

EL CONTRATO DE PRENDA¹

1.- Definición.

El art. 2384 define la prenda en los siguientes términos: “*Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. / La cosa entregada se llama prenda. / El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario*”

La doctrina ha estimado incompleta la definición citada, porque no proporciona una idea clara de la garantía. Por ello, una definición más descriptiva de la institución, sería la siguiente: *Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito, dándole la facultad de venderla y de pagarse preferentemente con el producto de la venta si el deudor no cumple su obligación.*²

La expresión “*prenda*” tiene una triple acepción: alude al contrato (artículo 2384), a la cosa misma entregada al acreedor (inciso 2º del art. 2384) y al derecho real que se genera para el acreedor (art. 577).

2.- Prendas especiales.

La prenda definida en el art. 2384 es la prenda civil. Pero en nuestra legislación existen otras prendas que se acostumbra denominar *especiales*, en contraposición a la regulada en el CC, que es de derecho común. En realidad, las prendas especiales han tomado tanta importancia que han relegado a segundo término a la prenda civil o clásica.

Las prendas especiales son las siguientes:

- a) Prenda mercantil, regida por los arts. 813 a 819 del Código de Comercio;
- b) Prenda sobre warrants o especies depositadas en los almacenes generales de depósito;
- c) Prenda sin desplazamiento, de que trata la Ley N° 20.190³; y
- d) Prenda de valores mobiliarios o acciones a favor de Bancos, a la que se refiere la Ley N° 4.287.

En general, las prendas especiales son prendas sin desplazamiento, es decir, la cosa prendada no se desplaza al acreedor, permaneciendo en poder del deudor o constituyente.

3.- Características de la prenda.

¹ Fecha de última modificación: 10 de febrero de 2012.

² Somarriva Undurraga, Manuel, “*Tratado de las Caucciones*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., sin año, p. 205.

³ La Ley número 20.190 se publicó en el Diario Oficial de fecha 5 de junio de 2007, y sus artículos 14 a 39, consagran la nueva prenda sin desplazamiento y crean un Registro de Prendas a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación. El Reglamento del Registro de Prendas sin Desplazamiento se aprobó por Decreto Supremo número 722 de fecha 8 de septiembre de 2010, y se publicó en el Diario Oficial de fecha 23 de octubre de 2010. La citada ley, entró en vigencia el 23 de enero de 2011. A partir de esta fecha, quedan derogadas las siguientes prendas especiales; la prenda sin desplazamiento de la Ley número 18.112; la prenda agraria que regulaba la Ley número 4.097; la prenda industrial que se contemplaba en la Ley número 5.687; y la prenda de compraventa de cosas muebles a plazo, reglamentada en la Ley número 4.702. Cfr. nuestro trabajo “*La prenda sin desplazamiento de la Ley número 20.190*”, en www.juanandresorrego.cl

a) *Es un contrato.*

Como tal, está tratado en el Libro IV del Código Civil. Exige por lo tanto un acuerdo de voluntades entre el que constituye la prenda y el acreedor, requisito que recalca el art. 2392. No es indispensable, sin embargo, que el acuerdo de voluntades se produzca entre deudor y acreedor, porque puede ocurrir que la prenda no se constituya por el deudor, sino por un tercero (art. 2388). Cuando la constituye el deudor, hablamos de “*deudor prendario*”. Si la constituye un tercero, aludimos al “*garante prendario*”. Entre la prenda que otorga un tercero y la fianza, existe gran similitud, pero también difieren en un aspecto esencial: el fiador responde con todos sus bienes, se obliga personalmente; en cambio, el tercero que constituye la prenda sólo compromete la cosa que afecta al cumplimiento de la obligación. En el primer caso, se contrae una obligación personal; en el segundo caso, una obligación real.

b) *Es un contrato unilateral.*

Sólo resulta obligada una de las partes contratantes. En efecto, en la prenda civil y en las demás en que se entrega al acreedor el bien dado en garantía (prenda mercantil o prenda sobre acciones, por ejemplo), únicamente se obliga el acreedor, a restituir el objeto recibido. De tal forma, en este caso, el acreedor del contrato principal pasa a ser deudor en el contrato de prenda. Sin embargo, la parte que no contrae obligaciones por el solo contrato, puede resultar obligada por hechos posteriores. Así, el deudor podrá resultar obligado a indemnizar al acreedor prendario los perjuicios o a pagar los gastos que la tenencia de la cosa le hubiere ocasionado. Por eso, bien puede decirse que la prenda es también un contrato sinalagmático imperfecto.

Distinta es la situación en las prendas sin desplazamiento, en las que el deudor contrae la obligación de gozar de la cosa de manera que no perjudique ni menoscabe el derecho del acreedor prendario. Dicho en otras palabras, ha de usar la cosa conforme a su naturaleza, sin destruirla o dañarla, de manera que permita eventualmente, tras su venta forzada, que el acreedor se pague con el precio. Lo anterior es lógico porque el deudor conserva la tenencia de la cosa.

c) *Es un contrato oneroso o gratuito.*

Se acostumbra calificar la prenda entre los contratos onerosos, porque reporta utilidad para ambas partes. El acreedor obtiene una seguridad para su crédito y el deudor recibe un préstamo que sin otorgar la garantía no habría conseguido. Sin embargo, puede ocurrir que el contrato de prenda no tenga el carácter de oneroso: tal ocurrirá cuando el deudor constituye la prenda con posterioridad al nacimiento de la obligación principal; o cuando la garantía la otorga un tercero a quien el contrato no le reporta utilidad. En todo caso, en relación a las consecuencias jurídicas de calificar al contrato como oneroso o gratuito, el artículo 2394 establece que el acreedor prendario responderá como “*buen padre de familia*”, es decir, de culpa leve; y el artículo 2468 equipara la prenda a los contratos onerosos para el efecto de la acción pauliana, exigiendo por lo tanto, para que dicha acción proceda, mala fe tanto en el deudor como en el tercero, es decir, el acreedor.

d) *Es un contrato real o solemne.*

En cuanto a la manera como se perfecciona, la prenda jamás tiene el carácter de contrato consensual. Será un contrato real, como acontece en la prenda civil, o será un contrato solemne, como usualmente ocurre tratándose de las prendas especiales o en las prendas sin desplazamiento.

e) *Es un contrato accesorio.*

La prenda, al igual que todas las cauciones, es un contrato accesorio que para subsistir, requiere de la existencia de un contrato principal: artículo 2385.

De su carácter accesorio, surgen importantes consecuencias:

- Para calificar la prenda de civil o mercantil, hay que atender a la naturaleza de la obligación que se está garantizando;
- La nulidad de la obligación garantizada trae consigo la nulidad de la prenda, pero no a la inversa;
- Las acciones del acreedor prendario prescriben en el mismo tiempo que las acciones que emanan de la obligación garantizada. Sin embargo, son acciones distintas las que emanan de la prenda y las que derivan del contrato principal.

f) *Es un derecho real.*

El artículo 577 lo incluye entre los derechos reales. 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 de su carácter de derecho real. Sin embargo, ambas características son inseparables porque al mismo tiempo que se perfecciona el contrato de prenda, ya sea por la entrega de la cosa o por el cumplimiento de las solemnidades, nace también el derecho real.

g) *Es un derecho mueble.*

De acuerdo con el artículo 580, la prenda es un derecho mueble, porque siempre recae sobre bienes de esta naturaleza.

h) *Da origen a un privilegio.*

El artículo 2474 N° 3 incluye el crédito del acreedor prendario dentro de los créditos que gozan de una preferencia de segunda clase.

i) *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 del propietario. Al desprenderse de cualquiera de ellos limita su dominio y hay

un principio de enajenación. En la prenda lo anterior aparece con toda nitidez: 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 uso y goce, ya que por encontrarse la cosa en manos del acreedor se hace imposible su ejercicio; en las prendas sin desplazamiento, la limitación del dominio también es ostensible, porque su ejercicio queda sujeto a trabas tanto en la facultad de usar y gozar como en la de disponer, pues el deudor debe conservar la cosa en términos tales de continuar sirviendo de garantía. De la circunstancia de ser la prenda un principio de enajenación se desprende que la capacidad necesaria para constituir la es la de disposición y que en la constitución en prenda de un bien embargado habría, a juicio de algunos, objeto ilícito (punto en verdad discutible, pues la ley se refiere a la “enajenación”, y por el contrato de prenda no la hay).

j) 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, cuando debe ser entregada al acreedor, éste sólo es mero tenedor de dicha cosa, conservando el constituyente la posesión y el dominio. Precisamente el artículo 714 enumera al acreedor prendario entre los meros tenedores y el artículo 2395 insiste sobre esta característica, al equiparar al acreedor prendario con el depositario. El acreedor prendario, sólo podría adquirir el dominio de la cosa, en el caso previsto en el artículo 2510, regla 3ª, si se cumplen las dos circunstancias allí contempladas.

