

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"DERECHOS REALES DE GARANTÍA: LA HIPOTECA"
TESIS DE GRADO

JUAN JOSÉ GÓMEZ PINZÓN
CARNET 11134-09

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2015
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"DERECHOS REALES DE GARANTÍA: LA HIPOTECA"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
JUAN JOSÉ GÓMEZ PINZÓN

PREVIO A CONFERÍRSELE

LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO Y EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, NOVIEMBRE DE 2015
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. EDUARDO VALDES BARRIA, S. J.
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO
SECRETARIO: MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN
DIRECTOR DE CARRERA: LIC. ERICK MAURICIO MALDONADO RÍOS
DIRECTOR DE CARRERA: MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. ANA BELEN PUERTAS CORRO

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

LIC. WALTER ANTONIO HERNANDEZ RIOS

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA

BK Consultores

*Despacho de Abogados
Consultoría Empresarial
Consultoría Política*

*José Enrique Urrutia Estrada
Julio Martín Vielman Rosales
Walter Antonio Hernández Ríos
José Enrique Urrutia Ipiña*

Guatemala, 20 de abril de 2015

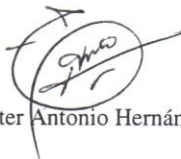
Señores
Miembros del Consejo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar

Respetables Miembros:

En atención al nombramiento que en su oportunidad me fuera discernido, he procedido a asesorar al alumno JUAN JOSÉ GÓMEZ PINZÓN en su trabajo de tesis titulado "DERECHOS REALES DE GARANTÍA: LA HIPOTECA".

A juicio de este asesor, dicho trabajo responde a los objetivos de la elaboración de una Tesis de Licenciatura, al alumno ha cumplido con los requisitos que establece el reglamento y atendió las observaciones realizadas, en consecuencia emito el presente DICTAMEN FAVORABLE.

Atentamente,



Lic. Walter Antonio Hernández Ríos

**Walter Antonio Hernández Ríos
Abogado y Notario**

Guatemala, 9 de noviembre de 2015

**Señores Miembros del
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar**
Presente

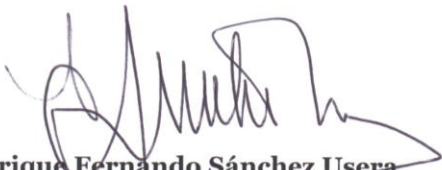
Honorables Miembros del Consejo:

Me es grato hacer de su conocimiento que tuve el honor de llevar a cabo la Revisión de Fondo y Forma del trabajo de Tesis del estudiante Juan José Gómez Pinzón, titulado "Derechos Reales de Garantía: La Hipoteca".

El expresado trabajo cumple con los requisitos establecidos en el instructivo de tesis de la Facultad, suponiendo un aporte técnico-jurídico interesante para el conocimiento del Derecho Inmobiliario y Urbanístico en Guatemala. En virtud de lo anterior, me permito emitir el presente DICTAMEN FAVORABLE, recomendando se ordene su impresión final.

Sin otro particular, me suscribo de Ustedes.

Atentamente,


Enrique Fernando Sánchez Usera
Revisor de Fondo y Forma





Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante JUAN JOSÉ GÓMEZ PINZÓN, Carnet 11134-09 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus Central, que consta en el Acta No. 07694-2015 de fecha 9 de noviembre de 2015, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"DERECHOS REALES DE GARANTÍA: LA HIPOTECA"

Previo a conferírsele los títulos de ABOGADO Y NOTARIO y el grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 10 días del mes de noviembre del año 2015.



MGTR. ALAN ALFREDO GONZÁLEZ DE LEÓN, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



Responsabilida: El autor es el único responsable por el contenido del presente trabajo, así como de las conclusiones y recomendaciones alcanzadas.

Resumen.

En el presente trabajo de investigación se desarrolla el tema de Derechos Reales de Garantía, específicamente la hipoteca. Inicialmente para tener una mejor comprensión de este derecho real es necesario abordarse evolución histórica ya que de esta manera entendemos los diferentes conceptos doctrinarios, su naturaleza jurídica, elementos, características y la razón por la cual surgió, el presente trabajo incluye un análisis doctrinario de todo lo que comprende y compone a la hipoteca, desarrollando aspectos jurídicos como su constitución, formalidades, objeto, extensión, formas de extinción y demás aspectos tanto en derecho nacional como del derecho comparado de las legislaciones vigentes de los países de México, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, España y Argentina.

Durante el desarrollo del trabajo se exponen las diferentes clasificaciones doctrinarias que a lo largo de su evolución se han modificado por los diferentes autores citados. Por otra parte se desarrollarán aspectos generales sobre lo el derecho hipotecario y el derecho inmobiliario, esto con la finalidad de que se conozca la existencia de estos temas que se desprenden de la hipoteca como tal en la modernidad. Por lo que la finalidad del presente trabajo de investigación es exponer todos los aspectos importantes de la hipoteca para facilitar al lector la comprensión y la obtención de información sobre el tema desarrollado, brindando una amplia selección de autores tanto nacionales como internacionales.

Índice.

Introducción.....	9
CAPÍTULO 1: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ASPECTOS GENERALES DE LA HIPOTECA.....	12
1.1 Antecedentes en General:	12
1.2 Derecho Romano:	13
1.3 Antiguo Derecho Francés:.....	15
1.4 Guatemala:	17
1.5 Modernidad:	17
1.6 En el derecho comparado:	18
1.7 Concepto:	19
1.8 Naturaleza Jurídica:	23
1.9 Elementos:.....	26
1.10 Objeto de la Hipoteca:.....	27
1.11 Otros aspectos de la hipoteca.	29
1.11.1 Especialidad de la hipoteca:.....	31
1.11.2 Hipoteca General.	32
1.11.3 La Hipoteca Abierta o de Cuenta Corriente.	33
1.11.3 La hipoteca mobiliaria:.....	34
1.12 Características de la Hipoteca:	38
1.13 Efectos de la hipoteca:	40
1.14 Clases de hipotecas.....	43
1.14.1 Clasificación ordinaria:	43
1.14.2 Clasificaciones modernas.....	45
1.14 Cosas y derechos hipotecables y no hipotecables:.....	49
CAPÍTULO 2: CONSTITUCIÓN, EXTENSIÓN Y TERMINACIÓN DE LA HIPOTECA ..	53
2.1 Aspectos generales de la constitución de la hipoteca:	53
2.2 La hipoteca como contrato:.....	56
2.3 Disposición del inmueble hipotecado:.....	57
2.4 Cláusulas inadmisibles en el contrato de hipoteca:	59
2.5 Extensión de la hipoteca.....	60
2.6 Ampliación objetiva de la hipoteca:.....	62
2.7 Excepciones a la extensión objetiva de la hipoteca:.....	63
2.8 Terminación de la hipoteca:	63
2.8.1 Extinción:.....	63
2.8.2 Cancelación:.....	66
CAPÍTULO 3: DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO INMOBILIARIO.....	67
3.1 Generalidades de ambos derechos:	67
3.2 Contenido del derecho inmobiliario y del derecho hipotecario:	69
3.3 Características del derecho inmobiliario y del derecho hipotecario:	70
3.4 Principios del derecho hipotecario:.....	71

CAPÍTULO 4: ESPECIALIDADES DE LA HIPOTECA GUATEMALTECA.....	74
4.1 Aspectos generales en la hipoteca guatemalteca:.....	74
4.2 Subhipoteca.	75
4.3 El saldo insoluto en la hipoteca guatemalteca:	77
4.4 Procesos de Ejecución en el ámbito civil:.....	78
CAPÍTULO 5: LA HIPOTECA CENTROAMERICANA.....	82
CAPÍTULO 6: ANALISIS DE DERECHO COMPARADO.....	88
6.1 Análisis de legislaciones.....	88
Conclusiones.....	96
Recomendaciones.....	98
Referencias.....	99
1. Bibliográficas:.....	99
2. Normativas:	100
3. Electrónicas:.....	102
4. Otras:.....	102
ANEXO.....	104

Introducción.

En el presente trabajo se desarrollan todos los aspectos doctrinarios del derecho real de garantía la hipoteca, se inicio la investigación del tema mediante la obtención de fichas bibliográficas con la finalidad de recabar las diferentes fuentes que posteriormente se utilizarían en el proceso de recabar información de los diferentes autores elegidos. Mediante este proceso se pretendía la obtención y concentración de diferentes corrientes doctrinarias así como la comparación de la información recabada de los diferentes autores, basando en obtener el conocimiento completo del tema investigado para dar respuesta a la pregunta central planteada durante la realización del anteproyecto de investigación que consiste en: “¿Cómo se comporta la hipoteca en las legislaciones de Centroamerica, México, España y Argentina.?”

Para alcanzar dicha finalidad se plantearon diferentes objetivos siendo el general “Determinar de qué manera se comporta la hipoteca en las legislaciones de Centroamérica, México, España y Argentina”, y los objetivos específicos que se fueron alcanzando durante el desarrollo del trabajo como lo son analizar la hipoteca en la legislación guatemalteca, investigar todas las generalidades doctrinarias de la hipoteca, analizar la hipoteca en el derecho comparado, limitandose al área centroamericana, México, España y Argentina, determinar de qué manera se resuelve el saldo insoluto en cada una de las legislaciones a analizar.

Todo esto se realizó con diferentes instrumentos de investigación como revistas electrónicas, fuentes electrónicas y legislación nacional e internacional y tomando como unidades de análisis el Código Civil de Guatemala, Código Civil de Nicaragua, Código Civil de El Salvador, Código Civil de Honduras, Código Civil de la República Argentina, Ley Hipotecaria de España, Código Civil federal de México y el Tratado para la creación e implementación de la hipoteca centroamericana entre las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica,

Panamá y República Dominicana, planteándose desde el inicio como alcance de la investigación el analizar en las legislaciones de los diferentes países anteriormente mencionados.

De la misma forma se determinaron las circunstancias que podían considerarse como límites a la investigación planteando las siguientes: el acceder a las diferentes legislaciones mencionadas, poder encontrar las legislaciones vigentes y la información necesaria de los diferentes países a analizar, encontrar en las legislaciones mencionadas el saldo insoluto. Todo lo anterior con la finalidad de alcanzar el aporte deseado como resultado del presente trabajo de investigación que es el determinar como se comporta la hipoteca realizando un cuadro de cotejo de las legislaciones Centroamericanas y el derecho comparado en relación a España, México y Argentina.

El contenido de la presente investigación se elaboro mediante un recorrido desde las culturas antiguas y sus respectivas legislaciones, para poder conocer y entender el por qué de la regulación de la hipoteca en la actualidad, sus principios, finalidad y demás elementos que la conforman, esto mediante el estudio del derecho romano y el antiguo derecho francés que son bases fundamentales de la hipoteca actual y de la doctrina en el tema hipotecario, diferenciando en cada etapa los cambios que surgían y la aplicación que se le daba en su momento. Seguidamente, citando a diferentes autores y extrayendo de cada uno de ellos algún elemento considerado importante así como diversos conceptos que se obtuvieron de la hipoteca, lo cual también se realizo con la naturaleza jurídica la cual se concluye luego de un análisis doctrinario como un derecho real de garantía. Durante ese mismo apartado se desarrollan los elementos, objeto, características, efectos y clases de hipotecas incluyendo las ordinarias y modernas.

Habiendo desarrollado estos aspectos fundamentales para conocer y entender el derecho real de garantía La Hipoteca, se abordaron completamente aspectos

como la constitución, extinción y terminación de esta, lo cual es de gran importancia pues en este apartado es donde se encuentran los diferentes requisitos que no pueden ser omitidos en su aplicación práctica pues sin estos la hipoteca no surtiría efecto, así como las diferentes formas de liberarse por parte del deudor de este gravamen explicando los diferentes medios por los que puede hacerlo.

Posteriormente se realizó un análisis de la hipoteca dentro de los procesos de ejecución guatemaltecos, es decir la hipoteca al momento de su ejecución y cumpliendo la finalidad con la que fue constituida, conociendo además de forma general dos temas que se dependen de la hipoteca que son el derecho hipotecario y el derecho inmobiliario, esto con la finalidad que los lectores conozcan un poco más a fondo algunas corrientes modernas que rodean a la hipoteca. Habiendo desarrollado todos los aspectos doctrinarios anteriores se desglosa de manera general la hipoteca guatemalteca en cuanto a lo que regula el código civil guatemalteco decreto ley 106, de la misma manera se realiza el desglose de la hipoteca centroamericana por la importancia que se considera que puede tomar en nuestro entorno esta modalidad en el futuro.

Luego de conocer su regulación en algunas legislaciones que fueron objeto de estudio, mediante la realización de un cuadro de cotejo donde posteriormente se compararán dichas legislaciones, buscando analizar principalmente al final de este trabajo de investigación lo relativo al objetivo general planteado al inicio que es: “Determinar el comportamiento de la hipoteca en las diferentes legislaciones de Centro América, México, España y Argentina”, descubriendo en cada una de ellas semejanzas o diferencias esenciales que lleven al lector a que amplie su conocimiento sobre la hipoteca tanto doctrinariamente como prácticamente en el sentido de conocer su regulación en el derecho comparado.

LA HIPOTECA.

CAPÍTULO 1: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ASPECTOS GENERALES DE LA HIPOTECA.

1.1 Antecedentes en General:

En sus orígenes históricos la hipoteca como la prenda, se consideraban garantías reales salvo por un aspecto como lo indican Federico Puig Peña¹, Ramón M. Roca Sastre² “las garantías reales de prenda e hipoteca no difieren en otra cosa que en el traslado de la posesión, o sea privación de la posesión del deudor o pignorante, con plena indiferencia de si la cosa afectada era mueble o inmueble, pues bastaba el consensus.”

Al igual Roca Sastre³ indica “Los antecedentes jurídicos de nuestro ordenamiento legal son substanciales romanos y, por ello, prescindiendo de nuestro Derecho primitivo, hay que empezar por el Derecho romano. En este Derecho la hipoteca no era más que una modalidad de la prenda. Ésta, o sea el pignus, era una figura jurídica general que implicaba la afección de una cosa al cumplimiento de una obligación (res subiecta obligationi pro debito), pero que tenía dos variantes o tipos, según que al constituirse hubiera o no desplazamiento posesorio, o sea privación de la posesión del deudor o pignorante, con plena indiferencia de si la cosa afectada era mueble o inmueble.”

¹Puig Peña, Federico; *Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II Derechos Reales*; Pamplona, España; Editorial Aranzadi; 1974; 2da Edición; Página 844;

²Roca Sastre, Ramón M.; *Derecho Hipotecario*; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo IV Hipotecas; Página 8,9;

³Roca Sastre, Ramón M.; *Derecho Hipotecario*; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo IV Hipotecas; Página 8,9;

Conciden Henri, León y Jean Mazeaud⁴ en que “La hipoteca surgió en el derecho romano como prenda sin desplazamiento; recaía indiferentemente sobre los muebles y los inmuebles.”

Este desplazamiento era necesario en el caso de la prenda pero en la hipoteca ese traslado de la posesión no se daba hasta cuando la deuda que se garantizaba quedara en incumplimiento, es decir al momento que se hiciera efectiva la garantía, pero ambos tipos de garantías podían constituirse indistintamente ya fuera sobre bienes muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles y consumibles o no consumibles.

En el derecho antiguo la hipoteca no era únicamente aplicable a bienes inmuebles debido a que en muchas ocasiones los bienes dados en garantía eran indispensables para la actividad económica de la persona que se constituía como deudora, lo cual en la mayoría de casos era en fincas donde los bienes eran indispensables para el cultivo que era el medio para cumplir las obligaciones en arrendamientos de fincas rústicas. En el derecho español se inicia con la distinción por la naturaleza mueble o inmueble de los bienes dados en garantía, para determinar a que derecho real de garantía quedaban sujetos.

1.2 Derecho Romano:

Para Marta Morineau Iduarte, Román Iglesias González⁵ y Daniel Matta Consuegra⁶ se tiene en este derecho como antecedente “la fiducia; a través de la cual el deudor, o un tercero, en su nombre, transmitía una cosa al acreedor, para garantizar el pago de una deuda. La transmisión iba acompañada de un convenio de fidelidad –fiducia- en virtud del cual se consideraba que el objeto entregado

⁴ Henri, León y Jean Mazeaud.; *Lecciones de Derecho Civil*; Buenos Aires; Ediciones Jurídicas Europa-América; 1962; 1era edición; Parte Tercera Volumen I Garantías; Página 294;

⁵ Morineau Iduarte, Marta y Román, Iglesias González; *Derecho Romano*; México; Oxford; 2009; 4ta edición; Página 134,135;

⁶ Matta Consuegra, Daniel; *Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala*; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 518,519;

para garantizar la obligación no entraba a formar parte del patrimonio del acreedor de una manera definitiva sino únicamente de modo transitorio, por ser el titular de un crédito a su favor; tanto es así que el acreedor no podía quedarse con el bien dado en fiducia como pago de la deuda ni tampoco venderlo para cobrarse la misma con el precio que obtuviese de ella, salvo que se estableciese previamente un pacto para tal efecto.”

Agrega José Puig Brutau⁷, Morineau Iduarte e Iglesias González⁸ como antecedentes de la hipoteca que “encontramos en relación con el contrato de arrendamiento rústico, en el cual los bienes muebles (invecta et illata) introducidos por el arrendatario en la finca arrendada, y que utilizaría para el cultivo –ganado, esclavos, instrumentos de labranza- respondería como garantía del pago de la renta.”

Por el contrario Agustín Bravo González, Sara Bialostosky⁹, Ambrosio Colin y H. Capitant¹⁰ critican que en el derecho romano la hipoteca adolecía de dos aspectos los cuales son “

1. La clandestinidad: ni las enajenaciones inmobiliarias, ni las constituciones de hipotecas, estaban inscritas para conocimiento de terceros, es decir falta de publicidad, lo que constituye una doble causa de inseguridad. Por lo tanto, es probable que para remediar este inconveniente se extendiera la hipoteca, en la mayor parte de los casos, a todos los bienes del deudor, como medio de poder reunir el acreedor el máximo de garantía.

⁷ Puig Brutau, José; *Fundamentos De Derecho Civil*; Barcelona; Bosch, Casa Editorial; 1953; Tomo III Derecho de Cosas; Página 520,521,522;

⁸ Morineau Iduarte, Marta y Román, Iglesias González; *Derecho Romano*; México; Oxford; 2009; 4ta edición; Página 135;

⁹ Bravo González, Agustín y Sara Bialostosky; *Compendio de Derecho Romano*; México; Editorial Pax ;1976; Página 97;

¹⁰ Colin, Ambrosio y H. Capitant; *Curso Elemental de Derecho Civil*; Madrid; Instituto Editorial Reus; 1955; 3era edición; Tomo 5 Garantías Personales y Reales; Página 345,346;

2. En caso de pluralidad de hipotecas, el primer acreedor hipotecario sólo tenía el jus distrahendi, o sea, el derecho de poner en venta el inmueble, pero no estaba obligado a venderlo en pública subasta. Los acreedores hipotecarios posteriores no gozaban del mismo derecho, lo cual restaba mucha utilidad a su garantía, si bien les quedaba el recurso de resarcir al primer acreedor para ocupar su lugar.”

Al tener como antecedentes lo anteriormente desarrollado considera Matta Consuegra¹¹ que el momento en el que se hace la diferenciación en sí de la hipoteca fue “hasta las instituciones justinianeas que empezó a establecerse distinciones entre ambas figuras jurídicas como derechos reales de garantía, estableciéndose un régimen de publicidad distinto para cada clase de garantía real: la inscripción en el Registro de la Propiedad para la hipoteca y el desplazamiento de la posesión de la cosa al acreedor o a un tercero, para la prenda.”

1.3 Antiguo Derecho Francés:

El desarrollo histórico de la hipoteca, ya en cuanto al antiguo derecho francés desarrollan Colin y Capitant¹² que “Hasta la edad media, únicamente los muebles y las rentas de los fundos servían de garantía a los acreedores, los cuales no podían embargar los inmuebles. De ahí surgió para aquéllos la necesidad de hacerse de éstos en garantía, resultado que se obtuvo durante mucho tiempo mediante la enajenación del inmueble, cuya propiedad adquiría el acreedor, con obligación de restituirla al ser pagado, y percibiendo hasta entonces las rentas, en caso de falta de pago, el acreedor adquiría la propiedad definitiva, era pues en el fondo un verdadero pacto de retroventa, la operación era como se ve muy

¹¹ Matta Consuegra, Daniel; *Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala*; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 513,514;

¹² Colin, Ambrosio y H. Capitant; *Curso Elemental de Derecho Civil*; Madrid; Instituto Editorial Reus; 1955; 3era edición; Tomo 5 Garantías Personales y Reales; Página 347,348;

peligrosa para el deudor que con ella se exponía a perder un inmueble de un valor ordinariamente muy superior a su deuda, y por esto se imaginó un procedimiento menos oneroso cual fue la dación en prenda del inmueble sin transmisión de la propiedad (...) Por lo que aunque el nombre no era diferenciado, ya se daban algunos indicios del nacimiento de la hipoteca, (...) esta garantía daba al acreedor el derecho de percibir frutos y rentas, ya a condición de hacerlos suyos en concepto de intereses y prohibían asimismo al acreedor la retención de la cosa dada en garantía si la deuda no era pagada a su vencimiento, ambas disposiciones mejoraban sensiblemente la situación del deudor; pero no por ello dejaba de tener la prenda el inconveniente de obligar al deudor a despojarse del inmueble para entregar su posesión al acreedor.

Por esto, al lado de estas modalidades de crédito se ve aparecer, a partir del siglo XIII, un procedimiento nuevo por el cual el deudor afecta de antemano sus bienes inmuebles al pago de sus deudas, o sea que concede al acreedor el derecho de embargarlos y venderlos en caso de incumplimiento de la obligación. Este procedimiento, conocido con el nombre de obligatio bonorum, reunía la doble ventaja de dejar al deudor en posesión de sus bienes y de permitir al acreedor la venta de los inmuebles y aun de los muebles, evitando las formas largas y complicadas del juicio del embargo.” Por lo que es evidente que esta modalidad de crédito ya lleva consigo muchas de las características principales del derecho real de garantía de hipoteca.

