

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA
UNAN – LEÓN**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
CARRERA DE DERECHO**



**MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADOS EN
DERECHO**

“Las Cauciones”

Presentado por:

- ✦ **Br. Pablo Edmundo Arguello Morales.**
- ✦ **Br. Oscar Javier Castillo Vilchez.**
- ✦ **Br. Favio Benito Guerrero Pineda**

Tutor:

Msc. Beligna Salvatierra Izaba.

León, Nic. Agosto 2006.



DEDICATORIA

A Dios creador de todo lo existente del universo y que jamás me abandono en los momentos difíciles que pasé durante mis estudios.

A mis Padres que con paciencia, comprensión y esmero supieron guiarme y educarme hasta alcanzar esta meta.

A mi Abuelita que a través de sus consejos me ayudaron a madurar y mejorar como persona.

Pablo Edmundo Arguello Morales



DEDICATORIA

A mi Madre perfecta Rosa Vilchez Somarriba y mi Abuela materna Carmen Somarriba por todo el apoyo que me han brindado y toda la formación como persona que me ha impulsado a tomar el logro y el triunfo de las metas propuestas y muy especialmente a mi abuelo paterno José Eduardo Vilchez Rodríguez (Q.E.P.D) que influyó en mi vida en estos últimos años, en el desarrollo de mi carrera, y cambiar como persona.

Oscar Javier Castillo Vilchez.



DEDICATORIA

A mi abuela Paterna Dora Mayorga de Guerrero (Q.E.P.D).

A mi hermano materno Manuel de Jesús Pineda.

A mi tía Gertrudis Guerrero Mayorga.

Muy especialmente a mis maestros:

- Octavio Martínez Ordóñez.
- Roger Gurdián.
- Luis Mayorga Sirera.

Favio Guerrero Pineda.



AGRADECIMIENTO

A Dios por brindarnos el ser y haber hecho posible este triunfo.

A nuestros padres por el apoyo incondicional que nos han dado.

A todos los maestros de esta Facultad, en especial al Dr. Luis Mayorga Sirera por su colaboración de manera incondicional.

A nuestra tutora Beligna Salvatierra Izaba, por habernos guiado en la elaboración de esta actividad monográfica tan importante en nuestras vidas.

A los Licenciados Luis Alberto Bustillo Hernández y Horacio Lainez Corrales, por habernos brindado su ayuda en la elaboración de nuestro trabajo.

Br. Pablo Edmundo Arguello Morales.

Br. Oscar Javier Castillo Vilchez.

Br. Favio Benito Guerrero Pineda.

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
▪ CONTENIDO	
CAPITULO I	
I. Antecedentes Históricos de la Fianza	3
II. Antecedentes Históricos de la Prenda	4
III. Antecedentes Históricos de la Hipoteca	6
IV. Antecedentes Históricos de la Anticresis	8
CAPITULO II	
DEL CONTRATO DE FIANZA	
I. Definiciones.....	10
II. Características del Contrato de Fianza	10
2.1 Contrato Accesorio.....	11
2.2 Contrato consensual	11
2.3 Unilateralidad del Contrato.....	12
2.4 Gratuidad	12
2.5 Patrimonial	12
2.6 No es un contrato condicional	12
III. Elementos esenciales del contrato de fianza	13
3.1 Consentimiento	13
3.2 Capacidad	14
3.3 Objeto.....	15
3.4 Causa.....	15
3.5 Existencia de una obligación principal.....	16

IV. Clasificación de la Fianza.....	16
4.1 Fianza Civil y Mercantil (AVAL)	16
4.2 Fianza personal y fianza hipotecaria o prendaria	17
4.3 Fianza limitada o definida y Fianza ilimitada	18
4.4 Fianza convencional, legal y judicial	19
4.5 Fianza simple y fianza solidaria.....	23
V. Efectos jurídicos que produce el contrato de fianza	25
5.1 Entre el fiador y el acreedor	25
5.2 Entre el deudor y el fiador	30
5.3 Entre cofiadores	33
VI. Extinción del contrato de fianza.....	35

CAPITULO III

DEL CONTRATO DE PRENDA

I. Definición	37
II. Características de la Prenda	38
2.1 Es un contrato unilateral.....	38
2.2 Contrato oneroso o gratuito.....	39
2.3 Contrato real o solemne	39
2.4 Contrato accesorio	39
2.5 Es un derecho real	39
2.6 Es un derecho mueble	40
2.7 Constituye un principio de enajenación.....	40
2.8 En ciertos casos es un titulo de mera tenencia	40
2.9 Es indivisible.....	41
III. Tipos de Prenda	41
3.1 Prenda Civil.....	41
3.1.1 Prenda Tacita	42
3.1.2 Requisitos para la existencia de la Prenda Tácita.....	43
3.2 Prenda Mercantil	43

3.3	Prenda Agraria e Industrial.....	44
3.4	Prenda Comercial.....	45
IV.	Elementos constitutivos del derecho real del contrato de prenda civil	49
4.1	Elementos personales.....	49
4.2	Elementos reales.....	49
4.3	Elementos formales.....	59
4.3.1	Entrega de la cosa al acreedor o al tercero designado por las partes en el Contrato	59
4.3.2	El contrato de prenda debe constar por escrito si el valor de la cosa excede de cien pesos.....	59
4.3.3	Que la cosa pignorada sea descrita de modo que pueda ser identificada	59
V.	Efectos del contrato de prenda.....	60
5.1	Derechos del acreedor pignoraticio.....	60
5.2	Caracteres.....	60
5.3	Derechos del acreedor prendario.....	64
5.4	Derechos del deudor prendario	68
5.5	Obligaciones del acreedor pignoraticio	70
5.6	Obligaciones del deudor.....	72
VI.	Extinción de la prenda.....	75

CAPITULO IV

DEL CONTRATO DE HIPOTECA

I.	Definición y concepto	80
II.	Objeto de la hipoteca	83
III.	Contenido de la hipoteca.....	86
IV.	Constitución de la hipoteca	88
V.	Requisitos para la constitución de la hipoteca	89
5.1	Requisitos de fondo.....	89
5.2	Requisitos de forma	89
VI.	Clasificación de la hipoteca.....	92

VII. Caracteres de la hipoteca	93
7.1 Es un derecho real inmobiliario	93
7.2 Es un derecho de garantía	94
7.3 Origina el derecho de persecución.....	95
7.4 Confiere preferencia.....	96
7.5 Constituye una limitación del dominio	96
7.6 La finca hipotecada permanece en manos del deudor.....	96
7.7 Es un derecho sobre un bien inmueble	96
7.8 Es indivisible.....	97
7.8.1 Enfoque de la indivisibilidad de la hipoteca desde dos puntos de vista	97
7.9 Publicidad.....	98
7.10 Especialidad	98
VIII. Características del contrato de hipoteca	98
8.1 Es un contrato unilateral.....	99
8.2 Es un contrato accesorio.....	99
8.3 Puede ser gratuito u oneroso	99
8.4 Puede celebrarse con un tercero	100
8.5 No es solemne	101
IX. Elementos de la hipoteca	102
9.1 Capacidad de los contratantes	102
9.2 La forma del contrato de hipoteca	102
9.3 Las cosas que pueden hipotecarse.....	104
9.4 Obligaciones que pueden garantizarse con la hipoteca	104
X. Efectos de la hipoteca	105
10.1 Con la finca hipotecada.....	105
10.2 Efecto con respecto al constituyente.....	106
10.3 Derechos del acreedor hipotecario.....	107
10.4 Relación de la hipoteca con terceros	108
XI. Extinción de la hipoteca	109
CONCLUSIONES.....	117
GLOSARIO.....	118
BIBLIOGRAFÍA	120



INTRODUCCIÓN

Debemos plantear que toda obligación es un vínculo jurídico en el cual una persona se obliga para con otra, también determinada a dar o hacer algo, por eso nuestra legislación nos otorga un mecanismo para obtener el cumplimiento de la obligación, de tal forma que responda no la persona del deudor sino su patrimonio que se vera afectado.

Esta consagrado en el Código Civil, que toda obligación personal, da al acreedor el derecho de perseguir los bienes muebles o inmuebles del deudor, la hipoteca es una de estas garantías que ofrece nuestra legislación siendo esta un derecho real que recae sobre un inmueble que permanece en poder del deudor.

De todas las cauciones es la que ofrece mayor garantía al acreedor lo que justifica que sea la principal fuente de crédito en el mundo de los negocios.

Abordaremos también en nuestro trabajo monográfico la clasificación de la hipoteca; trataremos también la prenda en la cual se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de un crédito dándole facultad de venderla y de pagarse preferentemente con el producto de la venta si el deudor no cumple la obligación.

Trataremos la fianza otra caución, la cual es un contrato accesorio en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena.

Las garantías constituyen los diversos medios de que pueda hacer uso el



acreedor para ponerse a cubierto de la insolvencia del deudor. Hablando jurídicamente no son términos sinónimos, garantías y caución, por que si bien toda caución tiene carácter de garantía pueden existir garantías y de innegable eficacia que no sean cauciones, como acontece con el derecho legal de retención, en suma garantía es el género y caución es la especie.

En nuestro presente trabajo investigativo abordaremos y analizaremos por separado las distintas cauciones (fianza, prenda, hipoteca) el cual lo dividiremos en Cuatro capítulos a saber: en el primer capítulo haremos una breve exposición sobre los Antecedentes históricos y su desarrollo en el mundo jurídico.

Igualmente analizaremos de manera minuciosa cada una de las figuras objeto de nuestro tema, que aborda los tres últimos Capítulos.

Vale la pena mencionar que en nuestro trabajo no hemos plasmado nada nuevo en lo absoluto o desconocido para el lector, es mas bien una recopilación del esfuerzo de diferentes estudiosos del derecho.



CAPITULO I

I. Antecedentes Históricos de la Fianza

La fianza que ya desempeñaba un papel importante en el derecho romano en una época en que las tradiciones de la antigua solidaridad de la familia y de las “Gens” no se habían perdido por completo se llevaba a cabo por diversos procedimientos a saber la sponcio y la fidepromiso, en un principio y más tarde la fidejussio, por más está de obligarse por compromiso verbal y posteriormente por el “mandatum pecuniae credendae” y el pacto de constitución. En los orígenes de la institución el fiador quedaba obligado a título de deudor principal y por la totalidad de la obligación; más con posterioridad, se le concedieron dos beneficios, el de división y el de excusión, beneficios que nuestra ley civil también consagra. Es conveniente recordar que por edicto del senado consulto – veleyano, el Derecho Romano había pronunciado sobre las mujeres la incapacidad de obligarse, es decir ser fiadores, rémora que aún conserva nuestra leyes penales y esta incapacidad que, desde Justiniano en adelante se refería sobre todo a los compromisos contraídos por la mujer en favor de su marido en esa incapacidad veleyana, no la contemplan nuestras leyes; otra característica que presentaba en el Derecho Romano la fianza era su carácter gratuito, pero podía suceder que el fiador exigiera una remuneración. En nuestra legislación hoy en día generalmente es un contrato. Así se le ha dado su perfeccionamiento hasta llegar a la fianza que contemplamos en nuestra legislación.



II. Antecedentes Históricos de la Prenda.

En el derecho romano no existía la idea de obligación debido a que los actos jurídicos eran siempre al contado y esto sucedía en los demás pueblos antiguos.

Las primeras obligaciones nacieron como consecuencia de actos delictivos, de donde su concepto en origen no fue de una relación espiritual sino mas bien de un sometimiento material resultando que el obligado es un encadenado por otro por no haberle pagado, el acreedor tenia sobre su deudor un derecho igual al del propietario sobre la cosa, debido también a que el prototipo de la vida jurídica de aquellos tiempos era el concepto de derecho real, pudiendo de esta manera el acreedor ejercer un poder de disposición en la persona de su deudor, bien podía darle muerte o hacerle vender como un esclavo fuera de Roma y siendo varios los acreedores de un deudor insolvente le partían en trozos, este era un derecho brutal conseguido en un principio en la cuna de las concepciones jurídicas más grandes de aquellos pueblos.

La Lex poetetia aplaca los rigores de este sistema ejecutivo, prohibiendo la muerte y venta del deudor que hizo posible en esta forma los convenios entre deudor y acreedor para ser pagados con trabajos.

En esta primera concepción que tuvieron los romanos de la obligación y como se ve es un vinculo material, se puede observar como prenda general a favor del acreedor, la persona del deudor y no fue sino a los esfuerzos de los plebeyos que cambian el estado social y diversas innovaciones en el orden jurídico, se evoluciona completamente y se pasa al extremo opuesto en el



concepto de vínculo obligatorio, ya que el cumplimiento de la obligación queda entregada la conciencia del deudor pasando así del vínculo material al moral, en este estado obligarse no era comprometer su cuerpo, no era dar su cuerpo en premio sino comprometer su fe o en las mismas palabras con las que designaban “crédito y acreedor” que significaban dar su confianza, esto evidenciaba dichas ideas, más estas modalidades eran de carácter humanitario lo cual vino a entorpecer el crédito y las relaciones económicas entre los individuos porque como es fácil imaginarse la sola conciencia de un deudor inescrupuloso no basta para asegurar el cumplimiento de una obligación y conceder un crédito era poner en riesgo su dinero y acorde a las necesidades y la evolución de estas aparecen las modernas teorías que dan el principio de la responsabilidad del patrimonio del deudor.



III. Antecedentes históricos de la hipoteca

Para determinar el origen de la hipoteca nos remitiremos a sus antecedentes históricos.

No se sabe si la hipoteca que practicaban los romanos es una creación emanada de su propio derecho o una derivación de la que ejercían los griegos pero ha expresado que la hipoteca nació en el derecho griego antes de una aceptación por el derecho romano que hubo diferenciaciones, particularmente en el Derecho griego donde la hipoteca se asemejaba a la dación en pago y dependía de la publicidad que los romanos no exigían.

En el derecho romano la hipoteca era general o especial según que la garantía afectase parte o todo de los bienes patrimoniales. En casos de mora el acreedor podía entrar en posesión de la cosa gravada y por si mismo ejecutar la venta mediante el acto hipotecario actuando como mandatario del deudor, en virtud de la cláusula prepactada de enajenar el bien para cobrarse con el producto de la venta, la primera figura de garantía real fue la fiducia, por la cual el deudor transfería al acreedor mediante la mancipatio o la in jure cesio, el dominio de una cosa para garantía de una obligación. Esta iba acompañada de un pacto judicial en virtud del cual el acreedor se comprometía a devolver el dominio de la cosa una vez cumplida la obligación y entrañaba en un principio la comisión, por el cual el acreedor ante el incumplimiento del deudor adquirió en definitiva la propiedad de la cosa gravada en carácter de pago.

El derecho romano no conocía mas derechos reales que la propiedad y las servidumbres, de aquí que solo mediante la transmisión de la propiedad pudiera conseguirse la garantía.



El acreedor, dueño de la cosa en garantía podía disponer de ella sin que el deudor tuviera derecho a reivindicarla una vez cumplida su obligación.

Un paso más en el proceso evolutivo lo constituye el pignus, por el cual solo se transmite la posesión quedando el acreedor protegido por los interdictos que se realice al pago.

En una última parte la hipoteca se caracteriza como una prenda sin desplazamiento que realice indistintamente sobre bienes, muebles e inmuebles y que constituye por simple convenio desprovista de solemnidades.

En una concepción primitiva solo confería a un titular el derecho de reclamar y obtener la posesión de la cosa gravada en caso de incumplimiento del deudor reteniéndola hasta ser satisfecho, mas tarde en el derecho germano la única forma posible era la transmisión de la propiedad de la cosa. Bajo la condición suspensiva o resolutoria según los casos de incumplimiento de la obligación, el procedimiento más usual era el de venta con pacto de retro con el tiempo se fue extendiendo en el derecho alemán y en el francés en que el deudor reservándose únicamente el poder de disposición transmitía el uso y disfrute de la cosa al acreedor.

El derecho germánico se caracteriza frente al romano por exigir la forma con intervención de la autoridad para la constitución de la garantía por limitar la

Responsabilidad a la cosa pignorada excluyendo la responsabilidad personal y las hipotecas generales y por dar la hipoteca carácter independiente del crédito asegurado, negando su accesoriedad.



En el derecho Español se admitió un sistema mixto apoyándose únicamente en cuanto al contenido y configuración del derecho en los municipios romanos. Acepta sobre todo en los que a forma se refiere, orientaciones claramente germánicas. Las nuevas exigencias de la vida ciudadana y vistas innovaciones producidas en el sistema normal permiten la ejecución forzosa. Ajena por completo al derecho primitivo que hicieron posible una transformación mediante la cual el acreedor adquiriría un derecho real, pero el deudor retenía las facultades de disposición y dispoite. En caso de enajenación de la cosa y dentro del año y día, podía el acreedor hacer valer un derecho contra el tenedor adquirente.

En nuestra legislación podemos destacar que la base o fuente de la hipoteca, esta basada en los principios romanos que luego fueron desarrollando en toda plenitud durante la conquista Española imponiéndose la forma y contenido de la misma, la que se mantiene centralmente con algunas modificaciones.

IV. Antecedentes de la Anticresis

La Anticresis era de uso común el pueblo preponderante que fue una de la cultura griegas romana primero la anticresis aparecen confundida con arrendamiento, la prenda poco fue abriéndose así la institución que ahora posee tocándole esa misión a los griegos bautizándole con el nombre que hoy posee,

Anticresis que quiere decir goce o uso contrario pues el acreedor disfruta de los bienes del deudor mientras este a su vez goza del dinero del acreedor.



Pero tanto en roma como en Grecia no tenia existencia propia e independiente ya que un fin era el de compensar los intereses , ya en la actualidad es un contrato real que origina un derecho de garantía el decir un derecho accesorio debe constituirse en escritura publica debidamente inscrita el acreedor adquiere el derecho de un inmueble de un deudor con la obligación de aplicarlo al pago de los intereses que debiera y después al del capital de un crédito que fue el que dio origen al contrato de anticresis que es un derecho real inmueble.



CAPITULO II

DEL CONTRATO DE FIANZA

I. DEFINICIONES:

La fianza es una obligación accesoria por medio de la cual una de las personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose, con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple¹ nuestro Código Civil lo define impropiamente al decir que la fianza es una obligación, cuando realmente es un contrato, que exige el concurso de voluntad para su perfeccionamiento, el fiador no es deudor directo sino subsidiario por que a falta de solvencia del deudor principal sale el fiador al frente de la obligación contraída.

Definicion: De manera similiar Sanchez Medal la define como: “El contrato por el que una persona llamada fiadora distinta del deudor y del acreedor, en una determinada obligacion se obliga con el último a pagar dicha obligación en caso que el primero no lo haga.”²

II. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE FIANZA.

Contrato Accesorio, consensual, por lo general unilateral y gratuito y por vía excepción puede ser retribuido y entonces se vuelve bilateral, es también patrimonial y no condicional.

¹ Código Civil de la Republica de Nicaragua Tomo II.

² Guy Bendaña Guerrero. Estudio de los Contratos. 1era Edición. Managua. Ed. PAVSA. 2001. Pág. 409



2.1. Contrato Accesorio: Es un principal atributo del cual se derivan consecuencias jurídicas como:

La inexistencia de la obligación principal:

Origina la inexistencia de la fianza excepto en el caso que se afianza una obligación natural, pues aunque deje de existir esta, subsista la fianza. En cuanto a la nulidad, también la fianza sigue la suerte del contrato principal de tal modo que si el contrato a que accede la fianza es nulo o anulable, también será nula la fianza, lo prescribe el (Arto 3673 Civil); puede suceder el caso en que, el fiador de una persona incapaz ignore tal vicio y entonces será responsable como codeudor solidario, puede darse el caso, que la obligación sea nula por vicio de violencia, error o falta de alguna solemnidad en fianza. En cuanto a su alcance se ha notado que la fianza no puede extenderse a más que la obligación principal y si pasara del monto de lo principal se tendrá reducida de pleno derecho a la cuantía de la obligación principal así lo contempla los (artos 3665, 3666, 3670 del Código Civil). La obligación del fiador no puede devengar intereses si ellos no corren contra el deudor, en cuanto al plazo la obligación del fiador no puede exceder en tiempo del de la obligación principal.

2.2. Contrato Consensual: Para su perfeccionamiento se necesita el acuerdo de voluntades entre el acreedor y fiador, pero su consentimiento debe manifestarse expresamente y nunca se presume tal como lo hacen notar el (Arto 3669 civil) sobre todo en la fianza judicial, legal.



