

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

ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 836 DEL CÓDIGO CIVIL

GERSON DANIEL CRUZ AVALOS

GUATEMALA, JUNIO 2010

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

ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 836 DEL CÓDIGO CIVIL

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

Gerson Daniel Cruz Avalos

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, junio 2010

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Guillermo Díaz Rivera
Vocal:	Licda. Floridalma Carrillo Cabrera
Secretario:	Lic. Luis Alfredo González Rámila

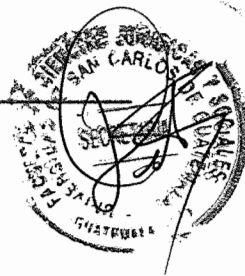
Segunda Fase:

Presidente:	Lic. David Sentés Luna
Vocal:	Licda. Dora Renee Cruz Navas
Secretaria:	Licda. Mayra Lojana Véliz López

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

LIC. ESTUARDO CASTELLANOS VENEGAS
ABOGADO Y NOTARIO

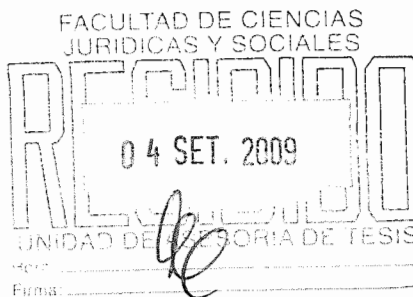
3ra. Avenida 13-62 Zona 1
Tel. 22304830



Guatemala, 27 de agosto de 2009

Señor:

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
PRESENTE



Tengo el honor de dirigirme a usted con el objeto de manifestarle que por resolución emanada de esa unidad, se me nombró asesor de tesis al bachiller: Gerson Daniel Cruz Avalos, carné 200218390, cuyo título es **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 836 DEL CÓDIGO CIVIL”**, por lo que hago de su conocimiento:

- a) El tema trabajado es importante ya que trata sobre la necesidad que se tiene de reformar el Artículo 836 del Código Civil. El contenido del trabajo de investigación radica en la necesidad que tiene el propietario del bien inmueble (deudor), sobre la libre disposición de propiedad privada que le otorga la Constitución Política de la República de Guatemala.
- b) El estudiante observó las instrucciones y recomendaciones hechas en cuanto a la presentación y desarrollo del mismo.
- c) Los métodos y técnicas empleados en la investigación son idóneos, utilizando el método inductivo y analítico, los cuales permitieron al estudiante la facilidad y eficiencia en cuanto a la recopilación y selección de la información para desarrollar el tema deseado.
- d) Las conclusiones y recomendaciones concuerdan con el plan y el contenido de la investigación, constituyendo un aporte para la solución del tema elaborado.

- d) En cuanto a la fuente bibliográfica consultada es suficiente y adecuada para el tema desarrollado, ya que contiene la exposición de autores nacionales y extranjeros.
- e) El trabajo realizado constituye un aporte para los estudiantes y profesionales del derecho por el enfoque que se le ha dado y además porque es un tema de la realidad jurídica en el país.



Por lo anterior expuesto, considero que el trabajo de investigación del bachiller **GERSON DANIEL CRUZ AVALOS**, puede servir de base para la sustentación del examen público respectivo y en virtud de ello, emito mi dictamen y opinión favorable y así se pueda continuar con el trámite respectivo, ya que el mismo cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente,

Id y Enseñad a todos



Lic. Estuardo Castellanos Venegas

Abogado y Notario

Colegiado No. 7,706
Lic. Estuardo Castellanos Venegas
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) ALDO EDUARDO MASELLI GONZÁLEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante GERSON DANIEL CRUZ AVALOS, Intitulado: "ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 836 DEL CÓDIGO CIVIL".

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



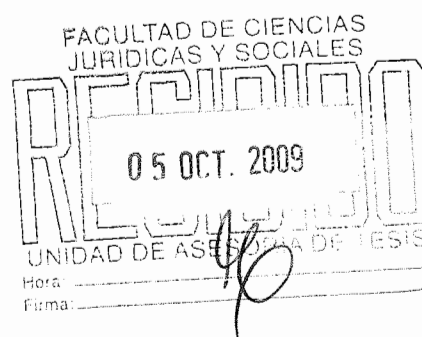
cc.Unidad de Tesis
CMCM/nmmr.

LICENCIADO ALDO ESTUARDO MASELLI GONZÁLEZ
ABOGADO Y NOTARIO
AV. REFORMA EDIFICIO 1-64 ZONA 9
9º NIVEL, OFICINA 901
TEL. 2331-7419



Guatemala, 28 de septiembre de 2009

Señor:
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Universidad de San Carlos de Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
PRESENTE



Atentamente me dirijo a usted con el objeto de informarle que conforme a resolución de su despacho, con fecha cuatro de septiembre del presente año he cumplido con la función de revisor de tesis del bachiller: **GERSON DANIEL CRUZ AVALOS**, en la presentación de su trabajo intitulada **“ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 836 DEL CÓDIGO CIVIL”**.

A este respecto y en cumplimiento a lo que se establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me permito rendir a usted el siguiente informe:

1. Que la tesis en mención tiene un carácter científico y técnico, el primero porque se aplica la ciencia jurídica sobre el análisis de la hipoteca; y el segundo porque la realización de la misma llena los requisitos que se establecen para su elaboración.
2. Los métodos inductivo y deductivo se aplicaron al extraer los análisis de los hechos generales para llegar a conclusiones particulares y viceversa. La técnica de investigación documental se aplicó mediante el análisis de las doctrinas de diferentes juristas.

3. La redacción fue corregida en algunas de sus partes, mismas que considero oportunas, para una mejor comprensión del tema abordado.
4. La contribución científica que se aporta es de verdadera importancia, ya que se pretende dar solución a la libre disposición de propiedad privada por parte del propietario (deudor).
5. Las conclusiones y recomendaciones son congruentes con el contenido de la investigación de mérito, para lograr el objetivo que se ha planteado en su plan de trabajo, determinando la veracidad de la hipótesis formulada.
6. La bibliografía consultada en la tesis fue de índole nacional e internacional, lo que permitió hacer un análisis comparativo de dicha institución, y por último se puede destacar que fueron aplicadas en todo su contenido las reglas de redacción y ortografía correctamente.



En virtud de lo anteriormente expuesto apruebo el trabajo que he revisado y en consecuencia rindo el dictamen favorable, ya que el mismo cumple con los requisitos que exige el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Atentamente,



Lic. Aldo Eduardo Maselli González
Abogado y Notario

Colegiado No. 5 799
ALDO EDUARDO
MASELLI GONZALEZ
ABOGADO - NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

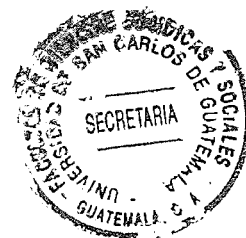
Guatemala, diecinueve de abril del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante GERSON DANIEL CRUZ AVALOS, Titulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 836 DEL CÓDIGO CIVIL. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



DEDICATORIA



A DIOS:

Fuente de sabiduría, y digno de toda gloria y honra por la eternidad.

A MIS PADRES:

Clementino Cruz Monzón y Saira Lorena Avalos de Cruz, por darme el pasado, el presente y el futuro de lo que soy.

A MIS HERMANOS:

Dr. Ever, Dr. Billy y William, quienes como yo, han deseado ver la culminación de esta carrera.

A LA FAMILIA CASTILLO

BELTETON:

Gracias por el apoyo brindado.

A MI ASESOR Y

REVISOR DE TESIS:

Lic. Estuardo Castellanos Venegas.

Lic. Aldo Eduardo Maselli González.

A MIS AMIGOS Y

COMPAÑEROS:

Agradecimiento por el apoyo moral y espiritual.

A:

La Universidad De San Carlos de Guatemala en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales y a todos los catedráticos que me impartieron sus conocimientos y experiencias que serán la base de mi profesión.

ÍNDICE



Introducción..... 1

CAPÍTULO I

1. Aspectos doctrinarios y legales de la hipoteca..... 1

 1.1. Definición de cosa..... 1

 1.2. El derecho de propiedad..... 1

 1.3. Los derechos reales de garantía..... 16

 1.4. La hipoteca como derecho real de garantía..... 18

 1.5. Naturaleza jurídica de la institución de la hipoteca..... 20

 1.5.1. Características del derecho real de la hipoteca..... 21

 1.5.2. Bienes sobre los que recae la hipoteca..... 22

 1.5.3. Extensión de la hipoteca..... 22

 1.5.4. Bienes que no pueden hipotecarse..... 22

 1.5.5. El saldo soluto e insoluto..... 23

CAPÍTULO II

2. La hipoteca bancaria en Guatemala..... 25

 2.1. La obligación como causa de la generación de la hipoteca bancaria..... 25

 2.2. Elementos de la obligación..... 26



2.3. Ámbito jurídico en que se desarrolla la obligación.....	26
2.4. La actividad bancaria en el derecho real de hipoteca.....	28
2.4.1. Clases de operaciones bancarias.....	29
2.4.2. El contrato bancario.....	34
2.4.3. El crédito bancario.....	36
2.4.4. Clasificación del crédito bancario.....	37
2.5. Las garantías bancarias.....	38
2.5.1. Crédito hipotecario.....	38
2.5.2. Modalidades que suscitan en la actividad bancaria.....	40

CAPÍTULO III

3. Los conflictos que se generan en perjuicio del deudor de la hipoteca en el sistema bancario.....	45
3.1. Aspectos considerativos.....	45
3.2. Análisis de los contratos de créditos hipotecarios bancarios y lo que sucede con los derechos del deudor.....	54
3.3. Recopilación de información del Registro General de la Propiedad.....	56
3.4. Los derechos y obligaciones en los contratos bancarios con garantía hipotecaria.....	59
3.5. Los contratos de adhesión y los contratos bancarios.....	61
3.5.1. Definición de contrato bancario.....	62



3.5.2. Objeto del contrato bancario.....	
3.5.3. Características del contrato bancario y su relación con los contratos de adhesión.....	63

CAPÍTULO IV

4. Análisis del Artículo 836 del Código Civil y la necesidad de su reforma.....	69
4.1. Repercusiones respecto a la Constitución Política y el derecho de propiedad.....	69
4.2. Las formas de usura que se observan en los contratos bancarios.....	75
4.3. Los intereses y tasas incrementadas constantemente.....	77
4.4. La situación del dólar que tiende a la subida pero no a la baja de los intereses.....	78
4.5. Necesidad de reforma del Artículo 836 del Código Civil para que sea más claro respecto al ejercicio del derecho de propiedad.....	79
4.6. Análisis del Artículo 836 del Código Civil y la necesidad de su reforma.....	79

CAPÍTULO V

5. Solución de la hipoteca en el sistema bancario.....	81
5.1. Reunificación de préstamos.....	81
5.2. Financiación para cliente final de promotoras.....	83



5.3. Hipoteca multidivisa.....	84
5.4. Hipoteca cambio de casa.....	85
5.5. Hipoteca sin avalista al 100 por ciento de valor de tasación.....	85
5.6. Préstamos de consumo.....	88
5.7. Financiación de empresas.....	88
5.6. Financiación para empresas multilíneas de crédito.....	89
CONCLUSIONES.....	93
RECOMENDACIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN



El presente trabajo de investigación se presenta por el interés que implica en la realidad guatemalteca, un perjuicio para la parte más débil de las relaciones comerciales o bancarias en el caso del deudor, y que el legislador de los años sesenta, lo dejó plasmado en el Artículo 836 del Código Civil y que a estas alturas, provoca grave perjuicio a la sociedad, y beneficia al sector bancario, lo cual no puede ser, porque a partir de 1985 y que entró en vigencia en enero de 1986, la Constitución Política de la República de Guatemala, establece el principio de igualdad, y en este caso, claramente se ha violentado, como se ha establecido en los resultados del trabajo desarrollado, cuando no se da un trato igual a los iguales en el tema de los créditos bancarios con garantía hipotecaria.

La investigación tiene como objetivo determinar en qué consiste la hipoteca bancaria, las condiciones de los contratos, la situación de las partes, lo que se interpreta de los contratos de adhesión respecto a este tipo de créditos, los derechos y obligaciones de las partes y el análisis del Artículo 836 del Código Civil, necesidad de su reforma, proponiendo las bases para la misma, etc. En cuanto a la hipótesis la propiedad como un derecho inherente a la persona humana, garantizada por el Artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la cual se encuentra limitada por el Artículo 836 del Código Civil, en relación a los préstamos hipotecarios.

Para llevar a cabo la presente investigación de tesis se utilizó el método sintético, el



cual determino las características y particularidades de la hipoteca sobre los bienes inmuebles en Guatemala; el método inductivo indicó la interrelación de los bienes y el resto de derechos reales regulados en la legislación civil guatemalteca. El método deductivo el cual determinó los fundamentos y elementos doctrinarios que informan a la propiedad guatemalteca.

Las técnicas utilizadas durante el desarrollo de la tesis fueron la de fichas bibliográficas y la documental con las cuales se recolectó la información doctrinaria y jurídica de actualidad para la realización de la tesis.

El trabajo de investigación contiene cinco capítulos: en el primero se desarrolla los aspectos doctrinarios y legales de la hipoteca; en el segundo la hipoteca bancaria en Guatemala; en el tercero los conflictos que se generan en perjuicio del deudor de la hipoteca en el sistema bancario; en el cuarto se establece el análisis del Artículo 836 del Código Civil y la necesidad de su reforma y por último el capítulo cinco, solución de la hipoteca en el sistema bancario, llegando a las conclusiones y recomendaciones que se encuentran al final de la tesis juntamente con la bibliografía que se utilizó para desarrollar la presente investigación.

CAPÍTULO I



1. Aspectos doctrinarios y legales de la hipoteca

1.1 Definición de la cosa

Previo a entrar a hacer un análisis doctrinario y legal del derecho real de hipoteca, conviene establecer lo que en derecho llamamos cosas y lo relacionado al derecho de propiedad.

Cosa puede referirse a: una cosa en semántica, algo que puede ser objeto del pensamiento o acción; una cosa refiriéndose al objeto en una relación jurídica. Antes de entrar en el tema de la clasificación jurídica de las cosas y bienes, se explicará la importancia y lo que nuestra legislación denomina como cosas y bienes.

En nuestro derecho positivo no se define lo que se entiende por cosa, ni siquiera lo hace el Código Civil, ya que éste no utiliza la palabra en un solo sentido. Pero aún así, en sentido jurídico hay diferentes acepciones o denominaciones de la palabra cosa, algunas de las cuales son demasiadas amplias y otras demasiadas estrechas.

