

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

**INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA PRENDA EN
LA EJECUCION DE CREDITOS PRENDARIOS DEL BANCO
NACIONAL DE DESARROLLO AGRICOLA**



TESIS

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

POR

JOSE LUIS GONZALEZ SANTOS

Previa a optar al Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Y a los Títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Octubre de 1994

PROPIEDAD DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
Biblioteca Central

DL
04
T(1387)

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. Luis César López Permouth
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:	Lic. Héctor Anibal De León Velasco
(en funciones)	
EXAMINADOR:	Licda. Hilda Rodríguez de Villatoro
EXAMINADOR:	Lic. Luis Haroldo Ramírez Urbina
EXAMINADOR:	Lic. José Roberto Mejía Izeppi
SECRETARIO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana

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).

3623-94

Guatemala, 5 de Octubre de 1994.-

Señor Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales.-
Universidad de San Carlos de Guatemala.-

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA
HORAS 15:00
OFICIAL

Señor Decano:

De manera atenta, me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de la resolución de fecha 17 de Noviembre de 1993 de esa Decanatura, asesoré al bachiller: José Luis Gonzalez Santos, en su trabajo de tesis " INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA FREUDA EN LA EJECUCION DE CREDITOS PRENDARIOS DEL BANCO NACIONAL DE DESARROLLO AGRICOLA".-

El bachiller Gonzalez Santos, realizó estudios, investigaciones y trabajo de campo necesarios para su trabajo, esfuerzo que se debe estimar meritorio, si advertimos que el tema carece de estudios serios y su practica judicial es muy escasa.-Conforme lo anterior afirmo que el trabajo en mención, reúne los requisitos esenciales y que es procedente para presentarse en examen público.-

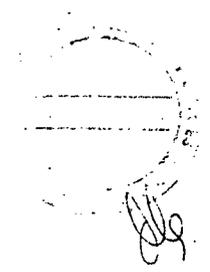
Me suscribo del señor Decano, con muestras de consideración y respeto:

Roberto Samayoa
ROBERTO SAMAYOA
ABOGADO Y NOTARIO
CUL. No. 1717



FACULTAD DE CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

Cludad Universitaria, Zona 13
Guatemala, Centroamérica



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES;
Guatemala, octubre veinticuatro, de mil novecientos noventa-
ticuatro.-----

Atentamente pase al Licenciado CARLOS RUBEN GARCIA PELAEZ,
para que proceda a revisar el trabajo de Tesis del Bachi-
llero JOSE LUIS GONZALEZ SANTOS y en su oportunidad emita -
el dictamen correspondiente.-----

[Handwritten signature]

[Faint circular stamp]

memo/

3746-94
[Handwritten signature]

Guatemala, 28 de octubre de 1994

Señor Decano de la Facultad
de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de San Carlos de Guatemala
P r e s e n t e.

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES
SECRETARÍA
18 OCT 1994
[Handwritten signature]

Señor Decano:

De manera atenta y respetuosa, me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento que en cumplimiento de la providencia de fecha 24 de los corrientes, de ese Decanato, procedí a revisar la monografía que el Br. JOSE LUIS GONZALEZ SANTOS someterá a consideración del tribunal examinador en su examen público.

En el desarrollo del trabajo de tesis que el sustentante intitula: " INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA PRENDA EN LA EJECUCION DE CREDITOS PRENDARIOS DEL BANCO NACIONAL DE DESARROLLO AGRICOLA " se tocan todos los aspectos relacionados con la materia y tiene el mérito de incluir casos concretos que señalan los diferentes problemas que se han dado por la inobservancia en la determinación de la existencia de la prenda.

En su desarrollo el trabajo refleja conocimientos sobre el tema y evidencia que se consultó la bibliografía adecuada.

Por lo anterior, cumplo con informar que puede autorizarse su impresión.

Atentamente,

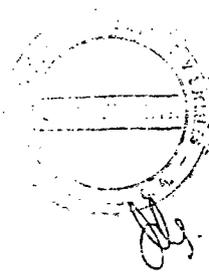
[Handwritten signature]

Lic. Carlos García Pineda
Abogado y Notario

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,
octubre treinta y uno de mil novecientos novecicuatro.-----

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión
del trabajo de tesis del Bachiller JOSE LUIS GONZALEZ SANTOS intitulado
"INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA PRENDA EN LA EJECUCION DE CREDITOS
PRENDARIOS DEL BANCO NACIONAL DE DESARROLLO AGRICOLA". Artículo 22 del Reglamento para Exámenes Técnico Profesionales
y Público de Tesis.-----

Handwritten signature or scribble



Large handwritten signature

DEDICATORIA

- Acto que dedico:

A: Dios, Creador del Universo; y, a la Santísima Virgen María bajo la advocación del Rosario.

A: Mis queridos padres: Licenciado Manuel González Rodas, y Profesora Marta Olga Santos Grajeda de González, incansables forjadores de - mi vida.

A: Mis hermanos: Juan Carlos, Olga Luz, Manuel Fernando y Ana Teresa, por su cariño y apoyo de siempre.

A: Loreta Esperanza Amaya Villavicencio, por ser mi hermosa fuente de inspiración y por su invaluable ayuda.

A: Mis parientes y amigos, especialmente a: Ruth Marilyn Vivas García, por su aprecio y solidaridad en todos estos años de vida universitaria.

A: La Tricentenario Universidad de San Carlos de Guatemala, y en especial a mi querida Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por - abrirme sus puertas y hacer de mí el profesional de hoy y del mañana.

Y finalmente a Guatemala, mi bella tierra que me vió nacer, crecer y llegar a ser un miembro útil de su sociedad.

INDICE

INTRODUCCION.....	1
Título 1 ASPECTOS FUNDAMENTALES.....	3
Capítulo I PROCESO.....	3
Capítulo II INCIDENTES.....	14
Capítulo III CONTRATO DE MUTUO CON GARANTIA PRENDARIA	22
Capítulo IV PRENDA.....	35
Capítulo V DEPOSITARIO DE LA PRENDA.....	42
Título 2 INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA PRENDA.....	55
Capítulo I EJECUCION DE CREDITOS GARANTIZADOS CON PRENDA.....	55
Capítulo II ENFOQUE PRACTICO.....	70
CONCLUSIONES.....	74
RECOMENDACIONES.....	75
BIBLIOGRAFIA.....	76

estadísticamente la autenticidad de la existencia del problema.

Lo anterior nos sirve para tratar de concluir si se cumple o no la hipótesis que fundamenta mi Tesis, y que a continuación enuncio: "Sí, es necesario establecer la existencia de la prenda dada en garantía por medio de incidente a favor del Banco Nacionanl de Desarrollo Agrícola "Bandesa", para asegurar o garantizar la efectividad de la ejecución, con el fin de que el Banco no sea objeto de una demanda por daños y perjuicios e inclusive de un proceso de carácter penal: y/o que no pueda recuperarse el capital prestado".

I N T R O D U C C I O N :

Los años que he tenido la honra de trabajar para un Mandatario Judicial con representación del BANCO NACIONAL DE DESARROLLO AGRICOLA "BANDESA", me han dado la oportunidad de observar de cerca la problemática que conlleva promover hasta su fenecimiento un proceso ejecutivo en la vía de apremio, a favor de dicha Institución bancaria; originandose por esa razón la inquietud de escribir acerca del tema: "INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA PRENDA EN LA EJECUCION DE CREDITOS PRENDARIOS DEL BANCO NACIONAL DE DESARROLLO AGRICOLA".

En la presente Tesis no trata simplemente de enunciar el trámite del procedimiento incidental, (para ello bastaría simplemente leer lo que regula la Ley del Organismo Judicial), sino dar a entender por qué, en las ejecuciones en la vía de apremio del Bandesa, en donde figura la prenda como garantía, es no sólo oportuno sino que necesario promover el mencionado incidente; saber qué se logra promoviendolo, y qué se evita. Porque, sabiendo que la realidad actual nos demuestra que en estos juicios se presenta la posibilidad constante de que no exista la garantía prendaria que sirve de base para la ejecución; necesidad e irresponsabilidad sería seguir el procedimiento de la vía de apremio mecánicamente y rematar una prenda que si no existe y se adjudica ya sea al mismo banco, o aun peor, a una tercera persona en calidad de postor le provocaría a la Institución bancaria no sólo pérdida en la recuperación de sus operaciones activas, sino también ser objeto de posibles demandas por daños y perjuicios e inclusive procesos de carácter penal.

Para comprender las razones que me motivan y que he mencionado brevemente en el parrafo anterior, se estructuró la presente tesis con dos grandes títulos, compuestos a su vez cada uno de varios capítulos. Un primer Título que servirá de cimiento o base para el tema central, tocandose aspectos fundamentales, tales como son: el Proceso, Incidentes en general, el Contrato de Mutuo con garantía prendaria, un elemento más que protagónico como es la PRENDA, y el depósito de la prenda. En un segundo Título, nos referimos en concreto al problema central: EL INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA PRENDA, haciendo una visualización de lo que es la ejecución en la Vía de Apremio, particularmente de las Instituciones Bancarias y analizando lo que es el trámite del juicio sin promover el incidente, y promoviendo el incidente. Complementando dicho título, efectué una prueba de muestreo, con el objeto de establecer

Existen, por lo tanto, procesos químicos, físicos, biológicos, psíquicos, etc., como existen procesos jurídicos. Para que haya un proceso, no basta que los fenómenos o acontecimientos de que se trata se sucedan en el tiempo: es necesario además, que mantengan entre sí determinados vínculos, que los hagan solidarios los unos de los otros, sea por el fin a que tiende todo el proceso, sea por la causa generadora de los mismos. No hay proceso cuando se trata de hechos o acontecimientos que se suceden al tiempo, pero que están desvinculados entre sí.

El mismo autor delimita la definición y se refiere entonces al proceso Jurídico en particular, y dice al respecto, que es una serie de actos jurídicos que se suceden en el tiempo, y se encuentran concatenados entre sí para el fin u objeto que se quiere realizar con ellos. Lo que da unidad al conjunto y vinculación a los actos, es precisamente la finalidad que se persigue, lo que configuara la Institución de que se trata.

En su acepción jurídica más general, la palabra proceso, comprende a los procesos legislativos, administrativos, judiciales, civiles, penales, mercantiles, etc. la palabra proceso tiene en el léxico jurídico diversas acepciones: a) agregado de los autos y demás escritos en cualquier causa civil o criminal; b) Causa Criminal; c) La serie de actos que se realizan ante los Tribunales para substanciar el juicio; d) "vestir el proceso": formando con todas las solemnidades requeridas; y. e) fulminar el proceso, ponerlo en estado de sentencia.

- La palabra proceso viene del Derecho Canónico; y. se deriva de PROCEDO, (termino equivalente a avanzar).
- Según Calamandrei proceso es una serie de actos coordinados y regulados por el derecho procesal, a través de los cuales se verifica el ejercicio de la jurisdicción.
- En su obra de derecho procesal civil el destacado autor nacional Mario Agurre Godoy(4), cita los criterios de algunos autores como por ejemplo: Niceto Alcalá-Zamora y

(4) Aguirre Godoy, mario. "DERECHO PROCESAL CIVIL": Guatemala, Centro de Reproducciones, Universidad Rafael Landívar, 1986. Pág. 238.

T I T U L O 1

ASPECTOS FUNDAMENTALES

CAPITULO I

P R O C E S O:

DEFINICION:

Resulta una tarea compleja el procurar una definición de lo que es el proceso, ya que al respecto existen diferentes criterios sostenidos en doctrina por eminentes jurisconsultos; pero, para formarnos una idea de lo que es el proceso citaré algunas de estas definiciones.

- Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.(1) es en sentido general: acción de ir hacia adelante.// Conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno.// Conjunto de diligencias judiciales de una causa civil o criminal.
- Proceso. de acuerdo al criterio de Manuel Ossorio(2), "En un sentido amplio equivale a juicio, causa pleito: en la definición de algún autor, la secuencia, el desenvolvimiento, la sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico.// En un sentido mas restringido, el expediente, autos o legajo en que se registran los actos de un juicio cualquiera sea su naturaleza.""
- Por su parte Eduardo Pallares(3), dice que en su acepción mas general, la palabra proceso significa un conjunto de fenómenos, de actos o acontecimientos, que suceden en el tiempo y que mantienen entre si determinadas relaciones. Así entendido, el proceso es un concepto que emplean lo mismo la ciencia del derecho que las ciencias naturales.

(1) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. "DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA"; España. Editorial Espasa-Calpe, 1950, pág.1243.

(2) Ossorio, Manuel. "DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES"; Argentina. Editorial Heliasta.S.R.L..1981. Pág.615.

(3) Pallares, Eduardo. "DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL". México. Editorial Porrúa, S.A. 1956. Pág.534 a 538.

sucesión de hechos. Con esa palabra se hace mención del devenir de un fenómeno, y, por tal circunstancia se puede hablar de procesos químicos, físicos, mecánicos, etc.

- B) No es cierto como algunos pretenden, que en la idea del proceso esté implícito la de "AVANCE", esto es, que la serie de fenómenos se haga siempre que la dirección se adelante y traiga consigo un progreso. En el proceso judicial hay actos que lejos de conducir a ese fin, lo retrasan o la paralizan definitivamente; por ejemplo, la petición de las partes para que se suspenda el procedimiento.
- C) Casi siempre el proceso es una "sucesión de actos", y en todo caso constituye una realidad dinámica y no estática.
- D) El proceso judicial se distingue de todos los demás procesos, "por su tendencia" y no por los resultados que cada acto que lo constituye produzca. Para comprenderlo hay que tener en cuenta dicha tendencia de las partes de él a actuar como un todo.
- E) La doctrina que sostiene que la tendencia o fin del proceso es la actuación de la ley o lo que es igual, la realización del derecho objetivo, sólo en parte es verdadera, porque en muchos casos la ley no se cumple.
- F) La doctrina que afirma que la tendencia del proceso es la realización del derecho subjetivo es falsa, por dos razones: primero, porque implica una contradicción, y segundo, porque está en pugna con la realidad procesal. "afirmar que el proceso tiende a la tutela o protección de los derechos subjetivos, es sin duda, una contradicción, puesto que los derechos subjetivos son ya por definición intereses protegidos jurídicamente. La segunda objeción consiste en que en muchos casos, el proceso judicial tiene lugar sin que exista ningún derecho subjetivo que proteger.

NATURALEZA:

En relación a la naturaleza del proceso existen las siguientes teorías:

-TEORIA DEL CONTRATO: Considera que los derechos y obligaciones de carácter procesal proceden de un contrato celebrado por los litigantes, que se comprometen a estar y pasar por el resultado de la decisión. Esta tesis es rechazada argumentándose que siendo el proceso

Castillo, que en relación a la designación de "Proceso" es relativamente moderna, ya que antiguamente se usaba la denominación juicio que proviene de "iudicare" que quiere decir declaración del derecho, pero dicha denominación es sustituida actualmente por la de proceso que es mucho más amplia. Denota actividad, y en esa virtud comprende todos los actos realizados por las partes sea cual sea su origen; y, además comprende también las actividades de mera ejecución, que quedaban excluidas con el término juicio, que forzosamente implica una controversia de partes. Para Chiovenda, "el proceso civil es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley (en relación a un bien que se presenta como garantizado por ella), por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria". El proceso es por lo tanto una actividad de los órganos encaminada al ejercicio de una función estatal, para entender la definición de Chiovenda es bueno tener presente que "por actuación de la voluntad concreta de la ley", entiende aplicar la ley en el caso judicial de que se trate. Además, sostiene que el fin del proceso no es la realización de un derecho subjetivo, sino la actuación de la voluntad de la ley.

- De las numerosas definiciones que del proceso se han dado, cabe distinguir tres grupos perfectamente delimitados:

- a) DEFINICIONES DE TIPO OBJETIVO, son las más frecuentes, encontrándose en las obras de Chiovenda, Prieto Castro y Manuel de la Plaza. "El proceso para estos autores es, "una serie de actos que tienden a la actuación del derecho objetivo".
- b) DEFINICIONES DE TIPO SUBJETIVO: su principal defensor es Hellwing, quien lo concibe como "un instrumento destinado a la tutela de los derechos subjetivos".
- c) DEFINICIONES MIXTAS; son las más certeras, destacando la de Jaime Guasp, que considera el proceso como una sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de los órganos del Estado, instituidos especialmente para ello.

Por la importancia y aceptación que ha tenido en la doctrina el trabajo que sobre la teoría del proceso ha desarrollado Jaime Guasp, es oportuno incluir algunas ideas sostenidas por dicho autor:

- A) El proceso en su sentido más amplio es una serie o

de carácter marcadamente privatista y desconocedoras de la función pública del proceso. En cuanto a la teoría de la situación jurídica, resulta ser una crítica a la teoría de la Relación jurídica; y, se le ha objetado que toda situación jurídica supone una relación jurídica, así como que en esta teoría el Juez queda excluido de la relación procesal. Quedando pues las teorías de el proceso como una relación jurídica, y, la teoría del proceso como una Institución; ambas son las que tienen mayor aceptación entre los autores, y en mi opinión una posición ecléctica entre dichas teorías sea la que de la pauta para establecer la naturaleza jurídica del proceso, teniendo como apoyo el criterio sostenido por el autor De Pina y Larrañaga, en la cita de Mario Aguirre Godoy(5), que dice que""El concepto de relación jurídica no es, por otra parte opuesto al de Institución. Por el contrario, toda institución jurídica considerada en su aspecto fundamental, pone de relieve relaciones jurídicas innegables"".

FINES:

Al respecto de los fines del proceso Eduardo Pallares(6), se refiere al mismo y dice que hay que distinguir entre el fin próximo y el fin remoto. Respecto a este último, los jurisprudencistas están de acuerdo, pero no en lo que concierne a aquél. El fin remoto consiste en evitar que los particulares se hagan justicia por sí mismos y a causa de ello se perturbe la paz social. Siguiendo esa idea el artículo 203 de nuestra Constitución Política, se refiere en su párrafo primero entre otras cosas que, "corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado...; más adelante en el tercer párrafo del mismo artículo señala que la función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca". Si el Estado, tiene como deber ineludible mantener el orden y la paz sociales, es incuestionable que uno de los medios de los que se sirve es el de la jurisdicción y del proceso correlativo. Jaime Guasp, en la cita de Eduardo Pallares, dice que el fin remoto consiste en lograr una paz justa.

En cuanto al fin próximo del proceso jurisdiccional, no hay un acuerdo sobre el particular entre los autores. El autor Mario Aguirre Godoy, menciona que para el estudio del

(5) Aguirre Godoy, Mario. Obra citada, págs. 250 y 251.

(6) Pallares, Eduardo. Obra citada, págs. 536 a 538.

una institución de Derecho Público, no cabe aplicarle una noción tan privada como es la del contrato.

-TEORIA DEL CUASICONTRATO: Parte esta tesis de la consideración histórica del cuasicontrato de "LITIS-CONTESTATIO" del proceso romano, intentando ver en el proceso moderno un trasunto de aquel acuerdo de las partes, en virtud del cual se comprometían a acatar la decisión que, en su día, dictase el IUDEX PRIVATUS. Ahora bien, si ya en el derecho romano la litis-contestatio era un mero formulismo que la época clásica se sobre entendía, mal puede desempolvarse tan arcaica figura y fundar en ella la esencia del proceso: aparte de que el cuasicontrato sigue siendo una institución privada inadaptable al campo procesal.

-TEORIA DE LA RELACION JURIDICA: Es la más aceptable y la más abundante en bibliografía. Hay que considerar que mientras para algunos el proceso es una relación jurídica, para otros constituye una situación jurídica; lo cierto es que la relación jurídico-procesal se diferencie la jurídico-material, caracterizándose por las siguientes notas:

- a) Es autónoma, es decir, prescinde del resultado final del proceso;
- b) Es única, aunque constituida por una serie de actos complejos;
- c) Es pública, puesto que regula una actividad pública, la jurisdiccional.

