

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

**LA EFECTIVA OPERATIVIDAD DEL SOBRANTE DEL REMATE EN LAS  
EJECUCIONES EN VÍA DE APREMIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, A FAVOR  
DEL EJECUTADO PROMOVIDAS POR PERSONAS INDIVIDUALES O JURÍDICAS,  
A TRAVÉS DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 312 SEGUNDO PÁRRAFO, DEL  
DECRETO LEY 107, CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL**

**PABLO ROBERTO RETANA SOTO**

**GUATEMALA, JULIO DE 2011**

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

**LA EFECTIVA OPERATIVIDAD DEL SOBRANTE DEL REMATE EN LAS  
EJECUCIONES EN VÍA DE APREMIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, A FAVOR  
DEL EJECUTADO PROMOVIDAS POR PERSONAS INDIVIDUALES O JURÍDICAS,  
A TRAVÉS DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 312 SEGUNDO PÁRRAFO, DEL  
DECRETO LEY 107, CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**PABLO ROBERTO RETANA SOTO**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADO Y NOTARIO**

Guatemala, julio de 2011

**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. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidente:	Lic. Gerardo Prado
Vocal:	Licda. María Lesbia Chávez de Julián
Secretario:	Lic. Luis Efraín Guzmán Morales

**Segunda Fase:**

Presidente:	Lic. David Sentés Luna
Vocal:	Licda. Rosa Herlinda Acevedo Nolasco
Secretaria:	Licda. Irma Leticia Mejicanos Jol

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



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES

UNIDAD DE  
ASESORIA DE TESIS

**LIC. JORGE ANTONIO VALLADARES ARÉVALO**  
**ABOGADO Y NOTARIO**

23 Avenida 31-65, Zona 12, Guatemala, Guatemala.  
Teléfono 5295-4600



Guatemala, 18 de enero de 2011.

**Licenciado**

**MARCO TULIO CASTILLO LUTIN**

**Jefe de la Unidad de la Asesoría de Tesis**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**  
**Universidad de San Carlos de Guatemala.**  
**Su Despacho.**



**Honorable Licenciado CASTILLO LUTIN:**

Me place saludarle deseándole éxitos a cargo de ese Despacho y demás labores profesionales.

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, en mi calidad de Asesor del trabajo de tesis del Bachiller **PABLO ROBERTO RETANA SOTO**, intitulado **"LA EFECTIVA OPERATIVIDAD DEL SOBRANTE DEL REMATE EN LAS EJECUCIONES EN VÍA DE APREMIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA A FAVOR DEL EJECUTADO PROMOVIDAS POR PERSONAS INDIVIDUALES O JURÍDICAS A TRAVÉS DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 312 SEGUNDO PÁRRAFO DEL DECRETO LEY 107, CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL"**, resulta procedente dictaminar respecto a la asesoría del mismo de conformidad con las siguientes justificaciones:

- 1.- El contenido objeto de desarrollo, análisis, aportaciones y teorías sustentadas por el autor, ameritó ser calificado de sustento importante y valedero al momento de la asesoría efectuada; circunstancia académica que desde todo punto de vista deben concurrir y son atinentes a un trabajo de investigación de tesis de grado.
- 2.- Aunado a lo expuesto se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la asesoría prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo, exigidos por el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de nuestra Universidad Rectora de la Educación Superior, en el presente dictamen se determina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos en el artículo treinta y dos (32) de dicho normativo, ya que se pudo verificar su contenido científico y técnico en la elaboración del tema, su técnica así como su método de investigación fueron los indicados, habiendo dado una idea de cómo redactar ya que en un principio el presente trabajo carecía de una buena redacción mejorándose sucesivamente. Las conclusiones y las recomendaciones están buscando el verdadero objeto del tema

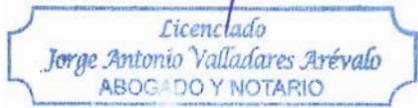
como lo es contribuir a resolver el problema social objeto de su trabajo, carece de cuadros estadísticos ya que no fue necesario y por último pude constatar que la bibliografía era la adecuada para la elaboración del tema.



- 3.- El tema seleccionado por el autor reviste vital importancia y en consecuencia constituye un gran aporte académico no solo para nuestra casa de estudios, sino también para el régimen de legalidad, cuya apreciación y ponencia que pueda hacerse del mismo a instancia de ese Despacho resultaría oportuno y admisible, puesto que el espíritu y finalidad en toda elaboración de tesis, se refleja precisamente en hacer valer los aportes insertos en las investigaciones de tesis de grado.
- 4.- Por lo anterior concluyo que el trabajo de tesis del bachiller **PABLO ROBERTO RETANA SOTO**, no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación de teorías, análisis, y aportes tanto de orden legal como académicos, ello en atención a las normativas y presupuestos reglamentarios regulados para el efecto, así como a la norma referida objeto de propuesta de reforma, resultado como punto relevante el contenido analítico inserto en todo el trabajo de investigación.
- 5.- En consecuencia en mi calidad de Asesora me permito **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado del autor amerita seguir su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su Examen Público de Graduación, y poder optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y a los títulos de Abogado y Notario.

Sin otro particular, me suscribo deseándole éxitos en sus labores cotidianas.

Líc. Jorge Antonio Valladares Arévalo  
Abogado y Notario  
Asesor, Colegiado 9,705

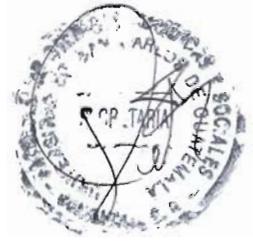


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS  
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria  
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiuno de enero de dos mil once.

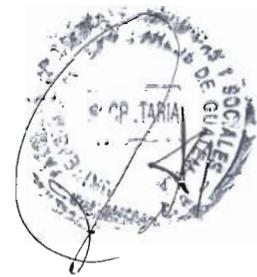
Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) LEONEL BATRES GALVEZ , para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante PABLO ROBERTO RETANA SOTO, Intitulado: "LA EFECTIVA OPERATIVIDAD DEL SOBRANTE DEL REMATE EN LAS EJECUCIONES EN VÍA DE APREMIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA A FAVOR DEL EJECUTADO PROMOVIDAS POR PERSONAS INDIVIDUALES O JURÍDICAS A TRAVÉS DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 312 SEGUNDO PÁRRAFO DEL DECRETO LEY 107, CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL"

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/higs.



**LIC. LEONEL BATRES GALVEZ**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
**Col. 8,499**  
**0 calle "D" 8-43 Zona 2 Villa Nueva**  
**TELÉFONO: 56960866 - 50601510**

Guatemala, febrero 23 de 2011

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



Respetable Licenciado:

Me honra informarle que en cumplimiento de la resolución de esa unidad, por la cual se me otorga el nombramiento para **REVISAR** el trabajo de tesis del bachiller **PABLO ROBERTO RETANA SOTO**, intitulado: **"LA EFECTIVA OPERATIVIDAD DEL SOBRENTE DEL REMATE EN LAS EJECUCIONES EN VÍA DE APREMIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, A FAVOR DEL EJECUTADO PROMOVIDAS POR PERSONAS INDIVIDUALES O JURÍDICAS, A TRAVÉS DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 312 SEGUNDO PÁRRAFO, DEL DECRETO LEY 107, CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL"**, procedí a la revisión del trabajo de tesis en referencia.

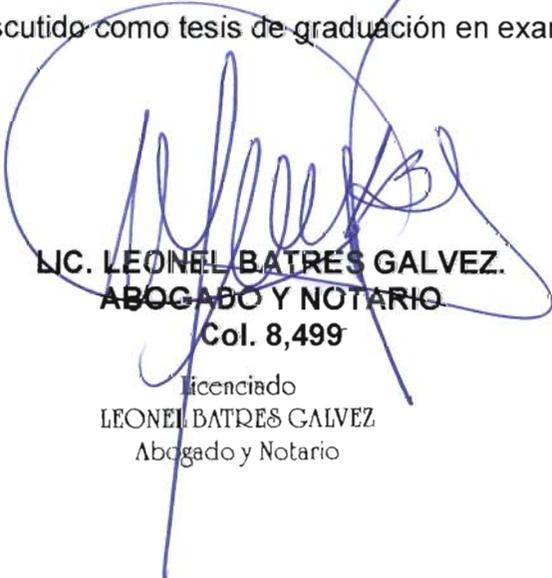
Realicé la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción; que consideré que en su momento serán necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla. El tema está redactado de una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando las instituciones jurídicas relacionadas al mismo, definiciones y doctrinas, así como la regulación legal de la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y leyes aplicables a nuestro derecho positivo, al igual la utilización de derecho comparado, lo que hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.



En tal virtud el contenido de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, ya que la recolección de información realizada fue de gran apoyo a su investigación, dado que el material es considerablemente actual y vanguardista, con lo cual el sustentante aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, por lo que pueden ser sometidos a su discusión y aprobación definitiva, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, pues son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, las mismas son objetivas, realistas y bien delimitadas. **Resalto que atendió las sugerencias y observaciones señaladas**, defendiendo con fundamento aquellas que consideró necesario. En cuanto a la estructura formal de la tesis, la misma fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

En consecuencia emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en el sentido que el trabajo de tesis desarrollado por el bachiller **PABLO ROBERTO RETANA SOTO**, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; por lo que puede ser impreso y discutido como tesis de graduación en examen público.

  
**LIC. LEONEL BATRÉS GALVEZ.**  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
**Col. 8,499**

Licenciado  
LEONEL BATRÉS GALVEZ  
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, doce de abril del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante PABLO ROBERTO RETANA SOTO, Titulado LA EFECTIVA OPERATIVIDAD DEL SOBRANTE DEL REMATE EN LAS EJECUCIONES EN VÍA DE APREMIO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, A FAVOR DEL EJECUTADO PROMOVIDAS POR PERSONAS INDIVIDUALES O JURÍDICAS, A TRAVÉS DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 312 SEGUNDO PÁRRAFO, DEL DECRETO LEY 107, CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



## DEDICATORIA

- A DIOS: Toda mi gratitud por haberme proveído de sabiduría y bendiciones, para obtener este triunfo profesional.
- A MIS PADRES: JUAN PABLO RETANA CONDE y ELSA AURORA SOTO GUTIÉRREZ, con amor y respeto; en agradecimiento por su paciencia, esfuerzos y sacrificios de toda su vida.
- A MIS HERMANOS Y SOBRINOS: Con cariño sincero; y que la meta hoy alcanzada sea un estímulo para ellos.
- A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS: Con quienes compartimos muchos momentos de alegría y tristeza, sinceramente gracias.
- A LOS MAESTROS DE MIS CENTROS DE ESTUDIOS: Escuelas: Alberto Mejía; Rafael Álvarez Ovalle; Escuela Normal Central Para Varones "E.N.C.V."; y al Instituto Nacional de Bachillerato en Computación "I.N.B.C.", gracias.
- A LOS DOCENTES DE LA FAC. DE CC. JJ. y SOC.: Por transmitirme sus conocimientos, quedando profundamente agradecido, durante el transcurso de mi futuro ejercicio profesional.
- A: La Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i

### CAPÍTULO I

1. Breve reseña del derecho de obligaciones.....	1
1.1. Naturaleza jurídica.....	3
1.2. Elementos esenciales y de validez de la obligación.....	3
1.3. Las fuentes de las obligaciones.....	6
1.4. Clasificación de las obligaciones.....	9
1.5. Cumplimiento de las obligaciones.....	13
1.6. Incumplimiento de las obligaciones.....	14
1.7. Transmisión de las obligaciones.....	15
1.8. Extinción de las obligaciones.....	16

### CAPÍTULO II

2. Formas de garantizar las obligaciones contractuales.....	19
2.1. Las garantías.....	20
2.2. Garantías reales.....	21
2.2.1. La hipoteca.....	22
2.2.2. La prenda.....	30
2.3. Las garantías personales.....	32

	<b>Pág.</b>
2.3.1. La fianza.....	33
2.4. Las garantías mixtas.....	34
2.5. Otras formas de garantizar los créditos.....	36

### **CAPÍTULO III**

3. El incumplimiento y ejecución de las obligaciones.....	37
3.1. El incumplimiento de las obligaciones.....	38
3.2. La ejecución de las obligaciones.....	41
3.3. Los procesos de ejecución regulados en el Código	
Procesal Civil y Mercantil.....	42
3.3.1. Ejecución en la vía de apremio.....	43
3.3.2. El juicio ejecutivo.....	43
3.3.3. Ejecuciones especiales.....	52

### **CAPÍTULO IV**

4. El proceso de ejecución en la vía de apremio.....	57
4.1. Requisitos de los títulos ejecutivos en la vía de apremio.....	58
4.2. Análisis de los títulos ejecutivos en la vía de apremio.....	58
4.2.1. Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.....	59
4.2.2. Laudo arbitral no pendiente de recurso de casación.....	60

	<b>Pág.</b>
4.2.3. Créditos hipotecarios .....	61
4.2.4. Bono o Cédulas hipotecarias y su cupones .....	62
4.2.5. Créditos prendarios .....	63
4.2.6. Transacción celebrada en escritura pública .....	64
4.2.7. Convenio celebrado en el juicio .....	66
4.2.8. Otros títulos ejecutivos en la vía de apremio .....	67
4.3. Aspectos importantes del proceso de ejecución en la vía de apremio .....	67
4.4. Fases del proceso de ejecución en la vía de apremio .....	70
4.4.1. Primer escrito o solicitud inicial .....	70
4.4.2. Calificación del título y mandamiento de ejecución y embargo .....	71
4.4.3. Designación del ejecutor y requerimiento .....	73
4.4.4. Nombramiento de depositario .....	73
4.4.5. Tasación .....	74
4.4.6. Orden de remate y publicación .....	74
4.4.7. Remate .....	75
4.4.8. Liquidación .....	76
4.4.9. Escrituración .....	77
4.5. Medios de impugnación en la ejecución en vía de apremio .....	78
4.6. Entrega de bienes .....	78

**CAPÍTULO V**

5. El sobrante y su restitución en un proceso de ejecución en vía de apremio.....	79
5.1. Definición de sobrante.....	80
5.1.1. Diferencia entre sobrante y saldo insoluto.....	81
5.2. La distribución del sobrante en el derecho comparado.....	82
5.3. Existencia del sobrante en la práctica tribunalicia.....	85
5.4. A quien le corresponde el sobrante.....	87
5.5. Análisis de Artículo 312 del Código Procesal Civil y Mercantil y propuesta de solución.....	88
5.6. Proyecto ley de reforma al Artículo 312 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto 107 del jefe de gobierno.....	91
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	99

## INTRODUCCIÓN

Guatemala es un país en donde el alto costo de la vida, el desempleo y la falta de oportunidades están dejando mellas; ante esta situación y con el objeto de sobrevivir y buscar fondos para iniciar e invertir en algún negocio, muchas personas acuden a las instituciones bancarias, financieras, cooperativas de ahorro y crédito o a personas individuales a solicitar ayudas crediticias; sin embargo, la política de las instituciones financieras, también aplicadas por los demás entes, consiste en no otorgar créditos sin ningún tipo de garantía y que si ésta es personal (fiduciarios), los montos otorgados son bajos, lo que no cubre las necesidades del solicitante y provoca que aquéllos se inclinen a solicitar un préstamo con garantía hipotecaria.

Lo anterior se debe a que en el ordenamiento jurídico adjetivo se encuentra regulada la forma de distribuir el sobrante, después de una ejecución en la vía de apremio, cuando exista una garantía hipotecaria; pero no se establece procedimiento alguno para determinar dicho sobrante, toda vez que en la práctica no se valúa el inmueble hipotecado, sino que se toma como base el monto de la deuda, o su valor fijado en la matrícula fiscal, lo cual siempre es inferior al valor real del inmueble; ocasionando con esto que cuando se adjudica en pago el bien inmueble pignorado, que es lo más común, el ejecutante no devuelva sobrante alguno.

Ante los planteamientos anteriores y con el ánimo de colaborar en la solución del problema, en este trabajo se aportan elementos de conocimientos teóricos y jurídicos,

habiéndose utilizado la metodología siguiente: el inductivo, el sintético y el analítico, así como la técnica de investigación bibliográfica, arribándose a la conclusión que confirma la hipótesis planteada, en el sentido que la investigación arroja datos reales y objetivos que demuestran que en la forma que se dilucida el proceso de ejecución en la vía de apremio, no se determina la existencia del sobrante, por lo que se hace necesario realizar una reforma al Código Procesal Civil y Mercantil y, de esa manera, establecer el sobrante y operativizar su devolución a favor del ejecutado.

Este estudio se estructuró en cinco capítulos, de la siguiente manera: En el primero se hace una breve reseña del derecho de obligaciones, su naturaleza jurídica, sus elementos, la fuente de las obligaciones, su clasificación, su transmisión y su cumplimiento; el segundo trata las formas de garantizar las obligaciones contractuales, la definición de garantía, las garantías reales y personales, la hipoteca, la prenda y la garantía fiduciaria; el tercero se circunscribe al tema del incumplimiento y ejecución de las obligaciones, los procesos de ejecución regulados en el ordenamiento procesal civil guatemalteco, el juicio ejecutivo en vía de apremio, el juicio ejecutivo, las ejecuciones especiales; el cuarto capítulo versa específicamente acerca del proceso de ejecución en la vía de apremio, los requisitos de los títulos ejecutivos, análisis de los títulos ejecutivos y las fases del proceso; y en el quinto estableciendo el sobrante y su restitución en un proceso de ejecución en vía de apremio; se hace referencia al sobrante, su forma de distribución en el derecho comparado, la existencia y distribución del sobrante en la práctica tribunalicia y una propuesta de solución al problema.

# CAPÍTULO I

## 1. Breve reseña del derecho de obligaciones

El derecho de obligaciones tuvo su origen en el derecho Romano, en la que para algunos era considerada como una relación simple y unitaria entre dos partes, en virtud de la cual el deudor debe cumplir con una prestación y el acreedor tiene derecho de exigirla y por el contrario para otros se considera una relación compuesta integrada por: Relación de debito entre las mismas partes y relación de responsabilidad entre acreedor y bienes del deudor, por cuya virtud aquel puede dirigirse contra el patrimonio de éste para hacer efectivo lo que se prometió.

