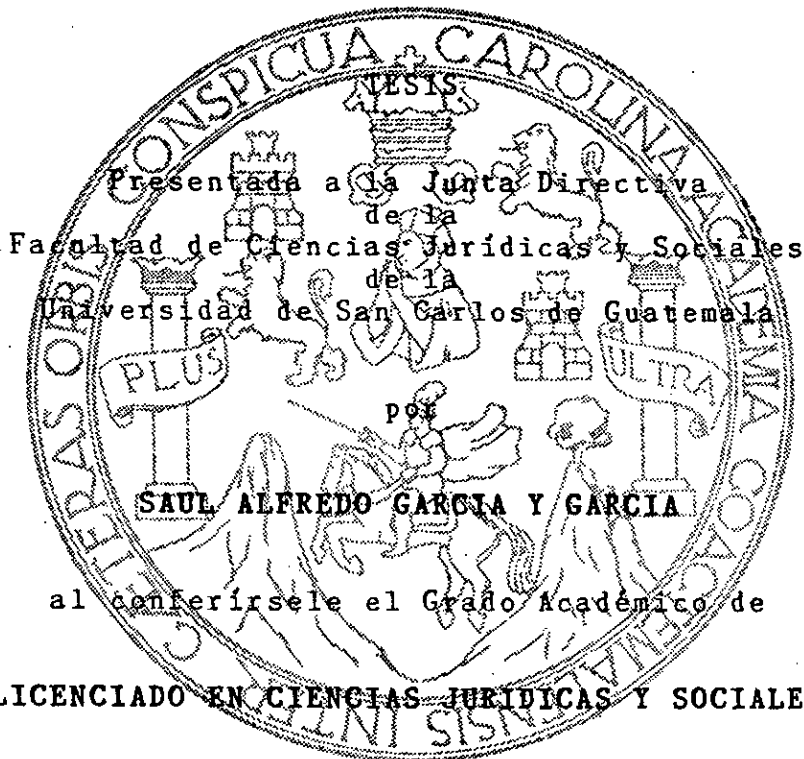


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

"LA FALTA DE POSITIVIDAD DE LA REGULACION
LEGAL SOBRE REDUCCION DE GARANTIA HIPOTECARIA"



Presentada a la Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

POE
SAUL ALFREDO GARCIA Y GARCIA

al conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

GUATEMALA, MARZO DE 1,993.

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

DL
OH
T(2848)

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

DECANO	Lic. Juan Francisco Flores Juárez
VOCAL I	Lic. Manuel Vicente Roca Menéndez
VOCAL II	Lic. José Francisco de Mata Vela
VOCAL III	Lic. Roosevelt Guevara Padilla
VOCAL IV	Br. Erick Fernando Rosales Orizabal
VOCAL V	Br. Fredy Armando López Folgar
SECRETARIO	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt

TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TECNICO PROFESIONAL

DECANO	
(en funciones)	Lic. Rafael Godinez Bolaños
EXAMINADOR	Lic. Carlos Humberto Mancio Bethancourt
EXAMINADOR	Licda. Ileana Maribel Méndez Alvarado
EXAMINADOR	Lic. Rodolfo Cardenas Villagran
SECRETARIO	Lic. César Augusto Martínez Alarcón

NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis". (Artículo 25 del Reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

Guatemala, 22 de Enero de 1935.

Señor Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales,
Licenciado: Juan Francisco Flores Juárez.

408-93

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA

RECIBIDO

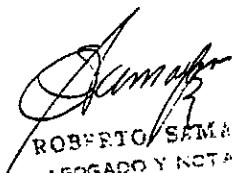
Entra: 18 de Enero de 1935

OFICIAL

Señor Decano:

Muy atentamente me dirijo a usted para rendir informe sobre el trabajo de tesis que fuera sometido a mi consideración por el señor Bachiller Saul Alfredo Garcia y Garcia, el cual versa sobre "La falta de positividad de la regulación legal sobre reducción de Garantía Hipotecaria"; tema que por su naturaleza despierta la inquietud de su estudio, discusión y análisis, el --- Bachiller Garcia y Garcia, hizo un trabajo con suma dedicación e investigación; su mérito es muy objetivo y es un tema que será siempre objeto de discusión; motivos por los cuales, al recomendar el trabajo que me ha presentado el Bachiller Saul Alfredo Garcia y Garcia, para su graduación profesional, lo hago en el sentido de darle mi completa aceptación; ya que llena ampliamente los requisitos requeridos.-

Me suscribo del señor Decano, con muestras de mi acostumbrado respeto y estimación,


ROBERTO SEMAYOA
ABOGADO Y NOTARIO
COL. No. 1717

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
JEFE DE DEPARTAMENTO

3 FEB. 1999

RECIBIDO

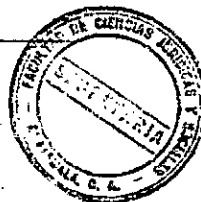
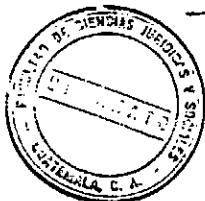
Horas 18 Minutos 30

Oficial *[Signature]*



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, febrero dos, de mil novecientos noventitres. -

Atentamente pase al Licenciado MARIO ESTUARDO GORDILLO GA
LINDO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del
Bachiller SAUL ALFREDO GARCIA Y GARCIA y en su oportunidad
emita el dictamen correspondiente. -----

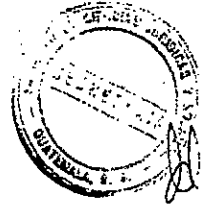


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA

20/12/93
JL



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



752-93

febrero 22 de 1993

Licenciado
Juan Francisco Flores Juárez, Decano
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
SECRETARIA

22 FEB. 1993
RECIBIDO
Horas 18 Minutos 35
OFICIAL

Señor Decano:

En relación a su providencia de fecha dos de febrero del año en curso, me permito hacer de su conocimiento, que procedí a revisar el trabajo de tesis del Bachiller SAUL ALFREDO GARCIA Y GARCIA, titulado "LA FALTA DE POSITIVIDAD DE LA REGULACION LEGAL SOBRE REDUCCION DE GARANTIA HIPOTECARIA", trabajo que reúne los requisitos de forma, que regula el reglamento respectivo. Cabe agregar que el Bachiller García y García realiza un valioso aporte, que deviene del análisis de la doctrina y la ley pero en especial de la experiencia adquirida en los tribunales civiles en los que laboró, por todo lo anterior, OPINO:

Que el trabajo puede ser presentado en el Examen Público de tesis.

Respetuosamente,

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"


Lic. Mario Estuardo Gordillo Galindo
REVISOR

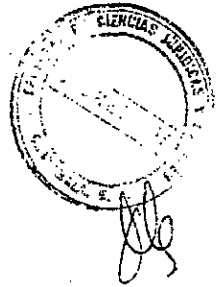
c.c.archivo

MEGG/aedea

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



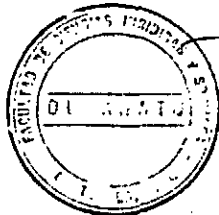
FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES
Ciudad Universitaria, Zona 12
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, febrero veintidos, de mil novecientos noventi-
tres. -----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la
impresión del trabajo de tesis del Bachiller SAUL ALFREDO
GARCIA Y GARCIA intitulado "LA FALTA DE POSITIVIDAD DE LA
REGULACION LEGAL SOBRE REDUCCION DE GARANTIA HIPOTECARIA".-
Artículo 22 del Reglamento para Exámenes Técnico Profesio-
nales y Público de Tesis. -----

[Handwritten signature]



DEDICATORIA

ACTO QUE DEDICO:

A DIOS TRINO Y UNO, en quien creo.

A LA MEMORIA DE MI PADRE:

RODERICO ANTONIO GARCIA MONTERROSO
En reconocimiento a sus múltiples sacrificios. Descanse en Paz.

A MI MADRE:

MARIA ISABEL GARCIA VDA. DE GARCIA
Por su abnegación y sacrificios continuos.

A MI ESPOSA:

MARIA OFELIA ROMERO DE GARCIA
Por el amor y apoyo constante.

A MIS HIJOS:

Vladimir, Vanessa y Flor de María.
Que son alegría y motivo de mi existir.

A MIS HERMANOS:

RENE, ANIBAL, DELMY, LUIS, ALBA, LESBIA
y ROGELIO.
Por la ayuda espiritual que me prodigaron.

A MI FAMILIA EN GENERAL Y AMIGOS.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS.

INDICE

INTRODUCCION

I. CAPITULO PRIMERO

I.1	EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO	1
I.1.1.	DEFINICION	1
I.1.2.	SU OBJETO DE ESTUDIO, DIVERSAS INSTITUCIONES	2
I.1.3.	SU RELACION CON OTRAS CIENCIAS DEL DERECHO	3

II. CAPITULO SEGUNDO

II.1	DERECHOS REALES	4
II.1.1.	GENERALIDADES	4
II.1.2.	CONCEPTO	5
II.1.3.	TEORIAS SOBRE LOS DERECHOS REALES	5
II.1.4.	CLASIFICACION DE LOS DERECHOS REALES	7
II.1.5.	DIFERENCIA ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS PERSONALES.	9

III. CAPITULO TERCERO

III.1.	LA HIPOTECA EN EL DERECHO GUATEMALTECO	11
III.1.1.	SU DEFINICION	11
III.1.2.	SUS CARACTERISTICAS	14
III.1.3.	ELEMENTOS PERSONALES	18
III.1.4.	PRINCIPIOS QUE LA INFORMAN	18
III.1.5.	CAUSAS DE SU NACIMIENTO	19
III.1.6.	FORMAS DE EXTINCION DE LA HIPOTECA	22

IV. CAPITULO CUARTO

IV.1.	ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO GUATEMALTECO.	25
IV.1.1.	SU ORIGEN E IMPLANTACION EN EL PERIODO COLONIAL	25
IV.1.2.	SUS CARACTERISTICAS EN EL PERIODO INDEPENDIENTE	31

V. CAPITULO QUINTO

V.1.	ANALISIS CRITICO DE LA REDUCCION DE LA GARANTIA HIPOTECARIA EN LA LEGISLACION GUATEMALTECA Y SU FALTA DE POSITIVIDAD.	36
------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

V.1.1.	NOCION ACTUAL DE LA GARANTIA HIPOTECARIA	36
V.1.2.	ELEMENTOS PERSONALES QUE INTERVIENEN EN SU CONTITUCION.	38
V.1.3.	ELEMENTOS FORMALES DE LA GARANTIA HIPOTECARIA	40
V.1.4.	ELEMENTOS REALES DE LA GARANTIA HIPOTECARIA	42
V.1.5.	SOBRE EL PAGO PARCIAL Y EL PAGO TOTAL	44
V.1.6.	MEDIDAS QUE LIMITAN GESTIONAR LA REDUCCION DE LA GARANTIA HIPOTECARIA.	49
V.1.6.1	MEDIDAS LEGALES	49
V.1.6.2.	MEDIDAS REALES	53
V.1.7.	RESULTADOS DEL ESTUDIO DE EXPEDIENTES EN JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA DE LA CIUDAD CAPITAL.	54
	CONCLUSIONES	56
	RECOMENDACIONES	58
	BIBLIOGRAFIA.	60

INTRODUCCION

Me propuse elaborar como trabajo de tesis, el tema denominado "FALTA DE POSITIVIDAD DE LA REGULACION LEGAL SOBRE REDUCCION DE GARANTIA HIPOTECARIA", motivado porque en los diez años que desempeñé los cargos de Comisario, Notificador, Oficial y Secretario en diferentes juzgados de primera instancia del Ramo Civil de la ciudad de Guatemala, nunca tuve el privilegio de tramitar un proceso de la vía oral de reducción de garantía hipotecaria, ni tuve conocimiento que se haya tramitado algún proceso en dichos tribunales donde laboré. La reducción de garantía hipotecaria, es una institución del Derecho Civil, en donde tiene la naturaleza de ser un derecho irrenunciable para el deudor hipotecario y que dicho deudor puede solicitar que una o varias fincas queden excluidas de la deuda, en vista que el crédito ha sido cancelado en más del cincuenta por ciento y que la finca o fincas que seguirán gravadas guarden una justa relación con el saldo pendiente. Si el deudor y el acreedor no se ponen de acuerdo, sobre que fincas van a quedar excluidas de la garantía, se decidirá judicialmente por medio del juicio oral.

