

CAPÍTULO XXVII

Sumario: 1. Del Mutuo. 2. Naturaza. 3. Caracteres del Contrato. 4. Forma. 5. Comparación con otros contratos. 6. Obligaciones del Mutuario. 7. Obligaciones del Mutuante. 8. Intereses. 9 Desde cuando se deben los intereses. 10. La usura. 11. Contrato de Fianza. 12. Caracteres de este contrato. 13. Distinta clases de fianza. 14 Condiciones que debe reunir el fiador, 15. Relaciones entre acreedor y fiador. 16. Relaciones fiador y deudor principal. 17. Efecto de la fianza entre fiadores. 18. Extinción de la fianza.

1. Del mutuo

Según el Art. 1292: “Por contrato de mutuo, o préstamo de consumo, una parte entrega en propiedad a la otra una suma de dinero u otras cosas fungibles que esta última está autorizada a consumir, con la obligación de restituirlas en igual cantidad, especie y calidad, al vencimiento del plazo estipulado”.

El mutuo es el préstamo de consumo, su característica principal es que se trata de un préstamo de consumo de cosas fungibles, es decir, que pueden sustituirse una por otras de la misma calidad, cantidad y especie¹. Podemos de esta manera definir el contrato del Mutuo, como *“el vínculo jurídico mediante el cual, una persona llamada mutuante entrega en propiedad una cosa fungible o consumible a otra llamada mutuario, a fin de que este último le restituya dentro de un plazo estipulado, la misma cantidad, calidad y especie”*.

2. Naturaleza.

El mutuo, es esencialmente un contrato real, que solo se perfecciona con la entrega de una cosa (suma de dinero u otra cosa fungible), que realiza el mutuante al mutuario. Dada la naturaleza del préstamo, en la misma se realiza una transferencia de propiedad entre las partes, ello supone que el mutuante debe ser dueño de la cosa dada en mutuo.

3. Caracteres del contrato

El mutuo tiene los siguientes caracteres:

- a) Es un contrato esencialmente oneroso, pero puede establecerse que sea gratuito.
- b) Es un contrato real, que solo se perfecciona con la entrega de la cosa;
- c) Es un contrato bilateral imperfecto, porque en una primera etapa solo el mutuante entrega la cosa y debe esperar un plazo determinado, para que el mutuario la restituya.

4. Forma

En el contrato de mutuo, prima la libertad de formas, puesto que el legislador no previo una formalidad expresa para la validez del acto jurídico; incluso puede realizarse verbalmente. Ello se desprende de del Art. 1294: “el mutuo puede convenirse verbalmente, pero su prueba regirá las disposiciones relativas a los contratos”.

En materia contractual, a los efectos de su prueba, todo contrato superior a diez jornales debe hacerse por escrito y no puede probarse por testigo (Art. 706 CC). Igual principio rige al contrato de mutuo.

¹Art 1884 CC. *“Son cosas fungibles aquellas en que una cosa equivale a otra de la misma especie, y que pueden sustituirse unas por otras de la misma calidad y en igual cantidad”*..

5. Comparación con otros contratos

- a) *El contrato de mutuo y el comodato*; entres ambos contratos existe una ligera diferencia, siendo el primero un préstamo de consumo; es decir que una de las partes puede utilizar y consumir las cosas y restituir solo la misma cantidad, calidad y especie; sin embargo, el comodato es un préstamo de uso, donde una de las partes debe restituir la misma especie recibida en comodato;
- b) *Con la compra-venta*, existe una similitud, en el sentido de que en ambos contratos existe una obligación de transferir la propiedad de la cosa; solo que en la compraventa el comprador no está obligado a devolver la cosa comprada; sin embargo, en el mutuo el mutuante debe restituir el bien; y
- c) *El mutuo y el depósito irregular*: En el contrato de mutuo, la tradición de la cosa lleva envuelta la transferencia de la propiedad al prestatario, en tanto que el depositante conserva intacto el dominio. Situación diferente en el depósito irregular, donde desaparece esta distinción; el depositario adquiere el dominio y debe restituir solo una cosa equivalente.

6. Obligaciones del mutuario

Son obligaciones del mutuario las siguientes:

- a) Restituir la cosa dada en mutuo, en la misma calidad, cantidad y especie, en la fecha y el lugar convenidos;
- b) En caso de incumplimiento de la obligación estipulada, el mutuario deberá el precio de la cantidad o cosa recibida, según el tiempo y el lugar en que debió restituirse; y
- c) Abonar los intereses en caso de convenirse con el mutuante.

7. Obligaciones del mutuante

- a) La primera obligación del mutuante es la entrega de la prestación prometida, en tiempo y lugar convenido;
- b) Responder por los vicios que pudieren afectar a la cosa prestada.

8. Intereses. Interés compensatorio y moratoria

El contrato de mutuo puede realizarse en sus dos formas, gratuito y oneroso; y es oneroso cuando el mutuario debe restituir, además de la suma restituida, un interés por el uso del dinero.