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 (situación similar a la del depósito irregular).

k) Es indivisible.

Se consagra tal característica en los artículos 1526, 2396 y 2405. Estas tres disposiciones, consagran los distintos aspectos que presenta el principio de la indivisibilidad:

- El artículo 1526, dentro de los casos de indivisibilidad de pago, se refiere al aspecto objetivo de la indivisibilidad, al establecer en su N° 1 que la acción prendaria se dirige contra aquél que posea en todo o en parte la cosa empeñada;
- En el artículo 2396, el legislador contempla otro aspecto de la indivisibilidad, aquél en virtud del cual el deudor, para reclamar la restitución de la prenda, debe pagar íntegramente lo adeudado, y mientras quede una fracción de ella, por pequeña que sea, el acreedor retiene la prenda, que en su totalidad le sirve de garantía para el pago del saldo;
- Finalmente, el artículo 2405 se refiere a un tercer aspecto de la indivisibilidad: se pone en el caso de que uno de los herederos del deudor haya pagado su parte de la deuda, y aún cuando la prenda sea de una cosa divisible, el precepto citado le niega el derecho a pedir la restitución de la parte de la prenda que a él le corresponda, mientras los otros herederos por su parte no hayan pagado su cuota en la deuda.

También contempla el caso inverso, es decir, que fallezca el acreedor, prohibiendo la ley a uno de sus herederos que recibe su parte en el crédito remitir la prenda, aún parcialmente, mientras los demás herederos del acreedor no hayan sido pagados. Como vemos, el carácter indivisible de la prenda es completamente independiente de que la cosa dada en garantía sea susceptible o no de división. Tan indivisible es la prenda que recae sobre una especie o cuerpo cierto como la constituida sobre una cantidad de un género determinado, aún cuando ella admita división. Asimismo, este carácter es independiente del que pueda tener la obligación principal. En consecuencia, la obligación que se garantiza podrá ser divisible o indivisible de acuerdo con sus caracteres propios. Si fuera divisible, el acreedor, ejercitando la acción personal, podrá cobrar a cada uno de los deudores o herederos del deudor su parte en la deuda, lo que no impedirá que retenga la garantía mientras los otros deudores o herederos no pagaren su parte, porque en este caso estaría haciendo uso de la acción real prendaria, y ella es indivisible. La indivisibilidad, con todo, no es de la esencia sino de la naturaleza de la prenda. Por ello, y por estar establecida en beneficio del acreedor, éste puede renunciarla.

4.- Elementos de la prenda.

Los elementos constitutivos de la prenda pueden estudiarse desde cuatro puntos de vista:

- a) Obligaciones susceptibles de ser garantizadas con prenda;
- b) Requisitos que deben concurrir en las partes;
- c) Cosas susceptibles de darse en prenda; y
- d) Formalidades que deben cumplirse para la validez del contrato.-

a) Obligaciones susceptibles de ser garantizadas con prenda.

a.1) Cuestiones generales.

En la prenda civil o clásica, existe gran libertad acerca de las obligaciones que pueden ser caucionadas con prenda. En cambio, algunas prendas especiales, sobre todo las sin desplazamiento, sólo sirven para garantizar determinadas obligaciones.

También otra materia que tiene una solución disímil en las distintas prendas, es la relacionada con la validez de la cláusula de garantía general prendaria: mientras en algunas prendas es válida, en otras no es lícito estipularla y por ende la prenda ha de ser específica.

a.2) Obligaciones susceptibles de ser garantizadas con prenda civil.

En general, cualesquiera clases de obligaciones pueden garantizarse con prenda civil. Es indiferente su origen: pueden caucionarse con prenda civil las obligaciones que emanan de un contrato, de un cuasicontrato e incluso de un delito o cuasidelito civiles o de la ley. Asimismo, pueden caucionarse obligaciones de dar, hacer o no hacer. Con respecto a las últimas, no se garantiza la ejecución de la obligación, sino el pago de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento del deber de abstención. Puede otorgarse esta garantía para obligaciones principales o accesorias, como en el caso de la fianza prendaria. En fin,

pueden caucionarse con prenda obligaciones líquidas o ilíquidas, puras y simples o sujetas a modalidades.

La prenda puede ir anexa a una obligación civil o a una obligación natural. Respecto a la prenda que se constituye para garantizar obligaciones naturales, pueden presentarse distintos casos:

- el propio deudor constituye la prenda para caucionar una obligación civil que después degenera en natural (por ejemplo, porque prescribieron las acciones conferidas por la ley para pedir su cumplimiento forzado), la prenda pasa también a tener el mismo carácter;
- si es un tercero el que ha otorgado la prenda mientras la obligación era civil y después degenera en natural, se sigue la misma regla anterior, degenerando la prenda en natural;
- si el tercero constituyó la prenda cuando la obligación caucionada ya tenía el carácter de natural, y con conocimiento de ello, la obligación accesoria es civil (art. 1472). Por ejemplo, caucionar obligaciones emanadas de un contrato celebrado por un menor adulto.

a.3) Prenda sobre obligaciones futuras.

a.3.1) Prenda civil sobre obligaciones futuras.

Se suscitó controversia en la doctrina, acerca de la validez de la prenda destinada a caucionar obligaciones futuras o indeterminadas.

Somarriva, en su *“Tratado de las Cauciones”*, se pronuncia negativamente, argumentando que al tratar de la prenda el CC, guarda silencio respecto a la posibilidad de garantizar obligaciones futuras, mientras que al ocuparse de la fianza y de la hipoteca, permite dicha hipótesis expresamente, en los arts. 2339 y 2413. Agrega que este silencio debemos interpretarlo en el sentido que el legislador no acepta la prenda para garantizar tal clase de obligaciones, silencio que resulta más sugestivo si consideramos que en el Código, la prenda está ubicada entre la fianza y la hipoteca. Corrobora esta interpretación, dice Somarriva, el hecho de que el artículo 2385 diga que la prenda supone siempre una obligación principal a la cual accede, declaración que el Código no formula al referirse a la fianza y la hipoteca. Hay, entonces, una estrecha relación entre el silencio que guarda el Código en la prenda sobre la posibilidad de que garantice obligaciones futuras, y la expresa declaración de que ella supone una obligación a la cual accede. En la fianza y la hipoteca, por el contrario, no se exige este requisito, y expresamente se acepta que ellas puedan garantizar obligaciones futuras.⁴

La doctrina contraria, se inclina por considerar plenamente eficaz la cláusula de garantía general prendaria, argumentándose:

- La ley no prohíbe tal cláusula, y basta esta circunstancia para inclinarse a reputarla válida, considerando que en derecho privado, puede hacerse todo lo que la ley no prohíbe;

⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 216 a 218. De la misma opinión es José Miguel Lecaros Sánchez, *“Las cauciones reales. Prenda e hipoteca”*, Santiago de Chile, Metropolitana Ediciones, año 2001, pp. 18 y 19.

- Para el discernimiento de las guardas (definido en el artículo 373), por ejemplo, es necesario que el guardador rinda previamente fianza. El artículo 376 indica que en lugar de una fianza, podrá prestarse prenda o hipoteca suficiente. En este caso, la prenda garantiza obligaciones futuras e indeterminadas en cuanto a su monto;
- Caso de la llamada “*prenda tácita*”: el artículo 2401 establece que, extinguida la obligación, deberá el acreedor restituir la prenda; pero podrá retenerla cuando tenga contra el mismo deudor otros créditos que reúnan los caracteres que señala la disposición. Si el legislador, interpretando la voluntad de las partes, establece que la prenda se hará extensiva a otras obligaciones de las mismas partes, es lógico que el mismo resultado pueda alcanzarse mediante un acuerdo expreso de los contratantes;
- Por último, la cláusula de garantía general no presenta en la prenda los inconvenientes que se observan en la hipoteca, puesto que a diferencia de la última, no es posible constituir varias prendas sobre las mismas cosas.⁵

a.3.2) Prendas especiales sobre obligaciones futuras.

Tratándose de las prendas especiales, debemos analizar la ley respectiva, pues en algunos casos la cláusula de garantía general está autorizada expresamente y en otros casos está prohibida explícitamente, lo que implica que la prenda ha de ser específica:

- En la prenda de valores mobiliarios: se permite (artículo 5 de la Ley N° 4.287): la cláusula de garantía general es de la naturaleza del contrato y por ende, para excluirla se requiere estipulación expresa de los contratantes;
- En la prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190: se permite (artículo 4 de la Ley);
- En la prenda comercial: es inadmisibles (artículo 815 N° 2 del Código de Comercio);
- En la prenda de la Ley de Warrants o almacenes generales de depósito: es inadmisibles (artículo 8 de la Ley N° 18.690).

a.4) Obligaciones que pueden caucionarse con prendas especiales.