El presente trabajo ha sido desarrollado en forma breve y sintético, cuya redacción es sencilla; mi intención era abarcar en la posible todos los aspectos que comprendiera parte del Derecho Civil Guatemalteco, la institución de la Hipoteca y sus antecedentes históricos en el Derecho Guatemalteco, así como un análisis crítico de la reducción de la garantía hipotecaria y su falta de positividad; y un estudio sobre los expedientes planteados en los diferentes juzgados de primera instancia del Ramo Civil de esta ciudad capital, sobre los juicios orales de reducción de garantía hipotecaria, así como las conclusiones a que necesariamente se arriba después del trabajo realizado.

Considero que es modesta la aportación de mis ideas, que

quedan expuestas en el desarrollo del trabajo que me propuse elaborar y espero que se cumpla con el objetivo que al escribirlo se han propuesto y que al mismo tiempo sea de alguna utilidad; de todas formas, ha sido hecho con entusiasmo y dedicación con la esperanza de obtener un resultado positivo.

I. CAPITULO PRIMERO

I.1 EL DERECHO CIVIL GUATEMALTECO

I.1.1. DEFINICION

En primer lugar, tenemos que la palabra "civil" que distingue la rama del Derecho que nos ocupa, etimológicamente, tiene muy poca relación con la naturaleza de la misma, circunstancia que nos obliga a hacer un breve repaso histórico de la significación que se le dió especialmente en Roma. Es así como tenemos que, en sus orígenes se utilizó con cuatro significados: como Derecho Nacional, como Derecho Privado en su sentido estricto, como conjunto de las leyes opuestas al derecho pretoriano y, como el Derecho que no podía recibir una denominación especial (1).

En la Edad Media estuvo el Derecho Civil como sinónimo de Derecho Romano, afinales de la Edad Media, comprendió tanto el Derecho Privado como el Derecho Público, quedando circunscrito con posterioridad, exclusivamente al campo del Derecho Primado, constituyendo el conjunto de leyes que determinan los derechos y obligaciones privadas de las personas entre sí. Finalmente tenemos que para Sanchez Román, es "El conjunto de preceptos que determinan y regulan las relaciones de asistencia, autoridad y obediencia entre los miembros de una familia y las que existen entre los individuos de una sociedad para la protección de sus intereses particulares". (2) De donde Puig Peña deduce que: "a) El Derecho Civil es sustancialmente Derecho Privado; b) El Derecho Civil es un Derecho Privado de carácter general; c) Que es un Derecho Privado Ordinario en relación con los demás ramas del Derecho Privado". En conclusión el Derecho Civil se define como: El conjunto de normas que regula

-
- 1) Federico Puig Peña, Compendio de Derecho Civil Español, T.I. Pag. 10.
 - 2) Eduardo García Maynes, Introducción al Derecho, Pag. 146.

las relaciones más generales en que el hombre se manifiesta como persona para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro de la sociedad: Sujeto de derecho, familia y patrimonio.

I.1.2. SU OBJETO DE ESTUDIO. DIVERSAS INSTITUCIONES:

El objeto de estudio del Derecho Civil, lo podemos analizar en dos ramas, primero: Derecho de las personas y régimen jurídico de la familia y, segundo: Derecho Civil patrimonial. En cuanto a las personas se estudia lo que respecta a los atributos de las personas físicas y morales. En el Derecho Civil familiar o derecho de familia, tiene por objeto la regulación de todos los vínculos que se establecen por virtud del parentesco consanguíneo en línea recta o colateral, al parentesco por afinidad y al parentesco por adopción. En esa parte quedan comprendidas las relaciones derivadas de la patria potestad. En cuanto a la tutela ésta se presenta como institución auxiliar o supletoria de la patria potestad. Respecto a las relaciones conyugales, el matrimonio indiscutiblemente, la institución fundamental para la organización jurídica de la familia legítima, manteniendo sus vínculos con las consecuencias que derivan del parentesco, en los casos de filiación y legitimación. El divorcio, a su vez, se presenta como una institución relacionada con el matrimonio, y aun cuando desde el punto de vista jurídico implica la disolución de dicho vínculo, ha sido menester, que el derecho regule este aspecto ante causas graves que hacen ya imposible la vida en común de los consortes. En cuanto a la segunda rama el Derecho Civil patrimonial comprende las siguientes partes: 1) Régimen jurídico de los derechos reales, concluyendo la organización jurídica del patrimonio en general y la clasificación de los bienes; 2) Régimen de las obligaciones o derechos personales. Se comprenden aquí las distintas relaciones jurídicas entre acreedor y deudor que nacen del contrato o de las fuentes denominadas extracontractuales (declaración unilateral de voluntad, testamento, enriquecimiento sin causa, gestión de

negocios, hechos ilícitos, etc.) y 3) Sistemas de liquidación patrimonial en la herencia, el concurso y la ausencia. (3)

I.1.3. SU RELACION CON OTRAS CIENCIAS DEL DERECHO:

El derecho Civil ha sido el tronco común del cual se han desprendido diferentes ramas del Derecho. Pero esa separación no es total; aquellas ramas no poseen una completa autonomía ni pueden por sí solas resolver los problemas que se presentan; con el Derecho Mercantil hay estrecha relación ya que cuando sus normas no proveen un caso, es necesario recurrir al Derecho Civil. El artículo 10. del Código de Comercio dice: expresamente que los comerciantes en su actividad profesional, los negocios mercantiles y cosas mercantiles, se regirán por las disposiciones del Código de Comercio y en su defecto, por las del Derecho Civil que se aplicaran los principios que inspiran el Derecho Mercantil. Muchos mas estrechos todavía son los vínculos que unen al Derecho Civil con la legislación laboral y Derecho Agrario. Con dichas ciencias del derecho se deriban las relaciones jurídicas en virtud de los contratos de trabajo, hay algunos casos que deben resolverse de acuerdo con los principios civiles, por ejemplo cuando hay incumplimiento de un contrato individual de trabajo y debe pagar daños y perjuicios, debe resolverse de acuerdo a los principios del Derecho Civil. Con el Derecho procesal civil su relación es estrechísima va que esta ciencia tiene como objeto hacer efectivos los derechos reconocidos por el Derecho Civil o Derecho objetivo.

3) Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, Pags. 24,25.

II. CAPITULO SEGUNDO

II.1 DERECHOS REALES

II.1.1. GENERALIDADES:

En virtud de que este trabajo de tesis versa sobre la reducción de la garantía hipotecaria y su falta de positividad, me refiero necesariamente de manera general a los derechos reales, por encontrarse incluida entre éstos la hipoteca en la clasificación de los llamados de garantía, y que como su nombre lo indica atribuyen a su titular un poder de disposición sobre una cosa que garantiza el cumplimiento de la obligación.

Fueron los derechos reales conocidos por los romanos, IURA IN RE, aquellos que se ejercitan directa o inmediatamente sobre las cosas que se derivan de la fisonomía que presentaban en dicha época las acciones IN REM.

Se distinguen estos derechos de los denominados personales o de obligación, por la circunstancia de que cualquier persona está obligada a respetar su ejercicio, incorporado los derechos reales la ventaja de que los mismos se obtienen en forma directa por su titular, por existir frente al derecho un deber jurídico universal de abstención, pues su amplio contenido va dirigido contra cualquier persona.

Siempre aparece el derecho real contrapuesto al derecho personal, de manera que los autores al referirse a ellos distinguen como nota esencial que en el derecho real se da una relación entre personas con referencia enfática a una cosa determinada, y en el derecho personal, la vinculación se dá unicamente entre personas haciendo abstracción del crédito u obligación, o sea que en éste derecho suponen la existencia de los sujetos activo y pasivo individualmente determinados.

II.1.2. CONCEPTO:

El tratadista Eduardo García Maynes, ofrece un concepto de derecho real que considero claro y sencillo, haciendo destacar en él su amplio contenido: "Derecho real es una facultad ---correlativa de un deber general de respeto--- que una persona tiene la obtener directamente de una cosa todas o partes de las ventajas que ésta es susceptible de producir". (4)

Partiendo de la cita anterior el derecho real, es el ejercitado por una persona en forma inmediata sobre una cosa, ya se trate de ciertos aspectos o de su totalidad, llevando implícito un deber imperativo universal que consiste, en que el mismo se dirige contra todas las personas y que se establece por medio de una compleja relación jurídica por el hecho de que pueden existir un gran número de sujetos pasivos, por la universalidad de abstención que el derecho real implica.

II. TEORIAS SOBRE LOS DERECHOS REALES:

Sobre los derechos reales se han expuesto diversas teorías y que la doctrina recoge con el objeto de explicar su contenido y objeto y también para distinguirlos de los demás derechos; me refiero brevemente a tres principales que destacan esencialmente diferencias entre derecho real y derecho personal o de obligación.

TEORIA CLASICA:

Es la que predomina y llamada también tradicional y nos explica que el derecho real consiste en un señorío inmediato que una persona tiene sobre la cosa. Esta teoría caracteriza dos elementos principales en el derecho real: la INMEDIATIVIDAD

(4) Eduardo García Maynes, Introducción al Estudio del Derecho (Pag. 214)

o sea lo que muchos autores consideran como relación directa sin intermediario, entre persona y cosa, y la eficacia ERGA OMNES en virtud de la cual, la cosa puede ser perseguida donde se encuentre y contra cualquier persona que la posea.