2.3. Unilateralidad del Contrato:

La fianza por su Naturaleza es unilateral pues solo resulta obligado el fiador a pagar la deuda sino lo hace el deudor. En su esencia se transforma en bilateral en el caso en que, el acreedor contrae una obligación en el contrato, como cuando el pago que hace el acreedor contrae una obligación en el contrato, como cuando el pago que hace el acreedor al fiador es el carácter de bilateralidad que le da a este contrato aunque sea excepcional, pero si el pago lo hace el deudor al fiador creen algunos tratadistas que desvirtuarían la naturaleza jurídica de este contrato.

2.4. Gratuidad; generalmente la fianza es gratuita porque el que se obliga es el fiador en provecho del acreedor. Cuando la fianza es gratuita, no por ello constituye una donación, por eso con más propiedad puede decirse es un contrato desinteresado, que sin ser donación tiene el carácter de gratuito.

2.5. Patrimonial: Es un contrato patrimonial nuestro Código Civil en su (arto 3672), consagra el carácter patrimonial al decir: Que todas las obligaciones y derechos del fiador pasan a sus herederos.

2.6. No es un contrato condicional: La condición consistiría en que el deudor no cumpliera lo pactado. Pero no, el fiador contrae su obligación inmediata y directamente y puede ser perseguido por el acreedor sin que éste tenga necesidad de siquiera averiguar si el deudor está o no en situación de pagar.³

³ Somarriba Undurraga, Manuel. Tratado de las Caucciones. Editorial Nascimento. Santiago de Chile 1943. Pág. 91 – 97.



III. Elementos esenciales del contrato de fianza:

La fianza necesita para su validez:

1.) Consentimiento.

2.) Capacidad.

3.) Objeto.

4.) Causa.

5.) Existencia de una obligación principal.

3.1. Consentimiento: El acuerdo de voluntades se verifica entre acreedor y fiador, y la manifestación de voluntad del deudor, es innecesaria, ya que la fianza, se puede constituir aún sin consentimiento del deudor, así lo expresa el (arto 3676C) para constituir la fianza no es necesaria ninguna solemnidad, en consecuencia, la forma de manifestar el consentimiento en ella no está sujeta a solemnidades, por lo cual puede ser tanto verbal como por escritura pública o privada, tal como lo señala el (arto 3683C), pero si fuere negada en juicio, solo podrá ser probada por escrito si excediere de ocho córdobas, más si bien hay ausencia de solemnidades en la fianza hay que tener presente que según el (arto 3669C). La fianza no presume, debe constar expresamente.

Pero si bien el consentimiento del fiador debe ser expreso, su manifestación en cambio no está sujeta a frases sacramentales.

Según el (arto 3685) del Código Civil dice: las cartas de recomendación en que se asegura la propiedad y solvencia de alguien que procura crédito, no constituyen fianza, pues para que esto último ocurra es necesario que se exprese



claramente, por quien los da, tal como lo señala el arto. 3684C. Si la carta de recomendación fuere dada de mala fé, afirmando falsamente la solvencia del recomendado el que suscribe tal carta debe ser responsable del daño que puede sobrevenir a la persona a quien se dirige por la insolvencia del recomendado (art 3686C). Quedará exento de esta responsabilidad, si el suscriptor de la carta probare que no fue su recomendación la que indujo al acreedor a tratar con su recomendado, o que después de esta recomendación cayó en insolvencia el recomendado. (art 3687C).

Si el consentimiento del fiador en el contrato de fianza no puede manifestarse en forma tácita, no acontece lo mismo tratándose del consentimiento del acreedor; respecto de éste recobra su imperio la regla general de que tanto vale en derecho el consentimiento expreso, como el que se otorga tácitamente.

Con respecto al deudor puede decirse que, no interviene en el consentimiento de éste, ella se forma por el concurso de las voluntades del acreedor y fiador, no siendo por consiguiente necesario la voluntad del deudor y como dice el (art 3676C). se puede afianzar sin consentimiento del deudor.

3.2. Capacidad: El (arto 3653C. inc. 3) estipula que puede ser fiador toda persona capaz de obligarse, salvo las excepciones determinadas por la ley; como excepción de la regla no pueden ser fiadores los que tienen incapacidad física o legal para poder constituirse como fiadores.



3.3. Objeto: Debe consistir en pagar una cantidad de dinero. El objeto directo de la obligación del fiador es pagar una cantidad de dinero, (art. 3662C). Con ésto nuestro Código se divorcia por completo del principio que impera con el Derecho Romano. En la legislación Romana lo único que se exigía era la identidad del objeto de la obligación del deudor y fiador.

3.4. Causa: La fianza puede tener diversas causas, para comprender mejor cual es la causa de la obligación del fiador es necesario establecer previamente lo que en derecho se entiende por los actos abstractos:

La obligación del deudor para con el acreedor es de carácter abstracto, porque no existe vinculo alguno de orden jurídico entre ellos y la causa hay que buscarla no en la relación de estas personas si no en lo que ligan al deudor con la persona por cuyo orden e iniciativa actúan.

Será necesario distinguir según que la fianza sea gratuita o remunerada: en el caso en que la fianza sea gratuita, la causa de la obligación del fiador será la mera liberalidad, el deseo de favorecer al deudor; y en el caso en que la fianza sea remunerada el fin perseguido por el fiador al obligarse será que a su vez el deudor cumpla con la obligación contraída de pagar la remuneración estipulada. El acreedor es completamente extraño a la relación que liga al deudor con el fiador y las más veces lo ignora por completo.



3.5. Existencia de una obligación principal.

Obligación que puede afianzarse: La fianza para su validez necesita de una obligación principal.

En general toda clase de obligaciones lícitas y válidas pueden ser afianzadas, de dar, de hacer o no hacer, puras y simples, condicionales y a plazo, líquidas o ilíquidas, presentes o futuras, o que emanen de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito o de la Ley arto. (3663C).⁴

La fianza puede también garantizar la obligación del fiador en los términos que lo prescribe el párrafo segundo del (artículo 3653C). y en este toma el nombre de subfianza.

IV. CLASIFICACIÓN DE LA FIANZA:

La fianza puede clasificarse de diferentes maneras:

- 1. Por su naturaleza: Civil y mercantil.**
- 2. Por su garantía: Personal, hipotecaria o prendaria.**
- 3. Según su alcance: Limitada e ilimitada.**
- 4. Por su origen: Convencional, legal y judicial.**
- 5. Tomando en cuenta el vínculo que une al fiador con el deudor: Simple y solidaria.**

4.1. FIANZA CIVIL Y MERCANTIL (AVAL).

La fianza será civil y mercantil. El Código de Comercio en su (arto 628 y siguiente), se refiere al AVAL que prácticamente es una fianza mercantil, pero

⁴ Orlando Flores Vidaurre. Fianza en lo Civil. Tesis Doctoral. UNAN – León. Nicaragua. 1956. Pág. 19 – 22



en este hay que hacer notar ciertas diferencias, en lo civil es accesoria, es decir que sigue la suerte de la obligación principal, el AVAL es autónomo, es decir que aunque la letra sea falsa o adolezca de alguna nulidad, no por eso lo va hacer el AVAL y el portador de la letra tendrá acción contra el AVALISTA (arto. 630 CC).⁵

Otra diferencia importante es que mientras en lo Civil el contrato de fianza puede ser gratuito, en lo mercantil va envuelta una especulación. Cabe también decir que en lo mercantil la fianza se reputa solidaria mientras que en lo civil debe expresarse este carácter.

La palabra AVAL enpleada en el comercio significa hacer valer y es una forma de obligarse especial por lo que se asegura y hace valer una obligación anteriormente contraída.

4.2. FIANZA PERSONAL Y FIANZA HIPOTECARIA O PRENDARIA.

El caso más común es de la fianza personal, en ella el fiador responde con todos sus patrimonios del cumplimiento de la obligación por parte del deudor, pero no es óbice para que el fiador constituya una hipoteca o prenda.

Nuestro Código Civil en su (arto. 3656C). prohíbe que el obligado a rendir una fianza convencional pueda sustituirla con una hipoteca o una prenda recíprocamente, contra la voluntad del acreedor, porque no puede ser alterado por una sóla de las partes, lo convenido en un contrato.

⁵ Código del Comercio de Nicaragua (CC).



La fianza hipotecaria representa para el acreedor una mayor seguridad, ya que mediante ella dispone de tres acciones a saber:

- a.) Puede perseguir el cumplimiento de la obligación en el patrimonio del deudor en virtud del derecho de prenda general.
- b.) Puede hacer efectiva la obligación en los bienes del deudor con el derecho que le da la fianza.
- c.) Si el fiador ha enajenado el bien hipotecado puede perseguirlo en manos de quien se encuentre, ejercitando la acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada, la cual puede ejercitarse en las vías ordinarias o ejecutivas según sea el caso.

Es importante distinguir entre la acción que emana de la fianza y la que deriva de la hipoteca o prenda para los efectos de la preferencia o privilegios que el acreedor puede invocar para el pago, porque la simple fianza no lleva consigo preferencia alguna en cambio la hipoteca constituye una causal de preferencia y el acreedor prendario tiene un crédito privilegiado.

4.3. Por su alcance.

Fianza limitada o definida:

Es cuando en el contrato se establecen específicamente las obligaciones de que responde el fiador, o bien cuando ella se limita a una cantidad fija de dinero, por lo cual si el fiador responde por una cantidad mayor que la obligación principal, aquella queda reducida a los mismos términos que la del deudor (arto. 3666C).



Fianza ilimitada: Es cuando responde de una obligación de valores indeterminados, ilíquida y cualquiera que sea la forma del acto principal, así lo establece la parte in fine del(arto. 3663C). y también cuando el fiador responde de un hecho que el deudor debe ejecutar personalmente entonces el fiador de la obligación principal estará obligado a satisfacer los daños e intereses de que se deban al acreedor por la inejecución de la obligación, (Art. 3662C). inc. Final y como los daños e intereses no estén determinados en su valor real, pero si estipulados en caso de no cumplir con la obligación principal, la fianza lógicamente tiene que ser ilimitada. Pero ya sea la fianza limitada o ilimitada es necesario tener presente que la fianza no debe extenderse a mas del tenor de lo expreso, principio que no es sino una consecuencia del hecho que la fianza no se presume de la cual resulta que el juez, para fijar su alcance debe proceder con criterio restrictivo. Por ser un accesorio de la deuda, se entiende que el fiador también responde al acreedor de la indemnización de perjuicio ya sea por el incumplimiento o por el cumplimiento tardío de la obligación por parte del deudor o sea la mora (Art. 3671 C). Igualmente sería responsable de la cláusula penal que se hubiera estipulado entre acreedor y deudor. En cuanto a las costas judiciales el fiador responde de ellos. Pero es lógico que no responda de las costas causadas entre el requerimiento hecho al deudor y la intimidación al fiador.

4.4. Por su origen.

Fianza convencional, legal y judicial.

La fianza en cuanto a su origen es convencional, legal y judicial. La fianza legal y la judicial se sujeta a las mismas reglas que la convencional, salvo en



cuanto a la ley misma o el Código de Procedimiento Civil disponga otra cosa, (Arto. 3654C).

La fianza siempre es contractual. La obligación de rendir fianza puede emanar de la voluntad humana, de la ley o del juez, pero en cualquier caso la fianza se constituye siempre como contrato.

No es necesario que el consentimiento del acreedor se manifieste expresamente, pues el puede exteriorizarse en forma tácita, y aún más se mira como suficiente manifestación el hecho de que el acreedor persiga del fiador el cumplimiento de la obligación.

La voluntad del acreedor debemos buscarla en los actos de este, que signifiquen una aceptación tácita.

Fianza Legal: Es la que emana de un precepto de la ley, por ejemplo: Los poseedores de bienes provisionales del ausente deben rendir caución para entrar en el goce de estos bienes.

Otro caso de fianza legal se presenta en las obligaciones del usufructuario cuando entra al goce de los bienes dados en usufructo, pues tiene que prestar fianza, arto (1403C), pero esta obligación será cuando de ello no resultare perjuicio a nadie, arto. (1505C); y si el usufructuario no prestare la fianza en el termino que el Juez le señala podrá el propietario pedir que los inmuebles se arrienden o pongan en administración, etc. Arto. (1506C).

También podrá el propietario de los bienes dados en usufructo si lo



prefiere y mientras el usufructuario no preste la fianza o no quede dispensado de ella, retener los bienes en su poder en calidad de administrador, arto. (1506C. inc. 2).

Fianza Judicial. Es la que decreta el juez previo precepto legal. El procedimiento civil estatuye que: “En todos lo juicios de mayor cuantía el actor nacional o extranjero será obligado a petición del demandado y mientras no se halle cerrado el debate de la primera instancia, a dar fianza de pagar las costas, daños y perjuicios en que pueda ser condenado”. Esta fianza no puede solicitarse estando pendiente el término probatorio, (Arto. 939 Pr).⁶ naturalmente que esta fianza puede sustituirse por prenda o hipoteca tal como lo prescribe el arto. (3536C). en su parte final, en estos casos el Juez con el solo pedimento de la parte, acordará la fianza solicitada, y en el auto que la acuerde determinará la cantidad que deba afianzarse, la cual deberá ser proporcionada a la cantidad pedida o de los fundamentos de la demanda. Esta fianza deberá calcularse por lo menos igual al 10% pero no ser menor de quinientos córdobas ni mayor de dos mil, siempre a juicio del Juez, el fiador mediante certificación extendida por el registrador del departamento donde se esté ventilando el juicio que tiene bienes; estos bienes deberán tener a juicio del Juez un valor suficiente para responder por la cantidad mandada a afianzar. El Juez deberá pronunciarse sobre la calificación de la fianza propuesta a más tardar dentro de tres días bajo la pena de quedar incurso en una multa de cien córdobas a beneficio de la Junta local de Asistencia social.

Puede también suceder que en lugar de constituir fianza, consigne la

⁶ Código de Procedimiento Civil de la Republica de Nicaragua.



cantidad mandada a afianzar o igualmente pruebe con intervención de la parte contraria que posee en la República bienes suficientes para cubrir la cantidad de la garantía y en estos casos quedará exento de la obligación de rendir fianza, esta fianza se extiende apud acta ante el Juez que la ordene(Arto. 943, 944 y 945 Pr).⁷

No sólo esta fianza existe en materia civil, existen otros casos de fianza que son peculiares a ciertos juicios. Ej: En “La denuncia de obra nueva”, se presentan cuatro fianza distintas: la que se da en todo juicio que es la de costas; la que se otorga cuando el actor presenta la demanda pidiendo la suspensión de la obra nueva, entonces el Juez accede a ello decretando la suspensión, pero previo a esta suspensión el actor deberá rendir fianza, de responder por las costas que aquella ocasionare a la parte contraria, una vez que la suspensión se alzare por sentencia firme, (arto. 1664 Pr).

El tercer caso de rendición de fianza lo prescribe la parte final del arto.(1667 Pr), que dice: “Podrá sin embargo, el Juez a petición de parte ordenar en la misma sentencia la demolición cuando estimare que el mantenimiento aun temporal de la obra ocasiona grave perjuicio al denunciante y diese este suficiente caución para responder, por las resultas del juicio ordinario.

La cuarta fianza se presenta cuando se ratificare por el superior la suspensión de la obra, podrá el vencido pedir autorización para continuarla, siempre que lleguen los requisitos siguientes:

- a) Acreditar que de la suspensión de la obra se le siguen graves perjuicio.

⁷ Ídem



- b) Dar caución suficiente, para responder de la demolición de la obra en caso que sea vencido en juicio ordinario y de la indemnización de los perjuicios que de continuarla pueden requerirse al contendor, en caso que a ello fuere condenado por sentencia firme y que se dicte en la correspondiente acción ordinaria, arto. (1668 Pr).⁸

Otra clase de fianza que se otorga en materia civil, es la que se presta para el levantamiento de embargo preventivo, pero esta fianza se puede sustituir por el valor reclamado en el embargo.

4.5. Por la relación entre el fiador y el deudor, esta puede ser: fianza simple y fianza solidaria.

a.) Fianza Simple: Como lo dice **Don Manuel Somarriba Undurraga**: “Los casos de fianza siempre no son muy frecuentes en la práctica, porque el fiador goza en ella de los beneficios de excusión y de división, lo que significa para el acreedor una disminución de la garantía.

b.) Fianza Solidaria: El(Arto. 3680C), establece: “La fianza será solidaria con el deudor principal, cuando así se hubiere estipulado, o cuando el fiador renunciare al beneficio de excusión u orden de los bienes del deudor.

⁸ Ídem



Para que exista fianza solidaria el fiador debe manifestarlo expresamente, diciendo que se constituye fiador solidario del deudor, renunciando con esto al beneficio de excusión u orden.⁹

Don Manuel Somarriba Undurraga, en su tratado sobre las cauciones se expresa¹⁰ de la siguiente manera sobre la fianza solidaria: “La fianza solidaria presenta la particularidad de ser una caución en la cual se combinan las dos cauciones personales mas importantes como son la Fianza y la solidaridad pasiva.

Estipulación de la solidaridad puede referirse a la situación del fiador con el deudor o a la situación del fiador con los demás fiadores, y el fiador se verá privado de ambos beneficios, como son: Excusión y división de bienes.

El (arto 3681 C), dice: “Cuando el deudor y el fiador se hubieran obligado de mancomún como deudores principales, cada uno deberá ser reconvenido solo por su parte, a no hallarse, alguno en insolvencia, en cuyo caso el otro será responsable de la totalidad de la deuda.

El (Art. 3682 C), dice: “Cuando un fiador se obligare como principal pagador, cualquiera que sea los términos en que lo haga será deudor solidario y se le aplicarán las disposiciones, del(Arto. 3880C).

⁹ Sentencia dictada 16 de Junio de 1917 y Confirmada por la Corte de Apelación de Granada a las diez de la mañana del veinte de septiembre de ese mismo año en el cual consta que la demandada se constituía fiadora solidaria de su hermana Amelia Pérez por el principal reclamo y los intereses convenidos y siendo así tiene plena aplicación el Arto. 3686C.

¹⁰ Somarriba Undurraga, Manuel. Ob. Cit.



Esto es, que debe especificarse cuando sea fiador solidario, es decir, renunciando al beneficio de excusión u orden. Expone al respecto **Don Manuel Somarriba Undurraga** en su tratado de las cauciones: Puede garantizarse la obligación del deudor, constituyéndose un tercer fiador y codeudor solidario es esta una forma de caución que tiene gran aplicación en la practica, quizás mas todavía que la fianza solidaria.

Al comentar el (arto 1522C) para que una persona se obligue como codeudor solidario, no es indispensable que tengan interés en la deuda que a él concierna, el negocio para el cual sea contraído la obligación solidaria, sino que pueda concurrir con el solo fin de garantizarla.

Con respecto al acreedor, el fiador y el codeudor solidario es meramente deudor, no es lo mismo obligarse como fiador solidario que como fiador y codeudor solidario. El primero no pierde el carácter de deudor subsidiario, ni aun con respecto al acreedor en cambio el segundo en sus relaciones con el acreedor es un deudor directo.¹¹

V. Efectos jurídicos que produce el contrato de fianza.

Hay que distinguir el efecto que produce:

- 1.)Entre el fiador y el acreedor.**
- 2.)Entre el fiador y el deudor.**
- 3.)Entre cofiadores entre sí.**

5.1. Hay que distinguir dos momentos, antes de que el acreedor demande al

¹¹ Guy Bendaña Guerrero. Ob. Cit. Pág. 414 – 417.



fiador y después que el acreedor a entablado su demanda.

Antes de que el acreedor demande al fiador, puede el fiador pagarle al acreedor renunciando expresamente al plazo. En este caso el fiador no puede repetir contra el deudor principal sino una vez que la obligación se haya hecho exigible. Una vez que se ha hecho la obligación principal, el fiador puede pedir que se persiga primero al deudor, y esto se conoce como beneficio de excusión, y si el acreedor no persigue al deudor con este requerimiento el fiador no será responsable de la insolvencia que se produzca con posterioridad.

El acreedor debe entablar la demanda, “Es decir que la obligación principal sea exigible”.

El (arto. 3695C). dice: “El fiador tiene derecho a oponer todo en excepción que sean inherentes a la obligación principal, y no las que sean personales del deudor”.

Según el (arto 3682C). “Cuando un fiador se obligare como principal pagador, cualquiera que sean los términos en que lo haga, será deudor solidario y se le aplicarán las disposiciones del (arto 3680C)”, es decir, “en este caso puede ser reconvenido directamente por la totalidad de la deuda”. Si esto es verdad en el rigor de la Ley también lo es, que al tenor del (artículo 3673) del mismo Código, la fianza no puede existir sin una obligación válida. Si la obligación nunca existió, o está extinguida, o es de acto o contrato anulable, la fianza será anulable, pero si la causa de la nulidad fuere de alguna capacidad relativa al deudor, el fiador, aunque ignore la incapacidad, será responsable como único deudor.