En el Código Civil se coloca a las obligaciones dentro de uno de los libros que lo conforman y no dentro de los modos de adquirir el dominio y demás derechos reales como ocurre en otras legislaciones. Sobre lo único que la doctrina discute, es sobre si debe preceder a los derechos reales como sucede en el código alemán o seguir a éstos, como ocurre en el guatemalteco.

El derecho de obligaciones está contenido en el Libro V del Código Civil, el cual a su vez se encuentra dividido en dos partes, siendo la primera de las obligaciones en general y la segunda de los contratos en particular.

De conformidad con el tratadista Puig Peña, la obligación civil es una “Relación jurídica establecida entre dos o más personas, por virtud de la cual una de ellas, el deudor, se

constituye en el deber de entregar a la otra, acreedor, una prestación”<sup>1</sup>. Von Tour, citado por Puig Peña dice que es una “Relación jurídica en virtud de la cual una persona, para satisfacer intereses privados, puede exigir de otra una determinada prestación, que, caso de ser incumplida, puede hacerse efectiva sobre el patrimonio de ésta”.<sup>2</sup>

“El derecho de obligaciones es el conjunto de relaciones, por lo general patrimoniales, que establecen vínculos entre dos o más personas, por el deber jurídico de dar, hacer o no hacer alguna cosa”.<sup>3</sup>

Por otro lado se puede decir que el derecho de obligaciones se puede definir desde dos puntos de vista: objetivo y subjetivo; Objetivo es aquella rama del derecho integrada por el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones emanadas de los llamados derechos de crédito y Subjetivo es la suma de atribuciones y deberes que surgen de las relaciones jurídicas creadas con ocasión de estos derechos.

Alfonso Brañas señala que “las definiciones modernas de la obligación no escapan a la influencia del derecho romano”<sup>4</sup>, citando a Von Tuhr, señala que obligación es: “la relación jurídica establecida entre dos o más personas, por virtud del cual una de ellas el deudor, debtor- se constituye en el deber de entregar a la otra –acreedor, creditor-

---

<sup>1</sup> Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 484.

<sup>2</sup> **Ibid.**, pág. 425

<sup>3</sup> Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 303.

<sup>4</sup> Brañas, Alfonso, **Manual de derecho civil**, pág. 389.

una prestación”<sup>5</sup>.

El Código Civil, da una definición legal al disponer que toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

### **1.1. Naturaleza jurídica**

Para analizar la naturaleza jurídica del derecho de obligaciones existen tres corrientes que son: La subjetiva, la objetiva y la intermedia

La corriente subjetiva es la que señala que el derecho de obligación es un derecho personal y no real.

La corriente objetiva es la que pone su acento en el patrimonio material, ya que la obligación estará en un título que en caso de incumplimiento ejecutará el patrimonio del acreedor.

La corriente intermedia: es la que distinguen dos términos: deuda y responsabilidad, la primera consiste en el contrato y la segunda en la intervención del patrimonio material al vencerse el plazo.

### **1.2. Elementos esenciales y de validez de la obligación**

Los elementos de la obligación son el personal, el real y el formal.

---

<sup>5</sup> **ibid.**, pág. 320

El elemento personal también llamado subjetivo en toda obligación determinada existen dos polos: el activo y el pasivo. Al primero se le denomina sujeto activo o acreedor, por ser el titular del derecho subjetivo creado por el surgimiento de la obligación, o sea la persona (acreedor) que en un momento dado (incumplimiento de la obligación) puede desarrollar cierta actividad en contra de otra (deudor) para obtener el cumplimiento de la misma. y al segundo sujeto pasivo o deudor, porque su actitud, desde el nacimiento hasta la extinción de la obligación, se contrae a observar una conducta que sólo tenga por objeto el cumplimiento de aquellos a que se obligó.

El elemento real es el que lo constituye la prestación, o sea aquella conducta o comportamiento a que el deudor se comprometió y que el acreedor esta legalmente capacitado para exigir del él, conducta que en último término incide en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Según Alfonso Brañas, “La prestación u objeto de la obligación tiene a su vez un objeto consistente en el contenido de la actividad del deudor, es decir, en las cosas, bienes o servicios que éste se ha obligado a entregar o realizar frente al acreedor. Las cosas o servicios no son, pues, objeto inmediato de la obligación, sino el objeto de la actividad del deudor, que aparece así como una intermediación entre dichas cosas o servicios y el derecho del acreedor. De esa manera se marca una diferencia entre el derecho real y la obligación o derecho de crédito, por el diverso objeto sobre que recaen, que en

vano se pretende suprimir, tanto por la teoría personalista de aquél como por la que concibe a éste como un derecho real".<sup>6</sup>

El Código Civil, al disponer que toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa, parece sostener el criterio clásico anterior. Sin embargo los Artículos 1323, 1326, 1329, 1330 y 1331, puede confirmar que no es la cosa en sí, el sólo objeto de la obligación.

De conformidad con el derecho romano, para que la obligación pueda ser perfecta tiene que estar formada por dos elementos que son el débito que es el compromiso del deudor de cumplir con la prestación y para que el acreedor pueda exigir el cumplimiento, es decir, que el deudor cumplirá voluntaria o casi voluntariamente y la responsabilidad, que consiste en cumplir con la prestación.

Sin embargo la obligación tiene su ineficacia si no concurren los elementos necesarios lo que produciría la nulidad, anulabilidad o bien se puede estar ante la simulación, de conformidad con el Código Civil, hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia; la anulabilidad es cuando un negocio jurídico aun produciendo sus efectos propios, estos pueden cesar en virtud de acción judicial ejercitada por quien alega la existencia de vicios o defectos en su constitución.

---

<sup>6</sup> Brañas, Alfonso, **Ob. Cit.** Pág. 395.

La simulación según Ossorio es la “Declaración de un contenido de voluntad real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”<sup>7</sup>.

### **1.3. Las fuentes de las obligaciones**

Las fuentes se refieren a los hechos y actos jurídicos por los cuales nacen las obligaciones creando así el vínculo jurídico de acreedor y deudor.

Tradicionalmente eran cinco las fuentes de las obligaciones del derecho francés: el contrato; el cuasicontrato; el delito; el cuasidelito y la Ley. Estas constituían los actos por los cuales surgía la obligación, sin embargo, poco a poco se han ido resumiendo algunas figuras que se han estimado que no constituyen fuentes: Quasicontrato, delito y Cuasidelito, por lo que actualmente los juristas estudian dos fuentes: el contrato y la ley.

Por la adecuación de los títulos en el Código Civil y la exposición de motivos del mismo, que suprimió la parte que enumeraba y clasificaba las fuentes de las obligaciones, se puede decir que Guatemala tiene como fuentes de las obligaciones los contratos, los hechos lícitos sin convenio y los hechos ilícitos.

El movimiento codificador del derecho civil culminante con la promulgación en 1804 del Código Civil francés, aceptó plenamente la referida división cúa trimembre originada del

---

<sup>7</sup> Ossorio, Manuel, **Ob. Cit.** Pág. 480

derecho romano, pero adicionando como una nueva fuente a la ley, para justificar el origen de las obligaciones que no tienen por causa las otras fuentes.

Con el tiempo se inició una reacción contra la tendencia amplificadora anterior, quedando fuera el cuasidelito y los cuasicontratos por carecer de un contenido determinado quedando únicamente las fuentes que nuestro Código Civil adopta:

1. Provenientes de contratos
2. Provenientes de hechos lícitos sin convenio
3. Derivados de hechos ilícitos.

### **Obligaciones provenientes de contratos**

El Código Civil dedica el Título V a las obligaciones provenientes de contratos, Artículos 1517 1604, se define que el contrato es cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, además, el Capítulo VI del mismo título, se refiere a la interpretación de los contratos, los cuales en términos generales, deberán utilizar conceptos claros que no dejen lugar a duda sobre la intención de los contratantes, para poder interpretarlo literalmente, en cada una de sus cláusulas.

### **Obligaciones provenientes de hechos lícitos sin convenio**

Estas obligaciones están reguladas en el Código Civil en el Título VI del Código e incluye como parte de su contenido las siguientes figuras:

1. Gestión de Negocios.
2. Enriquecimiento sin causa
3. Declaración unilateral de voluntad

La gestión de negocios se da cuando una persona realiza hechos o actos en provecho de otro que no se le autoriza. El gestor realiza hechos o actos en nombres del propietario del negocio en provecho de este último sin que se lo haya encargado, el enriquecimiento sin causa es cuando hay aumento injustificado del capital de una persona a expensas de la disminución de la otra a raíz de un error de hecho o de derecho y hay enriquecimiento injusto o sin causa cuando una persona se lucra o beneficia a costa de otra sin que tal desplazamiento patrimonial se funde en una causa jurídica, por último tenemos la declaración unilateral de voluntad que es aquella donde el deudor hace una declaración unilateral de voluntad constriñe su voluntad hacia un objeto específico normalmente otra persona (acreedor) que a su vez tiene una declaración unilateral de voluntad, no es que se produce el entrelace de voluntades. Se entrelaza o une el consentimiento de la parte deudora y la parte acreedora (por medio de la aceptación). Existen 3 clases de declaración unilateral de voluntad que son: a) Oferta al público; b) Promesa de recompensa y c) Los títulos al portador.

### **Obligaciones provenientes de hechos ilícitos**

De esta fuente podemos encontrar el ilícito Penal que es aquel que se encuentra perfectamente encuadrado dentro de una disposición penal, el ilícito Civil, mismo que se puede analizar desde 2 puntos de vista, el primero que es amplio; es decir toda

contravención que se hace a una norma jurídica y que tenga como consecuencia una responsabilidad y la segunda que es restringida, el cual consiste en una actitud antijurídica por la cual se produce la trasgresión a una norma legal que trae como consecuencia una relación entre el causante del hecho (Deudor) y la persona perjudicada (Acreedor).

#### **1.4. Clasificación de las obligaciones**

De conformidad con el ordenamiento civil, las obligaciones se pueden clasificar dependiendo con relación al sujeto, al objeto, a las modalidades del vínculo, entre otras.

Con relación al sujeto, las obligaciones se clasifican en simples y complejas, son simples aquellas obligaciones en que existe un solo sujeto activo o acreedor y un solo sujeto pasivo o deudor y son complejas aquellas cuya titularidad de la obligación – titularidad activa, pasiva o ambas – corresponde a dos o más personas.

La intervención de dos o más personas como acreedoras o deudoras en el surgimiento de una relación obligatoria, puede dar lugar a una serie de obligaciones conocidas como mancomunidad.

Con relación al objeto, las obligaciones se clasifican en positivas y negativas, genéricas y específicas.

Son positivas aquellas obligaciones en las cuales se requiere que la voluntad del deudor sea manifestada en forma activa para el debido cumplimiento de la misma. Sus variedades: son las obligaciones de dar y de hacer y negativas o de no hacer, aquellas obligaciones en que la voluntad del deudor lejos de manifestarse activamente debe contraerse a una abstención en el dar o en el hacer alguna cosa.

Son genéricas: aquellas obligaciones en las que la prestación queda constituida en relación a un genero, sin incidir propiamente en una especie dentro del mismo y específicas aquellas obligaciones en las cuales su objeto esta individual y precisamente determinado a manera que el cumplimiento solo puede resultar por el hacer o no hacer o por el dar una cosa cierta, identificada en su estricta y verdadera identidad.

Dentro de la clasificación de las obligaciones también encontramos las complejas en cuanto al vínculo, estas son las unilaterales, bilaterales, principales y accesorias.

Son unilaterales aquellas obligaciones en las cuales una persona ocupa solamente el polo activo (acreedor) o bien el polo pasivo (deudor) o a la inversa sin que haya entrecruce de prestaciones; son bilaterales o reciprocas las obligaciones en las cuales las personas que intervienen en las mismas, creándolas, tienen a la vez la calidad de acreedores y de deudor de determinadas prestaciones.

Son principales aquellas obligaciones que surgen a la vida jurídica con un determinado fin que generalmente sólo guarda relación con él mismo y no depende de otro para su legal existencia creadora del vínculo obligacional y accesorias aquellas obligaciones

creadas en adición a una obligación principal o sea complementaria de ésta, en ciertos casos muy especiales sustitutivas por equivalencia.

En relación a los sujetos también encontramos obligaciones complejas tales como la mancomunidad simple y la mancomunidad solidaria

La mancomunidad simple, también llamada a prorrata es la que existe cuando por razón de la obligación creada entre más de dos personas la prestación en su aspecto negativo o deudor se presenta en forma tal que cada obligado lo está únicamente en la parte o porción que le corresponde según los términos de la relación obligatoria y la mancomunidad Solidaria: Son aquellas obligaciones en que existiendo varios acreedores o deudores. Cada acreedor puede exigir y cada deudor debe prestar íntegramente la prestación, de tal forma que la obligación queda totalmente extinguida por la reclamación de un solo acreedor y el pago de un solo deudor.

Además de la clasificación anterior tenemos las obligaciones en relación a las modalidades del vínculo, tales como las obligaciones puras, condicionales y obligaciones a plazo.

Las obligaciones puras son los que no están sujetos a ninguna condición, plazo o estipulación para surtir sus efectos las condicionales son aquellas que generalmente están definidas como aquellas obligaciones, “cuya eficacia depende de la realización o

no realización de un acontecimiento futuro e incierto o del acontecimiento que constituye la condición, según reza el Artículo 1269 del Código Civil<sup>8</sup>.

Las obligaciones a término o plazo son aquellas cuya eficacia y debido cumplimiento se postergan a una fecha cierta o incierta en que debe ocurrir (caso excepcional) un suceso necesariamente futuro. La diferencia con las obligaciones condicionales el suceso que tipifica la condición puede o no ocurrir, y por lo tanto la obligación puede o no tener eficacia, plenos efectos, aunque formalmente tenga validez legal. Las obligaciones a plazo, el vencimiento de éste necesariamente tiene que ocurrir y la eficacia de la obligación tiene necesariamente que surgir por el simple hecho de llegar la fecha o momento en que deba cumplirse.

Además de lo anterior, existe una clasificación amplia y se basa con relación a su naturaleza, tales como las obligaciones naturales y civiles; son naturales aquellas que sin tener carácter de obligación propiamente se cumplen por una persona a quien legalmente no puede exigirse su cumplimiento, pero quien por otra parte no tiene derecho a exigir la devolución de lo pagado. Son aquellas en que el acreedor no puede exigir el cumplimiento, dependiendo éste de que voluntaria y espontáneamente se realice por parte del deudor, pero sin que después de cumplida voluntariamente pueda pretenderse su devolución o repetibilidad por el deudor. Un ejemplo de obligación natural se da en el Artículo 1614 que dispone: “Cuando sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, tendrá derecho éste a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por motivo de piedad y sin ánimo de reclamarlos”, y son civiles

---

<sup>8</sup> Brañas, Alfonso, **Ob. Cit.** Pág. 420

aquellas que surgen a la vida jurídica con los requisitos necesarios para su validez y exigibilidad.

### **1.5. Cumplimiento de las obligaciones**

Cumplimiento es la plena y absoluta realización en la vida de lo convenido por las partes al contraer la obligación. El cumplimiento dependerá en su configuración material de la naturaleza de la obligación, según consista ésta en un dar, hacer o no hacer. La esencia propia del cumplimiento consiste en una actitud. El deudor debe realizar el acto principal en que consista la obligación. Este acto principal se realice según el tenor de la obligación, en el tiempo, lugar y modo convenidos.

Una de las formas del cumplimiento de la obligación es la que se realiza mediante el pago, esta palabra tiene en el lenguaje vulgar una acepción más restringida que en la ley, ya que hace referencia sólo al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias y en la ley, con sentido técnico de cumplimiento efectivo de la obligación, de cualquier clase que sea; “Es el total cumplimiento de la prestación, llevado a cabo por el deudor con el ánimo de extinguir el vínculo obligatorio”<sup>9</sup>

También puede venir un tercero que paga o cumple con la obligación, entonces se produce un cambio, el tercero va a ocupar el lugar del acreedor, va a asumir las garantías y derechos que tenía el antiguo acreedor. El tercero asume los derechos y acciones del antiguo acreedor hasta el monto de la cantidad efectivamente pagada.

---

<sup>9</sup> Ossorio, Manuel; **Ob. Cit.** Pág. 677.

Esta institución de la subrogación, todas las legislaciones provenientes del derecho Romano, lo tratan dentro del pago. Lo que da origen a la sustitución del tercero por el acreedor que es precisamente el pago.

Los efectos del pago son claramente provocar la extinción del vínculo obligatorio, así como los accesorios del mismo.

También existe una forma especial de realizarse el pago denominado imputación del pago, por virtud del cual, en defecto de convenio entre las partes, se determina la deuda a que ha de aplicarse la prestación de pago realizada por el deudor, cuando entre éste y su acreedor existen varios créditos de la misma naturaleza.

Además existen otras formas de realizarse el cumplimiento de las obligaciones, llamadas formas especiales de pago los que se realiza mediante la consignación, la dación en pago, la cesión de bienes y el pago por subrogación.

## **1.6. Incumplimiento de las obligaciones**

El incumplimiento de las obligaciones es un acto esencialmente antijurídico que proviene de la conducta culpable del deudor que no deja que la prestación se lleve a efecto y que hace que la relación jurídica no se vea satisfecha tal y como originalmente se convino entre las partes, lo que hace que el derecho reaccione contra el deudor.

El incumplimiento de la obligación, no derivado de fuerza mayor o mora del acreedor hace responsable al deudor de tal manera que a falta de su oportuna y precisa

manifestación de voluntad tendiente a la realización de la prestación se acuda a otros medios que la suplan al objeto de dar debida satisfacción al interés legítimo del acreedor.

Como efecto mediato se tiene a la responsabilidad. Los medios para la satisfacción de interés del acreedor son:

1. cumplimiento forzoso
2. cumplimiento por equivalencia

El incumplimiento no definitivo de la obligación lleva al estudio de la Mora. Si el deudor incumple temporal o defectuosamente la prestación debida, es circunstancia, debe constar fehacientemente, en la forma que la ley determina. La mora se define como el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación, se está imputando el retraso al deudor.