Siguiendo al profesor Argaña, clasificamos los intereses en: *Interés compensatorio, punitorio y lucrativo*². Es *interés compensatorio* el que se exige en razón del daño emergente o lucro cesante; es decir, por las pérdidas que el acreedor tuvo que sufrir en sus bienes, o de las ganancias de que se ha visto privado por carecer de ese dinero. Es *interés punitorio o moratorio*, el que exige como pena de la morosidad del deudor en el pago de la deuda. Es *interés lucrativo*, no por razón del daño emergente o por morosidad en su devolución, sino precisamente por razón del préstamo por el solo hecho de serlo.

Igualmente la doctrina ha clasificado el interés conforme a su fuente, y ello puede estipularse en forma *convencional o legal*. La primera es cuando la parte libremente establece el costo del dinero por el uso (compensatorio), y la pena en caso de incumplimiento (interés punitorio). Y es *legal*, cuando se establece por imperio de la ley una otra normativa general, el parámetro dentro del cual se debe pagar el interés.

²Argaña Luis A. "Tratado de Derecho Mercantil" T. 3 op. cit. p. 7

En nuestro sistema conviven las dos formas de intereses la legal y la convencional; puesto que por una parte los interesados pueden regular libremente el precio a pagar en concepto de interés, y por la otra, se establece un límite máximo del interés que pueda pagar el deudor, bajo pena de nulidad. Ello se desprende del Art. 475 CC: “En las obligaciones de dar sumas de dinero no podrán estipularse intereses moratorios o compensatorios ni comisiones superiores a las tasas máximas establecidas por el Banco Central del Paraguay, bajo pena de nulidad de la cláusula respectiva, cualquiera sea su denominación que se asigne a la prestación accesoria a cargo del deudor”.

9. Desde cuándo se deben los intereses

Obligaciones convencionales: con relación a las deudas contractuales, debemos advertir dos situaciones: a) *Intereses compensatorios pactados*: El interés compensatorio es el debido por el deudor al acreedor por el uso del dinero, ello corre a partir de la recepción del dinero o desde la fecha en que han establecido libremente las partes; b) *Intereses moratorios*: Este tipo de intereses se computa desde el momento del vencimiento de la obligación, sin necesidad de constitución de mora del deudor. Esta situación está planteada claramente por el Art. 475 del CC: “*Los intereses se deben por el hecho de la mora, aunque no se justifique el perjuicio*”.

10. La usura

La usura es tan antigua como la humanidad misma; siempre existieron personas que han explotado la necesidad, la miseria o la imprevisión de otros, ofreciendo dinero con un interés elevadísimo.

El término usura, originariamente no significaba interés, con ello se significaba el uso de un capital³. Posteriormente a la palabra usura se le identifica con el préstamo a interés excesivo, siendo sinónimo de abuso, explotación, lesión. Es así que la denominación usurero quedó reservado a la persona que presta un dinero a un interés excesivo, abusando de la necesidad o ligereza o ignorancia, para imponer condiciones excesivas por el uso del capital.

Nuestra legislación penal sanciona con pena privativa de libertad o con multa a las personas que incurrir en usura⁴. El Código Civil (Art. 475) remite al Banco Central del Paraguay la fijación de tasas máximas de interés a estipularse por el préstamo en dinero,

³Borda Guillermo, op. cit. p. 334

⁴Art. 193 CP: “1° El que explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de otro, se hiciera prometer u otorgar, para si o para un tercero, una contraprestación que es evidentemente desproporcionada con relación a la prestación en los casos de: 1. Un alquiler de vivienda o sus prestaciones accesorias;

2. Un otorgamiento de crédito;

3. Un otorgamiento de garantías excesivas respecto al riesgo; o

4. Una intermediación en las prestaciones anteriormente señaladas,

será castigado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.

2° Cuando el autor:

1. realizara el hecho comercialmente;

2. mediante el hecho produjera la indigencia de otro; o

3. se hiciera prometer beneficios patrimoniales usurarios mediante letras de cambio,

pagaré o cheque,

la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años”.

la cual fija una tasa promedio al utilizado por el sistema financiero que varía según se trate del tipo de préstamos.

11. Contrato de fianza

El instrumento que tiene mayor auge en nuestros días es el crédito; las personas en mayor o menor medida recurren a dicho instrumento para satisfacer sus necesidades, sean ellas de consumo, inversión o para la creación de fuentes de riqueza. Esta situación tan imprescindible en nuestros días fue creando mecanismos para que el acreedor o dador del crédito pueda contar con la seguridad de que un pronto retorno al capital invertido; la garantía o seguridad que la obligación sea cumplida en el tiempo y forma estipulada. Esta garantía podríamos resumirlo en garantía real, es decir que el deudor afecta un patrimonio determinado (muebles o inmuebles) para garantizar el cumplimiento de la obligación; o bien garantías personales, donde el acreedor afecta todo su patrimonio o el patrimonio de un tercero al cumplimiento de la obligación.