Por su parte Colin y Capitant¹³ consideran que “La obligatio bonorum revestía dos formas: una general, aplicable a todos los bienes, muebles y derechos hereditarios, presentes y futuros, del deudor, en cuyo caso no daba al acreedor el derecho de persecución, pero le permitía embargar los inmuebles, contrariamente al viejo principio de su inembargabilidad; y otra especial, es decir, limitada a un inmueble determinado, dando entonces al acreedor el derecho de preferencia y el de persecución, ventajas ambas que no producía la obligación general, lo que

¹³ Colin, Ambrosio y H. Capitant; Curso Elemental de Derecho Civil; Madrid; Instituto Editorial Reus; 1955; 3era edición; Tomo 5 Garantías Personales y Reales; Página 347,348;

hace ser a esta obligatio especial análoga en cierto modo a la hipoteca romana.” Esta forma especial se veía revestida de muchas características propias de la hipoteca, por lo que los acreedores obtenían una garantía válida y que no afectaba al deudor en el sentido de tener que separarse de la cosa, pues podía ser que esta fuera esencial en su rol económico o fuera utilizada en esa época para el trabajo, siendo el despojamiento de la cosa muy oneroso y dañino para el deudor.

1.4 Guatemala:

En cuanto a la hipoteca en nuestro país es de gran importancia lo desarrollado por Matta Consuegra¹⁴ pues indica que “Históricamente, la aparición de la hipoteca, está subordinada a dos hechos importantes: la constitución de la propiedad inmueble y la realización de convenciones de futuro que, a diferencia del trueque, exigen la “tensión” de cierto tiempo entre el compromiso y el cumplimiento.

En Guatemala el licenciado Manuel Ubico en el gobierno de Cerna promovió un proyecto de ley hipotecaria el cual sentó las bases para regular la hipoteca en el primer Código Civil Guatemalteco, en el cual en su artículo 2018 la definía así, Es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales para garantizar el cumplimiento de una obligación su preferencia en el pago.

El Código Civil de 1933 se le definió en su artículo 685, Es un gravamen que se constituye sobre bienes inmuebles para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

El Código Civil actual se define la hipoteca en su artículo 822 así, Es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.”

1.5 Modernidad:

¹⁴ Matta Consuegra, Daniel; *Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala*; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 521;

Durante la evolución de la hipoteca y de la sociedad se han modificado en cierto grado la naturaleza de los bienes que son objeto de las garantías reales, en este caso en un principio era eminentemente aplicable únicamente sobre bienes inmuebles pero con el transcurso del tiempo la práctica ha sobrepasado algunos conceptos de la doctrina en relación a como indica Puig Peña¹⁵ “la publicidad registral en la antigüedad solo se reservaba para bienes muebles e inmuebles pero esto ha quedado atrás con la aparición de la nueva clasificación de los bienes que se refiere a si son registrables o no registrables, estos debido al extraordinario valor económico de algunos bienes muebles por lo que han adquirido gran importancia paralelamente con los bienes inmuebles y se ha sentido la necesidad de afectarlos al crédito.” Este tipo de bienes han pasado a formar parte muy importante del patrimonio de las personas lo que significa que ha sido necesario dotarlos de una seguridad jurídica que se consolida por medio de su inscripción registral, mediante la creación de registros especiales o la inclusión a los ya existentes.

Agrega Diego Espín Canovas¹⁶ que en las doctrinas modernas se va descartando la gran diferenciación entre la prenda e hipoteca en el sentido del carácter mobiliario o inmobiliario del bien objeto de la garantía, pues (...) “la diferencia se sitúa en la desposesión de la cosa inherente a la prenda, mientras que en la hipoteca el deudor conserva la posesión. Según este criterio doctrinal, la hipoteca comprenderá tanto las cosas inmuebles como las muebles fácilmente identificables y perseguibles, actuándose la publicidad y garantía de los terceros adquirentes por su registración.”

1.6 En el derecho comparado:

¹⁵ Puig Peña, Federico; *Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II Derechos Reales*; Pamplona, España; Editorial Aranzadi; 1974; 2da Edición; Página 842;

¹⁶ Espín Canovas, Diego; *Manual de Derecho Civil Español, Volumen II, Derechos Reales*; Madrid; Editorial Revista del Derecho Privado; 1975; 4ta Edición; Página 432;

Para poder conocer un poco de la regulación de la hipoteca en las legislaciones internacionales, dentro de las cuales algunas de ellas ya son bastante antiguas indica Roca Sastre¹⁷ que “Son muchas las legislaciones extranjeras que formulan un concepto de la hipoteca, incluso con visos de definición:

Código civil francés (art. 2.114) dice que: La hipoteca es un derecho real sobre los inmuebles *afectados al cumplimiento de una obligación*. Y añade este precepto, que la hipoteca es indivisible por su naturaleza y subsiste por entero sobre todas los inmuebles afectados (...) El Código civil argentino (art. 3.108) dice que la hipoteca, es el derecho real constituido *en seguridad de un crédito* en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor.”

Al investigar en las legislaciones latinoamericanas lo que hoy conocemos como hipoteca, al igual que en la legislación española como lo manifiesta Puig Brutau¹⁸ “En los textos legislativos españoles no hallamos una definición de la hipoteca, para tanto el Código civil como la ley Hipotecaria describen el efecto más característico de este derecho: la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.(arts. 1.876 del Código y 104 de la ley Hipotecaria Española).” Aunque no habla expresamente de que se trata de una forma de garantía que deja la cosa gravada en poder del deudor o del propietario afectado, la indicación de que una obligación está garantizada con el valor de una cosa cualquiera que sea su poseedor, señala un rasgo que diferencia la prenda de la hipoteca en cuanto ésta no supone o no requiere expresamente la desposesión del deudor o del propietario gravado.

1.7 Concepto:

¹⁷ Roca Sastre, Ramón M.; Derecho Hipotecario; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo IV Hipotecas; Página 7;

¹⁸ Puig Brutau, José; *Fundamentos De Derecho Civil*; Barcelona; Bosch, Casa Editorial; 1953; Tomo III Derecho de Cosas; Página 552,553;

Existe una amplia variedad de conceptos en cuanto a la hipoteca, pues son muchos los autores que han desarrollado este tema, habiendo muchos esencialmente similares, pero también otros autores añaden aspectos propios que para ellos deben incluirse en el concepto, por lo que iniciando con el estudio del concepto de hipoteca citando a Roca Sastre¹⁹ “se puede definir la hipoteca como *derecho real de vinculación y realización de valor* en función de *garantía del cumplimiento de una obligación dineraria*, de carácter *accesorio e indivisible*, de constitución *registral*, que recae *directamente* sobre *viene inmuebles, ajenos, enajenables* y que *permanecen en la posesión del propietario*.”

Por otra parte se pueden encontrar conceptos que incluyen otros elementos como es el tomado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México citado por Matta Consuegra²⁰ quienes definen la hipoteca como “El derecho real de garantía constituido por convención entre las partes, manifestación unilateral de voluntad o por imperio de la ley para asegurar el pago de un crédito sobre bienes que no se entregan al acreedor y que, en caso de incumplimiento pueden ser vendidos para cubrir con su precio el monto de la deuda.”

Pero para León y Mazeaud²¹, en concordancia con Colin y Capitant²² es de importancia resaltar los efectos del incumplimiento de la obligación que se garantiza con la hipoteca dentro de su concepto, definiéndola de la siguiente manera: “La hipoteca es una garantía real que, sin llevar consigo desposeimiento actual del propietario del inmueble hipotecado, le confiere al acreedor el derecho de embargar y rematar ese inmueble en cualesquiera manos en que se encuentre, y el cobrar con preferencia sobre el precio.(...) brindando un análisis de su propio

¹⁹ Roca Sastre, Ramón M.; *Derecho Hipotecario*; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo IV Hipotecas; Página 7;

²⁰ Matta Consuegra, Daniel; *Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala*; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 521;

²¹ Henri, León y Jean Mazeaud.; *Lecciones de Derecho Civil*; Buenos Aires; Ediciones Jurídicas Europa-América; 1962; 1era edición; Parte Tercera Volumen I Garantías; Página 293;

²² Colin, Ambrosio y H. Capitant; *Curso Elemental de Derecho Civil*; Madrid; Instituto Editorial Reus; 1955; 3era edición; Tomo 5 Garantías Personales y Reales; Página 341;

concepto, desarrollando que (..) por esta definición se ve que la hipoteca es un medio de crédito territorial sumamente cómodo, pues permite al propietario de un inmueble, mediante la constitución de una o varias hipotecas sucesivas, proporcionarse un capital que represente todo o parte del valor del inmueble, sin perder por eso su disfrute ni el derecho de enajenarlo; en una palabra, sin abandonar ninguno de los atributos de la propiedad.” Agregandole a esta definición Oscar Morineau²³ y Clemente Soto Álvarez²⁴ “en el grado de preferencia establecido por la ley.”

Por su parte Guillermo Cabanellas²⁵ desarrolla diferentes conceptos de hipoteca, variando las diferentes acepciones de la siguiente manera:

1. “Como derecho real accesorio que graba los bienes inmuebles o ciertos bienes muebles (Buques y aeronaves), para garantía del cumplimiento de una obligación, del pago de una deuda.
2. Como contrato, en virtud del cual una persona, el deudor hipotecario, graba una finca, a ciertos bienes, propios o ajenos, a favor de otra, el acreedor hipotecario, para que este, en caso de no poder a no querer aquel cumplir la obligación asegurada, una vez que sea exigible, proceda, para hacerse cargo del principal y demás gastos, a la pública enajenación de la cosa que constituye la garantía.
3. Como obligación legal, cuando la ley impone la forzosa constitución expresa o tácita, con objeto de responder de determinadas gestiones o prestaciones.
4. Como finca, o bien mueble especial, que garantiza la obligación hipotecaria convencida entre las partes o exigida por el legislador. ”

²³ Biblioteca Jurídica Virtual; Morineau, Oscar; Instituto de Investigaciones Jurídicas; *Los Derechos Reales y Subsuelo en México*; México; 1997; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1370> ; consulta: 18.06.2014.

²⁴ Soto Álvarez, Clemente.; *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*; México; Editorial Limusa; 1975; 1era edición; Página 368;

²⁵ Cabanellas, Guillermo; *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*; Argentina; Editorial Heliasta; 2001; 27a Edición; Tomo IV; Página 282;

Para Luis M. Valiente Noailles²⁶ “La hipoteca es derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor.” Incluyendo dentro de su definición el elemento que la hipoteca se constituye como medio de seguridad para obtener la recuperación una cantidad dineraria en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Arthur Nussbaum²⁷ Agrega a lo ya dicho por los diferentes autores algunas características importantes pues menciona que “es constituido sobre cosas ajenas válido frente a terceros, siendo entonces la hipoteca un derecho de carácter personal pero que va incorporado a un crédito.

Por otra parte Puig Peña²⁸ define la hipoteca como un contrato “accesorio unilateral, por virtud del cual se garantiza el cumplimiento de una obligación principal, afectando especialmente bienes inmuebles pertenecientes al deudor o a tercera persona o derechos reales impuestos sobre los mismos, de tal modo que, cuando la prestación haya sido vencida y no satisfecha oportunamente por el deudor, el acreedor pueda enajenarlos y hacerse pago con su importe.” Agregando algo muy importante y es el que puede constituirse sobre los bienes o derechos reales aun así estos no sean de la propiedad del deudor de la obligación principal, y siendo este concepto muy puntual y concreto en cuanto a su contenido pues en el están inmersos todos los aspectos importantes de la hipoteca.

Por lo que podemos concluir que la hipoteca es un derecho real que se constituye para seguridad de un crédito sobre un bien inmueble propiedad del deudor, conservando este el bien en su poder, y al no ser satisfecha la obligación da un poder directo e inmediato al acreedor para promover la venta judicial y cobrarse con el valor obtenido.

²⁶ Valiente Noailles, Luis M.; *Derechos Reales*; Buenos Aires, Argentina; Roque de Palma Editor; 1958; Página 444;

²⁷ Nussbaum, Arthur; *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán*; Madrid, España; Imprenta Helénica; 1929; 1era Edición; Página 55,57;

²⁸ Puig Peña, Federico; *Compendio de Derecho Civil Español, Tomo IV Contratos*; Pamplona, España; Editorial Aranzadi; 1972; 2da Edición; Página 479;

1.8 Naturaleza Jurídica:

En cuanto a la naturaleza jurídica de la hipoteca iniciamos citando a Matta Consuegra²⁹ quien indica lo siguiente “un derecho real en virtud del cual el titular de un derecho de esta naturaleza, tiene la facultad de perseguir o de hacer valer su acción frente a cualquier poseedor o cualquier tenedor del bien objeto de la hipoteca.” Además Marcel Planiol y Georges Ripert³⁰ manifiestan que esta naturaleza se debe a “la creación de una relación entre una persona y una cosa. Con esto se quiere decir que en todo derecho real, no hay nada de intermedio entre la persona que es titular del derecho y la cosa objeto del mismo.”

Agregan Planiol y Ripert³¹ que derivado de esta propia naturaleza existen dos derechos los cuales son “de preferencia y de persecución”, en relación a esto manifiesta Morineau³² que esto puede explicarse debido a que “La hipoteca es un derecho real sencillamente porque al propietario del fondo gravado se le deducen facultades que limitan el contenido de su derecho de propiedad y al acreedor hipotecario se le facultan actividades relativas a la cosa: todas las que sean convenientes y necesarias para conseguir la preferencia en el pago.”

Al atribuir a la hipoteca la naturaleza jurídica de derecho real, es importante aclarar que se trata de un derecho real de garantía, como lo describe Espín Canovas³³ “los de garantía no tienen por finalidad otorgar disfrute alguno, sino atribuir un poder de disposición que garantice la obligación asegurada.”

²⁹ Matta Consuegra, Daniel; Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 529;

³⁰ Planiol, Marcel y Georges Ripert; *Derecho Civil, Parte A, Volumen 3*; México D.F.; Editorial Harla; 1997; 3era Edición; Tomo 3; Página 357;

³¹ Planiol, Marcel y Georges Ripert; *Derecho Civil, Parte C, Volumen 3*; México D.F.; Editorial Harla; 1997; 3era Edición; Tomo 5; Página 1173;

³² Biblioteca Jurídica Virtual; Morineau, Oscar; Instituto de Investigaciones Jurídicas; *Los Derechos Reales y Subsuelo en México*; México; 1997; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1370> ; consulta: 18.06.2014.

³³ Espín Canovas, Diego; *Manual de Derecho Civil Español, Volumen II, Derechos Reales*; Madrid; Editorial Revista del Derecho Privado; 1975; 4ta Edición; Página 427;

Agregando el mismo Espín Canovas³⁴ que “son por naturaleza accesorios de otro derecho; no pueden nacer ni subsistir sin un crédito que garantizar.”

Para entender mas la naturaleza jurídica de la hipoteca Puig Brutau³⁵ señala dos características esenciales que no se deben pasar por alto, las cuales son “la obligación asegurada y la cosa que puede ser agravada con el derecho de garantía.”

Es decir, como lo explica Matta Consuegra³⁶, que por su propia naturaleza este tipos de derechos “surgen a la vida jurídica en razón de otro derecho, cuyo cumplimiento garantiza. Se llaman así, estos derechos porque van encaminados a asegurar o garantizar un crédito y tienen una condición jurídica, como es la de ser derechos accesorios, que se constituyen siempre en relación de dependencia de una obligación principal. Los derechos reales de garantía tiene similitud con los de mero goce por cuanto que ambos tiene de común el ser derechos limitativos (ius in re aliena) y se les concibe como desmembraciones de la propiedad que viene a limitarle. La diferencia entre ambos grupos de derechos reales radica en que los de goce tienen como su nombre lo indica por elemento fundante de su naturaleza la idea del disfrute, mientras que los de garantía, persiguen asegurar el cumplimiento de una obligación.” a lo cual agrega Alfonso de Cossío y Corral³⁷ “el principio de la determinación, que exige se fije desde el primer momento la cifra exacta a que puede ascender tal responsabilidad.”

Puig Brutau citando a Fritz Schulz extiende un poco más el tema de los derechos reales de garantía y expone un poco la evolución propia de esta clase de derechos

³⁴ Espín Canovas, Diego; *Manual de Derecho Civil Español, Volumen II, Derechos Reales*; Madrid; Editorial Revista del Derecho Privado; 1975; 4ta Edición; Página 428;

³⁵ Puig Brutau, José; *Fundamentos De Derecho Civil*; Barcelona; Bosch, Casa Editorial; 1953; Tomo III Derecho de Cosas; Página 554;

³⁶ Matta Consuegra, Daniel; *Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala*; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 511,512;

³⁷ De Cossío y Corral, Alfonso; *Instituciones de Derecho Hipotecario*; Barcelona, España; Bosch, casa editorial; 1956; 2da Edición; Página 350;

de la siguiente forma “pueden responder a muy diverso contenido, como formas más importantes señala las siguientes:

- a) Puede concederse al acreedor la garantía que consista en el derecho de propiedad sobre un objeto del deudor o de tercera persona. La transmisión de la propiedad se realiza, en tal caso, con la condición de que el acreedor la restituya cuando la deuda quede satisfecha. Así éste puede tener derecho a la posesión o puede no tenerlo; puede tener derecho a que la adquisición de la cosa en el caso de falta de pago o puede tener solamente el derecho de venderla, es decir de transformarla en una cantidad líquida de la que pueda separar a su favor un importe igual al que se le debe.
- b) Que el acreedor reciba en garantía un derecho de gozar y disfrutar de cierta cosa que deberá ser restituida cuando se haya cumplido la obligación garantizada.
- c) Igualmente puede consistir en un medio de garantía la concesión al acreedor de la posesión sin la propiedad.
- d) La garantía puede consistir simplemente, no en la adquisición de la propiedad o de la posesión de cierta cosa, sino tan sólo en el derecho de adquirir su propiedad o su posesión cuando la obligación asegurada haya quedado incumplida. Esta forma de garantía sólo aparece cuando el ejercicio de las acciones reales ha llegado a cierto grado de perfección técnica.

Los cuatro grupos fundamentales de posibles derechos reales de garantía que acabamos de esbozar, siguiendo a Schulz permiten comprender más fácilmente la evolución histórica que ha dado lugar a las formas reconocidas por nuestro Derecho vigente.”³⁸

Por lo anteriormente expresado podemos concluir que la naturaleza jurídica de la hipoteca es de un derecho real de garantía, cuya característica principal es su accesoriedad, de la cual depende tanto para su existencia como para hacer

³⁸ Puig Brutau, José; *Fundamentos De Derecho Civil*; Barcelona; Bosch, Casa Editorial; 1953; Tomo III Derecho de Cosas; Página 517,518;

efectiva, la finalidad con la que se constituye, que es el aseguramiento de una obligación principal al momento de incumplimiento de esta.

1.9 Elementos:

Continuando con el desarrollo de la hipoteca, debemos tratar el tema de los elementos que la conforman, para lo cual citando nuevamente a Matta Consuegra³⁹ encontramos que los divide de la siguiente forma:

- “Elemento Objetivo: fundamentalmente el bien inmueble que se da en garantía y la obligación principal.
- Elemento Subjetivo: Integrado por las personas que intervienen en la relación jurídica hipotecaria. Por una parte el acreedor hipotecario, y por la otra parte el deudor hipotecario o bien un tercero dueño del inmueble dado en garantía a quien se le denomina fiador real.
- Elemento Formal: La hipoteca tiene que formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.”

Para Soto Álvarez⁴⁰ los elementos de la hipoteca son los siguientes:

“Elementos esenciales:

- Consentimiento;
- Objeto: pueden ser objeto los bienes muebles (por excepción) y los inmuebles, enajenables, especialmente determinados; deben ser susceptibles de registro; puede constituirse sobre derechos reales. El objeto debe ser jurídica y físicamente posible , o sea que el bien exista en la naturaleza, sea determinado y este en el comercio;
- Obligación: la obligación principal por tratarse de un contrato accesorio;

³⁹ Matta Consuegra, Daniel; Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 534;

⁴⁰ Soto Álvarez, Clemente.; *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*; México; Editorial Limusa; 1975; 1era edición; Página 373,374;

Elementos de validez:

- Forma: deberá otorgarse en escritura pública, deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad, para producir efecto contra tercero;
- Capacidad: según un principio general, sólo puede hipotecar el que puede enajenar y sólo pueden enajenar los que tengan el dominio de los bienes o derechos o la autorización legal para llevar a cabo actos de dominio, por virtud, de la representación jurídica.
- Consentimiento exento de vicios: (error, dolo, violencia) y debe haber licitud en el objeto, motivo, fin o condición del contrato.”

Con base a lo anterior, se puede deducir que la hipoteca cuenta principalmente con los elementos subjetivos, objetivos y formales, incluyéndose dentro de estos tanto los llamados esenciales como los de validez ya que en estos tres elementos se reúnen todos los requisitos y características de la hipoteca.

1.10 Objeto de la Hipoteca:

Para entender con que objeto se constituye la hipoteca, citando a Roca Sastre⁴¹ que establece, “se destacan estos dos efectos fundamentales: el derecho de hacer vender la cosa hipotecada aunque haya pasado en propiedad a un tercer adquirente y el derecho de percibir el precio obtenido con preferencia a los demás acreedores del deudor, al primero también se le denomina ius persecuendi y al segundo ius praelationis”, llamándole Puig Brutau⁴² “el objeto inmediato de la hipoteca” y agregando a esto Morineau⁴³ que “otorga preferencia en el pago al

⁴¹ Roca Sastre, Ramón M.; Derecho Hipotecario; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo IV Hipotecas; Página 15;

⁴² Puig Brutau, José; *Fundamentos De Derecho Civil*; Barcelona; Bosch, Casa Editorial; 1953; Tomo III Derecho de Cosas; Página 550,551;

⁴³ Biblioteca Jurídica Virtual; Morineau, Oscar; Instituto de Investigaciones Jurídicas; *Los Derechos Reales y Subsuelo en México*; México; 1997; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1370> ; consulta: 18.06.2014.; Página 150;

acreedor hipotecario. El propietario que acepta la hipoteca ha gravado su bien en tal forma que este gravamen tiene primacía, independientemente del monto de la hipoteca o del valor del inmueble gravado.” Ya que como manifiestan Colin y Capitant⁴⁴ así como Espín Canovas⁴⁵ “sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone.” Por lo que es evidente que el objeto de la hipoteca en sí es el aseguramiento de la obligación lo cual se concretiza por medio de sus efectos al momento del incumplimiento.

Como ya ha sido desarrollado anteriormente, el objeto de la hipoteca podría considerarse como su propia finalidad, es decir la razón por la que se constituye y como manifiesta Matta Consuegra⁴⁶ el objeto de la hipoteca es “que sujeta un bien inmueble para responder de una determinada obligación o deuda, sin que el inmueble salga de la posesión de su propietario. En el caso que el deudor no pague, incumpliendo la obligación garantizada, el acreedor podrá solicitar la venta del inmueble y cobrar lo que se le debe con el importe de la venta, lo que se denomina ejecución.” Agregando también “que gravita sobre la finca hipotecada quien quiera que sea su poseedor. Por esta razón, si la finca es vendida y mas tarde no se cumple la obligación garantizada, el acreedor podrá instar la venta del inmueble, sin que sea obstáculo el hecho de que el inmueble pertenezca a persona distinta de la obligada al pago.”