Esta teoría diferencia el derecho real del derecho personal, atendiendo al sujeto, al objeto, a la eficacia y a la intervención de la ley, y para ese efecto afirma que mientras en el derecho personal existen los sujetos activo y pasivo determinados, por el contrario en el derecho real no existe más que uno, siendo en este caso el titular del mismo derecho.

Con relación al objeto establece esta teoría que, mientras en el derecho personal el objeto consiste en el crédito o la prestación, en el derecho real el mismo está constituido por la cosa.

Por su eficacia el derecho personal difiere del real, por el hecho de que aquel va dirigido únicamente contra la persona del obligado, mientras que al real como ya expuse, se dirige contra todas las personas que puedan perturbar al titular.

Por la intervención de la ley, esta teoría afirma que la autonomía de la voluntad tiene fuertes limitaciones en el derecho real, no ocurriendo igual cosa en el derecho personal, y esto en virtud de suponer que en el derecho personal la relación jurídica es directa entre los sujetos que declaran su voluntad, mientras que el derecho real la vinculación entre los sujetos se dá con respecto a una cosa, y el deber imperativo universal se impone a todas las personas, independientemente de la voluntad de los sujetos pasivos que hipotéticamente se pueden dar.

TEORIA PERSONALISTA:

Llamada también OBLIGACIONISTA, critica duramente a la clásica y se opone fundamentalmente al afirmar que las relaciones

jurídicas solamente se dan entre las personas y no en las cosas. En consecuencia destruye el concepto clásico de señorío directo sobre la cosa y en su lugar crea un vínculo personal que existe entre el titular del derecho real respecto a todos los hombres, caracterizado entonces al derecho real como una obligación pasiva universal.

TEORIA ECLECTICA:

Esta teoría trata de armonizar principios sustentados por las anteriores, estableciendo algunos puntos comparativos y diferencias. A la teoría clásica le critica el desconocer que la relación jurídica se dá en las personas únicamente y a la personalista le argumenta que es error confundir, lo que constituye un deber jurídico universal con la obligación patrimonial, ya que esta teoría reduce al derecho real a una obligación pasiva univesal que consiste en el deber jurídico de todos frente al derecho de uno o sea una abstención general.

La teoría ecléctica con respecto a las anteriores, termina afirmando que ambas tienen caracteres peculiares y participa de la doble naturaleza de obligatoriedad y realidad.

II.1.4. CLASIFICACION DE LOS DERECHOS REALES:

Existen numerosas clasificaciones de los derechos reales, entre las cuales por parecerme muy completa, cito la que ofrece el tratadista español DIEGO ESPIN y que comprende tres categorías: (5)

- 1a. Derechos de goce y disposición (derecho de propiedad)
- 2a. Derechos de mero goce (como el usufructo y las servidumbres)

(5) DIEGO ESPIN, Manual de Derecho Civil Español, Vol. II.
Pag.369

3a. Derechos de garantía (como la prenda y la hipoteca)

Esta clasificación, estudia a los derechos reales también conforme a la siguiente división:

- a) Derecho real de goce y disposición: Propiedad
- b) Derechos reales de goce: Usufructo, Uso, Habitación, Servidumbres, Censos, Superficie, Derecho de elevación de edificación.
- c) Derechos reales de garantía: Prenda, Hipoteca, Anticresis, y
- d) Derechos reales de adquisición: Retracto, tanteo y Opción.

De la clasificación expuesta, me interesa únicamente para el desarrollo de este trabajo los citados en el apartado c), y de manera especial la hipoteca como derecho real de garantía.

Se han dividido tradicionalmente los derechos reales en dos grandes categorías: los derechos reales de GOCE y los derechos reales de GARANTIA. Los primeros conceden a su titular una facultad de disfrute o uso, y los segundos, como su nombre lo indica, tienden a garantizar el formal cumplimiento de las obligaciones por su función aseguradora. Tanto los derechos reales de goce como los derechos de garantía tienen en común el ser derechos limitados, frente al derecho real pleno que es la propiedad. La Hipoteca indiscutiblemente tiene el carácter de derecho real de garantía, puesto que la misma tiende a la afección de una cosa asegurándola mientras no se cumpla con determinada obligación, y en ella aparecen destacados los caracteres propios del derecho real, tales son: la INMEDIATIVIDAD y la eficacia ERGA OMNES consistentes en la relación directa de la persona, afectando una cosa objeto de garantía, y en su poder dispositivo que puede hacerse valer contra cualquier persona.

Los derechos reales de garantía surgieron a la vida jurídica, en virtud de que la garantía personal, para el cumpli-

miento de las obligaciones, no constituye una seguridad específica de que la obligación principal será cumplida por el deudor o sea que con la garantía personal una persona responde al cumplimiento de la obligación con todos sus bienes presente y futuros sin afectar ninguno de ellos en forma expresa. El artículo 1329 del Código Civil, establece que la obligación personal queda garantizada con los bienes enajenables que posea el deudor en el momento de exigirse su cumplimiento. En cambio en los derechos reales, en el caso de la hipoteca si se especifica especialmente que bienes o bien garantizan el cumplimiento de la obligación. Al respecto el artículo 822 del Código Civil, dispone que la hipoteca es un derecho real que grava una bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.

En nuestro ordenamiento sustantivo civil aparecen como derecho reales de garantía, La Hipoteca y la prenda (artículos 822 y 880) en el Título V, Libro I. Son denominados derechos reales de garantía con mucha exactitud pues, ambos tienen como finalidad, asegurar el cumplimiento de una obligación, distinguiéndose un derecho real del otro por la naturaleza de los bienes sobre los que se impone.

La Hipoteca, aparece pues como Derecho real de garantía en nuestra ley, porque la doctrina imperante, la técnica y las legislaciones le imprimen las características que posteriormente desarrollaré.

II.1.5. DIFERENCIA ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS PERSONALES:

Las diferencias entre las dos categorías de derechos son: el Derecho real recae sobre una cosa. El derecho personal tiene por objeto la prestación de una cosa, un hecho positivo o una abstención. También podemos decir que los derechos reales tienen eficacia erga omnes, es decir, frente a todo el mundo, en tanto

que los segundos son relativos. En el Derecho Real se traduce en un poder inmediato y directo que la persona puede ejercer sobre una cosa, en cambio en el Derecho Personal no es poder, sino facultad de obtener o de exigir del deudor una prestación o abstención. En los derechos personales existen dos sujetos, el activo, llamado acreedor y el pasivo, denominado deudor y el derecho real no existe una relación de hombre a cosa porque este vínculo no es jurídico. El titular del derecho será el sujeto activo y la colectividad humana quien se abstiene de perturbar al titular, será el sujeto pasivo.

III. CAPITULO TERCERO

III. 1. LA HIPOTECA EN EL DERECHO GUATEMALTECO.

III. 1.1. SU DEFINICION:

Existen numerosas acepciones sobre el vocablo hipoteca, para tratar de establecer un concepto de la misma, y considero que para poder precisar uno que satisfaga, es necesario ubicarse en varias posiciones doctrinarias, ésto, es en virtud de que los autores no siempre se refieren a ella como un derecho real de garantía, aunque es lo más aceptado, sino que la sitúan en el campo contratual y hasta llegan a estudiarla en el amplio aspecto procesal, atendiendo a los mecanismos que intervienen para hacerla eficaz con base en la acción real que la misma origina.

El término HIPOTECA (Hypotheca), es de origen griego, y "significa gramaticalmente SUPOSICION, como acción y efecto de poner una cosa debajo de otra, de sustituirla, añadirla o emplearla de esta manera, hipoteca viene a ser lo mismo que cosa puesta para sostener, apoyar y asegurar una obligación".
(6)

De la cita anterior, tomada del Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, se deduce que ese concepto responde elementalmente, a definir la hipoteca por su efecto y función, pues el mismo se refiere al hecho de que la misma sostiene apoya y asegura una obligación. Nos explica la finalidad propia que hipoteca es sinónimo de gravámen o carga que pesa sobre inmuebles.

Una definición general, por así decirlo de hipoteca,

(6) Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho usual, Tomo II, Pag. 309.

III. CAPITULO TERCERO

III. 1. LA HIPOTECA EN EL DERECHO GUATEMALTECO.

III. 1.1. SU DEFINICION:

Existen numerosas acepciones sobre el vocablo hipoteca, para tratar de establecer un concepto de la misma, y considero que para poder precisar uno que satisfaga, es necesario ubicarse en varias posiciones doctrinarias, ésto, es en virtud de que los autores no siempre se refieren a ella como un derecho real de garantía, aunque es lo más aceptado, sino que la sitúan en el campo contratual y hasta llegan a estudiarla en el amplio aspecto procesal, atendiendo a los mecanismos que intervienen para hacerla eficaz con base en la acción real que la misma origina.

El término HIPOTECA (Hypotheca), es de origen griego, y "significa gramaticalmente SUPOSICION, como acción y efecto de poner una cosa debajo de otra, de sustituirla, añadirla o emplearla de esta manera, hipoteca viene a ser lo mismo que cosa puesta para sostener, apoyar y asegurar una obligación".
(6)

De la cita anterior, tomada del Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, se deduce que ese concepto responde elementalmente, a definir la hipoteca por su efecto y función, pues el mismo se refiere al hecho de que la misma sostiene apoya y asegura una obligación. Nos explica la finalidad propia que hipoteca es sinónimo de gravámen o carga que pesa sobre inmuebles.

Una definición general, por así decirlo de hipoteca,

(6) Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho usual, Tomo II, Pag. 309.

responde inmediatamente a su amplio, contenido y a su correspondiente acción atendiendo a sus elementos, tales como la facultad de persecución y exclusión de la cosa y a su eficacia erga omnes nos encontramos ante la institución real de garantía por excelencia.

Esta configuración corriente y general, es la que más a menudo encontramos en doctrina y en casi todas las legislaciones civiles. Federico Puig Peña, define a la hipoteca como: Aquel contrato accesorio unilateral, por virtud del cual se garantiza el cumplimiento de una obligación principal, afectando bienes inmuebles, pertenecientes al deudor o a tercera persona o derechos reales impuestos sobre los mismos, de tal modo que, cuando la prestación haya sido vencida y no satisfecha oportunamente por el deudor, el acreedor puede enajenarlos y hacerse pago con su importe". (7)

En mi opinión el concepto que ofrece el autor antes citado, es bastante completo y acertado, ya que destaca los caracteres y naturaleza de la hipoteca al enfatizar que la misma garantiza una obligación, que afecta bienes de naturaleza inmuebles que pueden ser enajenados por el acreedor al vencerse la obligación, de manera que no existe desposesión de la cosa. En el autor citado, se refiere también al carácter accesorio de hipoteca y, sobre todo a su aspecto contractual que viene resultando en otra modalidad distinta del derecho real en sí. Indica que la hipoteca es aquel contrato accesorio unilateral, por virtud del cual se garantiza el cumplimiento de una obligación principal. La característica de acesoriedad, responde al hecho de que la hipoteca asegura siempre una obligación principal, siendo en consecuencia necesario que esta exista para que la hipoteca subsista como gravámen.