El hecho de que un fiador se haya obligado como un deudor solidario o principal pagador, no desnaturaliza su carácter de fiador, no lo priva del derecho de oponer, con fundamento en el citado (art. 3695), todas las excepciones que sean inherentes a la obligación principal, y de repetir en su caso, la totalidad de lo que hubiere pagado, pues aún tratándose de las obligaciones a que alude el capítulo IX, título 1 del libro III C., el deudor solidario puede oponer a la demanda las mismas excepciones, fuera de las personales suyas (Arto. 1931), con la diferencia que el codeudor solidario que paga la deuda, solo puede repetir de un demás codeudores la parte de cada uno, con los costos e intereses (Arto. 1947C).

Continuando con las relaciones entre el fiador y acreedor.

Si el acreedor se dirige primero contra el fiador, podrá éste valerse del “**beneficio de excusión**” en virtud del cual puede exigir que se persiga primera la obligación en los bienes del deudor y en las prendas e hipotecas que hubiere constituido para garantizar el pago y en el caso de no tener bienes algunos habrá de pagar el fiador toda la deuda, y si no tiene lo suficiente, habrá de satisfacer cuanto faltare para cubrirla.

El fiador que opone el beneficio de excusión debe indicar al acreedor los bienes del deudor principal realizables en territorio nicaragüense que sean suficiente para cubrir el importe de la deuda y adelante el dinero necesario para hacer la excusión.

Pues toda excusión debe hacerse por cuenta y riesgo del fiador que lo pide. Este es un requisito esencial para poder oponer este beneficio.

No entrar en la excusión de los bienes ganados para el pago de otras



deudas, sino en lo que el valor excede de éste, ni los bienes litigiosos salvo los que fueren especialmente afectados para garantizar la deuda (arto. 3698C).

El subfiador también aprovecha este beneficio y puede exigir al acreedor que persiga primero al deudor principal si este no cumple que dirija su acción contra el fiador y si ambos no le pagan, entonces el cumplirá con la obligación principal.

❖ **Casos en que no tiene lugar el beneficio de Excusión:**

- a.) Cuando el fiador lo haya renunciado expresamente.
- b.) Cuando se haga obligado solidariamente.
- c.) En caso de quiebra o concurso del deudor.
- d.) Cuando el deudor no puede ser demandado judicialmente en la Republica.¹²

❖ **Beneficio de División.**

Cuando hay dos o más obligados a una prestación, cada deudor sólo está obligado a pagar su parte o cuota en la deuda, siempre que no haya solidaridad.

Esto mismo acontece en la fianza. Si hay varios fiadores, cada uno, sólo está obligado a pagar su parte o cuota en la deuda.

Para oponer el beneficio de división hay que hallarse en las siguientes condiciones:

- a.) Que existan varios fiadores.
- b.) Que los fiadores no se hayan obligado como fiadores solidarios.

¹² Código Civil de la República de Nicaragua.



El beneficio de división es el resultado del conjunto de obligaciones que tomen los fiadores. Estos (fiadores), cuando no han estipulado solidaridad, son deudores subsidiarios conjuntos, pueden oponer el beneficio de división.

Por tanto con lo dicho anteriormente, la obligación principal se divide por iguales partes entre los fiadores. Pero existen casos en que esta regla no es aplicable:

- a.) Cuando uno de los fiadores cae en insolvencia. Entonces la obligación principal se divide entre los fiadores restantes, pues a estos les queda la acción de repetir contra el deudor principal.

En caso de que este fiador tenga un subfiador, entonces la obligación principal se dividirá entre el subfiador y los demás fiadores.

En cuanto al (artículo 3704C) en que el mismo ha dividido voluntariamente su acción pierde la parte del fiador insolvente.

Este artículo presenta una nota aclaratoria, que copiado del Código de Italia sigue el sistema del Código francés, que en su (artículo 1911) estatuye: Cuando hay varios fiadores por una misma deuda cada uno de ellos está obligado por su totalidad; por tanto no hay pleno derecho de beneficio de división entre los fiadores sólo cuando se ha estipulado.

Nuestro artículo (3703C), adoptando el sistema opuesto al francés e italiano establece como principio general el beneficio de división entre los fiadores, admitiendo la solidaridad sólo cuando se ha estipulado.



a.) Si uno de los fiadores ha limitado su responsabilidad hasta una determinada cantidad, no podrá exigirsele una mayor a dicha suma.

Entonces nuestro (arto. 3703C), nos dice que con una misma deuda los fiadores de un mismo deudor serán responsable de ella y será dividida entre ellos por igual. Ej: Si hay una deuda de C\$ 6,000.00 se dividirá en C\$ 2,000.00 para cada fiador. Por tanto el acreedor solo podrá reclamar la parte que le corresponda a cada fiador, a menos que se haya estipulado la solidaridad.

El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el beneficio de excusión contra el deudor principal.

❖ Con esto se ha dado una idea sobre lo que respecta el beneficio de excusión y beneficio de división.

Ahora pasaremos a tratar sobre los efectos jurídicos de la fianza de forma directa:

5.2) Efectos jurídicos de la fianza entre “Deudor y Fiador”.

Debemos estudiar los efectos de la fianza entre el fiador y deudor en dos momentos: **A) Antes que el fiador haya hecho el pago. B) Con posterioridad a él (Pago).**

5.2.1) El objeto de obtener revelación de la fianza a una garantía que le ponga a cubierta de los procedimientos del acreedor y del peligro insolvencia en el deudor, en dos casos que señala el (arto. 3710C), y que son:



- a.) Cuando se ve demandado judicialmente para el pago. Aquí puede invocar el beneficio de excusión.
- b.) En caso de quiebra, concurso o insolvencia. El deudor pierde el derecho de utilizar el plazo, salvo que de suficiente garantía. (Arto. 1901, N° 1).
- c.) Si emprendiere negocios peligrosos o los diese en seguridad de otras obligaciones. En este caso la ley le concede el derecho el derecho de pedirle al deudor le releve de la fianza o le de una garantía.
- d.) Cuando el fiador se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, este plazo ha vencido.
- e.) Cuando la deuda ha llegado a ser exigida, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse.
- f.) Al cabo de cinco años a no ser la obligación principal sea de tal naturaleza que no esté sujeta a extinguirse en tiempo determinado o que ella se hubiere contraído por un tiempo más largo. Este es el plazo máximo de la fianza.

Pero existen dos excepciones: **A) Cuando así lo estipulan las partes; B) Cuando la obligación por la cual se ha otorgado la fianza no dura un tiempo determinado, es decir, no tiene plazo fijo, “como la fianza de los guardadores”.**



Ahora bien, en lo que respecta al fiador que paga sin ponerlo en noticia del deudor, este (deudor) podrá hacer valer contra él todas las excepciones que hubiere podido oponer al tiempo de hacerse el pago.¹³

5.2.2) Efectos de la Fianza entre “Deudor y Fiador” después que este efectue el pago.

El fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste, es decir, tiene la “**acción de reembolso**”, que comprende la cantidad total de la deuda, los intereses legales de ello desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjere para el fiador, los daños y perjuicios cuando procedan. (Art. 3705C).

Cuando la deuda era a plazo y el fiador la paga antes de su vencimiento, no podrá exigir reembolso del deudor hasta que el plazo venza. Por que el fiador goza de los mismos plazos y condiciones que el deudor principal y al verificar el plazo tiene lógicamente que esperar que el plazo venza para cumplir la obligación.

Una vez requerido el fiador por que el deudor no haya cumplido la obligación principal, aquel tiene la acción subrogatoria, así lo establece el (arto. 3706C). “El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor.

¹³ Orlando Flores Vidaurre. Ob cit. Pág. 34 – 37.



Si ha tramitado con el acreedor no puede pedir el deudor más de lo que haya pagado”. Subrogación que surte sus efectos en toda su amplitud, aún sin poner en conocimiento del deudor el pago que haya hecho sin ser demandado con tal que de dicho pago no se haya requerido a aquel perjuicio alguno. (Arto. 3717C).

Entre estas dos acciones: La subrogatoria y la de reembolso, existen diferencias:

- a.) La acción de reembolso no la puede entablar el fiador que afianza contra la voluntad del deudor; la subrogatoria la puede entablar (fiador) haya afianzado o no contra la voluntad del deudor.
- b.) La acción de reembolso en cuanto a su extensión abarca el monto de lo pagado por el fiador, más los intereses y gastos; la subrogatoria solo alcanza a lo que realmente pagó el fiador al acreedor.¹⁴

5.3) Efectos jurídicos de la fianza entre “cofiadores”.

Cuando existan dos ó más fiadores de un mismo deudor y por una misma obligación el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente la corresponda satisfacer.

Para que el cumplimiento de la obligación surta todos un efecto es preciso que se haga el pago en virtud de demandad judicial o hallándose el deudor principal en estado de quiebra o concurso. Solo hasta entonces está en mora

¹⁴ Ídem



después de interpelación y en ese momento cuando el pago es válido.

Esta regla tiene su excepción, y es el caso cuando uno de los fiadores cumplió la obligación, al reclamar de los otros la parte que le corresponda en la deuda puedan oponer las mismas excepciones al fiador que pagó las cuales correspondía al deudor contra el acreedor, por supuesto que no sean puramente personales del deudor.

Nuestro Código Civil en el (art 3684) establece: que las cartas de crédito no se reputan fianzas, sino cuando el que las hubiera dado, declare expresamente que se hacia responsable por el crédito.

Las cartas de recomendación en que se asegura la probidad y solvencia de alguien que procura crédito no constituye fianza.

Con la salvedad de que la recomendación fuera dada de mala fe por que afirma falsamente la solvencia del recomendado, solamente el que suscribe la carta de recomendación sera responsable del daño causado a las personas a quienes se dirigen por la insolvencia del recomendado.

Esta responsabilidad no tendra lugar cuando la carta de recomendación no fue el motivo principal para contratar con recomendado, o cuando después de la recomendación sobrevino la insolvencia de recomendado, extremos que tiene que probar el que suscribe la carta de recomendación.

La responsabilidad del recomendante tiene lugar también cuando en la



carta asegura que su recomendado goza de crédito y esto no fuera cierto.

Del Abono. Consiste en que una persona o más, respondan por la insolvencia del fiador, pero para que exista es necesario que se de en términos claros, expresos y positivos.

El que abona no es responsable de la insolvencia del fiador cuando pruebe que cuando abonó era solvente o gozaba de crédito.¹⁵

VI. Extinción del Contrato de Fianza.

- a. Si el fiador o el deudor principal pagan al acreedor, el contrato de fianza queda extinguido.
- b. La confusión de las calidades de deudor y fiador que se verifica en una misma persona, cuando el uno hereda al otro, no extingue la obligación principal, pero si la fianza.

Esta extinción no se opera, cuando el heredero ya sea el fiador o el deudor acepta la herencia con beneficio de inventario, pues el efecto de este beneficio es precisamente impedir la confusión de los bienes personales del heredero con los de la herencia, de tal suerte que el acreedor podrá ejercer su acción sobre los bienes del heredero y sobre los de la herencia.

Si el acreedor hereda al fiador, queda igualmente extinguida la fianza: más si el fiador hubiere ya pagado alguna parte de la deuda principal es justo que tengan acción para reclamar esta parte del deudor.

¹⁵ Orlando Flores Vidaurre. Pág. 40 - 44



Cuando el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos de pago de la deuda, la fianza queda extinguida aunque después quede despojado de dichas cosas.

Toda prórroga concedida por el acreedor o cualquier novación en el contrato principal sin el expreso consentimiento del fiador extingue la obligación de éste. (Arto. 3726C) Nadie puede quedar obligado por el contrato de otro. La prórroga del plazo no es más que un convenio entre el deudor principal y el acreedor, el fiador no toma parte alguna. Por consiguiente este no puede obligarse en un contrato en que no intervino y que ignora.¹⁶

El fiador queda libre si el acreedor acepta el pago de intereses por mensualidades posteriores al vencimiento (arto. 3726C).¹⁷

¹⁶ Guy Bendaña Guerrero. Ob Cit.

¹⁷ Sentencia 20 de Agosto 1919 en donde se prorrogó la deuda sin consentimiento del obligado y por el cual se violó el arto. 3726C. Considerando II. Pág. 2480.



CAPITULO III DEL CONTRATO DE PRENDA

I. DEFINICION:

El (arto. 3728C). la define así: El deudor puede asegurar el cumplimiento de su obligación entregando al acreedor o quien le represente un objeto mueble para que le sirva de garantía, esto es lo que se denomina Prenda¹⁸.

La definición anterior destaca únicamente el carácter real del contrato que recae sobre un bien mueble que es accesorio y de garantía.

Una **definición** más completa es la siguiente: La prenda es un contrato real accesorio, que recae sobre una cosa mueble, enajenable y determinada, establecido en garantía de una obligación principal, por cuya virtud se entrega al acreedor o a un tercero de común acuerdo con el fin de que quede en su posesión hasta el completo pago del crédito, gozando el acreedor del derecho real de persecución, venta y preferencia en el pago en caso de incumplimiento, satisfaciendo entonces con su importe las responsabilidades pecuniarias que nacen de la obligación garantizada, con la obligación la cosa recibida una vez que se cumpla la obligación¹⁹.

Además de su significado como contrato la palabra Prenda tiene otras dos acepciones: En derecho real de garantía y la cosa misma dada en prenda.

¹⁸ Código Civil de la República de Nicaragua, Tomo II. Edición 1999.

¹⁹ Escobar Fornos, Iván. Curso de Contrato.



II. CARACTERÍSTICAS DE LA PRENDA

La prenda es un contrato unilateral, oneroso, real o solemne, y accesorio²⁰. Además de un derecho real y mueble, constituye un principio de enajenación, de nacimiento a un privilegio, en las prendas con desplazamiento es un título de mera tenencia, y finalmente, es indivisible.

La prenda es un contrato, exige por lo tanto acuerdo de voluntades entre el que constituye la prenda y el acreedor.

No es indispensable que el acuerdo de voluntades se produzca entre acreedor y deudor, porque bien puede que la prenda no la otorgue éste, sino un tercero.

2.1. Es un contrato unilateral. La prenda es un contrato unilateral porque siempre resulta obligada una sola de las partes contratantes. En la prenda civil y demás en que se entrega al acreedor el bien dado en garantía, como por ejemplo en la mercantil, únicamente se obliga el acreedor a restituir el objeto recibido. De manera que en este caso, el acreedor del contrato principal pasa a ser deudor en la prenda. En las prendas sin desplazamiento, tales como la agraria y la industrial es el deudor el que contrae la obligación, que en términos generales se reduce a gozar de la cosa de manera que no perjudique ni menoscabe el derecho del acreedor prendario.

Sin embargo la parte que no contrae obligaciones por el solo contrato, puede resultar obligada por hechos posteriores; por ejemplo, en la prenda civil, el deudor a indemnizar al acreedor los perjuicios que la tenencia de la cosa le

²⁰ Somarraba Undurraga, Manuel. Tratado de las Caucciones. Pág. 207-213



hubiere irrogado. Por eso bien puede decirse que la prenda es también un contrato sinalagmatico imperfecto.

2.2. Puede ser contrato oneroso o gratuito. Se acostumbra calificar la prenda entre los contratos onerosos, porque reporta utilidad a ambas partes: el acreedor obtiene una seguridad para su crédito, y al deudor le es posible la obtención de créditos que en otra forma no había conseguido. Sin embargo hay casos en que este contrato no tiene el carácter de oneroso; si el deudor constituye la prenda con posterioridad al nacimiento de la obligación principal y sobre todo, cuando la garantía la otorga un tercero a quien el contrato no le reporta utilidad.

2.3. Es un contrato real o solemne. En cuanto a la manera como se perfecciona, la prenda jamás tiene el carácter de contrato consensual. La prenda clásica es uno de los contratos reales por excelencia, porque requiere para que sea perfecta la entrega de la cosa al acreedor.

2.4. Es un contrato accesorio. La prenda, al igual que todas las cauciones, es un contrato accesorio que para subsistir necesita de la existencia de una obligación principal.

2.5. Es un derecho real. La prenda al par que contrato es también un derecho real. Tiene este carácter, porque el acreedor prendario ejerce su derecho sobre el bien dado en garantía sin respecto a determinada persona, y está facultado para perseguirlo en manos de quien se encuentre. La eficacia de la prenda emana entonces, no del contrato sino del derecho real. Sin embargo, ambas características son inseparables, porque el mismo tiempo que se perfecciona el



contrato de prenda, ya sea por la entrega de la cosa o por el cumplimiento de las solemnidades, también nace el derecho real.

2.6. Es un derecho mueble. La prenda es un derecho mueble, porque siempre recae sobre bienes de esta naturaleza, y jamás se ejercita sobre un bien raíz.

2.7. Constituye un principio de enajenación. La constitución de todo derecho real entraña un principio de enajenación. El dominio se compone de la suma de los derechos reales que se encuentran en estado latente en manos de propietarios. Al desprenderse de cualquiera de ellos limita su dominio y hay un principio de enajenación. En la prenda este principio de enajenación aparece con toda nitidez, porque tratándose de las prendas con desplazamiento el que la constituye se ve privado de dos de los atributos del dominio como son las facultades de usar y de gozar, que por encontrarse la cosa en manos del acreedor se hace imposible su ejercicio. En aquellas en que la prenda permanece en poder del deudor, la limitación del dominio también es sostenible, porque su ejercicio queda sujeto a trabas tanto en la facultad de usar y de gozar como en la de disponer.

2.8. En ciertos casos es un título de mera tenencia. Cualquiera que sea la prenda, el acreedor es propietario y poseedor de su derecho real de prenda; pero con respecto a la cosa dada en garantía, en aquellas que deben ser entregadas al acreedor, éste es sólo mero tenedor de la cosa, conservando el deudor o el tercero la posesión y el dominio.



Excepcionalmente, en la prenda de dinero, el acreedor no sólo es mero tenedor del dinero sino que se hace dueño de él, con la obligación de restituir igual cantidad a la recibida, una vez cumplida la obligación principal.

2.9. Es indivisible. La acción prendaria se dirige contra aquel que posea en todo o en parte la cosa hipotecada o empeñada. De manera, que en virtud de este principio, si la cosa empeñada se adjudica a uno de los herederos del deudor, ejercitando la acción prendaria al acreedor podría perseguir el total de la deuda y el heredero no sería admitido a alegar que de esta a él sólo le corresponde una parte a prorrata de su cuota hereditaria.

III. Tipos o clase de Prenda.

- 1.) Prenda Civil:
- 2.) Prenda Mercantil:
- 3.) Prenda Agraria o Industrial:
- 4.) Prenda Comercial²¹:

3.1. Prenda Civil:

De conformidad con nuestro código vigente, el deudor puede asegurar el cumplimiento de su obligación entregando al acreedor o a quien le represente un objeto mueble para que le sirva de garantía, esto es lo que se denomina Prenda. (Arto 3728C)²².

En esta clase de Prenda el contrato solo produce su efecto entre las partes por la entrega de cosa empeñada al acreedor o a quien le represente, pero con

²¹ Bendaña Guerrero, Guy. Estudio de los Contratos. 2001.

²² Código Civil de la Republica de Nicaragua. Tomo II, Edición 1999.



relación a terceros, es necesario que además conste en documento público o privado o por algún Juez de lo Civil de distrito o local de lo Civil.

En general cualquiera clase de obligaciones puede garantizarse con Prenda. Desde luego, es completamente indiferente el origen de ellas, y en consecuencia pueden asegurarse por este medio las que emanan de un contrato, de un cuasicontrato, de un delito, de un cuasidelito o de la Ley. Así mismo pueden a las obligaciones de dar, hacer y no hacer, garantizando con respecto a estas últimas no la ejecución de la obligación, sino el pago de la indemnización de perjuicio por su incumplimiento.

También puede otorgarse esta garantía tanto para las obligaciones principales, como para las accesorias. Finalmente, puede caucionarse con Prenda las obligaciones líquidas o ¡liquidadas, puras y simples, a plazo o a condicionales. La prenda recibe especial aplicación tratándose de obligaciones modales, por que en ella la ejecución de la obligación es futura, naciendo así para el acreedor la, incertidumbre de si él deudor dará cumplimiento a lo pactado y por eso le exige una garantía.

La prenda puede ser constituida por el propio deudor o por un tercero extraño, el cual en virtud del contrato no contrae obligación personal de ninguna especie.

3.1.1. PRENDA TÁCITA: la ley reputa que la cosa dada en prenda garantiza también el pago de la segunda obligación.



El arto: 3736 C. consagra esta clase de prenda:

La prenda que estuviere todavía grabada con una deuda anterior, al contraerse después otra deuda entre el mismo acreedor, y el mismo deudor, servirá de garantía para las dos deudas si no se hubiere estipulado lo contrario.

