

EL CONTRATO DE PRENDA¹

Sumario:

- 1.- Regulación, definición y partes del contrato.
 - 1.1. Regulación.
 - 1.2. Definición.
 - 1.3. Partes del contrato.
- 2.- Etimología de la palabra “prenda” y origen del contrato.
- 3.- Prendas especiales.
- 4.- Características de la prenda.
 - 4.1. Características de la prenda como contrato.
 - 4.2. Características de la prenda como derecho.
- 5.- Elementos de la prenda.
 - 5.1. Obligaciones susceptibles de ser garantizadas con prenda.
 - 5.2. Requisitos que deben reunir los contratantes o capacidad de las partes.
 - 5.3. Bienes susceptibles de darse en prenda.
 - 5.4. Requisitos externos de la prenda.
- 6.- Efectos del contrato de prenda.
 - 6.1. Efectos del contrato de prenda en relación al acreedor prendario.
 - 6.2. Efectos del contrato de prenda en relación al deudor y/o constituyente.
- 7.- Transferencia y transmisión del derecho de prenda.
- 8.- Extinción de la prenda.
 - 8.1. Causales de extinción por vía accesoria o consecuencial.
 - 8.2. Causales de extinción por vía directa o principal.

1.- Regulación, definición y partes del contrato.

1.1.Regulación.

El contrato de prenda se encuentra regulado en el Título XXXVII del Libro IV del CC., arts. 2384 a 2406.

El CC. alude también a la prenda en los arts. 46 (definición de caución), 376 y 517 (en materia de guardas), 577 (enumeración de los derechos reales), 725 (posesión), 1128 y 1135 (legados), 1366 y 1368 (pago de las deudas hereditarias y testamentarias), 1380 (beneficio de separación), 1397 (donaciones entre vivos), 1472 (obligaciones naturales), 1526 N° 1 (obligaciones indivisibles), 1612 (pago con subrogación), 1642, 1643, 1644, 1647, 1648 y 1649 (en la novación), 1654 (remisión), 1660 (compensación), 1740 N° 2 y 1779 (sociedad conyugal), 1803 (compraventa), 1957 (arrendamiento), 2337 y 2357 (fianza), 2407 y 2424 (hipoteca), 2445 (anticresis), 2468 (acción pauliana) y 2474 (prelación de créditos). Se refieren por su parte al acreedor prendario, los arts. 714 (mera tenencia), 1264 (acción de petición de herencia), 1622 (pago), 2424 (hipoteca), 2466 (acción oblicua o subrogatoria) y 2474 (prelación de créditos).

¹ Fecha de última modificación: 7 de marzo de 2022. Este apunte corresponde a una versión abreviada del capítulo V de nuestro libro *Los Contratos Reales. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2015.

La prenda mercantil se encuentra regulada en los arts. 813 a 819 del C. de C.

1.2. Definición.

El art. 2384 del CC. define la prenda en los siguientes términos: “Por el contrato de empeño² 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”.

De la definición, se deducen las siguientes observaciones:

- a. El contrato se perfecciona con la entrega de una cosa mueble. Es, por ende, un contrato real.
- b. Dicha entrega ha de ser hecha “a un acreedor”.
- c. La entrega se hace a un acreedor “para la seguridad de su crédito”. Se trata también de un contrato de garantía.
- d. La cosa mueble que se entrega se llama “prenda”, al igual que el contrato.
- e. El Código no exige que la entrega sea hecha por el deudor. Podrá entregarla entonces un tercero, para asegurar una obligación ajena. En tal caso, hablamos de “constituyente”. Si fuere el deudor quien entrega una cosa de su propiedad o que tenía en su poder, le llamamos “deudor prendario”.
- f. Quien recibe la cosa se denomina “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 para Manuel Somarriva: “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”³.

Como es notorio al comparar las dos definiciones, en la segunda, se alude a los derechos del acreedor prendario. Pero Somarriva se refiere sólo a dos de los tres derechos fundamentales del acreedor prendario, como son el de solicitar la venta o realización de la especie prendada y una vez ocurrida esta, pagarse con preferencia a otros acreedores del deudor. No alude la definición del autor citado al primero de los derechos del acreedor pignoratario: retener la cosa, hasta que se le haga entero pago de su crédito. Por ello, proponemos la siguiente definición, que incorpore esta facultad: *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 retenerla mientras no se le haga entero pago de lo que se le debe, así como de venderla y de pagarse preferentemente con el producto de la venta si el deudor no cumple su obligación*⁴.

² La expresión “empeño” deriva de “peño”, “vocablo antiguo castellano, equivalente al latín *pignus*, derivado de *pugnus*, significativo de puño; porque entre los Romanos se entendía por aquella prenda de cosa mueble, que se podía asir con la mano”: Andrés Cornejo, *Diccionario histórico y forense del Derecho Real de España*, Madrid, por Don Joachim Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., 1779, p. 487. El Título XIII de la Partida V, del Rey Alfonso El Sabio, trata con detalle del peño.

³ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 205.

⁴ Según veremos al tratar de los efectos del contrato de prenda, cinco son los derechos que tiene el acreedor prendario. A los tres derechos que se enuncian en la definición, se suman los siguientes: derecho de persecución o reivindicación y, eventualmente, derecho a que le indemnizen los perjuicios y gastos ocasionados por la tenencia de la cosa prendada. Pero creemos que son los tres primeros los fundamentales, y por ello es conveniente incorporarlos en la definición.

1.3. Partes del contrato.

Las partes contratantes se denominan “constituyente” o “pignorante” o “deudor prendario” y “acreedor prendario” o “acreedor pignoratario”. El primero hace entrega de una cosa mueble al segundo, para la seguridad de una obligación. Aunque parezca curioso, el “constituyente” o “pignorante” o “deudor prendario” asume el rol de acreedor en el contrato de prenda y el “acreedor prendario” o “acreedor pignoratario” el papel de deudor en este contrato accesorio. Se invierten, de esta manera, los roles que las partes tienen en el contrato principal, cuyo cumplimiento asegura la prenda.

2.- Etimología de la palabra “prenda” y origen del contrato.

La expresión “prenda”, desde sus orígenes en el Derecho romano, es ambigua y tiene una triple acepción: alude al negocio constitutivo o contrato, es decir, a la *datio pignoris* o *conventio pignoris* (en el CC. chileno, art. 2384); a la cosa misma pignorada o entregada al acreedor o *pignus* (en el CC. chileno, inc. 2º del art. 2384); y al derecho real que se genera para el acreedor o *ius pignoris*; del objeto, también suele decirse *res pignorat* o a veces *res obligata* (en el CC. chileno, art. 577).⁵ Estas distintas acepciones permanecen hasta nuestros días, según destaca la doctrina.⁶

Alejandro Guzmán Brito agrega, a las tres acepciones de la palabra “prenda”, otras dos: como una especie de obligación accesorio, en el art. 46, al definirse la caución, “aunque no sea muy propio el significado y resulte escaso”; y como una “función que podemos individualizar en general como garantizadora y en especial como prendaria (...) de anticipada afectación de una cosa mueble (...) al cumplimiento de cierta obligación”⁷. Volveremos sobre esta última acepción, al tratar del carácter indivisible de la prenda.

En realidad, la prenda supuso en el Derecho romano una evolución en la concepción de las garantías. En efecto, destaca Somarriva que en los primeros tiempos, sólo se conoció el derecho de dominio, que era utilizado para garantizar obligaciones. El mecanismo más simple consistía en la “enajenación con pacto de fiducia” o “enajenación fiduciaria”, mediante la cual el deudor transfería a su acreedor el dominio de una cosa y este se obligaba a restituirla una vez pagada la obligación⁸. Se trataba de la *fiducia cum creditore contracta*, que surgió en la época arcaica del Derecho romano, subsistió empero durante toda la época clásica. Estrictamente, sin embargo, no se trataba de una prenda, sino, como se dijo, de la transferencia del dominio en función garantizadora⁹. Esta primera forma de garantía real encerraba, sin embargo, evidentes peligros para el deudor, porque se veía desprovisto del dominio y posesión de la cosa y porque sólo disponía de una acción personal para obtener su restitución, de manera que si el acreedor la había enajenado carecía el deudor de acción para recuperar la cosa de manos del tercero adquirente. Dados estos inconvenientes, surgió el “*pignus*”, por el cual el deudor que constituía la garantía conservaba el dominio de la cosa y sólo transfería al acreedor la posesión, no pudiendo el último enajenarla, pues ello era un

⁵ Alejandro Guzmán Brito, *Derecho*, Tomo I, ob. cit., p. 718.

⁶ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 206.

⁷ Alejandro Guzmán Brito, “La indivisibilidad de la garantía prendaria e hipotecaria”, en *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Olmué, 2008, Carlos Pizarro Wilson (coordinador), Santiago de Chile, LegalPublishing, 2009, pp. 511-514.

⁸ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 201-202.

⁹ Alejandro Guzmán Brito, *Derecho*, Tomo I, ob. cit., p. 718.

derecho del dueño. Como contrapartida, se le reconoce al acreedor el derecho para retener la cosa, mientras la obligación no fuere pagada. Más adelante, se permitió pactar en el contrato que el acreedor tendría la facultad para enajenar la cosa, para lo cual el deudor le daba un mandato. Después, esta facultad del acreedor se subentendió, de manera que podía hacer vender la cosa dada en garantía, ante el no pago de la deuda¹⁰.

En el Derecho romano, como refiere Guzmán Brito, con la expresión prenda o *pignus* en realidad se alude a una figura única que comprendía tanto a la prenda propiamente tal como a la hipoteca. En efecto, el *pignus* admitía dos modalidades: con desplazamiento de la tenencia de la cosa al pignoratario (*pignus datum*) y sin dicho desplazamiento, de modo que la tenencia sea conservada por el pignorante (*pignus conventum, conventio pignoris*, llamada después *hypotheca*)¹¹.

No es claro el origen de la palabra “prenda” o “pignus”, como la llamaban en Roma. Refiere Guzmán Brito que los juristas hacen derivar la palabra de *pignus* = “el puño”, porque la cosa que se da en prenda es entregada con la mano (Digesto, 50, 16, 238, 2), pero agrega que tal etimología es fantasiosa, y que la verdadera es desconocida. Agrega que algunos sugieren como mera hipótesis una derivación de *pingo* = “pintar”, porque originalmente la cosa pignorada habría sido coloreada a modo de marca para indicar su calidad de tal, pero concluye que ello no consta¹².

La prenda con desplazamiento, refiere el mismo autor, es conocida en Roma ya en el siglo III a. C., y debió surgir limitada a las *res nec mancipi* en oposición a la *fiducia* que se aplicaba a las *res mancipi*. Mientras esta exigía la transferencia de la cosa por *mancipatio* al acreedor, para el *pignus* resultaba suficiente la entrega, pero no en dominio. Este negocio, con todo, debió considerarse durante algún tiempo como un mero hecho sin reconocimiento jurídico directo, más que el de considerar hurto al uso de la cosa por el pignoratario y a su no devolución en caso de haberse extinguido la deuda, en tanto al pignorante no se le acordaba sino la *rei vindicatio* para recuperarla o la *actio furti*. La construcción de un negocio autónomo y del derecho de prenda fue obra del pretor, quien dio acciones ya típicas a las dos partes¹³.

3.- 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 clásica¹⁴.

Las prendas especiales vigentes en la actualidad son las siguientes:

- a) Prenda mercantil, regida por los arts. 813 a 819 del C. de C.;
- b) Prenda sobre warrants o especies depositadas en los almacenes generales de depósito, regulada en la Ley N° 18.690;
- c) Prenda sin desplazamiento, de que trata la Ley N° 20.190¹⁵; y

¹⁰ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 201-202.

¹¹ Alejandro Guzmán Brito, *Derecho*, Tomo I, ob. cit., p. 717.

¹² Alejandro Guzmán Brito, *Ibidem*, p. 718.

¹³ Alejandro Guzmán Brito, *Ibidem*, p. 723.

¹⁴ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 205.

¹⁵ La Ley N° 20.190 se publicó en el Diario Oficial de fecha 5 de junio de 2007, y sus arts. 14 a 39, consagran la nueva prenda sin desplazamiento y crean un Registro de Prendas a cargo del Servicio de Registro Civil e

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. En esta obra, sólo haremos algunas referencias generales a esta clase de prendas, por exceder el marco de un libro que trata de contratos reales, donde propiamente, debemos aludir a la prenda con desplazamiento.

4.- Características de la prenda.

Las analizaremos desde dos puntos de vista: características de la prenda en cuanto contrato, y características de la prenda en cuanto derecho, atendido a que tiene esta doble naturaleza. Algunos Códigos, incluso, optan por tratarla sólo como derecho, pero nos parece que ambas perspectivas deben asumirse para una cabal comprensión de la institución¹⁶.

4.1. Características de la prenda como contrato.

Como tal, está definida la prenda en el Libro IV del CC. Exige, por lo tanto, un acuerdo de voluntades entre el que constituye la prenda y el acreedor, requisito que recalca el art. 2392: “No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia. / No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan”.

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, como lo deja en claro el art. 2388: “La prenda puede constituirse no sólo por el deudor sino por un tercero cualquiera, que hace este servicio al deudor”.

Cuando la constituye el deudor, hablamos de “deudor prendario”. Si la constituye un tercero, aludimos al “garante prendario”. A su vez, aquel a quien se entrega la cosa en prenda se denomina “acreedor prendario”.

Guzmán Brito, con buenas razones, prefiere hablar, al referirse a las partes intervinientes en la prenda civil o con desplazamiento, de “pignorante” como aquel que entrega la cosa en garantía y “pignoratario” como aquel que la recibe y adquiere el derecho. Los juristas romanos decían “el que da en prenda” (qui pignori dat) o “deudor” (debitor) con respecto al pignorante, y “el que recibe en prenda” (qui pignori accipit) o “acreedor” (creditor) en relación con el pignoratario, al que también suelen designar como creditor pigneraticius. Agrega este autor que “Es preferible hablar simplemente de ‘pignorante’ y ‘pignoratario’ en vez de ‘deudor prendario’ y ‘acreedor prendario’, porque esta última

Identificación. El Reglamento del Registro de Prendas sin Desplazamiento se aprobó por Decreto Supremo N° 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 N° 18.112; la prenda agraria que regulaba la Ley N° 4.097; la prenda industrial que se contemplaba en la Ley N° 5.687; y la prenda de compraventa de cosas muebles a plazo, reglamentada en la Ley N° 4.702. Cfr. nuestro trabajo “La prenda sin desplazamiento de la Ley número 20.190”, en revista *Lex et Veritas*, Vol. 4, Universidad Internacional SEK, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2006-2007, pp. 97-141.

¹⁶ Lo mismo puede decirse de la hipoteca, que se estudia como derecho y en cuanto contrato hipotecario.

terminología, fundada en los papeles que cumple cada parte con respecto a la obligación garantizada, supone que quien entrega la cosa en garantía a un acreedor es siempre su deudor. Pero ocurre que: i) quien entrega la cosa puede no ser el deudor, ya que es posible garantizar una obligación ajena; ii) en el negocio prendario mismo, no ya en la relación obligación garantizada, el deudor resulta ser el pignoraticio ('acreedor prendario'), porque efectivamente es él quien debe restituir la prenda una vez extinguida la obligación"¹⁷.

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, con la totalidad de su patrimonio embargable; en cambio, el tercero que constituye la prenda sólo compromete la cosa que afecta al cumplimiento de la obligación¹⁸. En el primer caso, se contrae una obligación personal; en el segundo caso, una obligación real. Dicho de otra manera: en contra del fiador, el acreedor tiene el llamado derecho de prenda general, consagrado en el art. 2465 del CC. En cambio, contra el garante prendario, el acreedor sólo tiene acción para perseguir la especie prendada, y no el resto de su patrimonio.

Las características de la prenda en cuanto contrato, son las siguientes:

a) 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 imperfecto¹⁹.

Con todo, el carácter unilateral del contrato de prenda no es de la esencia, y nada impide pactar que el constituyente de la prenda asuma determinadas obligaciones. Así se afirma en una sentencia de la CS de 12 de enero de 2012, Rol N° 2.319-2011. En ella, se concluye que si bien resulta ser una característica de ese tipo de contrato la unilateralidad, lo cierto es que los contratantes pueden, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, regular obligaciones recíprocas, caso en el cual el contrato será bilateral. Ello, siempre que el establecimiento de tales deberes no importe de manera alguna desnaturalizar la convención en análisis. A la conclusión anterior se arriba desde que, por una parte, no existe disposición alguna que lo prohíba y, seguidamente, porque la norma contenida en el art. 2396 del CC. prevé la posibilidad de que el deudor contraiga la obligación de indemnizar los perjuicios que la tenencia de la cosa le hubiere irrogado al acreedor.

Respecto de la parte que usualmente se obliga, 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. En estas prendas, a diferencia de la

¹⁷ Alejandro Guzmán Brito, *Derecho*, Tomo I, ob. cit., p. 718.

¹⁸ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 207.

¹⁹ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 208.

prenda civil, el deudor del contrato principal, lo es también del contrato accesorio, mientras que el acreedor conserva ese rol en ambos contratos.

b) Es un contrato oneroso o gratuito.

Se acostumbra incluir 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: así acontecerá cuando el deudor constituye la prenda con posterioridad al nacimiento de la obligación principal, sin obtener nada a cambio; o cuando la garantía la otorga un tercero a quien el contrato no le reporta utilidad²⁰.

Se ha discutido si la prenda puede tener carácter oneroso, cuando la garantía fuere constituida por un tercero. Si la prenda se hubiere constituido por el tercero a cambio de un pago hecho por el deudor, parte de la doctrina entiende que el contrato es oneroso, pues reporta utilidad para ambas partes: para el acreedor prendario, porque queda premunido de una garantía, y para el constituyente, que recibe un pago del deudor de la obligación caucionada con la prenda. Otros, en cambio, consideran que el contrato seguirá siendo gratuito, pues para que fuere oneroso, además de la utilidad para ambos contratantes, es necesario que las partes se graven recíprocamente, según se desprende del art. 1440 del CC. En efecto, para esta doctrina, si la prenda se constituye a cambio de una remuneración o pago ofrecido por el deudor principal, el contrato de prenda será unilateral y gratuito, porque el que se obliga a pagar es un tercero ajeno al contrato, el deudor principal; pero también podríamos aceptar –siguiendo a López Santa María²¹– que, en este caso, el contrato es oneroso, en cuanto efectivamente reporta utilidad para ambos contratantes (se tratará de un caso de contrato unilateral pero oneroso). Con todo, para Somarriva, aun en este caso el contrato sigue siendo gratuito, pues para ser oneroso, las partes –acreedor prendario y constituyente– deben gravarse recíprocamente, y no un tercero –el deudor de la obligación principal. La discrepancia entre los dos autores citados, se resume en lo siguiente: para concluir si estamos o no ante un contrato oneroso, basta, para López Santa María, que el contrato reporte utilidad para ambas partes, aunque dicho beneficio lo obtenga uno de los contratantes de un tercero ajeno al contrato; en cambio, para Somarriva, además, es necesario que las dos partes se graven recíprocamente, según se desprende del art. 1440 del CC.²²

En todo caso, en relación a las consecuencias jurídicas de calificar al contrato como oneroso o gratuito, el art. 2394 establece que el acreedor prendario responderá como “buen padre de familia”, es decir, de culpa leve; y el art. 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. Para estas dos materias, entonces, la calificación del contrato de prenda como gratuito u oneroso carece de relevancia²³.