- En la prenda mercantil: las obligaciones deben ser mercantiles. Por ello, la Corte Suprema ha resuelto que la prenda constituida para garantizar el pago de una letra de cambio es mercantil, porque este documento siempre supone la celebración de un acto de comercio;
- La prenda de warrants: nada dice la ley respectiva en cuanto a las obligaciones que ella puede caucionar, rigiendo en consecuencia los mismos principios que en la prenda civil;
- La prenda de valores mobiliarios a favor de los Bancos: sólo tiene como particularidad, en cuanto a las obligaciones caucionadas, que el acreedor debe ser un Banco. Pueden por tanto garantizarse mediante esta prenda cualquier clase de obligaciones.
- La prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190: permite caucionar todo tipo de obligaciones (artículo 4).

⁵ Meza Barros, Ramón, “*Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*”, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición, año 1975, pp. 129 y 130.

b) Requisitos que deben reunir los contratantes o capacidad de las partes.

b.1) Capacidad del constituyente de la prenda.

En las distintas prendas no existen grandes diferencias respecto a las condiciones que deben tener los contratantes. La prenda civil, puede ser constituida por el propio deudor o por un tercero, el cual en virtud del contrato de prenda no contrae obligación personal de ninguna especie, sino que se limita a afectar un bien de su propiedad para garantizar la obligación del deudor (o sea, sólo contrae una obligación real). Pero cualquiera que sea el que otorgue la prenda, debe ser plenamente capaz, y además tener la facultad de enajenar la cosa gravada, como dice el artículo 2387, porque según lo hemos dicho, la prenda lleva en sí un principio de enajenación.

b.2) capacidad del acreedor prendario.

Lo expuesto en el acápite anterior se refiere al deudor o al tercero garante, pero no al acreedor prendario, a quien le basta la capacidad para obligarse, porque para él el acto no es de disposición, sino por el contrario, adquiere una mayor seguridad para el pago de su crédito.

b.3) Actuación de mandatarios en la celebración de la prenda.

El contrato de prenda puede celebrarse por medio de mandatario. No hay excepciones al principio general de que los actos jurídicos, exceptuado el testamento, pueden celebrarse o ejecutarse por medio de mandatario. El mandato para constituir o aceptar esta garantía no está sujeto a ninguna solemnidad, y de acuerdo al artículo 2123 puede otorgarse verbalmente y aún por la aquiescencia tácita del mandante. Con todo, para otorgar la prenda no basta el mandato general, porque ella entraña un acto de disposición, y las facultades del mandatario general son de mera administración. Tampoco sería suficiente para celebrar la prenda el mandato que una persona tuviera para vender, aplicando por analogía el artículo 2143, que excluye en tal caso la posibilidad de hipotecar. Lo anterior se refiere al mandato para constituir la prenda, porque la facultad de recibirla por parte del acreedor, no hay duda que está incluida dentro de los poderes del mandatario general.

c) Bienes susceptibles de darse en prenda.

c.1) Cosas muebles corporales.

Exigencia común a todas las prendas es que ellas deben recaer sobre bienes muebles.

En la prenda civil, se desprende de las normas del Código Civil que un bien, para que pueda darse en prenda, además de mueble debe ser susceptible de ser entregado y encontrarse dentro del comercio.

La regla general es que sobre cualquier bien mueble, sea corporal o incorporal, puede radicarse una prenda. Con todo, en el caso de las naves, deben tener un tonelaje de registro no mayor a 50 toneladas. Las de un tonelaje superior, pueden hipotecarse.

También el dinero es susceptible de darse en prenda. En la práctica e impropriamente se la denomina fianza en efectivo. No hay fianza sin embargo, sino prenda, ya que se entrega al acreedor una cosa mueble para la seguridad de su crédito. Pero en esta prenda, el acreedor no es mero tenedor sino dueño del bien dado en garantía, sin perjuicio que una vez cumplida la obligación deba restituir una suma igual a la recibida. El contrato de prenda, en este caso, opera como un título traslativo de dominio. Tal conclusión se ve corroborada por el artículo 2395 en relación el artículo 2221. La prenda de dinero y el depósito irregular son instituciones muy semejantes, y a ellas tenemos que agregar el cuasiusufructo y el mutuo de dinero. Un ejemplo de una prenda de dinero, encontramos en la garantía, usualmente equivalente a una renta mensual, que suele exigirse al arrendatario, para responder por los daños de la cosa arrendada, una vez expirado el contrato.

c.2) Cosas incorporales muebles.

Sobre las cosas incorporales también puede radicarse una prenda. Tratándose de los **derechos personales** el legislador la reglamenta expresamente en el artículo 2389. Con respecto a estos derechos, se presenta la cuestión de saber si es posible dar en prenda un crédito no escriturado. Algunos estiman que no es posible, pues no habría forma de cumplir con el requisito de la entrega, que es necesaria para perfeccionar el contrato. Sin embargo, puede responderse que el legislador, al establecer la exigencia de la entrega, sólo se refiere a los créditos escriturados y no a los que no consten por escrito. Acontecería en este caso lo mismo que ocurre en la cesión de créditos, donde también es necesario, para que se perfeccione entre cedente y cesionario, la entrega del título. Sin embargo, recordemos que la doctrina ha concluido que los créditos no escriturados pueden cederse, porque de lo contrario tales créditos quedarían fuera del comercio. Por eso, se concluye que la cesión de estos créditos puede hacerse por una escritura pública suscrita por el cedente y por el cesionario. Ahora bien, si es posible la cesión de créditos no escriturados ¿qué razón habría para no permitir que ellos se den en prenda? Además, debemos considerar que la constitución de la prenda es un acto de menor trascendencia jurídica que la cesión, pues mientras la primera es un principio de enajenación, la segunda es derechamente una enajenación.

La posibilidad de dar en prenda un **derecho real** es una cuestión que ofrece más dificultades. Desde ya, debemos descartar los derechos inmuebles, tales como la servidumbre, el derecho de habitación y el de censo. Tampoco puede radicarse la prenda sobre la hipoteca o sobre la prenda misma, sin perjuicio que pueda otorgarse esta garantía sobre un crédito hipotecario o prendario.

Con respecto al derecho de herencia y al derecho de usufructo, siempre que recaigan sobre muebles, en teoría no se ve inconveniente para que puedan gravarse con prenda. No obstante, nuestro legislador no ha contemplado el caso, pues no consigna en el título de la prenda disposiciones análogas a los artículos 2417 y 2418 ubicados en la hipoteca, que expresamente se refieren a la hipoteca de cuota y a la hipoteca sobre el derecho de usufructo.

Por otra parte, no puede darse en prenda un bien a dos acreedores distintos. Se opone a ello la circunstancia de que el contrato se perfeccione por la entrega real del bien prendado. Esta exigencia se podría cumplir sólo con respecto al primer acreedor. Refuerza esta conclusión el hecho de que el legislador, al reglamentar el privilegio del acreedor prendario, no se ha puesto en el caso de que sobre una misma cosa pesen gravámenes a

favor de diferentes acreedores. De haber sido posible, no hay duda que se habría dado una solución al conflicto, tal como lo hace el art. 2477 para la hipoteca. La Corte Suprema también ha resuelto la cuestión en el mismo sentido.

c.3) Imposibilidad de constituir prenda civil sobre bienes futuros.

No basta que la cosa prendada sea mueble, sino que además ha de ser susceptible de *entregarse*, dada la calidad de contrato real de la prenda. Por esta razón, **los bienes futuros** no pueden ser objeto de prenda civil. La Corte de Valparaíso así lo subrayó, al resolver que no es posible constituir esta garantía sobre una póliza de seguro antes de producirse el siniestro. Lo que no impide naturalmente que una vez producido, ella recaiga sobre el crédito que el asegurado tenga contra la compañía aseguradora. Con el mismo criterio, la Corte de Santiago resolvió que no era válida la prenda que recaía sobre sumas indeterminadas de dinero, porque esa indeterminación hacía imposible la entrega.

Distinta es la solución, tratándose de la prenda sin desplazamiento de la Ley número 20.190. Su artículo 5 dispone que podrá constituirse prenda sobre todo tipo de cosas muebles, sean corporales o incorpóreas, presentes o **futuras**. Respecto de las cosas futuras, la ley altera el principio que opera en el Código Civil, que excluye la prenda sobre esta clase de bienes, habida cuenta que es necesario que se produzca la entrega de la cosa, para que el contrato de prenda civil se perfeccione. En cambio, tratándose de una prenda sin desplazamiento, obviamente no se produce tal hecho, pues no estamos ante un contrato real, sino solemne.

c.4) Imposibilidad de constituir prenda sobre cosas embargadas.

En la prenda, se requiere que los bienes sobre los cuales la primera recae estén en el comercio. Por ello, se ha señalado que deben quedar excluidos los bienes inembargables, así como también los embargados. Se fundamenta lo anterior en lo dispuesto en el artículo 1464, al establecer que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas, y en la circunstancia de que la jurisprudencia ha entendido la palabra “*enajenación*” en su sentido amplio, quedando incluida en ella la constitución de prendas.

c.5) Prenda de cosa ajena.