Se puede definir cosa como una realidad impersonal o porción del mundo exterior, material o inmaterial, actual o futura, con existencia separada y autónoma, que

conforme al criterio dominante en una determinada sociedad, se considera útil para satisfacer necesidades humana y que es susceptible de ser objeto de derecho.



Hay otros que consideran que las cosas son las entidades susceptibles de apropiación y bienes de cosas que forman parte del patrimonio de una persona.

Otros opinan que las cosas son entes extra jurídicos y bienes son las cosas que reciben una particular clasificación jurídica en virtud de su idoneidad para cumplir una determinada función económica y social.

Otros opinan que los bienes son las utilidades dadas por porciones del mundo exterior o energías humanas o naturales y gozan de la tutela jurídica mientras que reducen las cosas a las realidades. Otros autores contraponen bienes y cosa sin que ninguno de los conceptos contraponga al otro. Por ejemplo:

- Las cosas son entidades corporales, los bienes entidades incorporales.
- Las cosas son entidades actuales y los bienes entidades potenciales.
- Las cosas son entidades patrimoniales y bienes entidades extra patrimoniales.

Otros por su parte opinan que se podrían eliminar en el lenguaje jurídico uno de los términos o sencillamente considerarlos como sinónimos.

Los bienes se clasifican en:



A.- Por su naturaleza esencial

- Cosas corporales.
- Cosas incorporales.

Cosas corporales

Son aquellas que pueden ser percibidas por cualquiera de los sentidos (aunque no sea precisamente el tacto o a través de elementos idóneos y estas cosas deben estar determinables y valorables económicamente.

La doctrina nos explica que por su naturaleza los bienes corporales: son cosas sólidas, líquidas o gaseosas, perceptibles por los sentidos. Ejemplo: una casa, un pupitre, un lápiz, etc.

Cosas incorporales

Son aquellas que solo pueden ser percibidas a través del intelecto, es decir que sean intelectualmente perceptibles (el raciocinio, la percepción humana); y que sea determinada y valorada económicamente. Según la doctrina las cosas incorporales son aquellos derechos de los cuales una persona es titular y que no son percibidos por los sentidos.



Entre las cosas incorporales por su susceptibilidad de sustitución se clasifican:

- Cosas fungibles.
- Cosas fungibles o no fungibles.

Cosas fungibles

Son aquellas cuyas características individuales no son tomadas en cuenta desde el punto de vista jurídico y en tal sentido son intercambiables, sustituibles o subrogables las unas por las otras.

En consecuencia se comprenden que lo importante de las cosas fungibles son su peso número o medida (tanta cantidad de kilos de café de tal calidad, tantos billetes de Q 500.00, tantos metros de tela de tal tipo).

Otros autores dando a conocer su punto de vista sobre las cosas fungibles denominaron a la idea de la fungibilidad un término de cantidad, ni en las ideas de susceptibilidad o subrogabilidad, sino que la noción jurídica profunda de cosas fungibles es la identidad económico social entre las cosas consideradas.

Por lo tanto en las cosas fungibles solo es importante o interesa la cantidad y se admite que sean sustituidas entre sí es porque desde el punto de vista económico social tales cosas son idénticas entre sí.

Es de gran relevancia decir que determinar una cosa fungibles no es lo mismo que determinar una cosa equivalente, ya que al decir que una determinada cosa es equivalente, nos referimos al valor de las cosas y no a su naturaleza. Es decir un apartamento y un carro pueden llegar a tener el mismo valor económico, o sea, pueden ser equivalentes pero de allí a ser fungibles están muy lejos.



Entonces las cosas fungibles son ciertamente equivalentes; pero las cosas equivalentes no son necesariamente fungibles. En materia de obligaciones con una cosa fungible el deudor puede pagar con una cosa de la misma especie y calidad.

La doctrina nos da ejemplos de cosas fungibles. Son bienes como: el dinero, el arroz, el trigo, que pertenecen a una misma especie y tienen el mismo poder liberatorio en el cumplimiento de las obligaciones; por ejemplo: si x presta una porción de trigo a z, y luego le restituye con otra porción de la misma especie, calidad y cantidad queda cumplida la obligación contraída.

Cosas no fungibles

Son aquellas cuyas características específicas o individuales son jurídicamente relevantes de modo que no pueden ser sustituidas ni subrogadas por otras. En esta clasificación solo interesa su cantidad y se admite que sean sustituidas entre sí es porque desde el punto de vista económico social tales cosas son idénticas entre sí.

En materia de derechos de crédito el objeto de una obligación es una cosa no fungible

el acreedor puede exigir que se le pague precisamente con esa cosa. Contratos como el comodato, obligan a devolver la misma cosa recibida, ya que son contratos que solo pueden versar sobre cosas no fungibles y no transmiten la propiedad de éstas.



En otros contratos cuando una cosa no fungible o fungible dada en depósito o prenda la cosa seguirá siendo parte de la propiedad del depositante o constituyente de la prenda lo cual acarrea una serie de consecuencias, entre las cuales tenemos que; como la cosa sigue siendo propiedad del depositante o del constituyente de la prenda, el depositario o acreedor prendario no puede usar la cosa; pero si esta perece por caso fortuito o fuerza mayor no está obligado a devolverla ni a pagar daños y perjuicios. Según la doctrina al hablar de cosas no fungibles las denomina como aquellos bienes que al momento de la restitución no pueden ser cambiados o sustituidos por otros semejantes; por ejemplo: una casa, un automóvil.

B.- Por su posibilidad de fraccionamiento

- Divisible
- Indivisible.

Divisible

Son aquellas cuyo fraccionamiento permite conservar en cada una de sus partes la función del todo, o sea que las partes y el todo solo se diferencian en cantidad. Una

extensión de tierra es divisible. Por ejemplo: si una parcela urbana de 10.000 m² se divide en dos parcelas de 5.000 m², estas dos parcelas pueden desempeñar la misma función que la parcela original (aunque cada una de ellas en menor medida).



La divisibilidad de las cosas no permite presentar categorías rígidas y absolutas. Así, por ejemplo: una parcela urbana de 10.000 m² es divisible si se piensa en dividirlas en dos parcelas de 5.000 m² pero, en cambio aparece como indivisible si se piensa en dividirla en diez mil parcelas de 1 m² ya que no podrían desempeñar la misma función que la parcela original (por ejemplo: no es posible construir una casa en una parcela de 1 m²).

La divisibilidad jurídica no coincide con el criterio físico de divisibilidad; para calificar una cosa como divisible no hemos señalado la necesidad de que la suma del valor de las partes sea equivalente o aproximadamente equivalente al valor del todo. Un ejemplo de la categoría especial de una cosa divisible son: los diamantes de gran tamaño.

La divisibilidad jurídica no depende del modo en como pueda dividirse la cosa, para que se pueda hablar de divisibilidad es necesario que pueda dividirse la cosa misma y no solo su valor; por ejemplo: un caballo es indivisible aun cuando es posible que su propiedad se distribuya entre varios copropietarios a quienes se asigne una cuota ideal de la misma: 1/2, 1/3, etc). La división del valor es siempre posible, es decir que si lo vemos desde este punto de vista no habrían cosas indivisibles.

Según la doctrina las cosas divisibles son aquellos que pueden ser fraccionados sin que se destruyan, ni se altere su sustancia; por ejemplo: los frutos agrícolas, el dinero.



Indivisibles

Son aquellos que no se prestan a un fraccionamiento sin perder la función del todo, es decir no se pueden dividir sin que pierdan las cualidades del conjunto. Las cosas indivisibles como las demás que no son divisibles, así por ejemplo un caballo vivo, es una cosa indivisible, ya que al fraccionarse estas partes no pueden utilizarse para desempeñar la misma función que un caballo desempeña y lo mismo se aplica a una computadora o a una máquina de escribir o de un libro.

En algunos casos la ley prohíbe dividir ciertas cosas o prohíbe dividirlos en partes que no alcance una determinada magnitud, (por ejemplo en algunas legislaciones existen prohibiciones de esta naturaleza para combatir el minifundio). Y existen otros casos en donde no se habla de indivisibilidad propiamente dicha sino de prohibiciones legales o convencionales de efectuar la división; en donde la cosa en sí misma es divisible, lo que pasa es que la ley o una convención prohíben realizar tal división.

La doctrina nos da como ejemplo de cosas indivisibles: un animal vivo, un cuadro pictórico, un piano, etc.

Esta clasificación según la posibilidad de fraccionamiento, divisibles o indivisibles de

las cosas nos demuestran su importancia en dos aspectos:



1. Ningún comunero tiene derecho a exigir la división real cuando la cosa común es indivisible. No podrá pedirse la división de aquellas cosas que, si se partieran, dejarían de servir para el uso a que están destinadas.
2. Cuando la cosa que forma el objeto de una obligación es una cosa indivisible, la obligación es también indivisible.

C.- Por la posibilidad de uso repetido

- Consumibles.
- No consumibles.

Consumibles

Son aquellas que se destruyen por el uso normal y repetido, es decir se consumen. Gradualmente e inmediatamente.

La clasificación se hace en consideración al uso normal o propio de la cosa y no eventuales o excepcionales. Por ejemplo: un pastel es una cosa consumible, aun cuando si se lo usa para exhibirlo no queda destruido por ese uso.

En conclusión podría decirse que las cosas consumibles son aquellas cuyo uso normal

no permite utilizarlas repetidas veces porque su primer uso normal, las afecta de tal manera que no pueden volver a ser empleadas para el mismo fin, al menos, por parte de la misma persona.



La doctrina nos define como cosas consumibles aquellos bienes que desaparecen con el primer uso; ejemplo: los alimentos, el dinero que desaparece para quien lo gasta.

No consumibles

Son aquellas que no se destruyen o se consumen con el uso normal y repetido, es decir aquellas cuyo uso normal permite utilizarlas a ese fin durante un periodo relativamente largo. Según la doctrina las cosas no consumibles son aquellos que pueden ser usados repetidas veces; por ejemplo: una casa, una máquina, un libro.

La importancia de esta clasificación se encuentra cuando una persona tiene el derecho real o personal de usar una cosa con la obligación de restituir la misma cosa.

En primer lugar es imposible conferir un derecho de usar cosas consumibles, si se impone la obligación de restituir la misma cosa. En efecto, sólo podría cumplirse esa obligación si se confiere el derecho de hacer de la cosa un uso distinto del normal, que no la consuma.

El otro caso se trata de cuando una persona devuelve una cosa que había recibido con



derecho de usarla, es necesario tomar en cuenta si la cosa es consumible, detenable o inconsumible, para juzgar si la misma ha sido devuelta en el estado correspondiente.

D.- Por su existencia en el tiempo, las cosas se clasifican:

- Cosas presentes.
- Cosas futuras.

Cosas presentes

Son aquellas que existen en el momento que se considera o en un momento determinado. La doctrina las denomina como cosas que tienen una existencia actual.

Ejemplo: un edificio ya construido.

Cosas futuras

Son aquellas que no existen pero que razonablemente pueden llegar a existir. Ejemplo:

Una casa cuya construcción ya se ha encargado o cancelado, un escritorio cuya fabricación ya se ha encargado.

Tanto las cosas presentes como las futuras pueden ser objeto de obligaciones o de derechos de crédito. En el Código Civil se consagra el principio de que las cosas futuras pueden ser objeto de contrato, salvo por algunas disposiciones en contrario.



Las cosas futuras las cuales no pueden ser objeto de posesión, propiedad ni otro derecho real. Por este motivo en aquellos contratos en que se obliga a transmitir la propiedad u otro derecho real sobre una cosa futura, este efecto no opera en el momento en que se crea el contrato sino cuando la cosa llegue a existir.

También existen prohibiciones tales casos es la prohibición expresa de constituir hipotecas convencional sobre bienes futuros. La doctrina reconoce como cosas futuras a aquellas que aun no existen en un momento determinado; por ejemplo: frutos para cosecharse, mercaderías por fabricarse, crías de ganado por nacer, minerales por extraer, etc.

1.2. El derecho de propiedad

La hipoteca representa una garantía real, pues la institución que concede un préstamo, pidiendo como garantía de pago la escritura de un bien inmueble, se asegura que la persona pagará el préstamo o se apropiará del bien inmueble, para luego venderlo (pues tiene prohibición de quedárselo como propiedad).

La propiedad implica por lo tanto, un sentido de pertenencia generalmente, de un bien u objeto. Un bien, entonces, se puede conceptualizar como: "todo aquello que puede ser objeto de apropiación; por tanto: que tiene un valor económico; esto es: que se



encuentra dentro del comercio. Ahora, el conjunto de bienes, integra el patrimonio de las personas.”¹

Pareciera que el concepto bien, tenga similitud o semejanza con el concepto de cosa, sin embargo, para efectos jurídicos, se ha podido comprender que el concepto de cosa, puede tener un significado mucho más amplio que en el lenguaje común de tal manera que todo aquello que no puede considerarse como una persona, será necesariamente, una cosa.

Ahora bien, en el caso de los bienes, pueden ser cosas u objetos de apropiación, es decir que pueden ser propiedad de alguien, por ejemplo: un mueble, se entiende que se refiere a todas aquellas cosas cuya propiedad pueda ser adquirida por alguien, ya sea el poder público o particulares, reciben el nombre de bienes, pues existen algunas cosas que por disposición de la ley o por su naturaleza, no pueden ser objeto de apropiación y por lo tanto, se encuentran fuera del comercio.

Estos bienes, objetos, o cosas en todo caso, son parte de la propiedad de alguien, y aquí es en donde se puede hablar del derecho a la propiedad. Es el derecho de gozar y disponer de un bien, sin otras limitaciones que las establecidas por las leyes.”La propiedad es el derecho real por excelencia e implica un poder directo e inmediato sobre las cosas”.²

¹ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil**, pág. 98.

² **Ibid**, pág. 99.



El Código Civil en el Artículo 442 establece el concepto de bien y dice: “son bienes, las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación y se clasifican en inmuebles y muebles”. El Código anterior agrupaba los bienes en cuatro denominaciones: inmuebles, muebles, semovientes, derechos y acciones, dividiendo los primeros en inmuebles por naturaleza, por incorporación y por destino. El nuevo Código divide los bienes solamente en muebles e inmuebles. Estimamos que todos los bienes para los efectos legales, deben quedar incluidos en alguno de los dos grupos, sin necesidad de separar los semovientes y los derechos y acciones. Los animales son considerados como muebles, pero si están afectos al servicio o explotación de una finca, se reputan inmuebles. Los derechos y las acciones que los acompañan serán muebles o inmuebles, según sea el objeto a que se refieren, pero por tratarse de bienes incorporales que no pueden tener la naturaleza de bienes corporales, es la ley la que determina o declara la calidad que adquieren.