Por otra parte Puig Brutau⁴⁷ agrega algo que llama la realización del valor explicandolo de la siguiente manera “solo procede, como es natural, al quedar vencido y no satisfecho el crédito garantizado por la hipoteca. Antes de este momento, la cosa agravada sigue en poder del deudor o del tercer adquirente de la finca hipotecada. Una vez vencido el crédito garantizado, el acreedor podrá

⁴⁴ Colin, Ambrosio y H. Capitant; *Curso Elemental de Derecho Civil*; Madrid; Instituto Editorial Reus; 1955; 3era edición; Tomo 5 Garantías Personales y Reales; Página 484;

⁴⁵ Espín Canovas, Diego; *Manual de Derecho Civil Español, Volumen II, Derechos Reales*; Madrid; Editorial Revista del Derecho Privado; 1975; 4ta Edición; Página 447,448;

⁴⁶ Matta Consuegra, Daniel; *Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala*; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 520, 522;

⁴⁷ Puig Brutau, José; *Fundamentos De Derecho Civil*; Barcelona; Bosch, Casa Editorial; 1953; Tomo III Derecho de Cosas; Página 563,564;

ejercitar el derecho de realización de valor para suplir, con el que arroje la venta de la finca gravada, el que haya dejado de ingresar en su patrimonio por medio de una prestación del deudor. Por ello se requiere que las cosas hipotecadas sean enajenables.” Agregando en el mismo sentido Morineau⁴⁸ que “el contenido de este derecho es sencillamente el apropiado para conseguir la preferencia en el pago y nada mas ni menos” ya que como agrega Roca Sastre⁴⁹ “desempeña una función de garantía o seguridad que es lo que constituye su fin o razón de ser.”

Al respecto Alfonso de Cossío y Corral⁵⁰ afirma que “El Objeto de la hipoteca lo constituye el inmueble o derecho real inmobiliario objeto del gravamen, ya que por su propia naturaleza es un gravamen impuesto sobre un inmueble que es con el que se garantiza el crédito otorgado.”

1.11 Otros aspectos de la hipoteca.

Para Roca Sastre⁵¹ , uno de los máximos excritores en el tema hipotecario es importante resaltar que “Nuestra legislación hipotecaria, y por ende nuestro Derecho hipotecario en sentido amplio, se compone de dos grandes partes o compartimientos: uno el propiamente inmobiliario, o sea el que trata del dinamismo de los derechos reales inmobiliarios (*Derecho inmobiliario registral en su aceptación amplia*), y otro que se ocupa del derecho real de hipoteca (*Derecho hipotecario en sentido estricto*). ”

⁴⁸ Biblioteca Jurídica Virtual; Morineau, Oscar; Instituto de Investigaciones Jurídicas; *Los Derechos Reales y Subsuelo en México*; México; 1997; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1370> ; consulta: 18.06.2014.

⁴⁹ Roca Sastre, Ramón M.; *Derecho Hipotecario*; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo IV Hipotecas; Página 160;

⁵⁰ De Cossío y Corral, Alfonso; *Instituciones de Derecho Hipotecario*; Barcelona, España; Bosch, casa editorial; 1956; 2da Edición; Página 347;

⁵¹ Roca Sastre, Ramón M.; *Derecho Hipotecario*; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo IV Hipotecas; Página 5;

Por otra parte manifiestan Planiol y Ripert⁵² que luego de haber conocido ya las finalidades jurídicas y demás aspectos de la hipoteca, les es importante mencionar que “La hipoteca es la más interesante de las garantías reales, por la enormidad de las masas de los capitales que garantiza y por el considerable valor de las propiedades inmuebles que grava. Por tanto, puede decirse que la buena organización del régimen hipotecario es una cuestión económica y social de primer orden. Para advertir los múltiples intereses que esta organización pone en juego es necesario distinguir:

- Los capitalistas, que obtienen una hipoteca como garantía de sus créditos;
- Los deudores que toman prestado u obtienen una hipoteca como garantía de sus créditos;
- Los adquirentes de inmuebles, que se encuentran gravados por las hipotecas existentes sobre los bienes adquiridos por ellos, y;
- Por último el público, que indirectamente resiente para bien o para mal, las cualidades o defectos del sistema.”

Resaltan Bravo González y Bialostosky⁵³ por lo que de la constitución de la hipoteca nacen los siguientes derechos “el acreedor hipotecario tiene un derecho de preferencia, de persecución y de venta. De preferencia, derecho que ejercita en contra de los acreedores quirografarios del deudor; de persecución, que ejercita contra cualquier detentador de la cosa hipotecada, si éste quiere quedarse con ella deberá pagar el crédito, pero podrá retenerla si tiene mejor hipoteca; de venta, derecho que ejercerá notificando previamente tres veces al deudor; con el precio se pagará, si no cubre el precio la deuda al acreedor conservara su acción personal contra el deudor por la diferencia. Como la hipoteca es indivisible, subsistente hasta que el crédito es totalmente cubierto.”

⁵² Planiol, Marcel y Georges Ripert; *Derecho Civil, Parte C, Volumen 3*; México D.F.; Editorial Harla; 1997; 3era Edición; Tomo 5; Página 1175;

⁵³ Bravo González, Agustín y Sara Bialostosky; *Compendio de Derecho Romano*; México; Editorial Pax ;1976; Página 95, 96;

Durante el desarrollo del presente manual de derecho civil, en cuanto al tema hipotecario, se encontrarán dos términos importantes que se deben tener claros, por lo que citando al jurista Cabanellas⁵⁴ se definen de esta manera:

- “Hipotecable: susceptible de hipoteca. En general ha de tratarse de inmuebles de los cuales pueda disponer libremente su dueño o el que ofrece esta garantía real. Por su identificación y valor, en ampliación objetiva son también hipotecables ciertos bienes muebles, como las naves y las aeronaves.
- Hipotecar: constituir una hipoteca para el acreedor hipotecario, consiste en asegurar un crédito o el cumplimiento de una obligación sujetando un inmueble (o ciertos muebles especiales) del deudor o del tercero, que responden en caso de vencimiento sin pago o de infracción sin resarcimiento espontáneo.”

1.11.1 Especialidad de la hipoteca:

Como ya se desarrollo en el apartado de las características la especialidad es un aspecto importante en la hipoteca, y para Colin y Capitant⁵⁵ “ el principio de la especialidad se aplica a todas las hipotecas, cualquiera que sea su origen, este principio se constituye por medio de dos reglas:

1. Primera regla: La hipoteca sólo es válida si el crédito por que se constituye está individualizado en cuanto a su causa y cuantía, designándole a esto el nombre de especialidad del crédito hipotecado,
2. Segunda regla: La hipoteca sólo es válida si declara en la escritura que se constituye especialmente la naturaleza y la situación de cada uno de los

⁵⁴ Cabanellas, Guillermo; *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*; Argentina; Editorial Heliasta; 2001; 27a Edición; Tomo IV; Página 289;

⁵⁵ Colin, Ambrosio y H. Capitant; *Curso Elemental de Derecho Civil*; Madrid; Instituto Editorial Reus; 1955; 3era edición; Tomo 5 Garantías Personales y Reales; Página 456, 457,458;

muebles que actualmente pertenecen al deudor, sobre los que se establece la hipoteca.”

En cuanto a lo desarrollado por Cabanellas⁵⁶ describe esta especialidad en relación a que en la antigüedad la hipoteca recaía sobre todo el patrimonio del deudor por lo que desarrolla la especialidad como la hipoteca que “grava tan sólo determinados bienes del deudor o garante.”

Por su parte Planiol y Ripert⁵⁷ concuerdan con los autores citados anteriormente pero lo desarrollan de la siguiente manera

1. “Constituida por un crédito determinado; y
2. Establecida sobre un inmueble determinado.

La hipoteca puede garantizar varios créditos o gravar varios inmuebles sin dejar por ello de ser especial, si cada uno de estos créditos o cada uno de estos bienes, es objeto de una designación particular. Toda hipoteca que no es especial recibe en la práctica el nombre de hipoteca general, expresión que es viciosa; debería reservarse el término hipotecas generales a las que recaen sobre la totalidad de los bienes del deudor, y llamar hipotecas indeterminadas las que garantizan deudas cuya cifra es susceptible de aumentar que no puede fijarse con anterioridad.”

1.11.2 Hipoteca General.

En cuanto a esta clase de hipoteca Planiol y Ripert⁵⁸ indican que “Cuando una hipoteca es general, se extiende a todos los bienes del deudor, no solamente a los que posee en el momento en que se le obliga (bienes presentes), sino a todos los

⁵⁶ Cabanellas, Guillermo; *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*; Argentina; Editorial Heliasta; 2001; 27a Edición; Tomo IV; Página 286;

⁵⁷ Planiol, Marcel y Georges Ripert; *Derecho Civil, Parte C, Volumen 3*; México D.F.; Editorial Harla; 1997; 3era Edición; Tomo 5; Página 1176, 1177;

⁵⁸ Planiol, Marcel y Georges Ripert; *Derecho Civil, Parte C, Volumen 3*; México D.F.; Editorial Harla; 1997; 3era Edición; Tomo 5; Página 1188;

que puede adquirir en lo sucesivo (bienes futuros). Cada uno de estos nuevos bienes es gravado con la hipoteca en el momento de su adquisición.”

1.11.3 La Hipoteca Abierta o de Cuenta Corriente.

Continuando con la explicación de diferentes clases de hipotecas, según Pablo Pirovano y Mariano Pascual⁵⁹ “Por hipoteca abierta se entiende a la garantía real que accede a un contrato con diversas obligaciones, algunas determinadas y otras por determinarse. A través de ella se garantizan una o varias obligaciones, siendo el monto final del crédito a ejecutar una incógnita, ya que dependerá del importe adeudado por el deudor a la fecha de quedar constituido en mora si ello sucede.” Es evidente que en esta clase de hipoteca, se deja de lado la especialidad en cuanto al crédito garantizado que fue desarrollado en el apartado de las características.

Agregan a esta clase de hipotecas una segunda modalidad la cual desarrollan Colin y Capitant⁶⁰ explicando que “Podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, determinándose en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca y el plazo de duración, haciendo constar si éste es o no prorrogable, y , caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta.” En ambos casos la cantidad garantizada no es conocida al inicio, por lo que es un monto que puede variar constantemente.

Para Cabanellas⁶¹ se denomina de diferente manera este tipo de hipoteca pues la desarrolla como la “Hipoteca de Máximo: Hipoteca de garantía de cuentas corrientes. Se denomina o es conocida también como hipoteca de máximo; porque las partes, dada la dificultad o imposibilidad de precisar el saldo al constituir la hipoteca, fijan un máximo o tope de la responsabilidad, a fin de no agotar

⁵⁹ Pirovano, Pablo y Pascual, Mariano; “La hipoteca abierta. Crítica a un fallo desafortunado”; *Revista Jurídica La Ley*; marzo, 2006; Buenos Aires, Argentina; Estudio Moltedo Abogados; Página 2;

⁶⁰ Colin, Ambrosio y H. Capitant; *Curso Elemental de Derecho Civil*; Madrid; Instituto Editorial Reus; 1955; 3era edición; Tomo 5 Garantías Personales y Reales; Página 513;

⁶¹ Cabanellas, Guillermo; *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*; Argentina; Editorial Heliasta; 2001; 27a Edición; Tomo IV; Página 286;

inútilmente el crédito ajeno ni comprometer los intereses propios.” Por lo expuesto por estos autores, podemos determinar que en esta clase de hipotecas a pesar que la cantidad garantizada es incierta, no lo es del todo ya que desde el inicio se fija un máximo al que puede ascender el monto de la obligación garantizada.

1.11.3 La hipoteca mobiliaria:

Como se describió durante la evolución de los bienes susceptibles de ser otorgados en garantías reales solo los bienes inmuebles pueden ser objeto de hipotecas, sin embargo esta modalidad de hipoteca modifica esa característica esencial, que al aplicar la hipoteca sobre bienes muebles de acuerdo a lo que indica Puig Peña⁶² “cuando las cosas son susceptibles de individualización y fácil identificación a través del registro , se configura la garantía real bajo la forma hipotecaria, denominándose hipoteca mobiliaria.” La hipoteca mobiliaria tiene la particularidad de ser un derecho real de garantía, que recae sobre bienes muebles identificables que aseguran de manera directa e inmediata una obligación.

Agrega Cabanellas⁶³ que es “constituida sobre bienes muebles por naturaleza, como los buques y los aeroplanos, aunque cuando por ficción se declaren inmuebles a los efectos hipotecarios. El hablar de hipoteca en estos casos obedece a que el bien o cosa hipotecada no sale de la posesión del garante o propietario para pasar a poder del acreedor pignoraticio, característica de la prenda (salvo la llamada agraria).”

Por lo que manifiesta De Cossio Corral⁶⁴ esta clase de hipoteca se asemeja a la llamada “prenda sin desplazamiento: Las exigencias del tráfico moderno han obligado al legislador a construir formas de garantía sobre cosas muebles, que no

⁶² Puig Peña, Federico; *Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II Derechos Reales*; Pamplona, España; Editorial Aranzadi; 1974; 2da Edición; Página 843;

⁶³ Cabanellas, Guillermo; *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*; Argentina; Editorial Heliasta; 2001; 27a Edición; Tomo IV; Página 287;

⁶⁴ De Cossio Corral, Alfonso; *Instituciones de Derecho Civil, 2, Derechos Reales, Derecho de Familia y Sucesiones*; Madrid; Alianza Editorial; 1975; Página 690-693;

exijan el desplazamiento material de la posesión, y a tal efecto, después de varios intentos fallidos o incompletos, han venido a regular esta materia.

1. No todos los bienes muebles son susceptibles de hipoteca inmobiliaria o prenda sin desplazamiento, sino tan solo los taxativamente enumerados por la ley.
2. Se distinguen como figuras jurídicas distintas la prenda sin desplazamiento y la hipoteca mobiliaria, siendo susceptibles tan solo de la segunda, según el legislador los bienes muebles susceptibles de identificación exteriorizada en el Registro, o de recibir, eficazmente la publicidad registral.

La inscripción de la hipoteca o de la prenda sin desplazamiento tiene valor constitutivo, y afecta definitivamente los bienes muebles a la responsabilidad derivada de la obligación objetiva de garantía, con plena eficacia en relación con los terceros. La hipoteca mobiliaria sujeta directamente e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.”

Agregan a lo anteriormente expuesto Puig Peña⁶⁵ y el mismo De Cossio Corral⁶⁶ que únicamente podrán ser susceptibles de hipoteca mobiliaria los siguientes bienes:

1. Los establecimientos mercantiles: para que puedan ser hipotecados deberán estar instalados en local de negocio del que el titular sea dueño o arrendatario, con facultad de traspasar, el contenido objetivo comprende el derecho de arrendamiento sobre el local y las instalaciones fijas y permanentes, siempre que pertenezcan al titular del establecimiento, además si no se establece otra cosa la hipoteca comprenderá, el nombre comercial, rótulo, marcas y demás derechos de propiedad industrial e

⁶⁵ Puig Peña, Federico; *Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II Derechos Reales*; Pamplona, España; Editorial Aranzadi; 1974; 2da Edición; Página 855,856;

⁶⁶ De Cossio Corral, Alfonso; *Instituciones de Derecho Civil, 2, Derechos Reales, Derecho de Familia y Sucesiones*; Madrid; Alianza Editorial; 1975; Página 693-695;

intelectual; máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo, así como podrá extenderse a la mercadería y materia prima destinada a la explotación. La constitución de la hipoteca obliga al hipotecante a continuar en el ejercicio de su comercio o industria.

2. Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular: esta clasificación comprende todo tipo de vehículos motorizados y todos otros susceptibles de matrícula en el correspondiente registro administrativo, deberán ser asegurados contra los riesgos de robo, hurto, extravío, sustracción o menoscabo, por una cantidad igual o superior al importe total de la responsabilidad hipotecaria.
3. Las aeronaves: en el caso de España las de esta nacionalidad y que se hallaren inscritas en la sección correspondiente del registro mercantil de la provincia donde estén matriculadas, y en cuanto a las extranjeras se registrará a lo dispuesto en convenios internacionales y al principio de reciprocidad. Las aeronaves en construcción podrán hipotecarse cuando se hubiere invertido un tercio de la cantidad total presupuestada. En cuanto a la extensión objetiva de la hipoteca incluye salvo pacto en contrario motores, hélices, aparatos de radio y navegación, herramientas, accesorios, mobiliario y en general los enseres destinados al servicio de la aeronave aunque sean separables de ésta, en el caso de los repuestos almacenados podrán quedar hipotecados con la aeronave siempre que estén inventariados en la escritura de hipoteca.
4. La maquinaria industrial: podrán ser hipotecadas las máquinas, instrumentos o utensilios instalados y destinados por un propietario a la explotación de una industria y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma, el deudor deberá conservar en el

lugar y en el estado en que se encontraren la maquinaria, pero podrá usar normalmente dichos bienes conforme a su destino, el mal uso o resistencia del deudora la inspección de las cosas por el acreedor o persona que este designe conferirá al acreedor derecho a dar por vencida la obligación hipotecaria.

5. Al propiedad intelectual e industrial: en el caso de la propiedad intelectual la hipoteca del derecho principal comprenderá como accesorios, salvo pacto en contrario la adaptación, refundición, traducción, reimpresión, nueva edición o adición de la obra hipotecada. En el caso de los derechos de propiedad industrial comprenderá como accesorios salvo pacto en contrario, la adición, modificación o perfeccionamiento de una misma patente, marca, modelo y demás derechos de propiedad industrial.”

Agregan una categoría mas a la hipoteca mobiliaria Planiol y Ripert⁶⁷ la cual es la “Hipoteca marítima: los barcos tienen un puerto de base, lugar que para ellos es algo así como el domicilio de las personas, son inscritos en los registros de ese puerto, llevados por la administración de las aduanas. Por otra parte, existe para ellos un procedimiento especial de transmisión: el cambio en la aduana, gracias a estas dos circunstancias ha sido fácil organizar respecto a ellos un sistema hipotecario.”

Manifiestan por su parte León y Mazeaud⁶⁸ que “La prohibición de la hipoteca mobiliaria no tiene fundamento serio para los muebles que, por su naturaleza, son susceptibles de ser sometidos a una publicidad eficaz, y que constituyen un elemento del patrimonio susceptible de procurar un crédito importante, hipotecas marítimas, fluviales y aéreas. Los buques, los barcos fluviales y las aeronaves

⁶⁷ Planiol, Marcel y Georges Ripert; *Derecho Civil, Parte C, Volumen 3*; México D.F.; Editorial Harla; 1997; 3era Edición; Tomo 5; Página 1182;

⁶⁸ Henri, León y Jean Mazeaud.; *Lecciones de Derecho Civil*; Buenos Aires; Ediciones Jurídicas Europa-América; 1962; 1era edición; Parte Tercera Volumen I Garantías; Página 315;

tienen un valor considerable y son fácilmente identificables, por eso, diferentes leyes han procedido a su respecto, para asegurar la protección de los adquirentes, como en materia inmobiliaria y reglamentado la publicidad con ocasión de su transmisión.”

1.12 Características de la Hipoteca:

Un aspecto importante de la hipoteca son sus características, coincidiendo en esto Matta Consuegra⁶⁹, Valiente Noailles⁷⁰ y Roca Sastre⁷¹ este último quien es uno de los mas importantes escritores en el tema de la hipoteca, lo desarrollan de la siguiente forma:

1. “Es derecho real: Recae directamente sobre un inmueble determinado.
2. Es un derecho accesorio: Se constituye para garantizar una obligación y, por tanto, no puede constituirse en forma autónoma. La hipoteca solo nace cuando nace el crédito asegurado; su validez se condiciona a la del crédito y se extingue con la extinción de la obligación. La invalidez de la constitución de la hipoteca no implica invalidez del crédito; pero la invalidez de éste si implica extinción de la hipoteca. Coincidiendo con esto los autores Planiol y Ripert.⁷²
3. Es indivisible: La hipoteca es indivisible, y por tanto, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda deuda y de cada parte de ella. El crédito puede dividirse entre varios,

⁶⁹ Matta Consuegra, Daniel; *Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala*; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 525,526,527,528,529;

⁷⁰ Valiente Noailles, Luis M.; *Derechos Reales*; Buenos Aires, Argentina; Roque de Palma Editor; 1958; Página 4444,445;

⁷¹ Roca Sastre, Ramón M.; *Derecho Hipotecario*; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo IV Hipotecas; Página 14,,60,73,75,77,80;

⁷² Planiol, Marcel y Georges Ripert; *Derecho Civil, Parte C, Volumen 3*; México D.F.; Editorial Harla; 1997; 3era Edición; Tomo 5; Página 1174;

no así la hipoteca. La regla de indivisibilidad de la hipoteca supone que esta no se divide, y conserva intacta su integridad jurídica. En consecuencia, todo el crédito y cada fracción de él se encuentran respaldados por el valor total del inmueble hipotecado. Agregando a esto Guillermo Cabanellas⁷³ que “El pago parcial no extingue proporcionalmente la hipoteca; pero cuando están afectadas individualmente diversas fincas (...) caben cancelaciones parciales, si estaban previstas en el contrato hipotecario o por acuerdo posterior entre acreedor y deudor.”

4. Recae solo sobre inmuebles individualizados: La hipoteca, en inmuebles de los cuales no se hace entrega al acreedor hipotecario (...) Por lo tanto no puede constituirse hipotecas sino sobre bienes inmuebles debidamente individualizados y matriculados en el registro inmobiliario.
5. Tiene su fuente en un contrato formal: La hipoteca debe constituirse mediante escritura publica y aceptarse en forma expresa.
6. Es un derecho real de realización de valor: Atribuye al acreedor la facultad de procurarse una fracción del valor de la cosa gravada supedita al hecho de que al vencimiento de la obligación asegurada, esta quede incumplida.
7. Es un derecho de carácter formal o material: Manifiesta en que el acreedor hipotecario no esta en contacto físico con el bien gravado, pues este continua en poder y posesión del deudor, quien no pierde por de pronto la propiedad.

⁷³ Cabanellas, Guillermo; *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*; Argentina; Editorial Heliasta; 2001; 27a Edición; Tomo IV; Página 283;

8. Es un derecho en el cual la prelación o prioridad de rango desempeña un papel relevante: Basado en el principio de Prioridad Registral, que afirma que primero en registro primero en derecho. Es decir, que coexiste con otros derechos reales y con otras hipotecas, surgiendo en consecuencia la necesidad de establecer rango, prelación u orden.
9. Derecho de constitución registral: Esta característica se manifiesta a través del Registro de la Propiedad, ya que uno de los objetivos de este es la publicidad, y por lo tanto la existencia de la hipoteca se pone en conocimiento de los terceros mediante su inscripción en él.”