²⁰ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., ob. cit., p. 209.

²¹ Jorge López Santa María, *Los contratos. Parte general*, ob. cit., pp. 107-108.

²² Manuel Somarriva Undurraga, ob. cit., p. 342.

²³ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones reales. Prenda e hipoteca*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2009, 2ª edición actualizada, p. 14, en adelante *Las cauciones*.

Eduardo Sfeir destaca, por su parte, que el carácter oneroso del contrato de prenda importa para cinco materias, a saber, respecto del error, la responsabilidad, la evicción, la acción pauliana y la transmisión de los derechos del acreedor si el contrato fuere condicional: “Tiene importancia la calificación de este contrato en oneroso, en primer lugar, porque en lo que se refiere al error en la persona, no vicia el consentimiento; en segundo lugar, para determinar la responsabilidad del acreedor en la conservación y restitución de la prenda, responde de la culpa leve, pues el contrato redundaba en utilidad de ambos contratantes; en tercer lugar, importa dicha calificación en materia de evicción, pues el deudor está obligado a responder del saneamiento de la cosa evicta, que es materia de la prenda; en cuarto término, importa para saber si prospera o no la Acción Pauliana, pues para que por ella se rescinda el contrato de prenda es necesaria la mala fe del deudor y del tercero a cuyo favor se constituyó y el perjuicio de terceros. Cuando la prenda es gratuita no hay necesidad que exista mala fe del tercero, basta la del deudor y el perjuicio de terceros; y por último, importa esta calificación para saber si en caso de la celebración de un contrato de prenda condicional, se transmiten los derechos del acreedor; cuando la prenda es onerosa se transmiten esos derechos”²⁴ En relación a la quinta materia a la que se refiere Sfeir, pareciera estar aludiendo al art. 1492 del CC., en cuanto dispone que si fallece el acreedor condicional en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición, transmite sus derechos a sus herederos, a menos que se trate de asignaciones testamentarias o de donaciones entre vivos. La prenda constituida a título gratuito, deducimos, sería una donación para Sfeir. Dicha conclusión, sin embargo, pugna con el expreso tenor de lo dispuesto en el art. 1397 del CC.: no hace donación el que se constituye fiador, o constituye una prenda o hipoteca en favor de un tercero ni el que exonera de sus obligaciones a un fiador, o remite una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor. No hay donación, porque por la sola constitución de la prenda, no disminuye el patrimonio del constituyente. En consecuencia, no estando ante una donación, la muerte del acreedor prendario –en el caso de haberse constituido la prenda sujeta a una condición que está pendiente-, no impide que su derecho se transmita a sus herederos.

Hay quienes han entendido que el art. 2468 del CC. consagraría el carácter oneroso de toda prenda (así como también de la hipoteca y de la anticresis), pues se refiere a estos tres contratos en su primera disposición, que comienza aludiendo a los contratos onerosos. Por cierto, no creemos que sea así. Si fuera cierto que estos tres contratos siempre tienen carácter oneroso, no habría sido necesario que el legislador los mencionara expresamente, a continuación de la referencia general a tales contratos. Si lo hizo, fue para dejar en claro que en estos contratos, con prescindencia de su carácter oneroso o gratuito, para que prospere la acción pauliana, será necesario acreditar que tanto el deudor como el acreedor prendario, hipotecario o anticrético, han celebrado el contrato de mala fe, esto es, con conocimiento del mal estado de los negocios del primero.

Distinguir si el contrato de prenda fue celebrado a título oneroso o gratuito, también importa para los efectos previstos en la Ley N° 20.720, sobre “Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas”, específicamente respecto de las acciones revocatorias concursales previstas en su capítulo VI, arts. 287 a 294. En efecto, según se contempla en los arts. 287, 288 y 290, si el contrato de prenda se hubiere celebrado a título gratuito, se amplía de uno a dos años el plazo anterior al inicio del procedimiento concursal, susceptible de ser investigado.

²⁴ Eduardo Sfeir Sfeir, *Estudio práctico sobre las prendas especiales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2001, Tomo I, pp. 22-23.

c) 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 desplazamiento²⁵.

d) 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. Dispone al efecto el art. 2385: “El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede”.

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 principal²⁶.

e) 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, este sólo es mero tenedor de dicha cosa, conservando el constituyente la posesión y el dominio. Precisamente el art. 714 enumera al acreedor prendario entre los meros tenedores y el art. 2395 insiste sobre esta característica, al equiparar al acreedor prendario con el depositario: “El acreedor no puede servirse de la prenda, sin el consentimiento del deudor. Bajo este respecto sus obligaciones son las mismas que las del mero depositario”.

El acreedor prendario sólo podría adquirir el dominio de la cosa, en el caso previsto en el art. 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)²⁷.

f) Es un contrato típico o nominado.

Según se expresó, el CC. regula la prenda en un total de veintidós preceptos, que integran el Título XXXVII del Libro IV.

Las prendas especiales, por su parte, están reguladas en diversos cuerpos legales, ya mencionados.

²⁵ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 209.

²⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, pp. 209-210.

²⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 212.

g) El contrato de prenda supone un “principio de enajenación” para el constituyente, pero un “acto de enajenación” respecto del artículo 1464 del Código Civil.

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.

Adicionalmente, la circunstancia de encontrarnos ante un principio de enajenación queda de manifiesto, si consideramos que ante el no pago de la obligación garantizada con la prenda, el acreedor estará facultado para solicitar la venta de la cosa en pública subasta judicial, caso en el cual lo que hasta ese momento era “un principio” de enajenación, redundará en una enajenación efectiva de la cosa, que no podrá impedir el constituyente de la prenda, a menos que solucione la deuda.

De la circunstancia de ser la prenda un principio de enajenación, se desprenden dos consecuencias:

- Que la capacidad necesaria para constituirla no es simplemente la de ejercicio, sino que es la de disposición; y
- Que en la constitución en prenda de un bien embargado hay objeto ilícito y, por ende, el contrato adolece de nulidad absoluta, siendo aplicable el art. 1464 números 3 y 4 del CC.²⁸.

Respecto del art. 1464, que trata del objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas y aquellas cuya propiedad se litiga, la constitución de la prenda, en efecto, más que tratarse de un principio de enajenación, es en realidad un acto de enajenación, entendida esta en su sentido amplio. Así ha concluido nuestra jurisprudencia y doctrina: “Dado el sentido natural y obvio del término ‘enajenación’ y según se desprende del contexto general de nuestra legislación, debe entenderse que hay jurídicamente enajenación de bienes cuando se transfiere por acto entre vivos la propiedad de alguna cosa, a título lucrativo, como la donación, o a título oneroso, como la permuta o venta, pudiendo aún estimarse, tomado ese término en una significación más amplia, que hay también enajenación sobre una cosa cuando, dentro de los atributos del dominio, se le obliga o sujeta a ciertas limitaciones o gravámenes, como la prenda, la hipoteca o las servidumbres”²⁹.

4.2. Características de la prenda como derecho.

a) Es un derecho real.

El art. 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

²⁸ *Ibidem*, pp. 211-212; Antonio Vodanovic H., *ob. cit.*, p. 615.

²⁹ *Repertorio*, Tomo V, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998, 3ª edición, p. 95.

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 real³⁰.

Dentro de los derechos reales, el de prenda es uno “de garantía” (igual que el de hipoteca, y a diferencia por ejemplo del dominio y del usufructo, que son derechos reales “de goce”). Por lo tanto, “permiten utilizar la cosa indirectamente, por su valor de cambio; contienen la facultad de lograr, con el auxilio de la justicia, su enajenación para obtener con el producto una prestación incumplida”³¹.

Es un derecho real “limitado”, a diferencia del dominio, que es un derecho “completo”.

Es también un derecho real que recae sobre cosa ajena (al igual que el uso, el usufructo y la hipoteca y a diferencia del dominio).

b) Es un derecho mueble.

De acuerdo con el art. 580, la prenda es un derecho mueble, porque siempre recae sobre bienes de esta naturaleza³². En consecuencia, corresponderá, salvo que existiera prórroga de competencia, que conozca de la acción interpuesta por el acreedor prendario el juez del domicilio del demandado (art. 134 del COT).

c) Es un derecho que origina un privilegio.

El art. 2474 N° 3 incluye el crédito del acreedor prendario dentro de los créditos que gozan de una preferencia de segunda clase. Nos referiremos a esto al tratar de los derechos del acreedor prendario.

d) Es un derecho indivisible.

Se consagra tal característica en los arts. 1526, 2396 y 2405 del CC. Estas tres disposiciones consagran los distintos aspectos objetivos y subjetivos que presenta el principio de la indivisibilidad, según si se trata de la cosa o cosas prendadas o de las partes concernidas en la relación jurídica como acreedores y deudores:

- El art. 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 aquel que posea en todo o en parte la cosa empeñada;
- En el art. 2396, el legislador contempla otro aspecto de la indivisibilidad, también **objetivo**: aquel 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; este caso cobra importancia, cuando la cosa dada en prenda pueda descomponerse en varias cosas o cuando fueren dos o más las cosas dadas en prenda;

³⁰ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 210.

³¹ Daniel Peñailillo Arévalo, *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, ob. cit., p. 33.

³² Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 210.

● Finalmente, el art. 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 aun 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, aun parcialmente, mientras los demás herederos del acreedor no hayan sido pagados. Este tercer aspecto es de índole subjetivo, pues alude a los herederos del deudor o del acreedor.

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, aun 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, este puede renunciarla³³. Así, por ejemplo, quienes celebran el contrato de prenda que supone la entrega de varias especies al acreedor, para garantizar determinada obligación en dinero, podrían estipular que dichos bienes se irán restituyendo de manera progresiva, según se vaya pagando la deuda.

José Miguel Lecaros señala, por su parte, que la indivisibilidad de la prenda se manifiesta en los siguientes sentidos:

- En que, dividida la obligación caucionada entre varios deudores, la prenda garantiza íntegramente la totalidad de cada porción de la deuda resultante de la división.
- En que, dividido el crédito caucionado entre varios acreedores, la prenda subsiste íntegra para garantizar cada crédito parcial resultante de la división.
- En que, extinguida parcialmente la obligación caucionada, la prenda subsiste íntegra hasta la total extinción del resto.
- En que, dividida la cosa empeñada, cada una de sus partes resultantes de la división continúa gravada hasta la total extinción de la deuda caucionada.
- En que, si se empeñó un conjunto de cosas (universalidad de hecho), cada cosa singular del conjunto garantiza la totalidad de la deuda y de cada una de las partes en que se divida.
- En que, cuando una misma cosa cauciona distintas deudas ante un mismo acreedor o ante varios acreedores distintos, la prenda subsiste íntegramente mientras no se extingan todos los créditos³⁴.

Vodanovic, por su parte, subraya que la indivisibilidad de la prenda sólo se refiere a la acción real que emana de la prenda, pero en cuanto a la acción personal, la que nace del contrato que se está garantizando, esta será divisible o indivisible según las reglas generales y, por lo general, si la obligación es de dar, será divisible, y si es de hacer, será indivisible³⁵.

³³ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 212-214.

³⁴ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 19.

³⁵ Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 615.

Por cierto, el carácter indivisible de la prenda no impide, a otros acreedores del mismo deudor, perseguir el pago de sus créditos en la cosa prendada, conforme a su “derecho de prenda general” consagrado en el art. 2465 del CC., caso en el cual el acreedor prendario o acreedores prendarios ejercerán su derecho de pagarse con preferencia, conforme a las normas de la prelación de créditos.

e) Es un derecho transferible y transmisible.

Como ocurre por regla general con los derechos reales, su titular puede transferirlo a otro, cuando simultáneamente transfiere el crédito garantizado con la prenda. De esta manera, el traspaso del derecho real de prenda por acto entre vivos, podrá operar a título oneroso o gratuito, pero necesariamente supondrá traspasar también el derecho personal o crédito al que accede el derecho real de prenda.

Es también un derecho transmisible³⁶, bajo el mismo supuesto anterior: al fallecer el titular del crédito garantizado con la prenda, se transmiten ambos derechos –el personal y el real-, a los herederos del causante.

5.- Elementos de la prenda.

Los elementos constitutivos de la prenda pueden estudiarse desde cuatro puntos de vista: obligaciones susceptibles de ser garantizadas con prenda; requisitos que deben concurrir en las partes; cosas susceptibles de darse en prenda; y requisitos o formalidades que deben cumplirse para la validez del contrato³⁷.

Los revisaremos en el mismo orden.

5.1. Obligaciones susceptibles de ser garantizadas con prenda.

a) 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 obligaciones³⁸.

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 específica³⁹.

b) 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

³⁶ A diferencia de los derechos reales de usufructo, uso y habitación.

³⁷ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 215.

³⁸ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 215.

³⁹ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 215.

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), caso en el cual 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 adulto⁴⁰. En este caso, refiere Luis Claro Solar, “las obligaciones accesorias de terceros (la prenda, entre ellas) son obligaciones civiles perfectamente válidas, porque la obligación principal a que acceden existe como obligación natural. Los terceros podrían ser perseguidos para el pago, aunque el deudor principal no puede serlo. Precisamente, se contraen para asegurar la prestación, ya que el deudor principal solamente ha contraído una obligación natural”⁴¹.

c) Prenda sobre obligaciones futuras.

Para tratar esta materia, habría que distinguir según se trate de una prenda destinada a garantizar una obligación determinada, pero que está sujeta a condición suspensiva; una prenda destinada a garantizar obligaciones actualmente indeterminadas, estipulando una “cláusula de garantía general”; y una prenda especial. Revisaremos cada caso en el mismo orden.

c.1) Prenda civil sobre una obligación determinada, pero que está sujeta a condición suspensiva.

Parece no existir inconveniente en que la prenda caucione una obligación sujeta a condición suspensiva⁴². Aunque la obligación aún no existe, e incluso podría no llegar a existir finalmente, se trata de una obligación determinada. En tal sentido, el art. 2385 no exige que la obligación principal a la que accede la prenda, sea una obligación actualmente existente o exigible. Lo que importa es que esté determinada. Según veremos en el acápite siguiente, Guzmán Brito sostiene la validez de esta clase de prendas, en cuanto se garantiza una “obligación futura” y no una “obligación posible”, caso en el cual la prenda sería nula.

Cabe preguntarse aquí hasta qué momento podría conservar la cosa en su poder el acreedor prendario. Entendemos que podrá hacerlo, mientras exista posibilidad de que la

⁴⁰ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 215-216.

⁴¹ Luis Claro Solar, *Explicaciones*, Tomo X, ob. cit., p. 65.

⁴² El art. 3204 del antiguo CC. argentino, ya citado, señalaba al efecto: “Habrá constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional...”.

condición se cumpla. Si en definitiva esta falla, deberá restituir la cosa recibida bajo condición. No olvidemos que la condición que para uno es suspensiva (acreedor prendario), para el otro (deudor y constituyente de la prenda) es resolutoria. En consecuencia, operará lo dispuesto en el art. 1487 del CC.: “Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición”.

A contrario sensu, cumplida la condición suspensiva y, por ende, nacido que sea el crédito y la obligación correlativa caucionada con la prenda, el acreedor prendario podrá retener la cosa hasta que se le haga entero pago de lo que se le debe, conforme a las reglas generales.

c.2) Prenda civil sobre obligaciones futuras o con “cláusula de garantía general”.

Se suscitó controversia en la doctrina, acerca de la validez de la prenda destinada a caucionar obligaciones presentes o futuras o determinadas o indeterminadas⁴³. La cuestión se vincula con el principio de la especialidad de la prenda, desde el punto de vista de la obligación garantizada⁴⁴.

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. Corroborar esta interpretación, dice Somarriva, el hecho de que el art. 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

⁴³ Guzmán Brito se pregunta cuándo se celebra una prenda en garantía general. Señala que la pregunta parece superflua, pero no lo es, porque la ley no define qué es una “garantía general”, ni en materia prendaria o tratándose de la hipoteca. A su juicio, los autores dan de ella una noción que no es la correcta, pues tienden a considerar como “general” la que en realidad es una garantía universal. Una garantía es universal –afirmando cauciona la totalidad de las obligaciones que una persona tenga con respecto a cierto acreedor, y haya de tener para con él, o sólo las primeras, o sólo las segundas, o una cuota de unas u otras, y en cualquier caso sin especificación, determinación o individualización ni necesario conocimiento de ninguna. Agrega que el opuesto es el acto, prenda en este caso, singular, cuya fuerza garantizadora queda circunscrita a las obligaciones que se han especificado e individualizado, y sólo a ellas, aunque sean muchas. Consigna acto seguido que diferente de ambas debe ser la garantía general, que resulta ser un intermedio entre las dos antes explicadas. Como su nombre lo indica, la garantía general únicamente atañe a un género de obligaciones sin individualización ninguna determinada; pero excluye las que no pertenezcan al género descrito; y en ello se diferencia de la garantía universal; mas no queda limitada a ciertas obligaciones específicas, en lo cual se aparta de la especial. Esta prenda, pues, cauciona todas, pero sólo las obligaciones que pertenezcan al género descrito. Por cierto –consigna–, pueden establecerse varios géneros. Tal ocurre, por ejemplo, si se constituye la prenda para garantizar todas las obligaciones que nazcan de ciertos contratos de cuenta corriente o de ciertos contratos de líneas de crédito, o de contratos de financiamiento de tales y cuales obras, etcétera: Guzmán Brito, Alejandro, “El llamado contrato de prenda sin desplazamiento”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 13, diciembre de 2009, pp. 185-187. Formula planteamientos similares, tanto para la prenda como para la hipoteca, en otro trabajo, titulado “Universalidad, generalidad y especialidad en la prenda y la hipoteca”, en *Estudios de Derecho Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Olmué, 2010, Gonzalo Figueroa Yáñez, Enrique Barros Bourie y Mauricio Tapia Rodríguez (coordinadores), Santiago de Chile, AbeledoPerrot, 2011, pp. 321-355.

⁴⁴ Más adelante, veremos que el principio de especialidad de la prenda también puede mirarse desde el punto de vista del objeto dado en prenda: cfr. Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 620.