Del art. 2387, al decir que no se puede empeñar una cosa sino por la persona que tenga facultad de enajenarla, podría desprenderse que la prenda de cosa ajena es nula. Pero no es así, como se desprende de los artículos 2390 y 2391, que reglamentan los efectos de esta clase de prenda. Para analizarlos, debemos distinguir entre la situación del dueño del bien empeñado y las relaciones entre acreedor y deudor.

Con respecto *al dueño*, el contrato no produce efectos, porque para él la convención es *res inter alios acta*, conservando la facultad para demandar la restitución de la cosa mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria.

En las relaciones *de los contratantes*, son distintos los efectos de la prenda de cosa ajena según estemos ante las siguientes hipótesis:

- la cosa prendada ha sido hurtada, robada o tomada por la fuerza a su dueño o perdida por éste y tales hechos son conocidos del acreedor: por mandato del art. 2390, se aplica al acreedor prendario lo dispuesto en el artículo 2183, y conforme a

esta disposición, está obligado a denunciar al dueño el gravamen que se ha constituido, dándole un plazo razonable para reclamar la cosa, bajo pena de tener que indemnizar los perjuicios si la restituye a quien constituyó la prenda; de modo que en este caso, el acreedor puede suspender la restitución de la cosa empeñada al constituyente para dar así tiempo al dueño a que ejercite sus derechos. Si éste no reclamare la cosa oportunamente, podrá hacerse la restitución al constituyente;

- la cosa prendada no se encuentra en uno de los casos anteriormente indicados o si lo está, el acreedor desconoce tal circunstancia: el contrato subsiste mientras la cosa no sea reclamada por su dueño. Ello acontecerá cuando se dicte a favor del tercero sentencia que le reconozca su dominio.

Sea que la prenda de cosa ajena se extinga porque su verdadero dueño la reclamó judicialmente o cuando ante los hechos indicados en el artículo 2390 el acreedor prendario puso en conocimiento del dueño la constitución de la prenda, el acreedor podrá exigir al deudor:

- que se le entregue otra cosa en prenda, de igual o mayor valor;
- que se le otorgue otra caución;
- en defecto de una u otra, se cumpla inmediatamente la obligación principal, aunque haya plazo pendiente para su pago (opera por ende una hipótesis de caducidad del plazo, art. 1496).

Somarriva estima que si la prenda se ha constituido por un tercero para garantizar la obligación del deudor, los derechos que confiere el artículo 2391 pueden ejercitarse contra el deudor y no contra el tercero garante. La ley, agrega el autor citado, no lo dice expresamente, pero parece ser esa la conclusión lógica habida consideración a que el tercero no tiene interés en la deuda y que se ha obligado en forma gratuita. Pero si dicho tercero ha otorgado la garantía a cambio de una remuneración pagada por el deudor y resulta que la cosa era ajena y contra el deudor el acreedor ejercita los derechos del art. 2391, el deudor podrá repetir contra el tercero.⁶

Otro efecto interesante de la prenda de cosa ajena es que el acreedor puede llegar a adquirir el derecho real de prenda *por prescripción*. No ha podido adquirirlo por tradición, porque el que constituyó la prenda no era dueño del bien empeñado y nadie puede transferir más derechos de los que tiene. Pero si bien la tradición no habilita al acreedor para adquirir el derecho real de prenda, en cambio le sirve de título para poseer y llegar a adquirir por prescripción, de acuerdo al art. 683. Este artículo es aplicable en este caso, porque el legislador, en el art. 670, 2º, después de definir la tradición, agrega que lo que se dice del dominio, se extiende a todos los otros derechos reales. Además, no hay duda que el derecho real de prenda puede adquirirse por prescripción, porque el inciso 2º del art. 2498 señala que se ganan por este modo, de la misma manera que el dominio, los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados, excepción que en ninguna parte se consigna con respecto a la prenda.

En cuanto al tiempo y requisitos necesarios para adquirir por prescripción, rigen las mismas reglas generales que en el dominio (art. 2512): será de 2 años si el acreedor puede invocar la prescripción ordinaria y de 10 años en caso contrario.

En lo que respecta a la prenda sin desplazamiento de la Ley número 20.190, el artículo 13 ratifica también que la prenda constituida sobre cosa ajena es válida.

⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 234 y 235.

c.6) Principio de la especialidad de la prenda.

Los bienes que se dan en prenda deben ser determinados y estar singularizados. Una persona no podría constituir prenda, por ejemplo, sobre todos sus bienes, en forma genérica. Esto es lo que se llama el *principio de la especialidad de la prenda*. Este principio, imperativo en las prendas con desplazamiento por la necesidad de entregar al acreedor los bienes gravados, ha sido respetado en aquellos contratos en que la especie dada en garantía permanece en poder del que la constituye.

Sin embargo, el principio de la especialidad de la prenda tiene algunas excepciones en la prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190: prenda sobre universalidades de hecho o “*rotativa*”, art. 11° de la ley.

d) Formalidades o requisitos externos de la prenda.

d.1) Formalidades o requisitos externos de la prenda civil.

La prenda civil es un contrato real, que se perfecciona con la entrega de la cosa empeñada al acreedor.

El requisito de la entrega plantea la cuestión de saber si basta con que ella sea simbólica o si es necesario que se haga real y efectivamente. Algunos fallos establecen como suficiente la entrega ficta, aplicando el art. 684. Pero la jurisprudencia mayoritaria y la doctrina, consideran que la entrega debe ser real y efectiva, argumentándose:

- El legislador contempla en la prenda algunas obligaciones para el acreedor, tales como conservar y restituir la cosa, que presuponen su tenencia material;
- La entrega material es lo que viene a darle publicidad al gravamen, sobre todo en nuestro CC, porque en él la constitución de la prenda no está sujeta a ninguna formalidad. Si el deudor, no obstante la prenda, pudiera conservar la cosa, los terceros podrían ser inducidos a error sobre la solidez de su patrimonio, ya que entenderían que el bien continúa exento de gravámenes, por permanecer en manos del deudor o constituyente.
- Confirma lo anterior la creación de las prendas sin desplazamiento, que nacieron por las dificultades que presenta la prenda civil, evitando que el deudor o el tercero garante se desprendan de sus medios de trabajo o de producción para obtener créditos.

Tratándose de la prenda que recae sobre *cosas corporales*, se reputa perfecta tanto entre las partes como respecto a terceros, por el solo hecho de la entrega. No obstante, en cuanto a su *prueba*, rigen las reglas generales y en consecuencia las normas limitativas de la prueba de testigos (arts. 1708 y siguientes).

En esta materia, cabe preguntarse si puede entregarse la prenda a una persona distinta del acreedor. El Código francés, al igual que nuestro Código de Comercio (art. 817), autorizan expresamente para que la entrega de la prenda se haga a un tercero elegido de común acuerdo por las partes. El CC nada dispone al respecto, pero la doctrina y la jurisprudencia estiman que es posible la misma figura en la prenda civil. Lo que quiere el legislador es que la cosa empeñada salga de manos del deudor, para darle publicidad al gravamen, finalidad que se consigue al entregar la cosa a un tercero.

d.2) Papel que desempeña la entrega con relación a la cosa y respecto al derecho real de prenda.

La entrega de la cosa prendada juega un doble papel: el de simple entrega con relación a la cosa, pasando el acreedor a ser mero tenedor de la misma; y el de tradición con respecto al derecho real de prenda. Por eso, el acreedor llega a ser poseedor y propietario de su derecho.

d.3) Forma como se perfecciona la prenda de créditos.

Según el art. 2389, se puede dar en prenda un crédito entregando el título al acreedor, notificando al deudor y prohibiéndole que lo pague en otras manos. Dos requisitos deben cumplirse entonces para que se perfeccione la prenda entre el acreedor y el deudor:

- Entrega del título al acreedor prendario;
- Notificación al deudor del crédito, prohibiéndole que le pague a su acreedor.

Cabe precisar que la notificación al deudor del crédito, a diferencia de lo que acontece en la cesión de créditos, es indispensable para que la prenda se perfeccione aún entre las partes que celebran el contrato. La cesión de un crédito en cambio, perfecta entre las partes por la entrega del título, requiere de la notificación o aceptación del deudor para que se perfeccione respecto del deudor cedido y los terceros.

d.4) Constitución de las prendas especiales.

Lo que caracteriza a las prendas especiales, es que a diferencia de lo que ocurre en la prenda civil, en las primeras no hay desplazamiento de la cosa. Por lo tanto, la prenda deja de ser un contrato real y se transforma en un contrato solemne.

Las formalidades de las distintas prendas especiales son las siguientes:

d.4.1) Prenda sobre warrants o mercaderías depositadas en almacenes generales de depósito.