Algunos escritores de la materia dan una características propia que a su juicio es de gran importancia conocer por lo que citando a Alfredo Barros Errazuriz⁷⁴, Pirovano y Pascual⁷⁵ señalan la siguiente: “Es especial: pues no existen las hipotecas generales, La especialidad de la hipoteca debe considerarse con relación a la finca que se da en garantía. y con relaciones a las obligaciones que está llamada a caucionar. En otros términos que se individualice la finca hipotecada y que solo queden comprendidas en la hipoteca las fincas que, con su ubicación y deslindes, se enumeren taxativamente en la escritura hipotecaria y en la inscripción.”

Por otra parte a criterio de Puig Peña⁷⁶ también es “Unilateral, por contener tan sólo la obligación del acreedor de liberar el gravamen, cuando sea satisfecho en la obligación garantizada.”

1.13 Efectos de la hipoteca:

⁷⁴ Errazuriz Barros, Alfredo; *Curso de Derecho Civil Segundo Año*; Chile; Editorial Nascimento; 1930; 4ta Edición; Tomo III; Página 397-414;

⁷⁵ Pirovano, Pablo y Pascual, Mariano; “La hipoteca abierta. Crítica a un fallo desafortunado”; *Revista Jurídica La Ley*; marzo, 2006; Buenos Aires, Argentina; Estudio Molledo Abogados; Página 1;

⁷⁶ Puig Peña, Federico; *Compendio de Derecho Civil Español, Tomo IV Contratos*; Pamplona, España; Editorial Aranzadi; 1972; 2da Edición; Página 479;

De la hipoteca pueden derivarse distintos efectos, pueden darse en diferentes etapas ya sea en la obligación principal vigente o ya habiéndose dado el incumplimiento de esta, por lo que citando nuevamente al guatemalteco Matta Consuegra⁷⁷ podemos mencionar los siguientes:

“Efectos de la hipoteca en relación con el deudor:

- a) El deudor sigue disponiendo y administrando el inmueble: Sigue siendo propietario y poseedor del inmueble gravado, por lo tanto ejerciendo los atributos de la propiedad, pero en ningún momento puede efectuar ningún acto que tenga como consecuencia disminuir las garantías del acreedor, afectando el valor del inmueble.
- b) Disposición jurídica del inmueble: El deudor puede ejecutar toda la clase de negocios jurídicos de disposición, puesto que el acreedor hipotecario no sufre perjuicios por la celebración de negocios de esta clase, dado el alcance general de la acción hipotecaria. (...)
- c) Disposición material del inmueble: La libertad del deudor se encuentra bastante mermada con respecto a su disposición material por cuanto estos actos sí lesionan por lo general los intereses del acreedor hipotecario.
- d) Actos de Administración: El dueño del bien hipotecado, en su condición de poseedor puede realizar en ella todos los actos de administración que caben dentro del giro ordinario de la explotación del inmueble pero no deben realizarse en fraude de los derechos del acreedor hipotecario y deben de tener un interés principal, que es impedir que la propiedad se desvalore o deteriore.

Efectos de la hipoteca en relación con el acreedor:

⁷⁷ Matta Consuegra, Daniel; *Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala*; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 530,531,532,533;

- a) El acreedor tiene derecho a enajenar o ceder en todo o en parte el crédito hipotecario.
- b) El acreedor puede exigir que se le mejore la garantía cuando disminuye el valor de la finca hipotecada.
- c) El acreedor tiene derecho de adquirir la cosa en remate judicial.
- d) La acción hipotecaria: Lo mismo que los demás derechos reales, el de hipoteca se encuentra amparado de una acción real que consiste en la facultad que tiene el acreedor hipotecario para hacer vender en pública subasta judicial el inmueble hipotecado y se la pague con el producido, con preferencia a los demás acreedores, para ejercer esta acción debe acreditar:
 - La existencia de la hipoteca, mediante la respectiva escritura pública debidamente registrada.
 - Que el bien hipotecado pertenecía al constituyente en el momento de celebrarse el contrato de hipoteca.
 - La existencia del crédito garantizado con la hipoteca, en razón de ser esta accesoria de aquel.
- e) La realización del valor del inmueble hipotecado: Toda realización del bien dado en hipoteca debe hacerse mediante su venta judicial.

Agrega a los efectos antes desarrollados Cabanellas⁷⁸ como efectos esenciales los siguientes:

- 1."Sujetar la cosa hipotecada, como garantía de la obligación determinada (...);
- 2.Poder vindicar frente a terceros, y en el rango que le corresponda, la cualidad hipotecaria y la efectividad ejecutiva.
3. Las posibilidades jurídicas de renuncia y transmisión."

⁷⁸ Cabanellas, Guillermo; *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*; Argentina; Editorial Heliasta; 2001; 27a Edición; Tomo IV; Página 283;

1.14 Clases de hipotecas.

Ya habiendo desarrollado los diferentes aspectos de la hipoteca, en este apartado se desarrollarán las diferentes clases de hipoteca, iniciando con las clasificaciones ordinarias y luego determinando nuevas clasificaciones que atienden a la evolución que ha sufrido la hipoteca en el transcurso del tiempo para poder adaptarse a las nuevas modalidades que han surgido.

1.14.1 Clasificación ordinaria:

A modo de introducción citando a Carmelo Díaz González⁷⁹ quien las clasifica de la siguiente manera:

- a) “voluntarias;
- b) legales;
- c) expresas;
- d) tácitas;
- e) puras;
- f) condicionales;
- g) a término;
- h) de capitales;
- i) de renta;
- j) al servicio de un crédito;
- k) sin una obligación principal.”

A partir de esta clasificación general, se desarrollarán a criterio de algunos autores algunas de las anteriores clasificaciones.

Para los autores León y Mazeaud⁸⁰ las hipotecas se clasifican de conformidad a los siguientes criterios:

⁷⁹ Díaz González, Carmelo; *Iniciación a los Estudios de Derecho Hipotecario, Tomo III*; Madrid, España; Editorial Revista de Derecho Privado; 1967; Página 7,8;

- a) “Según su modo de constitución: considerando que sean creadas por la convención o por la ley, en hipotecas convencionales e hipotecas legales, las hipotecas llamadas judiciales, conferidas al acreedor por ciertas sentencias, no son sino una categoría particular de hipotecas legales, agregando Puig Brutau⁸¹ que las convencionales “sólo podrán constituir las quienes tengan la libre disposición de aquéllos, o en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes”.
- b) Según la eficacia de la garantía que le procuran al acreedor: en hipotecas simples que integran el derecho común e hipotecas privilegiadas que le confieren al acreedor una situación privilegiada, puesto que en ciertas condiciones prevalecen sobre las hipotecas simples, pese al rango de inscripción de éstas.
- c) Según su base material: en hipotecas especiales, que no recaen sino sobre ciertos inmuebles e hipotecas generales, la hipoteca es general en cuanto a su base material cuando grava todos los inmuebles presentes y futuros del constituyente, estas son excepcionales pues toda hipoteca convencional es especial, clasificación que concuerda con los autores Colin y Capitant⁸².
- d) Según los créditos garantizados: también son especiales y generales, es general en cuanto a los créditos cuando garantiza todos los créditos actuales y futuros en contra del deudor, y es especial si garantiza una deuda determinada.”

Roca Sastre⁸³ agrega a la clasificación anterior que “Las hipotecas pueden clasificarse desde varios puntos de vista:

⁸⁰ Henri, León y Jean Mazeaud.; *Lecciones de Derecho Civil*; Buenos Aires; Ediciones Jurídicas Europa-América; 1962; 1era edición; Parte Tercera Volumen I Garantías; Página 293;

⁸¹ Puig Brutau, José; *Fundamentos De Derecho Civil*; Barcelona; Bosch, Casa Editorial; 1953; Tomo III Derecho de Cosas; Página 559;

⁸² Colin, Ambrosio y H. Capitant; *Curso Elemental de Derecho Civil*; Madrid; Instituto Editorial Reus; 1955; 3era edición; Tomo 5 Garantías Personales y Reales; Página 374,375;

⁸³ Roca Sastre, Ramón M.; *Derecho Hipotecario*; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo IV Hipotecas; Página 82,83;

- a) Las hipotecas son ordinarias o de seguridad: en las primeras, el crédito garantido consta en el registro con todas sus particularidades, quedando unido registralmente con la hipoteca, en forma que, ante tercero, la fe pública registral se extiende a aquellas particularidades del crédito. En la segunda el crédito garantido sólo consta en el registro en sus líneas generales, quedando unido registralmente con la hipoteca en forma que la fe pública registral no se extiende al crédito.
- b) Las hipotecas pueden ser de capital o de renta: según que garanticen una obligación de cumplimiento unitario o total, o que aseguren la efectividad del pago de rentas o pensiones periódicas.”

1.14.2 Clasificaciones modernas.

Para Matta Consuegra⁸⁴ la hipoteca puede clasificarse de la siguiente forma.
“Clasificación de la hipoteca:

- a) Por su origen:
 - Hipoteca Judicial: Es la que resulta de una sentencia condenatoria, de una fallo con fuerza ejecutiva o de un reconocimiento o verificación de las firmas de una escritura privada hecha ante la justicia.
 - Hipoteca Legal: Es la establecida por la ley bajo determinados requisitos.
 - Hipoteca Voluntaria: Es aquella que surge a la vida jurídica en virtud de un negocio jurídico.
- b) Por los bienes sobre los que recae:
 - Hipoteca Aérea o Aeronáutica: Aquella en la que el bien hipotecado consiste en una aeronave.
 - Hipoteca Naval: Mediante la ficción jurídica de atribuir a los buques la condición de bienes inmuebles, puede constituirse hipoteca sobre el casco,

⁸⁴ Matta Consuegra, Daniel; *Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala*; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 537,538,539,540;

aparejos, máquinas, fletes e indemnizaciones por abordajes u otros accidentes marítimos.

c) Por su publicidad:

- Hipoteca Expresa: La inscrita en el Registro de la Propiedad, sin el cual requisito de publicidad no afecta a los terceros.
- Hipoteca Tácita: Es aquella que no requiere inscripción en el Registro de la Propiedad para surtir sus efectos.

d) Por la titularidad del bien sobre el que recae:

- Hipoteca constituida por el dueño: Garantía de una obligación que se establece sobre bienes inmuebles, los cuales siguen perteneciendo a su dueño.
- Hipoteca constituida por terceros: Es perfectamente lícito que un extraño al vinculo obligatorio afecte con hipoteca fincas o tierras de su propiedad. El tercero no contrae en tal situación ninguna responsabilidad personal.”

Puig Brutau⁸⁵ expone la siguiente clasificación “HIPOTECA DE TRÁFICO. (...) es la normal y corriente. En ella se da la situación que consiste en manifestar el Registro de la propiedad, no sólo la finca gravada y en qué medida lo esté, sino también el crédito garantizado. (...)

HIPOTECA DE SEGURIDAD. Esta hipoteca es rigurosa accesoria del crédito garantizado, pues consta en el Registro de la propiedad la existencia de un gravamen hipotecario que depende de las vicisitudes que experimentan una obligación asegurada cuya vida no esta incorporada a los libros del Registro. (...)

HIPOTECA EN GARANTÍA DE RENTAS O PRESTACIONES PERIÓDICAS: (...) podrán constituirse hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas. Consiste en un derecho de realización de valor que está puesto al servicio de la obligación de hacer pagos reiterados o prestaciones periódicas. Si alguno de tales

⁸⁵ Puig Brutau, José; *Fundamentos De Derecho Civil*; Barcelona; Bosch, Casa Editorial; 1953; Tomo III Derecho de Cosas; Página 569,570,571,575,576,577,578;

pagos o prestaciones queda incumplido, la garantía actuará a base de promover la venta de la finca hipotecada para satisfacer la suma debida.”

En referencia a diferentes criterios para conocer mas sobre estas clasificaciones modernas manifiesta Espín Canovas⁸⁶ que a su criterio pueden clasificarse:

- a) “Por el objeto sobre el que recae la hipoteca: mobiliaria o inmobiliaria, siendo la primera cuando recae sobre bienes muebles que por su naturaleza son enmarcados dentro de la categoría de inmuebles, y la segunda cuando recae sobre bienes puramente inmuebles;
- b) Por su origen en voluntaria y legales: la primera son las establecidas por la voluntad de las partes, las segundas son las que se establecen debido a un precepto legal que obliga a hacerlo; concordando con esta clasificación de las hipotecas Morineau⁸⁷ quien agrega que la “voluntaria nace mediante un acto jurídico celebrado entre un sujeto activo (acreedor) y un sujeto pasivo (deudor hipotecario).”
- c) Por la certidumbre del crédito garantizado: normales, ordinaria o de tráfico y excepcionales, anormales o de seguridad, siendo la primera en las cuales la obligación garantizada tiene existencia cierta por ser conocida su cuantía, y las segundas garantizan una obligación incierta en su existencia o indeterminada en su cuantía.

Por su parte Javier Arce Gargollo⁸⁸ nos presenta una clasificación mas moderna de la hipoteca.

- a) “Hipoteca civil;
- b) Hipoteca marítima;

⁸⁶ Espín Canovas, Diego; *Manual de Derecho Civil Español, Volumen II, Derechos Reales*; Madrid; Editorial Revista del Derecho Privado; 1975; 4ta Edición; Página 450,451;

⁸⁷ Biblioteca Jurídica Virtual; Morineau, Oscar; Instituto de Investigaciones Jurídicas; *Los Derechos Reales y Subsuelo en México*; México; 1997; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1370> ; consulta: 18.06.2014.; Página 150;

⁸⁸ Arce Gargollo, Javier; “Introducción al estudio de los medios de garantía modernos”; *Revista de Derecho Privado UNAM*; No. 18; 1995 septiembre – diciembre; México; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Página 50,51,52,53;

- c) Hipoteca de aeronaves y sus partes;
- d) Hipoteca sobre la unidad completa de una empresa.”

En el mismo sentido atendiendo a las diferentes clasificaciones modernas encontramos que Cabanellas⁸⁹ también lo desarrolla de la siguiente manera.

1. “Hipoteca de automóviles: no es denominación exclusiva, porque alterna con la de prenda, la garantía real que afecta los automotores a la responsabilidad por deudas; de modo específico, la pendiente de la adquisición cuando el rango completo no ha sido contado. A estos efectos se consideran automóviles los camiones, autocares, autobuses, tractores, motocicletas y otros vehículos de motor. La hipoteca requiere las siguientes menciones: 1. Clase de vehículo y marca de fábrica. 2. Número del motor y del bastidor. 3. Matrícula o patente. 4. Número de cilindros o potencia. 5. Categoría de permiso de circulación expedido. 6. Toneladas de carga máxima cuando se trate de camiones. (hipoteca mobiliaria.)

2. Hipoteca de Establecimientos: con la variedad de la hipoteca mobiliaria, en este caso mixta, por cuanto las empresas de comercio se asientan sobre inmueble sobre propio o ajeno siempre, a un lado la insignificancia de lo abundante, se admite la hipoteca de establecimientos mercantiles, que requiere que el titular, sea dueño o arrendatario, cuente con la facultad de traspaso. Además del derecho de arrendamiento en su caso, esta hipoteca comprenderá los siguientes bienes que se describirán en la escritura pública: a) el nombre comercial o rótulo del establecimiento, las marcas y demás derechos reales de propiedad industrial e intelectual; b) las máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo. Mediante pacto, la hipoteca puede extenderse a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación. El acreedor hipotecario tiene el derecho a

⁸⁹ Cabanellas, Guillermo; *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*; Argentina; Editorial Heliasta; 2001; 27a Edición; Tomo IV; Página 284;

inspeccionar el giro y tráfico del establecimiento, sin estorbar en ningún caso su normal desenvolvimiento.

3. Hipoteca de la propiedad intelectual e industrial: se admite dentro de la legislación referente a la hipoteca mobiliaria. La escritura contendrá a mas de las circunstancias generales, las siguientes: 1. Naturaleza, especie y otras características de los bienes que se hipotequen. 2. Fecha y número de inscripción, renovación, rehabilitación o prórroga en el registro especial. 3. Licencias, autorizaciones o concesiones otorgadas por el titular a terceros. 4. Comprobante d estar al día en los pagos de los impuestos especiales. La hipoteca comprenderá como accesorios, salvo pacto en contrario: 1. La adaptación, refundición, traducción, reimpresión, nueva edición o adición de la obra hipotecada; 2. La adición, modificación o perfeccionamiento de la patente, marca, modelo y demás derechos de propiedad industrial. El acreedor hipotecario de esta especie puede dar por vencida la hipoteca, antes del cumplimiento de la obligación principal, por falta de pago del canon y por falta de la explotación de la patente o del uso de las marcas en los periodos legales establecidos.
4. Hipoteca de Maquinaria: Se admite cuando este destinada a la explotación de una industria. Requiere la descripción minuciosa de las máquinas, instrumentos o utensilios que se hipotecan; el lugar en que se encuentran y la industria a que se dedican; la aplicación de cada máquina o utensilio y su estado de conservación o deterioro. Es otra variedad de hipoteca mobiliaria.”

1.14 Cosas y derechos hipotecables y no hipotecables:

En cuanto a este importante aspecto que se debe conocer de la hipoteca Barros Errazuriz⁹⁰ desarrolla que tipo de bienes pueden ser objeto de la hipoteca de la

⁹⁰ Errazuriz Barros, Alfredo; *Curso de Derecho Civil Primer Año*; Chile; Editorial Nascimento; 1930; 4ta Edición; Página 252,253,254;

siguiente manera: “Bienes inmuebles: Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro (...) Hay dos clases de bienes inmuebles: inmuebles por naturaleza e inmuebles por destinación:

- a) Inmuebles por naturaleza: Son inmuebles por naturaleza aquellos bienes cuya condición habitual y ordinaria es la inmovilidad, no obstante que puedan accidentalmente movilizarse por medios extraordinarios. Tales son: las tierras, minas, los árboles y los edificios.
 - i. Tierras: Las tierras son los inmuebles por excelencia. La propiedad de ellas no se limita a la superficie sino que comprende lo que en su seno entraña y lo que sobre ella se levanta;
 - ii. Árboles: Todos los vegetales que adhieren al suelo por sus raíces son inmuebles de la misma manera son inmuebles los productos de las plantas mientras no han sido separados de ellas. En consecuencia no son inmuebles las plantas que están en macetas o cajones que puedan transportarse de un lugar a otro.
 - iii. Edificios: Son inmuebles, por ser cosas que adhieren permanentemente al suelo. Los materiales con que se construyen los edificios son esencialmente muebles, pero se convierten en inmuebles a medida que se incorporan al edificio.
- b) Inmuebles por destino: Se da el nombre de inmuebles por destinación a ciertos objetos muebles por su naturaleza, pero que la ley reputa inmuebles por estar permanentemente destinados al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento. Estos bienes, aunque destinados permanentemente a un inmueble, conservan su individualidad propia; su inmovilización no es real o material, como la de los inmuebles por naturaleza, sino puramente jurídica o ficticia.”

Para Puig Brutau⁹¹ y Espín Canovas⁹² pueden ser objeto de hipoteca así como cuales no pueden ser objeto de esta, clasificándolos de la siguiente manera:

⁹¹ Puig Brutau, José; *Fundamentos De Derecho Civil*; Barcelona; Bosch, Casa Editorial; 1953; Tomo III Derecho de Cosas; Página 556;

1. “Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción;
2. Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes.

Los bienes inmuebles no susceptibles de inscripción son los bienes de dominio público del Estado, los bienes de dominio y uso público de la provincia y el municipio, las servidumbres legales que tengan por objeto la utilidad pública o comunal y los templos destinados al culto católico. Los derechos reales no enajenables son el uso y habitación, las servidumbres prediales separadamente del predio dominante.” Refiriéndose en este último apartado por exclusión que bienes no pueden ser objeto del derecho real de hipoteca.

Esto puede entenderse también debido a lo que exponen Colin y Capitant⁹³ ya que para estos autores “Solamente los inmuebles que están en el comercio pueden ser hipotecados” así como agregan otra explicación que puede extender los bienes no hipotecables ya que “los inmuebles que aun perteneciendo a particulares, que no pueden ser vendidos ni embargados, tampoco pueden ser hipotecados.”

Otro aspecto importante que resaltan Colin y Capitant⁹⁴ es que “no es posible tampoco en el derecho español la hipoteca sobre bienes futuros por ser opuesta al principio de especialidad y por requerir nuestro Derecho que el constituyente de la hipoteca tenga la libre disposición de los bienes hipotecados.” Esto debido a que es incierta la disponibilidad de estos así como su identificación si estos aún no existen físicamente.

⁹² Espín Canovas, Diego; *Manual de Derecho Civil Español, Volumen II, Derechos Reales*; Madrid; Editorial Revista del Derecho Privado; 1975; 4ta Edición; Página 451;

⁹³ Colin, Ambrosio y H. Capitant; *Curso Elemental de Derecho Civil*; Madrid; Instituto Editorial Reus; 1955; 3era edición; Tomo 5 Garantías Personales y Reales; Página 364,365;

⁹⁴ Colin, Ambrosio y H. Capitant; *Curso Elemental de Derecho Civil*; Madrid; Instituto Editorial Reus; 1955; 3era edición; Tomo 5 Garantías Personales y Reales; Página 518;

A todo esto Soto Álvarez⁹⁵ agrega una clasificación más extensa y específica sobre los bienes que no pueden ser objeto de hipoteca.

1. “Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca.
2. Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno o comodidad, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios.
3. Las servidumbres, a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios.
4. El derecho de percibir los frutos en el usufructo concedido por este código a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes.
5. El uso y la habitación.
6. Los bienes litigiosos, a no ser que la demanda origen del pleito se haya registrado preventivamente, o si se hace constar en el título constitutivo de la hipoteca que el acreedor tiene conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito.”

Por su parte Matta Consuegra⁹⁶ extiende lo anteriormente desarrollado con clasificación acorde al derecho civil guatemalteco:

“Bienes y derechos no hipotecables:

- El inmueble destinado a patrimonio de familia o patrimonio familiar.
- Los bienes adquiridos por herencia, legado o donación cuando el causante haya puesto dicha condición, pero esta no podrá exceder del término de 5 años.

Cosas Susceptibles de Hipoteca: Únicamente los inmuebles que por naturaleza se encuentren en el comercio humano y que estén debidamente delimitados y matriculados.”