### **1.7. Transmisión de las obligaciones**

De conformidad con Planiol citado por Puig Peña, “la transmisión de créditos es la convención por la cual un acreedor cede voluntariamente a un tercero sus derechos contra el deudor, tercero que llega a ser acreedor en lugar de aquél”<sup>10</sup>.

Dentro de las transmisiones de las obligaciones encontramos la cesión de derechos en la que el enajenante se llama cedente; el adquirente del crédito, cesionario; y el deudor

---

<sup>10</sup> Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 389.

contra quien existe el crédito objeto de la cesión, cedido, esta es aquella operación por medio de la cuál un tercero sustituye al acreedor pasando a ser el tercero el titular con derecho pleno, no obstante la obligación en su esencia no cambia.

Sus elementos personales son el cesionario, el cedido y el cedente, su elemento real son todos los derechos que dan origen a una relación obligatoria, salvo aquellos donde haya pacto expreso entre las partes y no acepte el deudor o bien los derechos sean intuitu persona y donde hay prohibición legal y su elemento formal se basa en que como principio general se deben llenar los requisitos del negocio jurídico

Otra transmisión de la obligación es la que se da mediante la asunción de deudas (Transmisión de deuda), esta ocurre cuando una persona sustituye a otra en la posición o calidad de deudor, liberando al primitivo del nexo obligatorio, y manteniéndose la identidad de la obligación y las garantías del crédito, salvo las puramente personales y las reales otorgadas por un tercero si no media el consentimiento de éste, en la sustitución de la persona del deudor por un tercero, la relación obligatoria no cambia.

Por último se encuentra la subrogación, que es cuando un tercero que paga la obligación asume para si los derechos y acciones que tenían el acreedor primitivo en relación al deudor.

## **1.8. Extinción de las obligaciones**

Existe varios modos de extinguir la obligación, la principal es como ya se mencionó mediante el pago, sin embargo puede extinguirse a través de la compensación, ésta se

ha definido como el modo automático de extinguirse en la cantidad concurrente, las obligaciones de aquellas personas que por derecho propio son recíprocamente acreedoras la una de la otra.

Otra forma de extinguir la obligación es mediante la confusión, es un modo de extinguir una obligación cuando en una misma persona se reúnen las cualidades de acreedor y deudor, siempre que tal reunión no se proyecta sobre entidades patrimoniales autónomas, también tenemos la novación que consiste en la sustitución de una obligación preexistente que se extingue, por otra nueva que se crea, la remisión en la que el titular de un crédito puede transmitir el mismo a favor de un tercero, puede también disponer de él en beneficio del deudor, liberándolo del vínculo obligatorio.

Una de las formas importantes de la extinción de una obligación es mediante la prescripción, denominada también prescripción extintiva; el transcurso del tiempo es una circunstancia que produce diversos y determinantes efectos jurídicos. Puede ejercitarse como acción o como excepción. Se verifica en todos los casos no mencionados en disposiciones especiales, por el transcurso de cinco años contados desde que la obligación pudo exigirse.



## CAPÍTULO II

### **2. Formas de garantizar las obligaciones contractuales**

Ha quedado indicado que el cumplimiento de una obligación consiste en la plena y absoluta realización en la vida, de lo convenido por las partes, es decir que el deudor debe realizar el acto principal en que consista la obligación. Este acto se realice según el tenor de la obligación, en el tiempo, lugar y modos convenidos.

Generalmente el pago es la forma más común del cumplimiento de la obligación, este puede realizarse con todas las modalidades existentes, sin embargo, cuando el deudor no se encuentra en posibilidad de cumplir con la obligación, deviene en incumplimiento, que es el acto antijurídico que proviene de la conducta culpable del deudor por no cumplir con la prestación a que se obligó, lo que hace que el acreedor reaccione contra el deudor.

De lo anterior surgen las garantías de cumplimiento, que van encaminados a asegurar o garantizar una obligación crediticia y tienen la condición jurídica de ser derechos accesorios, que se constituyen en relación de dependencia de una obligación principal.

En nuestro medio, básicamente las obligaciones son garantizadas en forma real y en forma personal a las cuales podría agregarse una tercera que podría llamarse mixta y que se constituye por una mezcla de las dos primeras o de alguna de estas con una tercera.

En ese orden de ideas podemos concluir que en el ordenamiento jurídico guatemalteco, las garantías reales más frecuentes están entre la hipoteca y la prenda, en sus diferentes modalidades y dentro de las personales está la fianza, por lo que a continuación se hará una breve conceptualización de las garantías tanto en su regulación legal como doctrinal.

## **2.1. La garantía**

El concepto de garantía extiende sus raíces por todas las ramas del derecho; sin embargo, su manifestación extensiva no le impide de forma alguna conservar en cada una de sus expresiones la concreción y la precisión necesarias para impedir su conversión en un concepto vago.

De las garantías constitucionales hasta las garantías procesales o en la sustantividad de las garantías reales o personales, se encuentra en todo momento un principio fundamental: el de protección. De tal forma que: “resulta posible confirmar que la finalidad perseguida por la garantía no es otra que la de suministrar una seguridad, una protección o una defensa que como desdoblamiento de aquel concepto general vivifica las instituciones jurídicas”<sup>11</sup>.

El término garantía tiene muchas acepciones, siendo el que para los efectos del presente trabajo nos interesa el de garantía a las obligaciones, pudiendo en consecuencia definir a la garantía como afianzamiento, fianza (v) caución, obligación

---

<sup>11</sup> Josefina China Guevara. **Las garantías.** [http://derecho.sociales.uclv.edu.cu/LAS %20GARANTIAS %20BANCARIAS.htm](http://derecho.sociales.uclv.edu.cu/LAS%20GARANTIAS%20BANCARIAS.htm) Pág. 2.

del garante, cosa dada en seguridad de algo, protección frente a peligro o riesgo. Estimamos que la garantía es un gravamen o una limitación impuesta por una persona llamada deudor, sobre los bienes de su propiedad a favor de una persona llamada acreedor, para asegurarle que cumplirá con determinada obligación.

## **2.2. Garantías reales**

No son más que los derechos reales de garantía que regula el Código Civil en el título V del libro II de los bienes de la propiedad y demás derechos reales, siendo los principales la hipoteca y la prenda, por lo que podríamos definir que una garantía real es la constitución por parte del deudor o de un tercero a favor del acreedor de un gravamen sobre bienes inmuebles y/o muebles de su propiedad, para asegurarle el cumplimiento de una obligación. Leopoldo Peralta Mariscal en su libro titulado juicio hipotecario en relación a las garantías reales se manifiesta en el sentido de que estas se caracterizan por afectar una cosa al cumplimiento de una obligación, de manera tal que ante el incumplimiento del deudor el producto de la cosa objeto de la garantía se aplica exclusivamente o hablando con mayor propiedad, casi exclusivamente a la cancelación de la obligación garantizada, y solo en el supuesto de existencia de un sobrante y en esa medida la cosa queda sometida al régimen general del patrimonio del deudor como prenda común de los acreedores. De tal suerte las garantías reales brindan al acreedor una seguridad mayor ya que le permiten apreciar el posible valor de realización de la cosa al contratar con su deudor. Si la garantía fuera una fianza, en cambio siempre ha de existir la posibilidad de una drástica disminución del patrimonio del fiador, circunstancia que afecta irremediablemente su eficacia

### **2.2.1. La Hipoteca**

La hipoteca es un derecho real de garantía y de realización de valor, que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación (normalmente de pago de un crédito o préstamo) sobre un bien, (generalmente inmueble) el cual, aunque gravado, permanece en poder de su propietario, pudiendo el acreedor hipotecario, en caso de que la deuda garantizada no sea satisfecha en el plazo pactado, promover la venta forzosa del bien gravado con la hipoteca, cualquiera que sea su titular en ese momento (reipersecutoriedad), con su importe, hacerse pago del crédito debido, hasta donde alcance el importe obtenido con la venta forzosa promovida para la realización de los bienes hipotecados.

La palabra hipoteca viene etimológicamente del latín hipoteca o del griego hupoteke, ambas significa el que se pone debajo o dicho de otra manera la acción de poner una cosa debajo de otra de ahí que a través de la hipoteca se apoya o asegura una obligación principal jurídicamente la hipoteca es el gravamen que se constituye sobre un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, para que en caso el deudor no pague incumpliendo la obligación o garantizar el acreedor podrá garantizar la venta del bien inmueble mediante la promoción de un ejecución en la vía de apremio ante un juez de del ramo civil y cobrar de esa manera lo que se le debe con el importe de la venta.

En el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, se define la hipoteca como: “El derecho real que grava bienes inmuebles o buques, sujetándolos a responder del cumplimiento de una obligación o del pago de una deuda, es decir, según este diccionario la hipoteca es un derecho real que grava inmuebles y buques”<sup>12</sup>. En tal sentido según el mismo, la hipoteca no sólo recae sobre inmuebles.

Para Josserand citado por Fernando Jesús Torres Manrique, “la hipoteca es la garantía real e indivisible que consiste en la afectación de un bien del deudor al pago de una obligación, sin que el constituyente pueda ser en ese momento desposeído, y permitiendo al acreedor hipotecario embargar y hacer vender ese bien, al vencimiento, quien quiera que lo tenga, para hacerse pago con su precio con preferencia a los demás acreedores. Es decir, este autor no precisa que la hipoteca recae sólo sobre bienes inmuebles, por lo cual con dicha definición la hipoteca también es de aplicación para bienes muebles.”<sup>13</sup>

Para Planiol “la hipoteca es una seguridad real que, sin desposeer al propietario bien permite al acreedor hacerlo vender al vencimiento de la obligación, cualesquiera fueran las manos en que se encuentre, para hacerse pagar con el precio que se obtenga, preferentemente a los demás acreedores. En esta definición tampoco se precisa que la hipoteca recae sobre sólo sobre bienes inmuebles, por lo cual con la misma dicha garantía o derecho real también es de aplicación para los bienes muebles.”<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Diccionario de la Real Academia Española, versión electrónica (24 de julio de 2010)

<sup>13</sup> Torres Manrique, Fernando Jesús, [www.monografias.com/trabajos39/hipotecaperú/hipoteca.Shml?](http://www.monografias.com/trabajos39/hipotecaperú/hipoteca.Shml?monosearch) **monosearch** (18.de julio de 2010).

<sup>14</sup> **Ibid.**, Pág. 380.

Algunos juristas definen a la hipoteca como la reina de las garantías por las bondades de la misma, ya que el bien no se puede ocultar y el propietario que constituyó la garantía (propietario) queda en posesión del bien hipotecado. Sin embargo, el hecho de considerar a la misma como reina de las garantías no es aceptado en forma unánime por la doctrina.

Para el tratadista Manuel Osorio “Es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles para garantizar con ellos la efectividad de un crédito en dinero a favor de otra persona. Generalmente el inmueble gravado es propiedad del deudor por también una persona que no es la deudora pueda constituir hipoteca sobre un inmueble suyo para responder de la deuda de otra persona”<sup>15</sup>.

Y como concepto legal el Artículo 822 del Código Civil establece que: “La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación”, ésta “afecta únicamente los bienes sobre que se impone, sin que el deudor quede obligado personalmente ni aun por pacto expreso”.

Tal como lo enuncia el Código Civil, con relación a la hipoteca deben observarse los aspectos siguientes:

- a) es un derecho real que grava bienes inmuebles
- b) afecta únicamente los bienes sobre los cuales se impone
- c) el deudor no queda obligado personalmente ni aún por pacto expreso.

---

<sup>15</sup> Osorio, Manuel, **Ob. Cit.** Pág. 458.

- d) Da derecho al acreedor para promover la venta judicial del bien gravado, cuando la obligación sea exigible y no se cumpla con la misma.
- e) Se prohíbe que al constituirse la hipoteca se pacte la adjudicación en pago
- f) La indivisibilidad de la hipoteca
- g) Solo puede hipotecarse el que es propietario y solo se puede hipotecar los bienes que pueden ser enajenados.
- h) La constitución y aceptación de la hipoteca deben ser expresas
- i) No pueden hipotecarse bienes hipotecados, salvo convenio de las partes
- j) Deben constituirse en escritura pública.

Las características de la hipoteca son:

- Seguridad para el acreedor.
- Reipersecutoriedad (perseguir el objeto). El acreedor puede ejecutar sobre el bien allí donde se encuentre (sea quien sea el titular del bien)
- Accesoriedad. Siempre es accesoria de la obligación que es la que se garantiza.
- Individualidad. El derecho real se mantiene idéntico hasta que se pague el total.
- Realización del valor. Hay un pacto que está prohibido es el llamado "pacto comisorio" dice: Si el deudor deja de pagar, el acreedor no se puede quedar con el bien, tiene que pagar la deuda con el valor de la venta, pero nunca podrá quedarse con el bien.
- Derecho preferente. El crédito garantizado tiene preferencia, o sea es el primero que va a cobrar.

- La especialidad. Recae sobre bienes concretos. No puede haber una garantía sobre todos los bienes, hay que especificarlo.

La hipoteca inmobiliaria es una garantía real importante, porque otorga las siguientes ventajas:

- No hay desplazamiento posesorio. El deudor que se crea una hipoteca sobre su deuda sigue bajo su posesión.
- No se limita el poder de disposición del propietario. Tiene poder de disposición sobre el bien. Puede vender, salvo excepción legal. A donde dónde el bien va, va con la hipoteca.
- Sujeción directa e inmediata. La hipoteca como carga se caracteriza por su inmediatez ya que directamente va hacia el bien hipotecado.
- Publicidad. Es un requisito constitutivo, ya que para que exista hipoteca, tiene que elevarse a escritura pública y tiene que inscribirse en el Registro de la Propiedad. Si no hay inscripción en el Registro de la propiedad no existiría hipoteca.
- Posibilidad del acreedor del crédito hipotecario. Un acreedor con una garantía hipotecaria, puede ceder el crédito con la hipoteca.

Los principales sujetos son el deudor y el acreedor. Se exige para el deudor la capacidad de negociar, de disponer del bien y libre disposición de ese bien. Hay que ser dueño de los bienes. La hipoteca puede ser constituida por un tercero que no es que el deudor hipoteque el bien, sino es un bien de un sujeto ajeno quien acepta

expresamente constituir la garantía. Para ser acreedor basta con tener capacidad de obligarse.

Con relación al objeto, se puede hipotecar todos los bienes inmuebles en general y algunos derechos reales que versan sobre los mismos (Nuda propiedad, el usufructo). No se pueden hipotecar las servidumbres como un derecho a parte, tampoco el derecho de uso o habitación.

La extinción de hipoteca se da cuando el deudor paga o un asimilado al pago (condonación) o bien porque el bien desaparece.

Cuando se cumple la obligación de un crédito garantizado con hipoteca, surge la figura de la carta de pago, con el objeto que éste sirva de título para cancelar el gravamen hipotecario inscrito en el Registro General de la Propiedad, la carta de pago se define como “La escritura en la cual se hace constar el pago de un crédito a satisfacción del acreedor, especialmente garantizado en forma hipotecaria o prendaria y cuyo testimonio sirve para que se cancele en el Registro General de la Propiedad el gravamen sobre el bien que sirvió de garantía en el mutuo.”<sup>16</sup>

Por nuestra parte diremos que la Carta de pago es el instrumento público, mediante el cual el acreedor admite haber recibido todo o parte de una obligación de tracto sucesivo, cuyo testimonio sirve para cancelar en el registro correspondiente el gravamen sobre el bien que sirvió de garantía en el mutuo.

---

<sup>16</sup> Alvarado Sandoval, Ricardo, Gracias González. José Antonio. **El Notario ante la contratación civil y mercantil**. Pág. 438.

La hipoteca puede reducirse y ampliarse en cuanto al monto, lo cual es necesario inscribir en el Registro por que estos actos también son constitutivos como lo es la constitución de hipoteca.

### **Ejecución de la hipoteca**

De conformidad con los Artículos 824 y 825 del Código Civil, “La constitución de la hipoteca únicamente da derecho al acreedor para promover la venta judicial del bien gravado cuando la obligación se venza y no se cumpla. Es nulo el pacto de adjudicación en pago que se estipule al constituirse la hipoteca. La hipoteca es indivisible y como tal, subsiste íntegra sobre la totalidad de la finca hipotecada aunque se reduzca la obligación.

El inmueble hipotecado puede ser rematado y también puede solicitarse la adjudicación al acreedor del bien hipotecado, de conformidad con lo que establece el Código Procesal Civil y Mercantil y la Ley de Bancos y Grupos Financieros.

### **La hipoteca bancaria**

A este respecto establece la Ley de Bancos y Grupos Financieros que los bancos concederán sus créditos solamente en los montos y con los vencimientos indispensables para realizar las operaciones a cuya financiación se destinan, asimismo regula que antes de conceder un crédito los bancos deberán cerciorarse razonablemente de que el deudor está en capacidad de cumplir su obligación dentro del plazo del contrato. Con tal objeto, exigirán de sus solicitantes de crédito una

manifestación de bienes y de ingresos y egresos, en la forma que determine la Junta Monetaria. El deudor será responsable de la veracidad de los datos declarados, y si con posterioridad a la concesión del préstamo el banco comprobare falsedad en la manifestación del deudor, podrá dar por vencido el plazo y exigir judicialmente el cumplimiento inmediato de la obligación.

Por aparte el Artículo 51 del mismo cuerpo legal establece: “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 70% del valor de las garantías prendarias, ni del 80% del valor de las garantías hipotecarias.

### **Enajenación y gravamen de un bien gravado con hipoteca**

De conformidad con el Artículo 836 del Código Civil, “el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario, salvo lo que se establezca en contratos que se refieran a créditos bancarios”. Y los Artículos 852 y 853 del mismo cuerpo legal regulan: “El crédito garantizado con hipoteca puede subhipotecarse en todo o en parte, llenándose las formalidades aplicables establecidas para la constitución de la hipoteca. La subhipoteca deberá notificarse al deudor para que pueda inscribirse en el Registro”. Asimismo el Artículo 1805 de la misma norma legal establece que “Igualmente pueden venderse las cosas o derechos litigiosos, o con limitaciones, gravámenes o cargas, siempre que el vendedor

instruya previamente al comprador, de dichas circunstancias y así se haga constar en el contrato”.