El almacenista entrega al depositante dos vales: uno denominado certificado de depósito, que acredita el dominio de las mercaderías y otro que se denomina *vale de prenda*. La prenda de las mercaderías depositadas en el almacén se constituye mediante el *endoso* del vale de prenda (artículo 1 de la Ley N° 18.690). De esta manera, el dueño de los productos puede obtener créditos sin necesidad de vender apresuradamente las mercaderías depositadas.

El endoso del vale de prenda debe contener: el nombre y el domicilio del cesionario; el monto del capital e intereses del o de los créditos y la fecha de sus vencimientos y sus modalidades; la fecha del endoso y la firma del endosante (artículo 8 de la Ley N° 18.690).

Si se trata del primer endoso, es decir de la constitución de la prenda, es necesario, además, anotar dicho endoso en el Registro que lleva al efecto el almacenista, tomándose razón de tal anotación en el vale de prenda. Sin este requisito el endoso no produce efecto alguno, lo que significa que no hay prenda (artículo 10 de la ley).

En los endosos posteriores no es necesaria la anotación mencionada. En realidad, sólo el primer endoso es la constitución de la prenda. Los endosos posteriores son más bien la cesión o transferencia del derecho real de prenda.

d.4.2) Prenda de valores mobiliarios a favor de los Bancos.

Distinguimos:

- Títulos al portador: el contrato de prenda se perfecciona con la simple entrega del título al Banco;
- Títulos a la orden: se perfecciona la prenda mediante el endoso en garantía, no siendo necesario notificar al deudor;
- Prenda de acciones nominativas de una sociedad anónima o en comandita por acciones: se perfecciona por la escritura pública o privada, que para producir efectos respecto de terceros, debe notificarse a la sociedad emisora mediante receptor judicial o Notario (artículo 3° de la Ley N° 4.287).

Cabe advertir que ésta prenda, sólo puede caucionar obligaciones propias, o sea, del dueño de las acciones, no obligaciones de terceros. Pero como las obligaciones propias pueden ser directas o indirectas, el dueño de las acciones podría constituir una fianza o codeuda solidaria, y simultáneamente la prenda sobre sus acciones.

d.4.3) Prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190.

Es la prenda más utilizada hoy en día, junto con la prenda mercantil. Conforme al artículo 2 de la Ley, la constitución de la prenda, admite dos posibilidades:

- a. Por escritura pública, en cuyo caso la prenda será oponible a terceros desde la fecha de esta escritura; o
- b. Por instrumento privado, cumpliéndose con dos requisitos adicionales:
 - i) las firmas de los concurrentes deberán ser autorizadas por un Notario Público; y
 - ii) el instrumento deberá protocolizarse en el registro del mismo Notario que autorice las firmas.

En este segundo caso, respecto de terceros, la fecha del contrato será la de su protocolización.

Se trata, por ende, en cualesquiera de los dos casos reseñados, de un contrato solemne. Estamos ante una solemnidad propiamente tal, de aquellas exigidas por la ley en atención a la especie o naturaleza del contrato, cuya omisión trae como consecuencia que éste no produzca ningún efecto civil (artículo 1443 del Código Civil). Así las cosas, o habrá una hipótesis de inexistencia jurídica, o de nulidad absoluta, para quienes no admiten la primera en nuestro sistema jurídico. Personalmente, creemos que se trata de un caso de inexistencia jurídica, por omisión de una solemnidad propiamente tal exigida precisamente por vía de existencia, es decir, *“pasando a ser la solemnidad el único medio a través del cual el autor o las partes que celebran el acto pueden manifestar su voluntad.”*⁷ Por el contrario, para quienes estimen que se trataría de un caso de nulidad absoluta, dicho vicio quedaría saneado transcurridos que sean diez años, desde la fecha del contrato, al prescribir la acción para demandarla (artículo 1683 del Código Civil).

⁷ Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 1991, segunda edición, p. 149.

Dispone también el artículo 2 que la modificación del contrato o el alzamiento de la prenda, deberán asimismo efectuarse por algunos de los medios antes consignados para su celebración.

La sola celebración del contrato de prenda no otorga al acreedor prendario el derecho real de prenda, siendo necesario que se inscriba el contrato en el Registro de Prendas sin Desplazamiento (artículo 25), a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación. Esta inscripción también resulta necesaria para hacer oponible el contrato a terceros. En todo caso, la Ley no dispuso de un plazo fatal para practicar esta inscripción.

d.4.4) Prenda mercantil.

Se perfecciona entre las partes por la entrega de la cosa prendada, entrega que no sólo se puede hacer al acreedor, sino también a un tercero elegido de común acuerdo por los contratantes (art. 817 del Código de Comercio). Entre las partes, se siguen entonces las mismas reglas del Código Civil.

No acontece lo mismo frente a los terceros, ya que para invocar ante otros acreedores el crédito preferente que confiere la prenda, es necesario:

1º Que el contrato de prenda sea otorgado por escritura pública o privada, y en el último caso, protocolizada, previa certificación en la misma de la fecha de esa diligencia, puesta por el Notario respectivo;

2º Que la escritura o documento contenga la declaración de la suma de la deuda y la especie y naturaleza de las cosas empeñadas, o que lleve anexa una descripción de su calidad, peso y medida.

(artículos 814 y 815 del Código de Comercio).

Cuando la prenda mercantil recae sobre un crédito, debemos distinguir entre los créditos nominativos, a la orden y al portador:

1º créditos nominativos: rige la existencia del “*conste*” (vale decir, el señalamiento de la suma de la deuda que la prenda está garantizando) y también la notificación al deudor a que se refiere el art. 2389 del CC (art. 816 del Código de Comercio);

2º créditos a la orden: requieren para prendarse el endoso en garantía, sin necesidad de notificar al deudor;

3º créditos al portador: debe entregarse el título, pero no se requiere la notificación al deudor.

5.-) Efectos del contrato de prenda.

Pueden estudiarse tanto con respecto al acreedor como en relación al deudor. En ambos casos, debemos analizar los derechos y obligaciones que corresponden a cada parte y que tienen su fuente en el propio contrato o en la ley.

a) Efectos del contrato de prenda en relación al acreedor.

Estudiaremos cinco derechos que pueden ser ejercidos por el acreedor prendario:

a.1) Derecho de retención.

a.2) Derecho de persecución o reivindicación.

a.3) Derecho de venta.

a.4) Derecho de preferencia.

a.5) Eventualmente, derecho a que le indemnicen los perjuicios y gastos ocasionados por la tenencia de la cosa prendada.

a.1) Derecho de retención.

a.1.1) Cuándo opera.

El derecho de retención sólo opera tratándose de las prendas con desplazamiento. No existe en las prendas sin desplazamiento, pero en ellas, la ley otorga al acreedor una serie de derechos que tienden a evitar que se produzca el deterioro material o jurídico de la garantía.

Se refiere al derecho de retención el art. 2396, inciso 1°. De acuerdo al precepto, el deudor no puede exigir que se le restituya el bien prendado, total o parcialmente, mientras:

- No haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses;
- No haya pagado los gastos necesarios en que hubiere incurrido el acreedor prendario para la conservación de la prenda;
- No haya pagado los perjuicios que al acreedor le hubiere ocasionado la tenencia de la prenda.-

Como vemos, para que cese el derecho de retención, debe hacerse un pago total, lo que está en armonía con una de las reglas generales del pago, el art. 1591, inciso 2°.

Por lo demás, que se exija un pago total es una consecuencia de la indivisibilidad de la prenda. En consecuencia, por insignificante que sea la parte insoluta del crédito, el acreedor prendario está autorizado a retener el bien pignorado (art. 2405).

La importancia y efectividad de este derecho es indiscutible. Mediante él, se compele en forma indirecta al deudor a cumplir la obligación, ya que sólo de esta manera le será posible recuperar la tenencia de la cosa y servirse de ella.

a.1.2) Excepciones respecto al derecho de retención.

Contempla el Código excepciones al derecho, en dos sentidos:

- El acreedor puede estar obligado a restituir, no obstante no haberse cumplido con la obligación caucionada;
- El acreedor puede retener el bien prendado, no obstante haberse pagado íntegramente el crédito caucionado.

Dichas excepciones, en uno u otro sentido, son las siguientes:

i) Solicitud del deudor para sustituir la cosa prendada.

El artículo 2396, inciso 2°, establece este derecho para el deudor. Si bien es cierto que el derecho de retención se ejerce sobre la cosa que se ha dado en garantía, la disposición citada autoriza al deudor para sustituir la prenda cuando de ello no se siguiere perjuicio al acreedor. La norma dice que el deudor “*será oído*” en esta pretensión. Por lo tanto, no se trata de un derecho absoluto, que opere automáticamente a solo pedimento del deudor. Pero es evidente que si el cambio de la cosa prendada no perjudica al acreedor, el juez accederá a la petición.