Cuando un tercero ajeno a la obligación entra a otorgar garantía de cumplimiento de la obligación asumida por el deudor, se habla de fianza. El profesor Argaña define la fianza en los siguientes términos: “La fianza es un contrato por el cual un tercero, que toma el nombre de fiador, se obliga hacia el acreedor a cumplir la obligación contraída por el deudor para el caso de que este deje de satisfacerla⁵. Así mismo, el Art. 1456 CC establece: “Por contrato de fianza una parte se obliga accesoriamente respecto de la otra, a cumplir la obligación de un deudor de esta”. De la norma señalada, surge que la fianza es un contrato, donde el fiador garantiza accesoriamente el cumplimiento de la obligación del deudor, el cual puede realizarse sin el consentimiento del mismo y aun mediando oposición, aunque difícilmente pueda darse esta situación siendo el deudor el principal interesado en ofrecer garantía para la obtención del crédito. Y en caso de que el fiador pague la deuda, el deudor asume la obligación frente a él.

12. Caracteres de este contrato

- a) *La fianza es un contrato accesorio*, puesto que la obligación principal es la relación entre deudor y acreedor, siendo estos los sujetos principales de la obligación;
- b) *La fianza es una obligación subsidiaria*, puesto que la obligación asumida por el fiador solo se hará efectiva cuando resultare infructuoso el cumplimiento por parte del deudor; salvo caso de que el propio fiador renunciase a esta subsidiariedad, o que dicha obligación sea solidaria;
- c) *La fianza es un contrato convencional*, ya que solo surge la relación obligatoria con el consentimiento otorgado por el fiador; y
- d) *La fianza es unilateral*, porque generalmente el acreedor no asume ninguna obligación con el fiador.

13. Distintas clases de fianza

Según el Art. 1457: *La fianza puede ser convencional o legal*. Tomando la previsión legal, podemos clasificarlos de la siguiente manera:

13.1. Fianza convencional

⁵Argaña Luis A. “Tratado de Derecho Mercantil” T. 2, p. 309

Existe fianza convencional, cuando la relación obligatoria surge por el simple consentimiento del tercero a otorgar garantías de cumplimiento de la obligación, en caso de mora o imposibilidad del deudor principal.

13.1.1. **Fianza convencional simple** es la fianza típica, ella goza de beneficio de excusión, es decir, que el fiador tiene el derecho de oponerse al cumplimiento de la obligación, mientras el acreedor no haya agotado las vías de cobro al deudor o sobre el patrimonio de este. Ello se desprende del Art. 1471: “Las partes pueden convenir, sin embargo, que el fiador no sea obligado a pagar antes de la excusión de los bienes del deudor principal. En tal caso, el fiador que sea demandado por el acreedor y quiera valerse del beneficio de excusión, debe indicar los bienes del deudor principal que deben ser sometidos a ejecución”.

13.1.2. **Fianza convencional solidaria**; así mismo, puede convenirse que la fianza sea solidaria, es decir, que el fiador se obliga como liso y llano pagador junto con la fianza; ello puede ocurrir cuando fue estipulado libremente en el contrato, y en caso de que el fiador haya renunciado al beneficio de excusión de bienes.

14. Condiciones que debe reunir el fiador

El principio es que todas las personas que tengan libre administración de sus bienes pueden otorgar fianza simple, salvo algunas excepciones establecidas en el Art. 1548 del CC:

- a) los menores emancipados, aunque obtengan autorización judicial;
- b) las asociaciones de utilidad pública y las fundaciones;
- c) los padres, tutores y curadores de incapaces, en representación de estos, aunque sean autorizados por el juez;
- d) los administradores de sociedades, si no tuvieren poderes especiales para afianzar;
- e) los mandatarios a nombre de sus mandantes, si no tuvieren poder especial;
- f) el cónyuge administrador, bajo el régimen de comunidad de bienes, sin la conformidad del otro.

15. Fianza legal o judicial

La fianza es legal, cuando la ley impone que las personas presten fianza. Debemos convenir que la fianza legal y judicial no son cosas diferentes; al contrario, puesto que el Juez en virtud de una ley dispone que algunas personas presten fianza a fin de garantizar algún resultado; en esta situación la ley opera a través de un juez a quien delega la función de calificar las calidades personales o patrimoniales del fiador. Un ejemplo de esta fianza es lo establecido en el Art. 693 del C.P.C: La exigencia de la contracautela, para la solicitud de las medidas cautelares, o el otorgamiento de medidas sustitutivas en el campo penal.

La fianza legal o judicial exige las siguientes condiciones para su otorgamiento:

- a) el fiador debe estar domiciliado en el lugar de cumplimiento de la obligación principal;
- b) ser abonado, por tener bienes raíces conocidos;
- c) gozar de un crédito indisputable de fortuna. Dichas condiciones son evaluadas por el Juez como requisitos personales del fiador.

16. Relaciones entre acreedor y fiador

Las relaciones entre el acreedor y el tercero fiador, podemos resumir en las siguientes:

- a) El fiador es solidariamente responsable con el deudor al pago de la deuda; pero el fiador no está obligado a pagar antes de la excusión de los bienes del deudor;
- b) El fiador puede oponer todas las defensas y excepciones propias que correspondan al deudor;
- c) Si se ha estipulado el beneficio de división, el fiador solo es responsable por la parte alícuota de la fianza.