(7) Puig Peña, Federico, Tratado de Derecho Civil, Tomo II,
Pag. 624

En cuanto a la unilateralidad de la figura contractual, a que se refiere Puig Peña, no comparto totalmente esa idea, ya que si se habla de contrato, es lógico que el mismo surga de una relación jurídica bilateral, esto significa que en la misma se establecen facultades y se imponen obligaciones para cada uno de los sujetos que en ella intervienen; y es por ello que algunos autores sostienen que la unilateralidad en un contrato será siempre aparente, y lo que en realidad exista es un desnivel en la relación contractual, que se toma desde el punto de vista en que las prestaciones en la mayoría de los casos, son más gravosas para uno de los contratantes.

El tratadista DIEGO ESPIN, ofrece un concepto de hipoteca basado en la doctrina imperante, que también define SANCHEZ ROMAN, partiendo ambos de la concepción que de este derecho real, tiene el Código Civil Español al decir "la hipoteca es un derecho real, constituido en garantía de una obligación sobre bienes inmuebles ajenos a derechos reales enajenables que sobre bienes raíces recaigan y que permanecen en la posesión de su dueño para satisfacer con el importe de la venta de éstos, aquella obligación, cuando sea vencida y no pagada". (8)

El concepto a que me refiero tiene, en mi criterio, casi idéntica sustentación con el anteriormente citado, con la pequeña diferencia de que para el tratadista Puig Peña, la hipoteca se considera como contrato accesorio unilateal, debido a la forma de su constitución, y por su parte Diego Espin principia exponiendo que la hipoteca es un derecho real, sin tocar el aspecto contractual que para mí si les es propio, como acertadamente lo incluye el otro autor. Pero en resúmen considero que los dos conceptos están de acuerdo, al definir a la hipoteca

(8) Diego Espín, Manual de Derecho Civil Español, Vol. II, Pag. 369.

por su finalidad esencial como lo es la función de garantía y que vienen a procurar la satisfacción de un crédito.

Todos los conceptos doctrinarios expuestos, reúnen las características y notas esenciales a que tantas veces me ha referido de la hipoteca, y casi todos los autores se ponen de acuerdo al emitir su concepto, que el derecho real de hipoteca corresponde a la clasificación de los llamados de garantía por su función aseguradora de obligaciones; están también de acuerdo a que la naturaleza de los bienes sobre los que se impone el gravámen, debe consistir en un bien inmueble, y hacen énfasis sobre la eficacia erga omnes y uno de ellos, Puig Peña, se ha referido a la nota importante de considerar su aspecto contractual que me parece propio.

Otros autores si varían en el sentido de no querer abarcar en un concepto, el amplio contenido del derecho real, respondiendo esto al distinto enfoque personal que cada autor imprime a su definición; pero puede afirmar que en síntesis, la mayoría de los autores aceptan a la hipoteca como institución de derecho civil correspondiente a los derechos reales de garantía, que una vez constituida por medio de un contrato, tiende asegurar el formal cumplimiento de las obligaciones afectando bienes de naturaleza inmueble.

Nuestro Código Civil ofrece un concepto legal de hipoteca, basado en la doctrina y destacando algunos caracteres de la misma, al prescribir: "La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación". Artículo 822.

III.1.2 SUS CARACTERISTICAS:

Encontramos varias características que distinguen a la hipoteca como un derecho real en garantía, entre las cuales doctrinariamente se perfilan en nuestro sistema jurídico las

siguientes:

- a) Carácter Real
- b) Carácter de Accesoriedad
- c) No desplazamiento
- d) Publicidad
- e) Indivisibilidad
- f) Carácter Inmobiliario

A. CARACTER REAL:

Este carácter es indiscutible, y así es considerada la hipoteca por la Ley Hipotecaria Española, antecedente histórico de nuestro derecho. En ella aparecen destacados los elementos propios de todo derecho real, de los que ya hice mención. Nuestra legislación civil al darnos el concepto legal de hipoteca, caracteriza a la misma por su función de carga o gravámen que se impone sobre un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación, y asimismo la clasifica expresamente en el título de los DERECHOS REALES. Esta característica es propia de la hipoteca, y consecuencia de él, es el derecho de persecución que tiene el acreedor hipotecario, frente al sujeto pasivo, de perseguir el inmueble de cualquier detentador que lo posea y por cualquier título que lo haya adquirido. Este derecho real de hipoteca, lo faculta incluso en caso de insolvencia del deudor a la venta del inmueble para hacerse pago con su producto.

B) CARACTER ACCESORIO O DE ACCESORIEDAD:

Se considera a la hipoteca como un derecho accesorio de la obligación principal que asegura, esto quiere decir que la misma nace y se extingue con el negocio principal cuyo cumplimiento precisamente asegura. De tal manera que la hipoteca sigue al crédito u obligación, permaneciendo íntimamente ligada a ellos en virtud de la eficacia que conlleva de garantizarlos. Por ello varios autores afirman que la hipoteca sigue la suerte o siempre estará conectada al crédito. El carácter accesorio

de la hipoteca nace en el momento mismo de su constitución y genera en el titular del derecho una facultad de acción real, que posteriormente se puede convertir en actividad de carácter procesal en el caso de que la obligación no se cumpla en la forma convenida. Con esto explico que la hipoteca va unida al negocio jurídico y no se puede concebir independientemente, ni puede tener existencia propia de la obligación principal. Esta característica la denomina la doctrina como principio de la accesoriedad, que consiste en que la hipoteca es dependiente del crédito a cuya seguridad debe servir.

C) CARACTER DE NO DESPLAZAMIENTO:

Esta característica esencial de la hipoteca, el inmueble gravado nunca se desplaza al acreedor, ventaja que reporta la no desposesión. El no desplazamiento en la hipoteca, trae como consecuencia la necesidad de inscribir este derecho en un registro especial, el cual debe estar perfectamente organizado para esta función, o sea que al no desplazamiento posesorio de la cosa ofrecida en garantía, ya ligada a la publicidad formal.

D) PUBLICIDAD:

Este requisito de la publicidad se consigue a través de la institución del registro, ya que entre uno de los objetivos del registro es la publicidad, dar seguridad al tráfico mercantil, y garantía a los derechos reales inscritos. Así mismo se acentúa más la publicidad al revisar el artículo 1148 del actual código civil, cuyo contenido es el siguiente: "únicamente perjudicará a tercero lo que aparezca inscrito o anotado en el Registro. Por tercero se entiende el que no ha intervenido como parte en el acto o contrato. Los títulos inscritos o anotados surtirán efectos contra tercero y aun contra los acreedores singularmente privilegiados, desde la fecha de su entrega al Registro.

E) INDIVISIBILIDAD:

Esta característica de la indivisibilidad de la Hipoteca, ha devenido a través de los tres códigos que han regido nuestra vida civil, y así se ha sostenido este principio, aún cuando la obligación o el crédito se reduzca. En cuanto a esta característica existe una excepción, cuando la obligación o el crédito ha sido garantizado con dos o más fincas, y que la obligación haya sido cancelada más del 50%, el deudor hipotecario tiene el derecho irrenunciable a pedir la reducción de la garantía hipotecaria, garantizándose el saldo con el valor del inmueble o inmuebles que continúen gravados, siempre y cuando el valor de los inmuebles o inmueble guarden una justa relación con dicho saldo. En caso que no se pusieren de acuerdo el deudor y el acreedor, se decidirá en juicio oral de conformidad con lo establecido en el artículo 826 del Código Civil, en conclusión el carácter indivisible de la hipoteca debe tomarse como la norma general y la reducción de la garantía como la excepción a la regla general.

F) CARACTER INMOBILIARIO:

Nuestra legislación, prescribe la naturaleza de los bienes sobre los que impone la hipoteca y así, en el concepto legal establece: "que grava un bien inmueble" es decir determina expresamente la clase de bien objeto de la garantía, constituyendo así este carácter una diferencia esencial con respecto a la prenda, que únicamente se impone sobre muebles. El carácter inmobiliario de la hipoteca, consiste primordialmente, como su nombre lo indica en la naturaleza de los bienes sobre que se impone, denominados INMUEBLES consistiendo tal naturaleza en que los mismos se encuentran realmente immobilizados por su adhesión física al suelo y de manera perpetua, y el carácter inmobiliario y la no existente de desplazamiento posesorio de la cosa, es lo que distingue a la hipoteca de los demás derechos posesorios.

III. 1.3. ELEMENTOS PERSONALES:

Desde el momento en que se constituye y se acepta la hipoteca, intervienen los elementos que no pueden faltar en toda relación jurídica; es decir, el sujeto activo titular del derecho real y llamado acreedor hipotecario y el sujeto pasivo o sea la persona que grava un bien inmueble en garantía de la obligación, denominado también deudor hipotecario.

III. 1.4 PRINCIPIOS QUE LA INFORMAN:

a) Publicidad Registral: Este principio transcendental y auténtico consiste en que la hipoteca, debe ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, institución que tiene por objeto la inscripción, anotación y cancelación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles y muebles identificables. En base a este principio que los elementos propios del derecho real, o sean la inmediatividad y la eficacia erga omnes, encuentran su base legal y práctica para que la hipoteca cumpla su objetivo. La publicidad registral, innovación propia del sistema germano hipotecario, le dá a la hipoteca su efecto legal, ya que para que la misma quede válidamente constituida, se hace necesario la presentación y registro del documento auténtico que la contiene, al Registro de la Propiedad, surtiendo desde este momento todos sus efectos legales. El requisito a que se refiere es una nota solemne propia del contrato de Hipoteca.

b) Inscripción Registral de la Hipoteca. Es un principio necesario para que la hipoteca tenga vida jurídica y en consecuencia produzca los efectos, que como derecho real de garantía conlleva, es decir que sea eficaz y que responda a su finalidad de garantizar el cumplimiento de la obligación. La hipoteca surte efecto contra tercero desde su inscripción en el registro de la propiedad, si la obligación llega a realizarse o la condición a cumplirse; todo esto en base al

principio de publicidad registral, consagrado por el derecho germánico y al cual ya nos referimos, y esta inscripción surte efecto generalmente de acuerdo a las circunstancias en que se celebró el contrato de hipoteca. Es imposible concebir la idea de hipoteca sin considerar la existencia de la institución del Registro de la Propiedad, que tiene por objeto la inscripción, anotación y cancelación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles y muebles identificables. La naturaleza del registro de la propiedad, aparece claramente enunciada en el artículo 1124 del Código Civil, que define la institución y se refiere a los bienes y derechos que pueden ser objeto de inscripción, anotación y cancelación, entre los cuales señala a los derechos reales sobre bienes inmuebles o sea la hipoteca.

c) Principio de Especialidad: En virtud de dicho principio la hipoteca ha de recaer sobre bienes determinados y el crédito que garantiza ha de estar también determinado, o al menos fijándose la cantidad máxima de la responsabilidad. De tal manera que en esta forma se rebate la clasificación que las divide por el objeto de generales y especiales. En la actualidad el documento en que se constituyen las hipotecas debe inscribirse en el Registro. La hipoteca es general, cuando recae sobre la totalidad de los bienes del deudor; y las especiales aquellas en las cuales la hipoteca recae sobre determinado bien. Nuestro sistema hipotecario sigue el folio real, que es llevado por finca destinándose en todo caso un folio para cada finca y consecuencia de ello surge el principio de especialidad.