3.1.2. Requisitos para la Existencia de la Prenda Tácita.

- a) Que la segunda obligación haya sido contratada posteriormente a la garantizada por la prenda y tenga fecha de vencimiento anterior al pago de la primera.

- b) Que la segunda obligación haya sido contraída originalmente por el mismo Deudor con respecto del mismo acreedor; de tal modo que si el Acreedor viniese a tener, contra el deudor que le entregó la prenda, un nuevo crédito recibido de un tercero por sesión, subrogación o sucesión; la prenda tácita no tuviera lugar. Así lo establece el(arto: 3738 C).

La prenda tácita concede en nuestra legislación los derechos de retención y de preferencia.

3.2. Prenda Mercantil:

El código de comercio en su título nueve establece:

Se reputará mercantil la prenda constituida para garantizar un acto de comercio de igual manera la prenda constituida por un comerciante, a menos que se pruebe lo contrario. Arto 506 CC²³.

²³ Código del Comercio de Nicaragua.



Se puede dar en prenda mercantil todos los bienes muebles; tanto corpóreos como incorpóreos (arto: 507 CC). Los bienes incorpóreos son los créditos y los títulos valores. Su característica esencial es que sean créditos que consten en documentos.

La prenda es accesoria al contrato principal y por ello debe constituirse con los mismos requisitos de forma que el contrato principal; el código exige la entrega del bien pignorado al acreedor y cuando esta recae sobre las letras de cambio o títulos a la orden, puede ser constituida mediante endoso en garantía. (arto 508 CC.)²⁴.

En el contrato no puede consignarse cláusula mediante la cual se autoriza al acreedor apropiarse o disponer de la prenda en caso de falta de pago; no obstante ochos días después de vencida la obligación, el acreedor podrá hacerse dueño con expreso consentimiento del deudor manifestado por escrito.

3.3. Prenda Agraria e Industrial.

Este contrato está regido por la ley de prenda agraria e industrial publicada en La Gaceta, Diario Oficial número 174 del catorce de Agosto, de 1937²⁵.

Es necesario de la existencia de mutuo en dinero para la constitución de la garantía de prenda agraria o industrial. El contrato podrá celebrarse en escritura pública o en documento privado, en este último caso las firmas de los contratantes deberán ser autenticadas por notario igualmente la fecha del contrato.

²⁴ Código del Comercio de Nicaragua.

²⁵ Gaceta, Diario Oficial. Ley de Prenda Agraria o Industrial. 14-08-1937.



La ley de prenda comercial indica que cuando el contrato es privado, exige la autenticación no solamente de la firma de los contratantes, sino también la de la fecha del contrato. La prenda permanece en poder del deudor quien tiene las responsabilidades de un depositario, teniendo el acreedor acción Real para perseguir la prenda que está en manos de un tercero.

Por norma general en los contratos garantizados con prenda los bancos acostumbran a conseguir la calidad de depositario de la prenda al deudor o a persona natural cuando el deudor es persona jurídica, esta situación sirve de presión en caso que el deudor no presente en tiempo, la prenda a requerimiento del Juez, pues hay posibilidad de solicitar el apremio corporal.

El depositario de la prenda debe entregarla cuando es requerido por el juzgador, y al no hacerlo, delinque al no restituirla conforme lo dispuesto en el art 38 de la ley de prenda en concordancia con el (arto 283, numeral IV) del código penal. Se puede promover indistintamente la acción civil o penal con relación al incumplimiento del depositario.

Esta Ley dispone que la prenda puede incluso preconstituirse. La prenda no puede ser enajenada por el deudor. Este contrato debe de inscribirse para que tenga fuerza ejecutiva y efecto frente a tercero.

3.4. Prenda Comercial:

Esta Prenda está regulada por la ley de prenda comercial, publicada en la Gaceta Diario Oficial No 60 del 27 de Marzo de 1922²⁶.

²⁶ Gaceta, Diario Oficial. Ley de Prenda Comercial. 27-03-1932



Se constituye la prenda para garantizar el pago del precio del mueble comprado a crédito sobre el bien objeto de la compra o para garantizar el préstamo en dinero destinado a dicha compra.

El contrato se podrá constituir en escritura pública o documento privado, en este último caso la fecha y firma de los contratantes deberán ser autenticadas por notario. Autoriza la ley a contratar entre las mismas partes una segunda prenda comercial sobre la cosa grabada.

El deudor conservará la posesión de los bienes muebles a nombre del acreedor y no permite la ley la celebración de otro contrato en que sirvan de garantía los bienes pignorados.

Quienes pueden constituir el contrato de Prenda Comercial.

Siendo la prenda un contrato tendrá forzosamente los que lo constituyen tener plena capacidad civil para otorgarlo válidamente.

De aquí hay que inferir que además de la capacidad para contratar que debe tener quien constituya la prenda, debe además ser propietario de ella, lo que está corroborado por el arto 3730 C. que dicen que no pueden darse en prenda cosas ajenas sin el consentimiento expreso del dueño.

Existe una excepción y es la establecida en el arto: 3754 C. que permile al acreedor pignoraticio si no hubiere prohibición en contrario empeñarla a su vez. Tal prohibición es indudable que debe constar expresamente pues de otra manera tenemos que admitir que la Ley está supliendo el consentimiento del deudor.



Puede también la prenda según el arto 3735 C. ser constituida por el propio deudor o por un tercero aún sin el consentimiento de aquel.

Como debe constituirse el contrato de Prenda.

Está fuera de toda duda que desde el momento mismo en que un deudor hace entrega a su acreedor de un objeto mueble para garantizar su obligación, el contrato de prenda está constituido. Es perfecto. Las relaciones jurídicas que de eso pueden nacer producirán sus efectos entre las partes.

Pero con relación a terceros según el arto: 3734 C. es necesario que además conste en documento público o privado, autorizado por notario o por un juez de lo civil. Así mismo el arto: 3731 C. establece que si el valor de prenda excede de cien pesos el contrato deberá constar por escrito, artículo que está en perfecta consonancia con el arto: 2423 C. que al hablar de la prueba testimonial en materia de obligaciones estatuye que toda convención o acto jurídico cuyo objeto tenga un valor mayor de cien pesos deberá constar en documento público o privado, no siendo admisible la prueba de testigo, salvo el caso de existir un principio de prueba por escrito.

Por que exige la Ley estas formalidades?

La ley trata de salvaguardar es el interés de terceros. Estas formalidades responden a las necesidades de impedir hasta donde sea posible a que no se turbe las relaciones ni el estado de propiedad de las cosas con contratos simulados u ocultos de Prendas.



De modo que lo que la ley quiere con el establecimiento de escritura pública o privada, no es solamente imponer la existencia de un medio probatorio autentico y eficaz, de la constitución del contrata de prenda si no una seguridad de su certeza para evitar fraude y perjuicios provenientes de la mala fe del deudor.

Cuando el contrato haya sido hecho en documento privado puede ser este autenticado ante notario o incorporado al registro de documento pnvado para los efectos del (arto: 2387 C) referentes a la certeza de su fechas²⁷.

²⁷ Vega Vergara, Fernando. Contrato de Prenda. Tesis doctoral. León Nicaragua. UNN 1951



IV. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO REAL DEL CONTRATO DE PRENDA CIVIL.

4.1. ELEMENTOS PERSONALES:

El código tiene prevista la intervención de tres personas: el deudor, el acreedor y el propietario de la cosa dada en prenda. El constituyente de la prenda, que puede ser el deudor pignoraticio y de la obligación o un tercero, pues de conformidad con el (arto: 3730 C)., pueden prendarse cosas ajenas con el consentimiento del dueño. Además de la capacidad general para contratar el constituyente de la prenda requiere capacidad para disponer del bien que da en prenda; el acreedor prendario, que solamente necesita la capacidad general para obligarse²⁸.

4.2. ELEMENTOS REALES:

Las cosas prendadas y la obligación que resulta garantizada.

Como mencionamos anteriormente, la cosa debe ser un bien mueble, enajenable y determinada. La prenda puede recaer sobre un bien corpóreo o incorpóreo, como los créditos. (Arto 3729C).

No se pueden dar en prenda los muebles no enajenables; las naves y las cosas futuras.

Si la cosa no es del derecho a que se le entregue otra cosa de igual valor cuando menos e igual derecho tiene el acreedor cuando hubiese sido engañado en la sustancia de la prenda. Así lo establece el (arto: 3748C). e igualmente el cumplimiento de la obligación de daños y perjuicios si no se le entregare.

²⁸ Código Civil de la Republica de Nicaragua, Tomo II. Edición 1999.



Si la prenda es agraria o industrial solo puede grabarse los bienes taxativamente señalados en el **arto: 2 de la Ley de Prenda Agraria o Industrial**. Esta ley permite constituir prenda sobre cosechas futuras y sobre bienes en proceso de fabricacion por que al ser una prenda sin desplazamiento no se exige la entrega de la cosa al constituirse.

La prenda comercial podrá constituirse sobre una cosa mueble para garantizar el pago del precio convenido cuando esta ha sido comprada al crédito o para garantizar un préstamo en dinero destinado a dicha compra. (**arto: 1 de la Ley de Prenda Comercial.**)

También consideramos que sería absolutamente nulo la prenda comercial si se constituye con una finalidad diferente de la establecida en el citado (arto 1 de a ley de prenda comercial).

En general la prenda ordinaria exige la determinación de la cosa; pero en las referidas especiales se permite la indeterminación en ciertos casos²⁹.

De la definición misma del contrato de prenda se observa que pueden ser objeto de este contrato únicamente los bienes muebles y a condición de que éstos sean susceptibles de enajenación, como lo establece el (arto: 3729 C).

A1 definir nuestro Código Civil los bienes muebles dice que son aquellos que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por si mismo, o sólo que se muevan por una causa externa, con exclusión de las accesorias de los

²⁹ Bendaña Guerrero, Guy. Estudio de los Contratos. Primera Edición. Managua, Nicaragua. 2001



inmuebles³⁰. Divide así mismo las cosas muebles en fungibles y no fungibles y en consumibles o no.

Debemos de notar que al definir la prenda no hace la ley ninguna reserva sobre la clase de bienes muebles que puedan ser objeto de dicho contrato, como lo hace al hablar del comodato o del mutuo y es lógico que muebles de cualquier clase puedan ser dados en prenda.

Hay que recordar también, que la calidad de consumibles o no de una cosa es algo inherente a su naturaleza y que las cosas consumibles y fungibles, aunque algunas veces están equiparadas por la ley, la fungibilidad o no de una cosa, es algo arbitrario que las partes por el contrato puedan hacer o no, según sea su intención.

Los créditos de acciones industriales o comerciales, no negociables por endoso pueden ser empeñados pero no obligan al deudor sino hasta que se le notifica.

En los casos en que los créditos o valores puedan ser transmisibles por endoso, puedan ser válidamente dados en prenda por el simple endoso, no siendo necesaria la notificación. El crédito nacido del derecho en prenda alimentos presentes o futuros no sería susceptible de ser dado en prenda por prohibición expresa de la ley; pero sí lo sería si este mismo crédito se refiriera a pensiones de alimentos atrasados los cuales al tenor del (arto: 286 C). Puede renunciarse, venderse o cederse³¹.

³⁰ Código Civil de la Republica de Nicaragua, Tomo II. Edición 1999.

³¹ Vega Vergara, Fernando, Contrato de Prenda. Tesis Doctoral. León, Nicaragua. 1951



Se pueden dar en prenda agraria o industrial los bienes taxativamente señalados en el **artículo 2 de la ley de prenda agraria o industrial**. Esta ley permite constituir prenda sobre cosechas futuras y sobre bienes en proceso de fabricación por que al ser una Prenda sin desplazamiento no exige la entrega de la cosa al constituirse.

De conformidad con el **artículo 77 incs. 8 y 9 de la Ley General de Bancos y otras instituciones**, se permite la preconstitución de prenda agraria o industrial sobre los bienes a adquirirse con los fondos del préstamo y la prenda industrial sobre materias primas o productos semielaborados se extenderá a los productos elaborados o manufacturados con posterioridad. Estos podrían ser vendidos dentro del plazo, pero el deudor queda obligado a sustituir constantemente las materias o productos pignorados.

En principio no se puede constituir una segunda prenda sobre el mismo bien por la imposibilidad de entregarla al segundo acreedor al ser entregado de previo al primero. Para constituir una segunda prenda es preciso que ambos acreedores tengan la posesión del bien pignorado o que éste sea puesto en manos de un tercero. El orden de preferencia se determina por la fecha de constitución, (artículo 3737 C.)

En el artículo 21 de la Ley de Prenda Agraria o Industrial como norma general no permite constituir otra prenda sobre el mismo bien, salvo que lo consienta el acreedor. La violación de tal prohibición debe ser sancionada con nulidad absoluta.



El Código de comercio guarda silencio sobre el problema de la segunda prenda. Pero se puede deducir que puede hacerse con el consentimiento del primer acreedor como sucede en la ordinaria³².

PRENDA SOBRE BIENES FUNGIBLES:

Señala **Borda** que dentro del concepto de cosas pignoras debe incluirse las fungibles inclusive el dinero. Se ha declarado que el dinero entregado en garantía de cumplimiento de garantía del contrato de locación importa una prenda sobre dicha suma.

En rigor escribe **Díez Picazo** “se considera prenda irregular aquella que cae sobre bienes fungibles esto es, sobre bienes intercambiables o, si se prefiere, sobre bienes solo determinados por su pertenencia a un género”. Es una situación análoga a la del depósito irregular y por eso se le ha llamado prenda irregular.

PRENDA SOBRE DERECHOS INTELECTUALES ;

Para que tales derechos puedan ser susceptibles de prenda tienen que constar en un título documentado, cuya posesión por el acreedor impida al deudor y titular de esos derechos ejercitarlos y en cambio confiera al acreedor la tenencia del crédito; solo así se cumpla el desplazamiento que es de la esencia de la prenda.

En nuestro derecho las marcas se reputaban bienes muebles de conformidad con el **artículo 31 del convenio centroamericano para la protección de la propiedad industrial**, por lo que en principio podía darse en prenda. La

³² Escobar Fornos, Iván. Ob. Cit.



actual ley de marcas y otros signos distintivos guarda silencio al respecto.

SEGUNDA PRENDA SOBRE EL MISMO BIEN.

Respecto a la constitución de una segunda prenda sobre el mismo bien, el (Art. 3737 C). Establece que:

"Una nueva prenda puede ser dada sobre la misma cosa con tal que el segundo acreedor obtenga conjuntamente con el primero, la posesión de la, cosa empeñada, si esta sea puesta en manos de un tercero por cuenta común. El derecho de los acreedores sobre la cosa empeñada seguirá el orden en que la prenda se ha constituido". (artos: 1794, 1800,, 3732, 3750, 3836 C), esta figura se conoce como concurso de Prendas.

Sin embargo debe tenerse presente el (Art. 3739 C), que dispone que: "El dueño conserva su dominio en la cosa dada en prenda, pero no puede empeñarla a otra persona, mientras no se le devuelva libre de responsabilidad".

Como puede observarse este artículo no permite que se constituya una segunda prenda sobre la misma cosa, ya que el dueño de la misma no puede empeñarla a otra persona mientras no se le devuelva libre de responsabilidad. En cambio el (Art. 3737 C), la permite expresamente con las condiciones establecidas en él. La antinomia se debe a que estos artículos fueron tomados de diferentes códigos.

Una forma de armonizar ambas disposiciones es la de considerar que para constituir la segunda prenda debe mediar la aceptación del primer acreedor.

El Art. 21 de La Ley De Prenda Agraria o Industrial.



El Art. 3 de la Ley De Prenda Comercial autoriza a gravar dos veces la cosa empeñada.

PRENDA SOBRE PRENDA.

Es la que recae sobre el derecho real prendario que el acreedor tiene constituido a su favor. Este puede garantizar el cumplimiento de una obligación a favor de un tercero dando en prenda el derecho prendario si no se le hubiese prohibido. La prenda de prenda sólo comprende el derecho accesorio, no el crédito o derecho principal, de modo que si este se extingue, la prenda corre la misma suerte, desapareciendo la garantía.

El (arto 3754 C). establece que:

"El acreedor puede empeñar la prenda, sino se le hubiere prohibido; quedando responsable al dueño por cualquiera pérdida o deterioro de ella".

PRENDA DEL DERECHO DE USUFRUTO SOBRE UN BIEN MUEBLE:

En nuestro ordenamiento jurídico, consideramos que no es posible la constitución de prenda civil sobre el usufructo de bienes muebles por tratarse de cosas futuras.

Se puede constituir prenda agraria o industrial sobre los frutos pendientes y futuros (**inciso C, y D, del arto: 2° de dicha Ley**).

PRENDA SOBRE LA NUDA PROPIEDAD DE COSAS MUEBLES.

En cambio consideramos viable la constitución de la prenda sobre la



nuda propiedad de una cosa mueble. Sin embargo, podría plantearse el problema de que al pasar la tenencia de la cosa al acreedor prendario o al tercero que designen las partes, el usufructuario se vea impedido de percibir directamente los frutos. En tal caso el usufructuario debe dar su aquiescencia para la constitución de la prenda.

También se plantea el problema de que si mientras está pendiente el cumplimiento de la obligación, el usufructo se consolide con la nuda propiedad, la garantía se extienda a aquel como sucede en la hipoteca. De conformidad con el (arto: 3799 C), pueden hipotecarse: "5°. La mera propiedad de cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la prenda del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario".

Consideramos que en el caso de la prenda, la garantía se extendería al usufructo, ya que aplicaría por analogía la disposición transcrita.

BIENES SOBRE LOS CUALES SE EXTIENDE LA PRENDA. El (arto: 3762 C), establece que:

"El derecho que da la prenda al acreedor se extiende a todo los accesorios de la cosa, y a todos los aumentos³³ de ella, pero la propiedad de los accesorios corresponde al propietario

Respecto a los frutos, éstos pertenecen al deudor. Sin embargo, el acreedor tiene la facultad de imputarlos a los intereses o al capital de la deuda, para tal

³³ Aumento en su acepción general. Son los que sin modificar o transformar la cosa, la acrecen sea por acepción general o por el trabajo del hombre se extiende a los frutos que la cosa produce y la mejora, etc.



efecto debe venderlos por que de lo contrario no habría imputación posible. También el acreedor tiene derechos a conservar los frutos en su poder y aún a devolverlos al deudor. Si se trata de frutos perecederos debe venderlos o devolverlos al deudor, por que si perecen en su poder es responsable ante el deudor.

El (arto: 3752 C), estatuye que:

“Si la prenda produce frutos o intereses, el acreedor los percibe de cuenta del deudor, y los imputará a los intereses de la deuda, si se debieren, o al capital si no se debieren”.

OBLIGACIONES QUE PUEDEN GARANTIZARSE CON PRENDA.

En general toda obligación es susceptible de garantizarse con prenda, cualquiera que sea su origen (contractual, legal, etc.), ya sea de dar, hacer o no hacer, la simple o la sujeta a plazo o condición suspensiva y resolutorias y la civil. Lo mismo puede decirse de la mercantil.

Respecto a las obligaciones naturales, **Borda** considera que, en principio, no cabe constituir una prenda en pago de una obligación natural, por que ésta no tiene carácter exigible. Sin embargo, éste es un principio cubierto de excepciones, al punto de que en la mayor parte de los casos de la prenda es válida. En efecto, si la cosa ha sido entregada en prenda por un deudor capaz, la obligación natural queda convertida en obligación civil, dado que la constitución de prenda importa un reconocimiento; en consecuencia, ella será plenamente válida. Debe hacerse la excepción de las obligaciones surgidas de deudas de juego, cuyo reconocimiento no les hace perder el carácter de obligación natural,



por lo que la prenda constituida en garantía de ellas es ineficaz.

En cuanto a los terceros, el (arto: 1844 C), dispone que:

“Las Fianzas, Hipotecas, Prendas y Cláusulas Penales, constituidas por terceros para seguridad de las obligaciones naturales, son válidas, pudiendo pedirse el cumplimiento de estas obligaciones accesorias”.

La prenda agraria o industrial garantiza obligaciones de naturaleza agraria o industrial, siempre que se originen por préstamos de dinero (art: 1). Por tal motivo, no se puede garantizar el saldo del precio de venta de los bienes.

Respecto a la prenda comercial, mencionamos anteriormente que solamente puede ser constituida para garantizar el pago del precio convenido cuando la cosa ha sido comprada al crédito o para garantizar un préstamo en dinero destinado a dicha compra³⁴.

La prenda agraria o industrial garantiza obligaciones de esta naturaleza, pero sólo las que nacen del contrato de mutuo. Esta es la razón por la cual no se puede garantizar el saldo del precio de las ventas de los automóviles u otros bienes que hacen el comercio y los particulares.