⁹⁵ Soto Álvarez, Clemente.; *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*; México; Editorial Limusa; 1975; 1era edición; Página 370;

⁹⁶ Matta Consuegra, Daniel; *Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala*; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 540;

CAPÍTULO 2: CONSTITUCIÓN, EXTENSIÓN Y TERMINACIÓN DE LA HIPOTECA

2.1 Aspectos generales de la constitución de la hipoteca:

En cuanto a la constitución de la hipoteca, es decir el momento en el que nace a la vida jurídica, señala Bravo González, Bialostosky,⁹⁷ que se deben observar los siguientes aspectos, “La cosa hipotecada debe ser objeto de venta y el constituyente propietario de ella capaz de enajenar. Pueden hipotecarse todas las cosas corporales *in commercio*; de las incorporeales, el usufructo , las servidumbres rurales, los derechos de superficie y enfiteusis, los créditos y los propios derechos de prenda e hipoteca.”

Y como manifiesta Matta Consuegra⁹⁸ “Solo puede constituir hipoteca el propietario del inmueble que puede disponer de sus bienes y no el poseedor o titular de otro derecho real, generalmente el inmueble gravado es propiedad del deudor, pero también una persona que no es deudora puede constituir hipoteca sobre un inmueble suyo para responder la deuda de otra persona.” también señala las ...formalidades para constituir la hipoteca... indicando que puede constituir únicamente mediante escritura pública y para su validez frente a terceros debe inscribirse en el Registro de la Propiedad.”

Agregando a lo anterior Soto Álvarez⁹⁹ que la hipoteca puede constituirse de las siguientes formas: “por contrato, testamento, acto unilateral y ley. Las primeras tres dan origen a la hipoteca voluntaria, la última a la necesaria.

- Hipoteca Voluntaria: son hipoteca voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen.

⁹⁷ Bravo González, Agustín y Sara Bialostosky; Compendio de Derecho Romano; México; Editorial Pax ;1976; Página 94;

⁹⁸ Matta Consuegra, Daniel; Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 521, 537;

⁹⁹ Soto Álvarez, Clemente.; *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*; México; Editorial Limusa; 1975; 1era edición; Página 371;

En este caso se admiten hipotecas constituidas por testamento y por declaración unilateral de voluntad, que surtirá sus efectos durante la vida del emitente.

- Hipoteca Necesaria: llámese necesaria a las hipotecas especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administren o para garantizar los créditos de determinados acreedores.”

En este mismo sentido Bravo González y Bialostosky¹⁰⁰ señalan en cuanto a la testamentaria que tiene generalmente la finalidad de “garantizar a un legatario una renta o pensión alimenticia.”

Morineau Iduarte e Iglesias González¹⁰¹ enumeran las formas en que se puede constituir la hipoteca, siendo estas las siguientes:

- a. “Por contrato;
- b. Por testamento;
- c. Por decisión judicial;
- d. Por la ley en forma directa.”

Como expresan los diferentes autores la hipoteca requiere en el momento de su constitución algunos requisitos para su validez, esto por su solemnidad, por lo que Valiente Noailles¹⁰² describe las siguientes: “Las formas requeridas lo son ad solemnitatem y requieren:

- 1) escritura pública y documentos que acrediten el dominio;
- 2) si se constituye por documento privado, aunque se protocolice luego, es nula;

¹⁰⁰ Bravo González, Agustín y Sara Bialostosky; *Compendio de Derecho Romano*; México; Editorial Pax ;1976; Página 96;

¹⁰¹ Morineau Iduarte, Marta y Román, Iglesias González; *Derecho Romano*; México; Oxford; 2009; 4ta edición; Página 135,136;

¹⁰² Valiente Noailles, Luis M.; *Derechos Reales*; Buenos Aires, Argentina; Roque de Palma Editor; 1958; Página 462;

3) hipoteca y contrato pueden estar en la misma escritura;

4) en la escritura pública debe figurar la situación de la finca y sus linderos; si es rural, también el distrito en que se encuentra; siendo urbana, la ciudad, calle y número que la individualicen.

5) La constitución de la hipoteca debe ser aceptada por el acreedor. Cuando ha sido establecida por una escritura pública en que el acreedor no figure, podrá ser aceptada ulteriormente con efecto retroactivo al día mismo de su constitución.”

Coincidiendo con este criterio Colin y Capitant¹⁰³ manifestando que “Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente constituidas, se requiere:

1. Que se hayan constituido en escritura pública.
2. Que la escritura se haya inscrito en el registro de la propiedad.

(...) son requisitos esenciales para la validez de la hipoteca y no solamente respecto de terceros, sino incluso entre los mismos interesados.”

Por su parte aporta Espín Canovas¹⁰⁴ que “en el caso de los bienes inmuebles que es sobre los cuales se constituye la hipoteca no es necesaria al momento de su constitución la entrega posesoria de la cosa esto debido a su fácil identificación por lo que basta únicamente con su inscripción registral.” Igualmente la inscripción registral que grava el bien inmueble con la hipoteca, desde el momento de que esta queda inscrita constituye un gravamen sobre este, mediante el cual los terceros que opten a adquirir el bien inmueble puedan conocer la existencia de la hipoteca siendo esto tanto una garantía de publicidad ante terceros de su derecho y para los terceros adquirentes de buena fe un medio de estar advertidos de las limitaciones que recaen sobre el inmueble, que podría llegar a ser el criterio distintivo con otros derecho reales de garantía.

¹⁰³ Colin, Ambrosio y H. Capitant; Curso Elemental de Derecho Civil; Madrid; Instituto Editorial Reus; 1955; 3era edición; Tomo 5 Garantías Personales y Reales; Página 509;

¹⁰⁴ Espín Canovas, Diego; *Manual de Derecho Civil Español, Volumen II, Derechos Reales*; Madrid; Editorial Revista del Derecho Privado; 1975; 4ta Edición; Página 428;

2.2 La hipoteca como contrato:

En cuanto al análisis de la hipoteca puramente en su aspecto contractual, citando a Rodríguez Navarro¹⁰⁵ “Se deduce que la hipoteca tiene el carácter de contrato accesorio o de garantía que presupone la existencia de una obligación principal, y que está sometido a la condición resolutoria que a ella afecte, esto quiere decir que para la existencia de la hipoteca se tiene la preexistencia de un contrato de crédito del cual nazca la garantía hipotecaria.” Lo cual concuerda con su propia naturaleza ya analizada, por lo que este contrato siempre estará dependiendo de una obligación principal.

Por su parte al analizar la hipoteca específicamente como un contrato, Valiente Noailles¹⁰⁶ desarrolla que “El contrato hipotecario o contrato de hipoteca, sólo es consecuencia del libre acuerdo de voluntades de las partes contratantes, caracterizándose por ser:

- a. Unilateral: pues aunque la aceptación del acreedor es imprescindible, únicamente se obliga el constituyente de la hipoteca;
- b. Formal: porque deben cumplirse los requisitos legales exigidos.”

Por otra parte según Valiente Noailles¹⁰⁷ el contenido de este contrato es el siguiente: “el acto constitutivo de la hipoteca debe contener:

- 1) El nombre, apellido y domicilio del deudor y las mismas designaciones relativas al acreedor, los de las personas jurídicas por su denominación legal, y el lugar de su establecimiento;

¹⁰⁵ Rodríguez Navarro, Manuel; *Doctrina Civil del Tribunal Supremo*; Madrid, España; Aguilar, S.A de Ediciones; 1964; Apéndice II a la 1era edición; Página 980;

¹⁰⁶ Valiente Noailles, Luis M.; *Derechos Reales*; Buenos Aires, Argentina; Roque de Palma Editor; 1958; Página 457;

¹⁰⁷ Valiente Noailles, Luis M.; *Derechos Reales*; Buenos Aires, Argentina; Roque de Palma Editor; 1958; Página 462;

- 2) La fecha y la naturaleza del contrato a que accede y el archivo en que se encuentra;
- 3) La situación de la finca y sus linderos, y si fuere rural, el distrito a que pertenece; y si fuere urbana, la ciudad o villa y la calle en que se encuentre;
- 4) La cantidad cierta de la deuda.”

Por lo que luego de la constitución de este contrato indica Puig Peña¹⁰⁸ que surten los siguientes efectos:

- a) “Sirve de título para la constitución del Derecho real de hipoteca, con los efectos consiguientes.
- b) Como consecuencia del mismo, puede el hipotecante exigir del acreedor satisfecho la cancelación de la hipoteca y consiguiente liberación del bien hipotecado.”

2.3 Disposición del inmueble hipotecado:

Por la propia naturaleza de este derecho real de garantía, es importante conocer los aspectos sobre la disposición del bien inmueble hipotecado, lo que Roca Sastre¹⁰⁹ desarrolla manifestando que “la hipoteca entraña en cierto modo una limitación en las facultades dispositivas que substancialmente conserva el dueño del inmueble gravado. Como vinculación del valor en cambio, la hipoteca limita las facultades dispositivas en el sentido de que el propietario no podrá enajenar como libre el bien gravado; y como derecho de realización de valor, la hipoteca entraña limitación de dichas facultades en cuanto en caso de impago puede imponer la venta forzosa al dueño de la cosa hipotecada.” Agregando a lo anterior Morineau¹¹⁰ que “al propietario de la cosa gravada se le atribuyen directamente

¹⁰⁸ Puig Peña, Federico; *Compendio de Derecho Civil Español, Tomo IV Contratos*; Pamplona, España; Editorial Aranzadi; 1972; 2da Edición; Página 480;

¹⁰⁹ Roca Sastre, Ramón M.; *Derecho Hipotecario*; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo IV Hipotecas; Página 70;

¹¹⁰ Biblioteca Jurídica Virtual; Morineau, Oscar; Instituto de Investigaciones Jurídicas; *Los Derechos Reales y Subsuelo en México*; México; 1997; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1370> ; consulta: 18.06.2014.

abstenciones, correspondientes al gravamen que disminuyen su derecho de propiedad, y al titular de la hipoteca se le atribuyen directamente actividades potestativas de acuerdo con su derecho.”

En contraposición a lo anterior, según Colin y Capitant¹¹¹ argumentan que la hipoteca “no priva de su propiedad al dueño de la cosa hipotecada, el cual puede usar de ella como mejor le parezca e incluso disponer de la misma. Lo que no puede hacer el dueño de la cosa hipotecada es deteriorar maliciosamente dicha finca.”

Concordando con esto nuevamente Morineau¹¹² en relación a la enajenación de un inmueble sujeto a una garantía hipotecaria, manifiesta que a pesar de esta libertad de disposición “cuando el deudor hipotecario cede su propiedad, la transmite en forma limitada, la cede con menos facultades fundantes las cuales fueron sustraídas de su derecho y otorgadas al acreedor.” A lo que añaden Colin y Capitant¹¹³ que el “deudor que ha hipotecado su inmueble no le será ya muy fácil venderlo, porque un tercero se cuidará mucho de adquirir un bien gravado con semejante carga; mas ya el legislador desde hace mucho tiempo, ha acudido a remediar este inconveniente, confiriendo al adquiriente el derecho de liberar o redimir el inmueble de las hipotecas que lo graven.”

Otra posibilidad de disposición del inmueble es el arrendamiento, pues según Valiente Noailles¹¹⁴ existen ciertas particularidades, manifestando que ... “Puede convenir arrendamientos, bajo las siguientes condiciones:

- Que no sean por plazos fuera de lo común;

¹¹¹ Colin, Ambrosio y H. Capitant; Curso Elemental de Derecho Civil; Madrid; Instituto Editorial Reus; 1955; 3era edición; Tomo 5 Garantías Personales y Reales; Página 484;

¹¹² Biblioteca Jurídica Virtual; Morineau, Oscar; Instituto de Investigaciones Jurídicas; *Los Derechos Reales y Subsuelo en México*; México; 1997; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1370> ; consulta: 18.06.2014.; Página 151;

¹¹³ Colin, Ambrosio y H. Capitant; Curso Elemental de Derecho Civil; Madrid; Instituto Editorial Reus; 1955; 3era edición; Tomo 5 Garantías Personales y Reales; Página 341;

¹¹⁴ Valiente Noailles, Luis M.; *Derechos Reales*; Buenos Aires, Argentina; Roque de Palma Editor; 1958; Página 465;

- Que el alquiler corresponda a la importancia del inmueble;
- Que el alquiler no sea cobrado total o parcialmente por anticipado.”

2.4 Cláusulas inadmisibles en el contrato de hipoteca:

Nussbaum¹¹⁵ menciona que hay ciertas cláusulas que a pesar que no serían inscribibles son clasificadas como inadmisibles, siendo las siguientes:

- a) “El pacto por el que el dueño de la finca se obligue para con el acreedor a no enajenarla ni volverla a gravar;
- b) El propietario de la finca no puede renunciar por plazo mayor de diez años o de veinte a su derecho de reembolsar y saldar la hipoteca;
- c) El acreedor no puede reservarse de antemano el derecho de vender privadamente la finca, ni el de hacerla suya, por comiso, en caso de inejecución.”

En relación a las cláusulas abusivas el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹⁶ manifiesta que “La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas en particular la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.”

¹¹⁵ Nussbaum, Arthur; *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán*; Madrid, España; Imprenta Helénica; 1929; 1era Edición; Página 95,96;

¹¹⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea; 14 de marzo de 2013; expediente C-415/11;

2.5 Extensión de la hipoteca.

Un aspecto importante que resalta Puig Brutau¹¹⁷ es que “La extensión del derecho de garantía esta determinada por la amplitud con que hay quedado garantizada la obligación, y este factor ha de haber quedado señalado de ante mano para que, al pasar la cosa hipotecada a poder de un tercer adquirente, pueda este saber con seguridad la parte de valor de la misma afectado por la garantía.”

A lo que señalan Planiol y Ripert¹¹⁸ que es importante “ver primero que cosas, ya existentes en el momento de establecerse la hipoteca, se encuentran gravadas en su calidad de accesorios del inmueble y, en seguida, que nuevas cosas pueden encontrarse más tarde afectadas a título de mejoras del inmueble.”

Para entender a que se refiere la extensión, explica Nussbaum¹¹⁹ que “La garantía hipotecaria no se contrae a la materialidad de la finca y a los edificios, sino que se extiende a los enseres y derechos que constituyen su dotación, formando un conjunto a que podríamos dar el nombre de patrimonio básico.”

Refiriendose en el mismo sentido a lo anteriormente desarrollado los autores Matta Consuegra¹²⁰, Marcelo Kiper¹²¹, Colin y Capitant¹²² que “La hipoteca de un inmueble se extiende a todos los accesorios, mientras estén unidos al principal a todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, sean mejoras naturales,

¹¹⁷ Puig Brutau, José; *Fundamentos De Derecho Civil*; Barcelona; Bosch, Casa Editorial; 1953; Tomo III Derecho de Cosas; Página 555;

¹¹⁸ Planiol, Marcel y Georges Ripert; *Derecho Civil, Parte C, Volumen 3*; México D.F.; Editorial Harla; 1997; 3era Edición; Tomo 5; Página 1188;

¹¹⁹ Nussbaum, Arthur; *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán*; Madrid, España; Imprenta Helénica; 1929; 1era Edición; Página 111;

¹²⁰ Matta Consuegra, Daniel; *Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala*; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 536;

¹²¹ Kiper, Claudio Marcelo; “El objeto del Derecho Real de Hipoteca”; *Revista Jurídica de UCES*; No. 11; 2007; Buenos Aires, Argentina; Universidad de Ciencias Empresariales y Comerciales; Página 28,29;

¹²² Colin, Ambrosio y H. Capitant; *Curso Elemental de Derecho Civil*; Madrid; Instituto Editorial Reus; 1955; 3era edición; Tomo 5 Garantías Personales y Reales; Página 375,376,377;

accidentales o artificiales, aunque sean el hecho de un tercero; a las construcciones hechas sobre un terreno vacío; a las ventajas que resultende la extinción de las cargas o servidumbres que debía el inmueble; a los alquileres o rentas debidas por los arrendatarios; y al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble. Pero las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado, no están sujetas a la hipoteca.” Pues según Soto Álvarez¹²³ que todo lo anterior está incluido “aunque no se exprese.”

Un aspecto importante que señala Morineau¹²⁴ es que “En vista de que la atribución de actividades no incluye el uso y disfrute de la cosa, el acreedor hipotecario no tiene derecho ni a los frutos ni a las rentas.” Señalando por su parte Barros Errazuriz¹²⁵, León y Mazeaud¹²⁶ en contraposición a lo desarrollado en cuanto a que “Los frutos naturales pendientes, que se reputan inmuebles como cosas accesorias al predio, forman parte de la garantía hipotecaria; pero no los frutos percibidos, aunque se trate de la hipoteca de un usufructo.

También se extiende la hipoteca a los frutos civiles, esto es, a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados, y a la indemnización debida por los aseguradores de los mismos bienes.”

Señala Puig Brutau¹²⁷ que a su criterio “ La hipoteca no comprende:

1. Los objetos muebles que sean colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para servicio de

¹²³ Soto Álvarez, Clemente.; *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*; México; Editorial Limusa; 1975; 1era edición; Página 369;

¹²⁴ Biblioteca Jurídica Virtual; Morineau, Oscar; Instituto de Investigaciones Jurídicas; *Los Derechos Reales y Subsuelo en México*; México; 1997; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1370> ; consulta: 18.06.2014.; Página 151;

¹²⁵ Errazuriz Barros, Alfredo; *Curso de Derecho Civil Segundo Año*; Chile; Editorial Nascimento; 1930; 4ta Edición; Tomo III; Página 416;

¹²⁶ Henri, León y Jean Mazeaud.; *Lecciones de Derecho Civil*; Buenos Aires; Ediciones Jurídicas Europa-América; 1962; 1era edición; Parte Tercera Volumen I Garantías; Página 313,314;

¹²⁷ Puig Brutau, José; *Fundamentos De Derecho Civil*; Barcelona; Bosch, Casa Editorial; 1953; Tomo III Derecho de Cosas; Página 556;

alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto.

2. Los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren.

3. Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada.”

A lo que manifiesta Soto Álvarez¹²⁸ que la extensión de la hipoteca no puede darse sobre algunos objetos salvo que se pacte en contrario pues manifieste que “la hipoteca no comprenderá: I. Los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan producido antes que el acreedor exija el pago de su crédito; II. Las rentas vencidas no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada.”

2.6 Ampliación objetiva de la hipoteca:

También existe la llamada ampliación de la hipoteca, a la cual se refiere Kiper¹²⁹ indicando que “se puede definir como la ampliación de la hipoteca respecto de partes del objeto sobre las que no se constituyó originalmente porque no existían en el momento en el que se constituyó el gravamen.”

Agrega el propio Kiper¹³⁰ “hay ciertas cosas que se ven incluidas en la garantía otorgada al momento de la extensión objetiva de la hipoteca en una de las formas en que se da encontramos todos los accesorios que estén unidos al principal que se subdivide de la siguiente manera:

- a) Por accesión física;
- b) Por accesión moral;

¹²⁸ Soto Álvarez, Clemente.; *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*; México; Editorial Limusa; 1975; 1era edición; Página 369;

¹²⁹ Kiper, Claudio Marcelo; “El objeto del Derecho Real de Hipoteca”; *Revista Jurídica de UCES*; No. 11; 2007; Buenos Aires, Argentina; Universidad de Ciencias Empresariales y Comerciales; Página 30;

¹³⁰ Kiper, Claudio Marcelo; “El objeto del Derecho Real de Hipoteca”; *Revista Jurídica de UCES*; No. 11; 2007; Buenos Aires, Argentina; Universidad de Ciencias Empresariales y Comerciales; Página 29,30;

- c) Mejoras Artificiales;
- d) Mejoras Naturales;”

2.7 Excepciones a la extensión objetiva de la hipoteca:

En cuanto a la excepción de la ampliación de la hipoteca para Valiente Noailles¹³¹ y Kiper¹³² “Existen ciertas excepciones a la extensión objetiva de la hipoteca estas por su propia naturaleza ya que sería gravoso para el propietario del inmueble si estas se vieran incluidas dentro de la garantía hipotecaria posteriormente a su constitución, dentro de estas se pueden mencionar:

- a) Los inmuebles contiguos que adquiriera el propietario del inmueble gravado para reunirlos con este;
- b) Tesoros;
- c) Minas o yacimientos;
- d) Materiales de un edificio destruido;”

2.8 Terminación de la hipoteca:

2.8.1 Extinción:

Según Morineau¹³³ y Puig Brutau¹³⁴ indican que en cuanto a la extinción de este derecho real de garantía “Naturalmente que cuando se extingue la obligación principal, se extingue la hipoteca, y esto es lo que sucede cuando se paga el

¹³¹ Valiente Noailles, Luis M.; *Derechos Reales*; Buenos Aires, Argentina; Roque de Palma Editor; 1958; Página 461;

¹³² Kiper, Claudio Marcelo; “El objeto del Derecho Real de Hipoteca”; *Revista Jurídica de UCES*; No. 11; 2007; Buenos Aires, Argentina; Universidad de Ciencias Empresariales y Comerciales; Página 37,38;

¹³³ Biblioteca Jurídica Virtual; Morineau, Oscar; Instituto de Investigaciones Jurídicas; *Los Derechos Reales y Subsuelo en México*; México; 1997; <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1370> ; consulta: 18.06.2014.; Página 150;

¹³⁴ Puig Brutau, José; *Fundamentos De Derecho Civil*; Barcelona; Bosch, Casa Editorial; 1953; Tomo III Derecho de Cosas; Página 567,568;

monto del crédito; pero mientras tanto el gravamen pesa sobre la totalidad de la cosa.”

Para Matta Consuegra¹³⁵ la extinción de la hipoteca se da de la siguiente manera “El acreedor hipotecario debe cancelar la hipoteca en todos los casos en que se extinga la obligación asegurada, pero bien puede cancelarla independiente de la extinción de la obligación.

Toda cancelación de una hipoteca exige escritura pública e inscripción del asiento de cancelación en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria.

Puede extinguirse por:

- La novación de la obligación asegurada hipotecariamente.
- La confusión produce también la extinción de la hipoteca; y ello se realiza: 1) Cuando las calidades de deudor y acreedor se reúnen en una misma persona; 2) Cuando el acreedor hipotecario adquiere la propiedad del bien hipotecado, pues no se admite hipoteca sobre cosa propia.”

Por su parte para Valiente Noailles¹³⁶ y Soto Álvarez¹³⁷ “La hipoteca puede extinguirse como consecuencia de la extinción de la obligación principal o por causas directas.