-TEORIA DE LA SITUACION JURIDICA: Siendo uno de sus precursores Goldshmidt, para quien el proceso, es una situación jurídica, negando terminantemente la tesis de la relación jurídica, ya que la esencia de esta es el constituir derechos y deberes, y estos no existen en el proceso, en el cual a lo más, hay expectativas, posibilidades y cargas.

-TEORIA DE LA INSTITUCION: Parte de la idea de que la institución es la "adhesión de las voluntades particulares a una idea común objetiva". Jaime Guasp, sostiene esta postura en el caso procesal, por entender que en el proceso existe la idea común objetiva, que es la actuación o denegación de la pretensión, y las voluntades adheridas a esta idea, que son las de los diversos sujetos que en el proceso figuran.

Considerando las teorías citadas en relación a la naturaleza jurídica del proceso, se concluye que es sumamente complejo el problema dado la diferencia de criterios existentes. La mayoría de autores tienden a descartar las teorías del Contrato y del Cuasi-contrato, por considerarlas

por objeto actuar la voluntad de la ley para lograr el bien de la vida. Sea cual fuere el resultado del proceso, favorable o adverso al actor, siempre se tiende en él a la actuación de la ley, aplicandola al litigio de que se trate. A ésta doctrina también se hace objeciones como las siguientes: a) El juez no siempre aplica la ley en el proceso sino que, por lo contrario, la viola en su letra o en su espíritu de buena o de mala fe; b) otra objeción puede fundarse en la existencia de los procesos que Carnelutti llama dispositivos, o sea aquellos en los que el juez CREA la norma por no existir alguna aplicable a la cuestión litigiosa. En este caso no puede decirse que el proceso tenga como finalidad jurídica reconocida por el derecho, actuar una voluntad de la ley que no existe; c) finalmente la principal objeción contra la doctrina del derecho objetivo, es su carácter unilateral y el reconocimiento implícito que hace de que mediante el proceso lo que en definitiva se busca es la realización de los derechos subjetivos.

-DOCTRINA DE CARNELUTTI: El punto esencial de su doctrina consiste en afirmar que el proceso no tiene otro objeto que la composición de los litigios, mediante la cual se logra la paz social. Por composición entiende, poner al litigio mediante la sentencia en los juicios declarativos o la ejecución en los ejecutivos.

-DOCTRINA DE LA PRETENSION DE GUASP: Los puntos fundamentales de esta doctrina son los siguientes: a) hay que distinguir EL FIN A QUE TIENDE EL PROCESO, de los resultados positivos que mediante él se logren. Estos pueden ser, en ocasiones muy diferentes de aquél, lo que no constituye un argumento contra la naturaleza intrínseca de dicho fin. b) Si el proceso tuviese como único fin la actuación del derecho objetivo, debería suceder que siempre que se viola una norma jurídica surgiese un proceso para hacerla respetar. c) Tampoco tiene como fin la tutela de los derechos subjetivos. d) jurisdicción y proceso son nociones correlativas. El proceso es en su esencia, una actuación de pretensiones llevadas a cabo ante el Estado, la jurisdicción es la función estatal de dicha actuación. e) El proceso no tiene como fin actuar los derechos subjetivos, SINO LAS PRETENSIONES FUNDADAS QUE LAS PARTES FORMULAN ANTE EL ORGANISMO JURISDICCIONAL. Lo que en los juicios se discute y resuelve, no son los derechos subjetivos, sino las pretensiones mutuas de las partes, QUE HAN DE SER FUNDADAS PARA QUE PUEDAN ORIGINAR UN PROCESO. f) En todo proceso hay una dualidad fundamental la del que pretende y pide, y la del que otorga y decide. Las partes por un lado y el organismo jurisdiccional

fin del proceso. se han agrupado las doctrinas en dos corrientes fundamentales. la subjetiva y la objetiva; pero, nosotros para continuar con una misma línea de ideas se quiremos haciendo referencia al trabajo de Eduardo Pallarés, quien hace un análisis un tanto más amplio y dice que existen varias doctrinas. siendo las principales:

- a) Doctrinas que atribuyen al proceso varios fines.
- b) Doctrina del Derecho Subjetivo.
- c) Doctrina del Derecho Objetivo.
- d) Doctrina de Carnelutti.
- e) Doctrina de Guasp.

-DOCTRINA QUE ATRIBUYE AL PROCESO VARIOS FINES: Hugo Rocco se aparta de los demás juriconsultos, y sostiene: a) que el proceso como Institución no puede tener ningún fin; b) que el fin lo persiguen las personas que en él intervienen. Como estas son varias, mediante el proceso cada una de ellas trata de obtener un objeto determinado; dice que en realidad, no hay un fin del proceso, sino varios fines de los sujetos procesales.

-DOCTRINA DEL DERECHO SUBJETIVO: Esta doctrina es la más antigua. Según ella el fin del proceso consiste en hacer efectivos los derechos subjetivos cuando son violados o desconocidos o cuando existe el temor de que lo sean en lo futuro. Los autores clásicos fueron partidarios de ella, que tiene a su favor la tradición. Los juriconsultos modernos la rechazan formulando en su contra varios argumentos como los siguientes: a) De ser verdadera, el proceso jurisdiccional únicamente debería existir en los casos en que hubiera un derecho subjetivo desconocido o violado; b) Otra objeción sostenida por Carnelutti, Chioyenda, Gruasp, Rocco y otros, consiste en que como el derecho subjetivo es el interés tutelado por la norma, afirmar que el proceso tiene como finalidad tutelar el derecho subjetivo, es tanto como sostener que el actor pide del órgano jurisdiccional tutele lo que ya está tutelado, proteja lo que ya está protegido; c) También se ha objetado a la doctrina del derecho subjetivo, que en los procesos meramente declarativos no se hace efectivo ningún derecho subjetivo, porque concluyen con una sentencia simplemente declarativa. Dicha objeción a la vez es refutada diciendo que esos procesos tienen como fin hacer efectivo el derecho de obtener la declaración, que únicamente puede realizarla el órgano jurisdiccional.

-DOCTRINA DEL DERECHO OBJETIVO: De la cual Chioyenda es uno de sus principales sostenedores. Después de rechazar la doctrina del derecho subjetivo, dice que todo proceso tiene

jurisdicción voluntaria, no sin cierto equivoco toda vez que como se ha señalado por la doctrina a la jurisdicción contenciosa se le opone propiamente la jurisdicción "no--contenciosa" (por ejemplo el juicio en rebeldía), y no la jurisdicción voluntaria.

POR SU FUNCION: Señala tres tipos: DE CONOCIMIENTO, DE EJECUCION Y CAUTELAR.

El primero también llamado de declaración, de cognición o jurisdiccional, tiene como fin establecer el título ejecutivo, y luego la ejecución judicial con base en ese título. También se advierte la existencia del proceso de ejecución cuando tiene como base un título contractual. Por aparte y en referencia al proceso cautelar, no ha sido reconocida plenamente por la doctrina y menos por la legislación. Mas bien se habla de providencias o medidas cautelares o asegurativas.

-POR SU ESTRUCTURA: Si se considera el proceso en su estructura, en el sentido de arquitectura del proceso, encontramos diferentes tipos procesales tales como: proceso con contradictorio y sin él. Siempre dentro de la clasificación del proceso por su estructura, tenemos aquella determinada por el órgano jurisdiccional que substancie el proceso y decida el litigio, al cual Alcalá llama criterio judicial subjetivo, y así distinguimos procesos desenvueltos ante jueces públicos o ante jueces privados.

-POR LA SUBORDINACION: Finalmente Alcalá Zamora y Castillo distingue el proceso por La Subordinación y dice que en cuanto a la subordinación de un proceso a otro, se dividen los tipos procesales en INCIDENTALES y PRINCIPALES O DE FONDO, distinguiéndose entre los incidentales los de simultanea y los de sucesiva sutanciación.

Considerando el criterio indicado de Jaime Guasp que de la clasificación del proceso civil hace se distinguen dos clases de proceso: PROCESOS COMUNES U ORDINARIOS Y PROCESOS ESPECIALES.

-PROCESO ORDINARIO: Es el que se aplica como regla general en todas las cuestiones de derecho privado, teniendo por finalidad obtener una declaración con plena fuerza de cosa juzgada y eventualmente la ejecución de lo declarado.

-PROCESOS ESPECIALES: La clasificación mas importante dentro de los procesos especiales es la que se obtiene a base del examen de la actuación a que el proceso tiende.

por otro. "Todo proceso exige una pretensión, toda pretensión lleva consigo un proceso: ningún proceso puede tener un contenido mayor, menor ó distinto que el de la correspondiente pretensión" g) Cuando el juez actúa de oficio no obra como órgano jurisdiccional sino como órgano administrativo. h) El fin próximo del proceso, es la actuación de las pretensiones formuladas al órgano jurisdiccional, pero su fin remoto, su trascendencia última, es lograr la paz social justa.

CLASES DE PROCESO:

Segun la clasificación de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, la primera categoría de tipos procesales está determinada por el CONTENIDO del proceso, distinguiendose aquellos que resultan de la diversa materia litigiosa a que se refieren; o sea que, segun las diversas ramas del derecho que conozcamos, así habrá un tipo procesal definido, el cual puede ser civil, penal, administrativo, constitucional, laboral, canónico, etc.

De conformidad con las ideas de Jaime Guasp (citado por Mario Aguirre Godoy (7), dice que no es necesario que determinado proceso corresponda exactamente con cierta especial categoría de normas jurídicas, porque como sucede en España, al igual que en Guatemala, el proceso civil sirve para actuar pretensiones basadas en normas civiles o mercantiles. O sea que comprende a ambas. Por eso para que exista una especial categoría de procesos, basta que haya un grupo especial de pretensiones, cuya actuación se confía a ciertos órganos jurisdiccionales. Para Guasp habrán dos categorías de proceso: COMUNES, como el penal y el civil; y ESPECIALES, los demás: administrativo, social o del trabajo, etc.

Segun el criterio de Alcalá Zamora y Castillo, la clasificación en cuanto al proceso civil en particular, sería así:

-POR SU CONTENIDO: Encontramos la división de los juicios en universales y singulares; distinción que se hace segun que afecten o no la totalidad del patrimonio.

Siempre atendiendo al contenido, pero segun la índole del proveimiento emitido por la autoridad judicial, encontramos los de jurisdicción contenciosa opuestos a los de

(7) Aguirre Godoy, Mario. "Drecho Procesal Civil" Pág. 255.

distinguiendose:

- A) PROCESO DE COGNICION: Es el que tiene por objeto una pretensión, cuya actuación exige la emisión de una declaración de voluntad por parte del órgano jurisdiccional. Dentro de él se pueden hacer otras distinciones: a) Proceso Constitutivo, que tiene a obtener la creación, modificación o extinción de una situación jurídica; b) Proceso de Mera Declaración: que es el que tiende a obtener la simple fijación de una situación jurídica; c) Proceso de Condena: que tiende no a la constitución, sino a su imposición.
- B) PROCESO DE EJECUCION: Es el que tiene por objeto una pretensión cuya actuación exige una manifestación de voluntad por parte del órgano jurisdiccional, manifestación que se traduce en una conducta física de aquel, cabe distinguir: a) Proceso de Dación, si la conducta que quiere obtenerse del órgano jurisdiccional es un dar, bien sea dinero u otra cosa; b) Proceso de Transformación, si la conducta que quiere obtenerse es un hacer distinto del dar. Y.
- C) PROCESO PREVENTIVO O CAUTELAR: Es aquel que en relación unas veces con el proceso de cognición y otras con el de ejecución, tiende a asegurar sus consecuencias mediante el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho; o a prevenir las repercusiones, posiblemente perjudiciales, de la demora en el pronunciamiento de la resolución. Dentro de ellos cabe distinguir: a) Proceso Cautelar Conservativo, como por ejemplo el Secuestro; b) Proceso Cautelar Innovativo, como es el depósito de personas, el embargo preventivo y el aseguramiento de bienes litigiosos.

Agrega además que desde el punto de vista del derecho positivo, añade que puede referirse al fondo, como a la forma. Para Guasp, la mejor forma de asentar esta dificultosa figura del incidente, es dentro de las anomalías o crisis del proceso, que pueden ser, dice el citado autor, en su iniciación, en su desarrollo y en su terminación. Como procedimiento, el incidente es proceso de cognición especial que sirve de antecedente a otro proceso, para resolver las cuestiones anormales que durante la pendencia de aquel puedan sucitarse.

- En nuestro Código Procesal Civil y mercantil (Decreto Ley 107), en su cuerpo no define ni regula lo relativo a Incidentes, sólo señala en determinados casos concretos que se debe aplicar el procedimiento incidental; para citar algún ejemplo: dentro de la sección de pruebas Anticipadas en lo relativo a exhibición de documentos, bienes muebles o semovientes (artículo 102), el trámite de las excepciones previas (artículo 120), dentro de la prueba de documentos lo relativo a la impugnación de documentos (artículo 187), la Liquidación de Costas (artículo 580), y así otros. Es la LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL (Decreto No. 2-89 del Congreso de la República de Guatemala), el cuerpo legal que en forma supletoria regula lo concerniente a Incidentes en su Título IV, Capítulo III, artículos del 135 al 140, y vemos que el artículo 135 aunque no en una forma amplia define lo que es un incidente, y dice que "deberá tramitarse como Incidente toda cuestión accesoria que sobrevenga y se promueva con ocasión de un proceso y que no tenga señalado por la ley procedimiento...""; de finición que aunque no es muy extensa guarda relación con el criterio sostenido en el medio doctrinal, además de ser en mi opinión más completa que la definición incluida en la anterior ley del Organismo Judicial (Decreto No. 1762 del Congreso de la República de Guatemala) que se limitaba a indicar en su artículo 149 que ""Son incidentes las cuestiones que promueven en un asunto y tengan relación inmediata con el negocio principal...""

Para comprender mejor y comparar lo estipulado por los artículos antes mencionados, es oportuno incluir lo que la doctrina establece al respecto: La Palabra "INCIDENTE" deriva del latín "INCIDO-INCIDENS" (acontecer, interrumpir, suspender) significa en su acepción más amplia, lo que sobreviene accesoriamente en algún asunto o negocio fuera de lo principal, y jurídicamente, la cuestión que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción principal. La palabra incidente puede aplicarse a todas las excepciones, a todas las contestaciones, a todos los acontecimientos accesorios que se originan de un negocio e interrumpen o

CAPITULO III N C I D E N T E S:**-DEFINICION:**

Para comprender qué es un Incidente es preciso citar algunas definiciones al respecto:

- El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española(8) dice que "Incidente es aquel que sobreviene en el curso de un asunto.// Es cada una de las cuestiones accesorias que surgen en los pleitos o juicios".
 - Eduardo Couture (en la cita del Manuel Ossorio y Ripert)(9) explica que el Incidente es el litigio accesorio suscitado con ocasión de un juicio, normalmente sobre circunstancias de orden procesal, y que se decide mediante una sentencia Interlocutoria.
 - Jaime Guasp (10), considera la figura del Incidente como una cuestión anormal que surge durante un proceso, relacionandose, sin identificarse con la cuestión principal, exigiendo un pronunciamiento previo y especial; y, define el tratamiento especial de los verdaderos incidentes como un proceso de cognición especial que tiende a facilitar el desarrollo de otro proceso, mediante la resolución de cuestiones anormales (incidentes) que durante la pendencia de aquel puedan suscitarse.
- Guasp resume los principales caracteres de los incidentes en:

- a) Su ACCESORIEDAD, cuestión que sobreviene durante el curso de un procedimiento principal;
- b) Su Inmediata relación con la cuestión principal, sin identificarse con ella.
- c) La Necesidad de un pronunciamiento especial (prejudicial).

(8) Real Academia de la Lengua Española. "DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA". Pág. 855.

(9) Ossorio y Ripert, Manuel. "DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES". Pág. 372

(10)Guasp, Jaime. "Incidente". Ignacio de Casso y Romero, Et Al. "DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO"; España, Editorial Labor, S.A. 1986. Pág 544.

Procesal Civil y Mercantil, y dentro de un capítulo específico.

Decía el autor Caravantes (en la cita de Manuel De La Plaza)(12), que la frase **INCIDENTE**, así como el concepto **ARTICULO**, usado así mismo en el foro Español, significa "Toda cuestión o contestación accesoria que sobreviene o se forma durante el curso del negocio o acción principal". Pero es indudable que esta definición, por superficial, acaso no permita formar cabal idea de lo que los incidentes propiamente dichos sean; pues la nota verdaderamente esencial que los caracteriza y que indirectamente los define, es su vinculación o relación inmediata con el pleito en que surjan.

GENERALIDADES:

La doctrina de los Incidentes comprende diversos problemas de importancia práctica evidente, como son éstos: ¿Deben los incidentes resolverse antes de la cuestión principal?, ¿Suspenden el curso del juicio?, ¿Las resoluciones que recaen sobre los incidentes tienen la fuerza de la cosa juzgada material y tienen el carácter de verdaderas sentencias?...

Las leyes y la jurisprudencia han resuelto de diversas maneras estas cuestiones. En el Derecho Romano sólo se consideraban como sentencias las resoluciones sobre la cuestión principal planteada en la demanda. Todas las demás que surgían durante el juicio, se reservaban para la definitiva. El Derecho Germánico modificó ese sistema que tiene la ventaja de hacer más rápido el procedimiento, y originó las llamadas sentencias interlocutorias o sean las que resuelven los incidentes antes de que se llegue al fin del juicio. Tienen ese nombre porque se refieren a cuestiones locutorias, es decir, a las que surgen "Inter-Locutus".

Al respecto opina el jurista De La Plaza, que el problema de las interlocutorias, según los más autorizados romanistas, está íntimamente ligado con el de la cosa juzgada. Los Textos reservan la palabra sentencia para expresar técnicamente una decisión jurisdiccional que se pronuncia definitivamente sobre la demanda. Las Interlocuciones, que no reciben el nombre de sentencias, son decisiones rectoras del procedimiento que, de ordinario, sólo cumplen

(12) De La Plaza, Manuel. "DERECHO PROCESAL CIVIL ESPAÑOL". España; Editorial Revista de Derecho Privado. 1955. Pag.238.

alteran o suspenden su curso ordinario. Son incidentes de un juicio el nombramiento de un nuevo procurador, la recusación de un juez u otro funcionario de la administración de justicia, la acumulación de autos la oposición a la prueba pedida, la reclamación de nulidad de una o varias actuaciones, la reposición de una providencia o auto, la petición de termino extraordinario de prueba, etc.; porque todas éstas derivan y traen su origen del negocio principal. Pero no todas las que hemos citado y otras caben dentro de la definición, están comprendidas en las prescripciones de este título, encaminando a trazar el procedimiento que ha de seguirse en todas las cuestiones que la ley tiene como incidentes de la principal. Tanto la ley como la jurisprudencia reconocen también estos incidentes o cuestiones incidentales con el nombre de artículos, pero la verdadera palabra jurídica es la de incidentes, y bajo este nombre principalmente los trata la ley.

Los Incidentes fueron desconocidos en los primeros tiempos del derecho Romano, por la razón de que imperando en el procedimiento de aquel pueblo el sistema formulario, no tuvieron entrada hasta que la litis contestatio, no significando ya la formula pretoriana, se reducía a una simple exposición y contradicción de la demanda entablada, no produciendo ninguna inovación en el pleito, cuyo efecto estaba reservado a la sentencia. El derecho Mexicano antiguo, según lo señala Eduardo Pallares(11), no reconoció expresante los artículos e incidentes: pero la necesidad de resolver las cuestiones que pudieran promoverse con tal carácter durante el pleito, trajo necesariamente la consecuencia de que esos incidentes estuvieran autorizados en el fondo de las leyes. En el Código Procesal Civil Mexicano correspondiente al año 1884 se definía en su artículo 861 a los incidentes como las cuestiones que se promueven en juicio y tienen relación inmediata con el negocio principal.