Los inmuebles por naturaleza y por incorporación quedan enunciados en el Artículo 445, pero además, el Artículo 447, establece que: “es parte integrante de un bien lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el mismo bien.” Parece redundante esta disposición si se atiende a que los incisos dos y tres del citado Artículo 445, menciona los árboles y plantas y las construcciones adheridas al suelo de manera fija y permanente, bienes que encajan dentro del Artículo 447, pero el inmenso valor que pueden tener las plantaciones y las edificaciones, superiores al valor de la superficie hace importante su mención especial, refiriendo la calificación de partes integrantes a todo cuanto completa el servicio de aquellos como puertas, ventanas,

cerraduras, instalaciones, etc. Tal y como se establece en la exposición de motivos del Código Civil guatemalteco.



Dentro de los elementos característicos de la propiedad, se encuentra el hecho de que es oponible frente a todos, siendo los restantes derechos reales, derechos sobre cosa ajena, constituidos sobre la base de una de las facultades que, perteneciendo en principio al dominio, se separa de él en un momento dado. La propiedad se ha entendido incluso como paradigma del derecho subjetivo, poder jurídico por excelencia, en concreto y en general integrado por un conjunto unitario de facultades cuyo ejercicio y defensa quedan al arbitrio del titular.

“Los autores clásicos caracterizaban el dominio subrayando los siguientes atributos, o derecho de servirse de la cosa; o derecho de percibir sus renta y frutos, si es fructífera la cosa sobre la que versa el dominio; o derecho de disponer de la cosas conservarla, donarla, destruirla o incluso abandonarla, llegado el caso; y por último, o facultad de reclamar la propiedad de la cosa, junto con la tenencia de la misma, siempre que hubiera sido arrebatada de un modo injusto a su legítimo propietario.”³

La importancia de la propiedad se reconoce entonces en la Constitución Política de la República de Guatemala, y no impide que, en ocasiones, se subordine este derecho en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, al interés general.

³ Jiménez, Ana Luisa. *La propiedad y el ejercicio de este derecho*, pág. 109.

El Código Civil en el Artículo 464 establece: el contenido del Derecho de Propiedad y dice: “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”.



El objeto de la propiedad son las cosas materiales susceptibles de posesión y, en determinados supuestos, ciertos bienes inmateriales. Considerando todo lo anterior, los rasgos que caracterizan la propiedad se presentan con características de unidad y unívoca, lo que no impide contemplarla como contrapuesta a la posibilidad de carácter perpetuo de la propiedad, en contraste con derechos reales transitorios, como el uso, la habitación o el usufructo.

Esta concepción resalta que la propiedad del bien depende de la existencia del mismo: la propiedad dura tanto como dura la cosa. Se puede señalar otros elementos caracterizadores de la propiedad como lo son la facultad de exclusión, la indeterminación de medio para gozar de la cosa y la autonomía frente al estado.

1.3. Los derechos reales de garantía

El derecho real por excelencia es el derecho de propiedad. Existen formas de propiedad, como: la co propiedad, la propiedad horizontal, la propiedad por ocupación, la posesión, la usucapión, el usufructo, uso y habitación. De conformidad con el Código Civil, también existen derechos reales de garantía que se sub dividen en prenda e hipoteca.

Para analizar el derecho real de garantía, es importante determinar que las cosas y su apropiación, son elementos vitales para la vida del hombre, para su bienestar, para su cultura y moral. Pero ocurre que la apropiación y goce de una cosa por el hombre, supone la exclusión de la apropiación y goce de esa misma cosa por otros.



Entonces, existen para los dueños o propietarios determinadas limitaciones o restricciones. Estas restricciones surgieron con la concepción de estado social de derecho que pregonaba una superioridad de los intereses sociales ante los individuales.

El derecho real de garantía se concibe como una relación persona cosa, inmediata, absoluta; un derecho en la cosa. 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)."⁴

Dentro de las características de los derechos reales se pueden señalar las siguientes como las más importantes:

- a) Se considera un derecho absoluto, es decir no reconoce límites. Hoy día se reconocen más límites a favor de la sociedad, por eso se establece en la Constitución Política de la República que el bien general prevalece sobre el bien particular.
- b) El derecho real tiene esencialmente un contenido patrimonial, porque solo importa aquello que sea susceptible de valoración económica. Los derechos reales

⁴ Puig Peña, **Ob. Cit**; pág. 13.

conjuntamente con los derechos de créditos e intelectuales constituyen los derechos patrimoniales en la legislación civil guatemalteca.



- c) Es un vínculo entre una persona y una cosa, y sólo a nivel subsidiario es un vínculo entre dos personas.
- d) Es una relación inmediata, pues el uso y goce de las cosas es de manera directa sin necesidad de ningún acto de terceros.
- e) Es oponible erga omnes, es decir, que se ejerce contra todos los hombres.

1.4. La hipoteca como derecho real de garantía

“La hipoteca es un derecho real que recae sobre un inmueble, permaneciendo en poder del que lo constituye y dando derecho al acreedor para perseguirlo de manera de quien se encuentre y de pagarse preferentemente con el producto de la subasta.”⁵

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.”

La hipoteca es: “un derecho real convencionalmente constituido como accesorio de un crédito determinado, en función de garantía con un monto expresado en dinero, que recae sobre una cosa inmueble especialmente individualizada, que queda en poder del constituyente y queda debidamente registrado en caso de incumplimiento del debito, da derecho al acreedor a perseguir la cosa en poder de quien se encuentre, ejecutarla y cobrarse con el producido con prelación sobre los demás acreedores.”⁶

⁵ www.wikipedia.comlthlm. Día de consulta: 11-8-2009.

⁶ Busto, Néstor Jorge. **Derechos reales**, pág. 467.



La hipoteca: “es un derecho real constituido en garantía de una obligación, sobre bienes inmuebles ajenos o derechos reales enajenables que sobre bienes raíces recaigan y que permanecen en la posesión de su dueño, para satisfacer con el importe de la venta de estos aquella obligación cuando sea vencida y no pagada. Es la acción o efecto de poner una cosa debajo de otra, de sustituirla, añadirla o emplearla. De esa manera, hipoteca viene a ser lo mismo que cosa puesta para sostener, apoyar y asegurar una obligación.”⁷

Entonces, se entiende que 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.

Una hipoteca se define empleando tres parámetros:

- El capital, que es la cantidad de dinero prestada por el banco. El capital prestado suele ser menor que el valor del bien hipotecado, de manera que éste pueda responder por el capital en la subasta en caso de producirse un impago.
- El plazo, que es el tiempo que tomará la devolución del préstamo. La devolución del préstamo se realiza mediante pagos periódicos (generalmente mensuales), hasta devolver el capital solicitado más todos los intereses acumulados durante el tiempo que hayamos tardado en devolver el préstamo.

⁷ Román Sánchez, Felipe. **Derechos reales**, pág. 87.

- El tipo de interés, que indica un porcentaje extra anual que se debe abonar al banco anualmente en concepto de ganancias del mismo.



“En las legislaciones donde no se concibe la hipoteca como un crédito sobre la cosa, toda deuda es personal, en el sentido de que afecta a todo nuestro patrimonio, pero desde el momento que admitamos una hipoteca que afecte únicamente a la finca obligada, habremos creado en cierto modo un crédito contra una cosa y como la finca no puede ser sujeto pasivo, el poseedor o dueño de la finca es su representante y no responde más que del valor de él.”⁸

1.5. Naturaleza jurídica de la institución de la hipoteca

Existen diferentes doctrinas para explicar la naturaleza jurídica de la hipoteca. Estas son:

- a) De la acción hipotecaria: según esta doctrina la acción hipotecaria sería tan sólo una acción ejecutiva.
- b) La hipoteca situada dentro de la teoría general de las obligaciones: sostiene que así como en la relación obligatoria normal, el lado pasivo de las mismas está representada por el deudor, o por la cosa que aparece gravada.
- c) De la obligación real: no abandona el punto de vista que ubica a la hipoteca dentro de la teoría general de las obligaciones, pero da otras soluciones al

⁸ Valverde y Valverde, Calixto D. **Derecho civil**, tomo II, pág. 583.



problema, relativas a determinar por que se puede dirigir la acción hipotecaria sin consideración alguna, incluso contra el tercer poseedor de la finca hipotecada.

- d) La posición ecléctica: la hipoteca convierte al deudor en un sujeto pasivo de una obligación, conserva su carácter fundamental de derecho real y accesorio, así como el sometimiento de la cosa al acreedor, en virtud de que el titular de un derecho de esta naturaleza, tiene facultad de perseguir, o de hacer valer su acción o derecho frente a cualquier poseedor o tenedor del bien hipotecado.

1.5.1. Características del derecho real de la hipoteca

“Las más relevantes del derecho real de hipoteca son:

- a) Afecta únicamente los bienes sobre que se impone, sin que el deudor quede obligado personalmente ni aún por pacto expreso.
- b) La hipoteca es indivisible y como tal, subsiste íntegra sobre la totalidad de la finca hipotecada aunque se reduzca la obligación.
- c) Quien hipotecare 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 las condiciones o limitaciones a que está sujeto ese derecho aunque así no se exprese.”⁹
- d) La constitución y aceptación de la hipoteca deben ser expresas. (Artículo 841 del Código Civil, esta característica se refiere al acto de formalización de la hipoteca.)

⁹ Brañas, Alfonso. **Derecho civil**, pág. 98.



1.5.2. Bienes sobre los que recae la hipoteca

Este derecho real recae sobre bienes inmuebles, y puede ser sobre una o varias fincas.

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”.

1.5.3. Extensión de la hipoteca

El Artículo 830 del Código Civil, señala: “que la hipoteca se extiende a:

1. Las accesiones naturales o 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; y
5. A las servidumbres y demás derechos reales a favor del inmueble.”

1.5.4. Bienes que no pueden hipotecarse

El Artículo 838 del Código Civil regula: “bienes que no puede hipotecarse:

1. El inmueble destinado a patrimonio de la familia; y.

2. Los bienes adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el causante haya puesto dicha condición, pero ésta no podrá exceder del término de cinco años. Para los menores de edad, dicho término se cuenta desde que cumplan la mayoría de edad.”



1.5.5. El saldo soluto e insoluto

Es la diferencia entre la suma de los movimientos deudores y los movimientos acreedores de una cuenta. Ahora bien, el saldo insoluto que concretamente es el saldo no solventado, consiste en la cantidad de dinero que aún se encuentra pendiente de pagar en una cuenta.

Es la parte de una deuda que no ha sido cubierta. Se compone del capital y del interés devengado a la fecha. No implica vencimiento si no el saldo que permanece deudor. Saldo vencido aquel cuyo pago es exigible debido a que la fecha de pago correspondiente ya pasó. En caso contrario sucede con el saldo soluto, o ya pagado o solventado.

Es importante tratar este tema desde su parte sustantiva y adjetiva, y tal como se establece en el informe de investigación, ambos aspectos son importantes de determinar por el enfoque respecto a las incongruencias entre dos normas ordinarias propias de un mismo cuerpo legal, y eso porque entre otras cosas se establece las características de la institución de la hipoteca, y una de ellas es que ésta no tiene saldo

insoluto, por lo que es preciso determinar en que consiste el saldo soluto y el saldo insoluto, y ello, con relación precisamente a las incongruencias que se abordaran más adelante.



En cuanto la parte adjetiva, es indispensable porque es en esta donde ni el acreedor o el deudor (dependiendo de quién resultare con excedente) pueden reclamarlo una vez ejecutada la hipoteca. El Artículo 823 del Código Civil respecto a la hipoteca señala: "no hay saldo insoluto. La hipoteca afecta únicamente los bienes sobre que se impone, sin que el deudor quede obligado personalmente ni aún por pacto expreso."

CAPÍTULO II



2. La hipoteca bancaria en Guatemala

2.1. La obligación como causa de la generación de la hipoteca bancaria

Las relaciones que se suscitan entre los bancos y los usuarios de los servicios bancarios generan derechos y obligaciones. En materia de créditos hipotecarios, por ejemplo: como uno de los variados servicios que prestan estas instituciones, es importante señalar que para el deudor como para el acreedor bancario, se generan más que nada obligaciones que cumplir. “Etimológicamente, el vocablo obligación viene del latín ob que significa delante o por causa de, y ligare que significa atar, sujetar.”¹⁰

“De dichas raíces provienen tanto el sentido material de ligadura como el metafórico y jurídico, de nexa o vínculo moral.”¹¹

La obligación es un concepto que tiene mucha similitud con el concepto cumplimiento, es la exigencia moral que debe regir la voluntad libre. “Desde el punto de vista jurídico, es el vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción u omisión. Con mayor sujeción a la clasificación legal es el vínculo de derecho por el cual una persona es constreñida hacia otra a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa. Es el vínculo jurídico que necesariamente constriñe a cumplir algo, ya sea a hacerlo o bien a omitirlo.”¹²

¹⁰ **Diccionario de la real academia de la lengua española**, pág.678.

¹¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, pág. 287.

¹² Puig, **Ob. Cit**; pág. 987.



La relación jurídica en virtud de la cual una persona para satisfacer intereses privados puede exigir de otra una determinada prestación, que en caso de incumplida puede exigir de otra una determinada prestación, que, en caso de su incumplida, puede hacerse efectiva sobre el patrimonio de ésta.

2.2. Elementos de la obligación

Existen tres elementos esenciales de la obligación y éstos son:

- El elemento personal que se le denomina subjetivo, y se refiere a los sujetos que intervienen.
- El elemento real u objetivo, que no es más que la prestación que es objeto del acuerdo o convenio.
- Elemento vinculatorio que precisamente como su nombre lo indica, es el vínculo o la relación jurídica que se suscita entre las partes.