- a) Extinción por vía de consecuencia: ocurre siempre que se extingue la obligación principal por pago, remisión, compensación, novación, nulidad, rescisión, y prescripción liberatoria.
- b) Por causas directas: se refieren tanto al fin de la hipoteca como obligación y como derecho real, estas son:

¹³⁵ Matta Consuegra, Daniel; Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 542;

¹³⁶ Valiente Noailles, Luis M.; *Derechos Reales*; Buenos Aires, Argentina; Roque de Palma Editor; 1958; Página 479,480;

¹³⁷ Soto Álvarez, Clemente.; *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*; México; Editorial Limusa; 1975; 1era edición; Página 377,378;

- i. Por remisión de la hipoteca: el acreedor hipotecario puede renunciar a la garantía constituida a su favor. La remisión de la hipoteca es un acto jurídico unilateral;
- ii. Perecimiento o destrucción del bien hipotecado: cuando se extinga el bien hipotecado;
- iii. Por prescripción: la acción hipotecaria prescribirá a los 10 años contados desde que pueda ejercitarse;
- iv. Por extinción del derecho real objeto del gravamen: se refiere a la hipoteca constituida sobre derechos reales;
- v. Por consolidación: la hay cuando el adquirente del bien hipotecado es a su vez adquirente de la hipoteca o bien, cuando el titular adquiere la cosa hipotecada. Hay un principio que señala que nadie puede tener gravámenes sobre sus propias cosas;
- vi. Por expropiación: cuando la expropiación se verifica como lo establece la ley por causas de utilidad pública, se extingue también la hipoteca;
- vii. Por venta judicial: el derecho del acreedor hipotecario de vender el bien hipotecado para obtener el pago de su crédito.”

Agrega a todo lo anterior Soto Álvarez¹³⁸ menciona que “la hipoteca generalmente durará por todo el tiempo que subsista la obligación que garantice, y cuando ésta no tuviere término para su vencimiento la hipoteca no podrá durar mas de 10 años.”

Luego de analizar todo lo anteriormente desarrollado se concluye en que una de las principales causas de extinción de la hipoteca es a causa de la propia extinción de la obligación principal a la cual sirve de garantía, esto por cualquiera de las formas de extinción de toda obligación lo cual genera como efecto la liberación del deudor y del bien hipotecado, aunque pueden darse otras situaciones menos comunes pero que igualmente extinguen la garantía hipotecaria.

¹³⁸ Soto Álvarez, Clemente.; *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*; México; Editorial Limusa; 1975; 1era edición; Página 372;

2.8.2 Cancelación:

En cuanto a esta forma de terminación de la hipoteca según Valiente Noailles¹³⁹ al momento de desarrollar la cancelación de la hipoteca hace referencia a los establecido por el Diccionario de la Lengua Española que define cancelación como el “asiento en los libros del registro de la propiedad, que anula total o parcialmente los efectos de una inscripción.” Deduciendo de esta manera que la anulación del asiento hipotecario, es en virtud de una anotación.

Agrega también el mismo autor que “la cancelación de la hipoteca puede ser voluntaria o judicial: la hipoteca y la toma de razón se cancelarán por consentimiento de partes que tengan capacidad para enajenar sus bienes, o por sentencia pasada en cosa juzgada.”

¹³⁹ Valiente Noailles, Luis M.; *Derechos Reales*; Buenos Aires, Argentina; Roque de Palma Editor; 1958; Página 482,483;

CAPÍTULO 3: DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO INMOBILIARIO.

3.1 Generalidades de ambos derechos:

En relación a las corrientes doctrinarias donde se manejan diferentes términos Roca Sastre¹⁴⁰ en su obra lo desarrolla de la siguiente manera, “Generalmente se define el Derecho inmobiliario como el que regula los derechos reales sobre bienes inmuebles. El Derecho inmobiliario no le interesa la estructura contenido de derecho real, sino su *dinámica*, o sea, su adquisición, transmisión y pérdida. Podemos decir que, más que su anatomía, le preocupa su biología, es decir, todos los problemas de su constitución, declaración, reconocimiento, transmisión, modificación y extinción. Por ello, los tratados de Derecho inmobiliario no se examinan las cuestiones relativas a las facultades integrantes del dominio, ni al contenido de los derechos de usufructo, enfiteusis, etcétera, sino que únicamente se tratan fundamentalmente los problemas planteados por el nacimiento, transmisión y extinción de los derechos reales sobre inmuebles.

Así, pues, lo que tipifica el Derecho inmobiliario es el referirse al *dinamismo* de los derechos reales sobre inmuebles, o sea el *tráfico* o *comercio jurídico* de los mismos, al cambio de su titularidad y a las mutaciones de substancias jurídicas inmobiliaria en general. Viene a ser, pues, un simple desenvolvimiento de una parte o aspecto del Derecho de cosas, o mejor dicho de los modos de adquirir la propiedad, de manera que el desarrollar más ampliamente aquella materia o aspecto, el Derecho inmobiliario tiende a erigirse en disciplina u ordenamiento diferenciado del Derecho civil.

Dada esta noción pura de tal Derecho, no existe legislación diferenciadora entre muebles e inmuebles que no tenga a su sistema específico en este punto. Po ello, puede perfectamente hablarse del sistema inmobiliario en pleno Derecho medieval. Pero actualmente, con la creación del Registro de la propiedad, dicho

¹⁴⁰ Roca Sastre, Ramón M.; Derecho Hipotecario; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo I Registro de la Propiedad; Página 9,10,11;

concepto se enlaza con el de éste, apareciendo entonces la noción de *Derecho hipotecario*, no ya en su acepción estricta de Derecho referente a hipotecas, sino en la más amplia de *Derecho registral*. Conjunto de normas que regulan los derechos reales inscribibles, Define el Derecho Hipotecario Jerónimo González, como el determinan los efectos que las acciones personales adquieren contra tercero por la anotación y fijan el especial alcance de las prohibiciones de disponer.

En rigor dichas dos denominaciones tienden a confundirse, y así resulta que el Derecho hipotecario, en su aceptación amplia, no es más que el Derecho inmobiliario funcionando a través de Registro de la propiedad inmueble. Éste, sobre todo en las legislaciones inmobiliarias de desenvolvimiento técnico, se erige en rueda o mecanismo fundamental, de modo que la formación, transmisión y pérdida de los derechos reales inmobiliarios, al ponerse en contacto con los asientos registrales, provocan problemas y normas nuevas. Por ellos, en todo caso, quizá sería mejor hablar de Derecho inmobiliario registral.

Claro está que si el Registro viene a ser pieza básica en la vida de derecho real, la materia a regular sufre cierta ampliación, debido a que, una vez establecido el Registro, en sus libros se produce una vida tabular o registral, a la cual hay que atribuir efectos característicos. Así, además de los problemas básicos registrales referentes a la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales, surgen, por un lado, los relativos a las garantías de consistencia estrictamente tabular o de libro, como las anotaciones preventivas, y por otro lado, aparecen los efectos derivados del llamado principio de legitimación registral, los cuales son extraños a toda idea de cambio o modificación de titularidad.

Por tanto, podemos definir el Derecho inmobiliario como aquel que regula la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles, en relación con el Registro de la propiedad, así como las garantías estrictamente registrales.”

Díaz González¹⁴¹ desarrolla este término de la siguiente manera, “Por derecho hipotecario se entiende el conjunto de normas que en todos los países regulan los derechos reales inscribibles en los registros de la propiedad y regulan y organizan dichos registros, como instituciones de derecho público.”

3.2 Contenido del derecho inmobiliario y del derecho hipotecario:

Luego de haber desarrollado estos términos, Roca Sastre¹⁴² indica que “El contenido del Derecho inmobiliario registral es el que resulta de la anterior definición del mismo; pero precisando más, y exponiéndolo en forma sistemática, es el siguiente:

1. Parte sustantiva o material:
 - a) La finca y su inmatriculación.
 - b) Los actos y derechos inscribibles.
 - c) Los principios fundamentales.
 - d) La anotación preventiva.

2. Parte adjetiva y orgánica:
 - a) Los asientos registrales en su aspecto formal.
 - b) Proceso de registración (promoción, clasificación, efectuación y recursos) y, en general, el modo de llevar el Registro y procedimientos correspondientes.
 - c) Organización de los registros.

El contenido del Derecho hipotecario, entendido en un sentido amplio, es el mismo que se acaba de indicar.”

¹⁴¹ Díaz González, Carmelo; *Iniciación a los Estudios de Derecho Hipotecario, Tomo I*; Madrid, España; Editorial Revista de Derecho Privado; 1967; Página 1;

¹⁴² Roca Sastre, Ramón M.; *Derecho Hipotecario*; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo I Registro de la Propiedad; Página 12;

3.3 Características del derecho inmobiliario y del derecho hipotecario:

Por ser unos derechos que se desprenden propiamente del derecho real de garantía de hipoteca, Roca Sastre¹⁴³ desarrolla las características propias de estos, indicando que “Las notas características principales del Derecho inmobiliario registral, son las siguientes:

1. Carece de substantividad propia en el sentido de disciplina independiente, por cuanto constituye una parte o aspecto del Derecho civil. Esto, aunque haya de referirse a materias que pertenecen al Derecho administrativo, mercantil, internacional privado y fiscal. No obstante, dentro del Derecho civil, goza de la autonomía propia correspondiente a una parte diferenciada del mismo.
2. Se refiere fundamentalmente a fincas, constituyendo éstas la unidad básica del mismo. Una de las partes del Derecho inmobiliario registral es la relativa a la determinación de la entidad finca y a su inmatriculación. El Derecho inmobiliario en un aspecto objetivo, en cuanto constituye un conjunto de normas de aplicación a las fincas y otro aspecto subjetivo en cuanto se ocupa de los derechos que tiene una finca por objetivo.
3. Es un Derecho en parte de naturaleza material y en parte de naturaleza formal. Los legisladores hipotecarios, le atribuían a la ley hipotecaria un carácter meramente formal por entender que substancialmente el régimen de inmuebles está regulado por el Derecho civil o romano, limitándose a establecer aquella ley unas condiciones externas o requisitos formales dirigido exclusivamente a complementar o robustecer las normas materiales sobre bienes inmuebles. La registración, como medio de publicidad, obsesionaba entonces a nuestros legisladores, que sólo

¹⁴³ Roca Sastre, Ramón M.; Derecho Hipotecario; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo I Registro de la Propiedad; Página 13,14;

venían en ella un mero requisito externo o de forma. Pero es que, aparte de que la forma pueden derivarse también consecuencias materiales, en el Derecho inmobiliario registral existe un gran contenido de Derecho sustantivo o material, cuya amplitud dependerá del grado o alcance con que sean regulados los principios de fe pública y de legitimación, y sobre todo el de inscripción. Por consiguiente, no es exacto calificar de formalista al Derecho inmobiliario. El afán de considerarlo así se debe, según AGUIRRE, a la supervivencia del viejo punto de vista romanista aplicado a un Derecho tradicional de los pueblos latinos.

Los caracteres del Derecho hipotecario, entendido éste en su sentido amplio, o sea equivalente a la del Derecho inmobiliario registral, son los mismos de éste y que acabamos de indicar.

Jerónimo González atribuye al Derecho hipotecario las notas o caracteres de estar apoyando en el principio de fe pública y en el de legitimación; de aproximarse las operaciones del Registro a los aspectos de jurisdicción voluntaria; y estar reforzada en dicho Derecho la nota de coactividad que es característica del Derecho de cosas.”

3.4 Principios del derecho hipotecario:

Según Díaz González¹⁴⁴ los principios que rigen el derecho hipotecario y que “Para entender de mejor manera el derecho hipotecario los principios que informan al sistema español son los siguientes:

- a) Rogación, consentimiento e inscripción;
- b) Publicidad;
- c) Especialidad;
- d) Buena fe;
- e) Legalidad;

¹⁴⁴ Díaz González, Carmelo; *Iniciación a los Estudios de Derecho Hipotecario, Tomo I*; Madrid, España; Editorial Revista de Derecho Privado; 1967; Página 101,102,103,104,105;

- f) Prioridad;
- g) Tracto sucesivo;”

Por su parte desarrolla algunos de estos principios del derecho hipotecario Soto Álvarez¹⁴⁵ indica que “La publicidad y a especialidad de las hipotecas quiere decir que la hipoteca no puede gravar la generalidad de los bienes del deudor, sino que el debe recaer sobre bienes ciertos y determinados; segundo: se proscriben las hipotecas ocultas; para esto se organiza la publicidad, la que se ha dado mediante el Registro Público. Toda hipoteca para ser válida, necesita recaer sobre bienes ciertos y determinados; se requiere por tanto, hacer una especificación de los bienes que se afectan con este derecho real de hipoteca; además esta hipoteca, para que pueda surtir efectos frente a terceros, necesita ser pública y esta publicidad se le da mediante la inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad.” Es evidente que estos principios son acordes a los desarrollados en el apartado de los principios de la hipoteca como tal, con los cuales se asegura su validez y efectividad como garantía.

Por otra parte Roca Sastre¹⁴⁶ indica lo siguiente, “Por principios hipotecarios debemos entender el resultado de la sintetización o condensación técnica del ordenamiento jurídico hipotecario en una serie sistemática de bases fundamentales, orientaciones capitales o líneas directrices del sistema. Los principios hipotecarios ofrecen las ventajas de servir de guía al juzgador, economizar preceptos, facilitar la comprensión de la materia y elevar sus investigaciones a la categoría de científicas.”

El mismo Roca Sastre¹⁴⁷ en su obra y siendo uno de los mayores escritores en el tema hipotecario desarrolla lo siguiente, “El principio del tracto sucesivo: Todo

¹⁴⁵ Soto Álvarez, Clemente.; *Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil*; México; Editorial Limusa; 1975; 1era edición; Página 367;

¹⁴⁶ Roca Sastre, Ramón M.; *Derecho Hipotecario*; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo I Registro de la Propiedad; Página 145;

¹⁴⁷ Roca Sastre, Ramón M.; *Derecho Hipotecario*; Barcelona; BOSCH, casa editorial; 1954; 5ta edición; Tomo I Registro de la Propiedad; Página 795,796,797;

régimen hipotecario que adopte el sistema de registración por fincas y que tienda al mayor paralelismo posible entre el contenido de los asientos y la realidad jurídica extrarregistral, ha de procurar que el historial jurídico de cada finca inmatriculada sea completo y, por consiguiente, que los sucesivos titulares del dominio o derecho real registrado *se sigan los unos a los otros* convenientemente eslabonados, de modo que el transferente de hoy sea el adquirente de ayer y el titular inscrito actual sea el transferente de mañana. Este es el juego propio del llamado principio de tracto sucesivo, el cual, en consecuencia, tiene por objeto mantener el orden regular de los titulares registrales sucesivos, de manera que todos los actos dispositivos forme un encadenamiento perfecto, apareciendo registrados como si se *derivaran* los unos a los otros sin solución de continuidad.

Lo que pretende que exige el principio de tracto sucesivo es, pues, que los sucesivos actos inscribibles relativos a una finca inmatriculada figuren en los libros hipotecarios concatenados o enlazados entre sí, lo cual se logra prohibiendo se registre ningún acto en que se declare, reconozca, transmita, grave, modifique o extinga un derecho, sin que sea registrada previamente, o a la vez, la adquisición de tal derecho a favor de la persona de quien aparezca *provenir, derivar* o *emanar* cualquiera de aquellos actos.”

CAPÍTULO 4: ESPECIALIDADES DE LA HIPOTECA GUATEMALTECA.

4.1 Aspectos generales en la hipoteca guatemalteca:

En nuestro país encontramos definida la hipoteca dentro de nuestra legislación, por lo que hacemos referencia al Código Civil Guatemalteco¹⁴⁸ “Artículo 822 Concepto.- La hipoteca es un derecho real que grava un bien inmueble para garantizar el cumplimiento de una obligación.” Esta definición es bastante apegada a muchas de las que se desarrollaron en el apartado respectivo, pero siendo esta en su sentido literal únicamente admisible sobre bienes inmuebles.

Por otra parte un aspecto importante de la hipoteca guatemalteca, que es acorde a toda la doctrina ya desarrollada es lo que regula el Código Civil Guatemalteco “Artículo 824 Derecho del acreedor hipotecario.- La constitución de la hipoteca da derecho al acreedor para promover la venta judicial del bien gravado cuando la obligación sea exigible y no se cumpla. Es nulo el pacto de adjudicación en pago que se estipule al constituirse la hipoteca.”

Otro aspecto importante de la hipoteca en nuestro país es lo regulado en cuanto a que se ve incluido en la garantía hipotecaria, como lo regula nuestro Código Civil Guatemalteco¹⁴⁹ “Artículo 830 Extensión de la hipoteca .- La hipoteca se extiende: 1°. A las accesiones naturales y mejoras; 2°. A los nuevos edificios que el propietario construya y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados; 3°. A los derechos del deudor en los excesos de la superficie del inmueble; 4°. A las indemnizaciones que se refieran a los bienes hipotecados concedidas o debidas al propietario por seguros, expropiación forzosa o daños y perjuicios; y 5°. A las servidumbres y demás derechos reales a favor del inmueble.”

¹⁴⁸ Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala en Consejo de Ministros; Código Civil; Decreto-Ley 106 y sus reformas; fecha de emisión: 14/9/1963; fecha de publicación: 7/10/1963;

¹⁴⁹ Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala en Consejo de Ministros; Código Civil; Decreto-Ley 106 y sus reformas; fecha de emisión: 14/9/1963; fecha de publicación: 7/10/1963;

A manera de ampliar este aspecto el Código Civil Guatemalteco¹⁵⁰ “Artículo 834 Los frutos no quedan incluidos en la hipoteca .- Los bienes de una finca sobre los cuales puede constituirse prenda agraria no quedarán incluidos en la hipoteca , salvo que estuvieren libres de gravamen al ejecutarse el cumplimiento de la obligación.” Por lo que podemos entender que si existen bienes que puedan ser objeto de esa garantía al momento de la constitución de la hipoteca, no se ven afectados por ella, pero si al momento de ejecutarla estos están libres, si se ven afectados por la ejecución hipotecaria.

En cuanto a la perpetuidad de la hipoteca en nuestra legislación no es posible, pues como está regulado en el Código Civil Guatemalteco¹⁵¹ “ Artículo 856 Prescripción de la hipoteca .- La obligación garantizada con hipoteca prescribirá a los diez años contados desde el vencimiento de la obligación o de la fecha en que se tuviere como vencido en virtud de lo estipulado.”

4.2 Subhipoteca.

En nuestra legislación es admisible la subhipoteca, pues la encontramos regulada en el Código Civil Guatemalteco¹⁵² “Artículo 852 Subhipoteca .- El crédito garantizado con hipoteca puede subhipotecarse en todo o en parte, llenándose las formalidades aplicables establecidas para la constitución de la hipoteca .” Por lo que en cierta parte podemos evidenciar que una garantía hipotecaria no está recayendo directamente como tal sobre un inmueble sino sobre el derecho que tiene sobre un crédito el ahora deudor.

¹⁵⁰ Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala en Consejo de Ministros; Código Civil; Decreto-Ley 106 y sus reformas; fecha de emisión: 14/9/1963; fecha de publicación: 7/10/1963;

¹⁵¹ Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala en Consejo de Ministros; Código Civil; Decreto-Ley 106 y sus reformas; fecha de emisión: 14/9/1963; fecha de publicación: 7/10/1963;

¹⁵² Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala en Consejo de Ministros; Código Civil; Decreto-Ley 106 y sus reformas; fecha de emisión: 14/9/1963; fecha de publicación: 7/10/1963;

Desarrolla este término Matta Consuegra¹⁵³ “Se puede definir como la hipoteca de un crédito hipotecario, cuyos efectos abarcan al inmueble hipotecado originalmente. La subhipoteca es un derecho real que grava un crédito que ha sido garantizado anteriormente con hipoteca, que se constituye por el acreedor hipotecario para garantizar el cumplimiento de la obligación por él contraída con tercero, que se le suele denominar “Acreedor Subhipotecario”.

Requisitos de la Subhipoteca:

- Debe ser menor la cantidad del crédito en la subhipoteca que el de la hipoteca.
- Debe ser el menor el plazo en la subhipoteca que en la hipoteca.
- Se debe de notificar al dueño del inmueble hipotecado y al deudor originario, si no fuera de su propiedad el inmueble dado en garantía.
- El deudor deberá hacer el pago con intervención judicial, si no hubiere acuerdo entre los interesados, o que el crédito estuviere subhipotecado o anotado en el Registro de la Propiedad por demanda judicial.”

Estos requisitos son necesarios para constituirlos ya que principalmente depende de la suerte de la hipoteca principal que se esta dando como garantía de una segunda obligación.

Según Vladimir Aguilar¹⁵⁴, “es necesario subrayar que no es lo mismo hipotecar, aunque sea sucesivamente, los bienes que hipotecar el propio derecho de hipoteca. A ello se refiere el artículo 852 del código civil dispone: *El crédito garantizado con hipoteca puede subhipotecarse en todo o en parte, llenándose las formalidades aplicables establecidas para la constitución de la hipoteca.*

¹⁵³ Matta Consuegra, Daniel; Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 542;

¹⁵⁴ Aguilar Guerra, Vladimir Aguilar; Derechos Reales; Colección de Monografías Hispalense; Guatemala; 2007; Página 446;

El objeto de la subhipoteca es el propio crédito hipotecario en su conjunto y no la hipoteca en sí el acreedor subhipotecario no ejercita, en definitiva, acciones del acreedor hipotecario (deudor-subhipotecante).”

De lo cual se entiende que en sí la subhipoteca no es lo mismo a lo que podría denominarse como segunda hipoteca, pues esta mas bien es dar en garantía de un nuevo crédito el derecho real en sí de hipoteca, mas no se está creando otra hipoteca sobre el bien sino esta recae sobre el derecho real de garantía como tal.

Agrega el por su parte Cabanellas¹⁵⁵ refiriendose a la subhipoteca aunque con otra denominación lo siguiente, “Hipoteca de la Hipoteca: el acreedor hipotecario puede hipotecar a su vez, a favor de un acreedor suyo, el derecho real de garantía constituido por un deudor hipotecario. ”

4.3 El saldo insoluto en la hipoteca guatemalteca:

En cuanto al saldo insoluto en la hipoteca Matta Consuegra¹⁵⁶ desarrolla este tema de la siguiente manera, “ El saldo insoluto en la hipoteca: Al llegar el vencimiento del crédito garantizado con la hipoteca se procede a la realización del bien que no es mas que la facultad de promover la venta de la cosa hipotecada, y con esta acción se obtiene el pago del crédito debido. De tal manera que el saldo insoluto, no es mas que aquella deuda no satisfecha o no pagada que puede ser un saldo que puede existir al momento de ejecutar un crédito hipotecado. La responsabilidad en el pago de un crédito hipotecado recae únicamente sobre el inmueble hipotecado excluyendo la garantía personal del deudor.” Podemos deducir que en algunas ocasiones la garantía hipotecaria al momento de la venta judicial en la ejecución hipotecaria, puede dejar un monto no satisfecho al cual se le denomina en la legislación guatemalteca, saldo insoluto.