17. Relaciones entre fiador y deudor principal

Son los siguientes:

- a) El fiador que hubiere pagado la deuda, queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías del acreedor contra el deudor;
- b) El fiador que fuere demandado judicialmente para el pago de la deuda, puede accionar contra el deudor, aun antes de haberla pagado, para que este le exonere de fianza;
- c) El fiador no puede exigir el reembolso de lo que hubiere pagado, si dejó de oponer las excepciones que sabía tenía el deudor contra el acreedor;
- d) El fiador no tendrá la acción de repetición contra el deudor principal si por haber omitido hacerle saber el pago, el deudor pagare igualmente la deuda.

18. Efectos de la fianza entre fiadores

Pueden existir situaciones en que exista pluralidad de fiadores de una misma deuda; siendo así, la relación entre ellos se regirá por los siguientes:

- a) Si varias personas han prestado fianza por un mismo deudor y por una misma deuda, el fiador que pagó la deuda tiene acción de repetición contra los otros fiadores por su parte alícuota. Si uno de estos es insolvente, la pérdida se distribuirá por contribución entre los otros fiadores, incluido aquel que hizo el pago;
- b) El fiador que fuere obligado a pagar más de lo que corresponde, queda subrogado por el exceso en los derechos del acreedor contra los co-fiadores, y puede exigir una parte proporcional de ello (Art. 1485)

19. Extinción de la fianza

La fianza se extingue:

- a) por la extinción de la obligación principal, y por las mismas causas de la obligación en general y las accesorias en particular (Art. 1486);
- b) por fallecimiento del fiador, antes del vencimiento de la obligación;
- c) por prórroga de plazo hecho por el acreedor, sin consentimiento del fiador;
- d) por confusión; y
- e) por renuncia del acreedor hecha a favor del deudor principal.

LA PRENDA

1) Prenda de cosas en general

1.1. Concepto. Prenda abierta o flotante. Caracteres. Forma y Prueba.

1.1.1. *Concepto genérico.* La prenda es un derecho real de garantía que tiene como [función](#) el asegurar al acreedor el cumplimiento y satisfacción de su [crédito](#), mediante un [poder](#) especial que se le confiere sobre la cosa dada en garantía. El deudor entrega al acreedor un bien mueble de su [propiedad](#) en garantía del crédito, constituyéndose la prenda sobre el bien mueble entregado.

Debemos entender la garantía en general, sobre la base del concepto de protección o seguridad. Desde el punto de vista jurídico, al momento de nacer una obligación, quien así la contrata, lo hace ineludiblemente con miras al patrimonio del deudor, naciendo paralelamente con dicha obligación la concepción genérica de garantía; pues ha sido la capacidad económica del deudor, el punto de vista habitualmente tenido en cuenta por el acreedor al concertar el negocio jurídico. La garantía es una relación que se establece entre el acreedor y el patrimonio de su deudor. **(Roberto A. Muguillo, Régimen General de la Prenda con Registro, p. 2).**

Según nuestro C.C. y su modificación la Ley N° 3120/06, a través de su Art. 2294: “Por la constitución de prenda, se entrega al acreedor una cosa mueble o un título de crédito en seguridad de una obligación cierta o condicional, presente o futura. La prenda convencional podrá ser constituida por el deudor o un tercero. Este no quedará, en este caso, personalmente obligado, pero responderá por la evicción. La prenda puede ser, según el caso, prenda referida a deuda cierta o prenda abierta”.

La importancia de la modificación citada ha venido a llenar la laguna normativa en constituciones de prendas abiertas o flotantes, teniendo en consideración que las citadas ya se realizaban en el país, aplicándoles analógicamente las normas referentes a la garantía de hipoteca.

Para realizar una distinción, podemos decir entonces que la prenda es fija, cuando se constituye sobre determinados bienes individualizados en el contrato. La garantía flotante fue creada por los ingleses (por razones de orden práctico-comerciales) con el objeto de obviar las trabas de la prenda fija. Una garantía que flota sobre todos los bienes del deudor (normalmente una empresa), sin tocarlos. Es una garantía latente: un hecho circunstancial puede provocar que dicha garantía, en un momento determinado, tome al bien objeto de ella, en la situación y forma en que se encuentre. Las cosas que sirven de garantía flotante son las mercaderías y materias primas en general que las empresas compran para transformarlas en otras cosas. **(José Alberto Garrone, Derecho Comercial, p. 831).**

Creemos, en forma personal, que la prenda abierta recién ahora, a partir de la modificación del Código Civil Paraguayo, es válida en el Paraguay, ya que entendemos que la misma es una cuestión de orden público, por la función que cumple, y actualmente puede constituirse válidamente, máxime aún con la convalidación realizada por la Ley N° 3120/06.