2.3. Ámbito jurídico en que se desarrolla la obligación

En el libro quinto del Código Civil se regula el derecho de obligaciones a partir del Artículo 1319. El cual señala: “toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

De alguna manera el Código Civil hace una similitud entre la expresión negocio jurídico

con la denominación de contrato o bien obligación. “La expresión negocio jurídico ha ganado el favor de la doctrina e incluso el de las legislaciones. En Francia tardaron mucho en adoptar el término negocio jurídico y todavía muchos tratadistas emplean la frase, ya en ellos tradicional, de acto jurídico. En Italia hubo dudas al principio, pero ya es general la expresión negocio jurídico, cosa que también sucede en nuestra patria.”¹³



La legislación establece una serie de ramificaciones de las obligaciones, y se encuentra que se regulan las siguientes:

- a) Obligaciones alternativas, que no son más que aquellas en que el obligado alternativamente a diversas prestaciones cumple ejecutando íntegramente una de ellas. “El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de la otra,” como lo establece el Artículo 1334 del Código Civil.
- b) Obligaciones facultativas, que como su nombre lo indica, es aquella que no teniendo por objeto sino una sola prestación da al deudor el derecho de sustituir esa prestación por otra.
- c) Obligaciones mancomunadas, que se suscitan cuando en la misma obligación son varios los acreedores o varios los deudores.
- d) Las obligaciones divisibles e indivisibles, en el caso de las divisibles son cuando su objeto es susceptible de cumplirse parcialmente e indivisibles si las prestaciones no pueden ser cumplidas si no por entero.

Para que se suscite una obligación, como parte de un negocio jurídico, o bien de un

¹³ *Ibid*, pág. 457.

contrato, se hace necesario que en ella se encuentren bien definidos los elementos de consentimiento, capacidad y objeto lícito.



En materia mercantil, por ejemplo, el Código de Comercio señala en el Artículo 669 los principios filosóficos que deben regir y dice: "las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán, ejecutarán y cumplirán de conformidad con los principios de verdad sabida y buena fe guardada, a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones, y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria sus efectos naturales".

2.4. La actividad bancaria en el derecho real de hipoteca

Los bancos se constituyen en sociedades anónimas de naturaleza mercantil. Realizan operaciones de crédito que, según su función, se pueden clasificar dentro de las operaciones llamadas pasivas, activas y complementarias o neutras. "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 o complementarias o neutras, según la forma en que un banco se maneje el dinero que se percibe y se den o manejen sus operaciones."¹⁴

El Artículo uno del Decreto 19-2002 del Congreso de la República indica: "la presente

¹⁴ Álvarez Díaz, Jorge. *El derecho bancario en el sistema legal*, pág. 91.

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”.



2.4.1. Clases de operaciones bancarias

Se le denomina operaciones bancarias a las diferentes actividades o servicios que prestan los bancos a las instituciones o personas que hacen uso de los bancos, como medios para facilitar el comercio tanto nacional como internacional, y estas pueden ser:

a) Operaciones pasivas

Conformadas por aquellas operaciones por las que el banco capta, recibe o recolecta dinero de las personas. Las operaciones de captación de recursos, denominadas operaciones de carácter pasivo se materializan a través de los depósitos.

Las cuentas por tanto son totalmente líquidas. La diferencia entre ambas es que las cuentas corrientes pueden ser movilizadas mediante cheque y pagaré, mientras que en los depósitos a la vista es necesario efectuar el reintegro en ventanilla o a través de los cajeros electrónicos, pero no es posible ni el uso de cheques ni pagarés. Otra diferencia es que en los depósitos a la vista, el banco puede exigir el preaviso. Los depósitos a plazo pueden ser movilizados antes del vencimiento del plazo, a cambio

del pago de una comisión, que nunca puede ser superior en importe al monto de los intereses devengados. Estos depósitos, dependiendo del tipo de cuenta, pagan unos intereses de captación



Las operaciones pasivas que realizan los bancos son:

1. Recibir depósitos monetarios.
2. Recibir depósitos a plazo.
3. Recibir depósitos de ahorro.
4. Crear y negociar bonos y/o pagarés, previa autorización de la Junta Monetaria.
5. Obtener financiamiento del banco de Guatemala, conforme la ley orgánica de éste.
6. Obtener créditos de bancos nacionales y extranjeros.
7. Crear y negociar obligaciones convertibles.
8. Crear y negociar obligaciones subordinadas.

b) Operaciones activas

Las operaciones activas son las que representan un derecho a ejercer por parte de un banco o entidad financiera contra terceras personas, la principal operación activa es la de conceder o colocar préstamos, pues tienen el derecho de cobrar por lo otorgado.

Las operaciones bancarias típicas permite poner dinero en circulación en la economía;

economía es decir, los bancos generan nuevo dinero del dinero o los recursos que obtienen a través de la captación y, con estos, otorgan créditos a las personas, empresas u organizaciones que los soliciten. Por dar estos préstamos el banco cobra, dependiendo del tipo de préstamo, unas cantidades de dinero que se llaman intereses de colocación y comisiones.



Entre las operaciones activas que realizan los bancos están:

1. Otorgar créditos.
2. Realizar descuento de documentos.
3. Otorgar financiamiento en operaciones de cartas de crédito.
4. Conceder anticipos para exportación.
5. Emitir y operar tarjetas de crédito.
6. Realizar arrendamiento financiero.
7. Realizar factoraje.
8. Invertir en títulos valore emitidos y/o garantizados por el Estado por los bancos autorizados de conformidad con esta ley o por entidades privadas. En el caso de la inversión en títulos valores emitidos por entidades privadas, se requerirá aprobación de la Junta Monetaria.
9. Adquirir y conservar la propiedad de bienes inmuebles o muebles, siempre que sean para su uso, sin perjuicio de lo previsto en el numeral seis anterior.
10. Constituir depósitos en otros bancos del país y en bancos extranjeros; y
11. Realizar operaciones de reporto como reportador.



c) Operaciones de confianza

Conocidas también como operaciones fiduciarias, y son las que no crean ni un derecho ni una obligación por parte del banco contra terceras personas, (lo hacen solo para prestar un mejor servicio a sus clientes), entre las operaciones de confianza están:

1. Cobrar y pagar por cuenta ajena.
2. Recibir depósitos con opción de inversiones financieras.
3. Comprar y vender títulos valores por cuenta ajena; y.
4. Servir de agente financiero, encargándose del servicio de la deuda, pago de intereses, comisiones y amortizaciones.

d) Pasivos contingentes

1. Otorgar garantías.
2. Otorgar fianzas; y.
3. Emitir o confirmar cartas de crédito.
4. Emitir o confirmar cartas de crédito

e) Prestación de servicios

1. Actuar como fiduciario.
2. Comprar y vender moneda extranjera, tanto en efectivo como en documentos.

3. Apertura de cartas de crédito.
4. Efectuar operaciones de cobranza.
5. Realizar transferencia de fondos; y.
6. Arrendar cajillas de seguridad.¹⁵



En la actualidad, el cambio en las necesidades de las empresas, familias e instituciones, ha reconducido la actividad bancaria orientándola a los servicios, que se convierten en su principal fuente de ingresos por la reducción de margen de intermediación, reducción más acusada cuanto más maduro es el sistema financiero de un país y cuanto más bajos son los tipos de interés.

Los medios de pago (tarjetas, cheques, transferencias), garantizar el buen fin del comercio internacional entre las partes, asegurando la solvencia en importación, exportación, intermediación en mercados financieros y operaciones con grandes empresas e instituciones públicas, marcan el enfoque de la banca como empresas de servicios financieros universales.

Mención aparte merecen las importantes participaciones empresariales de la gran banca, otra gran fuente de negocio y poder para estas instituciones, llegando a formar poderosos grupos multinacionales con intereses en las más diversas áreas.

Dependiendo de las leyes de los países, los bancos pueden cumplir funciones adicionales a las antes mencionadas; por ejemplo negociar acciones, bonos del

¹⁵ **Ibid**, pág. 92.



gobierno, monedas de otros países, etc. Cuando estas actividades las realiza un solo banco se denomina banca universal o banca múltiple. Igualmente, estas actividades pueden ser realizadas de manera separada por bancos especializados en una o más actividades en particular. Esto se denomina banca especializada.

En igual manera se, clasifica las operaciones bancarias: “en activas y pasivas. 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 allega capitales.

Son servicios bancarios las operaciones de simple mediación, y las operaciones de custodia. (Depósitos bancarios).”¹⁶

2.4.2. El contrato bancario

Como se ha señalado con anterioridad, el contrato es el vínculo jurídico que se suscita entre dos partes, con el propósito de generar derechos y obligaciones derivados de un objeto lícito. En el caso de los contratos bancarios no serían la excepción.

“Se le califica como una actividad de interposición o intermediación para el cambio y la producción del crédito que al ser llevada al terreno contable toma la forma de una

¹⁶ **Ibid**, pág. 93.

cuenta en un banco, y que se desenvuelve a través de los terrenos contractuales clásicos modificados por ciertos elementos tipificados.”¹⁷



Aparte de lo anterior, el contrato bancario se singulariza por sus características consecuencias de las exigencias propias del negocio, quedando así catalogado dentro de los contratos organizados y de serie, de contenido uniforme y pre-determinado y celebrados por adhesión, creándose así los contratos tipo o sea aquellos que el banco redacta en formularios impresos que el cliente acepta y firma sin posibilidad de discutir sus condiciones y que se repiten siempre, una y otra vez. Sin embargo, de lo anterior, respecto a los derechos y obligaciones del deudor y acreedor, se analizará más adelante.

Lo que debe reafirmarse en este tipo de negociaciones, es que para que exista un contrato bancario es necesario que previamente se otorgue un crédito bancario, por lo que se entra a conocer en forma generalizada lo que es un crédito bancario.

Para todo tipo de contrataciones así también en los contratos mercantiles, existen aspectos que deben ser considerados y cumplirse por las partes, y especialmente tomando en consideración lo que señala el Artículo 671 del Código de Comercio, que señala: “los contratos de comercio no están sujetos, para su validez a formalidades especiales. Cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezcan que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en territorio y que hayan de surtir efectos en el

¹⁷ *Ibid*, pág. 100.



mismo, se extenderán en el idioma español. Se exceptúan de esta disposición los contratos que, de acuerdo con la ley, requieran formas o solemnidades especiales.

Al respecto de lo anterior, al considerar que se trata de contratos que deben registrarse tal como se verá más adelante, se hace necesario que por lo menos se encuentre consignado por escrito en escritura pública.

2.4.3. El crédito bancario

Las personas recurren a un crédito, porque no cuentan para si, con la disposición de dinero, para realizar cualquier asunto que sea de su interés, y por lo tanto, tienen necesariamente que recurrir a un crédito.

Existe una teoría maquiavélica que dice que los estados y sus gobernantes especialmente los desarrollados, tienen el interés de mantener una gran población económicamente pobre, porque ese es el negocio de los bancos o de las entidades financieras, puesto que las personas, para adquirir una casa, o un vehículo, por ejemplo, que ya no se convierten en bienes de lujo, sino necesarios, tienen que acudir a los créditos y con ello, a provocar el acrecentamiento de los ingresos de estas entidades bancarias y financieras.

Ahora bien, hablando propiamente del crédito, es obtener algo de inmediato que se tiene que pagar a plazos posteriormente mediante el incremento de los gasto que ello



ocasiona.

Entonces, el crédito en la banca no es más que la opinión de que goza una persona acerca de sus posibilidades de satisfacer 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, a plazos y en las condiciones que ha señalado el acreedor bancario.

“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.”¹⁸

2.4.4. Clasificación del crédito bancario

1. Si es o no con fondos del propio banco

- Préstamos directos.
- Préstamos indirectos.

2. Atendiendo a su duración

- Créditos refaccionarios.

¹⁸ Vargas Ramírez, Luis. **El derecho bancario**, pág. 90.

- De garantía.



Tipos de garantías bancarias

- Garantía prendaria.
- Garantía hipotecaria.
- Créditos fiduciarios. (Unipersonal o pluripersonal).¹⁹

2.5. Las garantías bancarias

Lógicamente los créditos que concedan los bancos deben ser o estar asegurados con garantía prendaria o hipotecaria, de conformidad con los preceptos legales. Antes de autorizar cualquier crédito prendario o hipotecario, los bancos justipreciarán por medio de peritos (valuadores) el valor de la garantía.

2.5.1. 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.

La doctrina y la ley son determinantes al establecer que en esta clase de contratos, el

¹⁹ *Ibid*, pág. 97.

deudor no queda obligado personalmente ni aún por pacto expreso, ya que la hipoteca recae directa y exclusivamente sobre los bienes en que se constituye.



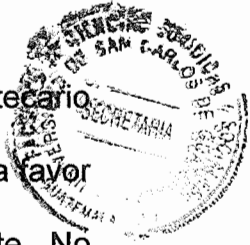
Así mismo, el acreedor tiene derecho, en caso de insolvencia del deudor, para promover la venta judicial del bien gravado y hacerse pago con el producto obtenido, máxime aún que por la característica de indivisibilidad que tiene la hipoteca, subsiste íntegra sobre el bien gravado aunque se reduzca la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

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 es el crédito garantizado con hipoteca el que puede sub-hipotecarse en todo o en parte.

Para lo anterior, se tienen que llenar a cabalidad las formalidades y requisitos establecidos para la hipoteca, siendo una circunstancia esencial para que el Registro

General de la Propiedad opere el nuevo gravamen, la de 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.



2.5.2. Modalidades que se suscitan en la actividad bancaria

Están representadas por las distintas operaciones básicas que realizan los bancos y que se derivan de parámetros de los estados financieros primarios y secundarios, creando nuevos índices para medir la productividad y servicio a los clientes.

- **Controlando riesgos**

Uno de los objetivos primordiales de los seres humanos desde épocas remotas lo constituyó la búsqueda de medios para asegurar de alguna forma tanto sus bienes como las consecuencias de la pérdida de la vida, su integridad, la protección de su familia.



Eso ha sido un motivo fundamental, para que se creara el interés de unos por asegurarse de sus bienes y acrecentarlos, y el interés de otros, de permitir que otros lo hagan a través de su intervención con la concesión de un crédito, reintegrando aparte de la cantidad proporcionada, una más que lógicamente hacía acrecentar aún más sus bienes.

Entonces, fue como surgieron las sociedades, el grupo de personas que se unen precisamente para ese fin. Pero a la par de lo anterior, también, surgía la necesidad de los sistemas de libre empresa de respaldar sus bienes materiales, bienes de capital e inversiones, cuando surgían eventualidades que hacían que el deudor no reintegrara el monto otorgado, ni mucho menos el monto extra convenido por lo adeudado, y obligaron a buscar formas adecuadas para no perder sus patrimonios, los riesgos que se presentan en la vida diaria y las acciones de cada empresario o individuo, implican posibilidades de pérdidas totales o parciales de los distintos patrimonios.