El fin del contrato de prenda es procurar la satisfacción del crédito, cuando vencido éste, no paga el deudor. Esa satisfacción sólo es posible cuando sea fácil al acreedor permutar la cosa pignorada, con el objeto de la obligación; cuando no pueda el acreedor obtener directamente la cosa del deudor, debe de encontrarse en estado de poder conseguirlo sin su cooperación; mediante enajenación de la

³⁴ Bendaña Guerrero, Guy. Estudios de los Contratos. Primera Edición. Managua, Nicaragua. 2001



prenda que tiene en su poder; si la permutación no es posible, la garantía resulta inútil.

4.3. ELEMENTOS FORMALES:

Como en todo acto de constitución de un derecho real de prenda, la pignoración de cosas muebles ha de tener eficacia frente a terceros.

4.3.1. Entrega de la cosa al Acreedor o al Tercero designado por las partes en el Contrato. (arto: 3734 C.)

Si el deudor no entrega la cosa después de haberse pactado, se tendrá por terminado el contrato, y el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación principal y los daños y perjuicios que le hubiere irrogado. Así lo establece el arto: 3749 C.

4.3.2 El contrato de Prenda debe constar por escrito si el valor de la cosa excede de cien pesos.(Arto: 3731 C.)

Para que produzca su efecto con relación a tercero, es necesario que conste en documento público o privado, autorizado por notario o por un juez de lo civil.

4.3.3 Que la cosa pignorada sea descrita de modo que pueda ser identificada.

Ello tiene la finalidad de impedir la fraudulenta sustitución de la cosa entregada por otra diferente y posiblemente de valor inferior. Tal sustitución significará una confabulación de las partes en perjuicio de terceros³⁵.

³⁵ Piug Brutau, José. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo 3. Volumen 3. 1983.



V. EFECTOS DEL CONTRATO DE PRENDA.

Se trata de estudiar los **derechos y obligaciones** que los contratantes adquieren en virtud del contrato de prenda.

5.1. Derechos del acreedor pignoraticio.

Nuestro código civil no regula el derecho de retención como una institución o derecho especial; únicamente hace alusiones a él en diversos artículos (Art 1514C) consagrados a diversas instituciones.

Concepto:

Se puede definir diciendo que es el Derecho que la ley concede, previa su declaración por Decreto Judicial, (arto: 1424 PR.) al poseedor de una cosa perecible a otro para conservarla en su poder hasta que el propietario le pague la deuda que aquel tiene relacionada³⁶.

5.2. Caracteres:

a) Es un derecho que arranca su origen en la Ley, que lo concede en algunos y determinados casos.

El código de procedimiento civil lo llaman derecho legal de retención. Por lo tanto no debe confundirse con la prenda, confusión que hace nuestro mismo código en su (arto: 3343C) . al tratar del mandato, pues el derecho de retención nace de la ley, mientras que la prenda nace de un contrato y excepcionalmente tenemos un caso de prenda tácita.

³⁶ Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua.



Con este criterio tan apegado a la letra de ley, tenemos que admitir que el derecho de retención no le ha sido concedido al acreedor prendario en nuestra ley civil, tanto por que ella no nos ha dado las medidas para calcular sus alcances, tanto por que en el título de la prenda no se menciona nunca expresamente.

b.) Es un Derecho Preferente; de manera que los bienes retenidos por resolución ejecutoria, serán considerados, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garanticen (arto: 1426 PR.) y de la misma preferencia gozarán las cauciones legales que se presten en sustitución de la retención.³⁷(Arto: 1427 PR).

El derecho de retención le concede al acreedor la facultad de conservar la tenencia del bien pignorado hasta el pago de su crédito, según se desprende de los (artos **3740 y 3755C**).

La utilidad de este derecho es muy importante: El acreedor conserva la cosa pignorada a cubierto de ocultaciones, deterioros y disposiciones de ella por parte del deudor; compele al deudor a pagar para recuperar la prenda y hacer uso de ella. Para exigir la devolución de la prenda es preciso el pago o cumplimiento total de la obligación. (arto: 3755 C).

De acuerdo con el (arto 3741 C). el deudor tiene derecho de cambiar la cosa pignorada por otra de igual o mayor valor en caso de necesidad, la cual deberá, ser debidamente acreditada. Es una excepción a la regla de que sólo en virtud del pago o cumplimiento total de la obligación el acreedor está obligado a

³⁷ Vega Vergara, Fernando. Contrato de Prenda. Tesis doctoral. León, Nicaragua. 1951



devolver la prenda. Claro está que devuelve la primera y recibe otra en cambio. Si el acreedor acepta el cambio se produce sin complicaciones. Si lo rechaza el juez decidirá³⁸.

El derecho de retención que da la prenda al acreedor prendario se limita a que éste ejecute su privilegio sobre el precio de la cosa, pero no puede impedir que los demás la embarguen y hagan vender la cosa sin estar obligados a satisfacer antes la deuda. Al efecto, el (arto 3764 C)., dispone que:

“La indivisibilidad de la prenda, no priva a los demás acreedores de la facultad de hacerla vender, sin estar obligados a satisfacer antes la deuda. El derecho del acreedores limita a ejercer su privilegio sobre el precio de la cosa”.

El (Arto 3741C)., estatuye que:

“Puede el deudor cambiar una prenda con otra de igual o mayor valor, comprobando la necesidad”.

Esta disposición constituye una excepción a lo dispuesto en los (artos 3740 y 3755 C). por supuesto, a cambio de la prenda que el acreedor devuelve recibe otra. Si las partes no se ponen de acuerdo respecto al cambio de prenda, corresponde al juez resolver³⁹.

c.) Derecho de persecución:

El acreedor puede reivindicar la cosa pignorada en poder de quien se encuentre, sin perjuicio de las limitaciones legales.

³⁸ Escobar Fornos, Iván. Curso de Contrato. 3 Edición. Managua, Nicaragua. 2001

³⁹ Bendaña Guerrero, Guy. Estudio de los Contratos. 1 Edición. Managua, Nicaragua. 2001



Estas limitaciones aparecen en los (artos 1441 y 1746 C). De acuerdo con ellos cuando las cosas fueron hurtadas, robadas o perdidas procede la reivindicación aunque el tercero tuviere buena fe; fuera de estos casos no procede la reivindicación, si el poseedor fuere de buena fe.

El (arto 3750 C). consagra el derecho de persecución y se concede aún hasta contra el deudor.

La acción reivindicatoria nace del dominio. De aquí que se pueda afirmar que técnicamente el derecho de persecución no es una acción reivindicatoria, pues el acreedor es apenas un mero tenedor de la cosa pignorada⁴⁰.

“Si el acreedor pierde la tenencia de la cosa, puede recobrarla en cualquier poder de quién se halle, sin exceptuar el deudor”.

Debe tomarse en cuenta que el derecho de persecución que se concede al acreedor tiene por objeto que la acción real pueda intentarse en contra de cualquier tercero detenedor de la cosa, para asegurar esta, gozar del derecho de prelación y proceder a su venta al hacerse exigible la obligación⁴¹.

d.) Derecho de venta.

El patrimonio del deudor sirve de garantía general a todos los acreedores para que se paguen mediante la subasta de los bienes. En la prenda el derecho de venta se concreta en un bien determinado afectado al cumplimiento de la obligación. Los (artos 3760 C y 514 CC). Consagran el derecho objeto de nuestro análisis.

⁴⁰ Escobar Fornos, Iván. Curso de Contrato. 3 Edición. Managua, Nicaragua. 2001

⁴¹ Bendaña Guerreño, Guy. Ob. Cit.



La subasta es el medio de vender el bien pignorado para pagar al acreedor. Lo puede hacer un Juez o un tercero cuando así se pactó, sin necesidad de procedimiento alguno en ésta última modalidad. El Código de comercio permite la venta por medio de corredores.

De acuerdo con los (artos 3758 y 3759 C). se prohíbe al acreedor apropiarse o disponer (vender, donar, permutar, etc.) del bien pignorado en el caso de incumplimiento de la obligación. Todo pacto en contrario es nulo.

La referida prohibición (proscripción al pacto comisorio) no impide que al acreedor se le adjudique en pago en la subasta el bien pignorado (arto 3761 C.) o lo reciba del deudor voluntariamente mediante una dación en pago.

5.3. Derechos del acreedor prendario:

a) Es de la esencia de la Prenda.

El derecho que tiene el acreedor prendario a hacer vender el bien pignorado, para pagarse con su precio, si el deudor no satisface el crédito a su debido tiempo es de la esencia de la prenda. Precisamente la finalidad de esa garantía es que el acreedor sea pagado en su oportunidad. La forma de hacer efectiva la garantía es de hacer vender el bien pignorado y pagándose con el precio obtenido.

El (arto 3760 C). estatuye el derecho de venta y la forma de esta:

“Vencido el plazo convencional o legal sin haberse pagado la deuda podrá el acreedor pedir judicialmente la venta de la prenda, para ser pagado con el precio de ella, (arto 2347 inc. 2° C). El juez oirá al deudor y con su contestación



o en rebeldía resolverá lo conveniente”.

b) El Acreedor no responde la evicción de la cosa vendida. El (art: 3767 C).- dispone que:

“El acreedor no responde por la evicción de cosa vendida, excepto que si hubiese dolo, por su parte o si hubiese contraído obligación expresa sobre este extremo”.

Este artículo establece la presunción de buena fe del acreedor prendario. Una vez vendida la prenda, si un tercero pretende algún derecho real sobre ella, el acreedor no está obligado a salir en defensa del comprador a menos que hubiese dolo de su parte o hubiere contraído expresamente tal obligación.

No pueden darse en Prenda cosas ajenas sin el consentimiento expreso del dueño (**Art. 3730 C.**), pero si el dueño de la cosa no la reclama, puede el Acreedor solicitar su venta en caso de incumplimiento de la obligación principal y, posteriormente, el adquirente de la cosa estará dispuesto a sufrir evicción, es decir, que se le prive de la cosa en virtud de sentencia que cause ejecutoria por un derecho de tercero anterior a la citada enajenación.

Se presumirá que el acreedor prendario obró de buena fe, si ignora que la cosa era ajena y el dueño de la cosa no entabló demanda alguna antes de la venta, pues en éste caso por ser el acreedor prendario un poseedor derivado, queda protegido por las presunciones de buena fe contenidas en los (Arts. 1718, 1720 y 1768 C).



c) El Acreedor no puede apropiarse de la cosa pignorada. El (art. 3758 C), dispone que:

“Aunque el deudor no pague la deuda, no podrá el acreedor disponer de la prenda ni apropiársela por la cantidad que hubiese prestado sobre ella; y es nulo cualquier pacto que se celebre contra esta prohibición”.

Así mismo el(Art. 3759 C). establece que:

“Es nula toda cláusula que autoriza al acreedor para apropiarse de la prenda o para disponer de ella por si misma, en caso de no ser pagado, pero puede estipularse que, sin necesidad de procedimientos judiciales se venda por un tercero en pública subasta conforme a las bases que señalen o hayan señalado el acreedor y deudor”.

“En caso que no hayan dispuesto nada sobre el valor de la cosa, el tercero nombrara peritos para que la justiprecien; y ese avalúo servirá de base para la subasta”.

“El acreedor puede adquirir la prenda por la compra que haga en el remate o por su adjudicación”.

d) Venta Anticipada.

Nuestro código civil no prevé el caso de una venta anticipada antes del vencimiento de la obligación- del bien pignorado porque su deterioro haga temer su pérdida total o parcial. En tal hipótesis, consideramos que el acreedor tiene derecho a pedir la venta anticipada de la cosa, pero no a pagarse anticipadamente con el producto de la venta, el cual solo podrá retener, hasta que la obligación sea exigible. También el deudor podría evitar la venta anticipada ofreciendo



sustituir la cosa pignorada que se deteriora por otra de igual valor.

e) Cuando la cosa pignorada es un crédito.

Considera la doctrina que la venta de la cosa en remate público es solo aplicable a las cosas en sentido propio, pero no los créditos prendados. Respecto de ellos, el derecho del acreedor se limita a cobrar el derecho que recibe en prenda en juicio o fuera de el, como lo establece el (arto 3733 C) y además el derecho surge de la relación oblicua que confiere a los acreedores el (arto 1870 C).

f.) Derecho de preferencia.

En virtud de éste derecho el acreedor pignoraticio se paga primero con el producto de la subasta y después los otros acreedores. Rompe con el principio de igualdad a pago de todos los acreedores. **El (arto 3732 C).** consagra éste derecho y exige como requisito para conservar el privilegio que la cosa pignorada permanezca en poder del acreedor o un tercero.

Cuando pierda la tenencia sin su voluntad no se pierde el privilegio y puede reivindicar la cosa. Por el contrario, si se desprende de la prenda voluntariamente se pierde la preferencia.

Según lo disponen los (artos 3762 y 3764C).

Cuando existe concurso de prendas, lógicamente el primer acreedor, por ser primero en tiempo (prior tempore, prior jure) tiene derecho de preferencia sobre el segundo acreedor.



De conformidad con lo dispuesto en los (artos 3762 y 3764 C)., este derecho cubre el producto de la venta y se extiende a todos los accesorios y aumentos de la cosa pignorada (mejoras, frutos, etc.)

El (arto 3732 C). Consagra este derecho:

“El acreedor prendario tiene el derecho de ser pagado con el precio de la cosa que se le dio en prenda antes de que los demás acreedores.” (Artos: 2347 n.º 2).

“Para gozar del derecho de prelación se requiere que la prenda permanezca en poder del acreedor o de la persona que deba guardarla según el contrato”.

g.) Derecho de los frutos e intereses.

De acuerdo con el (arto 3752 C). el acreedor tiene el derecho a percibir los frutos e intereses, debiendo imputarlos primero a los intereses si hubieran y después al capital.

5.4. Derechos del deudor prendario:

a.) Facultades inherentes al derecho de propiedad.

El deudor que da en prenda una cosa conserva el derecho de propiedad sobre la misma y, como propietario, puede vender la cosa, pero no podrá entregarla porque la detenta el acreedor o el tercero designado. También puede constituir una nueva prenda sobre la misma cosa con la limitación establecida en el (arto: 3737 C). Así mismo, puede constituir sobre la cosa un derecho de usufructo a favor de un tercero, pero tal derecho no podrá hacerse efectivo mientras la propiedad permanezca en poder del acreedor pignorativo o del



tercero, por lo que estaríamos, en presencia de una promesa de constitución de usufructo.

b.) Depósito de la Prenda en tercera persona cuando medie abuso del acreedor.

El (artículo 3746C). Establece que:

“Si el acreedor abusare de la prenda el deudor tendrá derecho de hacerla depositar en tercera persona”.

El deudor puede ejercer este derecho cuando el acreedor use la cosa sin haber sido autorizado.

c.) Indemnización por uso indebido.

Este derecho es correlativo a la obligación que tiene el acreedor de abstenerse de usar la cosa empeñada. Si el acreedor usara la cosa sin estar autorizado o su uso fuere abusivo o perjudicial para la cosa, el deudor, además de la facultad que tiene de hacer depositar la cosa en tercera persona, tiene derecho a exigir que se le indemnice por los deterioros o la destrucción de la cosa originados por uso indebido.

d.) Restitución de la cosa.

Este derecho es correlativo a la obligación del acreedor de devolver las cosas empeñadas con todos sus accesorios una vez que el deudor ha pagado la deuda y, como consecuencia, se ha extinguido la garantía⁴².

⁴² Bendaña Guerrero, Guy. Estudios de los Contratos. 1 Edición, Managua, Nicaragua. 2001.



5.5. Obligaciones del acreedor pignoraticio.

a.) Obligación de conservar la cosa.

El acreedor prendario no es dueño de la cosa pignorada, ni siquiera poseedor, sino un mero tenedor obligado a devolverla al extinguirse la obligación. Mientras la devuelve y permanece en su poder debe cuidarla con diligencia (la general). De acuerdo con el (artículo 3744 C). responde de cualquier pérdida o deterioro de la cosa pignorada que acontezca por su culpa.

El derecho de retención no lo autoriza a usar el bien pignorado. De aquí que lo prohíba el (artículo 3745 C). Pero se permite el uso con la autorización del deudor. De acuerdo con los (artículos 3746 y 3747 C). Cuando el acreedor abusa de la cosa pignorada será responsable de los daños y el deudor tendrá derecho que sea depositada en tercera persona.

b.) Obligación de devolver la cosa.

El (artículo 3755 C). Dispone que el acreedor deba devolver la cosa pignorada al dueño en el acto de ser pagado o de cumplirse la obligación⁴³.

c.) Abstenerse de usar la cosa dada en Prenda.

El (artículo 3745 C). Estatuye que:

“No usará el acreedor de la cosa dada en prenda, sin consentimiento del dueño”.

Si como consecuencia del uso indebido, la cosa se ha deteriorado o destruido, el acreedor debe indemnizar al deudor.

⁴³ Código Civil de la República de Nicaragua. Tomo II.



d.) Cuidar la cosa dada en Prenda.

Como todo retenedor, el acreedor prendario tiene obligación de cuidar la cosa con diligencia y es responsable de toda pérdida o deterioro debido a su culpa o negligencia y, en consecuencia, una vez ocurrido el deterioro o la pérdida de la cosa por su culpa, el acreedor debe al deudor la indemnización correspondiente⁴⁴.

El (artículo 3756 C). Dispone que:

“Si se perdiese la prenda será pagada por el acreedor, quien sólo podrá eximirse de ésta obligación, probando que no se perdió por su culpa”.

El (artículo 3757 C). Dice:

“Cuando la pérdida fuere por accidente o caso fortuito, acaecido después de pagado el crédito o de cumplida la obligación principal, el acreedor pagará el valor de la prenda si no tuvo justa causa para demorar su devolución.

Tiene igual responsabilidad el acreedor que, sin haber tenido causa legal para rehusar, no quiso anteriormente admitir el pago de su crédito que le hacía el deudor”.

Respecto a los créditos, recordemos que el acreedor prendario está obligado a evitar su menoscabo o su perjuicio. Por tal motivo debe hacer los actos necesarios para evitar su prescripción. Si le ha sido dado en prenda una letra, por ejemplo, debe hacer el protesto.

⁴⁴ Escobar Fornos, Iván. Curso de Contrato. Tercera Edición. Managua, Nicaragua. 2001



La obligación de custodia existe aún en el caso de que la cosa se haya entregado en cumplimiento de un contrato nulo, pues se origina no de la prenda, sino de la entrega y aceptación de custodiar una cosa ajena.

5.6. Obligaciones del deudor:

La prenda es un contrato unilateral del que surgen en el momento de su perfeccionamiento solamente obligaciones del acreedor, pero con posterioridades es posible que nazcan obligaciones a cargo del deudor con relación a la cosa pignorada: Gastos de conservación de la cosa (artos: **3743** y **3751 C.**) y los daños y perjuicios causados durante la tenencia.

Estos últimos se rigen por las reglas generales de la responsabilidad por que el código civil no dispuso nada especial en el capítulo de la prenda.

Los autores que opinan que la prenda es un contrato unilateral consideran que existe la posibilidad que nazca obligaciones a cargo del deudor con relación a la cosa pignorada, tales como pagar los gastos de conservación de la cosa y los daños y perjuicios durante la tenencia.

Las obligaciones del deudor a las cuales nos referimos no son las que nacen de la obligación principal, como la satisfacción de la deuda principal con sus intereses si existen, si no a las que se originan de la constitución del derecho real prenda.



a.) Pagar los gastos que hiciera el acreedor para conservación de la cosa dada en Prenda.

Esta es correlativa al derecho del acreedor a ser resarcidos de tales gastos.

El (arto3751 C). Establece que:

“El deudor debe a, acreedor las expensas necesarias que hubiere hecho para la conservación de la prenda, aunque ésta pereciere después. El acreedor no puede reclamar los gastos útiles o de mejoras, sino aquellos que hubieren dado mayor valor a la cosa.”

b.) Entregar una Prenda de igual o mayor valor: si resulta no ser propia del deudor la cosa dada en prenda o cuando hubiese sido engañado en la sustancia de la misma.

(Arto 3748 C). Estipula que:

“Si resulta no ser propia del deudor la cosa dada en prenda, el acreedor tiene derecho a que se le entregue otra de igual valor cuando menos, para seguridad de su crédito.”

Tiene el mismo derecho cuando hubiese sido engañado en la sustancia de la Prenda.

(Arto 3749C). Estipula

“Si el deudor no diere prenda después de haberse pactado esta condición, o si se negare a entregar o a completar la que se le pida conforme el arto anterior, se reputará terminado el plazo del contrato, y el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación principal y los daños y perjuicios que le



hubiere irrogado”.

c.) Responder por los perjuicios que los vicios de la cosa ocasionen al acreedor.