¹⁵⁵ Cabanellas, Guillermo; *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*; Argentina; Editorial Heliasta; 2001; 27a Edición; Tomo IV; Página 284;

¹⁵⁶ Matta Consuegra, Daniel; *Análisis Doctrinario, Legal y Jurisprudencial de los Derechos Reales en Guatemala*; Ediciones Mayté; Guatemala; 2005; Página 535;

Agrega en el mismo sentido Aguilar¹⁵⁷ que “El saldo insoluto no es más que aquella deuda no cumplida, pagada o satisfecha. (...) de tal manera que la responsabilidad en el pago de una deuda garantizada con hipoteca recae únicamente sobre el inmueble hipotecado, excluyendo por consiguiente la garantía personal del deudor. Sin embargo, la excepción a este principio lo constituye la responsabilidad del Registrador de la propiedad cuando hay garantía hipotecaria y quedare saldo insoluto él responde con sus demás bienes, de acuerdo a lo regulado en el artículo 1230 del código civil.” Esto último es en cuanto a la garantía que debe otorgar el registrador de la propiedad en el ejercicio de su cargo dentro de dicho registro.

Este aspecto lo encontramos regulado de la siguiente manera en el Código Civil Guatemalteco¹⁵⁸ “Artículo 823 No hay saldo insoluto.- La hipoteca afecta únicamente los bienes sobre que se impone, sin que el deudor quede obligado personalmente ni aun por pacto expreso.” Por lo que es importante para el acreedor hipotecario que el inmueble dado en garantía sea suficiente para cubrir el monto de la obligación asegurada.

4.4 Procesos de Ejecución en el ámbito civil:

A modo de conocer el aspecto legal de la hipoteca en nuestro país la Corte Suprema de Justicia de Guatemala¹⁵⁹ ha resuelto en alguna ocasión que “La obligación está constituida con un crédito garantizado con hipoteca y al haberse cedido esta obligación a la cantidad actora, como es evidente la obligación garantizada con hipoteca fue cedida cambiando así de acreedor a el Banco Inmobiliario, Sociedad Anónima, ésta tiene título suficiente para demandar ya que, según lo consignado en la escritura pública número diecinueve, la obligación

¹⁵⁷ Aguilar Guerra, Vladimir Aguilar; Derechos Reales; Colección de Monografías Hispalense; Guatemala; 2007; Página 439;

¹⁵⁸ Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala en Consejo de Ministros; Código Civil; Decreto-Ley 106 y sus reformas; fecha de emisión: 14/9/1963; fecha de publicación: 7/10/1963;

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia Guatemala; 25 Marzo de 1986; Amparo; expediente H-4/86;

existe, pues se convino en la forma como se pagaría la deuda aunque se desistiera de otro juicio distinto en el cual el único elemento procesal que es común con el juicio anterior, es el deudor, esto fue considerado debido a que el acreedor anterior había iniciado un juicio del cual desistió cuando cedió el crédito.” Es evidente la accesoriedad de la hipoteca y que ésta sigue la suerte de la obligación principal, pues en este caso particular se trato de una cesión de la obligación principal, lo cual por ende contenía la garantía hipotecaria tal como se resolvió en esa ocasión.

En cuanto al aseguramiento dentro de un proceso ejecutivo a pesar de la existencia de la garantía hipotecaria, hay acciones acordes e importantes que la parte actora no puede dejar de lado, como resolvió la Corte Suprema de Justicia Guatemala¹⁶⁰ de la siguiente manera “Al hacerse el análisis correspondiente esta Magistratura estima que la sentencia apelada debe revocarse porque si bien es cierto que en autos está probado que la parte actora en este juicio incoó el juicio ejecutivo por el impago de la deuda, también lo es que no se cuidó de asegurar su derecho a través de la anotación del embargo de la finca a ejecutarse, porque no era suficiente la existencia de la garantía hipotecaria si la misma no fue ejecutada dentro del plazo de ley, esta omisión permitió que Jesús Sicajá Cosajay en el pleno ejercicio de sus derechos solicitara la cancelación de la garantía hipotecaria por haber transcurrido el plazo de ley, de manera que tal ejercicio de ninguna forma puede tomarse como una acción ilegal porque la ley se lo permite siendo totalmente imputable a la parte ejecutante la omisión respecto de garantizarse precisamente que en el ínterin se procediera a la venta. De esta forma, el Registro General de la Propiedad, ante la solicitud del mencionado Sicajá Cosajay no tenía más que proceder a lo que se le solicitaba si no estaba prevenido por parte del juez correspondiente que debía abstenerse de ello.” Por lo que es evidente que a pesar de la existencia de las garantías, las medidas cautelares como lo es la anotación de demanda son importantes de hacer valer ya que al no ejecutar la

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia Guatemala; 21 de Junio de 2005; Recurso Casación; expediente 268-2004;

garantía hipotecaria a tiempo, esta ya no es eficaz y puede la parte deudora proceder a solicitar la cancelación de esta garantía.

Agrega en el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia Guatemala¹⁶¹ que “si bien la ejecución en vía de apremio le fue notificada al señor Jesús Sicajá Cosajay antes de que éste solicitara la cancelación de la hipoteca, también lo es que en el Registro General de la Propiedad no constaba ninguna anotación de embargo o de demanda que pudiera justificar o inducir a que el Registrador suspendiera la cancelación solicitada. Por lo tanto, las circunstancias de la cancelación han sido legítimas, y la enajenación y posterior hipoteca lo han sido también pues a nadie puede afectar sino lo que aparece inscrito en el Registro de la Propiedad (artículo 1148 Código Civil)” esto esta relacionado a la publicidad registral, por lo que la oponibilidad frente a terceros solo surte efecto en este sentido.

En el mismo sentido de la publicidad de las inscripciones registrales la Corte Suprema de Justicia Guatemala ¹⁶² resolvió que “En el argumento de la interponente se confunden los efectos de la prescripción de su derecho de crédito, con los efectos de la prescripción de la inscripción registral de garantía hipotecaria que respalda dicho derecho. La prescripción de su derecho de crédito quedó interrumpida con la notificación de la demanda ejecutiva, pero este solo acto no era suficiente para impedir la cancelación de la anotación registral de la garantía hipotecaria, la que para mantener sus efectos requería de una prórroga, de una anotación de embargo o de una anotación de demanda, las que al no haber sido gestionadas oportunamente por la interponente permitieron que el demandado pudiera lícitamente cancelar la inscripción hipotecaria.” De esta manera la cancelación de la garantía hipotecaria es totalmente lícita y operable en el registro general de la propiedad.

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia Guatemala; 21 de Junio de 2005; Recurso Casación; expediente 268-2004;

¹⁶² Corte Suprema de Justicia Guatemala; 21 de Junio de 2005; Recurso Casación; expediente 268-2004;

En los procesos ejecutivos en los que las obligaciones estén garantizadas con prenda e hipoteca la Corte de Constitucionalidad de Guatemala¹⁶³ ha resuelto en cuanto al derecho de defensa que “En el proceso en la vía de apremio, el artículo 297 establece que el juez calificará el título y si lo considerase suficiente despachara mandamiento de ejecución ordenando el requerimiento del obligado y el embargo de bienes, en su caso. No obstante en el párrafo segundo, dispone que no será necesario el requerimiento ni el embargo si la obligación estuviere garantizada con prenda o hipoteca. En estos se ordenará se notifique la ejecución, señalándose día y hora para el remate de conformidad con el artículo 313. Esta disposición en nada viola el derecho de defensa y al debido proceso de la interponente, en virtud de que, por tratarse de obligaciones garantizadas con prenda o hipoteca tienen un trámite especial; en el presente caso, se trata de un derecho real de garantía consistente en hipoteca y que de conformidad con el artículo 824 del Código Civil da derecho al acreedor hipotecario a promover la venta judicial del bien gravado cuando la obligación sea exigible y no se cumpla. Por lo que, tratándose de procesos especiales no puede alegarse violaciones a los derechos indicados por la demanda, en virtud de que se le notifica la ejecución, señalándose día y hora para el remate por lo que no se viola su derecho de defensa y al debido proceso.”

¹⁶³ Corte de Constitucionalidad; 5 de abril de 2004; Inconstitucionalidad en caso concreto; expediente 1539-2003;

CAPÍTULO 5: LA HIPOTECA CENTROAMERICANA.

Fue creada esta hipoteca por medio del Tratado Para la Creación e Implementación de la Hipoteca Centroamericana entre las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá Y República Dominicana, en la XXVIII Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobiernos de los Países del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA); Panamá, 11 de julio de 2006, la cual será desarrollada en cuanto a sus generalidades, a manera de entendimiento de cómo funciona esta modalidad de hipoteca analizaremos los siguientes aspectos:

En el primer artículo del tratado relacionado se encuentra lo siguiente¹⁶⁴ “Artículo 1. Objetivo y Naturaleza: El presente Tratado tiene como objetivo crear la Hipoteca Centroamericana y su marco jurídico como instrumento de garantía para operaciones de mutuo y crédito que se realicen en más de uno de los Estados Parte, en razón de la situación del inmueble, del domicilio del garante hipotecario o del domicilio del acreedor hipotecario.

Para su operatividad los Estados Parte convienen en homologar a través de este tratado los requisitos de fondo y forma, los procedimientos de constitución, inscripción y ejecución de las mismas, así como los efectos derivados de estos actos.” Como se indica en este artículo lo que busca es dar seguridad jurídica a las operaciones que lleven consigo la garantía hipotecaria, por medio de la homologación en sus diferentes aspectos de la hipoteca en los estados que conforman Centroamérica, esto lleva a no limitar territorialmente su utilización.

Dentro del tratado se asientan algunas definiciones necesarias para su interpretación las cuales son necesarias para evitar confusiones en su aplicación, por lo que desarrollaremos algunas de estas considerando su importancia,¹⁶⁵

¹⁶⁴ *Tratado Para la Creación e Implementación de la Hipoteca Centroamericana entre las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá Y República Dominicana; XXVIII Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobiernos de los Países del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA); Panamá, 11 de julio de 2006; Página 2;*

¹⁶⁵ *Tratado Para la Creación e Implementación de la Hipoteca Centroamericana entre las Repúblicas de*

“Artículo 2. Definiciones: A los efectos del presente Tratado se entenderá por:

Hipoteca simple: Instrumento por medio del cual el propietario de un inmueble o su representante legal, constituye un gravamen a favor del acreedor, para garantizar el cumplimiento de una obligación específica.

Hipoteca abierta: Instrumento por medio del cual el propietario de un inmueble y para garantizar el pago de una obligación presente o futura, constituye un gravamen a favor del acreedor, que le ha concedido una apertura de crédito hasta por un monto predeterminado, un plazo, y una forma de pago, teniendo la facultad el deudor de utilizar dichos fondos en forma parcial o total o agregar otras obligaciones, amparados bajo un mismo instrumento de obligación.

Sistema de folio real: Por medio de este sistema, el registro de instrumentos se realizará en razón de cada inmueble y no de su propietario, debiendo registrarse en forma unitaria todos los negocios jurídicos que se relacionen con un determinado inmueble. Cada inmueble deberá identificarse de manera inequívoca.” Es evidente en la hipoteca centroamericana que se admite no solo que tenga como característica la especialidad, sino se admite igualmente la hipoteca abierta o como ya hemos desarrollado la hipoteca sobre cuenta corriente.

Como ya ha sido objeto de análisis la hipoteca posee características propias, y en este caso la hipoteca Centroamericana enuncia sus propias características describiendo las siguientes:¹⁶⁶ “Artículo 3. Características La Hipoteca Centroamericana tendrá las siguientes características:

- a) Ser consignada en instrumento público, otorgado ante notario que contenga las cláusulas mínimas acordadas por los Estados Parte en el presente Tratado.

Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá Y República Dominicana; XXVIII Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobiernos de los Países del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA); Panamá, 11 de julio de 2006; Página 3;

¹⁶⁶ *Tratado Para la Creación e Implementación de la Hipoteca Centroamericana entre las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá Y República Dominicana; XXVIII Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobiernos de los Países del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA); Panamá, 11 de julio de 2006; Página 4;*

- b) Validez en el territorio de los Estados Parte.
- c) Constituir derecho preferente sobre cualquier otra obligación posterior, excepto sobre las constitucionalmente establecidas por los Estados Parte, y podrá ser perseguida sin perjuicio de quien sea el propietario del inmueble.
- d) Es constitutiva, por lo que deberá ser inscrita en el Registro correspondiente.
- e) Se podrá constituir con la sola comparecencia del garante hipotecario o de las partes contratantes.
- f) Podrá constituirse como hipoteca simple, abierta o por cédula hipotecaria.
- g) Se podrá formalizar en cualquier tipo de moneda.
- h) Confiere fuerza ejecutiva al contrato de obligación al que accede.”

La constitución de esta hipoteca Centroamericana no pierde los principales caracteres en el sentido de su constitución, ya que sigue siendo un contrato solemne que es propio de su naturaleza.

La hipoteca Centroamericana por su propia naturaleza tiene requisitos especiales para su validez, esto en referencia al momento de su constitución, siendo estos los siguientes:¹⁶⁷ “Artículo 4. Formalización: La Hipoteca Centroamericana ya sea Hipoteca Simple, Abierta o de Cédula, se constituirá en escritura pública, celebrada ante notario autorizado en cualquiera de los Estados Parte y con las formalidades establecidas en este Tratado.

La escritura pública en que se formalice una Hipoteca Centroamericana deberá contener como mínimo lo siguiente:

- a) Número de escritura, lugar, fecha, hora de otorgamiento y nombre completo

¹⁶⁷ *Tratado Para la Creación e Implementación de la Hipoteca Centroamericana entre las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá Y República Dominicana*; XXVIII Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobiernos de los Países del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA); Panamá, 11 de julio de 2006; Página 5;

del notario autorizante.

b) Identificación de los comparecientes. Cuando se trate de persona natural o física, el notario autorizante deberá verificar la identidad del o los comparecientes y dejar constancia del nombre, nacionalidad, edad o aclaración que es mayor de edad, profesión u oficio, domicilio y residencia, tipo y número de documento de identidad. Cuando se tratase de persona jurídica o moral, el notario deberá identificar nombre, razón o denominación social, nacionalidad, domicilio, así como relacionar la personería de su representante legal que deberá incluir los datos de inscripción vigentes en el registro correspondiente.

c) En ambos casos se consignará el número del documento que identifique tributariamente o su número único de identidad, en los Estados parte que se requiera.

d) Declaración expresa que la hipoteca se constituye bajo las condiciones del presente Tratado.

e) Identificación física del inmueble e información registral que incluya datos de inscripción y de catastro o mensuras catastrales cuando dicha información esté disponible, así como regulaciones especiales a que está sujeto el inmueble y derechos de terceros sobre el mismo, en caso de que existan.

f) Descripción de las obligaciones garantizadas.

g) Monto garantizado por la hipoteca. En caso de que sea más de un inmueble el objeto de la garantía, debe de individualizarse el monto por el que responde cada bien inmueble. Cuando se contrate en moneda distinta al dólar de los Estados Unidos de América se deberá establecer su mecanismo de convertibilidad, en caso de ejecución.

h) Plazo para el cual se constituye la hipoteca.

i) Los comparecientes podrán acordar los casos en que el plazo se tendrá por vencido, extinguido o insubsistente, y pueda el acreedor hipotecario exigir el

pago inmediato de las obligaciones garantizadas.

j) Domicilio Especial. Para los efectos judiciales, la Hipoteca Centroamericana sólo podrá someterse a la jurisdicción del Estado Parte donde esté situado el inmueble.

k) Los comparecientes deberán expresar que se someten a los procedimientos judiciales contemplados en el presente Tratado.

l) Cualquier otra disposición acordada por los comparecientes que no contravenga lo establecido en el presente tratado.”

Los notarios en los países que conforman Centroamérica deben tener conocimiento de esta modalidad de hipoteca ya que esta herramienta podrá ser de gran importancia en el área por lo que es posible que tome gran importancia en la contratación jurídica de estos países, tomando en cuenta lo siguiente:¹⁶⁸ “Artículo 5. Función Notarial: Para efectos del otorgamiento de la escritura pública de constitución de Hipoteca Centroamericana, los contratantes deberán designar a un notario autorizado de acuerdo a las leyes del Estado Parte en que se encuentre el inmueble o del Estado Parte en que se otorgue el documento.

La escritura pública de constitución de Hipoteca Centroamericana no estará sujeta a autenticación de la firma del notario autorizante, por lo que bastará que sea legalmente expedida por éste y verificada de conformidad a los requisitos establecidos por la legislación que regule la función notarial en el Estado Parte donde se formalice el instrumento.

Los Estados Parte convienen en que las escrituras públicas de constitución de Hipoteca Centroamericana, tendrán efectos legales en los territorios de los mismos, sin necesidad de más formalidades que las establecidas en este

¹⁶⁸ *Tratado Para la Creación e Implementación de la Hipoteca Centroamericana entre las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá Y República Dominicana*; XXVIII Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobiernos de los Países del Sistema de la Integración Centroamericana (SICA); Panamá, 11 de julio de 2006; Página 6;

Tratado.”

En esta clase de hipoteca se tiene la posibilidad de una cesión del crédito garantizado con hipoteca, bajo los siguientes requisitos, Artículo 6. Cesión de Crédito. La cesión del crédito hipotecario se otorgará con las mismas formalidades de su constitución, a menos que en el Estado Parte en que haya de surtir efectos, exista un procedimiento legal especial para otorgar la cesión de créditos. La cesión de créditos se inscribirá en el Registro de Propiedad Inmobiliaria.

En cuanto a su inscripción registral esta hipoteca tiene una versatilidad como se desarrolla en el Artículo 13. Presentación de Hipotecas Centroamericanas

Los instrumentos en que se constituya, modifique o cancele una Hipoteca Centroamericana, podrán ser presentados para su inscripción en cualquiera de las oficinas registrales autorizadas de los Estados Parte.

Artículo 14. Requisitos para la Inscripción Para su inscripción el interesado deberá presentar:

- a) Instrumento en el que se constituya, modifique o cancele una hipoteca Centroamericana;
- b) Certificación extractada emitida por el Registro Sede de ubicación del inmueble;
- c) Informe catastral o levantamiento topográfico cuando esté disponible, validado por la oficina catastral central o municipal del Estado Parte donde está ubicado el inmueble; y
- d) Comprobante de pago del arancel fijado para el servicio requerido, de conformidad a lo establecido en el presente Tratado.

CAPÍTULO6: ANALISIS DE DERECHO COMPARADO.

6.1 Análisis de legislaciones.

Concepto: En cuanto al concepto de hipoteca todas las legislaciones a analizar contienen un concepto propio, en la legislación guatemalteca encontramos un concepto sencillo que se limita a contener sobre que clases de bienes recae y con que finalidad se constituye, siendo el de las legislaciones hondureña y nicaragüense el más parecido con la única diferencia que mencionan que puede ser constituida también sobre derechos reales.

Por otra parte en las legislaciones salvadoreña y argentina igualmente el concepto que desarrollan es sencillo pero además agregan que los bienes continúan en poder del deudor. El código civil costarricense se limita solo a mencionar que se constituye en escritura pública a favor de una deuda propia o ajena, siendo el concepto de la legislación española el más técnico y doctrinario de todos por contiene todo lo anteriormente mencionado y agrega que sujeta directa e inmediatamente el bien sin importar en posesión de quien se encuentre.

Hipoteca abierta o de cuenta corriente: En las legislaciones mexicana y salvadoreña no se regula esta clase de hipoteca, en otras legislaciones objeto de análisis se encuentra regulada expresamente como una modalidad en la que no existe un monto exacto asegurado, pero si un máximo y mínimo que actúan como parámetro de la garantía constituida, coincidiendo todas que asegurar las cantidades entregadas en cualquier tiempo con la única condición que no excedan el límite máximo, esto lógicamente debido a que si se sobrepasa el límite la garantía hipotecaría ya no sería suficiente para garantizar la obligación.

Características: En la legislación costarricense no se encuentra expresamente alguna característica como tal de la hipoteca, en la legislación guatemalteca se

encuentra la indivisibilidad de la hipoteca, por otra parte en la legislación mexicana solo encontramos la característica de especialidad de la hipoteca, en las demás legislaciones encontramos las dos anteriormente mencionadas que son indivisibilidad y especialidad de la hipoteca, reguladas en todas de la misma manera sin elementos que afecten o diferencien significativamente lo regulado.

Derechos del acreedor: El código civil de Guatemala y la ley hipotecaria de España regulan en esencia lo mismo, pues dan derecho al acreedor de promover la venta judicial del bien hipotecado al ser exigible la obligación, derecho que es esencial en esta clase de garantía pues sin el no tendría razón o el constituir la hipoteca durante el cual tendrá un derecho preferente seguidamente de los comuneros si hubieren de adquirir el bien en el remate, otro derecho muy importante es en el caso de indemnizaciones al deudor hipotecario ya sea por destrucción o expropiación del bien, donde da un derecho de preferencia para cobrarse de la cantidad que recibe el deudor hipotecario, así como de exigir la mejora de la garantía en caso que el inmueble ya no fuere suficiente para garantizar la obligación.

El código civil mexicano da al igual que la legislación guatemalteca el derecho de exigir la mejora de la garantía en caso de esta ser insuficiente con la única particularidad que debe ser a juicio de peritos esta mejora, por otra parte los derechos que si encontramos regulados de la misma manera es las indemnizaciones por seguro y expropiación.

La legislación salvadoreña y argentina admiten la posibilidad de solicitar la mejora de la garantía por las mismas causas ya mencionadas anteriormente, pero queda la salvedad que puede solicitar en defecto de lo anterior otra garantía equivalente o inmediatamente exigir la obligación o providencias conservativas según la particularidad del caso, por lo que da diferentes opciones al acreedor hipotecario, incluyendo también la regulación del derecho de persecución sobre el bien objeto de hipoteca no importando el poseedor y título en el que sustente que lo tenga en su poder.

La legislación hondureña también admite la indemnización del seguro como pago de la obligación y la mejora de la garantía si esta ya no fuere suficiente, pero en el caso de expropiación puede cobrarse con la cantidad pagada o solicitar que se constituya nueva hipoteca, y en cuanto al derecho de persecución la única limitación es que se haya adquirido en venta judicial. También da el derecho al acreedor de ejercitar cualquier acción contra el deudor o terceros que tengan como fin evitar situaciones que afecten el inmueble, así como al adquirirlo en el remate anular servidumbres impuestas por terceros.