De la simple observación se establece que dicho precepto es el mismo previsto por nuestra anterior Ley del Organismo Judicial, con la diferencia de que el derecho Mexicano de ese entonces regulaba dentro del cuerpo legal procesal lo relativo a los incidentes mientras que el nuestro no. En tanto que el Código Mexicano vigente no regula los incidentes en capítulo especial, sólo hace referencia a ellos estableciendo la forma de resolverlos; mientras que en nuestro ordenamiento jurídico se regula en un cuerpo legal distinto del Código

(11) Pallarés, Eduardo. Obra citada. Págs. 318 y 319.

- A) Según que su relación sea con el asunto principal, objeto del pleito, o con la validez del procedimiento, en materiales o procesales respectivamente: distinción que tiene su base en el artículo 742 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español (Artículo 742 "dichas cuestiones, para que puedan ser calificadas de incidentes, deberán tener relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del pleito en que se promuevan, o con la validez del procedimiento """) que pudieramos llamar legal, y que no implica un distinto tratamiento procesal. Nuestra Ley del Organismo Judicial no hace tal distinción sino que se limita a señalar en su artículo 135 que toda cuestión que sobrevenga y se promueva con ocasión de un proceso y que no tenga señalado por la ley procedimiento, deberá tramitarse como incidente.
- B) En atención al procedimiento, ordinarios, los que se tramitan conforme a las normas genéricas de La Ley de Enjuiciamiento Civil Español, Título III, que regula este procedimiento, y especiales, los que tienen señalados en la misma ley, un procedimiento específico, entre los que cita el mencionado autor la acumulación de autos, competencia, recusación, etc. Esta clasificación no se aplica en nuestra ley puesto que el artículo antes mencionado indica que será tramitado como incidente "aquellas cuestiones que no tengan señalado por la ley procedimiento".
- C) En consideración a los Efectos, incidentes que por ser obstáculo a la continuación del proceso exigen un procedimiento previo, sustanciándose en la misma pieza de autos y produciendo la suspensión de aquel; e incidentes que no obstan a que el proceso continúe, sustanciándose en pieza separada sin suspender aquel. Los primeros se denominan de previo pronunciamiento, y los segundos de Simultánea Tramitación. Pietro Castro los denomina, respectivamente, Incidentes de Previo Pronunciamiento, e Incidentes de Especial Pronunciamiento. En nuestra norma no se denominan como incidentes de previo y especial pronunciamiento; pero, sí hace esa división o clasificación en incidentes que pongan obstáculos al asunto, y que se sustanciarán en la misma pieza de autos quedando estos, mientras tanto en suspenso (Artículo 136); e incidentes que no pongan obstáculo a la prosecución del asunto y que se sustanciarán en cuerda separada (Artículo 137).

Para citar algún ejemplo de lo anterior diremos que la Ley de Enjuiciamiento Civil Español considera como artículo

esta misión, aunque alguna vez se emplearon para fijar la cuestión de derecho, para expresar la opinión del juez sobre las discutidas, o para resolver poco a poco las que se presentasen. De ahí que, por no tener sino un valor en cierto modo subordinado a la cuestión principal, no fuesen apelables las interlocuciones, ni producen cosa juzgada.

El derecho Canónico lo mismo que el Germanico, consideró como sentencias verdaderas a las interlocutorias, y admitió que los incidentes se resolvieran antes que la cuestión principal y que no pocos de ellos paralizaran el curso del juicio, sistema este que fué adoptado por las leyes españolas y por algunos códigos como el mexicano, más aún, las interlocutorias también alcanzan la fuerza de la cosa juzgada en las cuestiones incidentales que resuelven.

Los autores clásicos percibieron diferentes clases de incidentes: Los Puros y Simples, que solo conciernen al procedimiento; los relacionados con la cuestión litigiosa principal, cuya decisión podía causar un gravamen irreparable en la sentencia definitiva, y, finalmente, aquellos que resuelven cuestiones que prejuzgan el fondo del negocio.

El derecho moderno representado por el Código Italiano en vigor y la ley procesal alemana, se orienta en un triple sentido: a) El de restringir la admisión de los incidentes; b) El de considerar no como sentencias, sino como ordenanzas, o autos, las resoluciones de las cuestiones que surjan incidentalmente en el juicio; c) No otorgar a dichas resoluciones la autoridad de la cosa juzgada; d) El evitar que los incidentes suspendan el curso del juicio.

En cuanto a nuestra ley, al regular lo relativo a los incidentes guarda mucha relación con el criterio sostenido en el derecho español y mexicano; pero adaptándole algunas de las orientaciones del derecho moderno, como por ejemplo, el de no considerar como sentencias sino como autos, las resoluciones de las cuestiones que surjan incidentalmente en el juicio; el otorgarle la autoridad de cosa juzgada a las resoluciones de los incidentes, sólo se dá en algunos casos excepcionales; y, nuestra legislación prevee la existencia de incidentes que suspenden el curso del proceso, y, de otros que no lo suspenden.

Finalmente resulta oportuno mencionar la clasificación de los incidentes siguiendo el criterio del jurista español Manuel de La Plaza(13):

(13) De la Plaza, Manuel. Obra citada. Págs. 247 a 252.

comun para poder practicar de diez a veinte dias como máximo (en nuestra ley es de diez dias). Y DECISORIA, la sentencia con trámite previo de vista si se solicita (en nuestro caso es un auto el que resuelve el Incidente, sin vista, y en un plazo de tres dias de transcurrido el plazo de la audiencia, y si hubo apertura a prueba dentro de igual plazo después de concluido el de prueba).

No hay que dejar de considerar, que una vez promovido el Incidente, según se trate de incidentes que pongan obstáculo al proceso o de uno que no, pues en este último caso como se tramita con separación de los autos principales donde constan los antecedentes, exige la formación de pieza separada.

(incidentes) de Previo Pronunciamento, tales como: Las cuestiones de competencia, acumulación de autos, el procedimiento para la determinación del valor, y además los que se refiran, 1) a la nulidad de actuaciones o de alguna providencia; 2) A la personalidad de algunos de los litigantes o de su procurador, por hechos ocurridos después de contestada la demanda, si ocurre antes de contestarla, tendría cabida dentro de las excepciones dilatorias; 3) A cualquier otro incidente que surja durante el juicio y sin cuya previa resolución fuera absolutamente imposible, de hecho o de derecho, la continuación de la demanda principal.

En cuanto a los artículos (incidentes) de simultanea tramitación y especial pronunciamento, a diferencia de los anteriores (los de previo pronunciamento) la ley no fija en este caso ningún requisito limitativo, sin duda porque no origina las dilaciones del asunto principal que es inherente a aquellos.

En nuestra normas jurídicas si algún ejemplo de incidentes que interrumpan o pongan obstáculos al curso del asunto y que se tramiten en la misma pieza de autos, debemos citar las excepciones previas de Incompetencia, caducidad, prescripción, cosa juzgada, transacción y la excepción de pago en el juicio ejecutivo. Otro ejemplo puede ser cuando el juez suspende el proceso principal hasta que se decida o resuelva un incidente de impugnación de nulidad o falsedad de documentos presentados como pruebas.

En cuanto a incidentes que se tramitan en cuerda separada y que no suspenden el trámite del proceso menciono por ejemplo: Las diligencias relativas al depósito, intervención, rendición de cuentas de los depositarios e impugnación de las mismas (artículo 43 del Decreto Ley 107), la solicitud para dejar sin efecto la declaración de rebeldía y el embargo trabado, o la sustitución del embargo (artículo 114 del Dto. Ley 107), la liquidación de Costas (artículo 580 del Dto. Ley 107), dentro de las medidas de seguridad de las personas lo relativo a la oposición de parte legítima (artículo 519 del Dto. Ley 107), Etc.

Para terminar este capítulo es conveniente referirse al procedimiento de los incidentes, que resulta ser bastante similar al del derecho español, y que comprende las tres fases de todo procedimiento declarativo: **EXPOSITIVA**, con demanda incidental (en nuestro medio mediante un escrito menos formalista que el de demanda), y contestación y sin escritos de replica y duplica. **PROBATORIA**, regida por las reglas generales en cuanto a su admisión y con un periodo

que para el prestatario resultan. implican la idea de transmisión de la propiedad.

3) El Convenio de Devolucion de otro tanto de la misma especie y calidad. Si hay entrega de la cosa. pero no media el convenio de la devolucion de otro tanto de la misma especie y calidad. tendremos un contrato distinto (venta generalmente). pero no mutuo: este requiere un acuerdo de devolucion del "TANTUDEM EIUSDEM GENERIS" (otro tanto de la misma especie y calidad).

-SUJETOS DEL CONTRATO DE MUTUO:

Son dos: el que da el prestamo (MUTUANTE). y. el que lo recibe (MUTUARIO).

En cuanto a la capacidad deben tener capacidad general. o sea que se regira por los principios informadores de la capacidad de las partes en estos contratos.

-CARACTERES JURIDICOS DEL CONTRATO DE MUTUO:

-REAL: Para que exista o se perfeccione se debe entregar la cosa. Solo pueden ser objeto de mutuo el dinero y las cosas fungibles (Articulo 1942 y 1943 del Codigo Civil). puesto que unicamente en estas cosas encontramos el efecto tipico que este contrato produce. consistente en que el mutuario se haga dueño de las mismas para consumirlas. aunque con la obligacion de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

-UNILATERAL: Porque las cargas solo están sobre el mutuario. En la doctrina tradicionalmente así se ha considerado. teniendo en cuenta que solo produce obligaciones para el mutuario. pues las obligaciones que tiene el mutuante (responder de eviccion. sobre todo en la hipotesis del prestamo a interes). no tienen una derivación exactamente desprendida del contrato sino mas bien de los principios generales de la contratacion. Modernamente se ha sostenido que. tratandose del prestamo a interes. este contrato se transforma en bilateral. puesto que frente a la obligacion del prestatario de entregar los intereses corresponde la del mutuante de entregar la cosa y abstenerse de reclamarla hasta que se cumpla el termino: pero esta construccion es rechazada en la doctrina. que se atiene a la tesis tradicional.

-ONEROSO: Porque sobre la devolucion debe pagar intereses. El pago de intereses que está previsto en nuestro derecho tiene un alcance legitimo. Es decir que conforme determina

CAPITULO III

CONTRATO DE MUTUO CON GARANTIA PRENDARIA:

- GENERALIDADES DEL CONTRATO DE MUTUO:

Segun el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española(14). "MUTUO"; es el Contrato Real en que se da dinero o cosa fungible con tal ley que la haga suya aquel que le recibe. obligandose a restituir otra tanta cantidad de igual genero en dia señalado.

Por su parte Federico Puig Peña(15). define el Contrato de Mutuo como aquel contrato por virtud del cual una persona recibe de otra cierta cantidad de dinero u otras cosas fungibles. con condición de devlver otro tanto de la misma especie y calidad.

Las anteriores definiciones coinciden con la que nuestro Código Civil regula en su artículo 1942 y que a la letra dice: "Por el contrato de Mutuo una persona entrega a otra dinero u otras cosas fungibles. con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad".

De las definiciones antes citadas se establece que el pestamo mutuo lleva implícita una triple operacion:

- 1) La entrega de cosas fungibles al prestatario: no hay propiamente mutuo mientras el prestatario no recibe las cosas objeto del mismo por lo que se infiere que este contrato es rigurosamente real.
- 2) La transmisión de la Propiedad: La entrega de la cosa no envuelve el simple dar. sino un propio transmitir: es decir. que en el contrato de mutuo se traspasa la propiedad de las cosas. Nuestro Código Civil no menciona el traspaso de la propiedad sino más bien señala en el artículo 1943 la razón de la transmisión y al efecto dice: "La cosa objeto del mutuo se transmite para su consumo al mutuario y queda a su cargo la mejora. deterioro. depreciación o destrucción que sobrevenga despues". Pero esa transmisión para el consumo. así como los efectos y responsabilidades

(14) Real Academia de la Lengua Española. "DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA". Pag. 1044

(15) Puig Peña. Federico. "TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL" TOMO IV Vol. II, España. Editorial Revista de Derecho Privado. 1951 Pag. 149.

contrato de mutuo como estrictamente unilateral, no produciendo, por tanto, verdaderas obligaciones nada más que para una de las partes, el prestatario (mutuario). Esas obligaciones son:

1o. RESTITUCION DE LO RECIBIDO: La principal obligación del prestatario es cumplir el convenio de devolución, por cuya virtud dice el Código Civil: "Con el cargo de que se le devuelva igual cantidad de la misma especie y calidad" (artículo 1942). En relación a este deber la doctrina ha tratado de puntualizar su contenido reglamentando los siguientes supuestos:

A) OBJETO DE LA DEVOLUCION: Para determinar que es lo que el prestatario tiene que devolver distingue el Código según que el préstamo consista en dinero o en cualquier otra cosa fungible. Si consiste en dinero, se habrá de atender a lo dispuesto por el artículo 1955 del Código Civil, que nos remite en el caso de la restitución a lo regulado por los artículos 1395 y 1936 del mismo cuerpo legal y que literalmente dicen: "artículo 1395. El pago en moneda nacional lo hará el deudor entregando igual cantidad numérica con arreglo al valor nominal que tenga la moneda en la fecha que se le requiera de pago, siempre que ya sea exigible la obligación" Artículo 1936. "Si el pago tuviere que hacerse en moneda extranjera, cumplirá el deudor con entregar su equivalencia en moneda nacional, al tipo de cambio que rijan en la plaza el día de pago". En la doctrina predomina pues el criterio de que tratándose de dinero, preside, en el contenido de lo que ha de devolver, el criterio del valor.

En cambio tratándose de cualquier otra cosa fungible, rige tanto en doctrina como en nuestro Código el principio riguroso del tantumdem eiusdem generis, o sea que "el deudor debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteración en su precio (Artículo 1952 del Código Civil)

B) TIEMPO: En este aspecto nuestra ley sustantiva señala en cuanto al plazo, que el mismo puede ser consensual entre los contratantes, pero, que si en el contrato no se fijó, se entenderá que es el de seis meses si el mutuo consiste en dinero; y si lo prestado fueren cereales u otros productos agrícolas, la devolución se hará en la próxima cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos, (artículo 1950)

Finalmente es importante considerar la siguiente

el artículo 1946 del Código Civil: "Salvo pacto en contrario, el deudor, pagara intereses al acreedor y, a falta de convenio se presumira que las partes aceptaron el interes legal". De la anterior citación se visualizan algunos aspectos importantes:

- a) Que puede ser gratuito, pero para ello es necesario que exista un convenio expreso de los contratantes;
- b) Que los contratantes pueden acordar el interés que les parezca, sin traspasar las limitaciones que la misma ley señala (artículo 1948 del Código Civil);
- c) Si es el caso que no hay pacto expreso de los contratantes, sobre el monto del interés, se presume la aceptación del monto fijado por la ley (artículo 1947 del Código Civil).

Finalmente el artículo 1949 del Cuerpo Legal citado prevee la prohibición de capitalización del interés (Anatocismo), haciendo expresamente la excepción de las Instituciones Bancarias quienes si tienen, debido a la naturaleza que sus operaciones implican, y esto al amparo del artículo 87 de la Ley de Bancos que faculta a la Junta Monetaria para fijar y regular lo relativo a intereses, y al respecto de la misma emitió una resolución identificada con el numero JM-149-89 de fecha 25 de agosto de 1989, inserta en el punto segundo del acta 48-89; dicha resolución en su parte resolutive establece entre otros, aspectos: "6.-COMISIONES Y RECARGOS: 6.3.- Para las operaciones activas a que se refiere el inciso 6.2 anterior, los Bancos y sociedades financieras podran convenir con sus deudores el PAGO DE UN RECARGO SOBRE LOS INTERESES EN MORA. 6.5.1. Los Bancos y Sociedades Financieras podran convenir con sus deudores LAS FECHAS DE PAGO DE LOS INTERESES CORRESPONDIENTES A LOS PRESTAMOS QUE OTORGUE". Lo anterior significa que todo deudor está obligado a pagar los intereses en la fecha pactada en el contrato de mutuo, si incumple y la fecha convenida fue por ejemplo semestral, a partir del 7o. mes los intereses acumulados no pagados serán trasladados a intereses en gracia durante 30 días (en los cuales no devengará ningún interés); a partir del 8o. mes los intereses en gracia pasarán a intereses en mora y comenzarán a devengar el cargo de interés pactado en el contrato.

-CUMPLIMIENTO:

La RESTITUCION DE LO RECIBIDO: Se ha mencionado que la doctrina científica tradicionalmente ha configurado el

distinto al elemento objetivo, ha marcado en la doctrina y en la historia, un concepto diverso de la obligación. En el derecho Romano, se entendía la obligación como un lazo o vínculo que une al acreedor con el deudor, por lo que en este Derecho y en general, en el primitivo de todos los pueblos, la obligación supone ligamen o encadenamiento corporal de este sobre aquel, para hacerle cumplir la obligación, hasta el punto de que siendo varios acreedores podían despedazarle, según la ley de las doce tablas. En el derecho Romano Clásico o de Justiniano se espiritualiza la relación obligatoria y se entiende la obligación como un vínculo meramente jurídico.

En el derecho germanico, como en el moderno se entiende la obligación en su aspecto objetivo y, por tanto, más bien que el acreedor, es su patrimonio el ligado con el deudor: por consiguiente, el acreedor no es más que un instrumento de su patrimonio.

En virtud de la forma objetiva de entender la obligación, se pueden contraer mediante representación; se considen obligaciones en beneficio de tercero, mientras que en Roma solo podían contraerse en beneficios del estipulante: es posible la transmisión de las obligaciones por parte tanto del acreedor como del deudor y pueden haber obligaciones con acreedor indeterminado.

El acreedor puede ser real o personal, según se dirija a obtener un beneficio sobre una cosa que el deudor promete pasarle en propiedad su goce, en uso o en simple detención, o según el beneficio consista en el hecho o servicio que debe llevar a efecto el deudor.

El acreedor debe ser determinado y lo es generalmente, pero cabe que en ciertas relaciones obligatorias, se encuentre indeterminado. Así sucede en aquellas obligaciones en que el vínculo surge del simple hecho de hallarse alguien en una relación de posesión, propiedad o derecho real con la cosa a que aquella es inherente.

Los más importantes casos de acreedores indeterminados son los títulos al portador, en los que solamente se determina la persona del acreedor por la simple posesión del documento, y las ofertas al público, en que solamente el deudor es determinado y queda obligado unilateralmente.

Los acreedores pueden resultar ligados a sus deudores unilateral o bilateralmente, según que el acreedor ejercite la actividad propia de su cualidad de tal o según que el acreedor sea a su vez deudor por la misma causa y en una

interrogante: ¿Podrá el acreedor exigir a el deudor pagar antes del plazo?. Para contestarla hay que tomar en consideración dos aspectos: Si el préstamo es gratuito se entiende que el plazo es establecido en beneficio del deudor, el que por tanto, podrá adelantar la fecha de la devolución. Porque por punto general, ningún perjuicio se sigue al mutuante de la devolución anticipada. En cambio, si es el préstamo a interés, el plazo se entiende establecido en beneficio de ambos, ya que el prestamista coloca su capital con la esperanza legítima de obtener una ganancia determinada de la cual se vería privado, a voluntad del deudor, desde el instante en que este pudiera lícitamente devolverle lo prestado antes del término convenido. Nuestra ley resuelve esta situación establecida que el deudor de una suma de dinero puede anticipar el pago, pero cubriendo los intereses respectivos por todo el tiempo que falte para el vencimiento del plazo (artículo 1956 del Código Civil).

C) En cuanto al LUGAR, nuestro Código Civil en el Título correspondiente al mutuo no dice nada, por lo cual es necesario tomar en cuenta lo regulado en el capítulo relacionado al cumplimiento de las obligaciones en general que en el artículo 1398 dice que el pago se hará en el lugar designado en el contrato. Si no se designó y se trata de cosa cierta y determinada, se hará el pago en el lugar en que la cosa existía al tiempo de contraerse la obligación. En cualquier otro caso, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor al extinguirse la obligación.