Es decir cualquier persona, sea individual o jurídica, propietario de un bien inmueble hipotecado, puede disponer libremente de él, sin embargo hay que tomar en cuenta lo que establece el último párrafo del Artículo 836, es decir siempre y cuando el bien no haya sido gravado a favor de un banco, pues en este caso no podrá disponer de dicho inmueble.

### **2.2.2. Prenda**

La prenda es un derecho real de garantía que tiene como función accesoria el asegurar al acreedor el cumplimiento y satisfacción de su crédito, mediante un poder especial que se le confiere sobre la cosa pignorada (dada en garantía).

Es requisito esencial de la prenda, la puesta en posesión del acreedor del bien mueble ofrecido en garantía del crédito, que puede ser propiedad del deudor o de un tercero, constituyéndose así, con ese desplazamiento de la posesión, la prenda sobre el bien mueble entregado.

La prenda no otorga a quien la posee la posibilidad de venderla, puesto que la prenda solo traslada la posesión y no el dominio del bien pignorado.

Definida legalmente por nuestro código civil en su Artículo 880 “la prenda es un derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación” además también se define a la prenda como contrato por el cual el deudor de una obligación cierta o condicional, presente o futura, entrega al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de que la obligación ha de ser cumplida, faltando el deudor a ella, el acreedor puede hacerse cobro de su crédito con el precio que produzca la venta en remate público de la cosa dada en prenda y con su citación del deudor, la garantía prendaria es corriente en el contrato de préstamo. En iguales condiciones que la hipoteca, y la prenda puede ser definida como el derecho real de garantía impuesto por el deudor o por un tercero sobre bienes muebles de su propiedad para garantizar el cumplimiento de una obligación, cuya constitución y aceptación deben ser expresas y constar en escritura pública o documento privado.

Sus características son:

- Es convencional: surge entre las partes, no hay prenda legal, ni judicial
- Es especial: se debe mencionar el importe del crédito y una designación detallada de la cosa
- Es un *derecho real*; se tiene sobre la cosa sin respecto a determinada persona.
- Es un *derecho mueble*; se ejerce sobre bienes muebles y sobre deudas activas.
- Es indivisible.

En ocasiones se permite la prenda sin desplazamiento, en donde el poseedor del bien mueble no es el titular del derecho.

En esos casos, para salvaguardar los derechos de terceras personas, es necesaria la inscripción en un registro público.

De conformidad con el Código Civil guatemalteco, en relación a la prenda se dan las incidencias siguientes:

- a) graba bienes muebles
- b) por pacto expreso el deudor queda obligado personalmente por cualquier saldo insoluto que dejare la prenda.
- c) Da derecho al acreedor de ser pagado con preferencia a otros acreedores del precio en que se venda la prenda.
- d) Es nulo el pacto mediante el cual se autorice al acreedor para apropiarse de la prenda o disponer de la misma por falta de pago.
- e) Tanto su constitución como su aceptación deben ser expresas.
- f) Deben constituirse en documento privado.
- g) Los bienes pignoralados se depositan en el acreedor, un tercero designado por las partes o en el propio deudor.
- h) El deudor queda obligado al saneamiento
- i) Los bienes pignoralados no pueden ser usados ni trasladados salvo el consentimiento respectivo.
- j) En los casos establecidos por la ley, los bienes pignoralados pueden ser vendidos.

### **2.3. Garantías personales**

A las garantías personales también pueden denominarse derecho personal y puede -

definirse “como contrapuesto a derecho real, el vinculo jurídico entre dos o más personas que pueden ser acreedores o deudores de manera unilateral o reciproca si existe bilateralidad entre los nexos o las prestaciones con amplitud en los derechos personales entre todo el derecho de familia y el derecho de obligaciones”. En nuestra legislación los derechos personales estan contemplados en los libros I y V del Código Civil y la garantía personal conocida como fianza está regulada en el mismo cuerpo legal en el titulo XVII de la segunda parte del último de los libros señalados. Para Leopoldo Peralta Mariscal las garantías personales “son aquellas en las cuales una persona distinta al propio deudor se responsabiliza por la deuda de este en caso de incumplimiento. El típico ejemplo es la fianza el grado de la eficacia de las garantías personales, es variable, dependiendo del tipo de garantía y de la solvencia de quienes presta. Así, la carta o letra de patrocinio significa una garantía mucho más endeble que una fianza y esta última otorgará mayor o menor seguridad según la importancia del patrimonio de quien la presta.

Las garantías personales son aquellas mediante la cual un tercero se obliga a responder con su bienes, por las obligaciones adquiridas por una persona llamada deudor a favor de otra llamada acreedor, cuya constitución y aceptación deben ser expresas y constar en escritura pública, documento privado y/o titulo de crédito.

### **2.3.1. La fianza**

El Código Civil en relación a la Fianza establece en su Artículo 2100 que “por el - contrato de fianza una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra. El fiador puede estipular con el deudor una remuneración por el servicio que le

presta". Consideramos que la fianza es la obligación que adquiere una persona mediante un contrato de responder personalmente y con sus bienes por la obligación adquiridas por otro, llamado deudor a favor de un acreedor cuya constitución, aceptación y límites deben constar en escritura pública, documento privado y/o títulos de crédito.

De lo regulado por el código civil guatemalteco en relación a la fianza, se dan los aspectos siguientes:

- a) Una persona responde por las obligaciones de otra
- b) La fianza puede ser remunerada
- c) Debe constar por escrito para su validez
- d) El fiador solo queda obligado por aquello a que expresamente se obligó.
- e) El fiador puede obligarse a menos pero no a mas que el deudor principal.
- f) El fiador puede limitar su responsabilidad constituyendo prenda o hipoteca
- g) La fianza puede ser limitada e ilimitada
- h) No se puede compeler al fiador a pagar al acreedor sin previa excusión de bienes.
- i) El fiador que cumple parcial o totalmente la obligación, tiene derecho a que el deudor le reembolse la totalidad de lo pagado.
- j) Los derechos y obligaciones del fiador pasan a sus herederos en proporción a las partes que les corresponda.

#### **2.4. Las garantías mixtas**

No existe ninguna doctrina que se pronuncie sobre las garantías mixtas y en cuanto a

nuestro Código Civil se refiere en su Artículo 842 lo que consideramos constituye la Garantía Mixta, término más apropiado que el de la hipoteca y otras garantías que utiliza, regulando que si se constituyen hipotecas y otras garantías, deberán determinarse la cantidad o parte de gravamen que se asigne a los bienes hipotecados y a las demás garantías. Sin embargo, si se constituyen prenda e hipoteca, esta puede garantizar el saldo insoluto que deja la prenda, pero en este caso, no habrá responsabilidad personal del deudor, ni aun por pacto expreso. De lo anterior se derivan los aspectos siguientes:

- a) que el cumplimiento de las obligaciones puede ser garantizado mediante la constitución de hipoteca y otra garantía.
- b) Que en caso de encontrarse garantizadas la obligación con hipoteca y otras garantías, debe determinarse la cantidad o parte de gravamen que se asigne a los bienes hipotecados y a las demás garantías.
- c) Que en el caso de constituirse prenda e hipoteca esta puede garantizar el saldo insoluto que deja la prenda, en cuyo caso no habrá responsabilidad personal del deudor, ni aún por pacto expreso.
- d) Que la concurrencia de las garantías no se limita a la hipoteca y a la prenda, sino también existe la regulación de la concurrencia de otras garantías.

Con base a tales aspectos, se puede formular como definición de la garantía mixta, a la convergencia de dos o más garantías de distinta naturaleza, para asegurar el cumplimiento de una misma obligación, en la cual debe determinarse la cantidad o parte de gravamen que se asigne a cada una de las garantías, cuya constitución y aceptación

deben ser expresas y constar en escritura pública, documento privado y/o título de crédito, dependiendo de la naturaleza de las garantías constituidas.

## 2.5. Otras formas de garantizar los créditos

De conformidad con la legislación guatemalteca las arras son otra forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Las arras de conformidad con Manuel Ossorio, son: “lo que se da como prenda o señal en algún contrato o concierto, ya sea para confirmarlo, ya sea para reservarse el derecho de arrepentirse, supuesto este en que el donante de las arras pierde las entregadas<sup>17</sup>. La institución examinada no recibe ese nombre en la vida comercial, sino el de seña, según Ossorio, “ha quedado reservado el otro en ciertas legislaciones o costumbres, a la donación que el esposo hace a la esposa en remuneración de la dote o por sus cualidades personales”<sup>18</sup>.

El Código Civil en relación a las arras las considera como una garantía, al regular en su Artículo 1442 que: “las arras dadas en garantía del cumplimiento de una obligación, constituyen el equivalente de los daños y perjuicios provenientes de la inejecución, siempre que mediare culpa; y si el incumplimiento procediere de quien las recibió éste deberá restituir el doble de lo que hubiere recibido”. De lo anterior se evidencia que la legislación sustantiva civil guatemalteca si considera a las arras como una garantía.

---

<sup>17</sup> Ossorio, Manuel, **Ob. Cit.** Pág. 86.

<sup>18</sup> **Ibid.**, Pág. 90.

## CAPÍTULO III

### 3. El incumplimiento y ejecución de las obligaciones

Como quedó anotado, el derecho de obligaciones está regulado en el Código Civil guatemalteco en el libro Quinto, el cual en su primera parte regula todo lo relacionado a las obligaciones en general y en su segunda parte los contratos en particular. El citado código señala que obligación es todo acto resultante de una declaración de voluntad que consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa; en ese sentido, toda obligación tiene que estar enmarcada dentro de los presupuestos señalados, las obligaciones en sí se conceptualizan como deber jurídico normativamente establecido de realizar u omitir determinado acto por parte del obligado, y que en caso de incumplimiento, tiene una sanción coactiva, es decir, un castigo traducible en un acto de fuerza física organizada, claro es que esta definición se encuentra referida a las obligaciones de orden legal, por cuanto hay también obligaciones morales que no llevan aparejada ninguna sanción coactiva, sino que quedan sometidas a la conciencia del obligado por esa calificación social. Jurídicamente y en términos generales puede decirse que las obligaciones admiten la siguiente división: a) de hacer; b) de no hacer c) de dar cosas ciertas d) de dar cosas inciertas e) de dar sumas de dinero. La simple enunciación de esas obligaciones resulta suficiente para comprender su contenido.

En cuanto al incumplimiento de las obligaciones, el mismo está regulado en el Código Civil, en el capítulo VII del título II de la primera parte del libro V, específicamente del Artículo 1423 al 1442 y lo relativo a la ejecución de las obligaciones lo regula el Código

Procesal Civil y Mercantil en su libro tercero, específicamente del Artículo 294 al 400, comprendiendo dentro de dicho articulado, tanto las ejecuciones singulares como las ejecuciones colectivas.

### **3.1. El incumplimiento de las obligaciones**

El incumplimiento de las obligaciones es la comisión en que incurre el deudor en la ejecución de las obligaciones que contractualmente adquirió a favor del acreedor. Por imperio de la Ley, esto se presume por culpa del deudor, presunción que admite prueba en contrario y que por lógica tiene que ser aportada por el propio deudor.

Se dice que este incumplimiento está íntimamente ligado a la culpa, provocando la mora y conlleva como efecto el pago de daños y perjuicios y en su caso la indemnización, en caso de existir cláusula indemnizatoria. En relación a la culpa el Código Civil en su Artículo 1424 regula que: “la culpa consiste en una acción u omisión perjudicial a otro, en que se incurre por ignorancia, impericia o negligencia pero sin propósito de dañar, de lo que se deriva que la culpa se relaciona al hecho de la responsabilidad en falta de cumplimiento de una obligación, en cuanto a la mora en términos generales es la tardanza en el cumplimiento de una obligación o vencimiento o el retraso en el pago de una obligación”, por aparte el Artículo 1428 del citado cuerpo legal exige como requisito para constituir en mora al deudor de una obligación exigible, que exista interpelación del acreedor, interpelación que al tenor de lo que establece el Artículo 1430 del cuerpo legal citado, puede ser judicial o notarial, en cuanto a la primera la notificación de la demanda de pago equivale al requerimiento, regla general que tiene una excepción en

lo regulado por la mora contenida en el Artículo 1431, es decir, que el requerimiento no es necesario: a) cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente, b) cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación de la época en que deba cumplirse la prestación, fue motivo determinante para que aquella se estableciera c) cuando el cumplimiento se ha imposibilitado por culpa del deudor o esta ha declarado que no quiere cumplirla, d) cuando la obligación procede de acto o hecho ilícito. Además de la mora en el deudor el ordenamiento sustantivo civil contempla la mora en el acreedor, al señalar que este también incurre en mora cuando sin motivo legal no acepta la prestación que se le ofrece o bien que el mismo rehúse llevar a cabo los actos preparatorios que le corresponden para que el deudor cumpla con su obligación.

Como efecto de la situación de mora en el cumplimiento de las obligaciones, el deudor debe pagar al acreedor los daños y perjuicios derivados del retardo, es decir, las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio y las ganancias lícitas que deja de percibir, éstas deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se haya causado o que necesariamente debe causarse, si la obligación es de pagar alguna suma de dinero y el deudor incurre en mora, el pago de los daños y perjuicios no existiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, los que a falta de convenio será el interés legal hasta el efectivo pago, el que es igual al promedio ponderado de las tasas de interés activas publicadas de los bancos del sistema al día anterior a la fecha de su fijación, reducido en dos puntos porcentuales.

Otro efecto del incumplimiento de las obligaciones, ya sea porque se deje de cumplir, no se cumpla de la manera convenida o se retarde su cumplimiento, es el pago de una cantidad fijada anticipadamente para las partes mediante la inclusión en el contrato respectivo de una cláusula de indemnización, la que también se conoce como cláusula penal, en cuyo caso este pago fijado compensa los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación.

También dentro de los efectos encontramos el pago de las arras, cuando fue convenido, pues de acuerdo a la doctrina, estas constituyen el equivalente de los daños y perjuicios provenientes de la inexecución, siempre que mediare culpa y si el procedimiento procediere de quien las recibió, este deberá restituir el doble de lo que recibió; respecto a las arras, Manuel Osorio lo define como “lo que se da como prenda o señal en algún contrato o concierto ya sea para confirmarlo, ya sea para reservarse el derecho de arrepentirse, supuesto este en que el donante de las arras pierde las entregadas.

La institución examinada no recibe ese nombre en la vida comercial, sino el de señal habiendo quedado reservado el otro, en ciertas legislaciones o costumbres, a la donación que el esposo hace a la esposa en remuneración de la dote o por sus cualidades personales sin embargo en algunas, legislaciones como la argentina utilizan la palabra arras en el primero de los sentidos expuestos, como equivalente a señal, estableciendo que, si un instrumento público fuese hecho dándose arras, la indemnización de las pérdidas e intereses consistirá en la pérdida de la señal o su restitución con otro tanto, como efecto de los contratos en general, si se hubiere dado una señal, quien la dio puede arrepentirse del contrato o dejar de cumplirlo, en cuyo

caso pierde la señal. Si se arrepiente quien la recibió, debe devolver la señal con otro tanto de su valor. Y si el contrato se cumpliera, la señal debe devolverse en el estado en que se encuentre. También con análogo sentido y con relación a la compraventa mercantil, se habla de arras de comercio. Entre las costumbres del matrimonio canónico de algunos países, se denomina arras las trece monedas que al celebrarse el matrimonio, sirve para la formalidad de aquel acto, pasando de las manos del desposado a las de la desposada.

### **3.2. La ejecución de las obligaciones**

Cuando se deja de cumplir o no se cumple de la forma convenida, el titular del derecho afectado se ve forzado a acudir a los órganos jurisdiccionales, a fin de obligar a la otra parte a cumplir lo convenido en los términos de la contratación, promoviendo para el efecto la ejecución con base al contrato cuando éste es título ejecutivo suficiente para ser demandado. En ese orden de ideas el Código Procesal Civil y Mercantil, en su libro tercero, del Artículo 294 al 400, regula lo relativo al proceso de ejecución, dentro comprendido por la ejecución singular y la ejecución colectiva, de manera más específica dentro del primer grupo se encuentran denominadas como vía de apremio, juicio ejecutivo, ejecuciones especiales, ejecuciones de obligación de dar, ejecuciones de obligación de hacer, ejecuciones de la obligación de escriturar, ejecuciones por quebrantamiento de la obligación de no hacer y ejecución de sentencias nacionales y extranjeras; dentro del segundo están comprendidas el concurso voluntario de acreedores, el concurso necesario de acreedores y la quiebra.

De lo anterior se deriva que la ejecución es el procedimiento señalado por la ley para demandar el cumplimiento de obligaciones de dar, hacer o no hacer.

### **3.3. Los procesos de ejecución regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil**

En El Código Procesal Civil y Mercantil se encuentra regulado todos los procesos de ejecución singular, siendo los siguientes:

- Ejecución en la vía de apremio.
- Juicio ejecutivo.
- Ejecuciones especiales.
  - Ejecución de obligaciones de dar
  - Ejecución de obligaciones de hacer
  - Ejecución de obligaciones de escriturar
- Ejecución de quebrantamiento de la obligación de no hacer
- Ejecución de sentencia
- Ejecución de sentencias nacionales
- Ejecución de sentencias extranjeras

Para los efectos del presente trabajo se analizará someramente de forma legal y doctrinariamente, cada una de ellas

### **3.3.1. Ejecución en la vía de apremio**

La vía de apremio es el proceso para llevar a cabo la ejecución procesal o ejecución forzada, ya que constituye una serie de procedimientos que desarrollan la etapa final del proceso, es decir la etapa ejecutiva, mediante una obligación líquida, es decir plenamente determinada y exigible por el cumplimiento del plazo de la misma, aparejada en un título ejecutivo

Apareció por primera vez en el Código Procesal Civil y Mercantil vigente, su objetivo es el de acudir directamente ante el órgano jurisdiccional para la realización de los bienes del deudor, siempre que la ejecución se base en títulos ejecutivos a los que se les atribuye el carácter de privilegiados.

La legislación guatemalteca exige como requisito para la procedencia de la ejecución en vía de apremio que los títulos ejecutivos que se detallan en el Artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil, traiga aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero líquida y exigible. (éste tema será ampliado en el capítulo IV, por ser principal en el presente trabajo).