Es así como surge el seguro, porque se determinó que el restablecimiento del monto entregado o el monto extra por ese crédito no podría ser cubierto en forma personal por el deudor, y a través del seguro es posible, con la indemnización, que las aseguradoras paguen a cambio de una prima, que es el precio del riesgo que sea trasladada de un sujeto a la aseguradora. Lógicamente el pago de esta prima corre por cuenta del deudor.

Entonces, en los créditos bancarios, cobran gran importancia los seguros, y se



comprenden en su esencia práctica, cuando se pone en relación con el concepto de riesgo; esto es, con el hecho de que una persona esté expuesta a la eventualidad de un daño en su persona o en su patrimonio, debido a un siniestro y la posibilidad de transferir dicho riesgo a un tercero.

El riesgo, entonces, se conceptualiza como un elemento esencial del seguro, es un acontecimiento futuro e incierto para ambos contratantes, por eso se dice el dicho no hay seguro sin riesgo. El concepto de riesgo se liga con algo no deseable, desventurado; entonces el riesgo es la posibilidad de que ocurra un suceso patrimonial o biológicamente dañoso.

La incertidumbre y el daño son los elementos del riesgo, de ahí que donde haya certeza sobre la realización del acontecimiento dañoso o la imposibilidad de su realización sea cierta para ambas partes, asegurador y contratante, pues si lo conoce el contrato será nulo.

Al respecto, el Artículo 55 de la Ley de Bancos, señala: “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”. Así también el Artículo 58 del mismo cuerpo legal citado anteriormente al respecto dice: “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 ha pedido de la superintendencia de bancos apruebe la Junta Monetaria”.

- **Revisión de proyectos y análisis de la capacidad de pago del deudor**

Tal como se ha venido señalando, para el otorgamiento de un crédito tiene que tomarse en consideración en primera instancia un proyecto estableciéndose todas aquellas circunstancias que puedan ser perjudiciales para el banco por las cuales se prevea que no se podrá cumplir por parte del deudor con la obligación contraída y aquí se abarcan muchos aspectos.

Dentro de ellos, el riesgo o incertidumbre para que a través de la previsión, evitarlo, o predecir lo que ocurrirá. También, dentro de los contratos bancarios, se realizan una serie de actividades que tiene que cumplir el deudor. Al respecto, la Ley de Bancos establece en el Artículo 50: “la 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.



CAPÍTULO III



3. Los conflictos que se generan en perjuicio del deudor de la hipoteca en el sistema bancario

3.1. Aspectos considerativos

La Constitución Política de la República en el Artículo cuatro establece: "en Guatemala todos los seres son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí." Por lo que cuando encontramos en la legislación ordinaria normas como lo establece el Artículo 836 del Código Civil: "el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos no obstante cualquier estipulación en contrario, salvo lo que establezca en contratos que se refieran a créditos bancarios." No podemos sino preguntarnos ¿hasta qué punto somos iguales? o ¿qué significa entonces ser iguales ante la ley?. Porque resulta que si, nosotros personas comunes somos acreedores hipotecarios, no podemos pactar con nuestro deudor que el bien hipotecario no se pueda vender, en cambio si el acreedor hipotecario es un banco, entonces sí es prohibido, sin autorización del mismo vender, gravar, alquilar o de cualquier forma enajenar el bien hipotecado. La legislación muchas veces viola principios constitucionales al crear leyes específicas que tratan desigualmente a

personas que cuentan con los mismos derechos y crean categorías de personas, siendo que unas categorías gozan de unos derechos y otras de otros; y como debieran estar reguladas dichas normas para que efectivamente traten a todos los individuos como iguales en dignidad y derechos?



¿Qué significa que una ley sea general e igual?

Jurídicamente la igualdad se traduce en que varias personas, en número indeterminado, que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho estado.

Es así como una norma que cuente con la característica de ser general, será una norma que trate igual a los individuos. Al decir general nos referimos a una ley que no esté al servicio de intereses o fines de determinadas personas, grupos, o a la voluntad del gobierno ni esté inspirada por ningún otro objetivo particular; sino aquella que es aplicable a un número desconocido de casos futuros sin importar a qué persona sea a la que se le aplicará.

En Guatemala el encargado de interpretar el texto constitucional es la Corte de Constitucionalidad, la cual en reiteradas ocasiones ha interpretado el principio de igualdad en el sentido que las leyes deben tratar de igual manera a iguales, en iguales circunstancias. Que el principio de igualdad, significa entonces, un derecho a que no



se establezcan excepciones que excluya a unos de los derechos que se concede a los otros en iguales circunstancias creando de esta forma categorías de personas e interpretando que el principio de igualdad significa tratar igual a quienes se encuentren en la misma categoría, y desigual a quienes se encuentren en distintas categorías.

Es evidente que entre el sector bancario y los ciudadanos comunes, existen relaciones de desigualdad, es aquí en donde se espera que el estado, tal como sucede en el caso del derecho laboral por ejemplo: equipare, ajuste, las normas que permitan que tanto los empresarios de la banca como los ciudadanos, en las relaciones jurídicas que se susciten entre ellos, se encuentren en igualdad de condiciones.

Derivado de lo que señala el Artículo 836 del Código Civil, entonces, se han expuesto por parte del legislador a través de esa norma, condiciones de desigualdad y discriminación entre los acreedores particulares y los acreedores bancarios, beneficiando a éstos últimos, todo ello, en perjuicio del deudor, ya que también hacia éste se producen formas de discriminación y de violación del derecho al ejercicio de la propiedad.

La discriminación es sinónimo de desigualdad, el diccionario establece como desigualdad "calidad de desigual, diferente, distinto nivel no liso, superficie desigual, constante, variable."²⁰

²⁰ Diccionario enciclopédico Larousse, pág. 988.

Dentro de las principales características que encierra la discriminación en términos generales, se encuentran:



- a) Es una forma que se emplea dando un juicio de carácter subjetivo de una cosa respecto de otra, y pueda también representarse en el caso de las personas, como sucede en el presente caso.
- b) En algunos países la discriminación se tiene establecida como delito y en otros ámbitos del derecho, también como conductas prohibidas. En el caso de Guatemala, se encuentra como una conducta prohibida y también como delito.
- c) Son actos reprochables que atentan contra una serie de principios que inspiran los derechos humanos.
- d) Regularmente son conductas que obedecen a convencionalismos sociales y la importación de culturas extranjeras para determinado país.
- e) En términos de la discriminación racial, por ejemplo: existe un derecho de las minorías que sufren circunstancias sociales y jurídicas derivadas de formas de discriminación.
- f) Existen diferentes formas en que se puede incurrir en discriminación así también en distintos ámbitos del derecho.

Existe en la doctrina una serie de clasificaciones acerca de los tipos de discriminación que existen, y estos se circunscriben a los siguientes:

- a. Discriminación legal: es la que se produce a través de las mismas normas legales



y que éstas han sido creadas por el órgano competente, en el caso de Guatemala por el Congreso de la República. El caso que se plantea a través de este estudio, se circunscribe en esta clase de discriminación.

- a) Discriminación de hecho: es la que a diario se produce en la sociedad, y que no está sujeta a ningún tipo de sanción. En el caso de Guatemala, el ejemplo más simple y representativo, es el hecho de la discriminación que sufre la mujer.
- b) La discriminación racial: que se produce derivado de la existencia de distintas razas de seres humanos, en que unos la provocan en contra de otros, se considera que es una doble discriminación, por el simple hecho de ser mujer, aunado ello, a que su condición es de indígena.
- c) Discriminación laboral: es la que se produce en el seno del trabajo en que las condiciones de los trabajadores son reducidas por otras condiciones que en muchos casos, son impuestas por una parte como es el patrono.

Existe un cúmulo de instrumentos jurídicos internacionales que aborda el tema de la no discriminación y que fortalece el principio de igualdad, y entre estas normas se tienen:

- a) La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados define el término tratado como: “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.” En ese sentido, la Organización de las Naciones Unidas ha creado una serie de



tratados, convenios, y en general, instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos, en donde precisamente, uno de los valores fundamentales que ostenta, es el de la igualdad que se traduce a la no discriminación.

- b) La no discriminación se encuentra contenida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y en el ámbito de los Estados Americanos, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, que en el Artículo nueve regula que: “los estados son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos e igual capacidad para ejercerlos y tiene iguales deberes.”
- c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos, regula en el Artículo uno que: “los estados parte de esta convención, se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” Así también regula la prohibición de la esclavitud y servidumbre.
- d) El Protocolo de San Salvador, suscrito el 17 de noviembre de 1988, señala en el Artículo tres la obligación de no discriminación y dice: “los estados partes en el presente protocolo, se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” Como

se observa, en la mayoría de instrumentos que se puedan leer, siempre el mismo texto, referente a lo no discriminación es el que se establece, y eso es positivo, por cuanto, es un valor (la igualdad que se mantiene en los distintos instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos.)



- e) La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, en el mismo se reconoce la dignidad de la persona humana para que se asegure el pleno ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales, dentro de las cuales, se encuentra la igualdad o bien, la no discriminación.
- f) La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De este instrumento emana la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intra Familiar, señala entre otras cosas, en el Artículo cuatro, los derechos protegidos, dentro de ellos, el de la libertad, y el de igualdad de protección ante la ley y de la ley.
- g) La obligación de los estados de desarrollar políticas públicas sin discriminación alguna, está contenida en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. La Carta de las Naciones Unidas de 1945 recoge entre sus propósitos la cooperación internacional "en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión." Sostener un trato discriminatorio, basado en la raza o la nacionalidad, no es compatible con el principio de no discriminación contemplado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los dos

Pactos Internacionales (Artículo. Dos punto uno del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Artículo. Dos punto dos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).



- h) Un año antes de la aprobación de ambos Pactos Internacionales, el 21 de diciembre de 1965, se procedía a la aprobación de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abriendo el proceso de ratificaciones. Tres años más tarde, el cuatro de enero de 1969, entraba en vigor la Convención, el instrumento internacional más importante en la lucha contra la discriminación racial. La Convención consta de un Preámbulo y de 25 Artículos en los que se establecen diferentes medidas a adoptar por parte de los Estados para avanzar en el reconocimiento y profundización del principio de no discriminación. En el preámbulo los estados señalan cuál es el objetivo básico de la Convención cuando se declaran "resueltos a adoptar todas las medidas necesarias para eliminar rápidamente la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones y a prevenir y combatir las doctrinas y prácticas racistas con el fin de promover el entendimiento entre las razas y edificar una comunidad internacional libre de todas las formas de segregación y discriminación raciales."
- i) El Artículo uno de la Convención, define que se entiende por la expresión discriminación racial, refiriéndose a ella en los siguientes términos: "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de



los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. En el Artículo dos, de la Convención establece: los estados “condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas sus razas.” Así, En el Artículo tres de la Convención establece: “los estados se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza;” el Artículo cuatro de la Convención se refiere a las medidas para lograr la no discriminación racial. En el Artículo cinco de la Convención establece: “los estados se comprometen a garantizar los derechos civiles, políticos, sociales y culturales (derecho a la nacionalidad, al matrimonio, a la libertad de pensamiento, reunión, opinión...)” A continuación; el Artículo seis de la Convención insta a los estados a asegurar “a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales competentes y otras instituciones del estado.”

Mientras que en virtud del Artículo siete de la Convención lo estados: “se comprometen a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información.”

A la par de lo anterior, también esta muy claro que los usuarios de los servicios



financieros, a través de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario o del Código Civil, y en todo caso, del Código de Comercio, no puede atribuirse una protección especial por parte del estado, que implique dentro de este marco normativo evitar esas deficiencias que como tal, únicamente benefician a los acreedores bancarios.

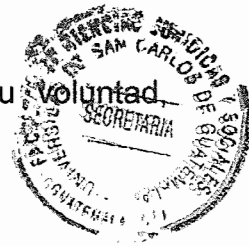
Lo anterior tiene trascendencia, por cuanto el Artículo 836 del Código Civil no ha sido objeto de reformas, aparte de contarse recientemente con la iniciativa de ley en el Congreso de la República de una propuesta de reforma a dicha normativa, precisamente, porque los señores diputados, consideraron que efectivamente violentaba el principio de igualdad establecido en la Carta Magna. Sin embargo, lo anterior no ha prosperado precisamente, por los intereses económicos que se mueven al respecto. Lo curioso es que el legislador de los años sesenta, ya había contemplado esa situación de brindar una protección jurídica preferente a los acreedores bancarios, en perjuicio de la ciudadanía deudora.

3.2. Análisis de los contratos de créditos hipotecarios bancarios y lo que sucede con los derechos del deudor

A partir de que se considera en la realidad y en la ley, que un contrato es un acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, nos enfrentamos ante un problema jurídico cuando se analiza los contratos de créditos hipotecarios.

Tal como lo establece el Artículo 1251 del Código Civil, para la validez de un negocio

jurídico “se requiere de la capacidad legal del sujeto que declara su ~~voluntad~~ consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”.



En los contratos de créditos hipotecarios, no se pueden observar el elemento del consentimiento que no adolezca de vicio, por cuanto se convierten en contratos formularios o de adhesión que más adelante se analiza.

Cuando se trata de contratos de adhesión, entonces, los derechos de los deudores se ven limitados y sujetos a la voluntad del acreedor, prácticamente, se trata de una declaración unilateral de voluntad con participación del deudor.

Por ello, previendo todas estas circunstancias, el Artículo 50 de la Ley de Bancos, para la concesión de créditos, señala: 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.



3.3. Recopilación de información del Registro General de la Propiedad

Previo a establecer la función o la intervención que tiene el Registro General de la Propiedad en los créditos hipotecarios bancarios, es importante reconocer que las funciones de registrar actos y contratos, tienen su origen en el derecho romano, y quizás aún más atrás, si se considera la voluntad del Señor por medio de Moisés al dejar establecido en las doce tablas los mandamientos que iban a regir a toda una humanidad.

Los registros se han ido modificando juntamente con sus leyes en la medida de que avanzan las sociedades, y el ejemplo claro es la forma digital que se ha experimentado últimamente, sin dejar de considerar también el hecho de que por muchos años, el registro en libros había predominado, considerando que en ese sentido, ambos sistemas tienen sus ventajas y desventajas.