1.1.2. Caracteres

- a. Es una obligación accesoria: Garantiza siempre una obligación principal, de tal forma que rigen los [principios](#) de que si esta se extingue, se extingue también la prenda.
- b. Es una obligación indivisible: Cada una de las cosas prendadas garantizan la totalidad de la deuda y mientras una parte de esta no haya sido pagada, la garantía no puede ser cancelada ni reducida.
- c. Debe recaer sobre bienes muebles.- Se consideran como tal a los bienes corporales (los que pueden trasladarse de un lugar a otro sin perder su [valor](#) económico) y los bienes incorporeales ([créditos](#) ordinarios, pólizas de [seguros](#), [valores](#) mobiliarios, [acciones](#), letras de cambio, warrants, certificados de embarque, patentes, [derechos de autor](#)), entre otros.
- d. El bien dado en garantía debe entregarse [física](#) o jurídicamente al acreedor o al depositario que debe guardarlo.
- e. La prenda se extiende a todos los accesorios del bien. Los frutos y aumentos del bien prendado pertenecen al propietario, salvo pacto distinto.
- f. La entrega jurídica solo procede respecto de bienes muebles inscritos y solo surte efectos desde su inscripción en el [registro](#) respectivo.

1.1.3. *Forma y prueba.* Conforme al Art. 2296 del C.C., modificado por Ley N° 3120/06, las formas requeridas para la constitución de una prenda y para que puedan ser opuestas a terceros, deben constar en instrumento público o privado de fecha cierta, sea cual fuere la importancia del crédito.

Siendo así, tenemos que la instrumentación (forma) de la garantía de prenda debe ser realizada por Escritura Pública, o por instrumento privado con fecha cierta, es decir, con certificación de las firmas por escribano público y toma de razón ante la Dirección General de los Registros Públicos, todo ello a fin de dar publicidad al acto y fecha cierta.

En cuanto a la prueba de la constitución de la prenda, vemos que el Art. 2296 consagra expresamente el principio de “*prueba por escrito*”, concluyendo que la misma no puede ser probada por medio de testigos, sin depender del monto o importancia del crédito. Además de la forma, debemos referir, según el artículo estudiado, que el instrumento debe mencionar el importe del crédito o tratándose de prenda abierta ***el monto máximo de afectación de la cosa dada en prenda***. Además, deberá contener una designación detallada de la especie y naturaleza de los objetos dados en prenda, su calidad, peso y medida, si estas indicaciones fuesen necesarias para individualizarlos

1.2. *Derechos y obligaciones del acreedor.* En cuanto a los derechos y obligaciones del acreedor, podemos citar entre los principales los siguientes: Derechos: 1) El acreedor tiene el derecho de tener la cosa, mientras su crédito no sea satisfecho en su totalidad; 2) No efectuando el deudor el pago de la obligación y sus accesorios a su vencimiento, podrá el acreedor pedir la venta en remate público de la cosa dada en prenda; 3) Recibir en dinero los gastos ocasionados por la manutención de la cosa. Obligaciones: 1) No servirse de la cosa; 2) Conservarla con la diligencia debida y exigida por la naturaleza de la cosa. En dicho supuesto, y como se dijera precedentemente, el dueño debe proveerle las expensas necesarias para la conservación; 3) Extinguido el derecho de prenda, el acreedor está obligado a restituir al deudor la cosa empeñada, con todos los accesorios que dependían de ella al tiempo de la constitución.

1.3. *Indivisibilidad de la prenda.* La prenda es indivisible de manera general. Se considera indivisible, porque su efecto tiene esa calidad; es decir, el bien dado en prenda garantiza el cumplimiento íntegro de la obligación debida; la cosa sigue gravada hasta que la totalidad de la obligación sea cumplida, y por eso la prenda es una forma de caución.

Esta característica está señalada por el Código Civil Paraguayo en sus Arts. 2300 y 2307. En el supuesto de que se encuentren constituidas varias prendas sobre un mismo bien, la prelación se determinará según la fecha de inscripción de las mismas ante el Registro Público.

1.4. *Extensión de la prenda.* (Art. 2299). La prenda se extiende en el pago preferente a la deuda, sus intereses convencionales y moratorios, las cláusulas penales, y en su caso, los daños causados por la falta del cumplimiento de la obligación, así como los gastos judiciales de la ejecución. Si la prenda se constituyó por un tercero, no puede ser extendida la obligación por actos jurídicos posteriores del deudor.

Si la prenda es abierta, el monto de la deuda, los intereses, cláusulas penales, gastos, costas y daños serán pagados con preferencia *solo hasta el monto máximo de afectación*. Si existiere remanente, este constituirá un crédito sin garantía. Si la prenda se constituyó por un tercero, no puede ser extendida la obligación por actos jurídicos posteriores del deudor.

1.5. *Venta de las cosas prendadas.* Considerando que el contrato de prenda mercantil es un contrato consensual, la cosa dada en prenda puede ser vendida siempre y cuando exista consentimiento de las partes, aun en el supuesto de no estar impaga la obligación principal garantizada.

En el supuesto de moratoria, la forma de venta de las cosas prendadas es por la vía judicial en pública subasta, conforme a las reglas contenidas en nuestro ritual. Si el valor de la cosa no excediere de diez jornales mínimos legales, podrá el juez autorizar la venta en privado.

1.6. *Pérdida de la posesión de la cosa prendada.* Si el acreedor perdiera la posesión de la cosa, podrá recobrarla de quien la retuviere, sin exceptuar al propio constituyente.