### **3.3.2. El juicio ejecutivo**

El juicio ejecutivo es un proceso especial, sumario (en sentido estricto) y de ejecución mediante el cual se hace efectivo el cumplimiento de una obligación documentada en alguno de los títulos extrajudiciales convencionales o administrativos legalmente dotados de fehacientica o autenticidad. Con respecto a la denominación de juicio

ejecutivo, Gómez de la Serna y Montalbán ya advertían a mediados del siglo pasado, en relación con la ley de enjuiciamiento española de 1885 que fue adoptada como modelo por las primeras leyes procesales de nuestro país, que ha esta expresión se le ha conceptualizado impropia por algunos jurisconsultos y aun ha desaparecido en la ley de enjuiciamiento sobre negocios de comercio, siendo remplazada por la de procedimiento.

Estos autores, seguidamente, explican que esta innovación se halla en cierto modo justificada si atendemos a la acepción que se da y que realmente merece la palabra juicio, término que parece que debe reservarse para las contiendas entre partes en que por medio de una discusión lata y solemne recae la declaración de un hecho controvertido, por lo tanto, agregan, no es correcta su aplicación cuando se supone incontrovertible la existencia del derecho y solo se trata ya de llevar a debido efecto el cumplimiento de la obligación. Pero, concluyen, resulta suficiente que exista contradicción a una demanda, y oposición a una ejecución sobre la cual deba oírse a las partes, para que el nombre de juicio dado al ejecutivo no sea ya tan extraño a este procedimiento.

En Guatemala el titulo ejecutivo está regulado en el Titulo II del Libro Tercero del Código Procesal Civil y Mercantil, en el cual al igual que en la Ejecución en la Vía de Apremio se requiere que la suma que se reclama sea liquida y exigible, requisitos que ya fueron desarrollados en le presente trabajo, situación que implica que las obligaciones cuyo cumplimiento se demanda sean dinerarias, pero de lo regulado por el último párrafo del Artículo 332 del Cuerpo legal citado establece que no es así ya que establece dicha norma en su parte conducente que “ Además de resolver las

excepciones alegadas, el juez declarará si ha o no a lugar a trance y remate de los bienes embargados y pago al acreedor, si procede la entrega de la cosa, la prestación del hecho su suspensión o destrucción, y en su caso el pago de daños y perjuicios por lo que mediante el juicio ejecutivo pueden ser ejecutadas otras obligaciones como las contenidas en la obligaciones especiales.

Los títulos ejecutivos que se pueden hacer valer mediante el juicio ejecutivo se encuentran contenidos en el Artículo 327 del Código Procesal Civil y Mercantil, sobre los cuales nos ocuparemos en forma abreviada y son los siguientes:

#### **a) Los testimonios de las escrituras públicas**

Primeramente consideramos pertinente hacer referencia a que de conformidad con el Artículo 66 del código de Notariado, “testimonio es la copia fiel de la escritura matriz, de la razón de autentica o legalización o del acta de protocolación extendida en papel sellado correspondiente y sellada y firmada por el notario autorizante o por el que deba sustituirlo, de conformidad con la presente ley”. Concatenando lo anterior y lo regulado por el inciso 1 del Artículo 327 se establece que de los documentos que se mencionan en el concepto legal de testimonio, únicamente constituyen títulos ejecutivos los testimonios de las escrituras públicas. A lo anterior cabe agregar que el testimonio de la escritura pública debe contener una obligación de carácter ejecutivo. Es decir que debe referirse a cantidad líquida y exigible, lo que generalmente ocurre así, denominándose en la práctica forense a esta modalidad como juicio ejecutivo común, no obstante que a

través del juicio ejecutivo puede pedirse el cumplimiento específico de obligaciones de dar, hacer o no hacer.

**b) La confesión del deudor prestada judicialmente así como la confesión ficta cuando hubiere principio de prueba por escrito**

Consideramos que la configuración de este título ejecutivo puede darse mediante dos presupuestos, el primero que mediante diligencias de prueba anticipada de confesión judicial el deudor confiere ante juez competente la existencia de una obligación a su cargo y a favor del acreedor o demandante, de la cual derive que adeude determinada suma de dinero y que esta sea líquida y exigible o bien que está obligado a dar, hacer o no hacer situación que supone la comparecencia personal del obligado ante el juez y al absolver las posiciones que le son articuladas acepte o confiese los extremos antes expuestos, situación a lo que le es aplicable lo regulado por los Artículos 98 y del 130 al 140 del Código Procesal Civil y Mercantil, el otro presupuesto lleva implícita la falta de comparecencia del deudor a la audiencia en la cual debería prestar su declaración, no obstante las prevenciones y apercibimientos que por mandato legal le tienen que ser señalados por el órgano jurisdiccional al ser citados, ausencia que da lugar que a petición de parte sea declarado confeso lo que constituye la confesión ficta pero tal confesión por sí sola no es suficiente para constituir título ejecutivo sino que debe ir acompañada de principio de prueba por escrito, es decir, que exista algún documento en el que conste la obligación y cuyo contenido y fiema debe ser judicialmente reconocido mediante la prueba de confesión judicial y reconocimiento de documentos.

**c) Documentos privados suscritos por el obligado o por su representante y reconocidos o que se tengan por reconocidos ante juez competente de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 98 y 184; y los documentos privados con legalización notarial**

Para que el documento privado sea considerado como título ejecutivo el Artículo 327 del código procesal civil y mercantil en su inciso 3 requiere que este revestido de autenticidad, la que de conformidad con la norma citada, puede darse en dos formas la primera que el obligado en forma personal o bien mediante un representante reconozca ante juez competente la existencia del documento, su contenido y firma para lo cual tiene que promoverse las diligencias de prueba anticipada y reconocimiento de documentos, regulados por los Artículos 98 y 184 del código procesal civil y mercantil y la segunda que los documentos notariales cuenten con legalización notarial.

**d) Los testimonios de las actas de protocolación de protesto de documentos mercantiles o bancarios, o los propios documentos si no fuere legalmente necesario el protesto**

En relación a este título ejecutivo, se debe tomar en consideración en primer lugar, que si bien es cierto, el Código Procesal Civil y Mercantil en su Artículo 327 inciso 4 regula que el título ejecutivo son los testimonios de las actas de protocolación de los protestos, dicha norma prácticamente fue modificada por el último párrafo del Artículo 1039 del código de comercio de Guatemala que en su parte conducente enuncia que: en materia mercantil son títulos ejecutivos, la copias legalizadas del acta de protocolación de

protesto de documentos mercantiles y bancarios o los propios documentos si no fuere legalmente necesario el protesto, lo que implica que el título ejecutivo en lugar de ser el testimonio es la copia legalizada del acta de protocolación, modificación que se estima que obedece más que todo a cuestiones de índole fiscal, ya que con ello se favorece al tenedor de un documento de crédito al no tener que pagar impuestos cuando se le extiende testimonio de una acta de protocolación de protesto.

En cuanto a los documentos mercantiles que se mencionan, estos son los que de conformidad con el Código de Comercio de Guatemala dan lugar a la acción cambiaria, siendo la norma general la contenida en el Artículo 630 de dicho cuerpo legal que establece: el cobro de un título de crédito dará lugar al procedimiento, ejecutivo sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito, salvo que el protesto fuere legalmente necesario, para los efectos del procedimiento, se tendrá como domicilio del deudor el que aparece en el título. En lo que respecta a los documentos bancarios rige lo establecido en el Artículo 110 de la ley de bancos y grupos financieros que establece: “título ejecutivo. Además de lo contemplado en el código procesal civil y mercantil constituirá título ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento, las libretas de ahorro, certificados de depósito, certificados de inversión, bonos, títulos valores, materializados o representados por medio de anotaciones en cuenta, o bien las respectivas constancias o certificados representativos de dichos documentos, que los bancos y las sociedades financieras autoricen o entreguen para comprobar la recepción de dinero. Previamente a promoverse la ejecución judicial con base en dichos títulos, deberá efectuarse requerimiento de pago hecho por notario.

De tal enunciado legal se deriva que los títulos que se detallan contienen obligaciones a cargo de las instituciones bancarias o financieras a las cuales previamente a promover las acciones pertinentes ante los órganos jurisdiccionales se le tiene que requerir notarialmente el pago.

**e) Acta notarial en la que conste el saldo que existiere en contra del deudor de acuerdo con los libros de contabilidad llevados en forma legal**

Al tenedor de lo establecido en el Artículo 368 del Código de Comercio de Guatemala, los comerciantes sean individuales o sociales, tiene la obligación de llevar su contabilidad en forma organizada, de acuerdo con él, sistema de partida doble y usando los principios de contabilidad generalmente aceptados, debiendo llevar los libros o registros que en el mismo se detallan, con relación a este título ejecutivo se han suscitado controversias en el medio forense guatemalteco, pues es frecuente que los jueces al cumplir con la función calificadoras del título ejecutivo que les confiere la ley, los rechacen por estimar que el mismo no es suficiente, aunque la ley no exige formalismo alguno para el acta notarial mediante la cual se hace constar el saldo deudor pero si es de tomar en consideración que como mínimo en el acta notarial se consigne con precisión en que libro de contabilidad consta el saldo deudor, los datos sobre la autorización del mismo, tal y como lo determina el Artículo 37 del código de comercio de Guatemala, el folio en que aparece la cuenta respectiva, su origen y documentación que lo ampara, así como que el libro de contabilidad es llevado de conformidad con la ley, datos con los cuales en determinado momento se puede

solicitar el órgano jurisdiccional, la exhibición del libro de contabilidad que corresponda, lo anterior sin olvidar que la cantidad debe ser líquida y exigible.

**f) Las pólizas de seguros, de ahorros y de fianzas y los títulos de capitalización, que sean expedidos por entidades legalmente autorizadas para operar en el país**

En cuanto a este título ejecutivo, debe estarse a lo regulado en el Código de Comercio de Guatemala y en las leyes financieras vigentes.

**g) Toda clase de documentos que por disposiciones especiales tengan fuerza ejecutiva**

Esta forma deja abierta la posibilidad de que el juicio ejecutivo se haga valer como títulos ejecutivos, los contenidos en disposiciones de carácter especial, exigiendo como requisito que estos tengan fuerza ejecutiva, por lo que por la naturaleza del presente trabajo de investigación no se extiende a leyes especiales.

Sobre el procedimiento a seguir en la tramitación del juicio ejecutivo, el mismo está contenido básicamente en lo regulado por el capítulo II título II del libro tercero del Código Procesal Civil y Mercantil estimado que sobre el mismo destacan los aspectos siguientes:

a) En lo que no se opusieren, se aplican supletoriamente las disposiciones legales señaladas para la ejecución en la vía de apremio.

- b) Por la naturaleza de ser el juicio ejecutivo un proceso de cognición abreviado-sumario con fuerza ejecutiva, en el mismo se dan las fases de planteamiento de la demanda, emplazamiento, oposición e interposición de excepciones, período de prueba, sentencia apelación, sentencia de segunda instancia.
- c) La incomparecencia del demandado al juicio da lugar a que se dicte sentencia de remate, declarando si ha lugar o no a la ejecución.
- d) Las excepciones y la oposición debe plantearse en un mismo acto, siendo obligatorio razonar la oposición.
- e) Puede plantearse cualquier tipo de excepciones incluso las nominativas señaladas por la ley como previas, pero en este caso tendrán el carácter de perentorias pues fundamentalmente las mismas deben atacar el título ejecutivo que se hace valer, siendo en este caso importante tomar en consideración lo relativo a las ejecuciones bancarias, en cuyo caso únicamente caben las excepciones de pago y prescripción siempre y cuando, en cuanto a la primera se llene los requisitos establecidos en el Artículo 109 de la Ley de Bancos y grupos Financieros, así mismo lo establecido en el Artículo 619 del Código de Comercio de Guatemala.
- f) La sentencia debe resolver las excepciones y la oposición y si se hubiere interpuesto la incompetencia, se pronunciará el juez únicamente sobre las demás si declara la improcedencia de la incompetencia.
- g) La sentencia de segunda instancia se debe pronunciar sobre todas las excepciones y la oposición, siempre que la incompetencia hubiere sido declarada improcedente en primera instancia y no revoque esta.

- h) La sentencia debe declarar si ha o no lugar a hacer trance de los bienes embargados y pago al acreedor, si procede la entrega de la cosa, el pago de daños y perjuicios.
- i) Únicamente el auto en que se deniegue el trámite a la ejecución, la sentencia y el auto que apruebe la liquidación son apelables.
- j) La sentencia dictada en juicio ejecutivo no pasa en autoridad de cosa juzgada.
- k) Lo decidido en el juicio ejecutivo puede ser modificado en juicio ordinario de revisión posterior, siempre y cuando se haya cumplido la sentencia dictada.
- l) Firme el fallo que determina que ha lugar a hacer trance y remate de los bienes embargados y pago al acreedor; es decir, si la obligación es de carácter dinerario prosigue el juicio de conformidad con lo regulado para la ejecución en la vía de apremio y en su caso conforme lo establecido para las ejecuciones especiales.
- m) En todo caso, el derecho de defensa está garantizado con la audiencia que confiere el órgano jurisdiccional por el plazo de cinco días.

Se puede deducir que como común denominador entre la ejecución en la vía de apremio y el juicio ejecutivo, se encuentra el hecho de que en ambos, los títulos ejecutivos pierden su eficacia o fuerza ejecutiva, a los cinco años, si la obligación es simple y a los diez años si hubiere prenda o hipoteca, computándose en ambos casos a partir del vencimiento del plazo o desde que se cumpla la condición si la hubiere.

### **3.3.3. Ejecuciones especiales**

Las ejecuciones están reguladas en el título III del, libro tercero del Código Procesal

Civil y Mercantil, del Artículo 336 al 346, originándose estas de obligaciones de dar, hacer y no hacer.

En relación a la obligación de dar el Código Civil regula que la obligación de dar cosa determinada comprende su entrega y la de sus accesorios y pertenencias, así como los frutos que produzca desde que se perfecciona el convenio el deudor es responsable, así mismo de su conservación hasta que se verifique la entrega... en la obligaciones de dar cosa determinada únicamente por su especie la elección corresponde al deudor, salvo pacto en contrario, el deudor cumplirá eligiendo cosas de regular calidad, y de la misma manera procederá el acreedor, cuando se le hubiere dejado la elección.

En los casos a los que se refiere el Artículo anterior el deudor no podrá antes de la individualización de la cosa, eximirse de la entrega, alegando la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor. Practicada la elección se aplicarán las reglas establecidas sobre obligaciones de dar cosas ciertas o determinadas, de conformidad con el Código Procesal Civil y Mercantil, se dan las situaciones siguientes:

- a) si la cosa esta determinada únicamente por su especie, previamente a proceder a su secuestro debe individualizarse la cosa.
- b) Si el ejecutado no obstante de haber sido legalmente requerido no entrega la cosa, la misma se debe poner en secuestro judicial, que es una medida de garantía que implica el desapoderamiento de la cosa de manos del deudor y su entrega a un depositario nombrado judicialmente.
- c) En sentencia debe resolverse sobre la entrega definitiva de la cosa.

- d) Si la cosa ya no existe o no pudiere secuestrarse, la obligación no dineraria que se ejecuta se convierte en una obligación dineraria, cuyo valor debe ser fijado por el ejecutante, pudiéndose embargar bienes que cubran dicho monto, así como los daños y perjuicios pudiendo estos ser estimados provisionalmente por el juez.
- e) El ejecutante y el ejecutado pueden oponerse a los valores prefijados y rendir pruebas que juzguen convenientes, debiéndose tramitar por el procedimiento de los incidentes regulado en la ley del organismo judicial.
- f) Determinada la cantidad de dinero que sustituye a la cosa, la obligación de dar se continúa como un juicio ejecutivo común.

Respecto al proceso de ejecución de obligaciones de hacer, el citado cuerpo legal regula que si el título contiene obligación de hacer y el actor exige la prestación del hecho por el obligado, el juez atendidas las circunstancias, señalará un término para que se cumpla la obligación; si no se cumpliera, se embargarán bienes por los daños y perjuicios, fijando provisionalmente el juez el monto de ellos.

En esta ejecución las partes también pueden oponerse respecto al valor fijado por el juez, en tal caso, al igual que en la ejecución de dar, dicha oposición deberá tramitarse en la vía de los incidentes.

Una característica de este proceso es que el ejecutante puede optar por pedir de una vez la fijación provisional del monto de los daños y perjuicios y el embargo consiguiente, pero también tiene la opción de solicitar que la obligación de hacer se cumpla por un

tercero, si esto fuere susceptible de realizarse y a costa del ejecutado. En este último caso, el juez fijará el término correspondiente.

De igual manera está regulado el proceso de ejecución de las obligaciones de escrituras, la que se da cuando la obligación consiste en el otorgamiento de escritura pública, en este caso, al dictar sentencia dando lugar a la ejecución, el juez fijará al demandado el término de tres días para que la otorgue, sin embargo, en caso de rebeldía, el juez otorgará de oficio la escritura, nombrando para el efecto al notario que el interesado designe, a costa de este último.

Por último el Código Procesal Civil y Mercantil regula el proceso de ejecución por quebrantamiento de la obligación de no hacer, en este sentido el juez fijará un término para que se repongan las cosas al estado anterior, si esto fuese posible. Si no se cumpliera, se embargarán bienes por los daños y perjuicios, fijando provisionalmente el juez el monto de ellos. Aquí también las partes pueden oponerse al proceso, lo que se tramitará en la vía de los incidentes.



## CAPÍTULO IV

### 4. El proceso de ejecución en la vía de apremio

Ya se mencionó que la vía de apremio es el proceso para llevar a cabo la ejecución procesal o ejecución forzada, éste constituye una serie de procedimientos que desarrollan la etapa final del proceso, es decir la etapa ejecutiva, mediante una obligación líquida, plenamente determinada y exigible por el cumplimiento del plazo de la misma, aparejada en un título ejecutivo

Los títulos que permiten la promoción de la vía de apremio se encuentran enumerados en el Artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil, los cuales prescriben a los cinco años, perdiendo su fuerza ejecutiva, excepto los créditos hipotecarios y prendarios, que prescriben a los diez años, los cuales son los siguientes:

1. Sentencia pasada en autoridad de Cosa Juzgada,
2. Laudo arbitral no pendiente de recurso de casación;
3. Créditos hipotecarios,
4. Bonos o cédulas hipotecarias y sus cupones,
5. Créditos Prendarios,
6. Transacción celebrada en escritura pública,
7. Convenio celebrado en juicio.