III. 1.5. CAUSAS DE NACIMIENTO:

Con la propiedad Inmobiliaria nació el Crédito territorial, lo cual dió vida a la Hipoteca. El que tiene bienes y necesita dinero los ofrece en garantía para obtener el crédito. La actividad comercial moderna, sería imposible sin el crédito ya que a través de este se desarrolla y se multiplica el capital y

se hace realidad la producción. Una de las causas de nacimiento de la institución de la hipoteca la encontramos en el Crédito. El crédito significa tener confianza, tener fé en que las obligaciones serán cumplidas por el deudor, tenemos que admitir que en todo negocio jurídico, en las partes priva la confianza recíproca de que la obligación de una parte que es el derecho de la otra será cumplida en la forma convenida y en base a esa certeza se llevan a cabo infinidad de transacciones económicas entre los miembros de la comunidad. En la actualidad las instituciones de crédito, basadas en una cuidadosa clasificación de sus clientes, contratan elevadas cantidades de dinero y éstas instituciones en resguardo de sus intereses, exigen cualquiera de las garantías permitidas por la ley, sean fianza, prenda o hipoteca. En las transacciones que bien puede denominarse negocio de crédito, la creencia del acreedor de que la parte deudora cumplirá con su obligación, aunque en contra de tal afirmación pudiera argumentarse que garantizándose el cumplimiento de la obligación con hipoteca de los bienes del deudor, el crédito o la confianza para el acreedor desaparecería, pero en tal caso, la fe o confianza para el acreedor de que no está corriendo ningún riesgo ya que no se lo inspira el deudor en sí, sino que estaría depositando esa confianza en la garantía misma, ya que al incumplir el deudor, el acreedor hará suya la cosa o bien con que se garantizó el cumplimiento, aun cuando tenga que seguir el procedimiento que la ley señale. Con la constitución del derecho real de hipoteca, un bien sirve de garantía al acreedor, simplemente mediante un contrato y el deudor en todo caso no tiene obligación de transmitir el acreedor la propiedad, ni la posesión de la cosa que garantiza el cumplimiento de la obligación. Se considera a la hipoteca como un derecho accesorio de la obligación principal que asegura, esto quiere decir que la misma nace y se extingue con el negocio principal cuyo cumplimiento precisamente asegura. De tal manera que la hipoteca sigue el crédito u obligación, permaneciendo íntimamente ligada a ellos en virtud de la eficacia que conlleva de garantizarlos. Por ello varios autores afirman que la hipoteca

sigue la suerte o siempre estará conectada al crédito. El carácter accesorio de la hipoteca nace en el momento mismo de su constitución y genera en el titular del derecho una facultad de acción real, que posteriormente se puede convertir en actividad de carácter procesal en el caso de que la obligación no se cumpla en la forma convenida. Con esto explico que la hipoteca va unida al negocio jurídico y no se puede concebir independientemente, ni puede tener existencia propia de la obligación principal. La Hipoteca, como Derecho real de Garantía desempeña un papel de gran importancia en la práctica, tanto por los créditos que garantiza, como por la índole de garantía que presenta. En otras palabras el acreedor puede estar seguro de que su crédito está bien garantizado, y el deudor por otra parte también es favorecido porque, si bien ha dado en garantía una finca de su propiedad sigue disfrutando de ella mientras no se ponga en estado de insolvencia. Como hemos visto anteriormente la hipoteca que se dá es la llamada voluntaria, ya que ésta es creada a través de un contrato de Hipoteca, como un acto voluntario y de carácter consensual, por medio del cual el deudor grava un bien inmueble garantizando así una obligación a favor del acreedor quien acepta la constitución del derecho real de garantía. Esta hipoteca es de naturaleza contractual como va he dejado expuesto, y se celebra libremente al solicitar el crédito. En el derecho Romano fué conocida la hipoteca voluntaria en donde se originaba por medio de la convención o *pignus conventum*. Queda establecido que esta hipoteca tiene por origen la voluntad de las personas que la constituyen y la aceptan, y no al precepto de la ley.

Asimismo la hipoteca tiene su causa de nacimiento en la Ley y en las resoluciones judiciales. La hipoteca legal como su nombre lo indica es la que se constituye por disposición expresa de la ley. Surge esta hipoteca legal, con el objeto de garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones especiales, tales como, garantizar los alimentos de los hijos, al contraer nuevas nupcias los padres, así como en la administración de

bienes, restitución de los mismos, así como para las personas en el ejercicio de la tutela y protutela. En el derecho romano instituye la hipoteca legal, teniendo la misma su origen en la ley, siendo generales a este tipo: las que constituye al fisco, las de los impúberes, menores y locos, la del marido y de la mujer con respecto al dote y promesa de matrimonio y las de los hijos de los bienes del padre administrador. En cuanto a la hipoteca judicial, que es la establecida por la resolución judicial. En la actualidad no existen, sosteniendo la doctrina que la hipotecas judiciales equivalen actualmente a una anotación preventiva de embargo sobre bienes inmuebles.

III. 1.6 FORMAS DE EXTINCION DE LA HIPOTECA:

Puig Peña (9) dedica unas páginas a la extinción de la hipoteca comentando que este aspecto marca para él, el punto terminal del desarrollo biológico de la hipoteca como derecho real, agregando que ésta "como toda figura jurídica, nace, vive y muere al impulso de circunstancias y la legislación consignan". Collin y Capitant (10) para quien la hipoteca se extingue como lógica consecuencia de la extinción de la deuda garantizada con la misma. Para el autor francés la extinción de la deuda es la principal causa de la extinción de la hipoteca; extinguida la obligación principal, dice, queda extinguida la hipoteca constituida para afianzarla. Capitant hace ver que no solamente por la razón apuntada se produce la extinción, la que también opera por otras causas que resultan independientemente de la deuda garantizada, citando entre éstas: a) El acuerdo de voluntades entre los interesados; b) La Sentencia judicial; c) La anulación, resolución o rescisión del derecho hipotecante; d) pérdida de la cosa; e) Prescripción de la acción; f) Venta Judicial.

(9) Op cit. Pagina 342

(10) Collin y H. Capitan Ambrocio, Curso Elemental de Derecho Civil Tomo V, Pags. 421 a 425.

En cuanto a las causas que tienen relación directa con la obligación es el pago, para Capitan la principal. El pago viene a constituir como consecuencia, la forma fundamental; destruye el gravamen. Casi toda la doctrina le dá preferencia al pago. El código también dice que es el pago, forma de cumplimiento de las obligaciones y puede hacerse en efectivo, por consignación y también por cesión de bienes, cuando el deudor se ve en la imposibilidad de pagar sus deudas. (11)

Colín y Capintant dicen que la novación extingue la deuda garantizada con hipoteca (12) según el derecho civil. Nuestro código acepta la novación como una forma de la extinción de las obligaciones y el artículo 1478 dice que hay novación cuando deudor y acreedor, alteran sustancialmente la obligación sustituyéndola por otra. Agrega el artículo 1479 que la novación extingue la garantía hipotecaria, si se puede aceptar esta tesis al tenor de la parte final de artículo 1478 que manda sustituir la obligación cancelando la anterior y constituyendo una nueva que esté más acorde con los intereses de los contratantes. Al cancelar la obligación para sustituirse por otra, se manda cancelar como consecuencia, la garantía que la protege; en esa forma la considero viable. También está el caso, en el código de la Remisión, la que hecha por el acreedor y aceptada por el deudor, extingue la obligación. Asimismo extingue cualesquiera otras garantías, según lo preceptuado por el artículo 1490 en su parte final. También la compensación y la confusión extinguen la obligación, la primera tal como la estipula el artículo 1469 del Código Civil que dice: "La compensación tiene lugar cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho" en cuanto a la Confusión el artículo 1495 del mismo Código establece; la reunión en una misma persona de la calidad de acreedor y deudor, extingue la obligación; la Prescripción extintiva,

(11) Véase Código Civil en sus Artículos: 1380 a 1422.

(12) Op. cit. Pag. 600.

negativa o liberatoria también extingue la obligación. Vale decir que la ley prevé la circunstancia, para que la hipoteca no afecte de manera perpetua el inmueble que sirve de garantía, ya que podría darse el caso de que la obligación no sea exigida, para lo cual se fija un plazo de diez años al vencimiento de la obligación y en este caso existe una prescripción extintiva o liberatoria, llevando como consecuencia que la hipoteca sea inexistente. El artículo 1501 del Código Civil se refiere a esta clase de extinción como acción o como excepción por el deudor, exige la obligación. La prescripción de la obligación principal produce la prescripción de la obligación accesoria". El segundo párrafo del artículo citado es aplicable especialmente al caso de extinción de hipoteca, debido a la accesoriedad tantas veces invocada del derecho real, y completamos aún más el caso de extinción de hipoteca, cuando nos basamos en el artículo 1170 de la Legislación Civil, que en su inciso lo establece: "El Registrador, a solicitud escrita de parte interesada, cancelará..... lo. Las inscripciones de derechos reales sobre inmuebles con plazo inscrito, cuando hubieren transcurrido diez años de vencimiento del plazo o de la prórroga inscritos; ésta sería una extinción de hipoteca por aspecto meramente registral, pero siempre basado en la norma general produciéndose prácticamente la caducidad de la inscripción hipotecaria. Es manifiesta la claridad de la Ley; cabe mencionar únicamente que la prescripción en referencia no acepta de oficio, pues el artículo dice "ejercitada" y como consecuencia cabe la renuncia a ella si el deudor no la alega.

IV. CAPITULO CUARTO

IV.1 ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO GUATEMALTECO.