Se juzga que el acreedor continúa en posesión de la cosa prendada, aunque la hubiere perdido o le hubiere sido robada, o la hubiere entregado a un tercero que se obligase a devolvérsela.

3) Prenda con registro o sin desplazamiento

3.1. *Definición. Forma. Diferencias con la prenda común.*

3.1.1. *Definición.* Descriptivamente se la define como el derecho real constituido en favor de ciertos acreedores, mediante inscripción registral, para garantizar cualquier clase de obligaciones, recayendo predominantemente sobre cosas muebles, de propiedad del deudor o de un tercero y que quedan en poder de ellos. **(Cámara, Prenda con Registro, cap. V. p. 135, n° 35)**

En garantía del pago de cierta suma de dinero o del cumplimiento de cualquier clase de obligaciones a las que se fije un valor, el deudor o un tercero afecta bienes muebles o semovientes y frutos o productos, aunque estén pendientes o inmuebles por “su destino”, que quedan en su poder y que deben inscribirse en un registro. El deudor o

terceros pueden industrializar o usar los bienes muebles afectados. Esta garantía otorga al acreedor un privilegio y garantías legales y procesales de gran eficacia, como el secuestro inmediato, la ejecución rápida, la subasta pública, liquidación simplificada y sanciones penales. (**Zavala Rodríguez, C.J. Código. p. 258**).

Hemos de referir que la prenda con registro cumple una función económica muy importante plasmando en la norma de derecho una necesidad social o un fenómeno social que obligó a su institucionalización. Surge como aquella en la que el deudor confiere al acreedor el privilegio de cancelar su crédito con el resultado de la ejecución de ciertos muebles específicamente determinados de los cuales el deudor no se desprende.

De igual manera, otorga la posibilidad al deudor de poder utilizar la cosa, de manera tal que el mismo pueda producir con el bien otorgado en prenda, que podrá honrar la obligación debida.

La función económica que ha cumplido la prenda con registro en estos años fue sin lugar a dudas muy importante, ya que la producción agrícola y ganadera del país (en alza constante) ha demandado una gran cantidad de utilización de maquinarias agrícolas de gran porte (cosechadoras, fumigadoras, camiones de transporte, etc.), lo cual ha desarrollado una gran cantidad de otorgamientos de prendas con registros, quienes fueran cancelando sus obligaciones principales de acuerdo a las producciones realizadas. Es decir, este es un ejemplo claro de la función económica y social que tiene el derecho real de prenda con registro en nuestro país, donde podemos notar que fue un pilar elemental para los últimos diez años.

La prenda con registro se encuentra admitida por nuestro ordenamiento civil jurídico, en el Art. 2327 del Código Civil paraguay, con las modificaciones de la Ley N° 3120/06, el cual reza: *“La prenda con registro no requiere la entrega de la cosa. Bastará para constituirla la inscripción en el Registro Prendario, quedando las cosas gravadas en poder del deudor, a título de depositario regular, con las obligaciones y derechos correspondientes. La prenda con registro podrá constituirse bajo las mismas modalidades establecidas para la prenda común, y estar referida a obligaciones ciertas y presentes o a obligaciones condicionales o futuras. Tratándose de vehículos u otros bienes registrables, para constituirla bastará la inscripción de la prenda en el registro correspondiente a estos”*.

3.1.2. *Forma.* El contrato de prenda con registro debe formalizarse por instrumento público o privado, pero solo producirá efectos con relación a terceros desde el día de su inscripción en el registro correspondiente. El contrato por instrumento privado se hará en formularios suministrados por la oficina registradora. (Art. 2334 del C.C.P.)

En la actualidad, la forma acostumbrada de constitución de la prenda con registro, especialmente sobre maquinarias y vehículos, es realizada a través de instrumentos públicos.

3.1.3. *Diferencia entre prenda común y la prenda con registro.* Así, tenemos que la distinción básica radica en la tenencia o desplazamiento de la cosa prendada, pues mientras en la prenda común la cosa pasa a poder del acreedor, en la prenda con registro el bien permanece bajo la guarda del mismo acreedor.

Además, en la prenda común el contrato se perfecciona con la entrega material de la cosa, mientras que en la prenda con registro el contrato produce efectos entre las partes desde el momento de su celebración y respecto de terceros desde el momento de la respectiva inscripción registral.

3.2. *Enunciaciones del contrato.*

De igual manera, si se trata de prenda referida a obligaciones ciertas y presentes, el contrato de prenda con registro deberá contener: 1) los nombres, apellidos y domicilios

de los contratantes; 2) el lugar de su celebración; 3) la fecha de vencimiento del crédito y su monto; 4) interés anual del mismo y lugar del pago.

Si se trata de prenda constituida para garantizar obligaciones condicionales o futuras (prenda abierta o flotante), bastará que las partes indiquen el monto máximo de afectación de los bienes dados en prenda.

En todos los casos, se deberá consignar la individualización exacta de los bienes gravados y ubicación de estos; si están o no libres de gravámenes y los que reconocieren a la fecha del contrato y si existe seguro.