Ahora bien, para ahondar en los antecedentes del Registro en Guatemala, cabe señalar que el primer registro general que se conformó fue el de propiedad, y precisamente porque era procedente para los ciudadanos cuidar de los bienes y que existiera una institución en donde se registrarán los mismos. El inicio del

funcionamiento del Registro General de la Propiedad en Guatemala data de la época del General Justo Rufino Barrios, en el año 1877.




A través de los años y atendiendo las necesidades e cada época, se fueron creando registros en otros departamentos y a su vez eliminando registros de otros, hasta llegar hoy en día, más de 130 años después de su creación, a tener dos registros, el Registro General de la zona central, con carácter de Registro General, con sede en la ciudad de Guatemala y el Segundo Registro de la Propiedad con sede en Quetzaltenango.

Desde 1976 el Registro General de la Propiedad se encuentra ubicado en el edificio situado en la novena avenida 14-25 de la zona uno de la capital de Guatemala, edificio que albergó por muchos años a la Corte Suprema de Justicia.

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

Dentro de los asuntos que se inscriben con carácter obligatorio en el Registro General de la Propiedad, que se regula en el Artículo 1125 del Código Civil, se señala: “

1. Los títulos que acrediten el dominio de los inmuebles y de los derechos reales impuestos sobre los mismos.

- 
2. Los títulos traslativos de dominio de los inmuebles y en los que se constituyan reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, patrimonio familiar, hipoteca, servidumbre y cualesquiera otros derechos reales sobre inmuebles y los contratos de promesa sobre inmuebles o derechos reales sobre los mismos...”

Por lo anterior, los créditos hipotecarios bancarios, deben inscribirse en el Registro General de la Propiedad. El Artículo 841 del Código Civil también refuerza esta situación, cuando señala que: “la constitución y aceptación de la hipoteca deben ser expresas”, y esto amerita que tenga que establecerse mediante un documento y este debe ser inscribible.

Por otro lado, en la realidad y de acuerdo a las condiciones impuestas por los bancos, los gastos de escrituración, pago del impuesto al valor agregado, pago de los honorarios del notario, los gastos registrales, corren por cuenta del deudor.

Se consultó a través de una visita que se realizó en el Registro General de la Propiedad de la zona central de la ciudad de Guatemala, entre las ventanillas de público y de notarios, que para el día de hoy 14 de agosto de 2009, la cantidad de documentos para proceder a inscribir que correspondieren a contratos bancarios con garantía hipotecaria, eran aproximadamente diez contratos diarios.

3.4. Los derechos y obligaciones en los contratos bancarios con garantía hipotecaria



Los derechos y obligaciones respecto a los contratos bancarios con garantía hipotecaria, tienen que ver esencialmente respecto del deudor y no del acreedor.

Dentro de los que se pueden señalar como prioritarios, se encuentran:

- a) En el caso de las obligaciones mínimas para los acreedores, se puede señalar que de conformidad con lo que establece el Artículo 63 de la Ley de Bancos, la garantía de confidencialidad en las operaciones.

Esta norma señala: "confidencialidad de operaciones. Salvo las obligaciones y deberes establecidos por la normativa sobre lavado de dinero u otros activos, los directores, gerentes, representantes legales, funcionarios y empleados de los bancos, no podrán proporcionar información, bajo cualquier modalidad, a ninguna persona, individual o jurídica, pública o privada, que tienda a revelar el carácter confidencial de la identidad de los depositantes de los bancos, instituciones financieras y empresas de un grupo financiero, así como las informaciones proporcionadas por los particulares a estas entidades. Se exceptúa de la limitación a que se refiere el párrafo anterior, la información que los bancos deban proporcionar a la Junta Monetaria, al Banco de Guatemala y a la Superintendencia de Bancos, así como la información que se intercambie entre

bancos e instituciones financieras. Los miembros de la Junta Monetaria y las autoridades, funcionarios y empleados del Banco de Guatemala y de la Superintendencia de Bancos no podrán revelar la información a que se refiere el presente artículo, salvo que medie orden de juez competente. La infracción a lo indicado en el presente artículo será considerada como falta grave, y motivará la inmediata remoción de los que incurran en ella, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que de tal hecho se deriven.”



- b) Como derecho de los acreedores, el Artículo 80 de dicha ley señala: Derecho de los acreedores. “Los procesos iniciados y las medidas cautelares decretadas, que tiendan a afectar los activos excluidos, cuya transferencia hubiese sido dispuesta por la junta de exclusión de activos y pasivos conforme a esta ley, quedarán en suspenso.”
- c) Se le impone al deudor la obligación de aceptar las condiciones impuestas por el banco acreedor, y al pago de los gastos que correspondan al respecto.
- d) El derecho del acreedor para promover la venta judicial del bien gravado cuando la obligación sea exigible y no se cumpla.
- e) El derecho del deudor a solicitar la reducción de la garantía.
- f) Dentro de otras obligaciones propiamente dichas cuando se produce la relación jurídica, de parte de la entidad, se encuentra: gestión material de la cuenta, porque es la entidad la que se encarga de tener al día los movimientos que se hagan en la misma. Cumplimiento de las órdenes del cliente, evidentemente siempre que la solvencia y liquidez del mismo hagan posibles esas órdenes.

Información periódica. Abono de intereses y pago de comisiones según lo pactado, es el paso del tiempo el que hace que se cumplan estas condiciones.

- g) Por parte del cliente, su obligación principal es provisionar de fondos a la entidad de crédito, es decir hacer un ingreso que le de la suficiente liquidez para ir ejecutando las operaciones que el mismo desee hacer.
- h) Además, el pago de comisiones y gastos, al igual que antes, es el paso del tiempo el que hará que se cumpla esta obligación. Pago de los intereses de descubierto, es una situación que se da cuando la cuenta se queda en números rojos, es decir en saldo acreedor para la entidad, bien sea por el cobro de la misma de las comisiones y gastos, bien sea porque ha habido un pago que ha superado los fondos de la cuenta.

3.5. Los contratos de adhesión y los contratos bancarios

Como se mencionó anteriormente, el término contrato proviene del latín contractus que significa unir.

Este término parece apropiado, ya que el contrato une dos o más voluntades. En efecto, todo contrato requiere como mínimo el acuerdo de dos personas. "El acuerdo de voluntades anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial."²¹

"La convención jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una persona

²¹ Puig Peña, Ob. Cit; pág. 242.

se obliga a favor de otra o varias entre sí, al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer.”²²



“Contrato es el acuerdo de dos o más voluntades dirigidas a producir efectos jurídicos.”²³

“En un contrato las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente. La validez y cumplimiento no puede quedar al arbitrio de uno de los contratantes, porque ello destruiría la dualidad de vínculo y entregaría a la parte pasiva al capricho de la resolviendo.”²⁴ Este vocablo, el autor se refiere a resolución o resolver. El Artículo 1517 del Código Civil indica: “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.” Así mismo el Artículo 1518 de la misma norma establece: “los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.”

3.5.1. Definición de contrato bancario

“Aquel acuerdo de voluntades que pretende crear una relación jurídica entre la entidad de crédito y su cliente, captándole fondos con ánimo de utilizarlos por cuenta propia concediendo créditos a terceros.”²⁵

²² Román Sánchez. **Derecho civil contratos**, pág. 574.

²³ Colin A, Capitant. **Curso elemental de derecho civil**, pág. 574.

²⁴ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 497.

²⁵ Suárez Díaz, Manuel. **El contrato bancario**, pág. 87.

3.5.2. Objeto del contrato bancario




El objeto del contrato bancario puede ser de tres tipos:

- a) Valores mobiliarios: acciones participaciones... (su gestión, su emisión).
- b) Créditos: entendido como una entrega de dinero con obligación de restituirlo a plazos y con el pago de intereses, según la forma acordada.
- c) Dinero: entendido como medio forzoso de pago; en el ejemplo éste es el objeto.

3.5.3. Características del contrato bancario y su relación con los contratos de adhesión

- a) El contrato bancario tiene la característica esencial que se trata de un contrato de adhesión por estar sometido a condiciones generales.
- b) En este caso parece ser que las condiciones generales se refieren a que es toda la tipología completa de los contratos desarrollados por esta entidad bancaria.
- c) El contenido mínimo de los contratos bancarios está constituido por el interés. En las condiciones más particulares viene especificado este requisito, el periodo de liquidación de los intereses.
- d) La importancia del sistema utilizado para el cálculo de los intereses: se debe determinar por el cálculo de los distintos intereses que se pueden dar en todos los tipos de contratos formalizados por las entidades bancarias.
- e) Lo relativo a las comisiones y los gastos.

- 
- f) Se debe estipular lo relativo a los derechos de las partes.
- g) Es un contrato consensual, se perfecciona con el consentimiento de ambas partes, pero exige que la entidad de crédito entregue al cliente un documento contractual, aquí está la prueba. Es bilateral, manifestada esta característica en que hay dos partes en el mismo, entidad y cliente.
- h) Las especificaciones vienen reflejadas a la hora de determinarse las obligaciones de las partes, pero estas pueden ser que no se vean en el documento, sino que con el paso del tiempo se irán cumpliendo según corresponda.

En la actualidad se habla de la crisis de la figura del contrato, o más bien, de la crisis de los presupuestos que originaron el contrato. Por ejemplo: anteriormente se hablaba que la base del contrato suponía que debía tener en cuenta la voluntad libre e igual de las partes, sin embargo, en la actualidad, no es totalmente cierto, porque en determinados casos existe una limitación a la autonomía de la voluntad, citando como ejemplo los contratos bancarios, propios del derecho mercantil.

En el caso de los créditos bancarios, pareciera que este problema del consentimiento y de algún acto de nulidad no se puede dar por parte del deudor, porque se encuentra de por medio la garantía, que es un bien, comúnmente.

Al respecto, el Artículo 51 de la Ley de Bancos al dice: 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 del valor de las garantías hipotecarias”.



Así mismo, el Artículo 52 de la misma ley regula los 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.”

El Artículo 47 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, señala: “que se entenderá por contrato de adhesión, aquel cuyas condiciones son establecidas unilateralmente por una de las partes, sin que la otra pueda discutir o modificar su contenido en el momento de contratar.”



Como se observa, uno de los mayores problemas que afrontan los deudores bancarios es que por tratarse de contratos de adhesión, su consentimiento y autonomía de voluntad se ven coartados, atados, principalmente, por la necesidad económica que afrontan y eso no debiera ser así.

El principal problema que plantean los contratos de adhesión es el relativo a la validez del consentimiento.

En el derecho civil y mercantil tradicional, el consentimiento contractual se entendía como el resultado de una relación bilateral equilibrada entre dos o más personas, las cuales llegaban a un entendimiento que se reflejaba en las cláusulas del contrato.

Esta relación equilibrada se rompe con la aparición del contrato de adhesión. El proveedor de un bien o servicio vende el bien o presta el servicio, ofrece el mismo a través de un contrato de condiciones no negociable, y el consumidor debe elegir entre aceptar el bien con todas sus cláusulas o no hacerlo. Esto provoca dos dudas muy importantes acerca del consentimiento:

- En algunos casos los que se contrata es un servicio esencial (agua, combustibles, etc.) El consumidor no tiene capacidad de negarse a firmar las condiciones, dado que no tiene otra opción para conseguir el producto esencial (y más en el caso de monopolio.) Esto provoca la duda de si existe verdaderamente un consentimiento en ese caso.



- En otros casos, el consumidor elige comprar el producto o servicio, pero es muy poco habitual que realmente entre a valorar las cláusulas del contrato que está firmando. En muchas ocasiones las cláusulas se encuentran redactadas de forma oscura, y en otras ni siquiera están a su disposición en el momento de la firma. Por último, muchos consumidores omiten su lectura a sabiendas de que no cabe negociación.

Luego del análisis de lo anterior, es evidente de que estas situaciones hayan dado problemas jurídicos, que en general se han ido encarrilando a través de distintas soluciones:

- En general, se admite que el contrato de adhesión es válido. Cualquier otra opción provocaría la paralización del mercado, y se entiende que el contrato de adhesión es una necesidad. Sin embargo, se tiene en cuenta la especial debilidad del consumidor o usuario, a quien se le protege por otras vías pero en muchos casos, menos eficaces formalmente hablando.
- Las vías a través de las cuales se da protección al consumidor o usuario, son mediante la prohibición de las cláusulas abusivas, que son nulas de pleno derecho, y a través de la vigilancia por las instituciones públicas de la actuación de los proveedores de bienes o servicios.
- En algunos casos, la comercialización de productos esenciales se regulan directamente por el estado mediante normas imperativas, de forma que el estado

suplanta el consentimiento de las partes y lo sustituye por una relación jurídica regulada previamente de forma equilibrada.



CAPÍTULO IV



4. Análisis del Artículo 836 del Código Civil y la necesidad de su reforma

4.1. Repercusiones respecto a la Constitución Política y el derecho de propiedad

La propiedad, 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.

“Es 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.”²⁶

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.

La propiedad puede ser definida 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.”²⁷

En sentido subjetivo, el vocablo “es sinónimo de facultad o atribución correspondiente a

²⁶ Bello, Andrés. *Comentarios al derecho civil guatemalteco*, pág. 98.

²⁷ *Enciclopedia de consulta*. www.wikipedia.com.html. 18-07-2009.

un sujeto. Este es el sentido que se dio 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*.²⁸



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.

El Artículo 464 del Código Civil al respecto refiere: “contenido del derecho de propiedad. La propiedad es el derecho de gozar y disponer de los bienes dentro de los limites y con la observancia de las obligaciones que establecen las leyes”.

Dentro de las características del derecho de propiedad, se encuentran:

- a) El derecho de propiedad es un poder moral, individual, exclusivo y perfecto, pero con carácter de limitación, subordinación y perpetuo.
- b) Es un poder moral porque la apropiación que se hace del bien es reflexiva y no instintiva, es decir, este es el destino porque al fin se hace previo el conocimiento del fin que se acepta libremente.

²⁸ Bello. *Ob. Cit*; pág. 98.



- c) Es una facultad o derecho individual, que directamente va encaminado a la utilidad y provecho individual, como medio que ha de ayudarle a conseguir el fin, aunque indirectamente se ordene al bien común.
- d) 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.
- e) Es un derecho perfecto 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.
- f) 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.
- g) El derecho de propiedad, es pues, un derecho perfecto, ya que 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 aun de su sustancia, destruyendo la cosa, sin que en ello haya violación de estricto derecho ajeno.
- h) 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.
- i) Perpetuo porque no existe un término establecido para dejar de ser propietario.