El precepto es interesante en dos aspectos:

- porque va contra el principio de que el contrato es ley para las partes, principio que de aplicarse rigurosamente dejaría al deudor sin el derecho en cuestión;
- porque hasta cierto punto, está inspirado en la doctrina de la relatividad de los derechos, que repudia el ejercicio abusivo de los mismos, abuso que existiría de parte del acreedor si se le permitiera, a todo evento, negarse a la sustitución de la prenda, aún cuando de ello no se le siguiera perjuicio alguno.

ii) Pérdida del derecho de retención por el uso de la cosa prendada por el acreedor.

La retención no autoriza al acreedor, por regla general, para servirse de la cosa prendada. Lo anterior es tan evidente, que el artículo 2396, inciso 3º, dispone que si el acreedor abusa de la cosa prendada pierde su derecho. Se ha estimado que el mero uso, cuando el acreedor no esté facultado para ello, constituye un “*abuso*”, para estos efectos. Si estuviere autorizado para usar la cosa prendada, habría “*abuso*” si le da un uso que no corresponda a su naturaleza o destino.

Excepcionalmente, el acreedor puede usar de la cosa prendada:

- cuando el deudor lo autoriza;
- tratándose de una prenda de dinero, porque en ella, el acreedor pasa a ser dueño del dinero dado en garantía;
- si la cosa empeñada fuere fructífera, el acreedor podrá apropiarse de los frutos para imputarlos al pago de la deuda, dando cuenta de ellos y restituyendo los que sobraren (artículo 2403).

iii) Caso de la prenda tácita.

Está contemplado en el artículo 2401. Por regla general, extinguida la deuda, el deudor puede solicitar la restitución del bien empeñado. Pero el artículo citado autoriza al acreedor para retener la cosa prendada a pesar de haberse extinguido la obligación principal, cuando existan otras obligaciones entre acreedor y deudor y ellas reúnan los requisitos establecidos en dicho precepto. Se produce entonces lo que los autores denominan “*la prenda tácita*”. El legislador la establece interpretando la voluntad del acreedor. Si éste ha exigido al deudor una garantía para otorgarle crédito, es lógico presumir que de sobrevenir otra obligación entre ellos, si el acreedor es titular de un nuevo crédito en contra del deudor, acontece lo anterior en razón de la garantía ya otorgada.

Por esta razón, no se aplica la prenda tácita cuando la garantía se ha dado por un tercero; además, en tal caso no sería justo que éste permaneciera ligado por las nuevas obligaciones contraídas por el deudor.

Asimismo, para que se aplique la prenda tácita es necesario que el segundo crédito tenga por origen un contrato celebrado entre el acreedor y el deudor. Por lo tanto, no cabría aplicar el art. 2401 si el nuevo crédito se hubiere adquirido por cesión, subrogación o tuviere su origen en la responsabilidad extracontractual del deudor.

Además de los supuestos enunciados, deben cumplirse con los siguientes requisitos, contemplados en el art. 2401:

- Que el nuevo crédito sea cierto y líquido, es decir, que además de existir, sepamos a cuanto asciende el crédito y que no esté sujeto a plazo o condición;

- Que las nuevas obligaciones se hayan contraído después de la obligación para la cual se constituyó la prenda.
- Que las nuevas obligaciones se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior, es decir, de la obligación que motivó la constitución de la prenda. ¿Qué debe entenderse por el “*pago de la obligación anterior*”? Según algunos, el legislador ha querido referirse a la fecha en que de acuerdo con el contrato debió efectuarse el pago. Pero en la opinión mayoritaria de la doctrina, el artículo se refiere al momento en que éste efectivamente se realiza, puesto que “*pago*” es la prestación de lo que se debe, y si el legislador hubiere querido referirse al momento en que de acuerdo al contrato debía efectuarse el pago, habría empleado la expresión “*exigibilidad*”.

En ciertos casos sin embargo, y no obstante cumplirse los requisitos anteriores, el acreedor no puede ampararse en el art. 2401 para negarse a restituir la cosa prendada. Son tales:

- cuando la tenencia de la cosa sale del poder del acreedor y llega a manos del deudor, quien puede retenerla pagando la obligación garantizada con la prenda (art. 2393, inciso 3°);
- cuando el deudor vende la cosa dada en garantía o constituye a título oneroso un derecho para el goce o tenencia de la cosa, y el comprador o el tercero en cuyo favor se constituye el derecho, ofrece al acreedor pagar la obligación garantizada (art. 2404).

a.2) Derecho de persecución o reivindicación.

La prenda es un derecho real y como tal susceptible de ser amparado por la acción reivindicatoria (arts. 891 y 2393). En este caso, no se persigue recuperar el dominio del bien empeñado, sino la posesión del derecho de prenda, porque sólo mediante la tenencia de la cosa el acreedor puede ejercitarlo. El acreedor está facultado para recobrar la cosa de manos de cualquier persona, sin exceptuar al propio deudor. Pero éste puede enervar tal acción, si paga la deuda al acreedor. En este caso, según vimos, no opera la prenda tácita.

a.3) Derecho de venta.

a.3.1) Cómo se efectúa la venta.

El derecho de venta o de realización de que está investido el acreedor prendario, se contempla en el artículo 2397.

La facultad que tiene el acreedor de hacer vender la cosa empeñada no impide que también pueda ejercitar el derecho de prenda general persiguiendo los otros bienes del deudor, como por lo demás lo deja en claro la parte final del art. 2397. Lo anterior, salvo si la prenda fue constituida por un tercero, pues en tal caso, no podrán perseguirse los demás bienes de este tercero, que sólo contrajo una obligación real.

El derecho de venta que tiene el acreedor es de la esencia de la prenda y no puede renunciarse (artículo 2397, inciso 1°). Pero el hecho de que esta facultad sea irrenunciable no significa que el acreedor esté obligado a ejercitarla, porque puede conformarse con

retener la cosa empeñada (lo que no significa que se transforme en dueño, artículo 2397 inciso 2º) y el deudor no lo podría compeler a que iniciara el procedimiento de realización.

La realización se efectúa mediante el remate de la prenda, facultando el artículo 2398 al acreedor y al deudor para concurrir a la subasta. Somarriva apunta que la autorización al deudor para participar en la subasta contraría lo dispuesto en el artículo 1816, cuando dispone que la compra de cosa propia no vale, pues tal ocurrirá si el deudor era dueño de la cosa prendada y se la adjudica en la subasta. A nuestro juicio, como lo expresamos al estudiar la compraventa, lo que aquí acontece es simplemente que el deudor paga la obligación, e impide la venta forzada.

El procedimiento de realización de la prenda está regulado por el DL N° 776 de 1925, aplicable en todo caso sólo a la prenda civil y a la prenda mercantil.

El deudor también está facultado para detener el procedimiento de realización, pagando antes del remate la suma adeudada, los intereses si corresponde su pago y las costas (artículo 2399).

El artículo 2402 reglamenta la imputación del producto de la subasta, cuando no alcanza a cubrir la totalidad de lo adeudado:

- primero, debe imputarse a los intereses y costas;
- después, al capital; y
- si fueren varias las obligaciones caucionadas con la prenda, hay que atenerse a las normas generales relativas a la imputación del pago (artículos 1595 a 1597).

El artículo 2397 otorga al acreedor dos derechos:

1º Uno principal, el derecho de hacer vender la prenda en remate;

2º Otro derecho accesorio, el de adjudicarse el bien empeñado hasta concurrencia de su crédito a falta de posturas admisibles y previa tasación de peritos.

Con la vigencia del DL N° 776, se planteó la interrogante de saber si el acreedor prendario conservaba el segundo derecho, pues el citado decreto no lo contemplaba. La doctrina se inclinó por estimar que no lo conserva. Somarriva apunta las siguientes razones para tal conclusión:

- El DL citado en parte alguna confiere esta facultad al acreedor, a diferencia de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil acerca del juicio ejecutivo, en el que expresamente se consagra el derecho del ejecutante para adjudicarse la cosa embargada por los 2/3 de la tasación y a falta de posturas admisibles;
- En las formalidades que el DL establece para el remate de la prenda, no existe exigencia alguna respecto de un mínimo para las posturas. Por ello, el acreedor no tiene por qué recurrir a la adjudicación de la cosa previa tasación de peritos, tanto porque es difícil que no haya posturas admisibles, cuanto porque le resulta más simple adjudicarse la cosa prendada en la cantidad que ofrezca por pequeña que sea. De tal forma, se cumple con el objetivo del DL: hacer lo más fácil posible la realización de la prenda con el fin de fomentar el desarrollo del crédito prendario. El legislador, en definitiva, no exige mínimo para la subasta, con lo cual el acreedor puede quedarse con la cosa por un precio cualquiera, por vil que sea.

Si la prenda recae sobre un crédito de dinero, el DL 776 establece que el acreedor deberá cobrarlo a su vencimiento y para este efecto se le considera como representante legal del deudor prendario, sin perjuicio de la obligación de rendir cuenta al deudor.

a.3.2) Proscripción del pacto comisorio.