Tratándose de ganados, se los individualizará, especificándose su número, edad, sexo, marca o señal, raza y calidad en su caso; y en cuanto a los productos, su calidad, peso y número. En los productos industriales, se consignarán su naturaleza, cantidad y marca de fábrica, y en los frutos, se especificará si son o no fungibles, determinándose en el primer caso, su calidad, graduación y variedad. (Art. 2335 modificado por Ley 3120/06).

3.3. Registro. Objeto sobre que bienes puede recaer.

3.3.1. Registro. El registro es el acto por el cual, la Dirección General de los Registros Públicos toma razón o anota sobre el bien, de la constitución de la prenda formalizada. Dicho acto es realizado por medio de un Escribano Público, en la Sección de Prendas.

3.3.2. Objetos susceptibles de ser constituidos en prenda. Según el Art. 2328 del C.C.P., podrá constituirse en prenda sobre: 1) Ganado de toda especie y sus productos; 2) toda clase de máquinas destinadas a la explotación industrial o agropecuaria y cualquier otro instrumento de trabajo, esté o no inmovilizado por su adhesión al suelo; 3) los frutos de cualquier naturaleza, sean pendientes o ya separados, así como las maderas cortadas y marcadas para su comercialización y los productos de minería y de la industria; y 4) Los vehículos automotores y sus acoplados, con título inscripto en el Registro respectivo y los carros que se hallen inscriptos.

Además de ello, también los comerciantes pueden constituir la prenda con registro sobre las cosas vendidas por el precio o el saldo del precio adecuado. (Art. 2329 C.C.P.)

3.4. Qué bienes no pueden ser prendados.

Bienes que no pueden ser prendados. No podrán ser prendados los bienes mencionados precedentemente (Art. 2328 del C.C.P.), cuando por virtud de hipoteca constituida sobre el bien inmueble al cual accedan, sea por su adhesión física al suelo, con carácter de perpetuidad o sin él, o por su destino, estén afectados al cumplimiento de otra obligación, a no ser que el acreedor en conocimiento del anterior gravamen, acepte expresamente la garantía, y se hiciere constar así con determinación clara del mismo, en el documento en que se formaliza el contrato. La hipoteca inscripta con posterioridad a la prenda, no afecta a esta.

Los bienes gravados con prenda registrada, garantizarán al acreedor, con privilegio especial, el importe del préstamo, intereses y gastos, y la acción ejecutiva y secuestro en los mismos casos en que procede a favor del acreedor hipotecario. Si la prenda es abierta, la garantía se extiende solo hasta el monto máximo de afectación.

3.5. Derechos prendarios. Certificado. Pagarés.

3.5.1. Certificado. Verificada la inscripción, el encargado del Registro expedirá un certificado en el que conste el nombre y apellido de los contratantes, importe del préstamo, fecha de su vencimiento, especie, cantidad y ubicación de los bienes dados en prenda y fecha de la inscripción del contrato.

El certificado expedido por el encargado del registro es el testimonio fehaciente de la existencia del crédito prendario con el privilegio inherente a la naturaleza jurídica del contrato; identifica el contrato de prenda –que es accesorio- y la obligación garantizada. El mismo constituye un título nominativo que trae aparejada la ejecución. Igualmente, es negociable por endoso, poniendo en movimiento los valores que acredita.

Pagarés prendarios. La obligación prendaria cierta y presente podrá fraccionarse, documentándose en pagarés endosables, haciéndolos constar en el contrato y en cada documento, e inscribiendo los pagarés como sus endosos en el Registro Prendario. El acreedor solo podrá ejecutar su crédito haciendo valer su pagaré.

Llama la atención que la modificación del Código Civil Paraguayo (Art. 2339 del C.C.P. modificado por la Ley N° 3120/06), no prevé y no establece la forma de instrumentación en pagarés en obligaciones condicionadas o futuras (abierta o flotante). No obstante, y habiéndose ya reconocido la existencia de la prenda abierta o flotante por medio de la Ley N° 3120 del C.C.P., entendemos que las obligaciones garantizadas por prendas abiertas deben ser instrumentadas en pagarés.

La diferencia de estos pagarés *-que no son prendarios en la especie-*, sería que ellos son títulos circulatorios privados, y que se hallan vinculados hasta el monto máximo de afectación establecido en el contrato de prenda.

La *ratio legis* del legislador ha sido muy clara en este sentido. Es decir, con dicho artículo resulta indiscutible que la obligación principal puede ser instrumentada en pagarés.

Igualmente es muy importante mencionar, lo que *in fine* sostiene el Art. 2339 del C.C.P.: “*El acreedor sólo podrá ejecutar su crédito haciendo valer su pagaré*”.

De esa manera tenemos que si las partes contratantes han convenido instrumentar en pagarés la obligación principal, el único documento hábil para su ejecución es el pagaré, ya sea prendario o privado, en los distintos supuestos, teniendo en consideración que los mismos han creado en su beneficio un instrumento complejo, que debe ser ejecutado y respetado como tal.

El contrato de prenda, conforme al artículo citado y a su misma naturaleza jurídica, es accesorio a la obligación principal; y si la obligación principal ha sido instrumentada en un pagaré, el contrato de prenda debe, irremediabilmente, seguir la suerte del principal, por elemental principio.