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 futuras⁴⁵. José Miguel Lecaros llega a la misma conclusión, afirmando que “El motivo de esta discriminación respecto a la prenda, salta a la vista: la prenda, para su perfeccionamiento, exige la entrega de la cosa al acreedor, la privación del uso y del goce por el deudor o tercero que la han constituido. Y probablemente no pareció justificado al legislador privar de ambas facultades para garantizar una obligación respecto de la cual no se sabe aún si existirá o no. Por el mismo motivo, pensamos que la prenda civil no puede servir para garantizar obligaciones indeterminadas (cláusula de garantía general prendaria). Esta opinión la vemos reafirmada por la ausencia, a propósito de la prenda, de disposiciones que, en cambio, se encuentran respecto a la hipoteca que permiten fundamentar la validez de la garantía general hipotecaria (arts. 2413, 2427, 2431)”⁴⁶.

Guzmán Brito sostiene de igual forma que esta clase de prendas son nulas, aunque, según se expresó, las denomina “universales” en lugar de generales. Afirma al efecto que “En Chile, salvo que la ley la haya permitido expresamente, como de hecho acaece, no puede valer una garantía universal, porque con ellas de suyo i) queda vulnerado el art. 1461 del CC.: ‘No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras (...) estén determinadas en cuanto a su género’. Por definición, una prenda en garantía universal de obligaciones no debe determinar las caucionadas ni siquiera por un género; y, al contrario, una prenda en garantía general de las mismas precisamente debe describir un género (o varios) de las mismas que cauciona y ii) también queda vulnerado el carácter accesorio de toda garantía, exigido en especial para la prenda por el art. 2385 del CC., porque una prenda universal, por definición, incluye obligaciones y fuentes de obligaciones en la actualidad no existentes y que no se sabe si en el porvenir habrán de existir o no”. Concluye el autor aseverando: “Así que es nula, por indeterminación de su objeto obligacional, la prenda de todas las obligaciones presentes y futuras que el pignorante tenga o haya de tener para con el pignoratario por cualquier causa y en cualquier tiempo, y otras semejantes. Pero la prenda en cuya convención se fija determinadamente una causa o fuente de obligación, sea presente, sea futura, y luego se haga extensiva su garantía a todas las obligaciones presentes o futuras provenientes de la causa o fuente fijada, es general y vale. En el entendido de no confundirse obligación futura con obligación posible”⁴⁷. Agrega seguidamente que “Por obligación futura se entiende la que actualmente no existe, pero se espera que exista. Con ello hacemos nada más que aplicar el concepto de cosa futura, conocido por el CC., a las obligaciones, que, después de todo, son una especie de cosas, aunque incorpóreas (...) Entre las principales obligaciones futuras se cuentan las sometidas a condición suspensiva (...) También son obligaciones futuras las programadas para un tiempo posterior en un precontrato o contrato preparatorio, como la que haya de nacer de la compraventa concreta que se hizo objeto de una promesa de ese contrato: aunque en virtud de esta el promitente comprador no debe el precio de la compraventa, por ahora meramente prometida, se espera que haya de deberlo una vez celebrada ella; pero se la puede caucionar de antemano. Son obligaciones, asimismo, futuras las que en el porvenir pueden derivarse de una actual responsabilidad contraída. Así,

⁴⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 216-218. De la misma opinión es José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., pp. 18-19.

⁴⁶ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., pp. 21-22.

⁴⁷ Alejandro Guzmán Brito, “El llamado contrato de prenda sin desplazamiento”, ob. cit., pp. 187-188.

por ejemplo, del que administra bienes ajenos, como un tutor, un curador o un mandatario, o el que los tiene en uso, como el comodatario o el arrendatario, o custodia, como el depositario; o en uso y goce, como el usufructuario (usuario y habitador); o en mera y pura tenencia, como el pignoratario civil o comercial. Todas estas personas contraen responsabilidad por la pérdida o el deterioro de la cosa que tienen, la cual, cuando se produce un daño imputable a su culpa (en diversos grados según el acto básico) o solo y aun por caso fortuito en determinadas circunstancias, como después de la mora, su responsabilidad se actualiza en una concreta de indemnizar. Esta obligación no existe mientras el daño no se produzca, pero como podría producirse –y tanto, que está previsto y regulado en sus efectos por la ley-, de ella cabe decir que se espera que exista en términos objetivos –lo cual es muy distinto a decir que se desea-; así que constituye obligación futura”. En cambio, para Guzmán Brito la prenda no podría caucionar una “obligación posible”, entendiéndose por tal “la que actualmente no existe y cuya existencia no se espera, mas que puede de forma indeterminada llegar a existir alguna vez en el porvenir, aunque también podría no llegar a existir, sin que haya alguna operación jurídica que permita esperar que haya de existir. Su diferencia con la obligación futura, por ende, radica en el segundo punto de los tres mencionados: mientras de la futura se espera su existencia, no acaece lo propio en la posible (...) Se comprende que una obligación puramente posible pertenece al campo de la indeterminación más absoluta (...) De lo dicho deriva que una prenda en garantía general no cubre las obligaciones meramente posibles; extenderla a ellas también implica vulnerar la determinación o determinabilidad exigidas para el objeto de toda declaración de voluntad por el art. 1461 del CC.; y el carácter accesorio de la prenda impuesto por el art. 2385”⁴⁸.

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

- 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;
- Para el discernimiento de las guardas (definido en el art. 373), por ejemplo, es necesario que el guardador rinda previamente fianza. El art. 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 art. 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 cosas⁴⁹.

Vodanovic, por su parte, sin pronunciarse derechamente por una u otra doctrina, parece inclinarse por la validez de la cláusula, señalando al respecto que “Cualquiera opinión tiene que dejar dudas, hay que reconocerlo; y tanto hay razones que inducen a sostener la validez de esta cláusula, como otras que dan pie para negarles valor y eficacia. La causa de la dificultad está en el hecho de no exigirse el conste, que es un conjunto de formalidades que

⁴⁸ Alejandro Guzmán Brito, “El llamado contrato de prenda sin desplazamiento”, ob. cit., 189-190.

⁴⁹ Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, ob. cit., pp. 128-130.

tienen por objeto establecer la fecha cierta del contrato respecto de terceros, impedir que pueda el deudor, en connivencia con un acreedor cualquiera, otorgar contrato de prenda antedatado, para ponerlo a cubierto de la declaración de nulidad. Precisamente, en el Código Francés no se presenta este problema porque ahí se exige el conste”. Señala a continuación las siguientes razones, que hacen pensar que es válida y eficaz esta cláusula:

- Porque no existe en el CC., en el título de la prenda, ninguna disposición que la contradiga, que la niegue.
- Porque la circunstancia de que leyes posteriores la permitan está indicando que ella no tiene nada de ilícito ni va contra los principios legales.
- En el art. 2401, al establecer el legislador la prenda tácita, lo hace interpretando la voluntad de las partes, porque si el acreedor exige prenda para una obligación, es lógico presumir que también la habría exigido para obligaciones posteriores, ya que está demostrando su desconfianza por la posible insolvencia del deudor. Y entonces –refiere Vodanovic-, cabe preguntarse: si la prenda va a garantizar otras obligaciones fuera de las pactadas en el contrato, a virtud de una interpretación presunta de la voluntad de las partes, por qué no puede ser lícito un pacto en que expresamente los contratantes estipulan una cláusula de garantía general.
- Estas cláusulas no traen ningún perjuicio al deudor ni a terceros, pues una cosa sólo puede darse en prenda civil a un solo acreedor. La cláusula, por ende, no perjudica al deudor, pues no puede obtener nuevos créditos ofreciendo la misma garantía. Tampoco a terceros, pues ellos no podrían tener segunda, tercera prenda, etcétera, como ocurre con la hipoteca.
- Algunos han opinado que el hecho de que la ley sobre prenda de valores mobiliarios permita expresamente estas cláusulas, significaría que no es posible pactarlas en general; de lo contrario, no habría tenido para qué decirlo el art. 5° de dicha ley. Es un argumento que carece de fuerza, afirma Vodanovic, porque el art. 5°, lo que encierra, es la presunción de garantía general, que no es lo normal. Entonces, la modificación del art. 5° consistió, no en aceptar la cláusula, que es la regla general, sino en presumirla, en elevarla a la categoría de cláusula de la naturaleza⁵⁰.

c.3) 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, conforme al art. 5 de la Ley N° 4.287: “Las prendas que se constituyan en favor de un Banco en conformidad a las disposiciones de esta ley, servirán de garantía a todas las obligaciones directas e indirectas de cualquiera clase que el dueño de la prenda tenga o pueda tener a favor del mismo Banco, a menos que conste expresamente que la prenda se ha constituido en garantía de obligaciones determinadas”.

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, según se desprende del art. 4 de la Ley: “Podrán caucionarse con esta prenda cualquier clase de obligaciones, presentes o futuras, estén o no determinadas a la fecha del contrato”.
- En la prenda comercial, es inadmisibles, habida cuenta del tenor del art. 815 N° 2 del C. de C.: “Para que el acreedor prendario goce del privilegio enunciado en concurrencia de otros acreedores, se requiere: (...) 2.º Que la escritura o documento contenga la declaración de la

⁵⁰ Antonio Vodanovic H., ob. cit., pp. 620-623.

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”.

- En la prenda de la Ley de Warrants o almacenes generales de depósito, es inadmisibles, en virtud del art. 8 de la Ley N° 18.690: “El endoso del certificado de depósito y el del vale de prenda, hechos conjunta o separadamente, deben ser fechados. El endoso del vale de prenda, hecho separadamente del endoso del certificado de depósito, debe enumerar además: 1.- El nombre y domicilio del cesionario; 2.- El monto del capital e intereses del o de los créditos, y 3.- La fecha del vencimiento de dichos créditos y sus modalidades”.

d) Obligaciones que pueden caucionarse con prendas especiales.

- En la prenda mercantil: las obligaciones deben ser mercantiles. Por ello, la CS 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 (art. 4).

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

a) 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 art. 2387, porque según lo hemos dicho, la prenda lleva en sí un principio de enajenación⁵¹.

Tratándose de la constitución de una prenda por el padre, madre o ambos titulares de la patria potestad, sobre una especie mueble que pertenezca al hijo, cabe distinguir:

- Si la patria potestad está radicada en uno de los padres, podrá constituir prenda sobre un bien mueble perteneciente al hijo no emancipado, sin necesidad de obtener autorización judicial, a diferencia de lo que ocurre con la constitución de una hipoteca (el art. 254 del CC. sólo alude a la autorización del juez para gravar o enajenar los bienes raíces del hijo, no sus muebles).
- Si la patria potestad se ejerciere de manera conjunta por los padres (art. 244 del CC.), será necesario que ambos concurran a la celebración del contrato, pues la ley les permite que actúen indistintamente, sólo cuando se trate de actos de mera conservación, lo que

⁵¹ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 224.

ciertamente no ocurre en el caso de una prenda, la que, según expresamos, constituye un acto de enajenación en sentido amplio.

Si se trata de un bien mueble que forma parte del peculio profesional o industrial del menor adulto, no existe impedimento legal para que este lo de en prenda, habida cuenta de lo dispuesto en el art. 251 del CC., al que ya hicimos referencia, y a lo establecido en el art. 254 del mismo Código, en cuanto señala que se requiere autorización judicial, para gravar los bienes raíces del hijo, pero no así sus muebles. Con todo, en la práctica será difícil que se constituya la prenda, considerando las restricciones que se contemplan en el art. 260, a propósito de la contratación de un empréstito por el menor, cuando este consiste en dinero y devenga intereses, según se refirió al tratar del contrato de mutuo.

En el caso de la prenda constituida por el marido, casado bajo el régimen de sociedad conyugal, cabe distinguir dos situaciones, tratándose de muebles sociales (art. 1749 del CC.):

- Si la prenda se constituye para caucionar una deuda propia del marido, no requerirá autorización de su cónyuge.
- Por el contrario, si la prenda fuere constituida por el marido para garantizar una obligación ajena, sí debe ser autorizado por su mujer, aunque si se omitiere tal formalidad habilitante, la sanción para el acto no será la nulidad relativa, sino que la inoponibilidad: el marido sólo comprometerá sus bienes propios. La norma es curiosa, pues si el mueble prendado fuere de la sociedad conyugal, no podría en la práctica el acreedor hacer efectivo su derecho real sobre ella, debiendo limitarse a intentar el embargo de los bienes propios del marido, sobre los cuales, obviamente, carece de toda preferencia en el pago de su crédito. En los hechos, la prenda sería en tal caso completamente ineficaz. Lo anterior se desprende de lo dispuesto en el art. 1749, inc. 5° del CC.: “Si el marido se constituye aval, codeudor solidario, fiador u otorga cualquiera otra caución respecto de obligaciones contraídas por terceros, sólo obligará sus bienes propios”.

Nótese que el precepto no está circunscrito a las cauciones personales, pues se incluye la frase genérica “u otorga cualquiera otra caución...”, y en ella, indudablemente, quedaría incluida una prenda.

Si estando vigente la administración ordinaria de la sociedad conyugal en manos del marido, fuere la mujer quien constituyere la prenda sobre un mueble de la sociedad, y ella no actuare con mandato de su marido, estaríamos ante una prenda sobre cosa ajena (arts. 1750 y 1752 del CC.), conforme a los mismos argumentos que expusimos en el estudio del contrato de comodato, a los que nos remitimos.

Si fuere la mujer quien administra extraordinariamente la sociedad conyugal, el art. 1759, inc. 6°, contempla una norma similar a la del inc. 5° del art. 1749: “Si la mujer que tiene la administración extraordinaria de la sociedad conyugal se constituye en aval, codeudora solidaria, fiadora u otorga cualquiera otra caución respecto de terceros, sólo obligará sus bienes propios y los que administre en conformidad a los artículos 150, 166 y 167. Para obligar los bienes sociales necesitará la autorización de la justicia, dada con conocimiento de causa”.

Si se pretendiere preñar un bien mueble propio de la mujer, casada en sociedad conyugal, de aquellos que administra el marido (lo que podría ocurrir si en la capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio, se hubieren excluido algunos bienes muebles de la sociedad conyugal, es decir, se pactare que no ingresarán al haber relativo o aparente de la misma y deberán restituirse “en especie” a la mujer al concluir la sociedad conyugal), la prenda no podrá constituirse por la mujer (arts. 137 y 1754 inc. final del CC.), sino por el marido, quien deberá celebrar el contrato, autorizado por aquella. El juez podrá suplir la

voluntad de esta, sólo si estuviera imposibilitada de prestarla, pero no si negare la autorización (art. 1755 del CC.). La omisión de esta autorización acarrea la nulidad relativa del contrato de prenda. El cuadrienio para impetrar la nulidad se contará desde la disolución de la sociedad conyugal, o desde que cese la incapacidad de la mujer o de sus herederos. Pero en ningún caso se podrá pedir la declaración de nulidad pasados diez años desde la celebración del acto o contrato (art. 1757 del CC.).

Si se trata de un mueble que forma parte del patrimonio reservado de la mujer (art. 150 del CC.), o de aquellos bienes a que se refieren los arts. 166 y 167 del CC. y que también se encuentran bajo la administración de la mujer casada en sociedad conyugal, esta podrá empeñarlos sin restricciones.

Si el régimen patrimonial del matrimonio fuere el de participación en los gananciales, los cónyuges, en principio, no tienen restricciones para dar en prenda sus bienes, pues las únicas limitaciones que se contemplan a propósito de dicho régimen matrimonial, dicen relación con el otorgamiento de cauciones personales (art. 1792-3 del CC.), o con la afectación de los muebles como “bienes familiares” (art. 141 del CC.).

Lo mismo ocurre si los cónyuges estuvieren casados bajo régimen de separación total de bienes. Podrán preñar sus bienes muebles sin restricciones, salvo si nos encontramos en la siguiente hipótesis.

Si se trata de muebles afectados como “bienes familiares”, no será posible para el cónyuge propietario, cualquiera fuere el régimen matrimonial, constituir prenda sobre ellos, sino en la medida que sea autorizado por el cónyuge no propietario o por el juez en subsidio (art. 142 del CC.)⁵². De omitirse esta autorización, el contrato de prenda adolecerá de un vicio de nulidad relativa. Curiosamente, no indicó la ley desde cuándo debe computarse el plazo para deducir la acción rescisoria, afirmando algunos que lo será desde su celebración, y otros desde que el cónyuge no propietario haya tomado conocimiento de la constitución de la prenda.

Respecto de la prenda constituida por el tutor o curador, cuando aquella recae sobre bienes del pupilo, también debemos distinguir, según se desprende del art. 393 del CC.:

- Si la prenda recae sobre bienes muebles del pupilo “preciosos o que tengan valor de afección”, será necesario que el juez lo autorice, por “causa de utilidad o necesidad manifiesta”. Si no se cumple con esta formalidad, el contrato de prenda adolecerá de nulidad absoluta o relativa, según que el pupilo haya sido absoluta o relativamente incapaz⁵³. Entendemos que el plazo de prescripción de la acción sólo comenzará a correr desde que cese la incapacidad (arts. 2509 y 2520 del CC.), pero se extinguirá la acción transcurridos diez años desde la fecha del contrato.
- En cambio, si se trata de un mueble que no se encuentra en alguna de las dos categorías mencionadas, el guardador podría constituir la prenda sin restricciones.

Respecto a la prenda constituida por el guardador, y en relación a los “muebles preciosos”, Neftalí Cruz señala: “Muebles preciosos serían las joyas, cuadros de familia, muebles determinados, etc., pero estimamos que no tendrían este carácter los bonos y

⁵² Cabe señalar que tratándose de la prenda sin desplazamiento regulada en la Ley N° 20.190, no se contempla una norma similar a la que existía en el art. 7° de la Ley N° 18.112 (que se debía relacionar con el art. 574 del CC.), hoy derogada, que regulaba esta clase de prendas: “No podrán ser dados en prenda sin desplazamiento los muebles de una casa destinados a su ajuar”.

⁵³ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 23.

acciones de común transacción de bolsa”⁵⁴. Claro Solar indicaba que “Muebles preciosos no significa cosas de mucho valor, sino dignas de estimación o aprecio, o sea, como lo expresa la ley, que tengan valor de afección para el menor (...) Son cosas corporales que hay conveniencia en conservar en la familia, en la cual pueden tener tal vez mayor precio que el que podría obtenerse vendiéndolas; y que la tradición misma de la familia exige que se conserven al pupilo para cuando pueda debidamente apreciarlas. Entre ellos, puede haber cosas de valor intrínseco considerable, como joyas, una vajilla de plata conservada en la familia desde años atrás, muebles raros o antiguos, etc., etc., pero serán preciosos más por su valor de estimación o de afección que por su valor venal”⁵⁵. Bello señalaba, al efecto, que lo “serían, verbigracia, una biblioteca, cuadros, estatuas, memorias de los antepasados del pupilo u otros objetos semejantes”⁵⁶.

b) 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 o de ejercicio, porque para él el acto no es de disposición sino, por el contrario, adquiere una mayor seguridad para el pago de su crédito⁵⁷.

c) Actuación de mandatarios en la constitución 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 y otros pocos casos, pueden celebrarse o ejecutarse por medio de mandatario. El mandato para constituir o aceptar esta garantía no está sujeto, en teoría, a ninguna solemnidad, y de acuerdo al art. 2123 puede otorgarse verbalmente y aun por la aquiescencia tácita del mandante. En la práctica, sin embargo, el mandatario a quien se confía constituir una prenda, deberá exhibir un mandato escrito, en el que conste la facultad de preñar muebles de su mandante, especificando si puede hacerlo para caucionar obligaciones propias de este o de terceros.