#### **4.1. Requisitos de los títulos ejecutivos en la vía de apremio**

La legislación guatemalteca exige como requisito para la procedencia de la ejecución en vía de apremio que los títulos ejecutivos traigan aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero líquida y exigible, de lo que podemos extraer como elementos esenciales para la procedencia de tal ejecución, los siguientes:

**Cantidad de dinero:** El título debe contener la obligación de dar una suma de dinero.

**Suma líquida:** debe tratarse de una suma líquida o fácilmente liquidable la suma es “líquida” cuando se halla especificada en el título y fácilmente liquidable cuando no obstante no hallarse numéricamente consignada, puede ser determinada mediante una simple operación aritmética, sin que resultare menester efectuar imputaciones o interpretaciones.”

**Exigible:** Esto significa que el plazo para el cumplimiento de la obligación haya vencido y que no se halle supeditada a condición o prestación alguna.

#### **4.2. Análisis de los títulos ejecutivos en los vía de apremio**

A continuación se hará un análisis de los títulos por los cuales procede la ejecución en la vía de apremio.

#### 4.2.1. Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada

Al hablarse de que la sentencia debe ser pasada en autoridad de cosa juzgada, significa que la misma está firme, que no admite recurso alguno, en lo que respecta a cosa juzgada, la Ley del Organismo Judicial en su Artículo 155 establece que: “hay cosa juzgada cuando la sentencia es ejecutoriada, siempre que haya identidad de persona, cosas, pretensión, y causa o razón de pedir” y en relación a las sentencias ejecutoriadas, el mismo cuerpo legal regula en su Artículo 153 que: “se tendrá sentencia ejecutoriada: a) las sentencias consentidas expresamente por las partes; b) las sentencias contra las cuales no se interponga recurso en el plazo señalado por la ley; c) las sentencias de las que se ha interpuesto recurso pero ha sido declarado improcedente o cuando se produzca caducidad o abandono; d) las de segunda instancia en asuntos que no admita el recurso de casación; e) las de segunda instancia cuando el recurso de casación fuere desestimado o declarado improcedente; f) las de casación no pendientes de aclaración o ampliación, g) las demás que se declaran irrevocables por mandato de la ley y las que no admiten más recurso que el de responsabilidad; h) los laudos, o decisiones de los árbitros cuando en la escritura de compromiso se hayan renunciado los recursos y no se hubiere interpuesto el de casación. Las disposiciones de este Artículo, rigen para los autos”.

Guasp citado por el Doctor Mario Aguirre Godoy con relación a este título ejecutivo asienta que “el título de ejecución primero y fundamental es la sentencia judicial”,<sup>19</sup> precisando además que “para que un juez actúe ejecutivamente es normalmente

---

<sup>19</sup> Aguirre Godoy, Mario, **Derecho procesal civil**, Pág 167.

necesario que se haya resuelto en un proceso de cognición de un modo que fundadamente las manifestaciones ejecutivas ulteriores.”<sup>20</sup> La sentencia es, pues, el título primordial de la ejecución; pero, como fácilmente se comprende, no toda clase de sentencias, sino solo las sentencias de condena, puesto que las sentencias declarativas y las sentencias constitutivas no exigen ni permiten directamente una conducta física del juez dirigida a poner de acuerdo el mandato de las mismas con la realidad física sobre la que la ejecución actúa.

Por lo tanto la sentencia de condena es el primero de los títulos de ejecución, en cualquiera de las especies que el derecho positivo reconoce de ellas, en particular no sólo la sentencia de condena ordinaria, sino la sentencia de condena dictada en el juicio ejecutivo, que se conoce con el nombre de sentencia de remate, a criterio del Doctor Mario Aguirre Godoy “la excepción a la regla general relativa a las sentencias firmes o que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada, la contempla el Artículo 342 del Código Procesal civil y Mercantil, al permitir la ejecución provisional de la sentencia, siempre y cuando se den los presupuestos jurídicos contenidos en la norma citada”<sup>21</sup>.

#### **4.2.2. Laudo arbitral no pendiente de recurso de casación**

Sobre la ejecución del laudo arbitral, el Código Procesal Civil y Mercantil en su Artículo 293 estipula: “Firme el laudo arbitral, podrá obtenerse su ejecución ante el juez de primera instancia del lugar donde se ha seguido el arbitraje. Esta ejecución se llevará a

---

<sup>20</sup> **Ibid.**, Pág. 168

<sup>21</sup> **Ibid.**, Pág. 176

efecto del mismo modo establecido para la sentencia, podrá también concederse a instancia de parte, ejecución provisional del laudo pendiente de casación, si el que la pidiera da garantía suficiente, a juicio del juez para responder de las costas y de los daños y perjuicios que se pudieren ocasionar.

#### **4.2.3. Créditos hipotecarios**

Para los fines del presente trabajo de investigación, este título ejecutivo es uno de los que interesa para nuestro estudio, habiendo ya definido con anterioridad el concepto de hipoteca, nos limitamos a consignar que la hipoteca es regulada por el ordenamiento sustantivo civil guatemalteco como un derecho real de garantía, enunciando para el efecto el Artículo 822 del Código Civil que: “la hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.” Con relación a la hipoteca es relevante destacar que el deudor no queda personalmente responsable por algún saldo insoluto en el caso de que el valor del inmueble no fuere suficiente para cubrir la deuda, por lo que no existe la posibilidad de afectar otros bienes propiedad del deudor, así mismo en cuanto a su constitución y aceptación, esta debe ser expresa, debe constar además en escritura pública. Este título dado su carácter especial y privilegiado permite abrir la vía de apremio al ser incluido dentro de los títulos ejecutables mediante este procedimiento. El acreedor sabe que el valor del inmueble responde suficientemente para el reembolso del capital prestado o para el cumplimiento de otra clase de obligaciones y en consecuencia, su derecho se limita a la cosa gravada

para ejercitar sobre ella la acción real hipotecaria con prescindencia de cualquier otro bien no comprendido en la obligación.”<sup>22</sup>

#### **4.2.4. Bonos o cédulas hipotecarias y sus cupones**

En el derecho guatemalteco tanto civil como mercantil no se define lo que es un bono hipotecario, por lo que en primer lugar se establece que bono es tarjeta, vale u otro documento dado liberal o benéficamente para que el portador pueda cambiarlo por dinero, comestibles u otros Artículos de primera necesidad. En algunos ensayos de colectivismo ingenuo se ha pretendido reemplazar con bonos de trabajo el dinero que como retribución debía recibir el trabajador. En términos de comercio bonos son los títulos de la deuda emitidos por la tesorería de Estado o de otra corporación pública, a lo que cabe agregar entonces que la obligación contenida en tal documento se encuentre respaldada con una garantía hipotecaria. El Código Civil en su Artículo 864 establece que los bancos de crédito territorial podrán emitir cédulas o bonos hipotecarios por una suma igual al importe total de los préstamos sobre inmuebles que otorgaren”.

Con respecto a la cédula hipotecaria, esta se define como título público emitido por un banco de crédito territorial y más concretamente por un banco hipotecario, que otorga al poseedor del mismo una garantía real y le concede derecho al interés fijado en los estatutos o emisiones. No obstante su naturaleza, el Artículo 336 del Código Civil español considera bienes muebles a las cédulas y títulos representativos de préstamos

---

<sup>22</sup> **Ibid.** Pág. 169.

hipotecarios. Con relación a este título de ejecutivo, el doctor Arturo Villegas Lara dice que: “conceptualmente podemos decir que la cédula hipotecaria es un título de crédito que representa todo o una parte alícuota de un crédito garantizado con un derecho real hipotecario”<sup>23</sup>.

#### **4.2.5. Créditos prendarios**

Al igual que los créditos hipotecarios, este es otro de los títulos ejecutivos que interesan al presente trabajo de investigación, el Código Civil en su Artículo 880 regula que: “la prenda es un derecho real que graba bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación”. La prenda al igual que la hipoteca también tiene eficacia jurídica privilegiada, admisible en una ejecución en la vía de apremio, siendo relevante destacar que si bien es cierto, la prenda afecta únicamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, sin que el deudor quede obligado personalmente, también lo es que si existe pacto en contrario y el deudor responde o queda obligado personalmente por cualquier saldo insoluto que dejare la prenda. En cuanto a su constitución, este debe constar en escritura pública o en documento privado y las circunstancias que deben hacerse constar en dichos instrumentos. Como modalidades de la prenda en común, el Código Civil también regula la prenda de créditos, prenda de facturas, prenda constituida por un tercero, la prenda agraria, ganadera, industrial y prenda abierta.

---

<sup>23</sup> Villegas Lara, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco**. Pág. 198.

#### 4.2.6. Transacción celebrada en escritura pública

Doctrinariamente, la transacción se define como: “Acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas extinguen obligaciones litigiosas o dudosas”<sup>24</sup>. La transacción es una de las formas de extinción de las obligaciones, y sus cláusulas son indivisibles, se realizan en el curso de los litigios, para que tengan validez deben forzosamente presentarse ante el Juez que conoce el proceso, debidamente firmada por los interesados y deberán ajustarse a las normas establecidas por la ley procesal.

Sigue señalando Ossorio que: “El juez se limitará a examinar si concurren los requisitos exigidos para su validez, homologándola en caso afirmativo o rechazándola en caso negativo, supuesto en el cual continuará el juicio”<sup>25</sup>.

El Código Civil en su Artículo 2151 establece que: “la transacción es un contrato por el cual las partes, mediante concesiones recíprocas deciden de común acuerdo algún punto dudoso o litigiosos, evitan el pleito que podría promoverse o terminan el que esta principiando”, regulando además dicho cuerpo legal en su Artículo 2169 que: “la transacción debe redactarse por escrito sea en escritura pública o en documento privado legalizado por notario, o bien mediante acta judicial, o petición escrita dirigida al juez, cuyas firmas estén autenticadas por notario.” De la norma citada se derivan los aspectos siguientes:

---

<sup>24</sup> Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 959.

<sup>25</sup> **Ibid.**, Pág. 680.

Constituye título ejecutivo en la vía de apremio al tenor de lo establecido en el Artículo 294 inciso 6 del Código Procesal Civil y Mercantil, la transacción que sea celebrada en escritura pública.

Si la transacción se celebra en documento privado con legalización de firma por notario, este constituye título ejecutivo para demandar en juicio ejecutivo, tal y como se encuentra regulado en el inciso 3 del Artículo 327 del Código Procesal Civil y Mercantil pues efectivamente como lo consigna el código de notariado en su Artículo 57 la auténtica no prejuzga acerca de la validez del documento ni de la capacidad ni personería de los signatarios o firmantes, por lo que tramitándose en juicio ejecutivo este permite una discusión abreviada sobre la validez del título.

Si la transacción consta en acta judicial, se le denomina entonces convenio judicial, la misma constituye título ejecutivo al tenor de lo establecido en el inciso 7 del Artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil, por lo que puede ejecutarse en la vía de apremio.

Si la transacción está contenida en petición escrita dirigida al juez con firmas legalizadas, esta dará lugar a la terminación del juicio en que se presente pues supone que las partes en conflicto en un juicio determinado han conciliado sobre las divergencias objeto de la litis y que no existen puntos que puedan ser objeto de una posterior ejecución pues de ser así los mismos deben ser consignados en escritura pública para poder ejecutar y no por medio de este medio de transacción que le restaría eficacia jurídica ejecutiva.

A lo anterior cabe agregar que debe tenerse en consideración lo establecido en el Artículo 157 de la Ley del Organismo Judicial en cuanto a que las transacciones que tengan fuerza ejecutiva deben ser ejecutadas por el juez que debiera haber conocido del asunto.

#### **4.2.7. Convenio celebrado en juicio**

Este título ejecutivo está regulado en el Artículo 294 inciso 7, teniendo mucha semejanza con el título ejecutivo consistente en la transacción, pues en un convenio puede comprender una transacción mediante el mismo también se resuelve de común acuerdo asuntos dudosos o litigiosos, pudiendo ser que no se dieran tales presupuestos por lo que no podría ocurrir la transacción. En estricto derecho, tal título ejecutivo tiene su principal asidero en la conciliación establecida en el Artículo 97 del Código Procesal Civil y Mercantil pues en caso de existir avenimiento entre las partes, el órgano jurisdiccional debe levantar acta y dictar resolución dando por terminado el juicio, pero tal forma en conciliación no es exclusiva del juicio ordinario, sino existe en otros procedimientos señalados por el Código Procesal Civil y Mercantil, tal es el caso del juicio oral cuya conciliación está regulada en el Artículo 203 del cuerpo legal citado que determina: “en la primera audiencia, al iniciarse la diligencia, el juez procurará avenir a las partes, proponiéndoles fórmulas equánimes de conciliación y aprobará cualquier forma de arreglo en que convinieren siempre que no contraríen las leyes. Si la conciliación fuere parcial el juicio continuará en cuanto a las peticiones no comprendidas en el acuerdo.

#### **4.2.8. Otros títulos ejecutivos en la vía de apremio**

Independientemente de los títulos ejecutivos contemplados en el Artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil que son ejecutables en la vía de apremio, también existen otros, tales como el cobro de honorarios regulado en el arancel de Abogados, Árbitros y Procuradores, Mandatarios judiciales, Expertos, interventores, y depositarios Decreto 111-96 del Congreso de la República de Guatemala, el cual en su Artículo 24 le da la calidad de título ejecutivo para ser ejecutado en la vía de apremio, el auto que resuelve la liquidación de honorarios.

Además también constituye título ejecutivo en la vía de apremio el auto que apruebe los honorarios del Notario, tal y como lo regula el Artículo 107 del Código de notariado.

#### **4.3. Aspectos importantes del proceso de ejecución en la vía de apremio**

Sobre el proceso de ejecución en la vía de apremio, estimo pertinente destacar que en el mismo pueden concurrir los aspectos siguientes:

- a) cuando la obligación está garantizada con prenda o hipoteca por imperio de la ley no es necesario el requerimiento ni el embargo, así como tampoco la tasación de bienes, por lo que debe procederse a notificar la ejecución y se señalará día y hora para el remate de los bienes pignorados o hipotecados. Una vez efectuado el remate, se procede a la aprobación de la liquidación de la deuda con sus intereses y costas procesales, continuando con la escrituración del bien a favor de la persona en quien se finco el remate, la inscripción del testimonio del

instrumento público respectivo en el Registro de la Propiedad que corresponda, finalizando con la entrega del inmueble, sea ésta voluntaria o judicialmente mediante lanzamiento, siempre quedando a salvo el derecho del ejecutado o el propietario de los bienes rematados a recuperar los mismos hasta antes de que se proceda a escriturar.

- b) Cuando se requiere de pago y se traba embargo sobre bienes inmuebles o muebles, éstos deben ser tasados por expertos nombrados por el juez o bien el precio de los mismos pueden ser convenidos por las partes y en último caso si se trata de inmuebles puede servir de base a elección del actor, el monto de la deuda o el valor fijado en la matrícula fiscal para el pago del impuesto correspondiente. Una vez efectuada la tasación o fijada la base, se procede al remate mediante el señalamiento de día y hora para el efecto, continuando en lo demás el procedimiento señalado en el caso anterior, hasta concluir con la entrega del bien rematado.
- c) Cuando se requiere de pago y se traba embargo sobre dinero en efectivo o depósitos bancarios, el procedimiento se abrevia pues no existen bienes que rematar, por lo que se procede a presentar el proyecto de liquidación de la deuda con sus intereses y costas procesales y una vez aprobado mediante el auto respectivo, el juez debe ordenar que se haga pago al acreedor.
- d) En cuanto a los dos últimos casos señalados, debe tomarse en consideración que el embargo debe recaer sobre bienes que no este excluidos expresamente del embargo por la ley.
- e) El deudor puede hacer cesar el embargo o bien que el juicio se de por terminado, consignando o depositando la suma reclamada más un diez por ciento para

costas procesales pudiendo en el primer caso consignar a reserva de oponerse a la ejecución y en ambos casos el pago puede efectuarse hasta antes de que se facione y autorice la escritura traslativa de dominio de los bienes rematados.

- f) En todos los casos el derecho de defensa está garantizado, ya que al ejecutado se le confiere por el órgano jurisdiccional, audiencia por el plazo de tres días computados a partir del requerimiento de pago o de la notificación para que interponga las excepciones pertinentes.

Las excepciones para que sean admitidas en la ejecución en la Vía de Apremio, deben cumplir con los requisitos siguientes:

- a) interponer dentro de tercero día de ser requerido de pago o notificado.
- b) Que destruyan la eficacia del título ejecutivo que se hace valer
- c) Que se fundamenten en prueba documental
- d) El tramite es el de los incidentes contemplado en la Ley del Organismo Judicial del Artículo 135 al 140

Lo anterior implica que en la ejecución en la vía de apremio pueden plantearse las excepciones que se estimen pertinentes siempre y cuando las mismas vayan orientadas a destruir la eficacia del título y su fundamento este constituido en prueba documental, salvo lo establecido para las ejecuciones en la vía de apremio Bancarias, en las cuales únicamente son admisibles las excepciones de pago y prescripción y con relación a la primera el ejecutado debe presentar el documento emitido por el banco con el que se acredite que se ha pagado la cantidad que motiva la ejecución, que debe incluir capital

intereses y costas procesales o bien certificación de un tribunal de la resolución que apruebe el pago por consignación, imponiendo al juzgador la obligación de rechazar cualquier otra excepción tal y como lo determina el Artículo 109 de la ley de Bancos y Grupos Financieros, situación que a prima facie pareciera conculcar el derecho de igualdad ante la ley, pero sobre el particular ya existe un pronunciamiento de la honorable corte de constitucionalidad, que declaro improcedente la inconstitucionalidad planteada en contra de dicha norma. Consideramos que en última instancia en cuanto a las excepciones señaladas como admisibles tanto por el Código Procesal Civil y Mercantil como en la Ley de Bancos y Grupos Financieros, se reduce a las enunciadas por este último cuerpo legal, pues el pago y la prescripción no solo pueden probarse documentalmente sino que además tiene contundencia jurídica como para destruir la eficacia del título ejecutivo.