Hemos mencionado lo precedente, ya que muchas veces, a pesar de la claridad de la norma, la jurisprudencia paraguaya ha sido muy cambiante, encontrando en los fallos interpretaciones de todo tipo. Llamó la atención en un caso muy particular, en que un tribunal de apelación paraguayo, estando instrumentada la obligación en un pagaré, el cual se hallaba prescripto, le habían otorgado un plazo de prescripción decenal, fundamentándose en que el pagaré no había circulado.

Consideramos que dichas interpretaciones son muy forzadas, las que desvirtúan la esencia y naturaleza jurídica misma del derecho real de garantía de prenda y las obligaciones como tales.

3.5.2 *Transformación o industrialización de los bienes prendados.* La transformación o industrialización de los bienes prendados solo podrá hacerse con la conformidad previa del acreedor prendario. El nuevo producto que se obtenga en la transformación o industrialización de la cosa gravada, quedará comprendido en la garantía prendaria, procediéndose a tomar debida nota en el Registro. La conformidad del acreedor deberá constar en acto auténtico. (Art. 2343 del C.C.P.).

Vemos que el Código Civil Paraguayo prevé el supuesto de transformación o industrialización de bienes dados en prenda. No obstante, exige la conformidad del acreedor que deberá constar en acto auténtico. Entendemos que debería ser instrumentado de la misma manera en que se halla constituida la prenda, y si fuere en documento privado, al menos con certificación de firmas realizada por Escribano Público.

3.6. *Pago por consignación de un crédito prendado.* El pago por consignación es una acción judicial realizada por el deudor ante la negativa, por parte del acreedor, de recibir en pago las sumas dinerarias cancelatorias de la obligación debida.

Para mejor ilustración, el Código Civil Paraguayo, en su Art. 2345, establece la forma de realizar el pago por consignación, el que establece cuanto sigue: “*Cuando se demandare el pago por consignación de un crédito prendario, el deudor podrá pedir al Juez que, previa audiencia del acreedor, levante el gravamen y ordene su cancelación en el Registro, siempre que se haya depositado el importe del crédito y obligaciones accesorias convenidas, quedando embargada a las resultas del juicio la suma depositada. La orden de cancelación de la prenda será recurrible al solo efecto devolutivo*”.

Del citado artículo podemos extraer puntualmente que, ante la negativa del acreedor de recibir el pago de la obligación debida, el deudor puede solicitar al Juez el levantamiento de la prenda constituida, siempre y cuando haya depositado judicialmente el monto del crédito y sus accesorios.

3.7. *Ejecución prendaria de los bienes pignorados.* Secuestro de los bienes prendados según la Ley 3120.

3.7.1. *Ejecución prendaria de los bienes pignorados.* El contrato registrado, conjuntamente con los pagarés prendarios, en su caso, confiere al acreedor acción ejecutiva sobre la prenda, o sobre la indemnización debida por el seguro, en caso de siniestro. La acción se promoverá ante el Juzgado del domicilio del deudor, o el de la situación de la cosa prendada. (Art. 2.346 del C.C.P. modificado por la Ley 3120/06).

Siendo así, tenemos que la acción prevista es la de ejecutiva directa, la que deberá ser iniciada conjuntamente con los pagarés, en el supuesto de que se halla instrumentada la obligación en dichos títulos.

Igualmente se establece la competencia de los tribunales, siendo el competente el del domicilio del deudor, o del de la situación del bien. No obstante, dicho principio puede ser modificado en el supuesto de haberse pactado convencionalmente un domicilio especial para diferendos del contrato. (Autonomía de la voluntad).

3.8 *Preferencias.* Las preferencias, son los privilegios que poseen ciertas obligaciones sobre el producto de la realización del bien prendado.

El Art. 2353 del Código Civil Paraguayo, modificado por la Ley 3120/06, establece el régimen de privilegios o preferencias, el cual se refiere al supuesto de venta de los

bienes prendados, sea por mutuo convenio o por ejecución judicial, estableciendo que será liquidado en el orden y con las preferencias siguientes:

a) pago de los gastos de justicia, de administración y conservación de los bienes prendados, incluso salarios desde la fecha del contrato hasta la venta, así como, de arrendamiento del campo donde pastaron los animales, si el deudor no fuere propietario del mismo. Si el arrendamiento se hubiere estipulado pagadero en especie, el locador tendrá derecho a que le sea pagado su crédito en esa forma;

b) pago de impuestos fiscales y municipales que graven los bienes prendados;

c) pago del capital e intereses adeudados al acreedor prendario; y

d) pago de los salarios, sueldos y gastos de recolección, trilla y desgranado u otros semejantes que se adeuden con anterioridad al contrato, siempre que estos créditos gocen de privilegio, según las disposiciones de este Código.

Los acreedores a que se refiere el inciso a) gozan de igual privilegio, y serán prorrateados en caso de insuficiencia del producto de la venta.

Tratándose de prenda con registro referida a obligaciones condicionales o futuras, esta preferencia se extenderá, en todos los casos, hasta el monto máximo de afectación de los bienes prendados.