomo V. Familia y Sucesiones. Editorial Arazandi, Pamplona, España, 1974.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. **El derecho bancario**. Editorial porrua 4ta.

Edición México, 1976.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**.

Introducción, Personas y Familia. Volumen I, Editorial Porrua, S.A. México,

I. D.F. 1978.

SOTO ALVAREZ, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del**

derecho y nociones de derecho civil. Editorial Mimusa, México, 1975.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. **Derecho civil español. Derecho de**

Familia, Parte Especial, Tomo IV. Talleres Tipográficos, Madrid, 1975.

VARGAS ORTIZ, Ana María. **Breve comentario sobre el decreto**

ley 106. Folleto sin fecha.

Legislación:

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

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

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

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

Ley de Bancos y otros grupos financieros. Congreso de la Republica de Guatemala, Decreto numero 19-2002, 2002.