Las modalidades que se pueden distinguir respecto al derecho de propiedad y que recoge el Código Civil, son:

A) Por sujeto

- Pública, si corresponde a la colectividad en general.
- Privada, cuando el derecho está 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, 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 está 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.

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.

En conclusión, también conviene señalar que el derecho a la propiedad se encuentra protegido constitucionalmente, y desarrollado no solo a través de normas de carácter nacional, sino también internacional, y es una garantía que el estado debe resguardar en función de los ciudadanos.

El Artículo 39 de la Constitución Política de la República de Guatemala al respecto 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 ejercicio 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



El Código Civil en el Artículo 468 al respecto indica: “defensa de la propiedad. El propietario tiene derecho de defender su propiedad por los medios legales y de no ser perturbado en ella, si antes no ha sido citado, oído y vencido en juicio.”

Así también la Constitución Política regula el principio de igualdad, en el Artículo cuatro, y este es aplicable a todos los ámbitos del derecho, en el presente caso, existe entonces, a juicio de quien escribe, una violación a este principio respecto del contenido del Artículo 836 del Código Civil, porque no existe un trato igual respecto del acreedor hipotecario y otro tipo de acreedores en los contratos bancarios con garantía hipotecaria, circunstancias que se analizan más adelante.

Como producto de lo anterior, entonces, los bienes hipotecados expresa el Artículo 836 del Código Civil pueden hipotecarse de nuevo o enajenarse, aunque haya estipulación en contrario, salvo lo que se establezca en contratos que se refieran a créditos bancarios.

En el primer supuesto es el acreedor el que decide la aceptación de una segunda o tercera hipoteca tomando en cuenta el valor del inmueble y respecto a la enajenación, el deudor no perjudica al acreedor porque siendo real el derecho de éste y no habiendo acción personal, nada importa quién sea el propietario de la cosa.



Lo que representa perjuicio para el deudor es el hecho de que se le establezcan limitantes en el ejercicio del poder soberano de la propiedad, tal como se conceptualiza en el espíritu de los contratos con garantía hipotecaria, por lo tanto, se considera que fue un exceso de poder de los legisladores de los años sesenta, al establecer en el Código Civil una protección (sin necesidad) más a los acreedores bancarios, provocando con ello, no solo violación al derecho del ejercicio de la propiedad en el caso de los deudores, así como en el caso de la violación al principio de igualdad contenido en el Artículo cuatro de la Constitución Política de la República de Guatemala, respecto de los acreedores particulares y los acreedores bancarios.

4.2. Las formas de usura que se observan en los contratos bancarios.

La usura se refiere en el caso de los contratos bancarios la forma en que se produce la relación jurídica entre acreedor y deudor respecto de un crédito dinerario, que provoque grave perjuicio personal y económico a uno de los contratantes, generalmente, el deudor, y que se fije montos en concepto de intereses y tasas arriba de lo que estipula la ley.

El Artículo 1542 del Código Civil establece: "contratos usuarios. La persona que aprovechándose de la posición que ocupe o de la necesidad inexperiencia o ignorancia de otra la induzca a conceder ventajas usuraria o a contraer obligaciones notoriamente perjudiciales a sus intereses, está obligada a devolver lo que hubiere recibido con los daños y perjuicios, una vez declarada judicialmente la nulidad del convenio."



Ahora bien, por tratarse de contratos mercantiles y que se realizan a través de la adhesión del deudor, se debe tomar en consideración lo estipulado en el Artículo 672 del Código de Comercio que señala: “contratos mediante formularios. Los contratos celebrados en formularios destinados a disciplinar de manera uniforme determinadas relaciones contractuales, se regirán por las siguientes reglas:

1. Se interpretarán, en caso de duda, en el sentido menos favorable para quien haya preparado el formulario.
2. Cualquier renuncia de derecho solo será válida si aparece subrayada o en caracteres más grandes o diferentes que los del resto del contrato.
3. Las cláusulas adicionales prevalecerán sobre las del formulario, aun cuando éstas no hayan sido dejadas sin efecto.”

En el tema de los créditos hipotecarios bancarios, la suscripción de contratos usurarios ha sido uno de los grandes problemas nacionales. No ha existido durante toda la historia de Guatemala, un freno a la voracidad de la banca nacional, que se aprovecha cotidianamente, y sin excepción, a todos sus usuarios de los servicios financieros.

Este problema se ha venido acentuando durante los últimos años, especialmente por la inflación y el incremento de las tasas en cuanto a los intereses, y los que provocan estos graves perjuicios son los que tienen prácticamente en sus manos la economía de los pequeños y medianos empresarios y, en general, la de toda la población, que se ve cautiva de estos modernos usureros, principalmente a través del cobro excesivo por

cualquier cosa. Un ejemplo de lo anterior, y que a pesar de que no tiene relación con el tema, si tiene incidencia en tener características similares a lo que le sucede a los deudores, es el caso de las llamadas comisiones, de las tarjetas de crédito o de débito, así como de otros medios, consentidos y avalados en lo general por las autoridades de la materia. Tal como lo establece la Dirección de Atención y Asistencia al Consumidor y Usuarios. Ley de Protección al Consumidor y usuario.



La población guatemalteca, está plenamente consciente de esta problemática y es obvio que no se necesita ser economista sino simplemente usuario de la banca, para haber sentido en carne propia (o mejor sería decir, en bolsillo personal), los embates económicos de estos financieros que obtienen cotidianamente en forma desmesurada las ganancias con el consentimiento de las autoridades correspondientes, porque no hacen nada al respecto.

Esta situación no ha tenido un retroceso porque existe debilidad de los consumidores que permiten que de ello se aprovechen los grandes consorcios financieros. Es evidente también, que no existen reglas del mercado, sino más bien lo que se genera es el acuerdo entre los banqueros.

4.3. Los intereses y tasas incrementadas constantemente

Es evidente de que derivado de la posición del dólar, los bancos decidan sacrificar a los deudores para que el pago se haga en esta moneda, pareciera que resulta obvio, pero



la realidad es que en tiempos de que el dólar baja, los intereses y cobros de los bancos no bajan, manteniendo la cuota y tasa de interés sin variantes.

Respecto a la fijación de la tasa de interés que el denominativo variable es el que ha predominado y que le da puerta a estos bancos a hacer prácticamente lo que quieran con los deudores, es por el hecho de que la Ley de Bancos y Otros Grupos Financieros regula de manera tenue, a conveniencia y lamentablemente impuesta por el legislador, y que se describe a continuación: el Artículo 42 de la Ley de Bancos y Otros Grupos Financieros, respecto a las tasas de interés, comisiones y recargos, señala: “tasas de interés, comisiones y recargos. Los bancos autorizados conforme esta ley pactarán libremente con los usuarios las tasas de interés, comisiones y demás cargos que apliquen en sus operaciones y servicios. En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios que no correspondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos. En todos los contratos de índole financiera que los bancos suscriban, deberán hacer constar, de forma expresa, la tasa efectiva anual equivalente, así como los cambios que se dieran a ésta.”

4.4. La situación del dólar que tiende a la subida pero no a la baja de los intereses

Al respecto tendría que existir una sujeción a las normas civiles y mercantiles. El Artículo 1395 del Código Civil señala: “el pago en moneda nacional lo hará el deudor entregando igual cantidad numérica con arreglo al valor nominal que tenga la moneda en la fecha en que se le requiera de pago, siempre que ya sea exigible la obligación.



De acuerdo a lo anterior, entonces, con relación a la moneda extranjera no existe mayor regulación que limite o prohíba excesos y abusos en materia de los créditos bancarios hipotecarios. Al respecto, la Ley de Bancos y Otros Grupos financieros, señala en el Artículo 44 establece lo siguiente: “proporciones globales en moneda extranjera. Los bancos deberán mantener proporciones globales entre sus operaciones activas y pasivas en moneda extranjera, de conformidad con las disposiciones que emita la Junta Monetaria.”

4.5. Necesidad de reforma del Artículo 836 del Código Civil para que sea más claro respecto al ejercicio del derecho de propiedad

Como se ha venido señalando, resulta evidente solo de la lectura del texto, sin necesidad de ahondar en formas de interpretación tal y como lo establece el Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial: “las normas se interpretarán conforme a su texto...” que el contenido del Artículo 836 del Código Civil, produce claramente dos violaciones: al derecho del ejercicio de la propiedad, y a la igualdad en el caso de los acreedores cuando hace una distinción sin necesidad, de los bancarios de los particulares.

4.6. Análisis del Artículo 836 del Código Civil y la necesidad de su reforma

Se propone la reforma al Artículo 836 del Código Civil, puesto que contiene una evidente violación al principio de igualdad y propiedad constitucionalmente establecido,



en cuanto a que:

- a) Limita el ejercicio al derecho de propiedad del deudor, porque no se trata de derechos personales, sino patrimoniales.
- b) Señala una diferencia que no debe tener, del acreedor hipotecario particular y el acreedor hipotecario bancario.
- c) El acreedor hipotecario bancario, lógicamente se beneficia con el contenido e interpretación del Artículo 836 del Código Civil.
- d) El beneficio se circunscribe a la obligación del deudor de no hipotecar o enajenar nuevamente un inmueble previamente hipotecado cuando el acreedor es una institución bancaria.
- e) Se limita el ejercicio del derecho a la propiedad, respecto a disponer de las oportunidades legales que la misma Ley le ofrece al deudor.
- f) En todo caso, se debe proteger al propietario del bien, y no a un banco.
- g) Se establece una limitación contractual y adoptada de carácter unilateral.

En virtud de lo anteriormente expuesto, se propone que la reforma al Artículo 836 del Código Civil se haga en el siguiente sentido:

El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos.

CAPÍTULO V



5. Solución de la hipoteca en el sistema bancario

5.1. Reunificación de préstamos

La unificación de préstamos no es más que la existencia de varios créditos y un solo deudor. El estudio de las diferentes posibilidades y opciones que se ofrece en el mercado en cuanto a reunificación de préstamos hace caer en la cuenta de que este proceso permite no solamente obtener otras líneas de créditos económicos que pudieran beneficiar al deudor, sino que además posibilita refinanciar todo el capital que se adeuda a una tasa de interés mensual posiblemente menor a lo que el deudor ha venido pagando, sin que existiera en el mercado una libre competencia y el acceso a opciones por parte de los usuarios de los servicios financieros para ello.

Esta sería una solución ante la problemática que afrontan los deudores derivados precisamente de las limitaciones que se le imponen unilateralmente por parte de los acreedores bancarios o bien particulares.

Ante el progresivo desmejoramiento de la situación económica para un sin número de familias que conforman la clase media, podría ser la solución para salir a flote; soluciones que proponen bien sea por entidades bancarias o por intermediarios financieros, y por eso, se reitera, que la reunificación de préstamos es una de ellas.



Como su nombre lo indica, reunificar los préstamos significa unificar todas las deudas como si se tratase de una sola. Por ejemplo, los préstamos personales ostentan más intereses que los hipotecarios. Así, al reunificar préstamos personales con los hipotecarios, quedaría una sola deuda con unos intereses mucho más bajos, es decir, como si se tratara enteramente.

En el caso de las deudas hipotecarias, la modalidad de reunificación de préstamo puede ser una salida a las cuotas altas que una familia debe pagar mensualmente, pues los intereses pueden reducirse respecto del porcentaje fijado. Sin embargo, de lo anterior, para el caso de los créditos hipotecarios, también existe un factor negativo o la otra cara de la reunificación de préstamos en deuda hipotecaria, porque tiene el agravante de que la familia estará endeudada por mucho más años, sumado a que el endeudamiento final será más alto que el que se tenía, debido a que el usuario deberá pagar los gastos que demande el cambio de la modalidad de la operación del préstamo. Además del riesgo de perder la vivienda familiar en caso de insolvencia.

En síntesis, la reunificación de préstamos trae como ventaja la rebaja de intereses mensuales, que es el factor al que muchas familias no pueden hacer frente, pasando una deuda personal con un interés determinado, a uno único hipotecario de menor porcentaje en cuanto al interés mensual.

No obstante, esto sucede en el caso de los créditos no hipotecarios, pero cuando sucede al contrario, es decir, cuando se trata de créditos hipotecarios, también debe

tomarse en cuenta que es una solución para que las finanzas familiares mensuales alcancen a cubrir tanto el pago del crédito como las necesidades del grupo familiar pero a largo plazo la inversión en esta solución resultará más costosa que lo que se obtuvo con x o y crédito.



5.2. Financiación para cliente final de promotoras

La financiación se refiere a la forma de otorgar créditos mediante un procedimiento específico que emplean generalmente los bancos. Las promotoras son aquellas instituciones financieras que otorgan créditos.

En este caso, interviene la institución de la subrogación de los préstamos. Para lo cual, se deben sujetar a las normas que regula el Código Civil al respecto, y en términos generales, dice: "Artículo 1453. La subrogación tiene lugar cuando el acreedor sustituye en el tercero que paga todos los derechos, acciones y garantías de la obligación."

Dentro de las obligaciones en esta institución, el Artículo 1454 del Código Civil señala: "el que subroga no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor sino hasta la concurrencia de la suma efectivamente pagada por él para la liberación del deudor."

Además, se puede suscitar una subrogación sin declaración de los interesados, cuando:

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



5.3. Hipoteca multidivisa

Esta es otra modalidad, para efectos de interpretación del Código Civil se encuentra prohibida. El Artículo 825 del Código Civil señala: "indivisibilidad de la hipoteca. La hipoteca es indivisible y como tal, subsiste íntegra sobre la totalidad de la finca hipotecada, aunque se reduzca la obligación."

La ley civil guatemalteca prohíbe la división de la hipoteca, pero lo hace con respecto al bien propiamente dicho, sin embargo, en este tipo de modalidad lo que se pretende, es la división del monto de dinero que se adeuda al acreedor bancario. Entonces, en este caso, la hipoteca multidivisa se trata de un préstamo hipotecario suscrito en varias monedas extranjeras que permite aprovechar los bajos tipos de interés que rigen en ese momento en los mercados de los países respectivos, así como de la debilidad del tipo de cambio de la divisa en cuestión.

En este caso, también puede observarse riesgos para el deudor, especialmente cuando se producen cambios de tendencia que revaloricen la moneda y conviertan la deuda, al

cambio, mucho más cuantioso. Sin embargo, esto también puede tener una solución, y es el caso de suscribir un seguro sobre el riesgo del tipo de cambio. No obstante, el costo de este seguro podría reducir sustancialmente las ventajas asociadas a los diferenciales en los tipos de interés. En la práctica el crédito o préstamo multdivisas se hace con divisas estables y con tipos de interés bajos.