#### **4.4. Fases del proceso de ejecución en la vía de apremio**

Como ha sido mencionado, la ejecución en la vía de apremio, constituye una serie de procedimientos que desarrollan la etapa final del proceso, es decir la etapa ejecutiva, toda vez que ya existe una obligación adquirida, líquida, plenamente determinada y exigible aparejada en un título ejecutivo, esta etapa ejecutiva tiene una serie de fases, las que se desarrollarán a continuación.

##### **4.4.1. Primer escrito o solicitud inicial**

Aunque el Código Procesal Civil y Mercantil no establece, para iniciar un proceso ejecutivo, es necesario presentar ante el órgano competente una solicitud, con los

requisitos señalados en el Artículo 61 de dicho cuerpo legal, tales como:

- 1º. Designación del juez o Tribunal a quien se dirija.
- 2º. Nombres y apellidos completos del solicitante o de la persona que lo represente, su edad, estado civil, nacionalidad, profesión u oficio, domicilio e indicación del lugar para recibir notificaciones.
- 3º. Relación de los hechos a que se refiere la petición.
- 4º. Fundamento de derecho en que se apoya la solicitud, citando las leyes respectivas.
- 5º. Nombres, apellidos y residencia de las personas de quienes se reclama un derecho; si se ignorare la residencia se hará constar.
- 6º. La petición, en términos precisos.
- 7º. Lugar y fecha.

Además debe cumplir con los requisitos señalados por los Artículos 50, 63, 106, 107, 108 y 109 de la citada norma legal.

#### **4.4.2. Calificación del título y mandamiento de ejecución y embargo**

La ley establece que una vez promovida la vía de apremio, el juez calificará el título en que se funde y si lo considerase suficiente, despachará mandamiento de ejecución, ordenando el requerimiento del obligado y el embargo de bienes, en su caso. Señalando la norma que podrán solicitarse las medidas previstas en el Código.

Cuando el embargo recae sobre bienes inmuebles, derechos reales sobre ellos, o muebles susceptibles de registro, para que dicho embargo tenga validez, se requiere su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Es importante señalar que el embargo consiste en la retención, secuestro o prohibición de enajenar ciertos bienes susceptibles de responder eventualmente de una deuda o una obligación. Al respecto, Manuel Ossorio señala que embargo ejecutivo consiste en “Retención o apoderamiento que de los bienes del deudor se efectúa en el procedimiento ejecutivo, a fin de, con ellos o con el producto de su venta, satisfacer la incumplida obligación a favor del acreedor que posea título con ejecución aparejada”<sup>26</sup>

El monto de los bienes embargados debe alcanzar a cubrir el monto de la deuda, los intereses y costas legales. A fin de ello se efectúa la tasación de bienes, una vez practicado el embargo. Cuando los bienes embargados fueren insuficientes para cubrir el crédito reclamado el acreedor puede pedir la ampliación del embargo. También puede solicitarlo cuando sobre dichos bienes se deduzca una tercería.

Para la ampliación no se otorga audiencia al deudor. Cuando el valor de lo embargado fuere superior al monto de la acreeduría, puede pedirse la reducción de embargo, dando audiencia por dos días a las partes.

Previo al remate, el deudor puede interponer excepciones (en Vía de Apremio no se -

---

<sup>26</sup> **Ibid.** Pág. 362.

clasifican en previas o perentorias, sino únicamente aquéllas que destruyen la eficacia ejecutiva del título).

Sin embargo, si la obligación estuviere garantizada con prenda o hipoteca no será necesario el requerimiento ni el embargo, sino que el juez simplemente ordenará se notifique la ejecución, señalándose día y hora para el remate.

#### **4.4.3. Designación del ejecutor y requerimiento**

Una vez despachado mandamiento de ejecución, el juez podrá designar un notario, si lo pidiere el ejecutante, o uno de los empleados del Juzgado, para hacer el requerimiento y embargo o secuestro, en su caso. Este requerirá de pago al deudor, lo que hará constar por razón puesta a continuación del mandamiento. Si no se hiciere el pago en el acto, procederá a practicar el embargo, si el deudor no fuere habido, se harán el requerimiento y embargo por cédula, aplicándose las normas relativas a notificaciones, pero Si no se supiere el paradero del deudor, ni tuviere domicilio conocido, se harán el requerimiento y embargo por el Diario Oficial y surtirán sus efectos desde el día siguiente al de la publicación, debiéndose observarse lo dispuesto en el Código Civil respecto de ausentes.

#### **4.4.4. Nombramiento de depositario**

Si se realiza el embargo, el ejecutor debe nombrar un depositario de los bienes embargados a la persona que designe el acreedor, detallando los bienes lo más

exactamente posible, a reserva de practicar inventario formal, si fuere procedente. La ley regula que sólo a falta de otra persona de arraigo, podrá nombrarse al acreedor depositario de los bienes embargados.

Sin embargo, el depósito de dinero, alhajas y valores negociables se hará en un establecimiento bancario y donde no hubiere bancos ni sucursales, en persona de honradez y responsabilidad reconocidas.

#### **4.4.5. Tasación**

El Código Procesal Civil y Mercantil regula que una vez practicado el embargo, se procederá la tasación de los bienes embargados, la cual debe efectuarse por expertos nombrados por el juez, quien designará uno sólo, si fuere posible, o varios si hubiere que valuar bienes de distinta clase o en diferentes lugares.

No obstante lo señalado, la tasación se omitirá siempre que las partes hubieren convenido en el precio que deba servir de base para el remate. Cuando se tratare de bienes inmuebles, podrá servir de base a elección del actor, el monto de la deuda o el valor fijado en la matrícula fiscal para el pago del impuesto territorial.

#### **4.4.6. Orden de remate y publicación**

Doctrinariamente también se le conoce con el nombre de subasta. Se entiende por remate aquel acto a través del cual se ponen en venta los bienes embargados del

deudor hasta un monto que alcancen a cubrir sus deudas. Es un acto consistente en la adjudicación de los bienes al mejor postor. Subasta o acto en que se ofrecen cosas o derechos a quien mejores condiciones económicas ofrece por ellos y que termina al no ser más superada la oferta, según Ossorio, subasta es “La venta pública de bienes o alhajas que se hacen al mejor postor y regularmente con mandato y con intervención de un juez o de una autoridad”<sup>27</sup>

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

#### **4.4.7. Remate**

Llegado el día y hora señalados para el remate, el pregonero del Juzgado anunciará el remate y las posturas que se vayan haciendo, de las cuales el secretario tomará nota. Cuando ya no hubiere más posturas, el juez las examinará y cerrará el remate declarándolo fincado en el mejor postor y lo hará saber por el pregonero. De todo esto se levantará un Acta que firmarán el juez, el secretario, el rematario y los interesados que estén presentes y sus abogados. Tienen preferencia de tanteo, en forma excluyente, los copropietarios, acreedores hipotecarios y el ejecutante.

---

<sup>27</sup> **Ibid.** Pág. 912.

Para que se ordene el remate de los bienes del deudor, es necesario:

1. Que se haya hecho la tasación de los bienes o fijado la base para el remate;
2. Su anunciación por los Estrados del Tribunal;
3. La publicación de edictos (3 veces en el Diario oficial y otras 3 en uno de los diarios de los de mayor circulación), cumpliendo con los requisitos enumerados en el Artículo 314 del Código Procesal Civil y Mercantil.

Si el día señalado para el remate no hubiere postores por el setenta por ciento, se señalará nueva audiencia para la subasta, por la base del sesenta por ciento y así continuará, bajando cada vez un diez por ciento.

Si llegare el caso de que ni por el diez por ciento haya habido comprador, se hará un último señalamiento y será admisible entonces la mejor postura que se haga, cualquiera que sea.

En cualquier caso, el ejecutante tiene derecho de pedir que se le adjudiquen en pago los bienes objeto del remate, por la base fijada para éste, **debiendo abonar la diferencia si la hubiere.**

#### **4.4.8. Liquidación**

La liquidación es la valoración que el Juez hace a fin de determinar el monto de la deuda, más sus intereses y las costas derivadas del juicio causadas al ejecutante, así como los gastos de administración e intervención.

La ley establece que una vez practicado el remate, se hará liquidación de la deuda con sus intereses y regulación de las costas causadas al ejecutante, y el juez librará orden a cargo del subastador, conforme a los términos del remate, hay que señalar que según el ordenamiento vigente, los gastos judiciales y de depósito, administración e intervención y los demás que origine el procedimiento ejecutivo, serán a cargo del deudor y se pagarán de preferencia con el precio del remate, siempre que hayan sido necesarios o se hubieren hecho con autorización judicial.

Una vez realizado la liquidación, **si hubiere sobrante** después de pagar por su orden los gravámenes vigentes, se entregará al ejecutado, previo mandato judicial.

#### **4.4.9. Escrituración**

Consiste en el acto por el cual se hace constar en escritura pública y con arreglo a la forma legal y reglamentaria, un otorgamiento o un hecho, para seguridad o afianzamiento del acto o contrato a que se refiera, con el fin de trasladar o traspasar el dominio, la cual estará a cargo del deudor. Si se presentare postor, se facciona escritura de compraventa, si no se presentare y el ejecutante solicita que se le adjudique en pago el bien hipotecado, se facciona escritura de adjudicación en pago.

La ley regula que el juez señalará al ejecutado el término de tres días para que otorgue la escritura traslativa de dominio y en caso de rebeldía, el juez la otorgará de oficio, nombrando para el efecto al notario que el interesado designe, a costa del deudor.

#### **4.5. Medios de impugnación en la ejecución en vía de apremio**

Por último en cuanto a los medios de impugnación que proceden en la ejecución en la vía de apremio, tiene especial importancia el recurso de apelación el que únicamente procede en contra del auto que no admita la vía de apremio y contra el que aprueba la liquidación tal y como lo señala el Artículo 325 del Código Procesal Civil y Mercantil el que habría que agregar el caso de enmienda del procedimiento regulado en el Artículo 67 de la Ley de Organismo Judicial.

#### **4.6. Entrega de bienes**

Estando debidamente firme la resolución que apruebe la liquidación y otorgada la escritura, el juez mandará dar posesión de los bienes al rematante o adjudicatario. Para el efecto, fijará al ejecutado un término que no exceda de diez días, bajo apercibimiento de ordenar el lanzamiento o el secuestro, en su caso, a su costa.

## CAPÍTULO V

### 5. El sobrante y su restitución en un proceso de ejecución en vía de apremio

En Guatemala, debido al alto coste de vida, al desempleo y pocas oportunidades de desarrollo, muchas personas acuden a las instituciones financieras, cooperativas de ahorro y crédito o a personas individuales a solicitar un préstamo fiduciario, sin embargo la mayoría de instituciones que otorgan los créditos, señalan que si la garantía es personal, los mismos son bajos, lo cual no llega a cubrir las necesidades del solicitante, por lo que generalmente se inclinan a solicitar un préstamo con garantía hipotecaria.

Lo anterior ha venido a subsanar la débil economía de los guatemaltecos, sin embargo, es alarmante que personas inescrupulosas se aprovechen y comercializan con la necesidad de las personas y dejarlos en una condición precaria.

En el caso referente a los créditos con garantía hipotecaria, se puede establecer que la misma se realiza mediante el contrato típico denominado mutuo con garantías hipotecarias, siendo ésta una garantía real, con todas las condiciones favorables para el acreedor, especialmente si se promueve su ejecución forzosa.

En la realidad, cabe mencionar que estando las instituciones financieras respaldadas por la ley, no pueden otorgar un préstamo mayor al 80% sobre el valor del inmueble, el cual es beneficioso para el acreedor, pero dañino al deudor, toda vez que previo a autorizarles un préstamo, las entidades bancarias o grupos financieros, realizan un avalúo comercial,

actualizado y pormenorizado del inmueble ofrecido en garantía, incluyendo la construcción que pueda tener, lo cual pone en una situación ventajosa al acreedor, pues desde el inicio tiene garantizado su inversión, dañando así a las familias que obtienen tales créditos para mejorar su economía; más aun si por incumplimiento de pago inician el proceso ejecutivo en la vía de apremio y no se restituya el sobrante o excedente que queda, después de haber pagado lo reclamado, intereses y costas procesales causadas.

### **5.1. Definición de sobrante**

Siendo el tema principal, la efectiva operatividad del sobrante del remate en las ejecuciones en vía de apremio con garantía hipotecaria, a favor del ejecutado, es importante conocer definir brevemente que es el sobrante y determinar su diferencia con el saldo insoluto.

La palabra sobrante proviene del verbo sobrar que significa algo que sobra, o algo excesivo, demasiado o sobrado, lo que nos lleva a definir que exceso es “hecho de sobrepasar ciertos límites, cantidad o valor que se considera más de lo normal o razonable o cantidad que una cosa excede de otra”<sup>28</sup>

En otras palabras sobrante es sinónimo de exceso y esto es aquello en que una cosa excede en relación a otra. En conclusión sobrante es lo que excede de lo previsto

---

<sup>28</sup> Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L. (versión electrónica), (26 de julio de 2010).

### 5.1.1. Diferencia entre sobrante y saldo insoluto

Para empezar diremos que saldo insoluto se encuentra en el derecho privado, en virtud de que se requiere de una obligación contractual debidamente constituida para su existencia, sin embargo dado a que nuestra legislación no nos otorga una definición de saldo Insoluto, recurriré al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española para definirla, sin que esto constituya un concepto legal. Para empezar diremos que saldo insoluto se conforma de dos términos, por un lado saldo y por el otro insoluto; entonces diremos que a) Saldo “es cantidad que de una cuenta resulta a favor o en contra”<sup>29</sup> y b) Insoluto: “no pagado”<sup>30</sup>.

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

En el diccionario de economía, saldo insoluto es “La parte de una deuda que no ha sido cubierta. El saldo insoluto contiene el saldo vencido, sin embargo, saldo insoluto no implica vencimiento, sino solamente un saldo que permanece deudor”<sup>31</sup>

En conclusión se puede señalar que el sobrante, es el excedente del precio en que fue rematado o subastado un inmueble hipotecado, después de haber pagado al acreedor principal el monto reclamado más los intereses y costas procesales causadas, en un proceso de ejecución en vía de apremio, en cambio el saldo insoluto es la parte de una

---

<sup>29</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Versión electrónica. Pág. 1212.

<sup>30</sup> **Ibid.** Pág. 777.

<sup>31</sup> Diccionario de economía. [http://www.eco-finanzas.com/diccionario/S/SALDO\\_INSOLUTO.htm](http://www.eco-finanzas.com/diccionario/S/SALDO_INSOLUTO.htm)

deuda que no ha sido cubierta y que se encuentra vencida. Hay que recordar que en una ejecución en la vía de apremio en la que el título es un crédito hipotecario, no existe el saldo insoluto, pero si puede existir el sobrante, el cual debe ser restituido al deudor, después de haber cubierto a los demás acreedores que hayan inscrito su derecho con posterioridad.

## **5.2. La distribución del sobrante en el derecho comparado**

En lo referente al pago del crédito hipotecario y la aplicación al sobrante debe indicarse que el precio del remate se destinará de forma inmediata a pagar de forma inmediata al actor principal del crédito, así como a los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor, por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiera se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Una vez que han sido satisfechos los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado.

Respecto a la legislación española, señala Jesús Gómez Sánchez, en su libro, enjuiciamiento civil que “Una vez que los acreedores posteriores han sido satisfechos, el sobrante que exista no es lógico entregárselo al deudor, sino que se entregará al ejecutante para que obtenga el total de lo debido, porque en caso contrario se

vulneraría el legítimo derecho del acreedor hipotecario a recibir el total de lo reclamado, si existiere un sobrante y fuere puesto a disposición del deudor”<sup>32</sup>.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de España regula que: “Quien se considere con derecho al remanente que pudiera quedar tras el pago a los acreedores posteriores puede promover un incidente para solicitar que en el plazo de 30 días posteriores al pago acrediten la subsistencia y exigibilidad de sus créditos y presenten liquidación de los mismos, de las liquidaciones presentadas se notificará a quien promueva el incidente, para que alegue lo a que su derecho convenga y aporte la prueba documental que tenga en su poder. El Tribunal resolverá mediante auto fundado irrecurrible sobre el destino de las sumas recaudadas, dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder a los acreedores posteriores para hacer valer sus derechos. Todo lo señalado a la distribución del sobrante se entiende sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se hubiera ordenado su retención en alguna otra ejecución singular o en cualquier procedimiento concursal.”<sup>33</sup>

De igual manera se pronuncia Isabel Zurita Martín quien señala que “En definitiva, tras el pago al ejecutante de lo que le corresponde en concepto de principal, intereses, gastos y costas, si hay remanente, se procede al depósito del mismo a disposición de los titulares de derechos posteriores, entre los cuales se debe distribuir en función de la preferencia de sus respectivos derechos, el remanente se entrega al propietario del bien hipotecado. Todo lo anterior se entiende sin perjuicio del destino que deba darse al

---

<sup>32</sup> Gómez Sánchez, Jesús. **La ejecución civil. Aspectos teóricos y prácticos del libro tercero de la ley de enjuiciamiento civil.** Pág. 154.

<sup>33</sup> **Ibid.** Pág. 155.

remanente cuando se hubiera ordenado su retención en alguna otra ejecución singular”.<sup>34</sup>

La Ley de Enjuiciamiento Civil española en su Artículo 692 regula literalmente lo siguiente: “**Artículo 692: Pago del crédito hipotecario y distribución del sobrante.** 1. El precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria, el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos en sus caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado... 2. Quien se considera con derecho al remanente, que pudiera quedar tras el pago a los acreedores posteriores, podrá promover el incidente previsto en el apartado 2 del Artículo 672... 3...”<sup>35</sup>

Por aparte el Artículo 672 de la misma ley española regula: “**Artículo 672: Destino de las sumas obtenidas en la subasta de inmuebles.** 1. Se dará al precio del remate el destino previsto en el apartado 1 del artículo 654, pero el remanente, si lo hubiere se retendrá para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al ejecutante, si satisfechos estos acreedores, aun existiere sobrante, se entregará al ejecutado o al tercer poseedor... 2. Cualquier interesado podrá solicitar al tribunal que se requiera a los titulares de créditos posteriores para que, en el plazo de

---

<sup>34</sup> Zurita Martín, Isabel. **Usufructo de finca hipotecada.** Pág. 225.