El código civil de Nicaragua regula que si es por culpa del deudor la insuficiencia de la garantía se puede hacer cobro o solicitar nueva hipoteca, misma posibilidad en caso de destrucción del bien puede elegir cualquiera de las dos opciones cobrarse con la indemnización o solicitar la constitución de una nueva garantía hipotecaria. Encontramos regulado el derecho de persecución ya sea sobre uno o varios inmuebles que hayan sido objeto de la hipoteca así como revocar las servidumbres impuestas por terceros poseedores.

La legislación de Costa Rica solo regula derechos de los acreedores en relación a la venta judicial, es decir el derecho de persecución y el ser citados a la venta judicial en cualquier caso, teniendo preferencia las hipotecas de mayor grado que subsisten en caso de venta por otra hipoteca.

Extensión de la hipoteca: En cuanto a la extensión de la hipoteca, todas las legislaciones regulan esencialmente lo mismo pues la hipoteca se extiende en estas legislaciones a: las accesiones naturales, las mejoras, a nuevos edificios construidos en el inmueble o nuevos pisos sobre los ya existentes, a los excesos del inmueble, servidumbres, derechos reales, indemnizaciones provenientes de seguros. Agregándose en algunas legislaciones algunas situaciones especiales como la salvadoreña, Española y hondureña que se extiende sobre las pensiones provenientes del arrendamiento del bien hipotecado, agregando las mejoras artificiales y accidentales la legislación costarricense.

Bienes no hipotecables: El código civil guatemalteco únicamente menciona como bienes no hipotecables todos aquellos que compongan el patrimonio familiar y los bienes adquiridos por herencia, legado o donación cuando el causante así lo estipulare pero esto solo durará un máximo de 5 años, por otra parte el código civil mexicano y el hondureño regulan de forma casi exacta este apartado indicando como bienes no hipotecables los frutos y rentas pendientes, objetos muebles colocados de adorno o comodidad, el uso, habitación, objetos industriales y servidumbres, estos últimos si podrán ser hipotecados conjuntamente con el inmueble pero no por separado, teniendo como única diferencia que el código civil de México menciona los bienes litigiosos anotados preventivamente y la legislación hondureña menciona las minas salvo q la concesión sea definitiva.

El código civil de Costa Rica incluye todos los anteriormente mencionados, agregando los bienes que no son objeto de enajenación, el arrendamiento y cualquier derecho por medio del cual se obtenga únicamente la posesión de un bien. La ley hipotecaria de España solamente menciona el derecho de uso, habitación, las servidumbres salvo la de agua y el usufructo legal salvo el concedido al conyugé, mencionando como particularidad especial la legislación argentina los derechos hipotecarios, en cuanto a la legislación salvadoreña y nicaragüense no se regulan que bienes no pueden ser objeto de hipoteca.

Constitución: La constitución de la hipoteca es esencial en este tema, pues por medio de la correcta constitución y cumpliendo las formalidades esenciales marcadas en la ley la hipoteca surte efectos, pues sin constituir la correctamente esta no surte efectos contra terceros. En el código civil guatemalteco y mexicano se menciona que para su constitución la persona que constituye la hipoteca debe tener capacidad de enajenar por lo que el bien igualmente debe ser enajenable, siendo su constitución en relación a la aceptación de esta de manera expresa, siendo este un contrato solemne debe constar en escritura pública e inscribirse en el registro respectivo para surtir efectos.

Las legislaciones salvadoreña, hondureña, española y nicaragüense especifica que debe constar en escritura pública ya sea en la misma que otro contrato de

forma accesoria o en una independiente, indicando igualmente que debe ser objeto de inscripción en el registro respectivo, así como tener capacidad y ser el bien objeto de enajenación. La legislación costarricense menciona las mismas formalidades para su constitución pero especifica que la aceptación de la persona a cuyo favor se constituye no es necesario, así como la invalidación del pacto de apropiarse del inmueble por la falta de cumplimiento de la obligación asegurada, donde también se encuentra una situación muy especial pues al momento de constituirse las partes pueden acordar la renuncia a llevar un juicio ejecutivo cobrándose de forma directa mediante la venta judicial del bien hipotecado.

El código civil argentino da la posibilidad que un incapaz constituya hipoteca con la única salvedad que esta surtirá sus efectos desde el momento en que cese la incapacidad y esta sea ratificada, por otra parte regula que únicamente podrá constituir hipoteca sobre un bien inmueble su dueño. Menciona que puede ser constituida por escritura pública o por documentos extendidos por autoridades competentes, mencionando además que la aceptación por parte del acreedor es obligatoria.

Extinción: En la legislación guatemalteca no se especifican situaciones especiales en las que se extinga la hipoteca por lo que se aplican las generales para toda obligación, por otra parte la legislación mexicana menciona ciertas situaciones que dan cabida a la extinción de la hipoteca como la extinción del bien hipotecado, extinción de la obligación principal, por expropiación, por extinguirse el derecho sobre el crédito del acreedor y por prescripción. Agregando a lo anterior las legislaciones salvadoreña, hondureña y nicaragüense que por cumplirse la condición resolutoria si hubiere, cancelación del acreedor y por llegar el día hasta el cual fue constituida, con la única diferencia que las legislaciones civiles hondureñas y nicaragüenses también mencionan el cumplimiento de la obligación y la confusión es decir la reunión de la calidad de acreedor y deudor en una misma persona como causas de extinción.

El código civil de Costa Rica y la ley hipotecaria española únicamente se limitan a mencionar que se extingue la hipoteca por el cumplimiento de la obligación o

extinción de la obligación principal en las diferentes formas en que pueden extinguirse las obligaciones. El código civil argentino tiene como particularidad que agrega el que no se haya cumplido una condición resolutoria.

Saldo insoluto: El código civil guatemalteco prohíbe expresamente que al momento de constituir la hipoteca, el deudor quede obligado de forma personal pues como se desarrollo durante la investigación la hipoteca recae sobre un bien inmueble razón por la cual es un derecho real no personal, a esto se le denomina saldo insoluto pues es la cantidad que no fue satisfecha al momento de ejecutar y promover la venta judicial del bien pero esto no implica que el deudor deba satisfacer de otra forma este faltante.

En la legislación salvadoreña no se denomina en sí como saldo insoluto pero si regula la posibilidad del acreedor hipotecario a cobrarse con los bienes que no han sido hipotecados del deudor, pero siendo preferente la acción sobre el bien hipotecado, por lo que lógicamente si existe un saldo no cubierto al cobrarse con el bien objeto de la hipoteca se tiene esta facultad de cobrarse son los demás bienes del deudor.

La legislación argentina y hondureña regulan exactamente lo mismo y al igual que la anterior no le denomina saldo insoluto como el código civil guatemalteco pero si lo regula y admite dicha posibilidad, pues estipula que si hubo un faltante y el bien hipotecado no alcanzare a cubrir la totalidad del crédito el acreedor tiene la posibilidad de cobrarse con los demás inmuebles que no hayan sido objeto de la hipoteca. En cuanto a la legislación mexicana, costarricense y nicaragüense no se encuentra nada regulado al respecto.

Subhipoteca: Una situación muy particular que se regula únicamente en el código civil guatemalteco es la subhipoteca, pues esta consiste en que el crédito que se encuentra garantizado con hipoteca, puede ser objeto de una nueva garantía a favor de un tercero y un nuevo crédito ya sea totalmente o solo una parte del crédito en el cual deben de cumplirse las mismas formalidades que para la constitución de una hipoteca. Es un derecho real de tanta importancia pues se

deriva propiamente de la hipoteca pues si la hipoteca se cancela la subhipoteca subsiste si el bien pasa a ser propiedad del acreedor hipotecario.

Prescripción: El derecho real de garantía tiene como límite el tiempo, pues no es perpetuo por lo que las diferentes legislaciones regulan un plazo máximo en el cual la hipoteca es válida, la mayoría de legislaciones como lo son la guatemalteca, mexicana, salvadoreña y hondureña, prescriben en un plazo de diez años desde que sea exigible excepto en el caso de Honduras que este plazo corre desde su inscripción.

En cuanto a la legislación española y argentina este plazo es de veinte años en el primer caso desde que sea exigible y en el segundo desde su inscripción, por lo que a pesar de ser un término mucho mayor al de las demás obligaciones esta no es perpetua y transcurridos estos términos puede procederse a su cancelación.

Varias fincas hipotecadas: Si no es objeto de hipoteca un solo bien inmueble regula el código civil de Guatemala que pueden ejercitarse la acción en contra de el conjunto de bienes teniendo los interesados la facultad de determinar que monto de la obligación garantiza cada uno de los inmuebles hasta satisfacer el total de la obligación garantizada. Regulándose lo mismo en la legislación mexicana con la única diferencia que el código civil de México y la Ley Hipotecaria de España, se impone la obligación de hacer la determinación antes descrita que en el caso de la legislación guatemalteca es más un derecho de los interesados que una obligación.

En el caso de Honduras existen dos posibilidades, la primera es que si la hipoteca se extiende a mas de un bien inmueble del deudor hipotecario se puede ejercer acción para cobrarse el crédito, ahora bien en un segundo caso si todos los bienes garantizan un mismo crédito se debe estipular en que porcentaje lo hace cada uno de estos. La legislación de Nicaragua tiene la salvedad que el acreedor hipotecario tiene la facultad de elegir que bien inmueble ejecutar para obtener el pago de la deuda garantizada.

En el caso de Costa Rica es el deudor quien puede ir liberando inmuebles a su elección si efectúa pagos parciales y los bienes que quedan hipotecados aún garanticen suficientemente la obligación. En cuanto a la legislación de Argentina el acreedor tiene la facultad de perseguir a todos los bienes inmuebles o a los que el elija al momento de ejercer la acción hipotecaria sin importar quien sea su poseedor en ese momento, teniendo la facultad el juez de determinar el orden de remate de los diferentes inmuebles.

Conclusiones.

1. La Hipoteca es regulada de forma muy similar en las legislaciones analizadas durante esta investigación, pues los derechos de los acreedores son muy parecidos, así como los plazos de prescripción y la forma de constitución en cuanto a sus solemnidades y demás requisitos que dotan de validez este derecho real de garantía.
2. En las legislaciones analizadas se toman en cuenta muchos aspectos doctrinarios que se ven reflejados en las normas que regulan el tema investigado, por lo que del análisis realizado se concluye que a pesar de existir ciertos aspectos que son diferentes, en esencia lo regulado por estas legislaciones es muy similar y en algunos casos hasta idéntico.
3. El derecho real de hipoteca ha sufrido durante el transcurso del tiempo diversos cambios que han tenido como resultado la adaptación de este tipo de garantía real a la realidad tanto en el ámbito comercial como en lo jurídico, pues no solamente tiene una gran incidencia jurídica sino ha sido desde sus inicios una herramienta de capitalización de los comerciantes, por lo cual ha sido considerada como una institución de gran importancia, pues como refleja esta investigación desde sus inicios hasta el día de hoy es una de las garantías mas importantes en el ámbito financiero específicamente en la obtención de créditos por parte de las personas.
4. La hipoteca es un derecho real de garantía, por constituirse y estar estrictamente vinculada a un bien inmueble sobre el cual recaen sus efectos, su finalidad es asegurar el cumplimiento de una obligación de carácter económico, es decir que representa una cantidad monetaria que debe ser especificada e identificada al igual que el origen de ésta con claridad.
5. Para la validez de la hipoteca, deben tomarse en cuenta diferentes aspectos que son esenciales para su validez, pues es un contrato solemne que

únicamente puede constituirse mediante escritura pública la cual posteriormente debe ser inscrita en el registro respectivo que varía dependiendo de cada país, que por lo general es el registro de la propiedad, con lo cual cobra su efectividad mediante la publicidad registral siendo oponible ante terceros.

6. La hipoteca cuenta con diferentes clasificaciones como se desarrollo en el apartado respectivo, las cuales varían en relación a clasificaciones, algunas ordinarias otras modernas que admiten hipotecas que recaen sobre algunos bienes muebles que por su propia naturaleza pueden ser objeto de la hipoteca.
7. En las diferentes legislaciones analizadas, se regulan características propias de este derecho real de garantía, las cuales varían en algunos aspectos como lo son los bienes sobre los que recaen, la exactitud del monto asegurado, el saldo insoluto, la transmisión del derecho, así como diferentes modalidades de hipoteca, pero no perdiendo la finalidad con la que se crea que es proveer de garantía al acreedor hipotecario.
8. La hipoteca centroamericana es una herramienta de gran importancia que puede abrir las negociaciones comerciales entre estos países debido a que los comerciantes cuentan con una forma de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven el cual está dotado de seguridad jurídica por la existencia de este tratado que le da nacimiento a esta nueva modalidad de hipoteca en la que seguramente el bien objeto de la hipoteca esta en país distinto del acreedor hipotecario.

Recomendaciones.

1. A los profesionales del derecho profundizar sobre aspectos doctrinarios y demás antecedentes históricos de la hipoteca con la finalidad de entender el porqué de su existencia e importancia, así también conocer su regulación en las diferentes legislaciones donde la hipoteca es una herramienta importante para el desarrollo económico de los países.

2. A los abogados y notarios Conocer las diferentes clasificaciones tanto ordinarias como las modernas, con la finalidad de tener una mayor amplitud en las posibilidades al constituir una hipoteca, buscando la más apta para el aseguramiento en el caso específico que se trate.

3. A los legisladores guatemaltecos la regulación de una ley específica sobre la hipoteca, que incluya los aspectos más modernos así como la inclusión de las diferentes modalidades para su aplicación en el ámbito nacional.

4. Al Estado de Guatemala difundir y estimular el conocimiento y aplicación de la hipoteca centroamericana, esto con la finalidad que tanto los profesionales del derecho como los comerciantes que hacen uso de estas garantías tengan conocimiento y sea utilizada para el desarrollo económico de la región centroamericana.

5. A las facultades de derecho de las universidades del país, incluir dentro del pensúm de estudios cursos específicos sobre la hipoteca, para un profundo conocimiento de los alumnos de esta herramienta tan importantes en el mundo jurídico.

Referencias.

1. Bibliográficas:

1.1 Aguilar Guerra, Vladimir Osman; Derecho Reales; Guatemala; Colección de Monografías Hispalense; 2007;

1.2 Agustín Bravo González y Bialostosky, Sara; Compendio de Derecho Romano; Editorial Pax-México, Librería Carlos Cesarman, S.A; México D.f;

1.3 Ambrosio Colin y Capitant, H.; Curso Elemental de Derecho Civil; Tercera Edición; Tomo V Garantías Personales y Reales; Instituto Editorial Reus; Madrid; 1955;

1.4 Cabanellas, Guillermo; Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; Tomo IV F-I; 27 Edición; Editorial Heliasta; Argentina; 2001;

1.5 De Cossío y Corral, Alfonso; Instituciones de Derecho Hipotecario; Barcelona, España; Bosch, casa editorial, 1956; 2da Edición;

1.6 De Cossio y Corral, Alfonso; Instituciones de Derecho Civil 2 Derechos Reales, Derecho de Familia y Sucesiones; Editorial Alianza; Madrid; 1975;

1.7 Díaz González, Carmelo; Iniciación a los Estudios de Derecho Hipotecario, Tomo I; Madrid, España; Editorial Revista de Derecho Privado,1967;

1.8 Díaz González, Carmelo; Iniciación a los Estudios de Derecho Hipotecario, Tomo III; Madrid, España; Editorial Revista de Derecho Privado,1967;

1.9 Espín Canovas, Diego; Manual de Derecho Civil Español, Volumen II, Derechos Reales; Madrid; Editorial Revista del Derecho Privado,1975; 4ta Edición;

1.10 Henri y León Mazeaud, Mazeaud, Jean; Lecciones de Derecho Civil; Parte Tercera, Volumen I Garantías; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires; 1962;

1.11 Marta Morineau Iduarte, Iglesias González, Ramón; Derecho Romano; México D.F, México; Oxford University Press, 1998; 4ta Edición;

1.12 Nussbaum, Arthur; Tratado de Derecho Hipotecario Alemán; Madrid, España; Imprenta Helénica, 1929; 1era Edición;

1.13 N. Romero, Carmen; Hipoteca Jurisprudencia ordenada y actualizada; La Plata, Argentina; Editorial Fides, 1973;

1.14 Puig Brutau, José; Fundamentos de Derecho Civil; Tomo III Derecho de Cosas; Bosch Casa Editorial; Barcelona;

1.15 Piug Peña, Federico; Compendio de Derecho Civil Español, Tomo II Derechos Reales; Pamplona, España; Editorial Aranzadi, 1974; 2da Edición;

1.16 Piug Peña, Federico; Compendio de Derecho Civil Español, Tomo IV Contratos; Pamplona, España; Editorial Aranzadi, 1972; 2da Edición;

1.17 Rodríguez Navarro, Manuel; Doctrina Civil del Tribunal Supremo; Madrid, Estaña; Aguilar, S.A de Ediciones, 1964; Apéndice II a la 1era edición;

1.18 Roca Sastre, Ramón M.; Derecho Hipotecario, Tomo 1 Registro de la Propiedad; Barcelona, España; Bosch Casa editorial, 1954;

1.19 Roca Sastre, Ramón M.; Derecho Hipotecario, Tomo 4 Hipotecas; Barcelona, España; Bosch Casa editorial, 1954;

1.20 Soto Alvarez, Clemente; Prontuario de Introducción al Estudio del Derecho y Nociones de Derecho Civil; Primera Edición; Editorial Limusa, 1975; México;

1.21 Valiente Noailles, Luis M.; Derechos Reales; Buenos Aires, Argentina; Roque de Palma Editor, 1958;

2. Normativas:

- 2.1 Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala en Consejo de Ministros; Código Civil de Guatemala Decreto Ley 106 y sus reformas; fecha de emisión 14/9/1963; fecha de publicación: 7/10/1963;
- 2.2 Tratado para la creación e implementación de la hipoteca centroamericana entre las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá y República Dominicana.
- 2.3 Código Civil Federal Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928. Entrada en vigor a partir del 1o. de octubre de 1932.
- 2.4 El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, Código Civil de la República de Argentina, 1° de enero de 1871.
- 2.5 Código Civil de España. Real Decreto de 24 de julio de 1889.
- 2.6 Código Civil de la República de El Salvador. Dado en San Salvador, 23 de agosto de 1859.
- 2.7 Congreso Nacional de Honduras, Código Civil. Decreto N° 76-1906, 8 de febrero de 1906. Entrada en vigor 1 de marzo de 1906.
- 2.8 Código Civil de Nicaragua, emitido el 1 de febrero de 1904, entrada en vigor el 5 de mayo de 1904.
- 2.9 Congreso Constitucional de la República de Costa Rica, Código Civil. Ley No. 63, emitida por la ley No. 30 del 19 de abril de 1885; su vigencia se inició a partir de 1: de enero de 1888, en virtud de la ley No. 63 del 28 de setiembre de 1887.

3. Electrónicas:

3.1 González y Martínez, Jerónimo; Estudios de Derecho Hipotecario; Madrid, España; Imprenta de Estanislao Maestre, 1924; Primera Edición; Biblioteca Jurídica Virtual UNAM; Disponible en red: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1107> ; Fecha de consulta: 10/06/2014;

3.2 M. Garro, Alejandro; Hacia un Régimen Uniforme de Garantías Reales en los Países del TLC; Disponible en red: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/17/tci/tci7.pdf> ; Fecha de Consulta: 8/06/2014;

4. Otras:

4.1 Revista: Arce Gargollo, Javier; “Introducción al estudio de los medios de garantía modernos”; *Revista de Derecho Privado UNAM*; No. 18; 1995 septiembre – diciembre; México; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM;

4.2 Revista: Nuñez Barroso, Placido; Sobre las Demandas de los Deudores Hipotecarios contra Bancos y Notarios; Disponible en Red: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/26/jur/jur13.pdf> ;

4.3 Pirovano, Pablo y Pascual, Mariano; “La hipoteca abierta. Crítica a un fallo desafortunado”; *Revista Jurídica La Ley*; marzo, 2006; Buenos Aires, Argentina; Estudio Moltedo Abogados;

4.4 Kiper, Claudio Marcelo; “El objeto del Derecho Real de Hipoteca”; *Revista Jurídica de UCES*; No. 11; 2007; Buenos Aires, Argentina; Universidad de Ciencias Empresariales y Comerciales;

4.5 Corte Suprema de Justicia; Cámara Civil; 17 de Julio de 1997; Disponible en red: <http://vlex.com/vid/-457278278> ; Fecha de Consulta: 12/6/2014;

4.6 Tribunal de Justicia de la Unión Europea; SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA; Sala Primera; 14 de marzo de 2013; En el asunto C-415/11;

ANEXO.

<u>Legislación</u>	<u>Guatemala</u>	<u>México</u>	<u>El Salvador</u>	<u>Honduras</u>	<u>Nicaragua</u>	<u>Costa Rica</u>	<u>Ley Hipotecaria España</u>	<u>Argentina</u>
Concepto	822.	2893.	2157.	2098.	3771.	409.	104.	3108.
Hipoteca abierta o de cuenta corriente	857, 858.	---	---	2110, 2111.	3783.	414.	153.	3109.
Características	825.	2895.	2158, 2179.	2159, 2100, 2103.	3773, 3776.	---	105, 122.	3109, 3112.
Derechos del acreedor	824, 831, 845, 849.	2907, 2910.	2172, 2176.	2175, 2105, 2107, 2115, 2141, 2148, 2152.	3780, 3788, 3792, 3837, 3839, 3840, 3842, 3844, 3858.	415, 417.	117, 146, 148, 163.	3113, 3114, 3158, 3159, 3160, 3161, 3162, 3179.
Extensión de la hipoteca	830, 834.	2896, 2899.	2897, 2168, 2170.	2169, 2101.	3774.	411.	109, 110, 111, 112.	3111.
Bienes no hipotecables	838.	2898.	---	2129.	---	410.	108.	3120.

Constitución	835, 841.	2906, 2917.	2159, 2160, 2163.	2099, 2116, 2125, 2126, 2135.	3772, 3797, 3798, 3811, 3816, 3817, 3818.	409, 421, 422.	140, 145, 154.	3118, 3119, 3121, 3128, 3129, 3130, 3131, 3134, 3135.	
Extinción	---	2941.	2180.	2153, 2155, 2156, 2157, 2158.	3862, 3864, 3867, 3868, 3869, 3870, 3872.	424.	156.	3193, 3194, 3196, 3198.	
Saldo insoluto	823.	---	2173.	2121.	---	---	---	121.	
Subhipoteca	852, 855.	---	---	---	---	---	---	---	
Prescripción	856.	2918, 2927.	2253, 2254, 2255.	2137, 2154.	---	868.	128.	3151, 3197.	
Varias fincas hipotecadas	827.	2912.	---	2104, 2119.	3777.	416.	119.	3113, 3114.	