Nuestro Código no contiene una disposición equivalente a éste en el título VIII del libro tercero (Delitos y Cuasidelitos), por lo que tendría que aplicarse el (artículo 2509C). Como la norma general que establece la obligación de reparar los daños y perjuicios por dolo, falta, negligencia o imprudencia, salvo que la cosa empeñada sea un animal, en cuyo caso se aplicaría el (artículo 2513 C)., que regula expresamente la responsabilidad del dueño del animal por los daños que éste ocasione.

El (artículo 2509 C). Establece que:

“Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia o por un hecho malicioso causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”.

El (artículo 2513) C. Establece que:

El dueño de un animal o el que lo utilice, durante el tiempo que lo haga, está obligado por el daño que el mismo cause, tanto si se encuentra en su poder, como si se hubiere perdido o huido; salvo que la pérdida o huida no pueda imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal.

En la prenda con desplazamiento se obliga al acreedor, en la sin desplazamiento es el deudor; la prenda es un contrato unilateral que produce



obligaciones sólo en contra de una de las partes; el deudor por el simple contrato no contrae obligación alguna, sin embargo por hechos posteriores puede resultar obligado a indemnizar al acreedor, por gastos y perjuicios que la tenencia de la cosa le hubiere causado. Para la efectividad de éste derecho, está obligado al acreedor, él gozará de la acción prendaria contraria.

El (arto 3769 C). Establece que:

“De la remisión de la prenda no se deduce de la presunción de la remisión de la deuda.”

Para que el deudor pueda reclamar la devolución de la prenda, debe haber pagado íntegramente la deuda, en el concepto de que siendo indivisible el derecho de prenda, si muere el acreedor y se divide el crédito entre varios herederos aunque se pague a unos su parte, subsiste la prenda por entero a favor de los otros, hasta que todos estén pagados. Igual sucederá si muere el deudor dejando varios herederos, cuando sólo algunos pagan su parte.

VI. Extinción de la prenda

El (arto 3770 inc. I C). Establece que:

“Se extingue el derecho de prenda:

a.) Por la extinción de la obligación principal a que accede.”

El (arto 1877 C). Establece que:

“Extinguida la obligación principal, queda extinguida la obligación accesoria; pero la extinción de la obligación accesoria no envuelve la de la



obligación principal, salvo lo dispuesto para las obligaciones naturales⁴⁵.”

b.) Al destruirse completamente la cosa empeñada: de acuerdo con el (arto 3770 2° C). De acuerdo con el (arto 3 LPM), en el supuesto de destrucción el acreedor prendario hará valer su privilegio sobre la indemnización del -seguro de la cosa pignorada, sobre la que le corresponde pagar al responsable por pérdidas o deterioros o sobre la proveniente de la expropiación.

El (arto 3770 inc. 2° C). Establece que:

“Se extingue el derecho de prenda:

2. Por la destrucción completa de- cosa empeñada.”

c.) Por confusión, al pasar a ser del acreedor el objeto pignorado por cualquier título (Arto: 3770 3° C.). No se concibe el derecho real de prenda sobre cosa propia y se produce la extinción por confusión.

El arto: 3770 inc. 3° C. Establece que:

“Se extingue el derecho de prenda:

3. Cuando la, propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor por cualquier título”.

d.) Cuando se extingue el dominio del constituyente en virtud de una condición resolutoria. Pero el acreedor de buena fe puede pedir otra cosa en garantía prenda y si no fuere dada por el deudor se tendrá por vencido el plazo y puede demandar el cumplimiento de la obligación más los daños y

⁴⁵ Escobar Fornos, Iván. Ob. Cit.



perjuicios. Así se desprende de los (artos 3748, 3749, 3770 inc. 4° C).

El (arto 3770 inc. 4° C). Establece que:

“Se extingue el derecho de prenda:

4. Cuando en virtud de una condición resolutoria se pierde el dominio que el que le dio la cosa en prenda tenía sobre ella; pero el acreedor de buena fe tendrá contra su deudor el derecho que le reconoce el (arto 3748 C).”

e.) Por la Remisión de Prenda. Aparece consagrada en los (artos 2137 y 3769 C). Y disponen que la remisión de la prenda no causa ni presume la remisión de la deuda.

Se puede verificar la remisión por medio de la devolución voluntaria que hace el acreedor del bien pignorado. La tenencia de éste en poder del deudor hace presumir la devolución voluntaria (o sea la remisión), salvo pruebe en contrario (artos: 2137 y 2138 C.).

f.) Por remisión o renuncia hecha por el acreedor a la cosa prendada. La remisión puede ser expresa o tácita. Ésta resulta de la devolución voluntaria de cosa pignorada.

El (arto 3768 C). Dispone que:

“La restitución de la cosa empeñada presupone la remisión del derecho a la prenda, si el acreedor no probase lo contrario.”



La entrega voluntaria de la prenda no conlleva la remisión de la deuda, la cual subsiste sin la garantía. **El (artículo 3769 C). Establece que:**

“De la remisión de la prenda no se deduce la presunción de la remisión de la deuda

g.) Extinción de la prenda por el pago.

El pago de la obligación principal acarrea la extinción de la prenda, excepción cuando el pago es hecho por un tercero, ya que entonces hay subrogación en los derechos del acreedor, puesto que subsiste garantizada la obligación en manos del nuevo acreedor

h.) Extinción de la prenda por novación

En caso de extinción por novación, no obsta que las partes hagan reservas de las prendas, de manera que las garantías continúan en pleno juego para garantía de la nueva obligación; la prenda en éste caso conserva su carácter de accesorio, presentando la particularidad de independencia de la obligación principal, para acceder a una nueva obligación. Sin embargo hay limitaciones en cuatro aspectos: Si la prenda es dada por un tercero, demanda con consentimiento de tercero, no valiendo en lo que la segunda exceda de la primera; no es posible hacerla en los bienes del nuevo deudor, aún con su consentimiento; en caso de deudores solidarios, sólo con respecto al deudor que practica la novación. La simple ampliación del plazo, no constituye novación. Es regla general que la nulidad de la obligación principal, acarrea la accesoria de la prenda, sufre desviación ese principio en caso de prenda constituida para asegurar la obligación de un incapaz relativamente, ya que existe una obligación natural, suficiente para dar vida a la obligación accesoria de prenda.



i.) Extinción de la prenda por prescripción⁴⁶

Es la manera de extinguir una obligación por el transcurso del tiempo. El reconocimiento tácito que hace el deudor de la obligación, para que produzca efecto de interrupción de prescripción, ha de revelarse de actos concluyentes e inequívocos, actos de tal naturaleza, que reflejan en forma tal, el propósito de no aprovecharse de los beneficios de ella. La mayoría de los autores están de acuerdo en que no basta la existencia de la cosa en poder del acreedor, para que pueda considerarse reconocimiento tácito de la obligación; los actos de reconocimientos tácitos que importan interrupción de prescripción, son de acción positiva, ejemplo: solicitud expresa, pagos parciales, poder conferidos para efectuar pagos, etc... y nunca de carácter negativo, como se traduce de la inacción del deudor. Además, como fenómeno jurídico, no se compagina con la naturaleza, ni con los efectos de la interrupción, sabemos que la interrupción nace como una reacción de existencia efímera, presupone por tanto conocimiento de que la prescripción está corriendo, con el fin (la interrupción) de hacer perder el tiempo transcurrido y que comience una nueva etapa de adquisición.

⁴⁶ Escobar Fornos, Iván. Curso de Contrato. 3 Edición. Managua, Nicaragua. 2001



CAPITULO IV DEL CONTRATO DE HIPOTECA

I. DEFINICIÓN Y CONCEPTO.

En las figuras jurídicas existen diversas definiciones acerca del contrato de hipoteca. Haremos mención de la definición que señala **GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, DE LA HIPOTECA**: “Palabra etimológica griega que significa gramaticalmente, sustitución, como acción o efecto de poner una cosa debajo de otra, de sustituirla, añadirla o emplearla. De ahí que la hipoteca venga a significar lo mismo que sostener, apoyar y asegurar una obligación”⁴⁷.

El tratadista **ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ**, define a la hipoteca: Como un derecho real que recae sobre un bien inmueble que permanece en poder de quien lo constituye y que garantiza el cumplimiento de una obligación dando al acreedor el derecho a perseguir la finca hipotecada en mano de quien se encuentre y de pagarse preferentemente con el producto del remate”.

El profesor **MANUEL SOMARRIBA UNDURRAGA** “Define al contrato de hipoteca como: Aquel en el que el deudor o un tercero se obliga con respecto al acreedor a darle el derecho de hipoteca sobre un inmueble de su propiedad”.

⁴⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo IV. Editorial HELIESTA, Madrid 1968.



Como hemos visto la hipoteca se ha definido como un **DERECHO REAL** y como un contrato, ya que por lo general tiene ambos caracteres, pero no siempre sucede así, por que puede existir como un derecho sin que haya contrato, como sucede en la hipoteca legal que se da mandato de la ley y a veces al legislador tampoco lo define como contrato porque la equipara a la prenda.

En cuanto a las acepciones fundamentales de la hipoteca mencionaremos cuatro de estas:

a.- Como un derecho real accesorio que graba los bienes inmuebles, o ciertos bienes muebles, como buques y aeronaves; para garantía del cumplimiento de una obligación del pago de una deuda.

b.- Como un contrato en virtud del cual una persona, el deudor hipotecario grava una finca o ciertos bienes propios o ajenos, a favor de otra el acreedor hipotecario, para que este en caso de no poder o no querer el deudor cumplir con la obligación asegurada, una vez que sea exigible, principal y demás gastos haga pública la enajenación de la cosa que constituye la garantía.

c.- Como una obligación legal, cuando la ley impone la forzosa constitución, expresa o tácita, como objeto de responder determinada gestiones o prestaciones.

d.- Como finca o bien inmueble especial, que garantiza la obligación hipotecaria convenida entre las partes o exigida por el legislador⁴⁸.

⁴⁸ Cabanellas, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 82



En Nuestra Legislación podemos encontrar en el (Art3 771C)en concordancia con el(Art 3793C) que nos da especialmente el primero un concepto de lo que es la hipoteca. (Art 3771C) establece que: La hipoteca es un derecho constituido sobre los bienes inmueble o derecho real del deudor o de un tercero en beneficio de un acreedor, para asegurar sobre los mismos el cumplimiento de una obligación”

El doctor **IVÁN ESCOBAR FORNOS**, hace una critica a este concepto ya que los considera incompleto e intenta definirlo tomando en consideración la naturaleza del derecho real que puede ser contractual, legal o judicial, diciendo que “ La hipoteca es un derecho real constituido sobre un inmueble o derecho real que permaneciendo en poder del deudor para asegurar el cumplimiento, y perseguirlo en manos de quien lo posea y pagarse con preferencia el crédito con el producto de su venta o mediante la adjudicación en pago”⁴⁹.

Por tal razón es preferible definir a la hipoteca “Como un derecho real, carácter que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales del deudor o de un tercero”.

Tratándose del inmueble la hipoteca es un derecho real que grava a este, el cual no deja de pertenecer al constituyente, pero este no puede ejercer ningún acto de posesión material o jurídico que perjudique el derecho del acreedor hipotecario que tiene sobre el inmueble hipotecado. (Art 3836 C), para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, otorgándole al acreedor el derecho de perseguir el bien hipotecado, (Art 3842 C)en manos de quien posea y de

⁴⁹ Escobar Fornos, Iván. Curso de Contratos. 3 Edición, Managua, Nicaragua. Editorial HISPAMER. Pág. 122 - 123



pagarse preferentemente con el producto de la realización. La hipoteca consiste esencialmente en afectar preferentemente y sin desplazamiento un determinado inmueble a la ejecución de una obligación.

En la legislación Nicaragüense, la hipoteca, “Es un derecho real, constituido para garantizar una obligación de carácter patrimonial sobre un inmueble o derecho real del deudor o de un tercero y en beneficio de un acreedor, derecho que sin privar de la posesión, ni de la propiedad del mismo, autoriza en el caso de aquel la obligación garantizada se haga exigible y no sea cumplida, para instar la venta de dicho inmueble y cobrarse con el precio obtenido.

II. OBJETO DE LA HIPOTECA

En el derecho romano el objeto de la hipoteca solo podía ser una cosa enajenable, corporal e incorporal. La legislación Justiniana considera susceptible de hipoteca el usufructo, las servidumbres rústica y la superficie, entendiéndose que lo que se hipoteca es el derecho real, la cosa incorporal.

La hipoteca puede caer en una universalidad de cosas, o sobre una suma de cosas como almacén de mercancías y también sobre entero patrimonio, afectando a los objetos que sucesivamente se incorpora a éste. Si la cosa se divide, el derecho real afecta a toda las partes divididas en porción a las cuotas y finalmente se puede constituir en hipoteca los frutos y cosas futuras⁵⁰.

⁵⁰ Ortiz Urbina, Roberto. Juicio Hipotecario con Renuncia de Trámite. Editorial BITECSA. Managua, Nicaragua. 1999. Pág. 19



El profesor de derecho Civil de la universidad de Chile **MANUEL SOMARRIBA UNDURRAGA**, dice que el objeto de la hipoteca es el inmueble hipotecado, pero en realidad, el objeto de los contratos es la obligación del mismo contrato del que emana, pero dichas obligaciones recaen sobre una materia, hecho o cosa como dice **PLANIOL**, cuando se habla del objeto de los contratos, se refiere al objeto de la obligación, es decir; que el objeto del contrato hipotecario es el bien dado en garantía que son susceptibles de hipotecarse.

Nuestra legislación regula al objeto de hipoteca de la siguiente manera:
Pueden hipotecarse:

- a.- Los bienes inmuebles
- b- Los otros derechos reales enajenables sobre bienes inmuebles.
- c.- El edificio construido en suelo ajeno, el cual si se hipoteca por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho de propietario del terreno, y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo edificio tuviere sobre lo edificado.
- d.- Los frutos de los bienes inmuebles.
- e.- La mera propiedad en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella, en la persona del propietario, no solo subsistirá, sino que se extenderá también al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario.
- f- En el derecho del usufructo, los pastos, aguas, leñas, y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede a salvo el de los demás participes en la propiedad.
- g.- Las naves .
- h.- Los ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público



y los edificios y terrenos que no estando directamente y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregadas aquellas obras.

i.-Los bienes litigiosos, si demanda origen del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito; sin que pueda perjudicar los derechos de los interesados en el mismo fuera del hipotecante⁵¹.

Por su identificación y valor son también hipotecables ciertos bienes inmuebles, como las naves y las aeronaves y por el contrario, pese al carácter personal y por tanto inalienable y con ellos incompatible con la naturaleza de la hipoteca, la cual exige ante el incumplimiento de la obligación principal, la venta pública en subasta de lo hipotecado.

Por último lo hipotecado no excluye que el bien sea nuevamente hipotecable con respecto de las hipotecas previas⁵².

Nuestra legislación regula a la hipoteca con relación al objeto y establece: “La hipoteca de un inmueble se extiende a todo lo accesorio, mientras estén unidos al principal, a todas las mejoras pertenecientes al inmueble, sean mejoras naturales, accidentales o artificiales, a la construcción hechas sobre un terreno vacío; a las ventajas que resulten de la extinción de las cargas o servidumbres que debía el inmueble los alquileres o rentas debidas por los arrendatario, y al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del

⁵¹ Código Civil de la República de Nicaragua. Tomo II

⁵² Cabanellas de Torres, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 289



inmueble. Pero las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado, no están sujetos a hipoteca.

En resumen, se ha establecido que el objeto o materia de gravamen solo pueden ser las cosas inmuebles y se amplían las garantías respecto a los accesorios unido físicamente al inmueble. También con respecto a las mejoras sobrevivientes de las construcciones hechas en el terreno, de las ventajas que resulten por extinción de cargas o servidumbres, de alquileres o rentas de la indemnización por seguros.

III. CONTENIDO DE LA HIPOTECA

La hipoteca se constituye en garantía del cumplimiento de una obligación que tiene o puede llegar a tener contenido pecuniarios y el principio de la determinación exige que se fije desde el primer momento la cifra exacta a que puede ascender tal responsabilidad por lo que las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses si se hubieren estipulados, por lo que se establece salvo pacto en contrario a la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue intereses. No asegurará con perjuicio de tercero, además del capital, de los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la nulidad corriente⁵³.

La única posibilidad en este punto para obtener medidas de seguridad es que el acreedor podrá exigir del deudor la ampliación de la hipoteca sobre los bienes hipotecados. Esta ampliación de la hipoteca originaria no perjudicará en

⁵³ Decosio y Corral, Alfonso. Instituciones de Derecho Hipotecario. Segunda Edición. Editorial BUSCH Barcelona.



ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ellas es decir, a las cargas que se hayan constituido con posterioridad a la hipoteca originaria y antes de la ampliación.

Por otra parte si la hipoteca no pertenece al deudor no podrá el acreedor pedir que se constituya sobre ella la ampliación, pero podrá exigir igual derecho respecto a cualquiera de los otros bienes inmuebles del deudor que puedan ser hipotecados. Otro aspecto importante dentro del contenido de la hipoteca es el dejar establecido claramente la distribución real de las responsabilidades hipotecarias.

Dado el principio de la indivisibilidad de la hipoteca y la exigencia que por otra parte impone el de Especialidad Registral, de la forma en que haya de distribuirse la responsabilidad hipotecaria en dos supuestos típicos:

a.- HIPOTECA CONJUNTA DE VARIAS FINCAS: Cuando se hipotecan varias fincas a la vez por un solo crédito, se determina la cantidad o parte de gravamen que cada una deba responder.

Esta distribución habrá de hacerse convencionalmente entre las partes en la propia constitución de la hipoteca o en otra posterior y a falta de acuerdo: por vía judicial.



b. -AGRUPACIÓN DE FINCAS DE LAS CUALES HAY ALGUNA HIPOTECA Y EN OTRA NO: Agrupada una finca hipotecada a otra finca o agregada a una porción segregada de una finca hipotecada a otra finca o viceversa, la hipoteca continua gravada sin alteración alguna sobre la finca originaria, sin que la misma se extienda a las demás fincas o porciones agregadas; claro está que si hubiese de proceder a la enajenación de la finca en el proceso de ejecución se impondrá la segregación de la parte de la finca afectada por la hipoteca.

IV. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA

La hipoteca puede ser constituida bajo cualquier condición y desde un día cierto o hasta un día cierto o por una obligación condicional; otorga bajo condición suspensiva o desde día cierto, no tendrá valor sino desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día, pero cumplida la condición o llegado el día será su fecha la misma en que se hubiese tomado razón de ella en el oficio de hipoteca, si la hipoteca fuese por una obligación condicional y esta se cumpliera, tendrá un efecto retroactivo al día de la convención hipotecaria, es decir, la hipoteca garantiza los créditos a términos condicionales o eventuales de una manera tan completa como los créditos puros y simples.

Así mismo puede ser dada por un tercero ajeno a la obligación principal sin embargo este no se obliga personalmente y si la obligación principal es anulada por una causa que afecta la obligación misma, como si fuere error, dolo o violencia, la nulidad de la obligación que se hubiese constituido, pero la hipoteca dada por el tercero tendrá efecto si la obligación principal se anulase



por una excepción puramente personal.

V. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA

5.1.) REQUISITOS DE FONDO:

a.-Capacidad: Solo puede hipotecar los que validamente pueden obligarse, sin embargo la hipoteca constituida por un incapaz puede ser confirmada por efectos retroactivos, una vez que haya cesado la incapacidad.

Para constituir hipoteca es necesario ser propietario de inmueble de ahí que la hipoteca constituida sobre un bien ajeno no será válida ni por la adquisición que el constituyente hiciere ulteriormente, ni por aquella a quien el inmueble pertenece viniese a suceder el constituyente a título universal.

b.- Especialidad

Vista desde dos aspectos:

En cuanto a la cosa: Debe recaer sobre bienes inmuebles y expresamente determinados donde la estructura hipotecaria debe designar separada e individualmente la naturaleza del inmueble.

En cuanto al crédito: Es lo que constituye el monto del crédito que es una suma de dinero cierta y determinada.

5.2.) REQUISITOS DE FORMA:

Debe constar en Escritura Pública, con sus respectivos requisitos para poder ser inscrita en el Registro. La imposición de la Escritura obedece a las siguientes razones:



- a.- La defensa de los intereses del deudor
- b.- La firmeza de las operaciones hipotecarias
- c.- La inscripción en el Registro.

Nuestra legislación regula en cuanto a la constitución de la hipoteca, prescribe y para que surta efectos legales es necesario que se haya constituido en escritura pública y además de inscribirse en el Registro.