5.4. Hipoteca cambio de casa

Tiende a ofrecer alguna confusión el concepto de hipoteca de cambio de casa. Se suscita cuando algunas entidades financieras están ofreciendo productos específicos para que los usuarios perciban una renta con la garantía de la vivienda que tienen en propiedad y sin cargos, se trata de la hipoteca inversa. A juicio de quien escribe, no se torna muy interesante y beneficiosa como la describen algunos bancos que pudieran implementarla como parte de sus servicios.

5.5. Hipoteca sin avalista al 100 por ciento de valor de tasación

El concepto del cien por ciento respecto al aval y costo del bien objeto de garantía hipotecaria, conlleva a considerar que cuando no existe avalista, los bancos pueden hacer la erogación del cien por cien y no como sucede en la actualidad que es hasta el ochenta por ciento sobre el valor de la tasación conforme el avalúo.

Las entidades de crédito suelen conceder cantidades del 80% del valor de tasación de

la vivienda que se quiera comprar. Esto aunado a que debiera existir un ahorro familiar por el resto del porcentaje del cien por cien, en la realidad, no es posible, puesto que respecto al ahorro en lugar de fortalecerse, en los últimos tiempos ha ido disminuyendo, por lo que poca gente contará en sus arcas con ese 20% restante. A lo que habrá que sumar gastos e impuestos.



Aunque por definición un crédito hipotecario tenga como garantía la propiedad adquirida con él, los bancos no quieren quedarse con las viviendas de quienes no pueden pagar, si pueden evitarlo. Su beneficio radica en cobrar intereses el mayor tiempo posible. Por ley, las hipotecas de hasta el 80% del valor de tasación no se verán afectadas por otra garantía que no sea la misma propiedad.

En estos casos, cuando se paga el cien por cien y no el ochenta por ciento sobre el valor total de la tasación del avalúo, es que las entidades piden un avalista, que responda con sus propiedades (aval) en caso de que el titular del crédito no atienda los pagos. Esto supone que hay que involucrar a familiares o amigos, en una situación embarazosa para ambos. También alguien que compra una segunda vivienda puede verse obligado a avalar con la primera esa nueva adquisición.

Hay personas que carecen de posesiones previas y no cuentan con familiares ni personas de confianza que le sirvan de avalistas, aunque se encuentren en situación de solvencia económica. Este hecho hace que una gran cantidad de personas no pudiera tener acceso a la compra de una vivienda, con lo que los bancos perdían un

negocio importante, estos podrían ser considerados como los aspectos negativos de esta posibilidad para el deudor en el tema de las garantías hipotecarias.



También existe la modalidad de que las entidades obligan al cliente a suscribir un seguro que cubra el impago de las cuotas. Así, las cuotas mensuales se compondrán de tres pagos sumados: principal, intereses y seguro. Este hecho puede influir negativamente en el nivel de solvencia futuro, porque a cambio de no presentar avalistas se habrá de hacer frente a una apreciable subida de las cuotas, correspondiente al importe del seguro. Por ello los plazos de devolución son amplios, hasta 20 años, lo cual hace que los pagos sean más asequibles y compensen la subida por el costo del seguro. Y también esa prolongación en el tiempo hace que la operación resulte rentable para la entidad.

Pero no suele haber hipotecas sin aval como productos específicos generalizados en todas las entidades. Más bien se estudian los casos concretos y sus particularidades. Porque aún con el seguro y la propiedad como garantías, los bancos sólo concederán estos préstamos si creen que su cliente mantiene un cierto nivel de solvencia.

En estos casos, la práctica podría tender a ser de que las entidades bancarias solicitan (más bien exigen) un avalista para operaciones superiores al 80% del valor de tasación, antes que constituir una hipoteca sin avalista pero asegurada, bajo esta modalidad.

5.6. Préstamos de consumo



El préstamo de consumo es un contrato por el cual una de las partes, el prestamista, pone a disposición del otro, el prestatario, algo para su uso, con el objeto de devolverlo en los términos convenidos, generalmente combinado con una garantía y dando lugar al pago de un interés en caso de préstamo de dinero.

Dentro de los aspectos negativos que pueden observarse en este caso, es el hecho de que el monto de los créditos no es muy elevado, como para comprar una casa, y regularmente solo se utiliza para compras menores.

5.7. Financiación de empresas

La financiación de la empresa, se conoce como el conjunto de recursos económicos que se ponen a disposición de la misma para la adquisición de los bienes y derechos (el activo) que se utilizan para llevar a cabo la actividad productiva de la misma. La estructura financiera o pasivo que es con lo que se financia la estructura económica o activo. El pasivo se compone de dos grandes masas:

- a) Los fondos propios.
- b) Los recursos ajenos.

La diferencia entre propio y ajeno la establece el hecho de que sean desembolsados

directamente por el empresario y sus socios, o bien que lo sean por terceras personas o entidades, con dos figuras intermedias como son las subvenciones y los préstamos participativos que se incluyen como fondos propios.



5.8. Financiación para empresas multilíneas de crédito

Pareciera difícil concebir este concepto, que podría entenderse por multilínea, quiere decir, muchas líneas en el léxico bancario, se denominan líneas de crédito. Es un concepto que se ha tomado del concepto que en inglés se maneja como bankinter. Es un servicio que engloba todas las necesidades de financiación de su empresa en un solo instrumento y bajo un único contrato.

Esta modalidad ofrece una línea de financiación a un plazo distribuida en cuatro categorías de productos:

- a) Riesgo financiero: créditos, préstamos.
- b) Riesgo comercial: anticipos y recibos.
- c) Riesgo de firmas: avales y crédito documentario.
- d) Otros riesgos: contratos como factoring, arrendamiento financiero, intercambios.

Existen dos modalidades según las necesidades específicas de su empresa:

- a. Multilínea con plazo abierto sin garantía hipotecaria; operación que se va

renovando cada año.

- b. Multilínea a plazo con garantía hipotecaria; operación a medio o largo plazo que puede ser renovada llegado su vencimiento.



Con este tipo de modalidad, se pueden señalar como ventajas, las siguientes:

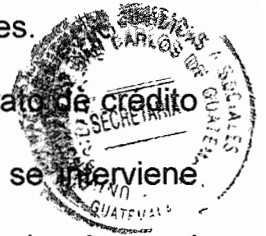
- a. Seguridad: al contar con una línea de financiación permanente y no tener que preocuparse por solicitar una operación nueva ante cada necesidad de su empresa.
- b. Flexibilidad: para adaptar esta línea de financiación a las necesidades de su empresa y para contratar los productos que necesite sin ningún requisito especial.
- c. Ahorro: de costos al no ser necesario firmar un contrato, ni acudir al notario, por cada nueva operación y de tiempo en la formalización de operaciones.
- d. Agilidad y sencillez: por no tener que esperar que el banco le responda ante una necesidad concreta de su empresa y porque los plazos ya nos los marca el banco, los plazos los decide el cliente.
- e. Información: al poder recibir avisos en su móvil sobre renovaciones de su línea, así como relativos a aquellos saldos que superen una cantidad determinada.

El procedimiento de este novedoso sistema, es el siguiente:

- a) El usuario solicita a Bankinter el importe que necesite y elige la modalidad

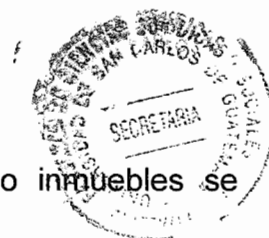
(hipotecaria o no hipotecaria) que mejor se adapte a sus necesidades.

- b) Tiene que firmar con bankinter dos contratos. El primer es un contrato de crédito donde se refleja el importe, el plazo y la garantía. Este contrato se interviene ante Notario y en el caso de la multilínea hipotecaria, se inscribe además en el registro.
- c) El segundo contrato refleja las condiciones del servicio, así como las de los diferentes productos que pueden ser contratados dentro de una multilínea. Además en él también figuran las condiciones económicas de los productos específicos que necesita en ese momento inicial.
- d) A partir de ahí, si usted desea un nuevo producto, dentro de los límites de la multilínea, sólo precisa ponerse en contacto con el banco sin necesidad de ningún trámite especial ni de la firma de un nuevo contrato.



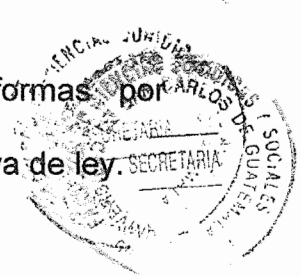


CONCLUSIONES



1. El derecho de propiedad de los bienes tanto muebles como inmuebles se encuentra protegido por la ley. Tanto por la Constitución Política de la República de Guatemala, como por el Código Civil, contra los abusos o daños que personas sin escrúpulos quisieran hacer de tales bienes.
2. Los contratos bancarios, clasificados como de adhesión contienen vicio de consentimiento, por el hecho de ser la voluntad únicamente de una de las partes y la otra lo tienen que tomar si quiere hacer uso del servicio, o no aceptarlo, quedando el deudor obligado a cumplir con lo estipulado en el contrato, sin poder así alegar violación al derecho de la libre disposición que le otorga la Constitución Política de la República de Guatemala.
3. En el contrato bancario de hipoteca, el banco se asegura de recuperar lo concedido en préstamo, gravando el bien inmueble al inscribir tal derecho en el Registro General de la Propiedad, apropiándose del bien si la persona no paga la totalidad del préstamo, vendiendo el inmueble posteriormente, para poder solventar la cantidad de dinero que se encuentra pendiente de pagar.
4. El Artículo 836 del Código Civil por una parte viola el principio constitucional de igualdad y por otra viola el principio constitucional de la libre disposición de la

propiedad. A pesar de ello este Artículo no ha sido objeto de reformas por parte del Congreso de la República, aun contándose con una iniciativa de ley.



5. Las obligaciones y contratos mercantiles se interpretarán a manera de conservar y proteger las rectas y honorables intenciones y deseos de los contratantes, sin limitar con interpretación arbitraria y sus efectos naturales, ya que las partes obligadas conocen en verdad sus derechos y obligaciones, sin embargo el Artículo 836 del Código Civil, contradice tal principio.

RECOMENDACIONES



1. Los legisladores deben revisar las normas que rigen las distintas instituciones, como en el presente caso, la hipoteca, y determinar que exista armonía entre otras que tengan relación directa a éstas primeras, con el fin de que las leyes sean congruentes entre si, especialmente las del mismo nivel jerárquico, y en protección de la parte más débil emitir las leyes que correspondan.
2. Los legisladores deben adecuar las normas en el sentido más favorable a la parte más débil (deudor), para que pueda disponer de la libre disposición del derecho de propiedad que le otorga la Constitución Política de la República de Guatemala y poder equiparar en igualdad en el momento de que se susciten relaciones o vínculos derivados de los contratos con su acreedor.
3. Los legisladores deben reformar la norma en adecuación a las normas constitucionales y ordinarias que rige la protección del consumidor y usuaria dentro de las relaciones mercantiles para que tanto los empresarios de la banca como los ciudadanos, en las relaciones jurídicas que se susciten entre ellos, se encuentren en igualdad de condiciones.
4. Se debe reformar el Artículo 836 del Código Civil, por parte de los legisladores, en el sentido que se establezca que el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, porque hace una



diferenciación discriminando al acreedor particular, del acreedor bancario, al concederle a los bancos que tomen su propia decisión y voluntad, al aplicar el contrato de adhesión, beneficiando a éstos últimos, todo ello, en perjuicio del deudor.

5. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala, al reformar el Artículo 836 del Código Civil, también regulen que las normas por parte de los legisladores conlleven soluciones como las que se propone, en cuanto que el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlo o hipotecarlo y que pueden ser tomadas en cuenta por los deudores en su poder de decisión personal sobre sus obligaciones.

BIBLIOGRAFÍA



AGUIRRE GODOY, Mario. **Derecho procesal civil**; 1t y 2t.; Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala; Ed. Universitaria, año 1981.

BELLO, Andres. **Comentario al código latinoamericano**. 1t.; Argentina: Ed. Felix. (s.f.)

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, Guatemala: Ed. Universitaria. 1973

BUSTO, Nestor Jorge, **Derechos Reales**, 2t. (s.l.i.): Ed. Astrea, 2000.

COLIN A. Capitant. **Curso elemental de derecho civil**. Madrid: Ed. Reus, 1952

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil español común y foral, derecho de familia, relaciones conyugales**. Madrid: 9ª. Ed. Reus, 1976.

DEL VISO, Salvador, Valencia Juan Mariana y Sanz. **Lecciones elementales del derecho civil, del derecho de las personas con relación a su estado civil**. (s.l.i.): (s.e.), 1868.

DE PINA, Rafael. **Tratado de las pruebas civiles**. (s.l.i.): (s.e.). (s.f.).

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**; t1.; 2ª. Reimpresión, (s.l.i.): (s.e.), (s.f.).

JIMÉNEZ, Ana Luisa. **La propiedad y el ejercicio de este derecho.** 1t; (s.l.i.): (s.e.) (s.f.).



PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español, familia y sucesiones;** t5.; España: Ed. Arazandi, Pamplona, 1974.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. **Derecho mercantil.** México: Ed. Porrúa, S.A. 2ª. 1969.

RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ, Hilda Violeta. **Lecturas seleccionadas.** Guatemala: Ed. Estudiantil Universidad Francisco Marroquín., (s.f.).

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia;** 1 vol.; México: Ed. Porrúa, S.A., 1978.

ROMÁN SÁNCHEZ, Felipe. **Derechos reales.** www.cadri.org/?p=1803 (18-07-2009)

SOTO ÁLVAREZ, Clemente. **Prontuario de introducción al estudio del derecho y nociones de derecho civil.** México: Ed. Mimusa, 1975.

SUAREZ DIAZ, Manuel. **El contrato bancario.** 2t. (s.e.): (s.l.i.), (s.f.).

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. **Derecho civil español, derecho de familia, parte especial;** t4.; Madrid: Ed. Talleres Tipográficos, 1975.

VARGAS ORTIZ, Ana María. **Breve comentario sobre el derecho Ley 106.** Folleto, (s.e.): (s.l.i.), (s.f.).

VARGAS RAMÍREZ, Luis. **El crédito**. Buenos Aires Argentina: Ed. De palma, 1997.



Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

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

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

Ley de Bancos y Grupos Financieros. Decreto 19-2002 del Congreso de la República.

Ley de Protección al Consumidor y Usuario. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 06-2003.