Pese a lo anterior, en realidad se debería distinguir que en caso de que no haya convenio entre las partes, según que el préstamo fuese gratuito o con interés, porque en el primer caso resulta violento obligar al mutuante a recibir la cosa en el domicilio del mutuario, haciendo de esa forma más onerosa su condición.

2o. Pago de los Intereses, al respecto nos hemos referido con anterioridad.

-CONCEPTO DE ACREEDOR:

Del latín ACREER: la acepción jurídica, en perfecta concordancia con la gramatical, implica la acción o derecho para obtener una cosa o pedir el cumplimiento de una obligación.

El acreedor en la relación obligatoria es el elemento activo en posición contraria al deudor. Esta consideración del elemento subjetivo de la relación obligatoria, como

patrimonial. No quiere esto decir, sin embargo, que deba configurarse la obligación como una mera relación entre dos patrimonios, de los elementos principales de la relación obligatoria y su patrimonio es un elemento subordinado. Lo que ocurre es que la repercusión del incumplimiento recae sobre este patrimonio y tiene consecuencias exclusivamente económicas, pero sin que por ello deje de existir un nexo que en principio sujete, limite y constriña la libertad del deudor mismo.

El deudor en una obligación tanto como el acreedor deben ser sujetos determinados, porque sólo entre personas ciertas puede existir un vínculo obligatorio. Sin embargo, es posible que los sujetos de la obligación se hallen relativamente indeterminados, quedando subordinada la determinación a la realización de ciertos hechos previstos en el momento de nacimiento de la relación obligatoria; tal es el caso de las obligaciones denominadas ambulatorias, en las cuales, el débito nace del simple hecho de hallarse alguien en una relación de posesión, propiedad o derecho real con la cosa a que aquella obligación es inherente.

Puede ocurrir que el deudor en una obligación sea múltiple; en el caso de las obligaciones mancomunadas y solidarias en cuanto al sujeto pasivo que el Código Civil contempla en el capítulo IV del título II de la primera Parte del Libro V.

-CONCEPTO DE ACREEDOR BANCARIO:

Para considerar este punto habremos de tomar en cuenta algunas cuestiones previas relativas al "CREDITO", que en sentido genérico (deriva del latín credere), significa confianza. En sentido jurídico, habrá un negocio de crédito cuando el sujeto activo que recibe la designación de acreditante traslade al sujeto pasivo que se llama acreditado, un valor económico actual, con la obligación del acreditado de devolver tal valor o su equivalente en dinero, en el plazo convenido. El tratadista Octavio A. Hernández, en la cita de Mario Bauche Garciadiego(16), define el término crédito como una institución económica jurídica en cuya virtud una persona entrega a otra un bien presente a cambio de la promesa de que se le entregará al vencimiento de la obligación, otro bien o su equivalente. Por su parte el

(16) Bauche Garciadiego, Mario. "OPERACIONES BANCARIAS, Activas, Pasivas y Complementarias" 4a. Edición, Editorial Porrúa, S.A. México. 1981. Pág. 28.

mutualidad y reciprocidad indisoluble, dada la naturaleza de la obligación.

Puede suceder que en una obligación solamente exista un acreedor o que concurren varios en este caso dichos acreedores pueden ser mancomunados simples, si se divide entre ellos el beneficio de la prestación; o solidarios, si aún siendo divisibles dicha prestación, se cumple indivisamente en favor de uno de los acreedores.

Por la forma en que se haya hecho constar la obligación, el acreedor puede ser escriturario, si el crédito se ha hecho constar en escritura pública; Quirografario, si se hizo constar en documento privado y, verbal si se contrajo la obligación simplemente de palabra.

También pueden ser los acreedores privilegiados o comunes, si respectivamente, tienen o no preferencia para el cobro de su crédito, por disposición de la ley, respecto a otros acreedores.

-CONCEPTO DE DEUDOR:

Del latín DEBITOR, dicese del que debe o está obligado a satisfacer una deuda. Jurídicamente, el deudor es el sujeto pasivo de una relación obligatoria, al que corresponde realizar la prestación en que la obligación consiste.

El vínculo jurídico que liga en una obligación al acreedor con el deudor está caracterizado por la "necessitas", esto es, por una limitación de la libertad individual del deudor y un otorgamiento al acreedor de la potestad de actuar contra él y compelerle a realizar una determinada acción, positiva o negativa, según el contenido de la relación obligatoria.

En los primeros tiempos del Derecho Romano este vínculo (NEXUM) significaba un verdadero poder en favor del acreedor contra el deudor, que podía llegar, mediante el mecanismo de la "manus iniectio", a producir un apoderamiento de la persona misma del deudor y su reducción a la esclavitud; la "Lex Poetelia", abolió la "ejeniae creditae bonadebitoris non corpus obnoxium esse", según la cual el objeto de la ejecución era el patrimonio del deudor y no su persona. En la actualidad, abandonada en todas partes hasta la última reminiscencia de la prisión por deudas, no tiene el acreedor sobre el deudor ningún derecho que se refiera propiamente a la libertad de éste, ya que, en caso de incumplimiento, la responsabilidad del obligado tiene un contenido puramente

hoy exclusivamente bancarios (depósito en cuenta de cheque, descuento de créditos en libros fideicomiso) no lo han sido o no lo son en otros momentos históricos o en otros cordenamientos jurídicos.

FUNCION BANCARIA: Lo que sí es típico es la función de la empresa bancaria. Esta función consiste en la intermediación profesional en el comercio del dinero y del crédito. Por una parte, los bancos recolectan el dinero de aquellos que no tienen manera de invertirlo directamente, y lo proporcionan en forma de crédito a quienes necesitan del dinero. Los que llevan su dinero al banco conceden crédito a este, y el banco a su vez, lo concede a sus prestatarios. la función bancaria ha sido considerada, desde la antigüedad, como una función de interés público.

-EMPRESA BANCARIA: Se mencionó anteriormente que la función bancaria de intermediación en el comercio del dinero y del crédito, es conocida desde épocas muy remotas. Entre los antiguos griegos hubo sociedades dedicadas al ejercicio de la banca. El verdadero banquero o "trapezita", recibía dinero del público y lo prestaba a sus clientes. En Egipto se desarrolló la banca y llegó a funcionar un banco de estado. En Roma se distinguió entre los "argentarii" o cambistas y los "numularii" o banqueros propiamente dichos. La función de los banqueros era considerada de orden público y estaba sometida al control o vigilancia del "prefectus urbi". En la alta edad media reaparecieron los antiguos "numularii", bajo el nombre de "Campsores". Este último término llega a nuestra época colonial, como sinónimo de banqueros.

Con el desarrollo medieval del Comercio mediterráneo y la prosperidad de las grandes ciudades comerciales, surgen importantes empresas bancarias. Los bancos medievales tuvieron su origen en las ferias, se asegura que la palabra "banco" deriva de la mesa y el banco de los banqueros de las ferias y se dice que cuando éstos que braban en sus negocios, como señal rompían su banca sobre la mesa; de donde vino la palabra banca-rotta, aplicada a la quiebra. También se sostiene que la palabra banco es una traducción al alemán (bank) de la palabra italiana "MONTE" que se uso para designar al más antiguo banco veneciano.

Puede decirse que la organización moderna de la banca data del Banco de Inglaterra, fundado en 1694; las modernas Instituciones que la banca utiliza, fueron utilizadas desde sus principios por el Banco de Inglaterra: (el cheque, letra de cambio, pagarés, etc.) El Banco de Inglaterra puede ser considerado, históricamente, como el primer BANCO CENTRAL, y

autor Joaquín Rodríguez(17), señala que la nota típica de la operación de Crédito: "Consiste en la transmisión actual de propiedad por el acreedor en favor del deudor para que la contrapartida del deudor al acreedor, se efectúe posteriormente".

OPERACION DE CREDITO Y OPERACION BANCARIA: La operación de crédito en sentido estricto, es un negocio jurídico en que el crédito existe (mutuo, depósito irregular, aval, etc.). Pero advierte el autor Mexicano Raúl Cervantes Ahumada (18), que con cierta impropiedad en México la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito comprende bajo el rubro de tales operaciones a negocios jurídicos en los que, en sentido estricto y como fundamental elemento no se dá el fenómeno del crédito (depósito bancario regular, depósito en almacenes generales, fideicomiso, etc.), y, es que por razones prácticas el término "operación de crédito" se ha extendido al campo de aquellos negocios que bien, si no son estrictamente crediticios, tienen relación normal con los negocios de crédito, principalmente por alguno de los sujetos del negocio". En nuestro País es el Código de Comercio el que regula lo relativo a las operaciones de crédito dentro del Libro IV (Obligaciones y contratos Mercantiles), Título II (Contratos mercantiles en particular); Continúa señalando el autor anteriormente referido que el término "Operación de Crédito", no es muy propio. Debería decirse, "Negocio de crédito"; pero como tales negocios suelen celebrarse en gran escala por los bancos, que son instituciones especializadas que tradicionalmente se ha dicho que "operan" en el campo de crédito, el antiguo término "operación" ha persistido en las leyes y en el lenguaje jurídico.

No debe confundirse el término "operación de crédito" en sentido estricto, con "operación bancaria". Propiamente hablando no puede decirse que existan jurídicamente operaciones bancarias, ya que tales operaciones consisten en un negocio jurídico de tipo general, que se califica de bancario sólo por el sujeto. Los bancos, al realizar su función, celebran contratos de depósito, de descuento, de mutuo, etc., que en principio pueden ser realizados por cualquier persona y que sólo se califican de bancarios, como hemos dicho, por que un banco interviene en su celebración. Aún aquellos negocios u operaciones que por mandato legal son

(17) Obra Citada, Pág. 29.

(18) Cervantes Ahumada, Raúl. "TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO" México, Editorial Herrero, S.A., 12a Edición, 1982. Págs. 208 y 209.

En términos generales el Código Civil señala las formas de los contratos y al respecto dice en su artículo 1574 que toda persona puede contratar y obligarse: 1o. Por escritura Pública; 2o. Por documento Privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar; 3o. Por correspondencia; y 4o. Verbalmente. Por otra parte del Código Procesal Civil y mercantil califica como Títulos Ejecutivos, entre otros; en el artículo 294 incisos 3o. Créditos hipotecarios; y 5o. Crédito Prendarios...; más adelante en el artículo 327: incisos 1o. Testimonios de Escrituras Públicas; 3o. Documentos Privados suscritos por el obligado o por su representante y reconocidos o que se tengan reconocidos ante juez competente, y los documentos privados con legalización notarial.

En cuanto a las formalidades de los contratos mercantiles, establece el Código de Comercio que su artículo 671 que los contratos de comercio no están sujetos para su validez, a formalidades especiales. Haciendo la excepción de los contratos que por virtud de la ley, requieran formas o solemnidades especiales; en el artículo 672 regula lo relativo a contratos mediante formularios.

En el negocio Bancario, la ley de Bancos prevee en el artículo 107 que la prenda agraria, ganadera o industrial podrá constituirse en documentoprivado, el cual con legalización de firmas por notario será suficiente para su inscripción en el Registro respectivo. Además, dice en su artículo 112, que son títulos ejecutivos además de los previstos en las leyes ordinarias:

- 1) El documento privado cuyas firmas fueren legalizadas o reconocidas ante notario.
- 2) El saldo de las cuentas aprobadas en juicio, o extrajudicialmente.

Por su parte la Ley Orgánica del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola "BANDESA", regula en su artículo 50 reformado por el artículo 1o. del Decreto 53-87 del Congreso de la República de Guatemala; que pueden otorgarse en documento privado, en formulario impreso de la Institución, siempre que no se constituya prenda o hipoteca por más de treinta mil quetzales. En dicho documento se exigirá la legalización de las firmas por notario o la indentificación de los contratantes por el Alcalde Municipal...; más adelante el mismo artículo en su segundo párrafo entre otras cosas indica que el documento privado referido constituye título ejecutivo suficiente para los efectos legales

como el primer banco de emisión. la creación de los billetes de banco, como sustituti vos del dinero metálico, es quizás la más importante aportación del Banco de Inglaterra a la historia de la banca moderna.

El banco moderno sigue siendo el intermediario profesional en el comercio del dinero y del crédito; el carácter público de la banca moderna se acentúa con la complejidad de la vida actual, y las empresas bancarias se especializan cada vez más. Por vías que son distintas en los diversos países, se agudiza el intervencionismo del Estado en la función bancaria. En todos los países de economía más o menos desarrollada, el sistema bancario nacional, por la inspiración técnica e histórica del Banco de Inglaterra, está organizado bajo la base del BANCO CENTRAL. Dentro de las condiciones bancarias y comerciales modernas resulta muy ventajoso que todo el país independientemente del grado de su evolución económica, tenga centralizadas sus reservas en efectivo y tenga confiado el control de la moneda y del crédito a un banco que cuente con el apoyo del Estado y esté sujeto a alguna forma de vigilancia y participación estatal directa o indirecta. otro factor es que el banco central ofrece el mejor medio de comunicación y cooperación con los sistemas bancarios de otros países. Por lo anterior se concluye que la Institución de Banca Central, se ha generalizado y prácticamente es el sistema universalmente adoptado.

Nuestro país no se aparta del sistema antes referido, y para el efecto quien tiene el carácter de Banco Central es el BANCO DE GUATEMALA, Institución que opera con carácter descentralizado y autónomo, cuya estructura, fines y objetivos están dsterminados en su propia Ley Orgánica (Decrto No. 215-45 del Congreso de la República de Guatemala). Así mismo nuestro sistema bancario tiene su base en una Ley específica que es la LEY DE BANCOS (Decreto 315-46 del Congreso de la República de Guatemala, cuerpo legal que regula todas las actividades de las Instituciones Bancarias.

En el caso particular del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola "BANDESA", el mismo además cuenta con su Ley orgánica (Decreto No. 99-70 del Congreso de la República de Guatemala).

-FORMAS DE CONTRATO EN LAS INSTITUCIONES BANCARIAS: Ya nos hemos referido en un apartado anterior al contrato de mutuo en término generales; resulta ahora conveniente referirnos la constitución del contrato de Mutuo Garantizado con Prenda en el caso particular del Banco Nacinal de Desarrollo Agrícola.

correspondientes..."

El citado cuerpo legal establece en el artículo 58 que son Títulos Ejecutivos: además de los previstos en las leyes ordinarias:

- A) Los documentos privados que contengan contratos de préstamo otorgados conforme lo estipulado en la presente ley; y
- B) La Certificación de Saldo de cuentas extendida por el BANDESA.

De lo anterior concluimos que el Banco Nacional de Desarrollo Agrícola "BANDESA", en los créditos prendarios que concede tiene la facultad de emplear indistintamente la forma de contrato contenido en escritura pública o bien documento privado, aunque este último con limitación de uso por razón de la cuantía del crédito concedido. Más sin embargo vale la pena hacer notar que atendiendo a la naturaleza y objetivos del BANDESA, como Institución de desarrollo y fomento de la actividad agrícola del país, es menester de la misma buscar los mecanismos que faciliten el desarrollo de su función crediticia por lo que en la actualidad la mayor parte de Contratos que celebra están contenidos en documentos privados en formulario impreso por la Institución, con firmas legalizadas por un notarioo por un alcalde municipal. Dejando la exclusividad de empleo de escritura pública para créditos que rebasen el límite de treinta mil quetzales fijado a los documentos privados.

En el Derecho Romano una de las formas de garantía fue el denominado "PIGNUS", por el cual el deudor transmitía la posesión de una cosa, con el objeto de garantizar el cumplimiento de una obligación, proviniendo de esa cuenta el nacimiento de un derecho Real sobre cosa ajena denominado "PRENDA" que deviene del verbo latino: "PREHENDERE", que significa agarrar o bien asir fuerte.

- 2) **CARACTERISTICAS:** Para tener una mejor apreciación de las anteriores definiciones, resulta oportuno citar las principales características de la prenda:
- A) Es un DERECHO REAL DE GARANTIA, constituido sobre bienes muebles (artículo 880 del Código Civil), explicado esto por Puig Peña diciendo que da lugar al nacimiento de facultades como el derecho de realización de valor; derecho de preferencia y la producción de una acción real valedera erga omnes. Dicho de otra forma se dice que es un derecho real de garantía porque asigna al acreedor la potestad inmediata y recta de promover la venta del bien respectivo, para hacerse pago con el precio en caso de incumplimiento.
 - B) Así mismo por ser un derecho de garantía deviene ACCESORIO; ya que su existencia está supeditada a la previa constitución de la obligación que através de la prenda se garantiza.
 - C) Es un dercho de carácter MOBILIARIO. De acuerdo a la trayectoria historica del Instituto, recae siempre sobre bienes muebles. (artículos: 451 y 880 del Código Civil).
 - D) Es de NATURALEZA INDIVISIBLE; al respecto se manifiesta Puig Peña(22) y entre otras cosas señala: "Que la indivisibilidad es un elemento trascendental de la relación de prenda, que una consecuencia de la misma es que mientras que la deuda no esté totalmente pagada, incluso los intereses y los gastos ocasionados al acreedor, Este está autorizado, en ese carácter, a conservar la cosa, pues un pago parcial no autoriza al deudor (ni tampoco a tercero que haya entregado la prenda) a retirarla parcialmente del poder del acreedor, aunque el objeto de ella sea divisible".

(22) Puig Peña, Federico. "TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL". Págs. 354 y 355.

CAPITULO IVP R E N D A:**-CONCEPTO:**

1) **DEFINICION DE PRENDA:** Entre otras mencionaremos las siguientes:

-PRENDA: según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española(19), "Se entiende que prenda es la cosa mueble que garantiza el cumplimiento de una obligación".

- Según el criterio del ilustre autor español Federico Puig Peña(20), definir el término prenda implica decir que "es aquel derecho real sobre cosa mueble establecido en garantía de una obligación, por cuya virtud se entrega aquella al acreedor o a un tercero, de común acuerdo, con el fin de que quede en su posesión hasta el completo pago del crédito y pueda procederse en caso del incumplimiento a instar la venta de la cosa empeñada, satisfaciendo entonces con su importe las responsabilidades pecuniarias que nazcan de la obligación garantizada".

- Manuel Ossorio(21), señala que prenda es un 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. Faltanto 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 citación del deudor.

- Finalmente hay que mencionar la definición legal que nuestro Código Civil incluye: "La prenda es un derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación". (artículo 880).

(19) Real Academia de la Lengua Española. "DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA". Pág.1631.

(20) Puig Peña, Federico. "TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL". Pág. 353

(21) Ossorio, Manuel. "DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES". Pág. 600.

- 4) **CLASES:** Para referirnos a las clases de prenda habrá que partir de dos tipos generales: La prenda con desplazamiento y la prenda sin desplazamiento. Y respecto a esto señala Puig Peña(23), que cabe establecer la distinción entre una prenda que puede denominar "NORMAL" o típica, porque en la misma se verifica el desplazamiento real y efectivo de la posesión al acreedor pignoraticio. Y una prenda "ESPECIAL", que no cumple con este requisito, denominada prenda sin desplazamiento.

En lo que respecta a nuestra legislación del Código Civil desarrolla en los capítulos III y IV del Título V del Libro Segundo: En uno lo que denomina PRENDA COMUN y el otro lo que denomina PRENDA AGRARIA, GANADERA E INDUSTRIAL.