Con todo, se afirma –Manuel Somarriva, José Miguel Lecaros-, que 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. Se requeriría, por ende, un mandato especial⁵⁸. En similares términos, se refiere a la materia Neftalí Cruz: “Prenda constituida por el mandatario sobre los bienes del mandante. Para que el mandatario pueda dar en prenda los muebles de su mandante, es necesario que se encuentre investido de un poder especial. Si no se estableciera esta facultad, no sería posible constituir en prenda bienes de su mandante, ya que si bien es cierto que el art. 2143 del CC. establece que la facultad de hipotecar no comprende la de vender ni viceversa, y no podría desprenderse que si nada se dijo con respecto a la prenda, ello sería posible, no es menos cierto que dicho precepto y el

⁵⁴ Neftalí Cruz Ortiz, *Prontuario Jurídico Bancario*, 4ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1985, p. 77.

⁵⁵ Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Personas*, Tomo Cuarto, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1926, pp. 348-349.

⁵⁶ Nota de Bello al art. 433 del Proyecto Inédito, tomo 13 de las *Obras Completas de D. Andrés Bello*, p. 105.

⁵⁷ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 224.

⁵⁸ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 227-228. José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., pp. 22-23.

art. 2141 son puestos por el legislador como vía de ejemplo, pero en manera alguna para limitar el concepto. Por lo demás, el criterio bancario, por razones de onus probandi, obliga a realizar mención expresa de la facultad del mandatario”. Aún más, Cruz advierte que si se pretende constituir la prenda sobre valores mobiliarios, es necesario que en el mandato así se exprese, no siendo suficiente una mención relativa a “prender” o a “prender bienes muebles”, en términos generales: “No basta con que el mandatario se encuentre facultado para constituir prenda sobre bienes muebles, sin otro agregado en orden a los valores mobiliarios, porque los arts. 574 y 567 del CC. limitan el concepto de bienes muebles a los propiamente tales y a los semovientes, no incluyendo los bienes incorporeales, como son los derechos. En consecuencia, el mandatario debe estar investido de un poder especial para constituir prenda sobre bienes muebles, acciones, derechos y valores mobiliarios”⁵⁹.

Si bien lo expuesto acerca de requerir el mandatario de un mandato especial es correcto en términos generales, no creemos que lo sea siempre y en todo caso. En efecto, un mandatario general no siempre estará imposibilitado de ejecutar un acto de disposición, pues si dicha clase de actos forman parte del giro ordinario del negocio que se ha confiado, podría realizarlos, según se desprende del art. 2132 del CC. Como señala David Stitchkin, “En realidad, la administración de los bienes de una persona no puede entenderse limitada exclusivamente a los actos de custodia y conservación, sin extenderse hasta permitir al administrador la enajenación de los bienes administrados”⁶⁰, y luego agrega, al referirse al “giro administrativo ordinario” que “... los actos de administración no excluyen absolutamente los de disposición, cuando estos son indispensables para el desarrollo del negocio. Mas es necesario saber hasta qué punto puede disponer el mandatario de los bienes administrados. La clave de la cuestión la hallamos precisamente en esa expresión ‘giro administrativo ordinario’ de los negocios del mandante. Es decir, lo que determina la facultad de administración del mandatario es la naturaleza del giro ordinario del negocio objeto del mandato. Por consiguiente, la primera labor del juez sentenciador es determinar –con las pruebas que se le hayan rendido- cuál es el giro administrativo ordinario del negocio encomendado. Así, otorgado mandato para la administración de un fundo será necesario establecer, en primer término, cuál es la explotación ordinaria a que se le destinaba por el mandante y que por tanto debe continuar el mandatario. Si el fundo está destinado a la explotación de árboles frutales, el mandatario podrá vender las cosechas, pero no cortar los árboles para venderlos como leña. Lo primero, que es un acto de disposición, tiene por objeto la administración dentro del giro ordinario; lo segundo está fuera de ese giro ordinario y ya no es, en cuanto a su fin, un acto administrativo, sino de pura disposición. En cambio, en un fundo maderero, dedicado al corte y plantación de bosques, el corte y venta de los árboles puede ser, en último término, un acto de administración si queda comprendido en el giro administrativo ordinario”⁶¹.

Es cierto que el art. 2078 del CC., en las normas de la sociedad, parece excluir la posibilidad de que el socio administrador pueda empeñar los bienes de la compañía, al disponer: “Corresponde al socio administrador cuidar de la conservación, reparación y mejora de los objetos que forman el capital fijo de la sociedad; pero no podrá empeñarlos, ni hipotecarlos, ni alterar su forma, aunque las alteraciones le parezcan convenientes./Sin embargo, si las alteraciones hubieren sido tan urgentes que no le hayan dado tiempo para

⁵⁹ Neftalí Cruz Ortiz, ob. cit., p. 77.

⁶⁰ David Stitchkin Branover, ob. cit., p. 287.

⁶¹ David Stitchkin Branover, ob. cit., ob. cit., pp. 288 y 289.

consultar a los consocios, se le considerará en cuanto a ellas como agente oficioso de la sociedad”. Pero esta norma debe armonizarse con lo dispuesto en el art. 2132, de manera que, insistimos, si el acto mediante el cual se constituye la prenda forma parte del giro administrativo ordinario, entendemos que el administrador sí está premunido de esta facultad. Así por lo demás puede desprenderse de lo que señala el art. 2077, en el mismo título de la sociedad (el subrayado es nuestro): “El socio administrador debe ceñirse a los términos de su mandato, y en lo que este callare, se entenderá que no le es permitido contraer a nombre de la sociedad otras obligaciones, ni hacer otras adquisiciones o enajenaciones, que las comprendidas en el giro ordinario de ella”. Stichkin arriba a la misma conclusión: “... el socio administrador debe ceñirse, en primer lugar, a los términos de su encargo y ‘en lo que este callare’ sólo puede ejecutar los actos y celebrar los contratos comprendidos ‘en el giro ordinario de la sociedad’. Por último, el socio administrador puede hacer las ‘enajenaciones’ comprendidas en el giro ordinario de la sociedad, art. 2077. Esto indica que el administrador, socio o mandatario, puede enajenar si la enajenación queda comprendida en el giro ordinario de los negocios que se le han encomendado”⁶². Así, por ejemplo, si el mandatario administra una compañía cuyo giro es el de automóviles que se destinan al arriendo a terceros, o *rent a car*, y todos los vehículos adquiridos con antelación para tal objeto se encuentran prendados, creemos que podría, al comprar uno nuevo, preñarlo, aunque no se le hubiere conferido expresamente dicha facultad en la escritura de mandato. O, volviendo el ejemplo propuesto por David Stichkin, el administrador del predio, así como puede vender lo que se obtenga en las cosechas, con mayor razón podría constituir prendas sobre las plantaciones o sobre los árboles, para financiar los gastos que demande la explotación del fundo.

Se afirma también que no sería suficiente para celebrar la prenda, el mandato que una persona tuviera para vender la especie mueble, aplicando por analogía el art. 2143, que excluye en tal caso la posibilidad de hipotecar. Dicho precepto, en efecto, constituye una excepción al aforismo “quien puede lo más, puede lo menos”.

Lo anterior se refiere al mandato para constituir la prenda, porque en lo concerniente a la facultad de recibirla por parte del acreedor, no hay duda de que está incluida dentro de los poderes del mandatario general⁶³.

Si se trata de constituir una prenda sobre bienes de una sociedad anónima, con el objeto de garantizar obligaciones ajenas a ella, será necesario que se autorice el acto por junta extraordinaria de accionistas, de conformidad a lo dispuesto en el art. 57 N° 5 de la Ley N° 18.046: “Son materias de junta extraordinaria: (...) 5) El otorgamiento de garantías reales o personales para caucionar obligaciones de terceros, excepto si estos fueren sociedades filiales, en cuyo caso la aprobación de directorio será suficiente”.

La Junta deberá autorizar al Directorio de la compañía para constituir la prenda, y este, en la respectiva sesión, deberá designar al apoderado o a los apoderados que concurrirán a celebrar el contrato⁶⁴. Si las obligaciones que se caucionarán, superan el 50% del activo de la sociedad, el acuerdo exige un quórum especial, según dispone el art. 67 N° 11: “Requerirán del voto conforme de las dos terceras partes de las acciones emitidas con derecho a voto, los

⁶² David Stichkin Branover, ob. cit., p. 290.

⁶³ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 227-228; José Manuel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., pp. 22-23.

⁶⁴ Constituye un error común en la práctica de las empresas y de sus abogados, que la misma Junta de Accionistas designe al apoderado o apoderados que concurrirán a celebrar el contrato. Ello no debe aceptarse, pues la administración de la compañía corresponde al directorio (art. 31 de la Ley N° 18.046), no a la junta de accionistas.

acuerdos relativos a las siguientes materias: (...) 11) El otorgamiento de garantías reales o personales para caucionar obligaciones de terceros que excedan el 50% del activo, excepto respecto de filiales, caso en el cual la aprobación del directorio será suficiente”⁶⁵.

A su vez, se ha entendido que el mandatario premunido de la facultad para preñar bienes de su mandante, no podría constituir la garantía para caucionar obligaciones propias, sino sólo las de su mandante, a no ser que estuviere expresamente facultado para otorgar la prenda en su propio beneficio. Refiere al respecto Nefalí Cruz: “El mandatario tampoco podría constituir prenda sobre los bienes de su mandante para caucionar obligaciones propias del mandatario, como quiera que el mandante carece de todo interés en dicha garantía. Sin embargo, con mención expresa del mandante para determinada obligación específica de ser para el mandatario no habría inconveniente para que constituyera prenda sobre bienes de su mandante para caucionar las obligaciones de aquel”⁶⁶.

En cuanto al mandato mercantil o comisión, el art. 252 del C. de C. establece las siguientes reglas:

- Prohíbe al comisionista dar en prenda bienes que tuviere en consignación, para caucionar sus propias obligaciones.
- Si contraviniera el comisionista esta prohibición y entregare en prenda mercaderías a su acreedor, el comitente sólo podrá reivindicarlas pagando la deuda garantida hasta la cantidad concurrente al valor de las mercaderías, a menos que probare que el acreedor, al recibirlas, tuvo conocimiento de que no pertenecían al comisionista. Si se acredita tal conocimiento del acreedor prendario, entendemos que este deberá restituir las mercaderías al comitente sin recibir pago alguno. Su crédito en contra del comisionista, será a partir de este momento una acreencia valista.
- Por el mero hecho de la constitución de la prenda, el comisionista comete un abuso de confianza, y será castigado con arreglo al Código Penal (art. 470 N° 1).

Por su parte, los arts. 288 y 289 del C. de C. confieren al comisionista, en los supuestos allí descritos, el derecho legal de retención y un derecho legal de prenda, respecto de mercaderías de su comitente, para obtener que este le pague la remuneración que le adeudare por la comisión y otros gastos realizados en la ejecución del mandato. El comisionista, entonces, goza, por el solo ministerio de la ley, de un derecho preferente de segunda clase, para cobrarle las mencionadas acreencias a su mandante.

Respecto del liquidador de una sociedad colectiva, el art. 410 del C. de C., dispone que el liquidador es un verdadero mandatario de la sociedad disuelta y responderá a los socios de los perjuicios que les resulten de sus operaciones dolosas o culpables. El art. 411, por su parte, le impide constituir prendas, no estando determinadas sus facultades.

⁶⁵ Cabe señalar que la Superintendencia de Valores y Seguros, en Oficio de fecha 6 de marzo de 2015, en respuesta a una consulta formulada en relación al N° 9 del art. 67, referido a la autorización que la junta extraordinaria de accionistas debe otorgar para la enajenación de un 50% o más del activo de una sociedad anónima, concluye: i) que la oportunidad para realizar la junta extraordinaria de accionistas, es previa a la enajenación; ii) que esta enajenación no podría ser sometida posteriormente a la ratificación o validación posterior de una junta de accionistas; iii) que la sanción por haber omitido la junta en la oportunidad indicada, debiera ser la nulidad absoluta, por cuanto, en caso que no haya un pronunciamiento del órgano societario pertinente al efecto, podría entenderse que no habría habido una manifestación de voluntad de la sociedad anónima. Ello podría configurar una omisión de un requisito prescrito por la ley para el valor de este acto en consideración a la naturaleza del mismo, lo cual sería sancionado conforme a lo dispuesto en el art. 1682 del CC. Estas consideraciones son también aplicables a la constitución de una prenda, en el caso previsto en el N° 11 del art. 67 de la Ley N° 18.046.

⁶⁶ Nefalí Cruz Ortiz, ob. cit., p. 77.

5.3. Bienes susceptibles de darse en prenda.

a) Cosas corporales muebles.

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

En la prenda civil, se desprende de las normas del CC. que un bien, para que pueda darse en prenda, además de mueble debe ser susceptible de ser entregado y encontrarse dentro del comercio. En caso contrario, subraya José Miguel Lecaros, su enajenación y, por ende, su prenda, tendría objeto ilícito y, consiguientemente, el acto adolecería de nulidad absoluta. Desde otro punto de vista, se podría afirmar que la cosa debe ser embargable, pues de lo contrario el derecho de ejecución del acreedor prendario sería una pura ilusión⁶⁷.

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 cincuenta toneladas. Las de un tonelaje superior pueden hipotecarse. En efecto, son prendables las denominadas naves menores, siendo tales aquellas que no excedan las cincuenta toneladas de registro grueso, inscribiéndose el gravamen en la respectiva Capitanía de Puerto. Se refieren a esta prenda el C. de C. y la Ley de Navegación (Decreto Ley N° 2.222, publicado en el Diario Oficial de fecha 31 de mayo de 1978). Dispone el art. 881 del C. de C. que: “Las naves menores podrán ser gravadas con prenda. Cualquiera que sea la naturaleza de esta, debe ser anotada al margen de la inscripción de la nave en el Registro de Matrícula, sin lo cual es inoponible a terceros. Esta anotación sustituye, además, a cualquiera inscripción y publicación exigidas por las normas que regulen la clase de prenda de que se trate. La anotación debe ser fechada y numerada./El orden de anotación determina el grado de preferencia entre las prendas./Las disposiciones precedentes se aplican a los artefactos navales no susceptibles de hipoteca naval”.

El art. 15 de la Ley de Navegación señala en su inc. 2° que: “En los Registros de Naves Menores, que estarán a cargo de las Capitanías de Puerto, se inscribirán las naves menores”.

El inc. 3° del mismo precepto consigna que: “A toda nave inscrita en el Registro de Matrícula se le extenderá un “Certificado de Matrícula”, en el que se indicará su nombre, su número de matrícula, el nombre de la persona a cuyo favor aparece inscrita, y el tonelaje y las principales características de dicha nave. El original de este certificado deberá permanecer a bordo”.

Dispone por su parte el inc. 4° del art. 20 de la Ley de Navegación, que: “No podrá constituirse derecho real de prenda sobre naves mayores. En cuanto a las naves menores, la constitución del derecho real de prenda se regirá por las respectivas normas legales, según la clase de prenda de que se trate”.

En consecuencia, la prenda sobre una nave menor podría serlo con o sin desplazamiento, aunque lo usual será que se aplique la segunda modalidad. Por su parte, los arts. 51 a 57 bis del Reglamento del Registro de Naves y Artefactos Navales, regulan lo concerniente al “Registro de Matrículas de Naves Menores”. El art. 51 consigna que: “Nave menor es toda aquella de 50 o menos toneladas de registro grueso, sea que se dedique a la movilización de pasajeros, de carga, al remolque, al recreo o a la caza”.

⁶⁷ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 37.

El art. 52, inc. 1º, establece que: “Cada Capitán de Puerto tendrá a su cargo un Registro de Naves Menores y autorizará las inscripciones, subinscripciones y anotaciones que en él se practiquen”.

El art. 53 se refiere a las enunciaciones que deben tener los “Registros de Matrículas de Naves Menores”. De estas menciones, al menos las siguientes deben señalarse en el contrato de prenda naval: nombre de la nave (Nº 1); número de matrícula (Nº 2); señal distintiva (Nº 3); lugar y año de construcción (Nº 4); nombre, profesión y domicilio del propietario (Nº 6); y tonelaje grueso y neto (Nº 11). El art. 54 dispone que, en cada hoja del Registro de Naves Menores, habrá una página impresa destinada a la inscripción de la nave, y la página del reverso tendrá dos columnas en blanco, la primera destinada a registrar las transferencias o cualquier anotación concerniente al dominio de la nave y la otra, a las anotaciones de embargos, prendas y demás derechos reales que la graven. El art. 57 bis, por su parte, establece que toda prenda que se constituya sobre una nave menor, deberá ser anotada al margen de su inscripción en el registro de matrícula pertinente, debidamente fechada y numerada. Efectuada la inscripción, la Autoridad Marítima retendrá un ejemplar del título en que conste el gravamen, en el Archivo de Documentos señalado en el art. 13 del Reglamento. Finalmente, el art. 16 de la Ley de Navegación permite constituir una prenda naval sobre naves que están en construcción. En cuanto a las formalidades del contrato de prenda sobre naves menores, dispone el inc. 1º del art. 24 del Reglamento citado que “Los actos y contratos respecto de naves menores constarán por escrito y las firmas de los otorgantes deberán ser autorizadas ante notario”. Como vemos, la ley no exige escritura pública, aunque usualmente las partes prefieren celebrar el contrato por medio de esa formalidad.

En cuanto a la preferencia de que gozan los créditos de los acreedores de las prendas constituidas sobre naves menores, cabe considerar dos reglas:

- Prefieren sobre los créditos prendarios, los señalados en el art. 844 del C. de C. (entre ellos, por ejemplo, las costas judiciales y otros desembolsos causados con ocasión de un juicio, en interés común de los acreedores, para la conservación de la nave o para su enajenación forzada y distribución del precio; las remuneraciones y demás beneficios que deriven de los contratos de embarco de la dotación de la nave; los derechos y tasas de puerto, etcétera).
- Los créditos prendarios prefieren a los mencionados en el art. 846 del mismo cuerpo legal (art. 845 del C. de C.).

Por su parte, el art. 839 inc. 3º, del C. de C., advierte que no pueden constituirse prendas sobre partes o pertenencias ya incorporadas a naves o artefactos navales. Agrega el inc. 4º que las prendas constituidas sobre bienes que se incorporen a una nave o artefacto naval, se extinguen desde esa incorporación. Con todo –consigna el inc. 5º- no se extinguirán las prendas constituidas sobre motores, equipos de comunicación o de detección submarina y aparejos de pesca de naves menores. El inc. 6º establece una norma que protege al acreedor prendario: el que defraudare a otro incorporando o consintiendo en que un bien afecto a una prenda sea incorporado a una nave o a un artefacto naval, será sancionado con las penas contempladas en el art. 467 del Código Penal, que ya citamos.