El artículo 2397 excluye asimismo el pacto comisorio o “*lex commisorio*”, como se le denominaba en el derecho romano. En su virtud, se estipulaba que si el deudor no pagaba al vencimiento de la deuda, el acreedor se transformaba, *ipso facto*, en propietario de la cosa. Semejante pacto se ha prohibido en los códigos modernos, pues favorece la usura, quedando el deudor colocado a merced del acreedor. El DL 776 ratifica su prohibición, tanto al celebrarse el contrato principal como posteriormente.

Infringirían esta prohibición y serían nulos los siguientes pactos:

- Cuando se estipula que el acreedor se pagará con la cosa prendada, en caso de incumplimiento de la obligación;
- Cuando se estipula que el acreedor estará facultado para vender la cosa empeñada en venta privada;
- Cuando se estipula que el producto íntegro de la venta de la cosa empeñada pertenecerá al acreedor, aunque supere el monto del crédito.

Por el contrario, no se verán afectadas por la prohibición figuras como la dación en pago o la propia compraventa, compensando el pago del precio con la deuda.

a.4) Derecho de preferencia.

Nada dice el Código Civil en el título de la prenda, acerca de la preferencia de que goza el acreedor prendario. Tal derecho se le confiere en las normas relativas a la prelación de créditos, en el artículo 2474 N° 3. Se establece que el crédito del acreedor prendario es de la segunda clase de créditos preferentes.

Al igual que acontece con el crédito preferente de la tercera clase del acreedor hipotecario, el crédito del acreedor prendario es *especial*, porque se hace efectivo sobre el bien dado en garantía, sin que pueda invocarse la preferencia en el resto del patrimonio del deudor. Por lo tanto, si parte del crédito queda sin pagarse con el producto de la realización de la prenda, el saldo insoluto no goza de la preferencia sino que debe considerarse como un crédito común o valista (artículo 2490).

El acreedor prendario goza del privilegio cuando persigue la cosa empeñada invocando su calidad de tal. Pero el solo título de acreedor prendario no le confiere privilegio alguno, si ejercita sobre los otros bienes del deudor el derecho de prenda general.

Lo normal será que el acreedor haga valer su privilegio sobre el producto del remate de la cosa dada en garantía, pero también puede ejercitarlo sobre el monto del seguro en caso de siniestro de la cosa empeñada o sobre el valor de la expropiación si ésta fuere expropiada.

De acuerdo a lo expuesto, el acreedor prendario se paga preferentemente a todo otro acreedor con el valor de la cosa prendada, con la sola excepción consignada en el artículo 2476, esto es, cuando tiene que soportar la prioridad de los créditos de primera clase cuando éstos no alcanzaren a pagarse con los demás bienes del deudor. En todo caso, las normas sobre la quiebra permiten que el acreedor prendario pueda ser pagado sin esperar las resultas de la quiebra, siempre que asegure lo necesario para pagar los créditos de primera clase, si los demás bienes de la masa no parecieren suficientes para satisfacerlos.

a.5) Derecho del acreedor a ser indemnizado por los gastos de conservación de la cosa y los perjuicios que su tenencia le haya ocasionado: artículo 2396.

En cuanto a los gastos de conservación, el acreedor sólo puede demandar del deudor *las expensas necesarias*, pero no las útiles y menos las voluptuarias.

Además, el deudor está obligado a indemnizar al acreedor los perjuicios que la tenencia de la cosa prendada le hubiere ocasionado. El legislador no da reglas respecto a esta indemnización, de manera que tenemos que aplicar los principios generales que rigen la indemnización de perjuicios en la responsabilidad contractual, consignados en los artículos 1556 a 1558.

Para compeler al deudor a que le reembolse e indemnice los gastos y perjuicios, el acreedor puede hacer uso del *derecho de retención* a que se refiere el artículo 2396.

Aunque no hay norma expresa en nuestro Código Civil, Somarriva estima que el privilegio de la prenda también se extiende al cobro de los gastos y perjuicios.

b) Obligaciones del acreedor prendario.

En las prendas con desplazamiento, es el acreedor el que resulta obligado a restituir la cosa dada en garantía. Por el contrario, en aquellas en que la cosa permanece en poder del deudor, por el solo contrato el acreedor no contrae obligaciones, sino que éstas corresponden únicamente al deudor.

Examinaremos las obligaciones del acreedor en la prenda civil. Son tales:

b.1) Obligación de restituir la cosa empeñada, una vez extinguida la obligación.

Esta obligación jamás puede faltar en la prenda civil. Se refieren a esta obligación los artículos 2396, 2401 y 2403.

La obligación de restituir se hace exigible una vez que el deudor pague íntegramente lo adeudado con intereses e indemnice al acreedor los gastos y perjuicios que eventualmente hubiere experimentado con ocasión de la tenencia de la cosa prendada. Así lo establece el artículo 2396, una de las disposiciones que consagran el principio de la indivisibilidad de la prenda.

La restitución de la prenda debe hacerla el acreedor con los aumentos que haya recibido de la naturaleza y por el transcurso del tiempo. El artículo 2403, que así lo dispone, no se refiere a los aumentos que la cosa pudiere tener por la industria del hombre, porque el acreedor prendario, que es un mero tenedor, no puede usar ni gozar de la cosa empeñada, siendo entonces inoponible al deudor los aumentos que tuvieren tal origen.

La obligación de restituir cesa si el bien empeñado se destruye por caso fortuito o fuerza mayor, en virtud del principio según el cual las cosas producen y perecen para su dueño. Cesa también la obligación cuando la acción prendaria directa se extinga por prescripción. Dicha acción es la acción personal de que dispone el deudor para recuperar la prenda.

Indirectamente, el acreedor puede verse libre de la obligación de restituir la cosa, en caso que adquiriera el dominio de la cosa por prescripción. Es cierto que el acreedor prendario es mero tenedor, y que la mera tenencia no muda en posesión, como indica el artículo 716, pero el mismo precepto consigna la excepción contemplada en la regla 3ª del artículo 2510.

b.2) Obligación de no usar la cosa empeñada: artículo 2395.

Ya hemos indicado que el acreedor prendario carece, por regla general, de la facultad para usar y gozar de la cosa empeñada. Si llegare a infringir la ley, el constituyente de la prenda podrá exigir que se le restituya anticipadamente la cosa pignorada.

Excepcionalmente, el acreedor puede servirse de la cosa prendada:

- si el deudor lo autoriza;
- si se trata de una prenda que recae en una suma de dinero (artículo 2395 en relación al artículo 2221).
- Si la cosa empeñada es fructífera, pues en tal caso, el acreedor puede percibir los frutos e imputarlos a la deuda (artículo 2403);
- Si el bien dado en prenda es un crédito de dinero, el acreedor no sólo está facultado sino que obligado a cobrarlo a su vencimiento.

b.3) Obligación de conservar la cosa prendada.

El artículo 2394 hace responsable al acreedor de la *culpa leve*, al decir que debe conservar la cosa empeñada como un buen padre de familia. Ello está en armonía con el artículo 1547, puesto que el contrato de prenda, por regla general, cede en utilidad de ambos contratantes: es útil para el deudor, porque consigue un crédito; y es útil para el acreedor, porque obtiene una mayor seguridad para su crédito.

c) Derechos del deudor.

Son más importantes y visibles en las prendas con desplazamiento, porque en ellas resulta obligado el acreedor, a diferencia de lo que ocurre en las prendas sin desplazamiento, donde es el deudor quien contrae obligaciones.

El deudor tiene los siguientes derechos en la prenda civil:

c.1) Derecho a que se le restituya el bien prendado.

Se trata del principal derecho del deudor prendario. Dos acciones le franquea la ley. Ellas son:

c.1.1) Acción prendaria directa.

Para ejercer este derecho, el deudor goza de la acción prendaria directa. Puede ejercitarla una vez que haya extinguido completamente la obligación principal, con todos sus accesorios, intereses, costas y perjuicios que adeude al acreedor. Por excepción, de acuerdo al artículo 2396, el deudor está facultado para solicitar inmediatamente la restitución, aún cuando el crédito estuviere insoluto, si el acreedor “*abusa*” de la prenda.

La acción prendaria directa es personal, porque emana del contrato de prenda que vincula al acreedor y al deudor. Por ello, no puede interponerse contra el tercero que estuviere en posesión de la cosa, y prescribe en 5 años, contados desde que la obligación de restituir sea exigible, es decir, desde que el deudor haya pagado íntegramente la deuda. La

ventaja de esta acción, es que el demandante no está obligado a probar su dominio sobre la cosa, sino sólo la existencia del contrato y que en él actuó como constituyente de la prenda.

c.1.2) Acción reivindicatoria.