En cuanto a la prenda Común, denominada también como PRENDA ORDINARIA, NORMAL O TIPICA, definida por el artículo 880 del Código Civil anteriormente citado. Su característica esencial es el desplazamiento real y efectivo de la posesión de la cosa dada en garantía al acreedor pignoraticio. Este tipo de prenda incluye en nuestra ley sustantiva civil algunas modalidades, como son:

- A) En el artículo 887 la PRENDA DE CREDITO, este tipo de garantía prendaria tiene su origen en el desarrollo de las legislaciones modernas que prevén la necesidad de facilitar el crédito, que es motor del desarrollo económico y la evolución de los pueblos; por lo que permiten la pignoración ya no sólo de cosas corporales sino también de derecho de cualquier naturaleza.
- B) Luego el artículo 888 regula LA PRENDA DE FACTURAS, señalando que cuando la garantía consista en facturas por cobrar, el depositario de la prenda hará el cobro, retendrá su valor de depósito y lo hará saber a los interesados. Si consistiere en facturas de Mercadería por recibir, tomará la mercadería y la conservará en prenda, dando aviso también a los interesados.
- C) Finalmente nuestro Código Civil en el artículo 889, regula la prenda constituida por un tercero. En donde la característica esencial consiste en que el bien objeto de la prenda no es propiedad de éste sino de un tercero de quien debe medir el consentimiento expreso para que la

(23) Puig Peña, Federico. "TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL." Págs. 355, 356 y 357.

- E) Afecta únicamente los bienes sobre que se impone, sin que el deudor quede obligado personalmente, salvo pacto expreso. (artículo 881 del Código Civil).
- F) El contrato de prenda da derecho al acreedor de ser pagado con preferencia a otros acreedores, del precio en que se venda la prenda, (artículo 882 del Código Civil).
- G) Es nulo todo pacto que autorice al acreedor para apropiarse la prenda o para disponer de ella por sí mismo en caso de falta de pago (artículo 882 del Código Civil).
- H) Un objeto puede darse en prenda a varias personas sucesivamente, con previo aviso en forma auténtica a los acreedores que ya tienen la misma garantía (artículo 883 del Código Civil).
- I) Los acreedores seguirán el orden en que han sido constituidas las prendas para el efecto de la preferencia de pago (artículo 883 del Código Civil).
- J) La prenda debe constar en escritura pública o documento privado, identificándose detalladamente el o los bienes sobre los cuales se constituye (artículo 884 del Código Civil).
- K) La aceptación del acreedor y del depositario deberá ser expresa (artículo 884 del Código Civil).
- L) Los bienes pignoralos, al constituirse la garantía, deberán ser depositados en el acreedor o en un tercero designado por las partes, o bien en el propio deudor si el acreedor consiente en ello (artículo 885 del Código Civil).
- 3) **OBJETO DE LA PRENDA:** El objeto de la prenda, como parte de los derechos Reales de Garantía, es precisamente garantizar el cumplimiento de la obligación; o sea, que la previsión de un posible incumplimiento por parte del deudor dio origen a que los titulares del crédito buscaran la forma de conseguir un mayor refuerzo del vínculo, obteniendo con ello un mejor aseguramiento de sus intereses. Surge entonces lo que en doctrina se denominó Derechos Reales de Realización del Valor, que son aquellos que tienen por fin conceder al titular la facultad de provocar la venta de una cosa determinada para, con su valor, reintegrarse del crédito, en el caso de que el DEUDOR haya incumplido su obligación.

- 3.- Las máquinas, aperos o instrumentos usados en la agricultura.
- 4.- Los animales y sus crías.
- 5.- Las máquinas e instrumentos usados en la industria.
- 6.- Las materias primas de toda clase y los productos en cualquier estado de las fábricas o industrias.
- 7.- Los productos de las minas.

Comenta el citado autor que dichas modalidades de la prenda son en la doctrina española, lo que esta denomina prenda inmobiliaria. Esa denominación tuvo origen en razón de la prenda agraria, ganadera e industrial; se constituyen sobre bienes que en la realidad jurídica son bienes inmuebles por su destino, pero a los efectos de constitución de prenda sobre ellos, independientemente del bien inmueble a que están destinados y del cual forman parte, son considerados por la ley como bienes muebles, a fin que en el comercio de los hombres pueda coexistir la hipoteca de la prenda, y en esa forma alcanzar mayor flexibilidad en la obtención de préstamos, generalmente bancarios, para usos agrícolas, ganaderos o industriales..

Encontramos en el capítulo mencionado de nuestro Código Civil, que regula además tres modalidades especiales de prenda sin desplazamiento: en el artículo 909 con el título de "DEPOSITARIO" señala que "En la prenda sobre bienes fungibles podrá convenirse que los bienes pignorados puedan sustituirse, siempre y cuando el depositario tenga en existencia en el momento de la sustitución, bienes de las mismas características especificadas en el contrato". Este artículo cuya denominación debiera ser Prenda sobre existencias, resulta de gran utilidad en el campo industrial y agrícola puesto que su característica esencial es que el depositario que puede ser el mismo deudor pueda disponer de los bienes dados en garantía, negociarlos, transformarlos, o venderlos siempre que los sustituya por otros de la misma especie y calidad. Otra modalidad de este tipo de prenda la regula el artículo 910 del Código Civil, que denomina "INVERSION DE FONDOS" y que literalmente dice: "Los fondos que se obtengan con prenda agraria, si hubiere hipoteca, deberán invertirse exclusivamente en gastos de administración, sostenimiento, cultivo, recolección y beneficio y en reparación de maquinaria, en la finca de que se trata. En los créditos que se concedan para la compra de maquinaria, ganado o bienes de cualquier otra especie, se

garantía surta sus efectos legales, adquiriendo en cierta forma una responsabilidad solidaria, puesto que para obtener la restitución de la prenda deberá reembolsar al acreedor el valor del crédito y sus intereses.

Conviene ahora hacer mención a la prenda sin desplazamiento, figura que dentro de la Institución de los Derechos Reales de Garantía del Derecho Moderno, ha venido a ocupar un lugar importante. Porque ya señala Puig Peña que lo verdaderamente esencial de la prenda Típica es la desposesión de la cosa a favor del acreedor; pero, existen muchas circunstancias en las que la mentada desposesión puede provocar la inutilización total de sistema, porque al pasar la posesión a un tercero, en determinado objeto, pierde el deudor la posibilidad de seguir explotando la cosa y obteniendo productos necesarios para la vida. Así también hay circunstancias en las que de ningún modo se puede desposeer al deudor del objeto dado en garantía, por ser elemento de trabajo y producción. Los útiles o herramientas del trabajo, en efecto, no pueden salir de las manos de este, porque desconectados del servicio fundamental al que están adscritos pierden gran parte de su valor. Con estas consideraciones, en los últimos tiempos tanto la doctrina científica como las legislaciones se han preocupado de instaurar una nueva figura de garantía real afectante a las cosas muebles, por cuya virtud, no obstante servir para el afianzamiento, quedan éstas en la posesión del deudor.

Nuestra legislación no se aparta de estas ideas y es así como en el capítulo IV del Título V del Libro II del Código Civil, regula este aspecto con el título de Prenda Agraria, Ganadera e Industrial. Y al respecto expone el autor Alfonso Brañas(24), calificandolas como MODALIDADES ESPECIFICAS DE LA PRENDA. El artículo 904 del citado Código (que se refiere a los bienes que pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento), dispone que puede constituirse prenda con independencia de los inmuebles a que pertenezcan y que dando en posesión del deudor, sobre los bienes siguientes:

- 1.- Los frutos pendientes, futuros o cosechados.
- 2.- Los productos de las plantas y las plantas que sólo pueden utilizarse mediante el corte.

(24) Brañas, Alfonso. "MANUAL DE DERECHO CIVIL" (tomo I, 2a. edición, Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 1973. Pags. 352,353.

puede constituir prenda sobre esos bienes aunque no estén todavía en poder del deudor. Esta prenda queda perfeccionada sin necesidad de otro requisito cuando el deudor adquiere los bienes pignoralados". En este artículo hay un doble aspecto a considerar, por una parte y como su título lo señala el crédito concedido y garantizado con prenda deberá ser orientado específicamente a una determinada inversión. Pero en su segundo párrafo se aparta de la inversión de fondos para la manutención de bienes ya existentes, y otorga al deudor la posibilidad de constituir prenda sobre los propios bienes que va a adquirir con el crédito que para tal fin se le otorgue; aunque de hecho no los tenga aún en su poder.

Finalmente el Código Civil en el artículo 913 con el título de "PRENDA ABIERTA", regula la última modalidad de prenda sin desplazamiento, y que dice: "Puede constituirse prenda en garantía de obligaciones futuras a favor de Instituciones bancarias. En este caso es indispensable designar al acreedor, el monto máximo de las obligaciones que se garantizan y el término de vigencia de la garantía. Cuando se creen las obligaciones o se otorguen los préstamos, deberá consignarse en el respectivo título o contrato que ellos están garantizados con la prenda preconstituída y que cada obligación o préstamo quedará sujeta además a las estipulaciones que se hubieren especificado en el contrato o título respectivo". Esta modalidad como lo indica el citado artículo tiene una proyección especial dirigida a los Bancos, debido al perfil que desempeñan en el sistema económico del país, y con el fin de facilitar los mecanismos de crédito.

La palabra depósito se empleó entre los Romanos sólo para indicar el contrato de este nombre; pero entre los modernos, aparte de que se siga usando a ese objeto, es cierto que el uso le ha dado otros significados. Así por ejemplo, algunos códigos, llaman depósito al objeto del contrato de ese nombre; es decir, a la cosa depositada; otras veces con esta palabra se designan los lugares en que se realiza el contrato, así los almacenes generales de depósito. Se denomina así también a la cantidad entregada para poder tomar parte en algunas subastas; así mismo se llama depósito a la medida procesal que se adopta con ciertos individuos o animales.

-FEDERICO PUIG PENA(27), señala que depósito debe definirse diciendo que es aquel contrato por cuya virtud una persona entrega a otra de su confianza una cosa, con la sola finalidad de custodiarla hasta que aquella se la reclame.

El citado autor infiere de la definición las siguientes notas características del depósito.

- 1) El depósito es ante todo, un contrato de confianza. Ya Ulpiano antes mencionado decía que su etimología viene de la palabra "PONERE" (poner, colocar), que precedida de la partícula "DE" significa la fe ciega y confianza plena por la que el deponente ha entregado alguna cosa a la probidad y celo del depositario. Esta nota de confianza explica la normal unilateralidad del contrato, así como la responsabilidad rigurosa del depositario. Supone también a su vez que el contrato es gratuito, aunque también puede darse el depósito remunerado.
- 2) LA ESENCIA PROPIA DEL DEPOSITO ES LA CUSTODIA DE LA COSA. La custodia, pues, ha de constituir el contenido único o, por lo menos, el principalísimo del contrato, y por ello, como dijimos, se distingue el depósito de aquellas figuras que también la suponen, pero sólo como emanación de los mismos.
- 3) Como consecuencia de lo anterior, el depósito no supone nunca traspaso de propiedad, ni siquiera traspaso de uso; el depositario no puede alegar derechos de esta índole frente a la cosa.

(27) Puig Peña, Federico. "TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL". Pág. 419.

CAPITULO V

DEPOSITARIO DE LA PRENDA

1. CONCEPTO DE DEPOSITO:

En el capítulo anterior nos referimos a la prenda, ahora es necesario tratar lo relativo al encargado de la guarda y custodia de esa prenda, "EL DEPOSITARIO".

Para el efecto es conveniente que nos auxiliemos de algunas definiciones sobre este tema.

-DEPOSITO: Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española(25), es la "Acción y efecto de depositar. En términos Comerciales, el que se constituye a nombre de dos o más personas o entidades. /Irregular, aquel en que se autoriza al depositario para utilizar la cosa depositada".

Esta definición nos da la pauta de la existencia de modalidades del depósito, a que más adelante nos referiremos.

-DEPOSITO: de acuerdo con Manuel Ossorio y Ripert(26), dice que es un término ambiguo, que sirve para designar: 1. el contrato en virtud del cual una persona (depositario) recibe de otra (depositante) una cosa, con la obligación de conservarla y restituirla; 2. El acto mismo de la entrega de la cosa; 3. El objeto que se entrega en depósito. El Contrato de Depósito es Real, pues se perfecciona mediante la entrega de la cosa; unilateral, en cuanto de él surgan obligaciones sólo para el depositario, salvo los casos excepcionales de depósito oneroso. Las fuentes del depósito pueden ser muchas: Disposiciones de última Voluntad, órdenes judiciales, etc."

-Depósito deriva del latín "depositum", del verbo deponere, significando según Ulpiano, la confianza por la que una persona ponía una cosa bajo poder de otra (depositario). En Romance se le llamó CODESSIJO, locución empleada por la Ley de Partidas que la derivaban del verbo CODESSAR, dar en guardia o custodia, significando el hecho de poner en "mano de otro lo que se quiere condessar".

(25) Real Academia de la Lengua Española. "DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA". Pág. 528.

(26) Ossorio, Manuel. "DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES". Pág. 225.

voluntad libre y reflexiva de las partes. No es obstáculo para ello el que la ley hable de obligaciones del depositante, pues estas no nacen del contrato, sino que tienen otro fundamento.

- 2) La exposición de motivos del Código Civil Alemán y con él la mayor parte de la doctrina sostienen que es un contrato sinalagmático o bilateral; pudiéndose calificar de imperfecto cuando sea gratuito, y de perfecto en el caso contrario.
- 3) La teoría ecléctica sostiene que se trata de un contrato de naturaleza mixta. Esta teoría fué mantenida en España por Fernández De la Hoz, Sorozabal, Gómez de la Serna y Montalbán; y por su parte Castan Tobefías sostiene que no se puede dar carácter contractual a todas las variedades de depósito, sino sólo al llamado voluntario.

- CLASES: Sostienen los autores Españoles, que puede ser el depósito civil o mercantil, según la legislación que lo regule; por la causa de su constitución se divide en extrajudicial y depósito judicial o secuestro, pudiendo ser el primero voluntario o necesario, según haya intervenido o no de una forma espontánea la voluntad del depositante. Por el objeto puede ser regular, que es el que se constituye sobre cosa específica y determinada; e Irregular, que sólo obliga a restituir el género.

- DEPOSITO VOLUNTARIO: Es voluntario cuando se hace la entrega por voluntad del depositante. Para la perfección de este contrato señalan los autores: 1o. Que exista la tradición de una cosa, hecha por el deponente al depositario; 2o. Que ambos contratantes se propongan sólo la custodia de la cosa, entendiéndose que se presta gratuitamente; 3o. Que tenga por objeto las cosas muebles.

De lo anterior la doctrina hace énfasis en que la finalidad de custodia es esencial.

En cuanto al elemento de la gratuidad era exigido rigurosamente por la legislación romana ("contractus et gic. est gratuitus") de tal forma que si se pactaba retribución, el contrato dejaba de ser depósito y se convertía en un arrendamiento de servicios, rigiéndose por sus leyes. Existe alguna oscuridad dentro del derecho histórico español, pues la fuente principal, "Las Partidas", si bien en su Ley 2a., título III de la Partida 5a., recogían el principio romano de la gratuidad, en la Ley 3a. hablan de "Cuando el depositario recibe precio por guardar la cosa que le dan en codessijo.

- SANCHEZ ROMAN(28), define el depósito como "Un contrato Real, unilateral si es gratuito, y bilateral si es retribuido, por el que una persona entrega a otra una cosa para su custodia y conservación y retribución de la misma al deponente cuando éste lo reclame".

- En cuanto a nuestra ley, el Código Civil regula en su Libro V, Segunda Parte (De los Contratos en Particular), título X, artículos del Mil novecientos setenta y cuatro al Mil novecientos noventa y nueve: el Contrato de Depósito, y, para el efecto el artículo Mil novecientos setenta y cuatro define diciendo que "Por el contrato de depósito una persona recibe de otra alguna cosa para su guarda y conservación, con la obligación de devolverla cuando la pida el depositante, o la persona a cuyo favor se hizo o cuando lo ordene el juez".

La anterior definición legal nos permite ver que la misma no se aparta de los lineamientos que en la doctrina se sostienen, como sucede en las citadas definiciones de Puig Pña y de Sanchez Román; incluyendo en su cuerpo las características suigéneris de este contrato, como son: la entrega de una cosa, obligación del depositario de guardarla y conservación, o sea, la custodia y obligación de devolución; con la particularidad en esta definición, que la misma da la pauta a varias formas de requerimientos (directamente el depositante, una tercera persona a cuyo favor se hizo el depósito, o mediante orden jurisdiccional).

-NATURALEZA JURIDICA: En cuanto a la naturaleza de este contrato, la doctrina señala que el contrato de depósito se cifra en tres soluciones:

1) Se trata de un acto unilateral; 2) Es un verdadero contrato sinalagmático; 3) No es unilateral ni bilateral, sino de naturaleza mixta. Los anteriores puntos encuentran su base en los siguientes fundamentos doctrinarios:

1) Para el Código de Napoleón el depósito es un ACTO, basandose en que el secuestro no tiene naturaleza contractual y que en el depósito necesario el carácter contractual está muy desdibujado, al no intervenir la

(28) Sanchez Román. "Depósito Civil". Ignacio De Casso y Romero, Et. Al. "DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO" Págs. 1411 y 1412.

legal. Con ello se desnaturaliza esta especie de depósito, y al propio tiempo se le hace inútil al no diferenciarse sus efectos de los del depósito voluntario.

En Roma, en cambio, era más privilegiado que el voluntario, exigiéndosele al depositario el duplo del daño causado para obligarle de esta forma a la más absoluta fidelidad. El Código Civil Español además de las dos modalidades señaladas del depósito necesario, considera también como tal la Introducción de cosas en casa de hosteleros(29).

Esta clase de depósito no se regula como tal en nuestro Código Civil.

- DEPOSITO JUDICIAL: Tiene lugar el depósito judicial o secuestro, cuando se decreta embargo o aseguramiento de bienes litigiosos.

En este apartado cabe mencionar lo que la doctrina denomina: "SECUESTRO CONVENCIONAL" que se daba cuando dos o más personas que creían tener derecho a una cosa la ponían en poder de tercero para que la devolviese al terminar el litigio". nuestro Código Civil establece en su artículo 1997 que: "Las cosas litigiosas pueden ser depositadas en un tercero por disposición judicial; pero si el depósito se hizo por consentimiento de las partes, terminando ellas conviene en ponerle fin". Lo que nos da la pauta que el Código Civil sigue el lineamiento doctrinal.

El Código Procesal Civil y Mercantil, regula lo relativo al depósito judicial en capítulo III del título II del Libro I, y en el artículo 34 prevee que el depositario en este caso es un auxiliar del juez.

Más adelante regula cuando procede el depósito por embargo o secuestro y el procedimiento, como sucede con las medidas de garantía (Capítulo II, Libro 5o., artículos 527 y 528 del Decreto Ley 107), que nos remite a los procesos de ejecución, en particular a los artículos 301 (embargo), 305 (depositario).

(29) Puig Peña, Federico. "TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL. Págs. 423 a 425.

Los tratadistas la consideraban como esencial al mismo, así se estableció en el proyecto de Código Civil Español de 1851. El Código Civil Español vigente de 1889 la considera como un elemento natural ("salvo pacto en contrario").

Nuestra ley Sustantiva Civil, también incluye como fundamentos esenciales del contrato de depósito la guarda y conservación, lo que implica la tradición de una cosa y por ende la custodia (artículo 1974 del Código Civil), el artículo 1975 del mismo cuerpo legal citado, señala una excepción al requisito de la entrega en el caso de quien tiene en su poder la cosa por cualquier otro título y acepta expresamente el depósito.

En cuanto al aspecto de la retribución el artículo 1977 del Código Civil, comparte el criterio de que la retribución al depositario es un elemento natural en este contrato y que la gratuidad deberá acreditarse mediante pacto expreso.

- DEPOSITO IRREGULAR: Es aquel que recae sobre la cosa fungible, e impone al depositario la obligación de devolver, no la misma cosa, sino otra tanto de la misma especie y calidad. Por tanto, en el depósito irregular se transmite el dominio, a diferencia del regular o común, en que no se transmite ni la propiedad ni la posesión de la cosa, siendo el depositario un simple detentador precario de la misma.