También el dinero es susceptible de darse en prenda. Señala al respecto Neftalí Cruz: “Prenda sobre depósito de dinero realizado en el mismo banco. Tampoco existe inconveniente para que pueda constituirse prenda sobre depósito de dinero realizado en el mismo banco. Esta prenda sólo se puede constituir siempre que no opere la compensación entre el banco y el deudor. Además, debe darse cumplimiento, conforme al art. 815 del C. de C., al requisito llamado ‘conste’ (...) Sin embargo, en el mercado de capitales el depósito a

la orden tomado a la vista o a plazo, puede, a nuestro juicio, constituirse en prenda bancaria en favor de una institución financiera, ajustándose a las disposiciones de la Ley de Prenda Bancaria. En efecto, el art. 2° de la Ley 4.287 se refiere a los créditos a la orden de cualquier clase que sean, y no requieren del ‘conste’ y admiten la garantía general”⁶⁸.

En la práctica e impropriamente, en el ámbito penal, la prenda sobre dinero se la denomina fianza en efectivo. No hay fianza, sin embargo, sino prenda, ya que se entrega una cosa mueble (dinero) para asegurar la responsabilidad que puede originarse. No se trata de un tercero que se obligue en subsidio del deudor.

Cuando se entrega en prenda una suma de dinero (por ejemplo, para caucionar una obligación de hacer o de no hacer), habría que distinguir en qué términos se entrega dicho dinero, para concluir en qué calidad lo recibe el acreedor prendario. En efecto, si el dinero se entrega con el propósito de que el acreedor prendario, tras recibirlo, lo guarde (por ejemplo, en una caja fuerte o de seguridad), este será un mero tenedor, como en general ocurre en la prenda, de manera que cuando llegue el momento de restituir, el acreedor prendario deberá devolver los mismos billetes o las mismas monedas. Con mayor razón ocurrirá lo anterior, cuando el dinero, después de ser contado por las partes, queda en arca cerrada cuyas llaves conserva el deudor. En cambio, podría ocurrir que el deudor le entregue al acreedor una suma de dinero en prenda, pero facultándolo para usarla, y obligándose a restituir otro tanto, una vez que la obligación caucionada de esta manera se cumpla por el deudor. 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 translativo de dominio. Tal conclusión se ve corroborada por el art. 2395 en relación el art. 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 dinero⁶⁹. Un ejemplo de una prenda de dinero de esta segunda clase, 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.

b) Cosas incorporales muebles.

Sobre las cosas incorporales muebles también puede radicarse una prenda. Tratándose de los derechos personales, el legislador la reglamenta expresamente en el art. 2389, que dispone: “Se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pero será necesario que el acreedor lo notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos”.

Así, por ejemplo, un agricultor puede haber vendido en el mes de abril la futura producción de su fundo a una empresa exportadora de fruta, generándose un crédito en favor del vendedor, que corresponde al precio de la compraventa que se pagará en ciertas cuotas mensuales, y después, para garantizar dicho agricultor un préstamo que solicite en un banco, que le permita llevar adelante los trabajos necesarios hasta realizar la cosecha que se hará diez meses más tarde, constituye prenda en favor de la entidad bancaria, sobre el crédito que tiene contra la referida empresa exportadora. Para que la prenda quede legalmente constituida, el agricultor, en el ejemplo, deberá hacer entrega al banco de un ejemplar del contrato de compraventa, en el que consta el crédito ahora pignorado. Acto seguido, el banco

⁶⁸ Neftalí Cruz Ortiz, ob. cit., pp. 73-74.

⁶⁹ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 230.

encargará la notificación del contrato de prenda del crédito al deudor del mismo –la empresa exportadora de frutas-, quien deberá pagar a aquél las cuotas a medida que vayan expirando, imputándolas la entidad bancaria el préstamo que le otorgó al agricultor, y de existir un remanente, se depositará en la cuenta corriente del aludido agricultor. En el mismo contrato de prenda de crédito, el constituyente conferirá un mandato al acreedor prendario para que cobre oportunamente el crédito.

Con respecto a estos derechos, se presenta la cuestión de saber si es posible dar en prenda un crédito no escriturado, dada la exigencia legal de entregar el título. Nos referiremos a este punto al tratar del perfeccionamiento de esta prenda.

El crédito que se prenda debe ser mueble. Aunque el art. 2389 –refiere José Miguel Lecaros-, habla de “créditos” sin hacer alusión a la naturaleza mueble o inmueble de los mismos, es obvio que esa distinción no la hizo el legislador sólo por estimarla inoficiosa a la luz de lo dispuesto en el art. 2384, que establece que, por el contrato de prenda, se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. Así lo ha entendido la jurisprudencia⁷⁰. El crédito será “mueble” o “inmueble” según si la cosa debida tiene una u otra calidad (art. 580 del CC.).

A su vez, cabe preguntarse si el acreedor prendario está “obligado” o sólo “facultado” para cobrar el crédito prendado en su favor, una vez que se produce su vencimiento. Nuestro Código no se pronuncia al respecto. Pero el Decreto Ley N° 776, en su art. 12, sí resuelve la cuestión, señalando que: “Si la prenda consistiere en un crédito por suma de dinero, el acreedor prendario deberá cobrarlo a su vencimiento conforme a las reglas generales del Derecho, entendiéndose representante legal del dueño del crédito para este efecto”⁷¹.

Lo mismo dispone el art. 818 del C. de C., en las normas de la prenda mercantil, que a su vez se remite al art. 811, que se refiere al depósito mercantil, que reza: “Consistiendo el depósito en documentos de crédito que devenguen intereses, el depositario está obligado a cobrarlos y a practicar todas las diligencias necesarias para conservar los derechos del depositante”.

Tiene importancia el punto, ante la eventualidad de que las acciones para exigir el pago de lo debido, pudieren prescribir ante la conducta omisa del acreedor prendario y también del acreedor del crédito prendado. Vodanovic también concluye que el acreedor está obligado a cobrar. Así lo indicaremos al tratar de las obligaciones del acreedor prendario.

La posibilidad de dar en prenda un derecho real es una cuestión que ofrece más dificultades. Desde ya, debemos descartar los derechos reales 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, afirma Somarriva, nuestro legislador no ha contemplado el caso, pues no consigna en el título de la prenda disposiciones análogas a los arts. 2417 y 2418 ubicados en la hipoteca, que expresamente se refieren a la hipoteca de cuota

⁷⁰ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 28.

⁷¹ Con todo, advertimos que algunos han planteado que el art. 12 del Decreto Ley N° 776 sólo es una norma de procedimiento, y que no impone una obligación de carácter sustantivo. Es decir, lo que establecería es que, en el caso de que el acreedor prendario cobre el crédito (bajo el entendido que no estaba obligado para hacerlo), debe proceder conforme a las reglas generales del Derecho Procesal, contenidas en el CPC. Revisar al efecto en “Criterios jurisprudenciales”, sentencia N° 10.1.

y a la hipoteca sobre el derecho de usufructo⁷². Una opinión semejante plantea José Miguel Lecaros⁷³. También debe descartarse la prenda sobre el derecho real de uso, aunque puede recaer sobre cosas muebles, dado su carácter personalísimo, que impide a su respecto un acto de enajenación. En realidad, en la prenda civil, al entregarse la cosa mueble al acreedor, en la práctica o implícitamente, se está prendando el derecho real de dominio que sobre esta recae.

Se ha preguntado también la doctrina si es factible constituir prenda sobre un crédito futuro. Se ha dicho que ello no es posible, opina José Miguel Lecaros, por las mismas razones –que se expresarán en el siguiente literal-, por las que es imposible en general la prenda de cosas futuras: un crédito futuro es un crédito que no existe (aunque se espera que exista) y, por ende, no puede ser entregado. Otra cosa sería el caso de un crédito que existe pero que todavía no es exigible; este crédito puede ser empeñado, porque puede ser entregado⁷⁴. Tal sería el caso de un crédito sujeto a un plazo suspensivo. Con todo, nos parece que el tema admite algunos alcances. En efecto, puede ocurrir que el crédito se haya encontrado subordinado al cumplimiento de una condición suspensiva. Pues bien, aunque es cierto que al constituirse la prenda el crédito puede que no haya nacido, por estar pendiente la condición suspensiva, es posible que esta se cumpla y, en consecuencia, considerando el efecto retroactivo que se produce en tal caso, debiéramos concluir que el crédito sí existía cuando se celebró el contrato de prenda sobre el mismo. Todo esto no impediría hacer entrega del título en que haya constado el crédito sujeto a condición suspensiva y que se haya notificado al deudor condicional. A contrario sensu, si el crédito en definitiva no llega a nacer por haber fallado la condición suspensiva, debemos concluir que nunca existió tal prenda, pues nunca existió el crédito pignorado.

Cabe consignar, como refiere Lecaros, que la CS estableció que pueden darse en prenda rentas de arrendamiento no devengadas todavía, lo que, a su juicio, es ir demasiado lejos, pues ello implica aceptar prenda de cosa futura, atendido a que el contrato de arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo, en el cual el crédito a las rentas nace periódicamente⁷⁵. Quizá la solución podría consistir en distinguir bajo qué términos se celebró el contrato de arrendamiento: si lo fue a plazo fijo, nos parece que la prenda sería admisible, pues el arrendador tiene un crédito cierto que se extiende por un lapso perfectamente determinado; en cambio, si el contrato de arrendamiento fuere uno pactado mes a mes o a término indefinido, nos parece correcta la conclusión de José Miguel Lecaros, pues el contrato, en esta segunda hipótesis, podría terminar en cualquier tiempo, por desahucio de cualquiera de las partes.

c) 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

⁷² Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 232.

⁷³ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 34.

⁷⁴ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., pp. 32-33.

⁷⁵ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 33.

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.⁷⁶ La doctrina adhiere a estos planteamientos.⁷⁷

Con todo, debemos advertir que la Ley N° 20.667, publicada en el Diario Oficial con fecha 9 de mayo de 2013, que reemplazó el Título VIII del Libro II del C. de C., y que “Regula el Contrato de Seguro”, modificó el art. 597 del señalado Código, de manera que ahora se permite pignorar la póliza. Establece el precepto: “Art. 597. Cesión y prenda. Excepto si se ha designado beneficiario irrevocable, el contratante podrá ceder o pignorar la póliza. La cesión o la prenda sólo serán oponibles al asegurador siempre y cuando este haya sido notificado de ellas por escrito y por medio de un ministro de fe. La cesión y la pignoración de la póliza implican la revocación de la designación de beneficiario”.

Por su parte, destaca Vodanovic, respecto de los bienes futuros podría pactarse un contrato de promesa de prenda, contrato que con posterioridad se transformará en contrato real de prenda⁷⁸. Nada impide lo anterior y, por lo demás, se desprende del art. 1554, N° 4. Pero en este caso, del contrato de promesa de prenda, sólo nacen para las partes derechos personales y obligaciones recíprocas, y no el derecho real de prenda, que sólo se originará celebrado que sea el contrato prometido, entregando la cosa pignorada.

Distinta es la solución, tratándose de la prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190. Su art. 5 dispone que podrá constituirse prenda sobre todo tipo de cosas muebles, sean corporales o incorporales, presentes o futuras. Respecto de las cosas futuras, la ley altera el principio que opera en el CC., 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. El art. 9 de la Ley N° 20.190 regula esta prenda sobre cosas futuras, estableciendo dos reglas:

- i) El contrato de prenda será válido, pero si se llegare a inscribir en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, no se adquirirá el derecho real de prenda sino una vez que los bienes o derechos lleguen a existir.
- ii) Una vez que los bienes o derechos existan, se entenderá constituido el derecho real de prenda desde la fecha de su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. De esta forma, el derecho real de prenda se entenderá constituido en forma retroactiva, en el evento que la inscripción en el citado Registro se hubiere efectuado antes de que las cosas llegaren a existir.

La Ley N° 20.190, en su art. 10, permite también la prenda sobre cosas que no han llegado al país. En este caso, sólo podrá empeñarlas quien sea el titular:

- Del conocimiento de embarque;
- De la guía aérea;
- De la carta de porte; o
- Del documento que haga las veces de cualquiera de los anteriores.

Se comprende lo anterior, pues ha de presumirse que el titular de dichos instrumentos, es el propietario de las cosas que se han importado. El conocimiento de embarque, propio del transporte marítimo, está definido en el art. 977 del C. de C., como “...un documento que

⁷⁶ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 233.

⁷⁷ Antonio Vodanovic H., ob. cit., p. 619.

⁷⁸ Antonio Vodanovic H., ob. cit., p. 619.

prueba la existencia de un contrato de transporte marítimo, y acredita que el transportador ha tomado a su cargo o ha cargado las mercancías y se ha obligado a entregarlas contra la presentación de ese documento a una persona determinada, a su orden o al portador”. A su vez, el Código Aeronáutico alude a la carta de porte aéreo, en las normas relativas al transporte de mercaderías, arts. 137 y siguientes; por su parte, la carta de porte, que opera en el transporte terrestre, se define en el art. 173 del C. de C. como “el documento que las partes otorgan para acreditar la existencia y condiciones del contrato, y la entrega de las mercaderías al porteador”. El art. 40 de la misma Ley confiere al beneficiario de los documentos antes mencionados, un derecho legal de retención, en los términos previstos en dicho precepto.

Por su parte, el art. 14 de la Ley N° 20.190 se refiere a la prenda sin desplazamiento sobre muebles que se reputan inmuebles por destinación o adherencia o sobre muebles que después se transforman en inmuebles por destinación o por adherencia⁷⁹.

d) Imposibilidad de constituir prenda sobre cosas que están fuera del comercio humano, o de carácter inembargable o que se encuentren actualmente embargadas.

⁷⁹ El precepto contempla dos situaciones:

a. Prenda sobre cosas muebles que le ley reputa inmuebles por destinación o por adherencia: dispone la ley que esta prenda no tendrá otro efecto que ser una prenda sobre bienes futuros. Por lo tanto, se le aplicarán las reglas del art. 9 de la ley, al que ya hicimos referencia. Se entenderá que las cosas llegan a existir, cuando son separadas del inmueble a que acceden (referencia a los inmuebles por adherencia) o cuando cesa la afectación a un predio (referencia a los inmuebles por destinación), por la voluntad o el hecho de su dueño y el consentimiento del acreedor hipotecario, si fuere el caso. La última exigencia tiene gran importancia, pues viene a solucionar un conflicto de intereses que podría suscitarse entre el acreedor hipotecario y el acreedor prendario. Pareciera desprenderse de la ley que si el predio en el cual se encuentra la cosa inmueble por destinación o por adherencia se encuentra hipotecado, no podrá constituirse la prenda sino en la medida que el acreedor hipotecario consienta en ella. Así, por ejemplo, si se pretende constituir una prenda sobre un plantel ganadero o sobre las plantaciones que se encuentran en el fundo previamente hipotecado, sería indispensable obtener el consentimiento del acreedor hipotecario. Con esta solución, se refuerzan los alcances del art. 2420 del CC., relativo a los inmuebles por destinación, que reza: “La hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles según el artículo 570, pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros”.

b. Prenda sobre cosas muebles que después se transforman en inmuebles por destinación o por adherencia: así, por ejemplo, el dueño de un fundo había constituido prenda sobre un tractor nuevo, y posteriormente es destinado al trabajo de un predio agrícola, sobre el cual se constituye una hipoteca a favor de otro acreedor; establece la ley las siguientes reglas:

i) La prenda subsistirá sin que sea necesario el acuerdo del acreedor hipotecario;

ii) La prenda gozará de preferencia sobre la hipoteca, si la primera se anotare al margen de la correspondiente inscripción hipotecaria;

iii) Si no se practicare la antedicha anotación, la ejecución de la hipoteca (o sea, la venta de la finca hipotecada en pública subasta), producirá la purga de la prenda (es decir, su extinción), sin necesidad de notificación al acreedor prendario. Entendemos que la purga se producirá por el sólo ministerio de la ley.

No exige la ley que al momento de constituir la hipoteca, se notifique al acreedor prendario, de manera que este ha de asumir la iniciativa de verificar, cada cierto tiempo, si el predio soporta o no hipotecas, y en caso afirmativo, deberá requerir al Conservador de Bienes Raíces competente que practique la correspondiente anotación al margen de la inscripción hipotecaria. Ahora bien, ¿qué documentos debieran acompañarse al Conservador de Bienes Raíces para que este practique la anotación marginal? Parece razonable concluir que ha de acompañarse una copia autorizada del contrato de prenda y un certificado otorgado por el Servicio de Registro Civil e Identificación, que de cuenta de la inscripción de la prenda y de la circunstancia de encontrarse vigente. Nada dijo la ley acerca del plazo para que el acreedor prendario requiera la anotación al margen de la inscripción hipotecaria, de manera que podría solicitarlo en cualquier tiempo, antes de la subasta del inmueble.

Tal como se señaló al tratar de las características de la prenda como contrato, se requiere que los bienes sobre los cuales recae estén, en primer lugar, en el comercio. No puede constituirse prenda sobre cosas inenajenables. Tales cosas carecen de dueño, no puede constituirse sobre ellas ningún derecho, el de prenda incluido, y no son susceptibles de enajenación, de manera que el acreedor prendario tendría una garantía inútil (art. 1464, N° 1). Respecto de las cosas comerciables, pueden prendarse los muebles que sean susceptibles de embargarse y enajenarse. Deben quedar excluidos los bienes inembargables, pues al igual que en el caso anterior, si el deudor no paga la obligación caucionada con la prenda, el acreedor prendario no podrá ejercer el derecho de venta que le es propio, pues no siendo la cosa embargable, tampoco será susceptible de venderse en pública subasta. Será, igualmente, una garantía inútil. En fin, tampoco la prenda puede constituirse sobre bienes muebles actualmente embargados. Se fundamenta lo anterior en lo dispuesto en el art. 1464 N° 3, al establecer que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas, y en la circunstancia de que, como se ha dicho, la jurisprudencia ha entendido la palabra “enajenación” en su sentido amplio, quedando incluida en ella la constitución de prendas⁸⁰.

e) 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 entenderse que la prenda de cosa ajena es nula. Pero no es así, como se desprende de los arts. 2390⁸¹ y 2391⁸², que reglamentan los efectos de esta clase de prenda. Para analizarlos, debemos distinguir entre las relaciones entre acreedor y deudor y la situación del dueño del bien empeñado.

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 este y tales hechos son conocidos del acreedor: por mandato del art. 2390, se aplica al acreedor prendario lo dispuesto en el art. 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 este 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.

⁸⁰ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 233.

⁸¹ Art. 2390 del CC.: “Si la prenda no pertenece al que la constituye, sino a un tercero que no ha consentido en el empeño, subsiste sin embargo el contrato, mientras no la reclama su dueño; a menos que el acreedor sepa haber sido hurtada, o tomada por fuerza, o perdida, en cuyo caso se aplicará a la prenda lo prevenido en el artículo 2183”.