La constitución de la hipoteca no perjudica a terceros sino cuando se ha hecho pública por su inscripción en los registros tenidos a este efecto. Nuestra legislación también establece claramente quienes pueden constituir hipoteca:

a.- Los que tienen capacidad para obligarse, por lo tanto los que válidamente no pueden obligarse no pueden hipotecar sus bienes, sin embargo la hipoteca constituida por un incapaz puede ser ratificada o confirmada con efectos retroactivos cuando cese la incapacidad.

b.- Puede ser dada por un tercero sin obligarse personalmente, es decir es necesario que la hipoteca sea constituida por el que ha contraído la obligación principal, por otro lado si la obligación por la que un tercero ha dado una hipoteca fuere anulada por una excepción puramente personal, como la de un menor, la hipoteca será válida y tendrá pleno y entero efecto por lo tanto subsiste la obligación principal ya que la obligación accesoria es anulada por alegarse incapacidad del tercero, pues no tiene capacidad suficiente para contraer tal obligación.



c.- Cada uno de los condominios de un inmueble puede hipotecar sus partes indivisas en el inmueble común pero los efectos de tal constitución quedan subordinados al resultado de la petición o licitación entre los condominios.

d.- El que tiene sobre un inmueble más que un derecho sujeto a condición, rescisión o resolución, podrá constituir hipoteca sometida a las mismas condiciones, aunque así no se exprese.

Los notarios ante quien se otorguen escrituras en que se constituyan hipoteca, deberán exigir un certificado del encargado del registro, de lo contrario incurrirá en la pena de pagar los daños y perjuicios que causare, el Registro en el que deban inscribir la hipoteca, el notario será de la jurisdicción que pertenezcan por razón de la ubicación de los predios hipotecados.

El Registro deberá hacerse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al otorgamiento de la escritura hipotecaria, más el término de la distancia que será de un día por cada treinta kilómetros, siempre que en el Registro de la propiedad no se estuviere en el lugar en donde se hubiere otorgado la escritura.

El Registro conservará sus efectos mientras no fuere cancelado o se declare prescrito. En el caso en que el Registro de la hipoteca sea contraída en un país extranjero, solo producirá efecto en el estado que se constituyó, hallándose el título respectivo debidamente legalizado⁵⁴.

⁵⁴ Código Civil de la Republica de Nicaragua. Tomo II.



VI. CLASIFICACIÓN DE LA HIPOTECA

En nuestra Legislación

Establece que no hay otra hipoteca que la Convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescrita por este título.

Tanto el Código Civil Vigente como la anterior no aceptan las hipotecas legales y judiciales como solamente reconocen las convencionales aunque por excepción al Código Vigente aceptan algunas legales como en los casos siguientes⁵⁵:

- a) La que se entiende constituida sobre las propiedades raíces adjudicadas a los comuneros durante el juicio divisorio para asegurar el pago de los alcances que resulten en contra adjudicatarios, siempre que no se pague de contado el exceso del 80% de lo que corresponda percibir.
- b) Según el Reglamento del Registro Público, establece respecto del crédito que el acreedor refaccionario tiene sobre la finca refaccionaria.
- c) La que conforme el (Art 1426 Pr). se considera constituida sobre los bienes retenidos por resolución ejecutoriada, en caso del derecho legal de Retención.

Todas estas hipotecas sui generis son especiales y no se construyen por el solo ministerio de la ley pues necesitan de la inscripción en el Registro para oponerse contra terceros. Existen otras que conservan el nombre de legales por

⁵⁵ Ídem.



razón de su origen, puesto que proceden de un mandato de la ley, que ordena su constitución pero siempre por imperio de la ley sino por el contrario es el obligado quien la constituya, reduciéndose el derecho de las personas en cuyo favor lo establece la ley, para garantía de sus derechos, Tales son: La Hipoteca que el juez puede obligar a constituir sobre sus bienes al guardador para responder de la administración de los bienes de sus pupilos. También existe la posibilidad de que la hipoteca legal surja de una resolución judicial, estas hipotecas son especiales y requieren de inscripción para afectar a los terceros.

Para concluir, si se desea clasificar a la hipoteca de ambos cuerpos legales en Convencionales, Legales y Judiciales, deberán fundamentarse en el origen de la obligación de constituir la garantía, salvo el caso de las hipotecas Legales del actual Código con las características apuntadas.

VII. CARACTERES DE LA HIPOTECA

7.1. Es un derecho real inmobiliario: Por ser real tienen los caracteres de adherencia o inseparabilidad⁵⁶, por esta razón se ejerce sobre el bien hipotecado sin respecto a determinada persona. Por este carácter de real, el derecho del acreedor de ejercitarlo se objetiviza en la facultad que tiene el acreedor de pedir la venta de la cosa hipotecada en caso de que el deudor no cumpla la obligación. Como consecuencia de este carácter se da el derecho de persecución del cual está dotado el acreedor hipotecario que le habilita para perseguir la finca en mano de quien la posea y a cualquier título que la haya adquirido.

Nuestro Código Civil expresa “La hipoteca grava los bienes sobre los que

⁵⁶ Ortiz Urbina, Roberto. Juicio Hipotecario con Renuncia de Tramite. Editorial BITECSA, Managua, Nicaragua. 1999



recae y los sujeta directa e inmediatamente al cumplimiento de las obligaciones a que sirve de garantía, sea quien fuere el poseedor de los mismos bienes.

7.2.-Es un derecho de garantía: La hipoteca es siempre un derecho accesorio destinado a asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de esto se desprende que no puede tener vida sin existencia de una obligación principal que le sirva de soporte pura o simple.

Este derecho accesorio quiere decir que está subordinado a otro derecho cuyo cumplimiento viene a asegurar o garantizar, ya que toda hipoteca dentro de nuestra legislación, asegura el pago de un crédito a cuya dependencia esta sometida, si bien la misma hipoteca puede desenvolverse con sustantividad desde luego y de acuerdo con el (Art 3822C) "El Registro conservará sus efectos mientras no fuere cancelado y en consecuencia cualquier acto, hecho o convenio entre las partes que pueden modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria, no sufrirá efectos contra tercero mientras no se haga constar en el Registro por medio de una nueva inscripción de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos.

La hipoteca puede constituirse antes o después de los contratos a que accede, emana de un contrato, cuasicontrato, de un delito, cuasidelito, o de la ley. Así mismos son susceptibles de garantizarse con la hipoteca las obligaciones civiles y obligaciones naturales. Si la hipoteca la constituye el deudor o un tercero para garantizar una obligación civil que después pasa hacer natural, subsiste la hipoteca con este mismo carácter como consecuencia del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal pero si la garantía la otorga un



tercero, cuando la obligación es natural, su obligación es civil perfecta

En nuestro sistema, el carácter accesorio de la hipoteca, esta puede tener una relativa independencia respecto de la obligación principal, así podemos señalar los siguientes casos:

a) puede de pronto garantizar con hipoteca una obligación futura, de tal forma que cuando la hipoteca se constituya para garantizar obligaciones futuras, obviamente no existe la obligación principal al tiempo de constituirse la hipoteca. Se puede garantizar con hipoteca una obligación de carácter eventual, es decir una obligación futura que puede existir o no.

b) la persona que hipoteca un bien propio en garantía de una deuda no se obliga personalmente a menos que así se estipule expresamente. La obligación principal de este caso, se separa de la hipoteca y las acciones que se pueden ejercer se dirigen contra el deudor y la hipotecaria en contra del tercero que constituyó la hipoteca.

c) Aunque no se concibe la subsistencia de la hipoteca después de la extinción de la obligación principal, las partes pueden convenir en una reserva de hipoteca, esto es que la misma hipoteca subsista. Esto se refiere cuando la hipoteca, es decir la obligación garantizada con la hipoteca se ha distinguido por novación.

7.3.- Origina el derecho de persecución: el acreedor tiene la facultad a ejercitar sus derechos contra quien posea el bien hipotecado, garantizando la solvencia de su crédito⁵⁷.

⁵⁷ Código Civil de la República de Nicaragua. Tomo II



7.4.- Confiere preferencia: En nuestra legislación el legislador, ha creado a la hipoteca como una garantía, y tal garantía no sería completa si el acreedor hipotecario no gozará de preferencia para el pago. Si bien el legislador es el que consagra la preferencia de que gozan los créditos hipotecarios, en cambio es la voluntad del deudor lo que da nacimiento a esta preferencia al constituir hipoteca a favor de un acreedor.

7.5.- Constituye una limitación del dominio. En nuestra legislación el propietario del inmueble no puede ejercer su derecho de dominio de forma absoluta, no puede destruir el inmueble, ni gozar de él en términos que lesionen el derecho del acreedor hipotecario⁵⁸.

7.6.- La finca hipotecada permanece en manos del deudor: Es característica de la hipoteca de que la finca hipotecada permanezca en manos del constituyente, ya que por la constitución del gravamen, los inmuebles no dejan por eso de permanecer en poder del constituyente, ya sea este el deudor o un tercero, esta característica constituye una positiva ventaja para el deudor ya que le permite conservar la facultad de gozar la finca hipotecada, y aun dispone de ella así lo establece el(Art 3836 C).

7.7.- Es un derecho sobre un bien Inmueble:El carácter inmueble de la hipoteca resulta claramente, ya que siempre se ejerce sobre un bien raíz, pero esta regla no es absoluta ya que son susceptible de hipotecarse además de los bienes inmuebles, que sobre estos recaen y otros bienes que no tienen el carácter de inmueble, tales como naves, aviones y barcos.

⁵⁸ Somarriba Undurraga, Manuel. Ob. Cit.



7.8.- Es Indivisible: El principio de indivisibilidad todas y cada una de las partes del inmuebles, acceden a todas y cada una de las del crédito están garantizados por todas y cada una de las partes del inmueble gravado, en consecuencia la hipoteca subsistirá, mientras no se cancele la totalidad de la obligación garantizada aunque halla reducción de la misma. La división de la finca hipotecada, mientras no lleve consigo la hipoteca, por expreso consentimiento del acreedor no puede afectar en ningún sentido el derecho del acreedor⁵⁹.

La hipoteca es indivisible en cuanto a la cantidad que representa su gravamen y respecto de los bienes gravados; aun cuando se dividan o se destruyan en parte de modo que este carácter es inherente a la hipoteca y no es de su esencia y por consiguiente se puede modificar por el contrato, los efectos de la indivisibilidad como ese carácter es independiente de la divisibilidad de la deuda.

7.8.1-ENFOQUE DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA HIPOTECA DESDE DOS PUNTOS DE VISTA:

a.-Con relación al inmueble o finca hipotecada: El inmueble y cada una de la parte que se divida responda del total de la obligación se sigue de este principio diversas consecuencias:

- a) Sin son varios los deudores, el acreedor podría dirigir la acción hipotecaria contra aquel de los codeudores que posean la finca hipotecada.

⁵⁹ Ortiz Urbina, Roberto. Juicio Hipotecario con Renuncia de Tramite. Editorial BITECSA, Managua, Nicaragua. 1999



b) En casos de dividirse la finca hipotecada cada uno de los lotes queda gravado con el total de la deuda, esto quiere decir que la acción hipotecaria se dirige contra el que posea en todo o en parte el inmueble hipotecado, de manera que si en la sucesión del deudor uno de los deudores se adjudica el inmueble gravado contra el, se dirige la acción.

b.- Desde el punto de vista del crédito que garantiza la hipoteca: La extinción parcial del crédito no libera proporcionalmente el inmueble hipotecado, la extinción parcial de la deuda deja subsistente la hipoteca en su totalidad.

7.9.- Publicidad: La hipoteca para que pueda perjudicar a terceros es necesario que se haga del conocimiento de estos mediante su inscripción en los registros destinados al efectos. El principio de publicidad, que es uno de los pilares en que descansa la institución del registro público, reviste caracteres especiales en el caso de la hipoteca, ya que este es constitutivo de la misma.

7.10. Especialidad: La inscripción de un crédito hipotecario ha determinado el importe de la obligación garantizada, bastando en algún supuesto que de fíjenla cantidad máxima que responde hipoteca.

VIII. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE HIPOTECA:

- a. Es Unilateral.
- b. Es accesorio.
- c. Puede ser gratuito u Oneroso.



- d. Se puede celebrar con un tercero.
- e. No es solemne.

8.1. Es un contrato unilateral: Por que en él sólo resulta obligado el constituyente ya sea el deudor o un tercero, al transferir al acreedor el derecho real de hipoteca, quien por su parte no contrae ninguna obligación. Esta es la manera ordinaria como se constituye la hipoteca y es lo que da el carácter unilateral.

Sin embargo, no es de la esencia el carácter unilateral de la hipoteca, ya que puede ser bilateral, debido a que el acreedor puede contraer obligación; puede darse el caso en el cual se estipula que el acreedor pagará al tercer una remuneración a cambio de que éste acceda a constituir el gravamen, o puede conceder al deudor rebaja de intereses o prórroga de plazo⁶⁰.

8.2. Es un contrato accesorio: Por que supone la existencia de una obligación principal, es decir que garantiza el cumplimiento de dicha obligación, sin embargo puede otorgarse la hipoteca antes del contrato a que acceda esto quiere decir que los contratos accesorios puede hacer antes que la obligación garantizada.

8.3. Puede ser gratuito u oneroso: Es difícil determinar el carácter gratuito u oneroso que tiene este contrato hipotecario, por tal razón daremos algunas ideas a cerca de este problema.

⁶⁰ Escobar Fornos, Iván. Curso de Contrato. Editorial HISPAMER, Managua, Nicaragua. 2001



En los casos en que la hipoteca es un contrato bilateral cuando tanto el que constituye el gravamen como el acreedor contraen obligaciones entonces es evidente que es oneroso, ya que no puede existir un contrato bilateral y gratuito al mismo tiempo. Pero los contratos onerosos son los que tienen por objeto la utilidad de ambas partes o contratantes y además para poder calificar de oneroso un contrato es necesario que cada una de las partes se grava en beneficio de la otra, en el caso de la hipoteca el deudor sufre un gravamen, lo que no pasa en el acreedor el cual no soporta ningún gravamen.

También cuando la hipoteca lo constituye un tercero, o el propio deudor después que se le ha concedido el crédito, tampoco el contrato presentaría utilidad para ellos. Sin embargo, se puede observar que aún cuando se decidiera que la hipoteca es un contrato gratuito, en su constitución no hay donación; pero lo más usual es que el deudor se limite lisa y llanamente a constituir esta garantía.

Es difícil asignarle uno u otro carácter al contrato hipotecario; por tanto el calificar la hipoteca como contrato oneroso o gratuito es sólo una cuestión doctrinaria, por el cual el legislador equipara la hipoteca, a los contratos onerosos, pues no dice que sea ni lo uno ni lo otro, sino que se conforma en colocarle en la misma situación de los contratos onerosos.

8.4. Puede celebrarse con un tercero: Generalmente el contrato de hipoteca se celebra entre acreedor y deudor. Pero también puede un tercero hipotecar un bien propio para garantizar una deuda ajena, tercero que como lo dice el (Art. 3800 C), no contrae obligación personal de ninguna especie.



8.5. No es solemne: Primeramente es necesario aclarar que este contrato se constituye en escritura pública y debe además de inscribirse. Pero ni la escritura es requisito para su existencia ya que si esta falta los contratantes pueden compelerse recíprocamente a llenar este requisito desde el momento que intervinere su conocimiento, además de los requisitos necesario para su validez.

Ni la inscripción es constitutiva del derecho real de hipoteca o solemnidad esencial, Estas circunstancias serán validas contra tercero. Por lo tanto ante de la inscripción, la hipoteca puede existir como contrato ya que para Nuestra Legislación la inscripción no es una solemnidad de la hipoteca sino un medio de publicidad destinado a dar a conocer a los tercero la existencia de aquella. Entre las partes se dice el contrato produce todo sus efectos y da nacimiento al derecho real de hipoteca, pero sin la inscripción ese derecho no puede hacerse valer respecto a terceros. Sin embargo, Nuestra Legislación a querido darle una solemnidad a la hipoteca al decir que debe ser constituida en escritura publica, e inscribirse en el competente Registro pero al mismo tiempo se contradice por que ésta, no señala como elemento de invalidez, si en dicho contrato no se contradice por que ésta no señala como elemento de invalidez, sí en dicho contrato no se cumplen estos requisitos, los cuales pueden llegar a cumplirse despues de constituida la hipoteca entre los contratantes⁶¹.

⁶¹ Escobar Fornos, Iván. Ob. Cit.



IX. ELEMENTOS DE LA HIPOTECA

La hipoteca debe reunir los elementos o requisitos de contrato que son los siguientes:

1. Capacidad de los contratantes.
2. La forma del contrato de hipoteca.
3. Las cosas que pueden hipotecarse.
4. Obligaciones que pueden garantizarse con la hipoteca.

9.1. CAPACIDAD DE LOS CONTRATANTES

En la hipoteca la ley exige capacidad de enajenar, ya que ésta compromete seriamente el patrimonio del futuro constituyente, suele decirse que la hipoteca constituye un principio de enajenación puesto que la realización de la finca hipotecada es el resultado a que se dirige la hipoteca, cuando la deuda garantizada no es pagada en su oportunidad.

Nuestra legislación dispone que los que no pueden válidamente obligarse no puede hipotecar sus bienes, sin embargo existe la excepción al principio general en el cual la hipoteca constituida por un incapaz puede ser ratificada o confirmada una vez que cese la incapacidad y esta ratificación o confirmación actúa con efecto retroactivo⁶².

9.2. LA FORMA DEL CONTRATO DE HIPOTECA

En cuanto a la forma de este contrato la ley ha querido darle el carácter de un contrato solemne, debido a su gran importancia y por lo tanto debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Público, Dicha solemnidad es

⁶² Escobar Fornos, Iván. Ob. Cit.



indispensable para el contrato de hipoteca.

Por su parte el (Art 3808C) en su siete incisos establece todos los elementos que debe contener el acto constitutivo de la hipoteca, Más bien los requisitos formales para constituir la hipoteca.

El Registro Público, ha dado lugar a que surjan diferentes corrientes de opiniones.

Un segmento de la doctrina le da a la escritura pública y a su inscripción el carácter de elemento de solemnidad para poder constituir la hipoteca al igual que Nuestra Legislación en el(Art. 3772C).

Otro segmento de la doctrina considera que las escrituras públicas y la inscripción del Registro no son elementos de solemnidad por que sí bien es cierto que en Nuestra Legislación en su (Art. 3772C). Así lo prescribe, no señala como en otra legislación el elemento de invalidez, si no se cumplen con esos requisitos más bien el (Art. 2481C). Regula a favor de los contratantes que después podrán compelerse recíprocamente a llenar aquellas formas desde que se hubiere intervenir el consentimiento y demás requisitos para su validez.

Esta discusión planteada ha llevado a las diferentes consideraciones sobre la importancia del Registro en la hipoteca, unos consideran que el Registro es solamente declarativo y otros de que el Registro es constitutivo. Es tal la importancia de la inscripción de la hipoteca en el competente Registro que sin ese requisito no sería posible el ejercicio de las acciones procesales con respecto a la hipoteca, ya que la certificación registral de la vigencia de la misma. El (Art. 3816 C). Dipone que la constitución de la hipoteca no perjudica a tercero, sino



cuando se ha hecho público por su inscripción en los Registros tenidos a este efecto.

9.3. LAS COSAS QUE PUEDEN HIPOTECARSE:

Todos los bienes inmuebles, los derechos reales sobre esos inmuebles y algunos bienes inmuebles que por su naturaleza y su valor económico son susceptibles de hipotecarse.

También existen otras disposiciones que amplían las cosas que pueden hipotecarse de manera que puede darse en la hipoteca no sólo lo que exclusivamente nos pertenece, también podemos dar los bienes en condómino.

En los (Art.3802 y 3863C). Podemos observar el principio de especialidad cuando el copropietario pasa a ser dueño de todo inmueble. También puede darse en la hipoteca, cuando se considera a la hipoteca, un derecho real de segundo orden, los derechos sobre un inmueble se tengan, aún cuando estos estén limitados en los términos que establece el (art.3804 C). También se puede dar en hipoteca el usufructo, pero como este derecho es limitado, también la hipoteca lo será, además debe tomarse en cuenta la voluntad del usufructuario.

9.4. OBLIGACIONES QUE PUEDEN GARANTIZARSE CON LA HIPOTECA.

Existen diferentes clases de obligaciones dependiendo de su origen, pueden ser obligaciones presente, futuras; Créditos indeterminados en su valor, obligaciones eventuales de hacer y no hacer de tal forma que cualquiera que sea la obligación, pura y simple y sujeta a condiciones, se pueden garantizar con



una hipoteca.