VI.1.1 SU ORIGEN E IMPLANTACION EN EL PERIODO COLONIAL:

Abordar el aspecto histórico de la hipoteca en Guatemala, no es un trabajo sencillo y ese solo aspecto sería suficiente para escribir varios volúmenes. Considero que este capítulo de la historia, no estará completo sin una breve exposición del origen primitivo de la hipoteca, origen que viene a constituir el cimiento de la institución de la hipoteca en nuestra legislación. Necesariamente recurrimos al Derecho Romano. En un principio según los investigadores los romanos confunden hipoteca y prenda, ésta última figura también conocida como garantía real, y hasta las instituciones Justinianas empezaron a establecer la diferencia entre ambas como derechos reales de garantía, pues la hipoteca surge como una modalidad de la prenda, a la que se le denomina Pignus y que generalmente implica una afección, carga o gravámen impuesto sobre cosas que garantizan una obligación; en el Derecho Romano encontramos tres instituciones de garantía perfectamente definidas, tales como FIDUCIA, PIGNUS e HIPOTECA. Por la constitución de la fiducia, el deudor de una obligación transmite la propiedad del bien que garantiza el cumplimiento de la misma, pero con la condición de que al cumplirse o al pagarse la deuda de acuerdo con el pacto celebrado, el acreedor debe restituir la propiedad del bien al deudor. En consecuencia en Roma aparece la fiducia como un contrato traslativo de propiedad de una cosa al acreedor con promesa de que el mismo debe restituirla, cuando se ha cumplido con pagar la obligación. Esta institución de garantía viene resultando demasiado perjudicial para el interés del deudor, ya que se puede dar el caso de que el acreedor, realice enajenación del bien, resultando favorecido porque la garantía una vez constituida, lo faculta para ejercer el derecho de

dominio haciéndose en consecuencia propietario de la cosa. La Fiducia presenta el inconveniente de que todas las ventajas que proceden de la misma, corresponden en grado máximo al acreedor, representando ésto un peligro contra el patrimonio del deudor, pues su constitución sobrepasa la exigencia necesaria del fin de toda garantía. El Pignus, palabra latina que significa PRENDA. Posteriormente a la institución de la fiducia, apareció una nueva forma de garantía conocida con el nombre de Pignus y que se presenta como una variante. Con la existencia del Pignus, el deudor únicamente transmite al acreedor la posesión de la cosa, y no la propiedad, garantizándose de esta manera de una posible enajenación de la cosa por parte del acreedor. Es decir que la propiedad no se transfiere, sino únicamente la tenencia o mera situación de hecho; pero surge todavía el inconveniente del desplazamiento de la posesión en favor del titular de este derecho. Con la aparición del Pignus, se limitaron los abusos y ventajas desproporcionados a que hice referencia en la figura anterior, puesto que el acreedor solamente se traslada en *Ius Possidendi* y si bien es cierto, que se le faculta para la venta de la cosa objeto de garantía, esto ocurre solamente cuando en el derecho de prenda se configura plenamente, haciéndose efectivo por medio de la indemnización del acreedor con el precio de la cosa, siempre que la obligación no se cumpla. El titular del pignus posee la cosa que garantiza la deuda, sin tener acción sobre ella, extrañando solamente una prenda de embargo. El Pignus evolucionó grandemente y llegó a significar para el acreedor un perfecto derecho de garantía que se traduce en la seguridad que ofrece para satisfacer el importe de su crédito. Hubo también otra modalidad de esta misma figura a la que se llamó pignus convencional, creado por la actuación del pretor y que consiste en que la cosa objeto de prenda en la obligación que asegura, no exige la posesión de momento, sino únicamente en el caso de no cumplirse con el pago, y ocurrido ésto, el titular del derecho, puede obtener la posesión de la cosa, venderla y cobrarse con el precio de la misma.

Por último surge la Hipoteca en Roma como una variedad de la amplia figura del Pignus y se llegó a ella a través de una importante evolución, siendo su primera etapa o fase la transmisión fiduciaria confines de garantía. En un principio para el derecho romano resulta indiferente si la cosa objeto de garantía, al constituirse la hipoteca, consista en un bien inmueble o bien mueble, porque precisamente se hasta el desarrollo y evolución de este derecho real de garantía, que se empiezan a establecer diferencias entre prenda e hipoteca, consistiendo las mismas en cuanto a la naturaleza de los bienes sobre que recae el gravámen, concretándose la prenda a bienes muebles y la hipoteca a inmuebles. Con la constitución del derecho real de garantía, un bien sirve de garantía al acreedor, simplemente mediante un pacto o convención, y el deudor en todo caso no tiene obligación de transmitir la propiedad, ni la posesión de la cosa que garantiza el cumplimiento de la obligación. Como ya dejé expuesto; nota importante constituye el hecho de que, los romanos dieron poca importancia a las diferencias que existen entre prenda e hipoteca y es debido a esa circunstancia que ambas figuras aparecen incluídas bajo la denominación genérica de pignus. En el tratado de derecho hipotecario del autor Rosa Sastre, el mismo afirma que en el derecho romano: "lo que tipificaba la hipoteca, diferenciándola de la prenda en estricto sentido, es que para constituirse no se exigía el desprendimiento de la posesión por parte del deudor o hipotecante, o sea que no se requería entrega, pues bastaba el consensus". (13) En realidad la hipoteca constituyó una clase de derecho pignoraticio, con su característica esencial, que constituye el no tener desplazamiento posesorio. Como se expuso anteriormente la hipoteca originalmente es variante de la figura del pignus. Es conveniente hacer notar, el hecho de que en sus orígenes es indiferente que la hipoteca afecte o grave bienes de naturaleza mueble o inmuebles, porque posteriormente es

(13) Rosa Sastre-José María, Derecho Hipotecario, tomo I, Pag. 10 y 11

la clase de bienes sobre los cuales se impone, lo que determina las diferencias esenciales con respecto al derecho de prenda, y al evolucionar la hipoteca, se observa que es más frecuente que la misma recaiga sobre bienes inmuebles por la razón práctica de inmovilidad de los mismos. Con nota típica la hipoteca en Roma se caracteriza por la ausencia de publicidad, o sea que la misma surge dentro de la CLANDESTINIDAD, debido a que para que la misma se constituya voluntariamente no se requiera de más requisitos formales, sino de un simple acuerdo desprovisto de solemnidad. Pero el inconveniente de la clandestinidad, el único medio que garantiza la efectividad de hipoteca es la buena fé, ya que no existen procedimientos de carácter público que den noticia de la constitución de una hipoteca. En consecuencia, a la ausencia del principio de publicidad, que perjudica no solo al titular del derecho, sino a los terceros, la buena fe en la realización del negocio jurídico o contrato es el único respaldo, para que la hipoteca no sea para su titular un derecho ilusorio; las leyes solamente resguardan al acreedor, limitándose a castigar como estelionato las simulaciones y falsedades en la constitución de este gravámen y con esto limitó, por decirlo así, el peligro que deviene para el acreedor por la ausencia del principio público de hipoteca. Es el derecho germánico el que introduce en la evolución de hipoteca, el llamado principio de publicidad, según el cual este derecho de garantía, esta sujeto a hacerse público, entendiéndose por ello, la concurrencia de la autoridad es la constitución de la misma, surgiendo más tarde el aparecimiento del registro de hipoteca en los libros inmobiliarios. La finalidad de la hipoteca siempre consistió en una función aseguradora del cumplimiento de la obligación y en el negocio encontró como principal fundamento, el desenvolvimiento del crédito debido a la transacción comercial al arriendo de fundos y al impulso de carácter económico que tiene el floreciente progreso del mercado y la agricultura. La hipoteca romana pasó a informar los principios del derecho antiguo español, en el cual encontramos dos marcadas tendencias que se recogen en el derecho de partidas y el fuero, consistente

este último en compilaciones o códigos generales de leyes que comprenden el fuero guzgo, fuero viejo, fuero real, etc. En las leyes de partidas la hipoteca aparece como una simple modalidad de la prenda, a la cual se le conoce en este sistema con el nombre de PEÑO y es notorio el hecho de que también para el derecho español de la época, resulta indiferente que la cosa dada en garantía consiste en un bien mueble o inmueble. Varios autores sostienen que el derecho antiguo español casi no se emplea el término hipoteca para referirse a este derecho real, y únicamente aparecerá con esa terminología en las Leyes de Toro que surgen como una necesidad de armonizar y codificar las tendencias existen en España entre el derecho de partidas y el feuro. La Hipoteca romana es adoptada en España originalmente, pero posteriormente harán innovaciones a la misma en base al sistema germánico, principalmente en lo que se refiere al principio de publicidad. Por lo tanto, el sistema hipotecario español es de carácter mixto, respondiendo a la línea básica romana en la que la hipoteca surge como una garantía material desprovista de mayores formalidades, y al sistema germánico cuya característica tantas veces citada depuró la clandestinidad de la hipoteca teniendo por ello gran aceptación; se considera de importancia la referencia a la evolución histórica de la hipoteca en el derecho español, porque bajo ese estatuto pasará a informar nuestro derecho guatemalteco. Toda la legislación pasará a informar nuestro derecho guatemalteco. Toda la legislación con respecto al derecho hipotecario español aplicado en España, fué trasladado posteriormente a América haciéndola sentir en todas las repúblicas que fueron antes sus colonias. Esa legislación es considerada hoy, como parte de nuestra herencia española. En la colonia la hipoteca tuvo su nacimiento como consecuencia en la creación de la propiedad en América y que deriva de las instituciones del Repartimiento y la Encomienda que son las fuentes de Derecho de la Propiedad en la Colonia, ya que de ellas nació el Derecho de Propiedad de la tierra en Guatemala y las normas que se siguieron en la estructuración económica de la Colonia; el escritor guatemalteco Severo Martínez

(14) manifiesta en sus escritos, respecto a las relaciones económicas de carácter mercantil que ocurría en el reino de Guatemala durante la colonia: "La tierra había comenzado a ser objeto de especulación, no solo en negocios de compra y venta, sino también gravándolas con hipotecas sobre préstamos". Los agricultores de añil, así como posteriormente los del café en la Colonia; hacían préstamos a los grandes comerciantes, gravando sus propiedades y pagándoles intereses altos. La iglesia católica, poseía en aquella época un enorme poder político y económico. Los Jesuitas poseían en Guatemala algunas propiedades agrícolas según aparece en los Censos del Colegio de Jesuitas de Guatemala en 1668, según esos casos se puede concluir que los Jesuitas se dedicaban tanto a la explotación de sus propiedades agrícolas, como al préstamo con interés, ya sea sobre haciendas o sobre modestísimos objetos como prenda. El papel de prestamistas ejercido por los Jesuitas y los dominicos, fué un factor importante en la vida económica de la Colonia, no existía un crédito organizado, ni siquiera un registro sobre las operaciones sobre préstamos e inscripciones de hipotecas, los préstamos no estaban amparados en ninguna forma y los deudores que tenían préstamos con los religiosos, pagaban puntualmente sus deudas quizás impelidos por el espíritu religioso de la época, pues creían que el dinero que debían era dinero sagrado, era dinero de la iglesia. En 1539 el Emperador Carlos V, había dispuesto que en las cabeceras de jurisdicción, se llevase un libro para registrar las hipotecas y censos que gravarían fincas urbanas y rústicas, esa ley paso luego a ser la primera del Título 16 del Libro 10., de la Novísima Recopilación. Fué el origen de las Antiguas Anotadurías de Hipotecas; empero, fué hasta 1768, cuando se estableció el Oficio de Hipotecas, sustituyendo el Antiguo Libro de Hipotecas. En este Oficio se registraban algunos contratos sobre la propie-

dad raíz y al respecto dice Don Agustín Gómez Carrillo (15) "estableciendo de modo absurdo un registro para derecho reales, desmembración del dominio, sin establecerlo para este último que constituye la plenitud de todos aquellos, ya porque al dejar ocultas todas las hipotecas tácitas y los gravámenes que pudieran afectar la propiedad inmueble, quedaban inseguros los contratos y no era posible el desenvolvimiento del crédito territorial. De ahí la necesidad del sistema moderno llamado germánico, que descansa en las bases de la publicidad de todo lo que a bienes raíces atañe".