⁸² Art. 2391 del CC.: “Si el dueño reclama la cosa empeñada sin su consentimiento, y se verificare la restitución, el acreedor podrá exigir que se le entregue otra prenda de valor igual o mayor, o se le otorgue otra caución competente, y en defecto de una y otra, se le cumpla inmediatamente la obligación principal, aunque haya plazo pendiente para el pago”.

Con respecto *al dueño*, el contrato no produce efectos, porque para él la convención es *res inter alios acta*, no le es oponible, conservando la facultad para demandar la restitución de la cosa. En cuanto a las acciones de que dispondría para tal efecto, debiéramos hacer los mismos distingos que hicimos al estudiar el comodato de cosa ajena, según las diversas calidades que haya tenido el constituyente de la prenda. Nos remitimos, por ende, a dicha materia.

Sea que la prenda de cosa ajena se extinga porque su verdadero dueño la reclamó judicialmente o cuando ante los hechos indicados en el art. 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 (una hipoteca o una fianza, por ejemplo);
- 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 art. 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 tercero⁸³.

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 entrega o “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 art. es aplicable en este caso, porque el legislador, en el art. 670, inc. 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 inc. 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 dos años si el acreedor puede invocar la prescripción ordinaria (pues se trata de un derecho mueble) y de diez años en caso contrario.

En lo que respecta a la prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190, el art. 13 ratifica también que la prenda constituida sobre cosa ajena es válida⁸⁴.

⁸³ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 234-235.

⁸⁴ El art. 13 de la Ley N° 20.190 regula la prenda sin desplazamiento sobre cosa ajena. Establece el inc. 1º que sólo el dueño podrá alegar la inexistencia del derecho real de prenda, invocando su derecho de dominio sobre la cosa pignorada, sin perjuicio de la validez del contrato. De lo expuesto, se pueden deducir algunas conclusiones:

a. La prenda sobre cosa ajena es válida. Por lo demás, se confirma el mismo criterio del art. 2390 del CC.

f) Principio de la especialidad de la prenda, desde el punto de vista del objeto dado en 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 constituye⁸⁵.

Sin embargo, el principio de la especialidad de la prenda tiene algunas excepciones en la prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190: se trata de la llamada prenda sobre universalidades de hecho o “rotativa”, art. 11° de la ley⁸⁶.

b. La prenda que ha sido constituida por quien no es el dueño de la especie pignorada, no puede generar el derecho real de prenda a favor del acreedor prendario, lo que resulta lógico, pues la tradición del derecho hecha por el tradente no dueño, sólo permite entrar en posesión del mismo. Por esta razón, la ley habla de “la inexistencia del derecho real de prenda”.

c. Nada dice la ley acerca de la adquisición del derecho por prescripción, de manera que no se divisa ninguna razón para sostener que este modo de adquirir no pueda operar en este caso. Creemos que el acreedor se haría dueño del derecho real de prenda por prescripción de dos o de diez años, según se trate de un poseedor regular o irregular, todo ello conforme a las reglas generales del CC.

d. La inoponibilidad del contrato de prenda sólo podrá ser alegada por el dueño de la especie. Por ende, le está vedado al deudor de la obligación caucionada con la prenda, alegar, para eludir el cumplimiento de la prestación respectiva, que el acreedor no es titular del derecho real de prenda.

El inc. 2° otorga efecto retroactivo a la adquisición del dominio por parte del constituyente (se entiende, que lo adquiere después de celebrar el contrato de prenda), al establecer que se entenderá constituido el derecho real de prenda desde la fecha de su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. Lo mismo ocurrirá si el dueño de la especie pignorada ratificare lo obrado por el tercero que constituyó la prenda. Las soluciones son similares a las previstas en los arts. 1818 y 1819 del CC., a propósito del contrato de compraventa.

Con todo, cabe advertir que el art. 39 N° 1 de la Ley, establece un delito, que se tipifica cuando se defraude a otro constituyendo prenda sobre bienes ajenos como propios. De esta forma, si bien en el ámbito civil el contrato es válido (aunque inoponible al dueño de la cosa e incapaz de generar el derecho real de prenda al ser inscrito), en el campo del Derecho Penal podría configurarse un delito. La ley, sin embargo, exige en este caso un ánimo defraudatorio, de manera que no habrá delito, cuando el constituyente celebró el contrato de prenda creyendo que la cosa pignorada le pertenecía, y después resultó ser del dominio de un tercero.

⁸⁵ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 241.

⁸⁶ El art. 11 de la Ley N° 20.190 regula la prenda sobre universalidades de hecho. Reglamenta este precepto la prenda que nuestra doctrina ha denominado “rotativa” y que recae sobre grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho. Las normas son las siguientes:

a. Señala la ley, a modo ejemplar, las siguientes universalidades de hecho: existencias, inventarios, materias primas, productos elaborados o semielaborados o repuestos, maquinarias, redes o sistemas.

b. Los componentes de estas universalidades de hecho podrán ser utilizados, reemplazados, transformados o enajenados, en todo o en parte, salvo pacto en contrario. De esta manera, el dueño de las especies pignoradas, conserva la facultad de disposición sobre ellas, tanto material cuanto jurídica, a menos que hubiere estipulado una prohibición con el acreedor prendario. En el silencio de las partes, el primero podrá disponer de las cosas pignoradas, de manera que esta facultad es de la naturaleza del contrato de prenda sin desplazamiento sobre universalidades de hecho.

c. Los bienes transformados, así como el producto elaborado con los componentes de dichas existencias, quedarán de pleno derecho constituidos en prenda.

d. Aquellos componentes que salgan de la universalidad de hecho o grupo de bienes empeñados, quedarán subrogados por los que posteriormente lo integren, hasta la concurrencia del total constituido en prenda.

e. La ley establece que al prendarse universalidades de hecho o grupos de bienes, las partes deberán indicar el valor del conjunto de bienes prendados, salvo que las partes acuerden expresamente no asignarle un valor. Si

g) Una cosa puede soportar una sola prenda. Excepción.

Conforme a las normas del CC., no puede darse en prenda un bien a dos acreedores distintos, que no formen una misma “parte” del contrato⁸⁷. 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 de que se habría dado una solución al conflicto, tal como lo hace el art. 2477 para la hipoteca. La CS también ha resuelto la cuestión en el mismo sentido.⁸⁸ De igual forma concluye la doctrina.⁸⁹

En cambio, en el marco de la Ley N° 20.190, su art. 16 contempla la posibilidad de constituir una o más prendas sobre una misma cosa y regula la preferencia entre ellas. Establece esta norma que se podrá constituir una o más prendas sin desplazamiento sobre un mismo bien. En este punto, la prenda sin desplazamiento difiere de la prenda regulada por el CC., pues en ella, según se dijo, dado que debe entregarse la cosa al acreedor prendario, sólo puede haber una prenda que grave la cosa. En cambio, en las prendas sin desplazamiento, la cosa permanece en poder del constituyente, de manera que nada impide la existencia de dos o más prendas sobre un mismo bien. De haber dos o más prendas sin desplazamiento, preferirán entre sí por el orden cronológico de sus respectivas inscripciones en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. No es, por ende, la fecha del contrato, sino la data de su inscripción, la que fija la preferencia entre los distintos acreedores prendarios.

5.4. Requisitos externos de la prenda.

a) Requisito externo de la prenda civil: entrega de la cosa.

La prenda civil, como lo deja en claro el art. 2386 del CC., 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 del CC. Pero la jurisprudencia mayoritaria exige entrega real y efectiva. Somarriva adhiere a esta doctrina, argumentando al efecto:

ocurre esto último, no será aplicable lo dispuesto en el N° 2 del art. 1496 del CC., referido a la caducidad del plazo, y que dispone: “El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es: (...) 2°. Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones.” De cualquier manera, si las cosas no se hubieren valorado, el contrato de prenda deberá señalar las particularidades tendientes a individualizar los bienes prendados, señalar si son fungibles o no, y si lo fueren, determinar su especie, cantidad, calidad, graduación y variedad.

⁸⁷ Podría ocurrir que una persona sea deudora de una sucesión, integrada por dos o más personas, que colectivamente son “su acreedor”. No vemos inconveniente, en tal caso, para que el deudor constituya la prenda, pero cuidando de designar los herederos a uno de ellos o a un tercero, para que reciba la cosa pignorada. Por lo demás, así lo permite el art. 1526, N° 1, del CC.

⁸⁸ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 231-233.

⁸⁹ Antonio Vodanovic H., ob. cit., p. 619.

- 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 créditos⁹⁰.

La misma opinión sostiene Vodanovic, quien señala al respecto: “Al decir el art. 2386 que el contrato de prenda se perfecciona por la entrega de la cosa, ¿exige la entrega real, efectiva, material de la cosa al acreedor, o será suficiente la entrega simbólica o ficta de que habla el art. 684? Por ejemplo, ¿habría constitución de prenda si se estipula que el acreedor recibe la prenda, pero que la deja en manos del deudor en calidad de depositario? Una sentencia de la CS resolvió la cuestión afirmativamente, es decir, manifestó que una entrega simbólica era suficiente para perfeccionar el contrato de prenda. Pero afortunadamente la Corte no ha vuelto a incurrir en este error, y con posterioridad ha sido una jurisprudencia invariable la contraria: se ha resuelto que la entrega debe ser real. Es evidente que esta última es la buena doctrina. Varias razones hay para sostener que es necesaria la entrega real. Las principales: 1) El origen de la disposición del art. 2386: fue tomada por Bello, según las anotaciones al proyecto del 53 de Pothier, y este exigía la entrega real y efectiva. 2) Hay muchas disposiciones del CC., que parten de la base que la entrega sea real y efectiva. La obligación de conservar la cosa dada en prenda o la obligación de restituirla, que tiene el acreedor, suponen que este debe haber recibido materialmente la cosa. 3) La entrega que se hace al acreedor de la cosa viene a ser la publicidad de este contrato o derecho real. En otros términos, la entrega de la cosa equivale a la inscripción de la hipoteca en el Conservador de Bienes Raíces. Sólo a virtud de la entrega real van a saber los terceros que ese bien que pertenece al deudor está gravado con una prenda; ya que si este mismo bien permaneciera en poder del deudor, los terceros podrían ser engañados en cuanto a la solvencia del deudor; no habría forma de establecer que ese bien estaba gravado por una prenda”⁹¹.

Rodrigo Barcia adhiere también a la tesis de la entrega material, señalando que “La prenda del CC., en cuanto a su naturaleza, es un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa. Así, como destaca Obando Camino, la doctrina y la jurisprudencia contemporánea exigen la entrega real, material y efectiva de la cosa prendada o del título del crédito al acreedor prendario, para satisfacer los requerimientos de publicidad y eficacia del gravamen prendario. A su vez, como destaca el referido autor, la jurisprudencia aceptó en un primer momento la entrega simbólica y ficta de la cosa pignorada, incluso por convenio expreso con el acreedor prendario. Esta última postura jurisprudencial se extendió hasta la primera década del siglo XX, pese a existir alguna sentencia en sentido contrario en el mismo período. En resumen, no es suficiente el simple consentimiento o la escrituración para que se perfeccione

⁹⁰ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 242-243.

⁹¹ Antonio Vodanovic H., ob. cit., pp. 617-618.

la prenda, ya que la prenda exige que el deudor prendario entregue la cosa al acreedor en forma real o material”⁹².

La misma tesis sustenta Eduardo Sfeir: “... nos basta por agregar lo que se entiende por entrega, es decir, si ella debe ser real y efectiva o si basta con una entrega ficta o simbólica. Nuestra Jurisprudencia se ha pronunciado en los dos sentidos, pero últimamente se ha uniformado en el sentido de que ella debe ser real y efectiva (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XVIII, Segunda Parte, Sección Primera, pág. 259). En una sentencia publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo IV, Segunda Parte, Sección Primera, página 20, se estableció como suficiente una entrega ficta o simbólica. Pero fallos posteriores variaron totalmente la Jurisprudencia, y así en la misma Revista, Tomo XXX, Segunda Parte, Sección Primera, página 1, aparece un fallo de la Excelentísima CS en un juicio del Banco de Chile con Irineo de la Jara, en que se estableció que la entrega debe ser real y efectiva. El caso era en síntesis el siguiente: se constituyó una prenda quedando el objeto de esta en poder del deudor a título de depósito. La Corte Suprema en su considerando octavo estimó infringidos los arts. 2384 y 2386 del CC. y el 816 del Código de Comercio”⁹³.

Una opinión distinta plantea José Miguel Lecaros, al expresar que puede no haber entrega material, sino meramente simbólica, constituida por el mero acuerdo (*brevi manu traditio*) como ocurre si la cosa empeñada ya estaba en manos del acreedor prendario con anterioridad por un título distinto: “Tal sería el caso de que el acreedor prendario tenía la cosa en virtud de otros títulos de mera tenencia, como en calidad de depositario o comodatario y la sigue reteniendo siempre como mero tenedor pero de diferente status. En tal caso, el acreedor prendario tiene lo que la doctrina ha llamado una posesión mediata, esto es, mediante otro. También puede suceder que el acreedor prendario, que era dueño de la cosa, le vende al deudor para recibirla en empeño, obviándose en este caso también la entrega material. En síntesis, lo relevante no es tanto el hecho material del desplazamiento de la cosa empeñada, sino el hecho que la tenga alguien distinto al dueño”⁹⁴.

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 C. de C. (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, expresa Somarriva.⁹⁵ La misma posición sostiene Vodanovic.⁹⁶

⁹² Rodrigo Barcia Lehmann, ob. cit., p. 207. El trabajo que este autor cita es el de Iván Obando Camino, “La prenda especial de derechos de aguas. Antecedentes sobre derechos de aguas y contratos de garantía en perspectiva histórica (1855-1981)”, en *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI, Valparaíso, 2005, semestre II, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 251-313.

⁹³ Eduardo Sfeir Sfeir, ob. cit., p. 27.

⁹⁴ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 15.

⁹⁵ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 244.

⁹⁶ Antonio Vodanovic H., ob. cit., p. 618.

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

La entrega de la cosa prendada –afirma Somarriva- 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 derecho⁹⁷. Con todo, Vodanovic se pregunta si realmente la entrega de la cosa constituye tradición, señalando que hay dos opiniones: “Algunos creen que no constituye tradición, porque con anterioridad no existía el derecho real de prenda. La cosa estaba en el dominio del deudor y por primera vez se da en prenda: entonces, con anterioridad no existía el derecho real de prenda, y no existiendo, no cabe hablar de tradición, porque esta supone que el derecho existía en el patrimonio del tradente con anterioridad⁹⁸. Se concluye que estamos en presencia, no de tradición, sino de la constitución, del nacimiento del derecho de prenda. Otros creen que la entrega constituye tradición; argumentan que el derecho de prenda existía en estado latente en poder del dueño de la cosa, y en consecuencia, al constituirse la prenda, el dueño se ha desprendido de su derecho y se ha efectuado tradición. La cuestión es discutible; ambas doctrinas tienen base. Pero la primera parece al menos más conforme con la realidad”⁹⁹.

Nos parece que sí hay tradición, no obstante lo expuesto por Vodanovic. En efecto, todo derecho real se adquiere mediante un modo de adquirir y, en el caso de la prenda, si el constituyente es el dueño de la cosa y hace entrega de ella al acreedor prendario, en nuestra opinión lo que opera es la tradición. Tal es el modo de adquirir en virtud del cual el acreedor incorpora en su patrimonio el derecho real de prenda. Pero al igual que lo dijimos al estudiar el contrato de mutuo, esta tradición no supone al mismo tiempo un pago, pues el constituyente no estaba obligado a constituir la prenda (a menos que de manera previa, se hubiera celebrado un contrato de promesa en tal sentido). Por lo demás, lo mismo ocurre cuando se inscribe la escritura pública que contiene el contrato hipotecario. Dicha inscripción implicará tradición del derecho real de hipoteca, sin que se pueda afirmar que esta, como tal, existía en el patrimonio del propietario del inmueble. En ambos casos, la “constitución” de la prenda y de la hipoteca hace las veces de “tradición” del respectivo derecho real. Si seguimos la tesis de Vodanovic, el modo de adquirir, descartada la tradición, tendría que ser la ley, que le atribuye al acreedor prendario la titularidad del derecho real de prenda.

c) Forma como se perfecciona la prenda de créditos.

Según el art. 2389 del CC., 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: acerca de este requisito, se ha preguntado la doctrina si podría prendarse un crédito que no está escriturado. ¿Cómo podría en tal caso cumplirse con la exigencia de la entrega del título? Somarriva señala al respecto: “... se presenta la cuestión de saber si es posible dar en prenda un crédito no escriturado. Algunos

⁹⁷ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 244.

⁹⁸ En el caso del contrato de mutuo, según vimos, la tradición también presenta una particularidad: no constituye al mismo tiempo pago, pues no se realiza para dar cumplimiento a una obligación. En todo caso, aquí sí hay tradición, pues el mutuante era dueño de aquello que transfirió al mutuario.

⁹⁹ Antonio Vodanovic H., ob. cit., pp. 618-619.

estiman que no, fundándose en que no habría forma de cumplir con el requisito de la entrega, que es necesario para el perfeccionamiento de este contrato (cita a Dalloz en esta posición). Sin embargo a esta opinión puede observarse que el legislador al establecer la exigencia de la entrega sólo se refiere a los créditos escriturados, y no a aquellos que no consten por escrito, pues respecto a estos habría imposibilidad de cumplir con dicho requisito. Acontecería en este caso lo mismo que pasa en la cesión de créditos, donde también es necesario para su perfeccionamiento la entrega del título del cedente al cesionario. Y sin embargo se ha estimado con justa razón que los créditos no escriturados pueden cederse, porque la solución contraria equivaldría a dejar estos créditos fuera del comercio, privando así a sus dueños del atributo más importante que tiene el dominio, cual es la facultad de disposición. Por eso se concluye que la cesión de estos créditos puede hacerse por una escritura pública suscrita por cedente y cesionario que sea notificada al deudor. Y ahora bien, si es posible la cesión de créditos no escriturados ¿qué razón habría para no permitir que ellos se den en prenda? Nótese todavía que la constitución en prenda es un acto de menor trascendencia que la cesión, pues mientras aquella constituye un principio de enajenación, esta es una enajenación completa”¹⁰⁰. José Miguel Lecaros es de la misma opinión, pero advirtiendo que “parte de la doctrina ha interpretado muy enfáticamente el requisito de la entrega del título en el sentido de entrega material de un documento. Desde esta perspectiva, se podría dar en prenda un crédito que no consta en un documento escrito, sólo si previamente se escritura de alguna manera el crédito. Por ejemplo, mediante una escritura de reconocimiento de deuda”¹⁰¹.