El deudor también dispone de la acción reivindicatoria, en caso que sea dueño de la cosa empeñada. Obviamente, tal acción puede interponerse contra el acreedor como también contra terceros, debiendo el deudor probar su dominio. En cambio, si interpone la acción personal, le será suficiente acreditar la existencia del contrato de prenda.

c.2) *Derecho a pedir la sustitución de la cosa empeñada.*

El artículo 2396, inciso 2º, establece esta facultad, a la que hemos hecho referencia.

c.3) *Derecho a que se le indemnicen los deterioros que la cosa prendada haya sufrido por hecho o culpa del acreedor.*

El artículo 2394 consagra este derecho del deudor.

c.4) *Derecho a vender la cosa prendada o a constituir en favor de terceros derechos al goce o tenencia de la cosa.*

El artículo 2404 establece estas facultades. Para que operen, tanto el tercero que compre la cosa como aquél a quien se confiera un título oneroso para el goce o tenencia de la cosa pignorada, tendrán que pagar la obligación que originó la constitución de la prenda. Es importante consignar que en éstos casos, el acreedor no podrá negarse a restituir alegando la existencia de una “*prenda tácita*” en los términos del artículo 2401. Así las cosas, si el deudor quiere eludir que opere tal hipótesis, debiera vender la cosa o ceder su uso y goce a un tercero a título oneroso.

c.5) *Derecho a concurrir a la subasta de la cosa empeñada.*

Tal como se indicó, el artículo 2398 confiere al deudor este derecho, originándose la posibilidad de que el propio dueño de la cosa prendada se adjudique la misma en la subasta, lo que constituye una excepción a la prohibición de comprar una cosa propia, en opinión de algunos (artículo 1816, inciso 1º).

c.6) *Derecho a impedir el remate, pagando íntegramente la deuda.*

El artículo 2399 otorga al deudor la posibilidad de impedir la subasta, pagando la totalidad de la deuda y las costas generadas hasta ese momento.

D) Obligaciones del deudor.

La prenda es un contrato unilateral, porque de él sólo nacen obligaciones para una de las partes. En las prendas que se perfeccionan con la entrega de la cosa, se obliga el acreedor. Por el contrario, en las prendas sin desplazamiento, el obligado es el deudor.

En la *prenda civil*, el deudor, por el solo contrato, no contrae obligación alguna. Sin embargo, por hechos posteriores, puede resultar obligado a indemnizar al acreedor, según hemos estudiado (artículo 2396). Para hacer efectiva esta obligación, el acreedor goza de la *acción prendaria contraria* y del derecho legal de retención.

En las *prendas sin desplazamiento*, el deudor contrae numerosas obligaciones pues a él corresponde cuidar y conservar la cosa (lo que corresponde al acreedor en las prendas civiles). El deudor responde de culpa leve, y deberá permitir al acreedor que inspeccione el estado de la cosa prendada.

6.-) Transferencia y transmisión del derecho de prenda.

Consecuencia del carácter accesorio que tiene el derecho de prenda, es que siga al crédito donde quiera que se radique. Por ello, la transferencia y transmisión del derecho de prenda no puede efectuarse aisladamente, sino conjuntamente con el crédito que está garantizando.

Nada dice el Código Civil, al regular la prenda, sobre la manera de transferir o transmitir el derecho de prenda. En consecuencia, dichos actos quedan sujetos a las reglas generales, y se efectuarán por la cesión del crédito prendario, por el pago con subrogación y por la sucesión por causa de muerte.

Por sucesión por causa de muerte, pasan a los herederos los derechos y las obligaciones transmisibles. Dentro de los primeros, se incluye el derecho de prenda. También por este modo puede adquirir el legatario, cuando se le deja en legado el crédito caucionado con la prenda.

Por acto entre vivos el cambio de titular de un derecho se efectúa cuando un tercero paga el crédito y se subroga en los derechos del acreedor, caso en el cual pasa al nuevo acreedor el crédito con sus privilegios, prendas e hipotecas (artículo 1612).

Otra forma de traspasar por acto entre vivos el derecho de prenda, es la cesión del crédito prendario (artículo 1906).

Tratándose de las prendas especiales, la transferencia operará en algunos casos por cesión del crédito, como en la prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190, y en otros casos mediante endoso, como en la prenda de Warrants.

7.-) Extinción de la prenda.

La prenda, como consecuencia de su carácter accesorio, se extingue conjuntamente con la obligación principal. Pero como al mismo tiempo la prenda es una obligación distinta de la obligación principal, puede también extinguirse independientemente de la obligación garantizada.

Cabe señalar que el artículo 2406, que indica las causales de extinción del derecho de prenda, es incompleto, porque no se refiere a los modos de extinguir *por vía consecucional* ni enumera todos los modos de extinguir *por vía principal*.

a) Causales de extinción por vía accesoria o consecucional.

La obligación principal puede extinguirse por cualquiera de los medios contemplados en el artículo 1567 y con ello, igual suerte corre la prenda, dado que por su carácter accesorio necesita ir anexa a otra obligación cuyo cumplimiento garantice.

De los modos de extinguir, presentan algunas peculiaridades en relación a la prenda la novación, el pago y la nulidad.

- En cuanto *al pago*: el pago de la obligación principal acarrea la extinción de la prenda, salvo que lo haga un tercero y *se subroga* en los derechos del acreedor, porque entonces subsiste la prenda, garantizando ahora la obligación de la cual es titular el nuevo acreedor (artículo 1612);
- Respecto a la *novación*: extinguida por novación la obligación cuyo cumplimiento garantiza la prenda, ésta también se extingue, conforme al artículo 1642. Pero esta misma disposición autoriza a las partes para hacer *reserva* de las prendas, de manera que esta garantía continúe en pleno vigor asegurando la nueva obligación. En este caso, si bien conserva la prenda su carácter accesorio, presenta la particularidad de que se independiza de la obligación que garantizó en un comienzo y accede ahora a otra obligación. La reserva tiene sin embargo ciertas limitaciones:
 - 1° Si la cosa empeñada pertenece a terceros, éstos deben consentir en la reserva;
 - 2° No vale la reserva en lo que la segunda obligación exceda a la primera;
 - 3° No es posible hacer la reserva en los bienes del nuevo deudor ni aún con su consentimiento;
 - 4° Tratándose de codeudores solidarios, la reserva sólo puede afectar a los codeudores que han consentido en la misma (arts. 1642 y 1643).Además, cabe agregar que si bien la mera ampliación del plazo de la obligación no constituye novación, en conformidad al artículo 1649 se extingue la prenda que haya constituido un tercero.
- En lo que respecta a *la nulidad* de la obligación principal, declarada que sea extinguirá tanto la obligación principal como la obligación accesorio. Podría ocurrir sin embargo que la prenda se hubiera constituido por un tercero para asegurar la obligación de un menor adulto. En este caso, a pesar de la declaración de nulidad, subsiste la prenda, porque ella está garantizando una obligación natural, siendo la prenda una obligación civil perfecta.

b) *Causales de extinción por vía directa o principal.*

Las menciona el artículo 2406:

b.1) *Destrucción completa de la cosa empeñada.*

La destrucción íntegra de la cosa extinguirá el contrato, sea aquella imputable al acreedor o sea que derive de un caso fortuito. En el primer caso, el dueño de la cosa tendrá por cierto derecho a exigir la pertinente indemnización.

Si la destrucción sólo fuere parcial, subsistirá la prenda en lo que resta de la cosa. En caso que la cosa prendada esté asegurada, el acreedor prendario puede hacer efectivos sus derechos en la suma que pague la compañía aseguradora.

b.2) *Cuando el acreedor pasa a ser dueño de la cosa empeñada por cualquier título.*

Como es obvio, es inconcebible una prenda sobre una cosa propia. Se extingue la prenda por confusión.

b.3) *Por resolución del derecho de dominio del constituyente.*

En este caso, la prenda se extingue esté de buena o mala fe el acreedor: nos encontramos ante una excepción a los efectos de la condición resolutoria cumplida ante terceros (artículo 1490). Para que el problema que trata el art. 1490 se plantee es necesario que la cosa mueble “*se enajene*”. En este artículo, la palabra “*enajenación*” debemos entenderla sólo en su acepción restringida de transferencia total o parcial del dominio, y no en su sentido amplio de constitución de cualquier derecho real sobre la cosa.

En efecto, el art. 1490 es inaplicable a la prenda: arts. 2406 y 2396. La prenda se extingue si se resuelve el derecho del constituyente de la misma, esté o no de buena fe el acreedor prendario, sin perjuicio de otros derechos que éste puede ejercer, conforme lo establecen las dos disposiciones citadas y el artículo 2391, (fundamentalmente, pedir primero que se reemplace la prenda o en su defecto, el pago anticipado de la obligación).

b.4) Por “*abuso*” de la prenda por parte del acreedor: art. 2396.

Según hemos señalado, constituye “*abuso*” cualquier uso que le de a la cosa prendada el acreedor, si no medió autorización del deudor; o si habiéndose autorizado el uso, se da a la cosa un uso que excede o no corresponde al autorizado.

b.5) Cuando se da en prenda una cosa ajena, y el verdadero dueño la reclama: art. 2390.

-----****-----