En la doctrina se discute la subsistencia del depósito irregular. En el Derecho Español señala Castán Tobeñas, que aunque algún artículo como el 1760 del Código Civil Español habla del depósito de cosa fungible (dinero), el texto terminante del artículo 1768, al decir que "Cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el carácter de depósito y se convierte en préstamo o comodato"; y, concluye que no deja lugar a dudas sobre su desaparición en el Derecho Español.

Nuestra legislación sigue el criterio anterior y niega el depósito irregular, así pues en su artículo 1984 del Código Civil señala que: "Cuando al celebrarse el contrato se faculta al depositario para usar la cosa, y no se tratare de depósito de moneda corriente en instituciones de crédito, el contrato será de mutuo si se trata de cosas fungibles, o de comodato, si de cosas que no perecen con el primer uso".

- DEPOSITO NECESARIO: Los códigos modernos amplían desmesuradamente el concepto de depósito necesario, al entender por él, no sólo el originado por una calamidad, como se decía en Roma, sino el debido a una obligación

Otro caso en que se constituye depositario y que no surge directamente del contrato de depósito, es el del DEPOSITARIO JUDICIAL(32) (que anteriormente mencionamos como una modalidad del contrato de depósito); y decimos que depositario judicial es la persona que recibe por orden judicial y mediante procedimientos judiciales una cosa para su guarda y conservación y también a una persona para su debida custodia. El depositario judicial desempeña una función pública que consiste en conservar y cuidar la cosa dada en depósito a fin de proteger los derechos del propietario del bien depositado, y del acreedor embargante. La aceptación del depósito da lugar a un contrato de derecho público, porque las obligaciones y responsabilidades que contrae el depositario no sólo afectan a intereses privados, sino a la función que aquel desempeña.

3. OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO: En cuanto a estas Federico Puig Peña nos orienta en el tema y sostiene que en relación al cumplimiento por parte del depositario, este debe cumplir con las siguientes obligaciones:

- a) CUSTODIAR LA COSA RECIBIDA: Que es la principal obligación del depositario y esencia del contrato. Esta obligación de custodia la ha de cumplir ante todo, diligentemente, o sea desplegando la actividad prometida en el contrato o deducida de la naturaleza de la obligación y propia de un buen padre de familia. Por eso no cumple con sólo reservar un lugar para la cosa, sino que es preciso que la coloque bajo su protección y amparo.

La custodia, en segundo lugar, ha de ser personal. El depósito, como decimos, es un contrato de confianza, y no cabe duda que el depositante, antes de constituirlo, se ha fijado en las cualidades personales del depositario. Sólo, pues, si ha sido facultado podría éste sustituir a otro en su lugar.

Finalmente, la custodia ha de prestarse en la misma forma prevista en el contrato o deducida de la naturaleza de la obligación.

(32) Pallarés, Eduardo. "DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL". Oág. 199.

2. CONCEPTO DE DEPOSITARIO:

Definir el término depositario, es decir según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española(30), "Que es la persona en quien se deposita una cosa".

Puig Peña, al referirse a los elementos personales del contrato de depósito(31), dice que el depositario es la persona que recibe la cosa objeto del mismo.

El Código Civil dice que es la persona que recibe de otra alguna cosa para su guarda y conservación, con la obligación de devolverla cuando la pida el depositante, o la persona a cuyo favor se hizo o cuando lo ordene el juez. (artículo 1974 del Código Civil).

Se supone por tanto que el rol que desempeña el depositario dentro del contrato de depósito es fundamental, toda vez, que es en derredor suyo que se desarrolla; sobre él recaen exclusivamente las obligaciones provenientes del contrato en sí, salvo, cuando es un contrato de depósito remunerado, que como dice Puig Peña: en este caso el contrato será bilateral, puesto que la remuneración actúa como contrapartida de las obligaciones del depositario.

Ya nos hemos referido al depósito en general, y al depositario, pero resulta necesario mencionar al depositario de créditos garantizados con prenda, porque en éste caso el contrato de depósito, no constituye un contrato principal y exclusivo, sino más bien es ACCESORIO de otro contrato como por ejemplo del mutuo y del comodato. El artículo 1984 de nuestro Código Civil se refiere al depósito irregular y establece que el único caso de contrato de depósito en que se faculta al depositario para usar la cosa es el depósito de moneda corriente en Instituciones de crédito, el contrato será de mutuo si se trata de cosas fungibles, o de comodato si de cosas que no perecen con el primer uso, ya en el capítulo anterior nos referimos a la prenda sin desplazamiento (o inmobiliaria como se denomina en la doctrina), y vimos como en ese caso es el mismo deudor quien se constituye además en depositario, con todas las obligaciones que el depósito implica, y con la ventaja de conservar la prenda en su poder.

(30) Real Academia de la Lengua Española. "DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA". Pag. 528.

(31) Puig Peña, Federico. "TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL". Pagina 425.

deberá ésta hacerse en el que se halle la cosa depositada, aunque no sea el mismo en que se hizo el depósito, con tal que no haya intervenido malicia por parte del depositario.

Nuestro Código Civil enumera en el artículo 1978 las obligaciones del depositario. Y estas son:

1. "Guardar la cosa depositada y abstenerse de hacer uso de ella". Coincide en éste numeral con el criterio de Federico Puig Peña.
2. "No registrar las cosas que se han depositado en arca, cofre, fardo o paquete, cerrados o sellados". En la forma que se recibió debe conservar la cosa objeto del depósito; así si se recibió cerrada y sellada debe ser devuelta de este modo, respondiendo, si no, el depositario, de los daños y perjuicios (artículo 1980 del Código Civil).
3. "Dar aviso inmediato al depositante o en su caso al juez, del peligro de pérdida o deterioro de la cosa depositada y de las medidas que deben adoptarse para evitarlo". Esto con el fin de evitarse responsabilidad y de consiguiente el pago de daños y perjuicios en favor del depositante.
4. Además de las obligaciones señaladas anteriormente, el Código regula como una obligación natural para el depositario en este tipo de contratos la devolución o restitución de la cosa objeto del depósito. (artículo 1974 del Código Civil). y guarda similitud con el criterio citado de Puig Peña, en cuanto a qué cosa ha de ser restituída, a quien ha de hacerse la restitución y en qué lugar deberá hacerse la restitución, (artículos: 1985, 1986, 1987, 1988, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994 del Código Civil).

Finalmente se debe mencionar dentro de las obligaciones del depositario, lo que el Código Procesal Civil y Mercantil llama RESPONSABILIDAD DEL DEPOSITARIO (artículo 35 del Derecho Ley 107), y digo que es importante para los efectos prácticos de esta investigación porque además de incluir que el depositario es responsable de la guarda, conservación y devolución de la cosa depositada y de sus frutos, señala que es obligación del depositario dar cuenta del depósito y de su administración cada vez que le fuere pedida por las partes o por el juez. Además dice que la renuencia a cumplir con el mandato judicial, se castigará con las penas que el Código Penal señala para los funcionarios o empleados públicos que, requeridos por autoridad competente, no presten la debida

b) **ABSTENERSE DE USAR LA COSA:** Es requisito natural del contrato de depósito la inaprovechabilidad de las cosas objeto del mismo a favor del depositario. Si acaso tuviese permiso para usar la cosa, el contrato pierde el carácter de depósito y se convierte en préstamo o comodato.

c) **RESTITUIR LA COSA AL DEPOSITANTE:** Esta obligación se caracteriza porque, cumplida, pone fin a la relación contractual. Hay que hacer algunas consideraciones en relación a esta obligación:

- 1) Qué cosa ha de ser restituida: sobre esta cuestión rige el principio general consistente en que el depositario debe entregar la misma cosa que recibió con todas sus accesiones y frutos. Aquí operan plenamente los principios de identidad, integridad e indivisibilidad de la prestación. En cuanto a la identidad, debe entregar la "misma cosa", no otra, ni su equivalente; en cuanto a su integridad, el deber de restituir opera en menos y en más. Opera en menos, porque no tiene por qué responder de los deterioros que la cosa haya sufrido no habiendo existido culpa de su parte; opera en más, porque junto a la cosa tiene que entregar sus productos y accesiones. Finalmente en cuanto a la indivisibilidad, no puede verificar la devolución por partes, aún cuando la cosa sea divisible.
- 2) A quién ha de hacerse la restitución: La regla general es que el depositario debe restituir la cosa al mismo depositante, a sus causa-habientes o a la persona designada en el contrato.
- 3) Cuándo debe hacerse la restitución: El depósito debe ser restituido al depositante cuando lo reclame, aunque en su contrato se haya fijado un plazo o tiempo para la devolución.
- 4) En qué lugar deberá hacerse la restitución: Se debe distinguir según que se halla establecido o no lugar para la devolución. Cuando al hacerse el depósito se designó lugar para la devolución, el depositario deberá llevar a él la cosa depositada, pero los gastos que ocasione la traslación serán de cargo del depositante; no habiéndose designado lugar para la devolución,

factor común para el que se les destina es el de fomentar la producción, que a la postre es el objetivo fundamental del Bandesa, o sea, ser un banco de desarrollo y fomento de la producción agrícola en nuestro país.

Raúl Cervantes Ahumada(34), nos explica que el crédito es de Avío cuando el acreditado (deudor) queda obligado a invertir el importe del crédito en la adquisición de las materias primas y materiales, y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de su empresa". Continúa explicando que por el Crédito Refaccionario, el acreditado (deudor) queda obligado a invertir el importe del crédito en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganado o animales de cría, en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes, en la apertura de tierra para el cultivo, en la compra o instalación de maquinaria y en la construcción de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa del acreditado".

Mario Bauche Garciadiego señala que el crédito a plazo medio está representado por los préstamos refaccionarios y los de habilitación o Avío para la industria, la ganadería, la agricultura y la avicultura, y dice que son los más adecuados para estas fuentes de riqueza.

Ya mencionamos que en la práctica éste tipo de créditos son los que otorga generalmente el Banco Nacional de Desarrollo Agrícola "Bandesa", con la característica de constituir en depositario de los bienes pignorados al propio deudor, esto dada la naturaleza de la prenda como ya lo expusimos en el capítulo anterior (artículo 885 del Código Civil).

Y, compartiendo la opinión del autor Bauche Garciadiego en cuanto a que el deudor se le considerará como depositario judicial, puesto que además de estar sujeto a las obligaciones generales del depósito, deberá cumplir con dar cuenta del depósito cada vez que sea pedida por las partes o por el Juez.

Ya mencionamos antes que si al requerirse al depositario que rinda cuenta del depósito y este no cumple, incurre en el delito de incumplimiento de obligaciones. Pero ocurre que

(34) Cervantes Ahumada, Raúl. "TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO" Págs. 281 a 283.

cooperación para la administración de justicia.

Hay que resaltar que en este caso del depósito judicial al no dar cuenta del depósito, el ilícito penal en que incurre es el del delito de "Incumplimiento deberes", regulado por el artículo 419 del Código Penal; y, su sanción consiste en prisión de uno a tres años. Más adelante veremos que existe otra modalidad de depósito en el que al no dar razón del depósito se incurre en un delito sancionado con una pena mayor.

4. DEPOSITARIOS DE LAS INSTITUCIONES BANCARIAS:

Hay que tomar en cuenta en este punto, que nos estamos refiriendo exclusivamente a los depositarios de las prendas constituidas a favor de los Bancos, en los créditos que estas conceden.

Si intentamos definir que es un depositario en este caso, diremos: que es la persona encargada de la guarda y conservación de los bienes constituidos en prenda a favor de Instituciones Bancarias, hasta la total cancelación del adeudo, o antes, si el Banco en aplicación del artículo 116 de la Ley de Bancos, le remueve del cargo y designa uno nuevo.

Quiere decir, que el depositario de prendas que constituyen garantía de los créditos que conceden los Bancos, están sujetos a las obligaciones generales para los depositarios, más lo que en particular preceptúa la Ley de bancos al respecto.

El autor Mario Bauche Garciadiego(33), cuando se refiere al cobro de las garantías en créditos refaccionarios y de avío, dice: "que las garantías legales son la hipoteca para los inmuebles y la de prenda para los muebles, pudiendo quedar la prenda en poder del deudor, quien se considerará como depositario judicial, para los fines de la responsabilidad civil y penal correspondiente".

Al mencionar los créditos Refaccionarios y de Avío, hay que resaltarlos porque juegan un papel importante en las operaciones activas de las Instituciones Bancarias, y muy particularmente en los créditos que concede el BANCO NACIONAL DE DESARROLLO AGRICOLA "BANDESA", ya que en ambos casos el

(33) Bauche Garciadiego, Mario. "OPERACIONES BANCARIAS, ACTIVAS, PASIVAS Y COMPLEMENTARIAS" Pag. 299.

cuando se trata de créditos Bancarios, las Instituciones Bancarias al amparo de la Ley de Bancos cuentan con privilegios que los particulares no tienen en los créditos que otorgan; uno de estos privilegios y de fundamental importancia en la presente tesis, es el contenido en el artículo 116 de la Ley de Bancos que textualmente dice: "Las Instituciones Bancarias en las ejecuciones que promueven tendrán derecho de designar y remover el depositario de los bienes sobre que recaiga la acción ejecutiva. Cualquier otro depositario nombrado con anterioridad será removido ipso facto".

En este punto es en donde radica la diferencia con la rendición de cuantías del contrato de depósito entre particulares, ya que como hemos mencionado con anterioridad en este caso la obligación está dirigida sólo a rendir cuentas, a informar; si ignora o no cumple la orden que se le hace incurre en el delito de incumplimiento de obligaciones. En tanto que al ordenarse la remoción del cargo de depositario y su sustitución por otro que de acuerdo con los intereses del Banco sea el conveniente, en este caso el depositario sustituido deberá entregar la prenda pignorada, y si no lo hace entonces se planteará el "incidente para establecer el paradero de la prenda" y dependiendo las resultas del mismo, si no se dá razón del paradero de la prenda dada en garantía a favor del banco, entonces con fundamento en el artículo 90 de la Ley de Bancos en su séptimo párrafo (que textualmente dice: "La variación del objeto de un préstamo o la ocultación del todo o parte de los productos pignorados se castigará como delito de ESTAFA conforme el Código Penal"); la consecuencia, será el procesamiento del depositario-deudor, por incurrir en un caso especial de estafa, concretamente el regulado en el numeral 22 del artículo 264 del Código Penal, que dice: "El deudor que dispusiese, en cualquier forma de los hurtos gravados con prenda para garantizar créditos destinados a la producción... (será sancionado con prisión de 6 meses a 4 años y multa de Q.200.00 a Q.1.000.00 artículo 263, 2o. párrafo del Código Penal). Concluimos en consecuencia, que no solo la sanción es mayor, sino que al defraudar el patrimonio del Banco, perjudica el fomento de la producción nacional, pues la cartera crediticia del banco se ve mermada y limitada en su campo de operaciones activas, más adelante nos referiremos al trámite del citado incidente.

La ejecución, cuando deriva de ese carácter coercible de la sentencia supone un proceso de conocimiento previo; ahora, cuando la ejecución no deriva de una sentencia, entonces habrá de desenvolverse otro proceso de conocimiento, previo al propiamente llamado de ejecución, como sucede con los llamados títulos ejecutivos contractuales que dan origen al juicio ejecutivo, en cuyo caso el deudor puede durante la fase declarativa, oponer sus excepciones.

La ubicación sistemática de los procesos de ejecución dentro de las legislaciones ha sido de prominente dificultad. El reconocimiento de los llamados juicios ejecutivos denota la referida dificultad, porque estos en realidad son procesos abreviados de cognición y únicamente a partir de la sentencia de remate puede hablarse propiamente de ejecución forzada. Guasp, sostiene que el proceso de ejecución no admite actividad alegatoria y en su caso solamente las prevée como incidentes anormales que desvían de su verdadero cauce, y en ello radica la diferencia entre el proceso de cognición y el proceso de ejecución.

Nuestro Código Procesal Civil y Mercantil, ha considerado a los juicios ejecutivos como procesos de ejecución, no obstante la observación antes hecha sobre su naturaleza cognocitiva. Tiene como nota particular en relación con el anterior código, que se separó la Vía de Apremio, que sí es auténtica ejecución de los juicios ejecutivos; aun cuando se les agrupó en el mismo libro que regula los procesos de ejecución. Es en el libro tercero del Código Procesal Civil y Mercantil, en donde se agrupan los procesos de ejecución y en primer lugar se regula la Vía de Apremio, que es la que tiene indiscutiblemente el verdadero carácter de ejecución forzada y que corresponde a la forma ordinaria de ejecución (expropiativa). En seguida, se contempla el juicio ejecutivo, que como se considera en la doctrina, en realidad es un juicio sumario de abreviada cognición, pero al cual se le aplican las disposiciones de la vía de apremio en lo pertinente. Luego, las ejecuciones especiales, según el tipo de obligación (de dar, de hacer, de no hacer y de otorgar escritura pública). Y, finalmente se regula la ejecución de sentencias, tanto nacionales como extranjeras.

Siguiendo las ideas de Mario Aguirre Godoy, es preciso mencionar los presupuestos fundamentales para que pueda existir un proceso de ejecución con toda la eficacia que requiere la ley:

- 1) LA ACCION EJECUTIVA: Este término típico en la

TITULO IIINCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA PRENDACAPITULO IEJECUCION DE CREDITOS GARANTIZADOS CON PRENDA:

Vale la pena previo a desarrollar el caso concreto en este capítulo, hacer alguna referencia a lo que la doctrina llama EJECUCION. Eduardo Pallarés(35), señala que este vocablo tiene en la ciencia del Derecho diversos significados, algunos amplios y otros restringidos. Unas veces significa lo mismo que el cumplimiento voluntario de una obligación. Otras veces se usa en el sentido de llevar a efecto lo mandado por la ley. En su significación más general, ha de entenderse como los actos que son necesarios efectuar para hacer efectivo un mandato jurídico, sea el contenido en la ley, la sentencia definitiva o en alguna otra resolución judicial o mandato concreto. Mario Aguirre Godoy(36), se manifiesta en relación con el concepto de ejecución, y cita además el criterio de algunos autores connotados. Dice que normalmente se entiende la ejecución cuando se refiere al acto procesal por excelencia que es la sentencia. La Ejecución (como fase posterior a la de conocimiento) es definida por Couture como el procedimiento dirigido a asegurar la eficacia práctica de las sentencias de condena.

Señala Jaime Guasp, que el objeto del proceso de ejecución se da cuando lo que la parte pretende es que el órgano jurisdiccional verifique no una declaración de voluntad, sino una conducta física, un acto real o material.

La doctrina reconoce que las sentencias propiamente ejecutables son las de condena y no las meramente declarativas o constitutivas. Guasp apunta, QUE NO ES PRECISO QUE SE ENCUENTRE UNA CONEXION INESCINDIBLE ENTRE PROCESO DE CONOCIMIENTO Y PROCESO DE EJECUCION, YA QUE AMBOS PUEDEN PRESENTARSE EN FORMA AUTONOMA O INDEPENDIENTE.

(35) Pallarés, Eduardo. "DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL" Pág. 234.

(36) Aguirre Godoy, Mario. "DERECHO PROCESAL CIVIL"; Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala (USAC), Tomo II Volumen 1o. 1992. Págs. 151 a 155.

llamados derechos reales de garantía como son la prenda y la hipoteca. Resulta en consecuencia un presupuesto esencial la existencia real de un patrimonio ejecutable.

Ya mencionamos en términos generales lo que es el proceso de ejecución; conviene ahora hacer referencia a una de sus modalidades como lo es la EJECUCION EN LA VIDA DE APREMIO, ya que es en ésta modalidad en donde se desarrolla el tema central de la presente tesis.

Según Aguirre Godoy(37), la Vía de Apremio procede cuando se promueve la ejecución con apoyo en títulos a los cuales se les atribuye eficacia jurídica privilegiada, siempre que traigan aparejada la obligación de pagar cantidad de dinero líquido y exigible (artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil).