- Notificación al deudor del crédito, prohibiéndole que le pague a su acreedor. Como se ha destacado, la ley exige que la constitución de la prenda se “notifique al deudor del crédito consignado en el título”, lo que haría tal notificación ineficaz si se notificara a otra persona, aunque se trate del verdadero deudor que hubiere adquirido dicha condición en virtud de algún traspaso de la deuda. Por tal motivo, será preciso verificar que en el título haya constancia actualizada del verdadero deudor¹⁰².

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 terceros¹⁰³.

En cuanto a la prohibición de pagar el crédito en otras manos, que se le impone al deudor una vez que se le notifica la constitución de la prenda, se ha señalado que “Contrariamente a lo que pudiera pensarse, esa prohibición no es una obligación de no hacer de carácter contractual. Es una prohibición legal, en que la ley no sólo la establece sino que obliga a notificarla. Luego, la infracción de esta obligación acarrearía la nulidad absoluta del pago que el deudor pudiera llegar a hacer ‘en otras manos’. Un pago tan nulo como aquellos a que se refiere el art. 1578 del CC. Como pago nulo, ha de considerarse un pago mal hecho y, aplicando el adagio de que ‘el que paga mal paga dos veces’, ha de llegarse a la conclusión de que el acreedor podría accionar contra el deudor sin que este pudiera, en tal evento,

¹⁰⁰ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 231-232.

¹⁰¹ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 32.

¹⁰² José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 29.

¹⁰³ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 245-246.

excepcionarse de haber pagado. Lo que deberá hacer en tal caso el deudor es ejercer –si procediere– las acciones por pago de lo no debido”¹⁰⁴.

Se ha sostenido, también, que el pago sería el único modo de extinguir la obligación del deudor en la prenda de créditos (salvo aquellos modos de extinguir que son hechos jurídicos y no actos jurídicos), pues en los demás casos, ello significaría admitir una colusión de intereses entre el deudor del crédito y el deudor prendario, que perjudique al acreedor prendario, hecho que ciertamente sería inaceptable. En el mismo sentido, el art. 1661 del CC., en las normas de la compensación, establece que “La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero”. Tal tercero, sin duda, podría ser el acreedor prendario¹⁰⁵.

¿Cómo ha de realizarse la notificación al deudor, ordenada en el art. 2389? Hay opiniones discrepantes en nuestra doctrina. Para Somarriva, la notificación debe hacerse a través de un receptor judicial, previa orden judicial¹⁰⁶. José Miguel Lecaros, en cambio, piensa que ello no sería necesario, pudiendo hacerse aquella a través de un Notario Público¹⁰⁷. La práctica adhiere a la segunda tesis, pues se notifica la constitución de la prenda al deudor a través de Notario Público.

Otro punto que ha generado opiniones contrapuestas, dice relación con la posibilidad de que el deudor, en lugar de ser notificado, tome conocimiento de la constitución de la prenda y la acepte, asumiendo entonces la prohibición que le impone la ley para pagarla en otras manos que las del acreedor prendario. Somarriva opina que la notificación puede ser reemplazada por la aceptación del deudor. Agrega que si bien no lo dice expresamente el legislador, sería posible aplicar por analogía lo dispuesto en el art. 1902 del CC., respecto a la cesión de créditos. Además, afirma que la aceptación del deudor vendría a ser una notificación tácita¹⁰⁸. José Miguel Lecaros, en cambio, sustenta otra opinión: “Hay quienes han sostenido que la aceptación por el deudor podría entenderse como una suerte de ‘notificación tácita’ de aquella a que alude el art. 55 del CPC. Estimamos, por el contrario, que aceptar ese criterio envuelve un desconocimiento del tenor de la ley y una extrapolación de una institución excepcionalísima, referida a las resoluciones judiciales, a un ámbito completamente distinto”¹⁰⁹.

En este debate, nos inclinamos por la primera opinión. En efecto, el Código, a propósito de la cesión de créditos, admite, como se dijo, que en lugar de notificar dicha cesión al deudor, este la acepte, para entender que a partir de ese momento le será oponible, de manera que no podrá pagar lo que debe al cedente o acreedor primitivo, sino al cesionario o nuevo titular del crédito. ¿Qué justifica aplicar una solución distinta en el caso de la prenda de un crédito, si consideramos que el propósito del legislador es el mismo, esto es, dar al deudor de la obligación cabal conocimiento de que su acreedor prendó el crédito y que ahora deberá hacer el pago –cuando corresponda–, al acreedor prendario? Aplicando el aforismo “donde existe la misma razón debemos aplicar la misma disposición”, nos parece que la aceptación es idónea para cumplir con lo preceptuado en el art. 2389. Por cierto, todo ello en la medida que la aceptación conste de manera indubitada, como ocurriría, por ejemplo, si el deudor concurre a la escritura en que se documentó la constitución de la prenda sobre el crédito.

¹⁰⁴ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., pp. 29-30.

¹⁰⁵ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 30.

¹⁰⁶ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 246.

¹⁰⁷ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 30.

¹⁰⁸ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 246.

¹⁰⁹ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 30.

El CC. alude en el art. 2389 a la prenda sobre un crédito, sin más distingos, de manera que debemos entender que alude a aquellos créditos regulados por dicho Código, esto es, los “nominativos” o “créditos personales”, como los califica en el Título XXV del Libro IV, al tratar de la cesión de derechos. En cambio, la prenda sobre los créditos a la orden, es decir endosables, está regulada por la Ley N° 18.092, que dicta normas sobre letra de cambio y pagaré. Dicha prenda debe constituirse mediante endoso. Dispone su art. 17: “El endoso es el escrito por el cual el tenedor legítimo transfiere el dominio de la letra, la entrega en cobro o la constituye en prenda./El endoso debe estamparse al dorso de la letra misma o de una hoja de prolongación adherida a ella./El endoso debe ser firmado por el endosante./Bajo la responsabilidad del endosante, su firma podrá estamparse por otros procedimientos que se autoricen en el reglamento en los casos y con las formalidades que en él se establezcan”. Conforme al art. 21 de la misma Ley, el endoso: “Importa constitución en prenda cuando incluye la cláusula ‘valor en prenda’, ‘valor en garantía’ u otra equivalente”.

El art. 30, por su parte, establece: “El endoso en garantía faculta al portador para ejercer todos los derechos emanados de la letra, cobrarla judicial y extrajudicialmente y aplicar sin más trámite su valor al pago de su crédito, con obligación de rendir cuenta al endosante. Sin embargo, a menos que se establezca lo contrario, el endosante no responde de la aceptación o pago de la letra. Mientras el endosatario mantenga la letra en su poder, debe practicar todas las diligencias necesarias para conservar los derechos emanados de ella./El endoso hecho por el endosatario en garantía, sólo vale como endoso en cobro./La disposición del artículo 28 es aplicable al endoso en garantía”.

El art. 28 consagra el principio de la literalidad de la letra de cambio, que opera también en favor del endosatario en prenda: “La persona demandada en virtud de una letra de cambio no puede oponer al demandante excepciones fundadas en relaciones personales con anteriores portadores de la letra”.

Las normas citadas se aplican también al endoso de un crédito documentado en un pagaré, conforme a lo que disponen los arts. 106 y 107 del mismo cuerpo legal. El primero reza: “El suscriptor de un pagaré queda obligado de igual manera que el aceptante de una letra de cambio”.

El segundo: “En lo que no sean contrarias a su naturaleza y a las disposiciones del presente Título son aplicables al pagaré las normas relativas a la letra de cambio”.

Tratándose de la prenda sobre un crédito al portador, la doctrina está conteste en que debe constituirse por la simple entrega, sin necesidad de notificar al deudor. Ello, porque el título al portador se puede asimilar a las cosas corporales, y porque él se paga a quien lo presente¹¹⁰.

El art. 7 de la Ley N° 20.190, por su parte, establece los requisitos que deben cumplirse para hacer oponible al deudor una prenda sin desplazamiento sobre créditos nominativos:

- i) Debe ser notificada la prenda al deudor del crédito pignorado, judicialmente o por medio de un notario con exhibición del título, prohibiéndole que lo pague en otras manos;
- ii) No será necesaria esta notificación, si mediare aceptación por escrito por parte del deudor del crédito pignorado (usualmente, el deudor comparecerá a la misma escritura pública o privada que dé cuenta de la constitución de la prenda);
- iii) Si no media notificación al deudor o su aceptación por escrito, el contrato de prenda le será inoponible.

¹¹⁰ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 247; José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 32.

iv) Una copia del título que consigne el crédito nominativo que se otorgue en prenda será protocolizada al tiempo de suscribirse el contrato de prenda y en este deberá hacerse mención de la protocolización de aquel.

Comparando lo dispuesto en el art. 7 de esta Ley, con lo preceptuado en el art. 2389 del CC., que regula la prenda de créditos, puede observarse que en la primera norma, la notificación es un requisito de oponibilidad del contrato, mientras que en el segundo precepto, la notificación es un requisito para que se perfeccione el contrato de prenda. La solución de la Ley N° 20.190 se encuadra más bien en la establecida en el CC. a propósito de la cesión de los créditos nominativos, en el art. 1902. Además, en el art. 7 citado, se establece como alternativa a la notificación, la aceptación por escrito hecha por el deudor del crédito pignorado, mientras que el art. 2389 del CC. sólo admite la notificación al deudor (aunque según expresamos, a nuestro juicio sería posible que el deudor acepte la constitución de la prenda y, por ende, se entienda tácitamente notificado). En fin, el art. 7, despejando cualquier duda, exige una notificación judicial, lo que el CC. no hace, aunque la doctrina mayoritaria ha concluido, según se expresó, que ha de hacerse a través de un receptor judicial. Por cierto, la notificación debiera hacerse, en ambos casos, previa orden de un juez. No estamos, por ende, en ninguno de los dos casos, ante aquella hipótesis en que la notificación se realiza a través de un receptor judicial, aunque actuando sin previa orden de un juez, como en la hipótesis prevista en el art. 1601, inc. 3, del CC., referido al pago por consignación, que reza: “No será necesario decreto judicial previo para efectuar la oferta ni para hacer la consignación”.

d) Constitución de las prendas especiales.

Lo que caracteriza a la mayoría de las prendas especiales, es que a diferencia de lo que ocurre en la prenda civil, en las primeras no hay desplazamiento de la cosa, salvo en los casos de la prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos y de la prenda mercantil, que son prendas con desplazamiento, igual que la prenda civil. Por lo tanto, en las demás prendas especiales, 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.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, según dispone el art. 1 de la Ley N° 18.690: “El contrato de almacenaje es aquel en virtud del cual una persona llamada depositante entrega en depósito a otra denominada almacenista mercancías de su propiedad de cualquier naturaleza, para su guarda o custodia, las que pueden ser enajenadas o pignoras mediante el endoso de los documentos representativos de las mismas emitidos por el almacenista, esto es, del certificado de depósito o del vale de prenda, en su caso, todo de conformidad a las disposiciones de la presente ley”.

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 (art. 8 de la Ley N° 18.690, ya transcrito).

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. Establece el art. 10 de la Ley N° 18.690: “Todo endosatario del certificado de depósito y del vale de prenda deberá hacer anotar el endoso en el respectivo registro del almacenista. De este acto se dejará constancia por el almacenista en el certificado o vale de prenda cuyo endoso se anotare./En tanto no se efectúe la anotación a que se refiere el inciso anterior, el endoso no producirá efecto alguno respecto de terceros. / De todo embargo deberá dejarse constancia en los registros del almacén para que tenga efectos respecto de terceros. No podrán embargarse mercaderías depositadas cuando estas se encuentren dadas en prenda”.

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 prenda¹¹¹.

d.2) Prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos.

Distinguimos según si se trata de:

- Títulos al portador: el contrato de prenda se perfecciona con la simple entrega del título al banco, según dispone el art. 1° de la Ley N° 4.287: “Los bonos y cualesquiera otros valores mobiliarios al portador que se entreguen a una empresa bancaria en garantía de operaciones o contratos que se celebren o que hayan de celebrarse más adelante con la misma empresa, se entenderán constituidos en prenda a favor de esta, por su sola entrega, siempre que no conste expresamente que dicha entrega se ha efectuado con un objeto distinto”.
- Títulos a la orden: se perfecciona la prenda mediante el endoso en garantía, no siendo necesario notificar al deudor, de conformidad al art. 2° de la Ley N° 4.287: “Los créditos a la orden de cualquiera clase que sean, podrán darse en prenda a un Banco mediante el endoso en garantía, en la forma establecida en el artículo 660 del Código de Comercio, modificado por el decreto-ley núm. 777, sin necesidad de notificación 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 Público. Dispone el art. 3° de la Ley N° 4.287: “La prenda a favor de un Banco sobre acciones nominativas de sociedades anónimas o en comandita podrá constituirse por escritura pública o privada, y deberá además notificarse por medio de un Ministro de Fe a la respectiva Sociedad para los efectos de lo dispuesto en el artículo 2389 del Código Civil”.

Pero además, en la práctica, los bancos exigen que el constituyente de la prenda haga entrega al banco acreedor de los títulos de las acciones pignoradas; en efecto, sólo teniendo en su poder dichos títulos, podrá el banco recurrir al procedimiento de enajenación regulado en el art. 6° de la Ley mencionada: “Vencida alguna de las obligaciones garantizadas con prenda de los valores a que se refieren los artículos anteriores, podrá la empresa bancaria, después de una simple notificación judicial al deudor y transcurridos siete días, desde la fecha de dicha notificación, proceder a la enajenación de la prenda sin más intervención de la justicia ordinaria que la expresada y sin sujeción a los trámites establecidos por el Código de Procedimiento Civil y por el decreto-ley número 776, de 19 de Diciembre de 1925, ni a las reglas del artículo 2397 del Código Civil./Sólo se venderán valores en cantidad suficiente

¹¹¹ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 251-252.

para efectuar el pago de las obligaciones vencidas y la venta se llevará a efecto en remate en una Bolsa de Comercio, legalmente establecida, por orden escrita del Banco acreedor./Si la prenda consistiere en acciones nominativas, la inscripción en los registros de la sociedad a nombre del comprador, se hará en virtud de un traspaso que firmarán el comprador y el Gerente de la Bolsa respectiva, en representación del dueño de las acciones”.¹¹²

Cabe advertir que esta 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 acciones¹¹³.

d.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 art. 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 cualquiera 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 este no produzca ningún efecto civil (art. 1443 del CC.). 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”¹¹⁴. 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 (art. 1683 del CC.).

Dispone también el art. 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.

¹¹² El Tribunal Constitucional, por sentencia de fecha 1 de septiembre de 2015, autos Rol N° 2.701, declaró la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de parte del art. 6 de la Ley N° 4.287, en cuanto declara tal precepto: “después de una simple notificación judicial al deudor y transcurridos siete días, desde la fecha de dicha notificación”, y “sin más intervención de la justicia ordinaria que la expresada y sin sujeción a los trámites establecidos” y “ni”. La decisión del Tribunal, se fundó en la vulneración al artículo 19, N° 3 de la Constitución Política de la República, en lo que respecta al derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Hubo voto disidente, suscrito por tres Ministros, que estuvo por rechazar la acción. Cfr. sentencia en página web del citado Tribunal (www.tribunalconstitucional.cl).

¹¹³ Manuel Somarriva Undurraga, *Ibidem*, pp. 252-253.

¹¹⁴ Víctor Vial del Río, *ob. cit.*, p. 149.

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 (art. 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) 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 C. de C.). Entre las partes, se siguen entonces las mismas reglas del CC.

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 (arts. 814 y 815 del C. de C.).

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 exigencia 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 C. de C.);

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 deudor¹¹⁵.

El art. 818 del C. de C. consigna que la obligación que el art. 811 impone al depositario es extensiva al acreedor que recibe un crédito en prenda. Recordemos que si el depósito consistiere en documentos de crédito que devengan intereses, el depositario está obligado a cobrarlos y a practicar todas las diligencias necesarias para conservar los derechos del depositante.

El art. 819 del C. de C. señala que, si el crédito pignorado devenga intereses, el acreedor los imputará al pago de los que a él se le deban por su propia acreencia. Si la deuda garantida por la prenda no gana intereses, los intereses que devengue el crédito prendado se aplicarán en parte de pago del capital asegurado.

6.- Efectos del contrato de prenda.

Pueden estudiarse tanto con respecto al acreedor como en relación al deudor y/o constituyente. 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.

6.1. Efectos del contrato de prenda en relación al acreedor prendario.

¹¹⁵ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 248-250.

a) Derechos del acreedor prendario.

Estudiaremos cinco derechos que el contrato confiere al 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, inc. 1º: “El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda en todo o parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia”.

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, la contemplada en el art. 1591, inc. 2º: “El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban”.

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.

En el primer caso, se favorece al deudor. En el segundo caso, al acreedor prendario.

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

i) Solicitud del deudor para sustituir la cosa prendada.

El art. 2396, inc. 2º, 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: “Con todo, si el deudor pidiere que se le permita reemplazar la prenda por otra sin perjuicio del acreedor, será oído”.

La norma dice que el deudor “será oído” en esta pretensión, lo que implica que deberá plantearse su solicitud a la justicia, ante la negativa del acreedor de reemplazar la cosa pignorada. 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.

En algunas legislaciones, como la peruana, el derecho para pedir la sustitución de la cosa pignorada se confiere a cualquiera de las partes. En el Código chileno, sólo al deudor.

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; este es un caso en que el propio legislador, mediante una norma permanente, vulnera la “ley del contrato”.
- 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, aun cuando de ello no se le siguiera perjuicio alguno.

A su vez, nada impide que el deudor solicite la sustitución de la cosa pignorada, cuando esta perteneciere a un tercero que ha consentido en caucionar una deuda ajena. El precepto no establece ninguna distinción al respecto, de manera que debemos entender que opera sea que la cosa pertenezca al deudor, sea que ella fuere de propiedad de un tercero. En el segundo caso, sin embargo, parece lógico que junto con el deudor, comparezca en la petición el dueño de la cosa. Pero lo que no podría ocurrir es que el tercero garante prendario solicite la sustitución sin intervención del deudor, pues el derecho que se establece en el inc. 2º del art. 2396, se le confiere al “deudor”, no al tercero.

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 art. 2396, inc. 3º, dispone que si el acreedor abusa de la cosa prendada pierde su derecho: “...si el acreedor abusa de ella, perderá su derecho de prenda, y el deudor podrá pedir la restitución inmediata de la cosa empeñada”.

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.

Al igual que lo dijimos al tratar del comodato, y referirnos al caso consignado en el art. 2177 del CC., Luis Claro Solar entiende que, en el art. 2396, operaría una hipótesis de condición resolutoria tácita, a pesar de encontrarnos ante un contrato unilateral. Después de aludir al comodato, en un párrafo que ya citamos en el estudio de ese contrato, expresa a propósito de la prenda: “Del mismo modo, en el contrato de prenda, el deudor podrá pedir la restitución inmediata de la cosa dada en prenda y se resuelve el derecho de prenda, según el art. 2396, si el acreedor abusa de la cosa dada en prenda. En todos estos casos y en otros, aunque no se trate de contratos bilaterales, la ley aplica al incumplimiento los efectos de una condición resolutoria tácita”¹¹⁶.