VI.1.2. SU CARACTERISTICAS EN EL PERIODO INDEPENDIENTE
(1821) a la fecha).

En la época comprendida 1821 a 1877, la forma que se asentaban o se registraban los gravámenes hipotecarios, se hacían en forma sencilla, sin ninguna clase de formalidades o formalismos en la que únicamente interesaba una constancia escrita que determinada persona debía a otra una suma de dinero, la que para los efectos del pago quedaba asegurada por escrito y a eso se llamaba hipoteca y ese control de las hipotecas se llevaba en simples libros sin ningún formalismo, aspecto que reviste enorme interés desde el punto de vista histórico-jurídico. La naciente industria cafetera tropezaba con gran número de dificultades, siendo principales, la de falta de brazos y de capitales de trabajo, casi todas las plantaciones se habían hecho a excepción de quienes poseían capital, con fondos provenientes del comercio o de un prestamista, que exigía la fianza de un propietario solvente o bien de la hipoteca de fincas urbanas en la capital. El tipo de interés era muy alto y los plazos cortos, el crédito territorial no existía prácticamente, pues el régimen conservador se empeñaba en mantener la vieja legislación española que no ofrecía seguridades a las operaciones

(15) Gómez Carrillo-Agustín, Historia de Centroamerica, Pag. 191.

de este tipo, y así era más fácil conseguir mil pesos de esa época prestados sobre hipoteca de una casa en la ciudad de Guatemala, o por préstamo personal, que quinientos pesos sobre hipoteca de veinte caballerías de tierra. En un documento de la colección inédita de la Sociedad Económica, que se encuentra en la Biblioteca Nacional de Guatemala, el autor encontró un trabajo fechado el 7 de abril de 1870, presentando por el socio Doctor Marco Aurelio Soto, a un concurso que sobre crédito territorial y con objeto de incrementar la agricultura, promovió aquella Sociedad, de él son los siguientes párrafos: "La tierra, el valor más estimable de la riqueza del país, es entre nosotros un agente casi infencundo, es necesario que el crédito territorial, ponga en circulación ese valor muerto, movilizándolo debidamente la propiedad. Agrega, que la tierra como garantía de préstamo es casi nula en Guatemala y que el único crédito que existe es el crédito comercial, siendo la causa más importante que el crédito territorial sea nulo, la falta de una organización adecuada y de un procedimiento seguro para el reembolso, en caso necesario. Sigue diciendo, que hasta ahora, el capital ha ido tras de los negocios rápidos pero inseguros, por desconocer esa íntima relación, que para la riqueza, tiene que existir entre el capital y la tierra, debido a eso, entre nosotros se prefiere el crédito personal al real, y se desconoce que, la tierra es la más segura garantía que puede dar la inestabilidad de las cosas humanas. Las leyes contiene graves errores y vacíos, en la forma en que se hacen las hipotecas y las leyes vigentes, no protegen suficientemente al prestamista". En el número de 15 de julio de 1870, la revista de la Sociedad Económica publica algunos párrafos sobre crédito territorial, diciendo que: "ejecutar a un deudor es muy difícil y molesto y que para una ejecución, hay que pagar y gastar mucho dinero, pues el sistema de procedimientos es embrollado e imperfecto".

Antes que entrara en vigor el primer Código Civil o sea antes del quince de septiembre de 1877, el gravámen hipotecario

o control de las hipotecas, se asentaba en simples libros que se llevaban en las Intendencias Municipales adscritas a las Jefaturas Políticas en los departamentos de la República. El gobierno de Guatemala preocupado por la situación imperante, intentó la introducción de reformas concretas a esas leyes españolas que regían al país. Constituía ya una verdadera necesidad esa transformación legislativa adecuar normas más acordes con las costumbres, situación política y grado de civilización alcanzado por la República. Por ello el gobierno del Presidente Cerna en el año de 1871, encomendó al ilustre Licenciado Manuel Ubico la elaboración de un proyecto de ley hipotecaria, el que fue entregado al gobierno por conducto del Ministerio de Gobernación en el año de 1873. La exposición de motivos de este proyecto constituye hoy una verdadera joya documental. Muchos principios allí vertidos hace más de cien años, rigen actualmente nuestro derecho hipotecario; en su informe el jurisconsulto Manuel Ubico hace ver los graves defectos de la ley antigua en el aspecto hipotecario contemplando una serie de aspectos interesantísimos, reflejo natural de un marcado adelanto. El referido proyecto se dice que era muy avanzada para su época y muy completo. Su proyecto sentó las bases para regular la Hipoteca en el primer Código Civil de Guatemala, en 1877, época de la codificación. En nuestra legislación civil de 1877, la hipoteca se regula en el artículo 2,018 del Título V y la define de la siguiente manera: "La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago". En el mismo cuerpo legal, aparecen regulados los llamados Contratos Reales, entre los que cita la Prenda, el Mutuo, el Comodato, el Depósito y la Anticresis, no apareciendo entre ellos la hipoteca y es notoria su falta de inclusión en los Contratos Reales, pues en la actualidad prenda e hipoteca aparecen definidos como derechos reales de garantía con la diferencia existente en virtud de la naturaleza de los bienes que afectan. Nuestro sistema jurídico en sus diferentes etapas ha determinado que la hipoteca

es un derecho real, que recae sobre bienes de naturaleza inmueble y puedo afirmar que la misma pasó a nuestro derecho con toda su pureza a constituir una garantía real por excelencia, con sus notas características de afección de bienes inmobiliarios y de publicidad registral para que pueda surtir sus efectos. Posteriormente el Código Civil de 1877, es el Decreto de la Asamblea Legislativa número 1656 del año de 1930 (Ley de Hipoteca, Prenda y Registro de la Propiedad), que regula especialmente los derechos reales de garantía y al Registro de la Propiedad, institución encargada de llevar a cabo la inscripción registral en base al principio de publicidad. Es una ley especial que trata de los derechos reales y nos ofrece conceptos legales de los mismos; al referirse a la hipoteca nos la define como derecho real sobre inmuebles y el párrafo II del citado cuerpo legal, establece a las clases de hipotecas, clasificándolas en voluntarias y legales, una y otra especial y expresa. El párrafo III se refiere especialmente a la "constitución de la hipoteca", prescribiendo que la misma sólo puede ser constituida en escritura pública por el dueño del inmueble para garantizar deuda propia o ajena, no siendo necesaria la aceptación expresa de aquella a cuyo favor se constituye el derecho real, circunstancia que haga notar, pues en nuestra actual legislación civil es requisito indispensable para que la misma exista. Establece también dicha ley, que el instrumento en el cual se constituye hipoteca, además de todos los requisitos legales de los contratos, deberá contener la identificación del inmueble hipotecado, citándose el número, folio y libro de inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, lo cual responde al principio de publicidad. Nuestro anterior Código, o sea del año 1933, contenido en decreto Legislativo de 1932, se fijó un nuevo concepto para la institución de la hipoteca, y así se dice que: "La hipoteca es un gravámen que se constituye sobre bienes inmuebles para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago", Artículo 685 del citado decreto. En este concepto lo que el legislador hizo una sustitución de términos. "Derechos Real" por "gravámen", pues en la forma

y en el fondo permanece en su primitiva acepción legal. Y, por último el actual Código (Decreto Ley 107) vigente a partir del año de 1964, la hipoteca está regulada entre los derechos reales de garantía. El código lo incluye en el título V del Libro II y está contenida en los artículos 822 al 859 inclusive; en la definición de la hipoteca es más breve y de fácil entendimiento que no necesita explicación, pero debe saberse que el mismo acoge términos de los dos conceptos anteriores de nuestra legislación civil, y así se dice: "La Hipoteca es un Derecho Real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación". Se han suprimido las palabras "y su preferencia en el pago", pues esto debe quedar para la doctrina. Este concepto legalista confirma la naturaleza jurídica de la hipoteca al considerarla como un derecho real, y por otro lado inscribe la hipoteca sobre bienes inmuebles, dándoles en consecuencia un carácter inmobiliario, siendo así, aceptado en la mayor parte de las legislaciones.

V. CAPITULO QUINTO

V.1 ANALISIS CRITICO DE LA REDUCCION DE LA GARANTIA HIPOTECARIA EN LA LEGISLACION GUATEMALTECA Y SU FALTA DE POSITIVIDAD.

V.1.1 NOCION ACTUAL DE LA GARANTIA HIPOTECARIA:

Como anteriormente ya quedó asentado, que es corriente que tanto la doctrina imperante, como la técnica y legislaciones consideran a la hipoteca en primer término como un derecho real de garantía, en virtud de la eficacia aseguradora que en el negocio jurídico realiza, y esta corriente que generalmente prevalece, no se refiere de manera alguna a otro aspecto que le dá a la hipoteca una naturaleza consensual, y en consecuencia contractual debido a la forma en que la misma se constituye. Me refiero concretamente al criterio de que, no obstante, considerar a la hipoteca como derecho real de garantía, también la estudia como un contrato de garantía real, o dicho en otros términos y con más propiedad el verdadero Contrato de Hipoteca. El tratadista español José Castan Tobeñas (16) en su tratado de derecho civil se refiere de manera especial a los denominados Contratos de Garantía Real, entre los que cita a la prenda, hipoteca y anticresis, definiéndolos así: "se llaman contratos de garantía real a los que tienen por objeto afectar una cosa o valor determinado al cumplimiento de una obligación, contituyendo sobre él un derecho real, que es accesorio de la obligación que aseguran". En el anterior cita, el autor sin dejar de pronunciarse con respecto a la finalidad del derecho real de hipoteca, se refiere en primer término el acto de constitución del mismo en su aspecto formal o sea el contrato mismo. Incluye a la prenda, hipoteca y anticresis dentro de las categorías contractual, y en mi criterio esta inclusión

(16) Castan Tobeñas-José, Derecho Civil Español, Común y Formal, Tomo IV, Pags. 717-718.