El citado artículo señala además los títulos que dan lugar a promover en este procedimiento mejormente conocido en la doctrina como "EJECUCION FORZOSA", y 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; y
- 7) Convenio celebrado en juicio.

Ahora bien, es en el Código Procesal Civil y Mercantil (Decreto Ley 107) actualmente vigente, que por primera vez se regula la Vía de Apremio como tal, llamada por algunos como verdadera ejecución, o como señala la doctrina "EJECUCION FORZOSA", pero a pesar de ello hay posibilidad de plantear contra el título en que se basa lo siguiente: a) Si es una sentencia sólo excepciones nacidas con posterioridad a la misma o al laudo arbitral cuya ejecución se pida (artículo 295 del Código Procesal Civil y Mercantil), lo cual es lógico, debido a que ambos casos se encuentran

(37) Aguirre Godoy, Mario. "DERECHO PROCESAL CIVIL". Págs. 179 a 181.

práctica forense guatemalteca, guarda un vínculo directo en relación con el estudio de la acción en general, pero hay que mencionar un aspecto característico de la misma: que para el ejercicio de la acción ejecutiva debe justificarse la existencia de un derecho ya reconocido.

- 2) **EL TITULO EJECUTIVO:** Las pretensiones del actor han de fundamentarse en un título que por su sola apariencia, dispense de entrar en la fase de discusión y presente como indiscutible, al menos de momento, el derecho a obtener la tutela jurídica. En el Derecho Guatemalteco, como se regulan taxativamente los documentos que aparejan ejecución, el juez antes de librar el mandamiento ejecutivo, lo analiza, y únicamente en vista de la certeza del crédito lo libra. (Basandose en la apariencia del título).

Según la doctrina el Título Ejecutivo puede ser de dos especies: Judicial y Extrajudicial, éste último a su vez puede ser convencional cuando resulta del reconocimiento hecho por el deudor a favor del acreedor, de una obligación cierta y exigible (Contrato), al cual se le atribuyen efectos análogos a la sentencia; y Administrativo que generalmente se aplica para el cobro de ciertos créditos como sucede por ejemplo con los impuestos y multas.

Lo importante que hay que resaltar en este presupuesto es que la base del proceso de ejecución es el título ejecutivo.

- 3) **PATRIMONIO EJECUTABLE:** El proceso de ejecución en su forma común u ordinaria hace efectivos los derechos del acreedor por medio de la afectación del patrimonio del deudor. La ejecución en el campo civil, que recaiga directamente sobre la persona del deudor ha quedado como antecedente histórico en el derecho de ejecución civil; en la actualidad la tendencia generalizada es que recaiga sobre bienes del deudor. Por esa razón es que los ordenamientos civiles suelen estipular que el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. En algunos casos, esta responsabilidad patrimonial genérica del deudor se transforma en una responsabilidad específica, lo cual sucede cuando el deudor, afecta singularmente determinados bienes, para el caso de incumplimiento, así es como surgen los

la "PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO", o sea, que la prenda queda en poder del deudor (artículo 885 del Código Civil), dentro de las operaciones activas del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola. Así mismo, juega un papel notable la modalidad de la prenda denominada en nuestro código civil como Prenda Agraria, Ganadera e Industrial, que puede constituirse con independencia de los inmuebles a que pertenezcan y que también forman parte de las llamadas prendas sin desplazamiento; ya que dentro de la línea de créditos que ofrece el citado banco dicha modalidad de la prenda es muy común, y, consecuencia de ello es que para concluir éste breve párrafo hay que mencionar lo relativo a la obligación registral de las obligaciones garantizadas con prenda y decimos que el principio general lo contiene el inciso 10. del artículo 1188 del Código Civil, el cual señala que para poder registrar la prenda es necesario tener un título de propiedad a favor del usuario; pero esta disposición deja sin posibilidad de acceso al crédito a todos aquellos usuarios que carecen de título inscrito a su favor, y siendo que éstos constituyen una gran mayoría, se hizo necesario crear un mecanismo que les abriera las puertas de acceso al crédito, creándose con el fin de cumplir sus objetivos de fomento y desarrollo de la producción agrícola un REGISTRO DE PRENDAS INTERNO DEL BANCO NACIONAL DE DESARROLLO AGRICOLA. Teniendo su fundamento en el artículo 55 de la Ley Orgánica del BANDESA, Decreto 99-70 del Congreso de la República de Guatemala (reformado por el artículo 50. del Decreto número 16-71 del Congreso de la República de Guatemala).

Es así, pues, que el título ejecutivo consistente en documentos público o privado garantizado con prenda Agraria, Ganadera o Industrial, debidamente inscrito en el registro de la Propiedad si se posee título de propiedad del fundo a que la prenda pertenezca; o bien, en el Registro de Prendas Interno del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola si se carece de título inscrito a su favor; es título suficiente y perfecto para que proceda la ejecución en la vía de apremio. Y, siendo que el título ejecutivo es la base para la ejecución de créditos garantizados con prenda, es ahora oportuno que analicemos el trámite y resolución de la ejecución sin promover el incidente para establecer el paradero de la prenda.

10. ANALISIS DEL TRAMITE Y RESOLUCION DE LA EJECUCION SIN PROMOVER EL INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA PRENDA:

1.1) A la presentación de la demanda el juez tiene la obligación de calificar el título en que se funda la

firmes. b) En las ejecuciones fundamentadas en los demás títulos, sólo se admiten las excepciones que destruyan la eficacia del título y tengan su fundamento en prueba documental (artículo 296 del Código Procesal Civil y mercantil).

También en el caso de la ejecución en la Vía de Apremio debemos incluir la necesidad de que medien ciertos requisitos fundamentales o presupuestos, para que la misma proceda. Estos son:

- 1) Que dicha ejecución esté basada en cualesquiera de los títulos que regula el artículo 294 del Código Procesal Civil y Mercantil;
- 2) Que traiga aparejada la obligación de pagar dinero.
- 3) Que la cantidad de dinero sea líquida, esto implica que esté determinada en cifras (valor determinado);
- 4) Que la cantidad de dinero sea exigible, lo que quiere decir que el plazo o en su caso la condición ya se hubiere cumplido, lo que da derecho al ejecutante a exigir su pago.

Para los efectos prácticos del tema central que nos ocupa, nos referiremos únicamente a uno de los títulos ejecutivos que regula el Código Procesal Civil y Mercantil, para que proceda la Vía de Apremio: "LOS CREDITOS PRENDARIOS". Como mencionamos anteriormente al citar la opinión de Mario Aguirre Godoy, en el caso de los créditos prendarios, también tienen eficacia jurídica privilegiada para los efectos de admitir una ejecución en la vía de Apremio. En el derecho civil guatemalteco la prenda es considerada como un derecho real que grava bienes muebles para garantizar el cumplimiento de una obligación (artículo 880 del Código Civil). Puede constituirse en escritura pública o documento privado y debe hacerse constar la especie y naturaleza de los bienes dados en prenda, su calidad, peso, medida, cuando fueren necesarios, y todos los demás datos para su precisa identificación; nombre del depositario, además de ser requisito indispensable la aceptación expresa del acreedor y del depositario (artículo 884 del Código Civil).

Aún y cuando ya hicimos referencia en el capítulo relativo a la prenda, debemos insistir en la importancia de

- 1.5) Practicado el remate, procede la liquidación de la deuda (artículo 319 del Código Procesal Civil y Mercantil), con sus intereses, gastos y costas, la que se discutirá de conformidad con el artículo 580 del Código Procesal Civil y Mercantil, por la vía de los incidentes. Aprobada y encontrándose firme la liquidación si existe postor el juez le fijará un plazo no mayor de ocho días para que deposite en la Tesorería del Organismo Judicial, el saldo que tuviere pendiente.
- 1.6) Cumplidos los requisitos antes enunciados el juez señalará al ejecutado un plazo de tres días para que otorgue la escritura traslativa de dominio bajo apercibimiento de que en caso de rebeldía el juez la otorgará de oficio.
- 1.7) Otorgada la escritura traslativa de dominio el juez mandará a dar posesión de los bienes al adjudicatario, es decir al subastador o al ejecutante, fijando para el efecto al ejecutado un plazo que no exceda de diez días bajo apercibimiento de que en caso de negativa ordenara el secuestro. En este caso puede suceder lo siguiente:
 - 1.7.1) Que el depositario-deudor, haga entrega de los bienes pignoralizados y rematados al adjudicatario, en cuyo caso no hay problema.
 - 1.7.2) Que el depositario-deudor, no entregue los bienes rematados, en este caso se hace efectivo el apercibimiento hecho oportunamente y se proceda a hacer el secuestro correspondiente y posterior entrega al adjudicatario.
 - 1.7.3) Que al requerir los bienes rematados al depositario-deudor, se constate en ese momento que los mismos no existen. En este último caso se pueden dar dos consecuencias:
 - a) Que si el adjudicatario es el propio banco, al no existir los bienes rematados y adjudicados a su favor, lo que ocasiona es que dicho crédito pase a formar parte del renglón denominado Pérdidas y Ganancias del Banco, como una pérdida, afectando con ello el patrimonio de la Institución y limitando sus posibilidades de conceder nuevos créditos a otros usuarios.
 - b) Si el adjudicatario es una tercera persona en calidad de postor, al no existir los bienes por los que pagó

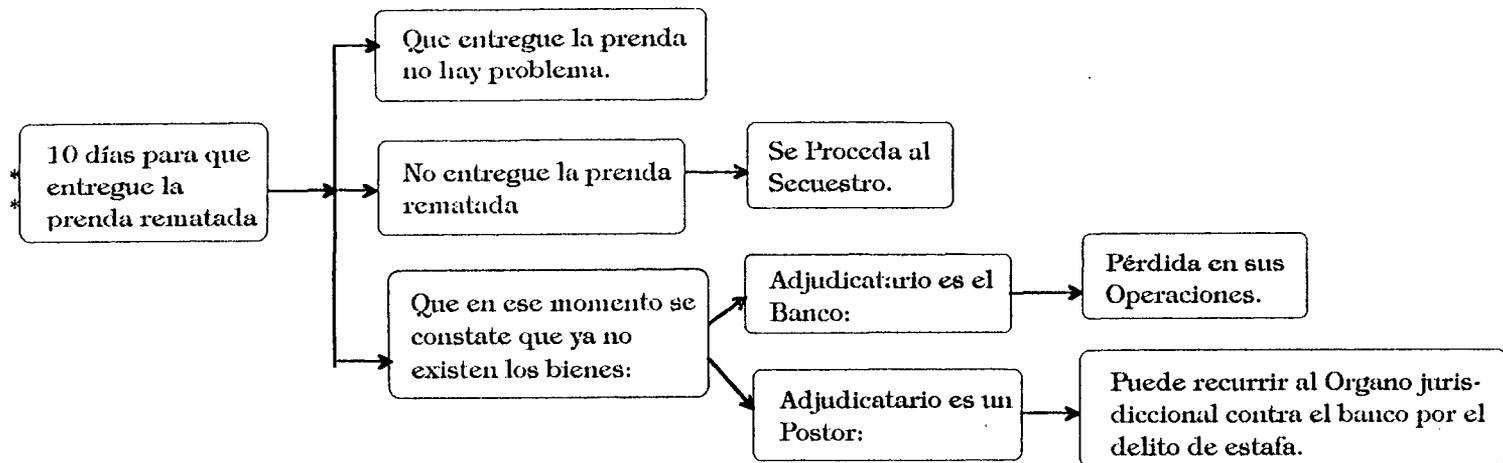
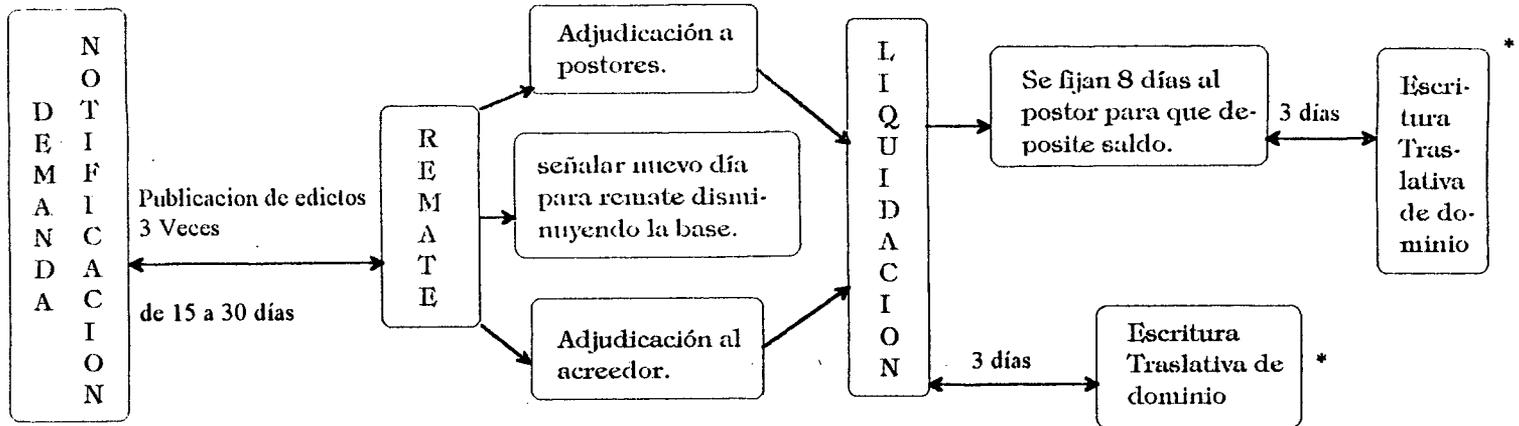
misma (artículos: 61, 62, 63, 106, 107, 108, 109, 294 y 297 del Código Procesal Civil y Mercantil):

- 1.2) Si el juez estima que el título en que se basa la ejecución es suficiente a su criterio, despachará lo que procesalmente se denomina mandamiento de ejecución, que es una orden de requerir de pago al ejecutado y trabar embargo de bienes en su caso. Salvo, si la obligación estuviese garantizada con prenda o hipoteca, en cuyo caso no será necesario el requerimiento ni el embargo (este es el caso que nos ocupa, puesto que se trata de una obligación garantizada con prenda), el procedimiento a seguir será el de ordenar se notifique la ejecución, señalándose día y hora para el remate de conformidad con el artículo 313 del Código Procesal Civil y Mercantil.
- 1.3) Debidamente notificado el ejecutado, se procederá a el remate de la prenda dada en garantía a favor del banco, tomando como base para el mismo el setenta por ciento del capital demandado, que generalmente es pactado en el contrato y con fundamento en el artículo 121 de la Ley de Bancos.

Deberá anunciarse la venta de los bienes pignorados por tres veces por lo menos, en el Diario Oficial y en otro de los de más circulación, además se comunicará la venta por edictos fijados en los estrados del Tribunal y, si fuere el caso, en el juzgado menor de la población a que corresponda el bien que se subasta, durante un plazo no menor de quince días.

- 1.4) Al realizarse el remate puede suceder cualquiera de las siguientes situaciones (artículos: 315 a 318 del Código Procesal Civil y Mercantil):
- 1.4.1) Que comparezcan postores o subastadores, caso en el cual el juez declara fincado el remate en la mejor postura:
- 1.4.2) Que no comparezcan postores, en este caso se pueden dar las siguientes circunstancias:
- a) Que se señale nueva audiencia para el remate por la base del sesenta por ciento y así bajando cada vez que no hayan postores en un diez por ciento, llegandose al extremo de aceptar cualquier postura;
 - b) Que el ejecutante solicite se le adjudique en pago los bienes por la base fijada en el ramate.

EJECUCION EN VIA DE APREMIO DE UN CREDITO GARANTIZADO CON PRENDA:



en ese caso puede recurrir ante el Organó Jurisdiccional, para deducir contra el Banco las responsabilidades penales y civiles por el delito de estafa, ya que fué el Banco el que sacó a remate una prenda inexistente y recibió el dinero del postor al que se le adjudicó y escrituró algo que no existe.

Para una mejor visualización de lo anterior, a continuación incluyo el esquema del juicio ejecutivo en la Vía de Apremio:

- 2.4.1) Si el depositario-deudor hizo entrega de la prenda, el proceso seguirá el trámite normal, verificandose el remate, liquidación, escrituración y toma de posesión.
- 2.4.2) Si se da el caso de que el depositario-deudor, no hace entrega de los bienes pignorados, ni da razón de la existencia de los mismos, así como cuando visualmente mediante reconocimiento en el lugar de la inversión el juez o la persona que éste designa, constata la inexistencia de la prenda: es necesario que en la vía incidental (artículo 43 del Código Procesal Civil y Mercantil) se procure establecer el paradero de la misma. Para los efectos prácticos describo a continuación el trámite que deberá sufrir el INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA PRENDA:
- a) Mediante un escrito que incluya los requisitos previstos en el artículo 106 del Código Procesal Civil y Mercantil, y sin necesidad que incluya de nuevo los datos generales del interponente, toda vez que éste ya no es un primer escrito, y con la resolución que recaiga sobre el mismo y que le dé trámite, se formará la cuerda separada toda vez que este tipo de Incidentes no pone obstáculo a la prosencución del asunto (artículos: 135 y 137 de la Ley del Organismo Judicial).
 - b) En la resolución que dé trámite al Incidente se correrá audiencia por el plazo de dos días al depositario-deudor, y deberá notificarsele; en este caso puede ocurrir lo siguiente:
 - b.1) Que el depositario-deudor, no se oponga ni haga uso de la audiencia que se confirió, en cuyo caso el incidente se tramitará en rebeldía del mismo.
 - b.2) Que el depositario-deudor, haga uso de la audiencia conferida, presente sus alegatos y ofrezca sus respectivos medios de prueba.
 - c) Si el incidente se refiere a cuestiones de hecho y fuere necesaria la apertura a prueba, se abrirá a prueba el incidente por el plazo de

2o. ANALISIS DEL TRAMITE Y RESOLUCION DE LA EJECUCION PROMOVRIENDO LA REMOCION DE DEPOSITARIO, Y EN SU CASO DE NO EXISTIR LA PRENDA, EL INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA MISMA:

- 2.1) Al presentar la demanda además de las peticiones de trámite propias de esta clase de proceso, se incluirá con fundamento en el artículo 116 de la Ley de Bancos: la Solicitud de remover del cargo de depositario al nombrado en el contrato de Mutuo, y designar un sustituto propuesto por el propio Banco. Así mismo que se ordene mediante exhorto o despacho (dependiendo el caso), que el juez de primera instancia o el juez de paz a cuya competencia corresponda el lugar de la inversión, para que practique las diligencias de discernimiento al nuevo depositario nombrado, requerimiento de la prenda al depositario sustituido y en su caso dar posesión de la prenda al nuevo depositario.
- 2.2) Calificado el Título el juez si lo estima suficiente señalará día y hora para el remate y ordenará que se notifique la ejecución, así como que se practique las diligencias mencionadas en el numeral anterior, librando para el efecto los despachos o exhortos que sean necesarios.
- 2.3) El juzgado al que vaya remitido el exhorto o despacho al proceder a diligenciarlo deberá levantar acta circunstanciada del resultado de las diligencias. Y en este caso puede ocurrir lo siguiente:
 - 2.3.1) Que se notifique y al momento de requerirse la prenda al depositario-deudor, éste haga entrega de la misma, y en esa misma diligencia se le dé posesión al nuevo depositario nombrado.
 - 2.3.2) Que se notifique y que al momento de requerirse la prenda al depositario-deudor, éste no entregue la prenda, ni dé razón de la misma.
 - 2.3.3) Que se notifique por cédula entregada a otra persona, y que en la diligencia se constate visualmente que la prenda no existe en el lugar designado en el contrato, o sea, en el lugar de la inversión.
- 2.4) Una vez se incorpore al proceso el despacho o exhorto relacionado en los apartados anteriores, puede procederse de las siguientes formas:

apremio, promoviendo el Incidente Para Establecer el Paradero de la Prenda.