Sin embargo cualquier tipo de obligaciones que pueden caucionarse con la hipoteca debe tenerse en cuenta el principio de especialidad por que éste se refiere a bienes determinados, que también dicha determinación alcanza a la obligación que se va garantizar y debe tenerse presente lo dispuesto en el (Arto. 3795C)⁶³.

X. EFECTOS DE LA HIPOTECA.

Los efectos de la hipoteca, los enfocaremos de diferentes puntos de vista como son:

1. Con la finca hipoteca.
2. Con los derechos del constituyente de la hipoteca.
3. Con los derechos del acreedor hipotecario.
4. Relaciones de la hipoteca con los terceros.

10.1. CON LA FINCA HIPOTECADA.

La hipoteca constituida sobre una finca se extiende por ese poder de expansión: A los inmuebles por destinación; a los aumentos o mejores del inmueble; a las rentas de él mismo, a las indemnizaciones por seguro; al pago de la expropiación del inmueble. La hipoteca que se constituye sobre un bien inmueble se debe determinar el alcance de este gravamen ya que la hipoteca está dotada de un poder de expansión que la hace alcanzar lo que antes estaba afectado, desbordamiento así su asiento primitivo.

⁶³ Escobar Fornos, Iván. Ob. Cit.



Cuando se refiere a un inmueble por destinación, se debe entender que son aquellos bienes que se encuentran permanentemente destinados al uso, cultivo y beneficio del inmueble, no obstante ellos pueden separarse sin detrimento del inmueble.

Los aumentos y mejora a los que se extiende la hipoteca son todas que tenga carácter natural, accidental, o artificial y tiene la característica de ser superveniente al inmueble. También se extenderá la hipoteca a los aumentos que experimentan las fincas por aluvión, a las rentas que proporcione el inmueble. Esto significa que el acreedor hipotecario tenga derecho a percibir las rentas, privando de ellas al dueño de la finca, sino que debemos de interpretar el derecho del acreedor sobre la renta, sólo cuando se hace exigible, la obligación principal, de, manera que ejercida la acción podrá embargar las rentas que se produzcan. Siempre dentro de la expansión y a como señala la norma que analizamos. La hipoteca se, extiende a las indemnizaciones debidas por los aseguradores, ya que se viene a operar una verdadera subrogación real de bien a la indemnización y de igual manera podremos expresarnos cuando hablamos de la expansión con respecto al precio de la expropiación del inmuebles.

10.2. EFECTO CON RESPECTO AL CONSTITUYENTE.

El bien inmueble hipotecado queda en mano del deudor, sin embargo este derecho si bien conserva la facultades inherente al derecho de propiedad podemos afirmar que la hipoteca limita el derecho del dueño, tanto así que no puede realizar actos que puedan provocar una desvalorización y la consiguiente



disminución eficacia de la caución. El dueño conserva la facultad de disponer de la finca, pero en tanto no perjudica el derecho del acreedor hipotecario.

10.3. DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO.

Los derechos que la hipoteca le otorga al acreedor hipotecario son esencialmente tres:

- a) Derecho de venta.
- b) Derecho de persecución.
- c) Derecho de preferencia.

a. DERECHO DE VENTA

El acreedor hipotecario tiene respecto de la finca hipotecada el derecho de hacerla vender para pagarse con el producto. Constituyendo el contrato de mutuo garantizado con hipoteca, un título ejecutivo, al no lograrse por la vía extrajudicial al pago del crédito, se recurre al juicio ejecutivo que por lo general y en la práctica es el juicio ejecutivo de carácter singular.

b. DERECHO DE PERSECUCIÓN.

El acreedor hipotecario dispone del derecho de persecución de la finca hipotecada aunque ésta se encuentre en poder del tercero que la haya adquirido a cualquier título.

c. DERECHO DE PREFERENCIA

Le da eficacia a la hipoteca, el derecho de preferencia en el pago del crédito con relación a los acreedores de grado posterior y recae sobre el



inmueble que garantiza el capital e intereses⁶⁴

10.4. RELACIÓN DE LA HIPOTECA CON TERCEROS

Se denomina tercero a las personas que tienen condición de extraños a la deuda, el tercer constituyente hipotecario que garantiza una deuda ajena es también por regla general un tercer poseedor y en consecuencia puede ser demandado para el pago de la hipoteca, constituida sobre la finca que puso a sus manos con este gravamen y no tendrá derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente.

Distintos casos es el del adquirente que no quiere que su bien este hipotecado y por ésta razón la ley a pesar de que siempre le da el derecho al acreedor de perseguirlo también tiene un derecho especial; nuestra legislación nos dice que en el caso que un tercero haya adquirido el dominio de la cosa hipotecada podrá cuando este vencido el plazo exigir del acreedor entablar el correspondiente juicio para el pago de su deuda, o concede el gravamen sino lo verifica, dentro de un termino prudencial que el Juez le dirá.

Para evitar el derecho de persecución el tercer adquirente, es menester que el bien lo haya adquirido en pública subasta y con citación personal de los acreedores.

⁶⁴ Escobar Fornos, Iván. Ob. Cit.



XI. EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

Al igual que los otros contratos accesorios de garantía que hemos estudiado, la hipoteca puede extinguirse como consecuencia de la extinción de la obligación principal que garantiza y por extinción de la hipoteca misma, sin afectar la obligación principal.

A. Extinción por vía de consecuencia.

a. Principio general. El (art. 3861 C), establece que:

“La hipoteca se acaba por la extinción total de la obligación sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones”.

Esta forma de extinción de la hipoteca es una consecuencia de su carácter accesorio. Al desaparecer la obligación que garantizaba, también desaparece la hipoteca.

b. Pago. Cabe observar que para que se extinga la hipoteca, es necesario que también se extinga en su totalidad la obligación principal. Esto es una consecuencia de la indivisibilidad de la hipoteca consignada en el (art. 3776 C). si sólo se produce una extinción parcial, la hipoteca se mantiene sobre la totalidad del inmueble.

En tal sentido, el(art. 3863 C). establece que:

Prevé dos hipótesis. La primera, que un codeudor o coheredero del deudor hubiere pagado su cuota en la hipoteca, pero no los demás codeudores o coherederos, por lo que la obligación no ha sido pagada en su totalidad, subsistiendo íntegramente la hipoteca.

La segunda hipótesis se refiere al coacreedor o coheredero del acreedor a



quien se hubiere pagado la totalidad de su cuota, pero los otros coacreedores o coherederos no han sido enteramente pagados, en cuyo caso también subsiste íntegramente la hipoteca.

c. Pago por consignación. El (art. 3868C)., dispone que:

“La consignación de la cantidad debida, hecha por el deudor a la orden del acreedor, extingue la hipoteca en cuanto tuviere fuerza de pago”.

Cuando el pago es declarado nulo, la hipoteca renace. Así lo dispone el (art. 3875C). que dice:

“Las hipotecas renacen con el crédito si se hubiere declarado nulo el pago”.

El(art. 3876C). dice:

“De cualquiera manera que renazca la hipoteca debe inscribirse nuevamente para que continúe produciendo sus efectos”.

d. Novacion

De conformidad con el (art. 2095C)., la novacion es la sustitución de una nueva obligación a la antigua, que por lo mismo queda extinguida.

Así mismo, el (art. 2107C)., establece que si la novacion se opera sustituyendo un nuevo deudor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor ni aun con su consentimiento.

Cuando se opera la novacion entre el acreedor y uno de sus deudores solidarios, la reserva no puede tener efecto sino relativamente a éste. Las prendas



e hipotecas constituidas por los otros codeudores solidarios se extinguen, a pesar de toda estipulación contraria; salvo que éstos acceden expresamente a la segunda obligación.

El (art. 3865C)., permite que se haga reserva y de esa forma la nueva obligación queda garantizada con la hipoteca. Dice este artículo: “Si el acreedor novando la primera obligación con su deudor, se hubiere reservado la hipoteca que estaba constituida en seguridad de su crédito, la hipoteca continuará garantizando la nueva obligación”.

e. Confusión.

La confusión no es realmente un medio extintivo de las obligaciones, sino mas bien una paralización de las acciones, puesto que si la confusión cesa por un acontecimiento posterior que vuelva a separar la calidad de acreedor y deudor, la obligación primitiva revive con todos sus accesorios. Así, pues, si la confusión cesa, revive la hipoteca.

Para que la hipoteca reviva es necesario que la causa por la cual la confusión cesa tenga efecto retroactivo, como, por ejemplo cuando se resuelve o se declara nulo el contrato. En consecuencia, la hipoteca no revive si la confusión ha cesado por un hecho posterior, del acreedor hipotecario y dueño del inmueble, por ejemplo, si la confusión se ha operado por herencia y el heredero cede sus derechos sucesorios a un tercero.

La confusión de los derechos de acreedor hipotecario y dueño está contemplada en el(art. 3867C)., que dice:



“Cuando se confundan los derechos de acreedor hipotecario y dueño, por el mismo hecho queda extinguida la hipoteca, bastando que al inscribirse la escritura o título que produce la confusión se anote en el lugar correspondiente la cancelación que se ha verificado.

El (art. 3874C), establece que:

“Si la propiedad irrevocable, y la calidad de acreedor hipotecario se encuentran reunidos en la misma persona, la hipoteca se extingue naturalmente, como se dispone en el(art 3867C)”.

Para que se extinga la hipoteca por confusión, de conformidad con este artículo, se requiere que la propiedad sea irrevocable porque, si no lo es por haber sido reivindicada, la hipoteca revivirá.

El acreedor hipotecario que se convierte en tercer poseedor por la adquisición del inmueble hipotecario, produciéndose en tal caso la extinción de la hipoteca por confusión, puede hacerla valer cuando otro acreedor proceda en contra de él. A este respecto, el(art. 3857C)., establece que:

“El tercer poseedor puede hacer valer en el orden que les corresponda las hipotecas que tenía adquiridas sobre el inmueble hipotecario antes de ser propietario de él”.

f. Otros medios.

También se extingue la hipoteca por vía indirecta cuando la obligación principal se extingue por transición, remisión, compensación, confusión, prescripción e imposibilidad de pago.



Cabe observar que la prescripción no extingue la obligación, sino que priva al acreedor del derecho de ejercer su acción, quedando la obligación con carácter de natural. Sin embargo, es lógico que el acreedor pierda no sólo sus acciones para cobrar el crédito, sino también, la garantía que lo protegía, porque de lo contrario conservaría un medio indirecto para obligar al deudor a pagar la obligación prescrita.

B. Extinción directa o principal

a. Renuncia. El(art. 3869C)., establece que:

La renuncia debe ser expresa, pues no se admite la renuncia tácita como en el Derecho Romano. Este artículo requiere que la renuncia se haga en escritura pública. Sin embargo, tal requisito es **ad probationem** y **no ad solemnitatem**. De manera que si la renuncia se hace en instrumento privado, el deudor puede compeler al acreedor para que llene el requisito de forma, de conformidad con lo establecido en el(art. 2481C)., y pueda inscribirse en el Registro.

b. Destrucción de la cosa. El (art. 3871C)., dispone que:

Si el inmueble hipotecado tiene edificios y éstos son destruidos la hipoteca sólo subsiste sobre el suelo, y no sobre los materiales que formaban el edificio. Si éste es reconstruido la hipoteca vuelve a gravarlo”.

Si el edificio es reconstruido, la hipoteca vuelve a gravarlo. Esta es una aplicación del principio de que la hipoteca se extiende a todos los accesorios y mejoras del inmueble. El caso previsto por este artículo es el de la extinción parcial de la hipoteca, porque ésta continúa gravando el inmueble sobre el que se levanta el edificio.



c. Condiciones y plazos. El (art. 3794C)., dispone que:

La hipoteca constituida bajo una condición resolutoria se extingue al producirse el evento de la condición. Si se ha constituido hasta día cierto, también se extingue al llegar ese día.

Si se ha constituido bajo condición suspensiva o desde día cierto, no tendrá valor sino desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día. Si la condición se cumple, la hipoteca tendrá efecto retroactivo desde el día en que se celebre el contrato.

d. Derechos resolubles o condicionales. El (art. 3870C).

Si una persona adquiere un inmueble con condición resolutoria; luego lo hipoteca y finalmente la condición se cumple, quedando revocado el dominio con efecto retroactivo, extinguiéndose la hipoteca.

Para que la cláusula resolutoria tenga efectos extintivos respecto a la hipoteca, debe constar en el título de propiedad del otorgante.

C. Expropiación

La hipoteca también se extingue por expropiación del inmueble por causa de utilidad pública. De conformidad con los (art. 3779) en relación con el(3778C)., en caso de ocupación por causa de utilidad pública de la finca hipotecada, que el acreedor puede pedir, si el crédito fuere de plazo cumplido, la retención del precio que se obtuviere, y lo fuere, que dicho precio se imponga a su satisfacción, para que se verifique el pago al vencimiento del plazo. En cambio, el(art. 3788C)., dice:



En los casos de expropiación forzosa, los acreedores hipotecarios tienen derecho a exigir del deudor una nueva hipoteca, o que se les pague su crédito con el valor de la cosa expropiada.

D. Venta judicial o purga de las hipotecas.

La hipoteca también se extingue por subasta judicial del inmueble, como lo establece en(art. 3844 y 3872C). este último dice:

“La hipoteca se extingue, aunque no esté cancelada en el registro de hipotecas, respecto del que hubiere adquirido la finca hipotecada en remate publico, ordenado por el Juez con citación de los acreedores que tuvieren constituidas hipotecas sobre el inmueble, desde que el comprador consigno el precio de la venta a la orden del Juez.

Para que la extinción de la hipoteca tenga lugar, se requiere:

- 1) Que la venta se haya efectuado en remate judicial ordenado por el Juez competente.
- 2) Es necesario que el comprador haya consignado, o depositado el precio. Este es un requisito esencial, por cuanto los derechos de los acreedores hipotecarios se transfieren al precio pagado por el comprador.
- 3) Que el remate se hubiese efectuado con citación o notificación personal de los acreedores que tuviesen constituidas hipotecas sobre el inmueble. La citación debe efectuarse en el termino del emplazamiento, no especificado en el (art. 3844C)., pero en opinión de **Alessandri** es el termino del



emplazamiento para el juicio ordinario que, en nuestro caso, es de seis días para darle oportunidad a los acreedores de hacer valer los derechos que les correspondían, pues, darle oportunidad a los acreedores de hacer valer los derechos que les correspondan, pues, como es lógico ellos tienen interés en que el bien hipotecado se venda al precio más alto posible para que alcance a cubrir sus créditos. Si por algún motivo no puede efectuarse la subasta, se considera que no es necesario citar a los acreedores hipotecarios, a menos que el lapso de tiempo entre la fecha de la subasta que no pudo realizarse y la fecha para la nueva subasta sea muy prolongado.

La falta de citación de los acreedores hipotecarios no produce la nulidad de la subasta, pero produce la subsistencia de las hipotecas de aquellos. Por ejemplo, si hay dos acreedores hipotecarios de grado posterior y sólo es citado uno de ellos, la hipoteca subsiste para el que no fue citado. En cambio, si los dos son citados, se extinguen sus respectivas hipotecas no obstante no haberse pagado sus créditos y el juez puede ordenar la cancelación de las hipotecas no satisfechas.

El (art. 1770 Pr), se refiere a la hipótesis en que un acreedor de grado posterior persiguiera una finca hipotecada, contra el deudor persona que la poseyere, estableciendo que en tal caso debe citarse a los acreedores hipotecarios de grado preferente conforme el (art. 3844C)., para que éstos puedan optar por exigir el pago de sus créditos sobre el precio de remate según sus grados, o conservar sus hipotecas sobre la finca subastada, siempre que sus créditos no estuvieran devengados. No diciendo nada en el término del emplazamiento, se entenderá que optan por ser pagados sobre el precio de la subasta.



CONCLUSIONES

Al haber finalizado con nuestro estudio de una manera objetiva, las diferentes clasificaciones de las cauciones o garantías accesorias de un contrato principal y su aplicación en las relaciones bilaterales; Determinaremos en base a las normas objetivas y su profundo estudio que las cauciones en un contrato entre las personas es de absoluto e ineludible cumplimiento, para la parte que se ha obligado a cumplirla, además estas garantías tienen una eficacia completa en nuestra legislación porque son puestas en practica en todo y cada uno de los ámbitos jurídicos no solo civil sino también mercantil a excepción de la anticresis que si bien aunque se encuentre contemplada en el Código Civil de la República de Nicaragua, actualmente se encuentra en desuso en la práctica.

En la actualidad las cauciones del contrato se han visto como una alternativa para resolver los distintos problemas contractuales que se desarrollan en nuestra sociedad, lo cual ha permitido que estas garantías recobren su entera aplicación y eficacia en la práctica jurídica.

Con lo anteriormente expuesto en nuestro trabajo monográfico esperamos que sea de gran utilidad para el estudiante jurista y estudiosos del derecho y ayude a resolver cualquier controversia que surtan en las relaciones contractuales.



GLOSARIO

Abandono de la Finca Hipotecada: Mediante ella no se hace dueño de la finca.

Abuso de la Prenda: Si el acreedor incurre en el, el deudor puede pedir la restitución.

Acción de desposeimiento: Se dirige contra el tercer poseedor de la finca hipotecada.

Acción hipotecaria: Es la que se dirige contra el deudor principal, se confunde con la acción personal, se tramita de acuerdo con el procedimiento del juicio ordinario. Es real, e indivisible.

Acción Prendaria Directa: Corresponde al deudor para que el acreedor le restituya la prenda.

Acción Real: Tiene este carácter la acción hipotecaria.

Antinomia: palabra griega, compuesta de anti, contra y de nomas, ley, es pues la contradicción real o aparente entre dos leyes o entre dos pasajes y una misma ley.

Acreedor Refaccionario: Se les clasifica en doctrina entre los acreedores privilegiados en el cobro de sus créditos.



BENEFICIO:

- a) Beneficio de excusión: en virtud del cual puede exigirse que se persigan los bienes del deudor y en las prendas e hipotecas que hubiere constituido, está constituido para la protección del fiador siempre y cuando no sea solidario.

- b) Beneficio de división: Se da cuando hay dos o más obligados a una prestación, cada deudor solo está obligado a pagar su parte o cuota de la deuda.

Concurso particular de hipotecarios: puede abrirse a petición de cualquiera de los acreedores hipotecarios de la finca, no procede su formación.

Cofiador: Fiador junto con otro u otros, el que en unión con alguno o algunos se hace responsable solidariamente de la deuda principal obligado.

Codeudor: El deudor, con otro u otros, de una misma obligación.

Pignus: voz latina, garantía real, prenda.

Pignorar: Prendar, empeñar.

Refraccionario: Quién falta a la promesa o pacto a que se obligó.



OBRAS EN GENERAL

Bendaña Guerrero, Guy. Estudios de los Contratos. 1era. Edición. Managua, Nicaragua. Editorial PAVSA 2001

Decosio y Corral, Alfonso. Institución de Derecho Hipotecario, 2da. Edición, editorial BUSCH, Barcelona. 1956.

Escobar Fornos, Iván. Curso de contratos. 3era Edición. Managua, Nicaragua, Editorial. HISPAMER 2001.

Ortiz Urbina, Roberto. Juicios hipotecarios con renuncia de trámite. Editorial BITECSA. Managua, Nicaragua. 1999

Somarriba Undurraga, Manuel. Tratado de las Caucciones. Editorial Nacimiento, Santiago de Chile. 1943

MONOGRAFÍAS

Jiménez Espinoza, Cidalia Marcelina. Del Contrato de Hipoteca, Tesis a optar a Licenciatura en Derecho. León, Nicaragua. UNAN. 2001

Oviedo Rojas, Rodolfo. Derecho de Prenda en General. Tesis doctoral León, Nicaragua. UNAN. 1951.

Ramírez Videá, José Félix. Contrato de Prenda Civil en Nicaragua. Tesis a optar a Licenciatura en Derecho. León, Nicaragua. UNAN. 2005

Rosales Cárdenas, Alba Luz; Rodríguez Ruth. Del Contrato de Hipoteca, Tesis a optar a Licenciatura en Derecho. León, Nicaragua. UNAN. 2003

Vega Vergara, Fernando. Del Contrato de Prenda. Tesis doctoral. León, Nicaragua. UNAN. 1951.

TEXTOS JURÍDICOS

Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Enciclopédico de Derecho usual. Tomo IV. Editorial HELIESTA, Madrid, España. 1968.



Código Civil de la Republica de Nicaragua. Managua, Nicaragua.
BITECSA. 1997

Código de Comercio de la Republica de Nicaragua. Managua, Nicaragua.
Editorial BITECSA. 2003.

Código de Procedimiento Civil de la Republica de Nicaragua. 2da.
Edición. León, Nicaragua. Editorial Universitaria. 1991