obedece a que la forma de constituirse tales derechos, es anterior al derecho mismo, o sean el medio para que el mismo nazca a la vida jurídica y tenga a través del instrumento que los crea, el camino para que las acciones reales se hagan efectivas por el titular de la hipoteca, en el vasto de la acción procesal. Estos conceptos de contrato de hipoteca son enunciados claramente, e incisto que cuando se refieren al término contrato es para referirse al título por medio del cual se constituye la hipoteca como derecho real de garantía, ya que la misma de ninguna manera puede surgir en forma independiente de la figura contractual. Con la variante de analizar la hipoteca como contrato al estudiar su naturaleza jurídica, admito también que la misma surge con el objeto de realizar una función de aseguramiento para que se cumpla con la obligación principal, y el contrato accesorio de hipoteca tiene como finalidad crear el Derecho de Garantía, estableciendo al mismo tiempo los mecanismos procesales y condiciones que norman el negocio, para que llegado el caso, la hipoteca sea eficaz y la obligación se cumpla según lo convenido. En el Código Civil vigente, presenta la hipoteca como un "derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación" (Arto. 822). Dicho Código no califica la hipoteca como contrato y su regulación se dá entre los Derechos reales de garantía. En la actualidad entendemos por estos derechos, esa sujeción en que se encuentra un bien al inmediato cumplimiento de una obligación. Y, es una garantía en virtud de que asegura una o varias obligaciones, y que en caso de incumplimiento responde la garantía hipotecaria, y el acreedor puede solicitar en la vía judicial el remate, para hacerse pago con su producto. El titular de un derecho hipotecario tiene un derecho preferencial y de persecución sobre la cosa dada en garantía. Podemos decir que frente a los derechos reales de garantía, se oponen los derechos reales de goce, estos atribuyen a su titular un disfrute o aprovechamiento más o menos amplio sobre la cosa; por ejemplo la propiedad pertenece a esta clasificación, y las limitaciones a que está sujeta son las contempladas en la sustantividad del

Código Civil. Los de Garantía por el contrario atribuyen un poder de disposición para asegurar una obligación, otorgan la facultad a su titular para promover su venta, en caso de incumplimiento por parte del sujeto pasivo. La Hipoteca, como Derecho real de Garantía desempeña un papel de gran importancia en la práctica, tanto por los créditos que garantiza, como por la índole de garantía que presenta.

En otras palabras el acreedor puede estar seguro de que su crédito está bien garantizado, y el deudor por otra parte también es favorecido porque, si bien se ha dado en garantía una finca o fincas de su propiedad sigue disfrutando de ella mientras no se oponga en estado de insolvencia. Es necesario para el buen funcionamiento de la hipoteca un adecuado régimen hipotecario, para que esa libertad de crédito funcione en la forma deseada. En nuestro ordenamiento jurídico se considera únicamente como derechos reales de garantía los contenidos en el Libro Segundo, título quinto del Código Civil que contiene a la Hipoteca y la Prenda.

V.1.2. ELEMENTOS PERSONALES QUE INTERVIENEN EN SU CONTITUCION.

En el momento en que se constituye y se acepta la hipoteca, intervienen los elementos que no pueden faltar en toda relación jurídica; es decir, el sujeto activo titular del derecho real, y llamado acreedor hipotecario y el sujeto pasivo o sea la persona que grava un bien inmueble en garantía de la obligación, denominado también deudor hipotecario. Con la participación de los sujetos de la relación en el contrato de hipoteca, nos encontramos ante la presencia de un acto de naturaleza consensual pues en el mismo se conviene o pacta la creación de una obligación y aceptada por medio del contrato; obligación que como ya he asentado oportunamente es distinta de la llamada principal; en consecuencia existe en este acto una relación jurídica formal con la intervención de los sujetos que

constituyen y aceptan la hipoteca respectivamente. El acto de constitución aceptación del derecho real de Hipoteca (Contrato de Hipoteca) tiene como ya vimos ciertas formalidades de carácter consensual, y que resulta de la concurrencia de sujetos con capacidad para obligarse. He considerado que si es propia y correcta la denominación de contrato, al acto de su constitución, y aunque en la práctica no se le asigne esa terminología, esto se debe a que las legislaciones no la regulan taxativamente como contrato particularmente típico, pero si tiene todas las modalidades contractuales y características para que sea incluido dentro de esa figura. Nuestra legislación civil, define que hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación y sobre esa base legal, puedo afirmar, que para que la hipoteca tenga vida propia, es necesario que se constituya y acepte expresamente concurriendo los elementos de la relación jurídica, lo que hace que la misma surga contractualmente. Al haberme referido a la naturaleza contractual de hipoteca en virtud de los elementos personales en su constitución, es necesario agregar que no son únicamente estos elementos los que le dan esa categoría, pues existen también una serie de requisitos de carácter formal, que establecen que la hipoteca encuadra en una forma de contrato solemne. Es indispensable por otro lado que la hipoteca para que quede válidamente constituida, reúna los principios de publicidad e inscripción registral y se haga constar en escritura pública. La Capacidad para hipotecar se encuentra definida en los artículos 835 y 862 del Código Civil de Guatemala; en virtud de tales preceptos, la capacidad para hipotecar corresponde al que puede enajenar y sólo pueden hipotecarse los inmuebles que pueden ser enajenados. El negocio jurídico requiere para su validez, capacidad legal del sujeto que declara su voluntad; consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito dice el código en la doctrina del artículo 1251 y agrega, toda persona es legalmente capaz para hacer declaración de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquellas a quienes la ley declare específicamente incapaces (Arto. 1254). Permítaseme anotar que

el sujeto pasivo de la relación que se comenta puede actuar además de la forma personal, por representación. La ley permite esa modalidad de suplir la forma personal mediante un poder otorgado a una tercera persona, poder que debe llenar ciertos requisitos que no menciono por creer que no incumben a la naturaleza de este capítulo. También para que el sujeto pasivo (deudor hipotecario) pueda constituir el gravámen, es necesario que sea legítimo propietario del bien o de los bienes sobre que recaiga la hipoteca. A este respecto se manifiesta el código en el artículo 835, que establece que solo puede hipotecar el que puede enajenar y únicamente pueden ser hipotecados los bienes inmuebles que pueden ser enajenados. La enajenación es la transferencia de dominio de una persona a otra. Dentro del nombre genérico de enajenación, queda comprendido: la venta, permuta, donación y en general, todas las formas de transmitir bienes y derechos.

V.1.3 ELEMENTOS FORMALES DE LA GARANTIA HIPOTECARIA.

El tratadista Valverde (17) al hacer referencia amplia al requisito registral casi se olvida del no menos importante como lo es, la escrituración. En este sentido me parecen más acertados Colín y Capitant (18) quienes si abarcan estos dos aspectos (documento notarial y registro) que son los que constituyen los elementos formales. Dicen Colín y Capitant que es indispensable el documento notarial y su inscripción para la constitución de la hipoteca; agregan que para las hipotecas queden válidamente constituidas se requiere: a) Que se hayan constituido en escritura; y b) Que la escritura se haya inscrito en el registro de la propiedad. Siguiendo el autor citado se deduce que para la realización del contrato de hipoteca requiérase en primer término el acto material de la facción del instrumento

(17) Valverde-Joaquín, Tratado de Derecho Civil Español, Pags. 610-611.

(18) Op. cit., pag. 437.

notarial. Colín y Capitan al igual que muchos tratadistas justifican la exigencia apuntada en atención a la seguridad del deudor, necesitan la asesoría del Notario para perfeccionar el acto; al primero para informarle sobre la constitución de la hipoteca; al segundo, los requisitos para su seguridad, cuestiones de capacidad, causas de ineficiencia en la constitución del gravámen, etc. Esta clase de instrumentos notariales según nuestra ley, deben observar ciertas particularidades además de las señaladas en los artículos 29,30,31,32 del Código de Notariado (Decreto 314 del Congreso de la República) tales como apuntadas en el artículo 1136 del Decreto Ley 106, porque son datos que el registrador debe hacer constar al asentar en los libros respectivos esta clase de gravámen. El segundo elemento formal de la relación jurídica hipotecaria lo constituye: La inscripción de la Hipoteca. Colín y Capintant (19) dicen que la inscripción registral es un requisito esencial para la validez de la hipoteca y no solamente respecto de terceros sino incluso entre los mismos interesados". De las palabras del actor citado se deduce que si el acto de la constitución de la hipoteca no recibe la inscripción registral no es válido. Agrega Colín y Capintant que el Notario deberá cuidar que se consignen en el acto de la facción del instrumento todas las circunstancias necesarias para la inscripción (20).

Deberá también tomarse en cuenta en el caso del contrato de mutuo con garantía hipotecaria el monto de la obligación, los intereses pactados, el plazo; y este aspecto es importante para nuestra ley y para las personas que intervienen en el acto porque si el registro no toma nota de los intereses por ejemplo, estos no se considerarán asegurados para los efectos futuros tales como la prescripción y éste (el plazo) según la ley no se determina por la fecha de la inscripción en el registro sino por el vencimiento de la obligación y éste está contenido en las

(19) Op. Cit. Pag. 437.

(20) Op. Cit. Pags. 439 y 440.

cláusulas del contrato. Los aspectos apuntados están contenidos en la doctrina del artículo 844 del Código, al igual que el requisito de la inscripción en el registro general de la propiedad, siempre que esté acreditado el dominio del inmueble con anterioridad. En este sentido el artículo 1125 del Código Civil, manda que "en el Registro se inscribirán:... 2o.) los títulos en que se constituyan, modifiquen, reconozcan o extingan derechos de hipoteca y cualesquiera otros derechos reales sobre inmuebles. La Doctrina a través de sus más connotados exponentes le dedica mucha atención al acto jurídico de la inscripción, y es que es un acto esencial. La inscripción no es solamente el acto material del Registro por el cual queda una constancia (en sus libros) que asegura derechos. Es además un acto valorizado que se produce por tres razones distintas, las que según Puig Peña (21) son: Razones de orden anterior: están representadas por las mínimas exigencias del mundo jurídico extrajudicial, concentradas por las mínimas exigencias del mundo jurídico extrajudicial, concentradas en la necesidad del instrumento público (escritura) y en que éste refleje una relación jurídico material plenamente viable; b) Razones de orden concomitante: integradas por la necesidad de la petición de la inscripción; c) Razones de orden subsiguiente: es el despliegue eficaz de efectos fundamentales que la inscripción produce en el ámbito del derecho.

V.1.4. ELEMENTOS REALES DE LA GARANTIA HIPOTECARIA.

El tratadista Valverde (22) en relación con los elementos reales dice: "solo podrán ser objeto de hipoteca los bienes inmuebles y derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre los bienes inmuebles". A continuación Valverde incluye entre los elementos reales una descripción de los bienes que pueden hipotecarse, restricciones al respecto, y los bienes

(21) Opt. Cit. Pags. 133 a 135.

(22) Op. Cit., Tomo II, Pág. 632.