EJECUCION EN VIA DE APREMIO DE UN CREDITO PRENDARIO, PROMOVRIENDO LA REMOCION DE DEPOSITARIO Y EN CASO DE NO SER EXHIBIDA LA PRENDA EL INCIDENTE PARA ESTABLECER EL PARADERO DE LA MISMA.-

VER ESQUEMA
EN
PAGINA SIGUIENTE.

diez días (artículo 139 de la Ley del Organismo Judicial); debiendo las partes promover las pruebas que ofrecieron oportunamente. Puede el juez para mejor resolver disponer que en el plazo de cinco días se reciban las pruebas que sin culpa de las partes no se hayan podido recibir, o las que él considere indispensables, según la naturaleza del proceso que se trate.

d) Resolución. el juez resolverá el incidente sin más trámite, dentro de tres días de transcurrido el plazo de la audiencia, y si se hubiere abierto a prueba, la resolución se dictará dentro de igual plazo después de concluido el de prueba. Al resolverse puede pasar lo siguiente:

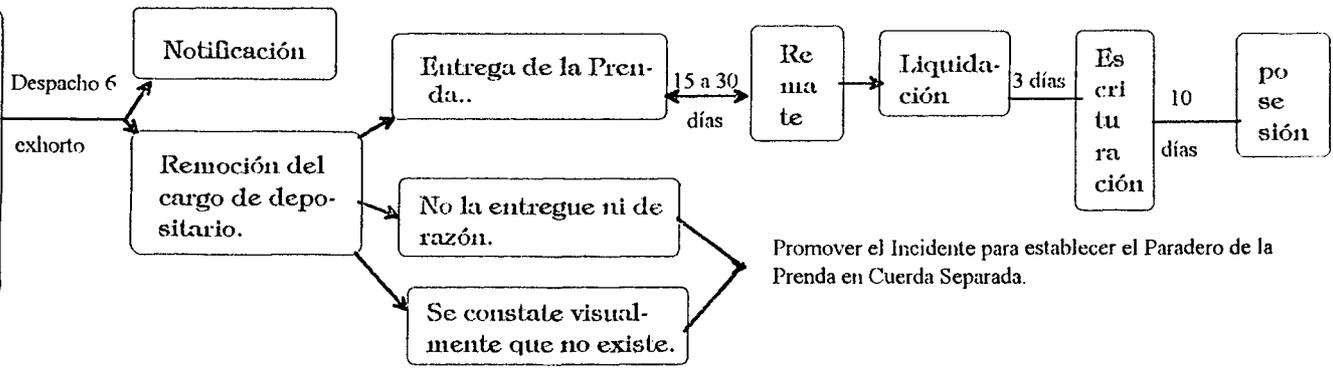
d.1) Que con base a los fundamentos y pruebas aportadas por el banco, el juez estime procedente el incidente y proceda a declararlo con lugar, ordenando certificar la parte conducente a un juzgado del Ramo Penal, y además haciendo la correspondiente condena en costas.

d.2) Puede suceder que el depositario-deudor se oponga, proponiendo sus medios de prueba y el Juez estime procedente declarar sin lugar el incidente, y condene o no en costas al Banco.

En ambos casos el auto que resuelve el incidente es apelable. Si la resolución apelada fuere resuelta por el Tribunal de Segunda Instancia en el sentido de declarar sin lugar el incidente, la consecuencia sería que la ejecución en vía de apremio ya no podría continuar, toda vez que ya no hay bienes pignorados que rematar. En este caso el Banco tiene la opción con fundamento en el artículo 123 de la Ley de Bancos de promover el juicio Ejecutivo Común por el monto total de la deuda teniendo como título ejecutivo una certificación de saldo de cuentas extendida por el Banco Nacional de Desarrollo Agrícola (artículo 112 inciso 2o. de la Ley de Bancos; y, 58 inciso "b" de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola).

Resulta oportuno aquí también, presentar en forma esquemática el procedimiento del juicio ejecutivo en vía de

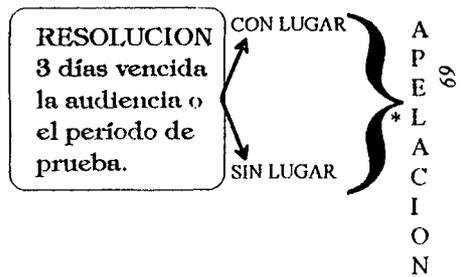
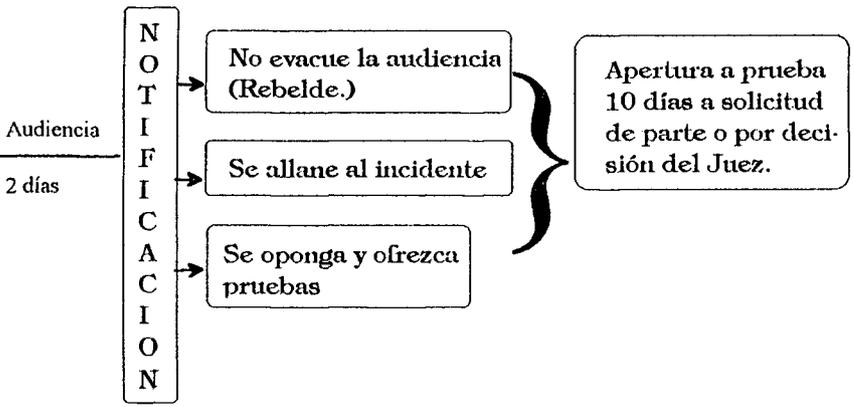
D R D r
E e p o
M + o s
A N c e
D i i
A ó t a
n a
..



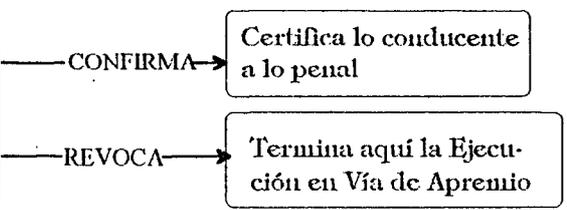
Promover el Incidente para establecer el Paradero de la Prenda en Cuerda Separada.

E I N
S C R I
T O N T E

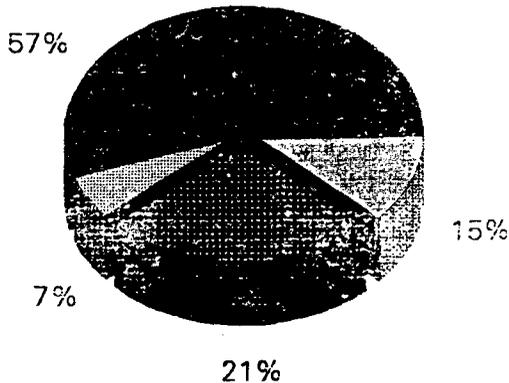
R E S O L U C I O N



A P E L A C I O N



El Banco puede posteriormente promover el juicio Ejecutivo Común, por el monto total de la deuda. Artículos 112 inc. 2o. de la Ley de Bancos y 58 inc. "b" de la Ley Organica del BANDESA.



La Anterior gráfica podemos interpretarla diciendo que la mayoría de créditos que pasan a ser ejecutados por los mandatarios judiciales del Bandesa, están garantizados con prenda, ocupando una segunda posición (aunque con mucha diferencia en relación al anterior) los créditos garantizados a la vez con prenda e hipoteca, esta segunda casilla es importante en nuestro tema porque al figurar la prenda y la hipoteca juntas, quiere decir que cada una de éstas garantías cubre un determinado porcentaje del crédito y por lo tanto también es necesario determinar si existe o no la prenda porque además de las razones que hemos dejado expuestas con anterioridad, en éste caso permite que al momento de solicitar el remate de la hipoteca ésta cubra el saldo insoluto que deja la prenda; lo que para los efectos prácticos de la necesidad de promover el Incidente para Establecer el Paradero de la Prenda, quiere decir que hay que sumar ambas casillas para saber el número de casos en que se plantea el incidente y esto traducido a números equivale a un total de 98 expedientes, que de la totalidad de expedientes examinados corresponde al 78%. Las dos últimas casillas o sea, los créditos garantizados exclusivamente con hipoteca y los créditos con garantía fiduciaria, ocupan un porcentaje marcadamente minoritario.

- B) El segundo objetivo al examinar los expedientes asignados a un mandatario, era establecer en cuantos de los casos en los que figura la garantía prendaria, hubo necesidad de promover el Incidente Para Establecer el Paradero de la Prenda, y en cuantos no; lo que nos dió el siguiente resultado:

CAPITULO II

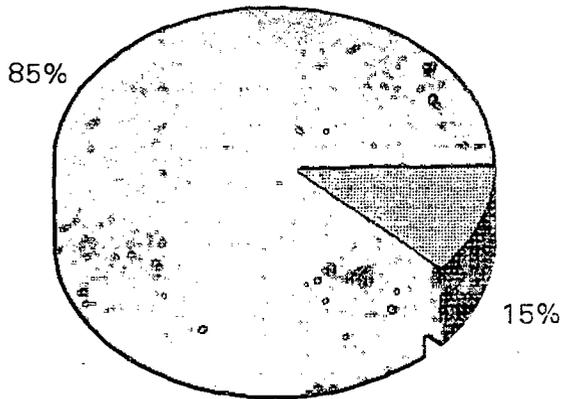
ENFOQUE PARACTICO

Finalmente es conveniente determinar en el campo práctico si en realidad existe el problema planteado, y si el Incidente para Establecer el Paradero de la Prenda es el camino adecuado para asegurar los juicios ejecutivos en la Vía de Apremio promovidos por el Banco Nacional de Desarrollo Agrícola "Bandesa"; y, para lograrlo, haré un recuento y análisis de los expedientes asignados a uno de los Mandatarios Judiciales con representación, conque actualmente cuenta Bandesa. Sirviéndonos en esta forma como muestra para los efectos estadísticos, un número total de 126 expedientes contados, y se obtuvieron los siguientes resultados:

A) El primer objetivo a establecer, es determinar los porcentajes que corresponden a los expedientes contados según la naturaleza de la garantía del crédito otorgado por el Banco:

- Un total de 72 expedientes corresponden a créditos garantizados exclusivamente con prenda Agrícola, Ganadera o Industrial; que equivalen al 57% del total de casos asignados.
- Un total de 9 expedientes corresponden a créditos garantizados únicamente con garantía hipotecaria; que equivalen a un 7% del total de casos asignados.
- Un total de 26 expedientes corresponden a créditos a su vez con prenda e hipoteca; que equivalen a un 21% del total de casos asignados.
- Un total 19 expedientes corresponden a créditos garantizados con fianza mancomunadamente solidaria; que equivalen a un 15% del total de casos asignados.

* VER GRAFICA EN PAGINA SIGUIENTE



El alto porcentaje de expedientes en que sí se ordenó certificar lo conducente al ramo penal, por no existir la prenda y no haber dado razón de su paradero de parte del depositario-deudor, nos dá la certeza de que sí existe el problema que se estudia y que consecuencia de ello sí es necesario promover el incidente para establecer el paradero de la prenda en la ejecución de créditos prendarios del Bandesa, antes de proceder a llevar a cabo el remate de una prenda inexistente.

En cuanto al 15% de los expedientes en que sí se promovió el incidente pero que no se certificó lo conducente, corresponde a juicios en que el Banco ordenó a su mandatario judicial desistir del mismo, por las mismas causas señaladas en el inciso "B" de éste capítulo.

C O N C L U S I O N E S:

Con fundamento en lo expuesto a lo largo del contenido de la presente tesis, formulamos las siguientes conclusiones:

- 1) El porcentaje más elevado de ejecuciones que promueve el Banco Nacional de Desarrollo Agrícola "Bandesa" a través de sus Mandatarios Judiciales con representación, corresponden a créditos garantizados con PRENDA: AGRICOLA, GANADERA o INDUSTRIAL.
- 2) En las Ejecuciones en la Vía de Apremio del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola "Bandesa", en las que el Título Ejecutivo consista en un Contrato de Mutuo garantizado con prenda, es necesario incluir entre las peticiones de trámite, la remoción del cargo de depositario, con fundamento en el artículo 116 de la Ley de Bancos; con el objeto de asegurar la prenda, para los efectos del remate de la misma en caso de que exista, ó cimentar las bases para posteriormente promover el Incidente cuyo objetivo será establecer el Paradero de la Prenda en el caso de que la prenda no exista.
- 3) En la mayoría de ejecuciones de créditos del BANDESA garantizados con prenda debe promoverse el incidente para establecer el paradero de la prenda, previamente a llevar a cabo el remate y adjudicación de la misma.
- 4) Rematar garantías prendarias a favor del BANDESA, sin verificar previamente su existencia, provoca pérdidas para el banco y lo coloca en posición de ser posible objeto de demandas por daños y perjuicios y procesos de carácter penal.
- 5) Al determinar que no existe una prenda dada en garantía a favor del BANDESA, dá lugar a que el banco pueda hacer efectivo su derecho a promover el juicio ejecutivo comun por el monto total de la deuda con fundamento en el artículo 123 de la Ley de Bancos en el caso exclusivo de los créditos garantizados únicamente con prenda; y, cuando el crédito se garantiza con prenda e hipoteca, esta última cubre el saldo insoluto que deja la inexistencia de la prenda con fundamento en los artículos 881 del Código Civil y 123 de la Ley de Bancos.

R E C O M E N D A C I O N E S:

El fin último al llevar a cabo una investigación, no es sólo arribar a las conclusiones del tema y a la acumulación de información y conocimiento; sino también a la posibilidad de plantear sugerencias o recomendaciones, motivo por el cual se hacen las siguientes:

- 1) A nivel Administrativo el Banco Nacional de Desarrollo Agrícola "Bandesa", debe estudiar, formular y ejecutar nuevos planes, dirigidos al control y aseguramiento tanto la derivada de la correcta inversión del crédito en sí, como de las prendas pignoras a su favor; ya que a pesar de ser una Institución orientada al desarrollo y fomento de la producción agrícola en nuestro país, el no asegurar la existencia de la garantía de los créditos que ha otorgado, dá lugar a la no recuperación de su cartera crediticia por la vía judicial, y como consecuencia el cerrarle las puertas del crédito a nuevos usuarios.
- 2) El Departamento de Cartera del BANDESA, debe actualizar sus Registros, a efecto de evitar que los Títulos que contienen los préstamos se perjudiquen y así evitar que se inicien demandas tardíamente cuando las prendas ya no existen.
- 3) Los Mandatarios Judiciales del Banco Nacional de Desarrollo Agrícola "BANDESA", en las ejecuciones que promueven en representación de dicha Institución Bancaria, deben asegurarse que la prenda que procederán a rematar sí existe y podrá llegar a manos de la persona que resulte adjudicataria; para lo cual es conveniente que procuren la remoción del cargo de depositario y propongan un nuevo depositario afín a los intereses del Banco, para tener la seguridad de la existencia de la prenda y si en la diligencia no se dá razón de la misma, promover el Incidente para Establecer el Paradero de la Prenda.
- 4) Cuando se determine la no existencia de la prenda por motivo de heladas, lluvias fuertes, maremotos, terremotos, ó cualquier otro desastre de carácter natural, es conveniente que el Banco autorice la NOVACION de los créditos a sus usuarios, pues es evidente que la causa no es imputable a ellos.

B I B L I O G R A F I A

A) AUTORES EXTRANJEROS:A U T O R:O B R A:

- CARNELUTTI, Francesco:.... "ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL"
(Edición y traducción al cuidado de Santiago Sentis Melendo; Argentina: Ediciones Juridicas, Europa-América, 1952).
- CASTAN Tobeñas, José:..... "DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMUN Y FORAL" (13a. Edición: España. Editorial Reus, S.A. 1982).
- CERVANTES Ahumada, Raúl:.. "TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO" (3a. Edición: México, D.F.: Editorial Jus. 1945).
- COUTURE, Eduardo J.:..... "ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL" (Tomo II: Argentina: Editorial Ediar, S.A. 1950).
- COUTURE, Eduardo J.:..... "FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL" (México, D.F.: Editorial Nacional, S.A. 3a. Edición. 1984).
- DE LA PLAZA, Manuel:..... "DERECHO PROCESAL CIVIL ESPAÑOL"
(Volumen I y II, 3a. Edición: Madrid España: Editorial Revista de Derecho Privado; 1951).
- GARCIADIEGO, Mario Bauche: "OPERACIONES BANCARIAS" (5a. edición: México: Editorial Porrúa, S.A., 1985).
- PALLARES, Eduardo:..... "DERECHO PROCESAL CIVIL" (7a. Edición: México D.F.: Editorial Porrúa, S.A. 1978).
- PUIG Peña, Federico:..... "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL" (3a. Edición: España: Editorial Pirámide, S.A., 1976).

- ROJINA Villagas. Rafael:.. "COMPENDIO DE DERECHO CIVIL"
(Tomó II. Mexico: Editorial
Porrúa. S.A., 1974).

B) AUTORES NACIONALES:

A U T O R:

O B R A:

- AGUIRRE Godoy. Mario:..... "DERECHO PROCESAL CIVIL" (Tomo
I: Guatemala: Centro de
Reproducciones, Universidad
Rafael Landivar, 1986).
- AGUIRRE Godoy. Mario:..... "DERECHO PROCESAL CIVIL" (Tomo
II, Volumen I; Guatemala:
Editado en Talleres de Unión
Tipográfica, 1982).
- BRANAS. Alfonso:..... "MANUAL DE DERECHO CIVIL" (Tomo
I, 2a. Edición: Guatemala:
Editorial Universitaria,
Universidad de San Carlos de
Guatemala, 1973).
- NAJARA Farfán. Mario E.:.. "DERECHO PROCESAL CIVIL"
(Guatemala: Editorial Eros,
1970).

C) DICCIONARIOS:

- CABANELLAS. Guillermo:..... "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL"
(7a. Edición: Argentina:
Editorial Heliasta. S.R.L.,
1972).
- OSSORIO. Manuel:..... "DICCIONARIO DE CIENCIAS
JURIDICAS, POLITICAS Y SOCIALES"
(Argentina: Editorial Heliasta,
S.R.L., 1981).
- PALLARES. Eduardo:..... "DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL
CIVIL" (2a. Edición: Mexico:
Editorial Porrúa. S.A., 1956).

- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA
ESPAÑOLA:..... "DICCIONARIO MANUAL E ILUSTRADO DE LA LENGUA ESPAÑOLA" (España: Editorial Espasa-Calpe. 1950).

D) TESIS:

- FLORES Juárez. Juan F.:... "LOS DERECHOS REALES EN LA LEGISLACION GUATEMALTECA" (Tesis de Graduación. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. USAC. de Guatemala. 1978).
- SOLORZANO Morales. Edgar:.. "LOS PRESTAMOS GARANTIZADOS CON PRENDA CASO DE BANDESA. CARTERA IRRECUPERABLE" (Tesis de Graduación. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. USAC. de Guatemala. 1989).

E) LEGISLACION:

- "CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA"; Asamblea Nacional Constituyente. 31 de Mayo de 1985.
- "LEY DEL ORGANISMO JUDICIAL"; Decreto No. 2-89 del Congreso de la Republica de Guatemala. 1989.
- "CODIGO CIVIL"; Decreto Ley 106. Guatemala. 1963.
- "CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL"; Decreto Ley 107. Guatemala. 1963.
- "CODIGO PENAL"; Decreto No. 17-73 del Congreso de la República de Guatemala. 1973.
- "LEY DE BANCOS"; Decreto No. 315 del Congreso de la República de Guatemala. 1946.
- "LEY ORGANICA DEL BANCO NACIONAL DE DESARROLLO AGRICOLA (BANDESA)"; Decreto No. 99-70 del Congreso de la República de Guatemala. 1970.

e. J. Ito

1954

1954

ALICIA

DE

1954