<sup>35</sup> Gimeno Sendra, Vicente y Manuel Díaz Martínez. **Código de Leyes Procesales.** Págs. 565 y 566.

treinta días, acrediten la subsistencia y exigibilidad de sus créditos y presenten liquidación de los mismos... Transcurrido el plazo señalado, sin que ningún acreedor haya presentado la liquidación de su crédito, se dará al remanente el destino previsto en el apartado anterior”<sup>36</sup>.

### **5.3. Existencia del sobrante en la práctica tribunalicia**

Para tener una idea clara respecto al procedimiento del remate y de la distribución del sobrante en la practica tribunalicia, se entrevistó a la Licenciada Patricia Ordoñez, Abogada y Notaria experta en el tema de ejecuciones hipotecarias, quien indicó que de acuerdo a su experiencia, en la audiencia del remate de un bien hipotecado en el proceso de ejecución el vía de apremio, casi nunca se presentan postores, señalando también, que son aislados los casos en que estos concurren, por lo que la generalidad de ejecutantes solicitan en esa misma audiencia que se les adjudique en pago, el bien hipotecado.

Ahora bien, el precio del bien hipotecado adjudicado en pago, en la práctica generalmente es el del monto reclamado, más los intereses devengados y costas procesales causadas, lo cual se presenta en el proyecto de liquidación y aprobado con posterioridad a la adjudicación.

A todo lo anterior, cabe preguntarse en qué momento se avalúa el inmueble hipotecado para determinar su valor real y de esa manera establecer si existe sobrante entre lo

---

<sup>36</sup> **Ibid.** Pág. 557.

aprobado en el proyecto de liquidación y el valor del inmueble.

De conformidad con la Licenciada Ordoñez, no existe ningún momento o etapa procesal para realizar dicho avalúo, es decir, no existe procedimiento para determinar el sobrante dentro del proceso, aunado a ello, el ejecutado nunca le da seguimiento, toda vez que desde el momento de enterarse que se ha rematado el bien hipotecado, opta por abandonar el mismo.

Además hay que mencionar que aparte del valor del inmueble adjudicado, el ejecutante agrega entre lo reclamado, los honorarios del notario, el impuesto al valor agregado que deba pagar en la escritura y el valor de la inscripción de la finca en el Registro General de la Propiedad, lo cual incrementa considerablemente las costas procesales.

Lo anterior a criterio del ponente, repercute negativamente en la parte deudora y su familia, si bien es cierto, la insolvencia del mismo y su incumplimiento en las cuotas pactadas en el monto, forma y plazo establecidos en el contrato respectivo, provoca la ejecución forzosa, hay que señalar que la no adecuada distribución del sobrante del remate en las ejecuciones en vía de apremio con garantía hipotecaria provoca graves daños económicos a las familias de los deudores, pues en muchas ocasiones, pierden el inmueble hipotecado, por deudas con montos muy inferior al valor real de dicho inmueble.

El problema surge debido a que en Guatemala la mayoría de propietarios de bienes inmuebles al momento de inscribir su propiedad en el Registro General de la Propiedad,

le asignan un precio bajo, el cual es conocido como su valor registral, esta práctica se da especialmente en los municipios alejados de la ciudad capital.

A pesar del precio asignado, cuando una persona solicita un crédito hipotecario, en cualquier institución bancaria o financiera, ésta realiza un avalúo comercial para determinar el valor real del inmueble, esto debido a que la Ley de Bancos y Grupos Financieros en su Artículo 51 establece que 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.

El mismo Artículo señala también que los créditos sujetos a garantía real no podrán exceder del 70% del valor de las garantías prendarias, ni del 80% del valor de las garantías hipotecarias,

En ese orden de ideas y de acuerdo a la opinión de algunos deudores, las instituciones financieras generalmente otorgan créditos hipotecarios entre el 60% y 70% sobre el valor del inmueble, lo que hace suponer que si no se cumple con el pago convenido y se llegue a la ejecución forzosa, debería de existir un sobrante entre lo reclamado y el valor del inmueble.

#### **5.4. A quien le corresponde el sobrante**

De conformidad con el Artículo 318 último párrafo del Código Procesal Civil y Mercantil, el ejecutante tiene derecho de pedir que se le adjudiquen en pago los bienes objeto del

remate, por la base fijada para éste, debiendo abonar la diferencia si la hubiere.

La diferencia mencionada es el sobrante, la que debe ser abonada, pero a quién y en dónde, para obtener esta respuesta, traemos a colación lo regulado por el Artículo 321 del mismo cuerpo legal que establece: “Si hubiere sobrante después de pagar por su orden los gravámenes vigentes, se entregará al ejecutado previo mandato judicial.

Lo anterior nos da la respuesta respecto a quién le corresponde y hay que entregar el sobrante, dicha norma claramente regula que éste deberá entregársele al ejecutado, por supuesto mediante resolución emitida por el juez que conoce del proceso.

### **5.5. Análisis del Artículo 312 del Código Procesal Civil y Mercantil y propuesta de solución**

Tenemos bien claro que es el sobrante, como se da y a quien se le entrega, pero que regula las leyes al respecto, para ello se hará un breve análisis de algunos artículos relacionados con el tema, para ese efecto transcribiremos el Artículo 312 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual regula: “Practicado el embargo, se procederá la tasación de los bienes embargados. Esta diligencia se efectuará por expertos de nombramiento del juez, quien designará uno solo, si fuere posible, o varios si hubiere que valuar bienes de distinta clase o en diferentes lugares.

La tasación se omitirá siempre que las partes hubieren convenido en el precio que deba servir de base para el remate. Cuando se tratase de bienes inmuebles, podrá servir de

base a elección del actor, el monto de la deuda o el valor fijado en la matrícula fiscal para el pago del impuesto territorial”.

Como podemos observar, en caso de realizarse embargo, esta norma regula una tasación de dichos bienes, con el objeto de contar con una base para el remate, la cual debe ser practicado por un experto valuador, sin embargo en el segundo párrafo se regula que ésta tasación se omitirá si las partes hubieren convenido en el precio, de igual manera se entiende que si se tratare de bienes inmuebles, no habrá tasación, sino que el actor puede elegir entre el monto de la deuda o el valor fijado en la matrícula fiscal para el pago del impuesto territorial.

Aquí es en donde inicia el problema, toda vez que como se mencionó, en la práctica diaria, el valor que tiene la matrícula fiscal en la mayoría de inmuebles, es generalmente inferior a su valor comercial y real, por lo que el actor normalmente elige el monto de la deuda, haciendo valer el derecho que le otorga la norma objeto de análisis, lo cual trae como consecuencia la dificultad de determinar la existencia del sobrante, pues en ningún momento se ordena una tasación del inmueble, el que debe estar ajustado a la realidad actual, tomando en cuenta la plusvalía de los mismos.

Lo anterior me lleva a proponer una reforma al Artículo analizado, toda vez que considero que al igual que los bienes embargados, el inmueble dado en garantía hipotecaria, al momento de ser rematado en un proceso de ejecución en vía de apremio, debe ser valorado por un experto valuador autorizado por la Dirección de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles del Ministerio de Finanzas Públicas, con nombramiento emitido por el Juez que conoce el proceso en cuestión.

El objetivo de este avalúo es que las posturas que se realicen en el remate sea conforme al precio real y comercial del inmueble rematado y con ello determinar si existe sobrante después de haber realizado el pago del monto reclamado más los intereses y costas procesales causadas, pero especialmente si el mismo es adjudicado en pago al ejecutante, toda vez que actualmente, cuando se adjudica en pago, no se devuelve ningún sobrante, ni siquiera se determina si existe sobrante o no.

No obstante la existencia del sobrante y su regulación en el Código Procesal Civil y Mercantil respecto a su destino, en la actualidad no existe un procedimiento para determinar el monto de dicho sobrante, por lo que de conformidad con lo analizado anteriormente y lo señalado por la Licenciada Ordoñez, nos lleva a la conclusión que el Artículo 321 que establece que si hubiere sobrante después de pagar por su orden los gravámenes vigentes, se entregará al ejecutado previo mandato judicial, es una norma vigente pero no positiva y que su no aplicación perjudica los intereses de aquellos que por desconocimiento o falta de recursos no exigen la devolución del sobrante o remanente que resulte después de haberse pagado al acreedor principal y a todos aquellos acreedores con derechos posteriores.

Lo que se busca con esta reforma es convertir el Artículo 321 del Código Procesal Civil y Mercantil en una norma positiva, que pueda ser aplicado concretamente en los procesos de ejecución en vía de apremio, pero además, considero conveniente que al igual que en la legislación española, se pueda regular un procedimiento para reclamar el sobrante, lo cual a mi criterio debe ser tramitado por la vía de los incidentes.

**5.6. Proyecto ley de reforma al Artículo 312 del Código Procesal Civil y Mercantil,  
Decreto 107 del Jefe de gobierno**

**EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA**

**CONSIDERANDO:**

Que la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que es obligación del Estado, garantizarle a los habitantes de la república la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona y que su fin supremo es la realización del bien común.

**CONSIDERANDO:**

Que las leyes actuales dentro del marco legal de la República de Guatemala establecen los procedimientos para el cumplimiento de una obligación garantizada con un derecho real hipotecario, pero que éstos carecen de metodología real para la valoración del inmueble dado en garantía, lo que hace necesario incorporar procedimientos legales que permitan hacer este derecho vigente y positivo.

**CONSIDERANDO:**

Que la Constitución Política de la República de Guatemala y demás legislación vigente, regula la igualdad de las partes dentro de un proceso y la inviolabilidad del derecho de

defensa, se hace necesario implementar reformas a la ley procesal civil, con el objeto que los acreedores y deudores tengan iguales derechos e iguales obligaciones.

**POR LO TANTO:**

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Artículo 171, inciso a) de la Constitución Política de la República de Guatemala, promulga.

La siguiente:

**REFORMA AL CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, DECRETO LEY 107 DEL JEFE DE GOBIERNO**

**ARTÍCULO 1:** Se reforma el Artículo 312 del Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, el cual queda así:

**“Artículo 312:** Practicado el embargo, se procederá la tasación de los bienes embargados. Esta diligencia se efectuará por expertos de nombramiento del juez, quien designará uno solo, si fuere posible, o varios si hubiere que valuar bienes de distinta clase, o en diferentes lugares.

La tasación se omitirá siempre que las partes hubieren convenido en el precio que deba servir de base para el remate. Cuando se tratare de bienes inmuebles, deberá servir de

base al actor, el valor comercial del inmueble dado en garantía. Para determinar este valor, el juez deberá nombrar a un experto valuador autorizado por la Dirección de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles del Ministerio de Finanzas Públicas, para que en el plazo perentorio e improrrogable de quince días, presente el avalúo respectivo al Órgano Jurisdiccional comitente.

**ARTÍCULO 3. Vigencia.** La presente ley entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el diario oficial.

**PASE AL ORGANISMO EJECTUTIVO PARA SU SANCIÓN, PROMULGACIÓN Y PUBLICACIÓN.**

**DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, A LOS VEINTITRES DIAS DEL MES DE MARZO DEL AÑO DOS MIL ONCE**

**ROBERTO ALEJOS GAMBARA**  
**PRESIDENTE**

**SECRETARIO**

**SECRETARIO**

**PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ALVARO COLÓM CABALLEROS, PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA  
REPÚBLICA DE GUATEMALA**

**MINISTRO DE GOBERNACIÓN**

**SECRETARIO GENERAL  
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**

## CONCLUSIONES

1. Cuando nace una obligación contractual, las partes esperan su cumplimiento en la forma y modo establecido; en ese sentido se crearon las garantías reales y personales, que van encaminadas a asegurar o garantizar una obligación de cualquier naturaleza y tienen la condición jurídica de ser derechos accesorios, que se constituyen en relación de dependencia de una obligación principal.
2. El incumplimiento de las obligaciones es la comisión en que incurre el deudor en la ejecución de las obligaciones que contractualmente adquirió, lo que le da la facultad al titular del derecho afectado a acudir a los órganos jurisdiccionales, a fin de obligar a la otra parte a cumplir lo convenido en los términos de la contratación, promoviendo para el efecto la ejecución forzosa.
3. Durante el remate de un bien hipotecado, el precio del mismo, generalmente es el monto reclamado, más los intereses devengados y costas procesales causadas, sin que exista procedimiento ni momento procesal para valorar el inmueble hipotecado con el objeto de determinar su valor real y establecer la existencia de sobrante entre lo aprobado en el proyecto de liquidación y el valor real del inmueble.
4. La legislación procesal civil vigente, regula que el monto del sobrante se entregará al ejecutado, previo mandato judicial; sin embargo, dicha norma es de carácter vigente pero no positiva y su no aplicación perjudica los intereses de aquéllos que por desconocimiento o falta de recursos no exigen la devolución del sobrante que

resulte después de haberse pagado al acreedor principal y a todos aquellos acreedores con derechos posteriores

## RECOMENDACIONES

1. Los notarios guatemaltecos, cuando autoricen un negocio jurídico contractual en la que la obligación quede garantizada con hipoteca, deben advertir a la parte deudora las consecuencias jurídicas que resultan del incumplimiento de la obligación adquirida; así como los derechos que les asisten.
2. Los órganos jurisdiccionales que conocen los procesos de ejecución en la vía de apremio, en la que se ejecuta una obligación garantizada con hipoteca, deben velar por el estricto cumplimiento del derecho de igualdad de las partes dentro del proceso y el irrestricto respeto al derecho de defensa.
3. La Corte Suprema de Justicia, en uso de su iniciativa de ley, debe proponer una reforma al Código Procesal Civil y Mercantil, en el sentido de garantizar a la parte ejecutada de recuperar el sobrante, después de haberse pagado el monto reclamado, intereses y costas procesales.
4. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 312 del Código Procesal Civil y Mercantil, introduciéndole normas que faculten a los jueces que conocen los procesos de ejecución en la vía de apremio, a nombrar un experto valuador, autorizado por la Dirección de Catastro y Avalúo de Bienes Inmuebles, del Ministerio de Finanzas Públicas, para valorar el inmueble hipotecado.



## BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE GODOY, Mario, **Derecho procesal civil**, Guatemala, Ed. Estudiantil Fénix, 1996

ALBUREZ ESCOBAR, César Eduardo. **El derecho y los tribunales de familia en la legislación guatemalteca**. Guatemala, Ed. Tipografía Nacional. 1964

ALVARADO SANDOVAL, Ricardo, José Antonio Gracias González. **El notario ante la contratación civil y mercantil**. Guatemala: Ed. Fénix. 2003.

BARRETO MOLINA, Roberto. **Falta de regulación legal sustantiva de la guarda y cuidado de menores en la legislación guatemalteca**. Guatemala, Ed. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. 1984.

BELTRANENA DE PADILLA, María Luisa, **Lecciones de derecho civil**. Tomo I. Guatemala, Ed. Académica Centroamérica. 1982.

BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 1ª. y 2ª. Parte, Guatemala, Ed. Estudiantil Fénix, 1985

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., (s.f.).

CHINEA GUEVARA, Josefina. **Las garantías**. <http://derecho.sociales.uclv.edu.cu/LAS%20GARANTIAS%20BANCARIAS.htm> Pág. 2

CRUZ, Fernando. **Instituciones de derecho civil patrio**. Guatemala: Ed. Tipografía El Progreso. 1882.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. 3ª. ed. Volumen 5, España: Ed. Revista de Derecho Privado. 1970.

GIMENO SENDRA, Vicente y Manuel Díaz Martínez. **Código de Leyes Procesales**. España: Ed. grupo Wolters Kluwer. 2007.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Jesús. **La ejecución civil. Aspectos teóricos y prácticos del libro tercero de la ley de enjuiciamiento civil**. España: Ed. Dykinson. 2002.

GORDILLO, Mario. **Derecho procesal civil guatemalteco**, Guatemala, Ed. Fénix. 1998.

GUASP, Jaime. **Concepto y método de derecho procesal**, Madrid, España: Ed. Heliasta. 1997.

LÓPEZ POZUELOS DE LÓPEZ, Blanca Elvira. **El derecho de las personas**. Tesis de grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: Editorial Rosales, 1970.

MONROY ORIZABA, Salvador. **Nociones de derecho civil**. 1ª. Ed.; México, Ed. Pac, S.A. DE C.V. 1995.

ORELLANA DONIS, Eddy Giovanni **Derecho procesal civil I**, Tomo I, Guatemala, Ed. Estudiantil Fénix, 2002

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1987.

PINEDA SANDOVAL, Melvin. **Fundamentos de derecho**. Guatemala: Ed. Serviprensa C.A. (s.f.).

PRADO, Gerardo. **Derecho constitucional**. 3ª. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2003.

PUIG PEÑA, Federico, **Compendio de derecho civil español**. Tomo V, 3ª. ed. Ed. Ediciones Pirámide, S.A. Madrid 1976.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española**: Madrid España, (versión electrónica). 1970

VARIOS AUTORES. **Diccionario manual de la lengua española Vox.** © 2007. Larousse Editorial, S.L. (versión electrónica). (26 de julio de 2010).

VARIOS AUTORES. **Diccionario de economía.** [www.eco-finanzas.com/diccionario/S/SALDO\\_INSOLUTO](http://www.eco-finanzas.com/diccionario/S/SALDO_INSOLUTO).

VILLEGAS ROJINA, Rafael, **Derecho civil mexicano.** Vol. I. Derecho de familia. México, Ed. Porrúa. 1978.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho mercantil guatemalteco.** Tomo I, Guatemala, Ed. Estudiantil Fénix, 1988.

ZURITA MARTÍN, Isabel. **Usufructo de finca hipotecada.** España: Ed. Dykinson. 2005.

### **Legislación:**

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

**Código Procesal Civil y Mercantil,** Decreto Ley 107, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

**Código Civil,** Decreto Ley 106, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1963.

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

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