En contra, René Abeliuk, cuya opinión –tomamos la licencia- volvemos a citar: “igualmente, si el acreedor prendario abusa de la cosa dada en prenda, el deudor puede pedir

¹¹⁶ Luis Claro Solar, *Explicaciones*, Tomo X, ob. cit., p. 174.

su inmediata restitución (Art. 2396, inc. final). Se trata, pues, de obligaciones accesorias cuya infracción permite exigir el cumplimiento inmediato, mas no resolución”¹¹⁷. Por el mismo argumento apuntado en el estudio del comodato, adherimos a la tesis de Abeliuk, pues resulta imposible revertir el tiempo durante el cual el acreedor prendario retuvo la cosa para la seguridad de su crédito. No puede operar, por ende, el efecto fundamental de la condición resolutoria cumplida.

Excepcionalmente, el acreedor puede usar de la cosa prendada:

- Cuando el deudor lo autoriza;
- Tratándose de una prenda de dinero, en la hipótesis en la que el acreedor pasa a ser dueño del dinero dado en garantía (ya hemos visto que no siempre será así);
- 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 (art. 2403). Aunque nuestro Código nada agrega, debe entenderse que tales frutos se imputarán primero a los gastos en que se hubiere incurrido, luego a los intereses que se adeudaren, y una vez pagados estos, al capital de la deuda, por aplicación de las normas del pago. En otros Códigos, se consagra un orden similar.

iii) Caso de la prenda tácita.

Está contemplado en el art. 2401, del siguiente tenor: “Satisfecho el crédito en todas sus partes, deberá restituirse la prenda. / Pero podrá el acreedor retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes: 1.º Que sean ciertos y líquidos; 2.º Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda; 3.º Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior”.

Por regla general, extinguida la deuda, el deudor puede solicitar la restitución del bien empeñado. Pero el art. 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 precepto¹¹⁸. Se produce, entonces, lo que los autores denominan “la prenda tácita”. El legislador la establece interpretando la voluntad del acreedor. Si este 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.

¹¹⁷ René Abeliuk Manasevich, ob. cit., Tomo I, p. 512.

¹¹⁸ Creemos que esta figura tiene su origen en un rescripto del Emperador Gordiano, al que alude Guzmán Brito en los siguientes términos al tratar de la “actio pigneraticia”, es decir, la acción que tenía el pignorante en contra del pignoratario, cuando la deuda garantizada con la prenda había sido satisfecha, exigiéndose por ende la devolución de la cosa empeñada. Igual que en nuestros días, el derecho a retener la cosa por el acreedor prendario no podía invocarse frente a un tercero (garante prendario) que hubiere caucionado la deuda, sino sólo ante el deudor: “Un rescripto tardío, del emperador Gordiano (del año 239), confirió al pignoratario una exceptio doli en contra de la actio pigneraticia, si, pese a haberse extinguido la deuda caucionada con la prenda, debido a lo cual exigió su devolución el pignorante, este todavía le debe dinero a título de mutuo, aunque dicha prenda no garantizara ese mutuo. El pignoratario, pues, tiene una suerte de derecho de retener la prenda hasta que le pague la otra deuda o se le garantice de modo diverso pero suficiente su cancelación. Hablamos de ‘prenda gordiana’ (‘pignus Gordianum’). Pero estrictamente no es una prenda, sino, como se dijo, un derecho de retener la prenda en función de otra obligación originalmente no garantizada con ella. Por lo demás, el rescripto se refiere únicamente a que la otra obligación sea de dinero mutuado. Este derecho lo tiene el pignoratario frente al pignorante-deudor, no frente al que garantizó con prenda una deuda ajena. Nada dice el rescripto acerca de si el acreedor que retiene la prenda continúa gozando del derecho real, de modo de recuperarla si pierde su posesión, ni puede venderla para pagarse del dinero mutuado aún indebido. La extensión del ‘pignus Gordianum’ a todas las demás deudas que pueda haber entre el deudor pignorante y el pignoratario es obra del Derecho moderno”: Alejandro Guzmán Brito, *Derecho*, Tomo I, ob. cit., p. 867.

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 este permaneciera ligado por las nuevas obligaciones contraídas por el deudor¹¹⁹.

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, sucesión por causa de muerte o tuviere su origen en la responsabilidad extracontractual del deudor¹²⁰.

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

- Que el nuevo crédito sea cierto y líquido, es decir, que además de existir, sepamos a cuánto 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 art. se refiere al momento en que este 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”, refiere Somarriva¹²¹. Lecaros concluye en la misma forma¹²².

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. Establece el art. 2393: “Si el acreedor pierde la tenencia de la prenda, tendrá acción para recobrarla, contra toda persona en cuyo poder se halle, sin exceptuar al deudor que la ha constituido./Pero el deudor podrá retener la prenda pagando la totalidad de la deuda para cuya seguridad fue constituida./Efectuándose este pago, no podrá el acreedor reclamarla, alegando otros créditos, aunque reúnan los requisitos enumerados en el artículo 2401”.
- 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. Dispone el art. 2404: “Si el deudor vendiere la cosa empeñada, el comprador tendrá derecho para pedir al acreedor su entrega, pagando y consignando el importe de la deuda por la cual se contrajo expresamente el empeño./Se concede igual derecho a la persona a quien el deudor hubiere conferido un título oneroso para el goce o tenencia de la prenda./En ninguno de estos casos podrá el primer acreedor excusarse de la restitución, alegando otros créditos, aun con los requisitos enumerados en el art. 2401”.

¹¹⁹ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 260-261.

¹²⁰ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 261.

¹²¹ Manuel Somarriva Undurraga, ob. cit., p. 261.

¹²² José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., pp. 47-48.

De esta manera, además del comprador, podrían ejercer el derecho de reclamar la cosa un usufructuario (siempre que el usufructo se hubiere constituido mediando un pago) o un arrendatario, por ejemplo¹²³.

En relación a la venta de la cosa que realice el constituyente, encontrándose aquella en manos del acreedor prendario, nos parece que la norma del art. 2404 podría servir de fundamento para aseverar que no sería posible estipular, al tiempo de convenir el contrato de prenda, que le queda prohibido al constituyente celebrar tal contrato, mientras la obligación caucionada con la prenda no haya quedado completamente pagada. Por lo demás, no olvidemos que la doctrina ha tendido a inclinarse por la tesis de que la facultad de disposición es de orden público y, por ende, no puede restringirse por el acuerdo de las voluntades de los particulares, sino sólo por la ley o por el juez. Por ello, la prohibición meramente convencional de enajenar, sería ineficaz, y el dueño de la cosa de igual manera podría transferirla (se entiende que en tal caso, la tradición tendría que ser ficta o simbólica, recurriendo a algunas de las figuras del art. 684 del CC.). Empero, no es menos cierto que podría argumentarse en contra que en el título de la prenda no se contempla una norma similar a la del art. 2415 del CC., en las normas de la hipoteca, en virtud de la cual se advierte expresamente que “El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario”. Sin embargo, no creemos que el silencio del legislador en el título de la prenda, implique que acepte de manera implícita que se coarte la facultad de disposición del propietario de la cosa pignorada. Una deducción de esta clase contraviene, además, el principio de la libre circulación de los bienes, sobre el cual se funda el CC.

A su vez, si el acreedor prendario, respondiendo a una solicitud del constituyente, autorizare o consintiere en la venta, donación, permuta, etcétera, que el segundo haga de la cosa, pensamos que ello, en ningún caso, puede entenderse como un acto de renuncia tácita al derecho real de prenda por el pignoratario. Aunque es cierto que en el Derecho romano se entendía que ocurría en tal caso una suerte de remisión tácita de la prenda si el acreedor prendario no se reservaba su derecho¹²⁴, no existe en nuestros días una norma que permita arribar a similar conclusión. En este sentido, creemos que debe concluirse en los mismos términos en que lo hace Somarriva, respecto a la hipoteca: “Para nuestro legislador la renuncia de la hipoteca es un acto solemne: debe hacerse por escritura pública y anotarse al margen de la inscripción hipotecaria. En consecuencia, no es aceptable entre nosotros la renuncia tácita de la hipoteca que admiten los autores franceses, quienes inspirándose en Pothier, estiman por ejemplo, que existiría esta clase de renuncia si el acreedor hipotecario concurre a la escritura de venta del inmueble hipotecado. Sin duda es preferible el sistema del Código Chileno, porque en materia de tanta importancia cual es la de la garantía hipotecaria es peligroso deducir intenciones de renuncia cuando ella no se ha formulado expresamente”¹²⁵.

Se pregunta Manuel Somarriva si el art. 2401 establece un mero derecho de retención (como cree Guzmán Brito, al referirse a la figura en el Derecho romano) o un derecho de prenda con todos sus atributos, cuestión que tiene importancia práctica, pues si bien tanto el acreedor prendario como el retencionario gozan de privilegio y de derecho de realización, la retención, a diferencia de la prenda, no da derecho de persecución. Por ello, se advierte que

¹²³ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 257-266.

¹²⁴ Alejandro Guzmán Brito, *Derecho*, Tomo I, ob. cit., p. 728.

¹²⁵ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 483.

si el art. 2401 consagra un derecho de retención simple, no procedería la acción de persecución contra terceros. Por el contrario, si se estima que otorga una prenda, ello sería perfectamente posible. Somarriva, reconociendo que la cuestión es discutible, sobre todo porque la ley habla de retener la prenda, cree que hay un derecho de prenda con todos sus atributos. Funda su opinión en la historia fidedigna de la ley, pues en los primeros proyectos de Código, decía la norma, con mayor precisión: “Además, si posteriormente al contrato de prenda ha contraído respecto al mismo acreedor una nueva deuda, la prenda, aun sin estipulación expresa, se considerará ligada a la seguridad de ambos créditos”; asimismo, en el tenor del art. 2402, al expresar “y si la prenda se hubiere constituido para la seguridad de dos o más obligaciones, o, constituida a favor de una sola se hubiere después extendido a otras, según el artículo precedente”, lo que coloca en la misma situación al primitivo y al nuevo crédito, con respecto a la garantía que para ellos significa la prenda¹²⁶. Lo mismo plantea José Miguel Lecaros, afirmando que estamos ante un caso de derecho real de prenda propiamente tal y no un simple derecho legal de retención¹²⁷. Concordamos con estas opiniones. Pensamos que, en este caso, nos encontramos ante un caso de contrato forzoso, de aquellos que la doctrina llama “heterodoxos” y que preferimos denominar “fictos”. En efecto, el contrato de prenda se crea directamente por el legislador, “de un solo golpe”, sin que se manifieste nuevamente la voluntad de las partes.

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 este puede enervar tal acción, si paga la deuda al acreedor. En este caso, según vimos, no opera la prenda tácita¹²⁸.

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 art. 2397. Dispone este precepto: “El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios./Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados”.

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 inc. 1º del art. 2397¹²⁹. 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 (art. 2397, inc. 1º). Pero el hecho de que esta facultad sea irrenunciable no significa que el acreedor esté obligado a ejercitarla, porque puede conformarse con retener la

¹²⁶ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 262-264.

¹²⁷ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 48.

¹²⁸ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 266.

¹²⁹ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 269.

cosa empeñada (lo que no significa que se transforme en dueño, art. 2397 inc. 2º) y el deudor no lo podría compeler a que iniciara el procedimiento de realización¹³⁰.

La realización se efectúa mediante el remate de la prenda, facultando el art. 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 art. 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 subasta¹³¹. En realidad, nadie puede, válidamente, comprar algo propio. A nuestro juicio, lo que aquí acontece es simplemente que el deudor que había prendado la cosa paga la obligación, en la oportunidad postrera que tenía, y con ello impide la venta forzada. Si el deudor no era propietario de la cosa, sino que lo era un tercero que tenía la calidad de “garante prendario”, y quien se adjudica la cosa en la subasta es el deudor, estaremos sí ante una compraventa. En tal caso, puesto que el precio será percibido por el acreedor, no le quedará al tercero garante otro camino que accionar en contra del deudor, para que le resarza el perjuicio sufrido al perder el dominio de la especie pignorada. Si quien paga la deuda antes de practicarse la subasta fuere el garante prendario, se subrogará en el crédito y podrá, por ende, dirigirse en contra del deudor.

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

Dispone su art. 1º: “El acreedor de una obligación caucionada con prenda, podrá pedir, vencido el crédito principal a que acceda que dicha prenda sea realizada con arreglo al procedimiento establecido en la presente ley./Se comprenden en las disposiciones de esta ley toda clase de garantías sobre bienes muebles que se entreguen a un acreedor, sea bajo la forma de una venta condicional, de un pacto de retroventa o de otra manera; sin que valga estipulación alguna en contrario./Tampoco podrá estipularse así a la fecha del contrato principal como en ningún momento posterior, que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, de apropiársela o de realizarla en otra forma que la prescrita en esta ley”.

Como es lógico, para que pueda llevarse a cabo el procedimiento de realización de la especie prendada, será necesario que el crédito del acreedor y el propio contrato de prenda consten en un título ejecutivo. Establece el art. 2º del Decreto Ley: “Para ejercer el derecho a que se refiere el primer inciso del art. anterior, el acreedor deberá hacer valer un título que tenga fuerza ejecutiva, de acuerdo con los artículos 456 a 459 del Código de Procedimiento Civil¹³², en la cual conste así la obligación principal como la constitución de la prenda. / Si la prenda se hubiere constituido por contrato separado de la obligación principal, ambos títulos deberán tener el carácter de ejecutivos”.

El deudor, con todo, 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 (art. 2399).

El art. 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

¹³⁰ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 269.

¹³¹ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 269.

¹³² La referencia a los arts. 456 a 459 del CPC., hoy debe entenderse hecha a los arts. 434 a 437 del mismo Código.

- Si fueren varias las obligaciones caucionadas con la prenda, hay que atenerse a las normas generales relativas a la imputación del pago (arts. 1595 a 1597).

El art. 2397 otorga al acreedor dos derechos:

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

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

Respecto del derecho principal, dispone el art. 5° del Decreto Ley N° 776 que, salvo acuerdo de las partes tomado en el comparendo a que alude el art. 3° del mismo cuerpo legal, la prenda se realizará en la forma siguiente:

- Si se trata de acciones de sociedades, efectos de comercio o títulos de créditos públicos o particulares, la realización se hará en remate en rueda de Bolsa autorizada, si existiere en la comuna o la provincia de asiento del Tribunal, sin minimum para las posturas y avisándose el remate en los términos del art. 489 (antes art. 511) del CPC¹³³. Si no existiere Bolsa autorizada, el juez señalará el lugar en que deba efectuarse el remate. Pero este procedimiento de venta no se aplicará, si se trata de una prenda sobre valores mobiliarios a favor de los bancos, pues en tal caso, el art. 6 de la Ley N° 4.287 contempla el procedimiento de venta al que ya hicimos referencia.

- Si la prenda consistiere en bienes susceptibles de venderse en martillo, la realización de la prenda se hará en el lugar en que ellos se encuentren o en la casa del martillo del encargado, también sin minimum para las posturas y previa la publicación de avisos prescrita en el art. 489 antes citado.

El art. 6 del Decreto Ley N° 776 dispone por su parte que dentro de segundo día desde la realización de la prenda, el encargado de ella rendirá cuenta al tribunal de la causa de su resultado y consignará en una institución de crédito o en arcas fiscales (en la práctica, se consigna en la cuenta corriente que el tribunal mantiene en el Banco del Estado), a la orden del mismo tribunal, el producto total de la realización. La cuenta se pondrá en conocimiento de las partes interesadas y se tendrá por aprobada si no fuere objetada dentro de tercero día. Si se formularen objeciones, se tramitarán y resolverán como incidente. Agrega el art. 7 del mismo cuerpo legal que el deudor o el dueño de la prenda pueden rescatar el bien pignorado, mientras no se haya verificado el remate, consignando una cantidad suficiente para responder al pago de la deuda y las costas causadas (norma similar a la del art. 2399 del CC.). El art. 8 consigna a su vez que el acreedor conservará sobre el producto líquido, de la realización de la prenda o sobre la suma consignada según el art. 7, los mismos derechos que tenía sobre la prenda, mientras no se extinga legalmente la obligación caucionada con ella.

Con la vigencia del Decreto Ley N° 776, se planteó la interrogante de saber si el acreedor prendario conservaba el segundo derecho -el de adjudicarse el bien empeñado hasta concurrencia de su crédito a falta de posturas admisibles y previa tasación de peritos-, 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:

¹³³ Dispone el art. 489 del CPC.: “El remate, con el señalamiento del día y hora en que debe tener lugar, se anunciará por medio de avisos publicados, a lo menos por cuatro veces en un diario de la comuna en que tenga su asiento el tribunal, o de la capital de la provincia o de la capital de la región, si en aquella no lo hubiere. Los avisos podrán publicarse también en días inhábiles. El primero de los avisos deberá ser publicado con quince días de anticipación, como mínimo, sin descontar los inhábiles, a la fecha de la subasta./Si los bienes están en otra comuna, el remate se anunciará también en ella o en la capital de la respectiva región, si fuere el caso, por el mismo tiempo y en la misma forma./Los avisos serán redactados por el secretario y contendrán los datos necesarios para identificar los bienes que van a rematarse”.

- El Decreto Ley citado en parte alguna confiere esta facultad al acreedor, a diferencia de lo dispuesto en el CPC. 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 Decreto Ley 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 Decreto Ley: 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 sea¹³⁴.

Si la prenda recae sobre un crédito de dinero, el Decreto Ley 776 establece en su art. 12 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. Como lo habíamos comentado al tratar de la prenda de crédito, este precepto establece una obligación para el acreedor prendario, desde el momento que emplea la expresión “deberá cobrarlo”. Nótese que la ley, además, consagra una hipótesis de representación legal en favor del acreedor, para los efectos del cobro respectivo. Como tal representante, una vez ejecutada su gestión, deberá asimismo rendir cuenta a su representado, es decir, a su deudor (acreedor del crédito cobrado).

a.3.2) Proscripción del pacto comisorio

El art. 2397 excluye asimismo el pacto comisorio o “*lex commisoriae*”¹³⁵, como se le denominaba en el Derecho romano.¹³⁶ Aceptada inicialmente, después fue proscrita en el

¹³⁴ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 270-271.

¹³⁵ Como subraya Guzmán Brito, la palabra “*lex*” no alude a la ley en su sentido moderno, sino a la *lex privata* del contrato o pacto: Alejandro Guzmán Brito, *Derecho*, Tomo I, ob. cit., p. 725.

¹³⁶ El llamado pacto comisorio será prohibido por una Constitución del año 320 del Emperador Constantino, pues las prácticas “derivadas del pacto comisorio, distorsionaban la naturaleza de la prenda convirtiéndola en una compraventa con fines de garantía en las que el valor del bien comisado era superior al crédito. Para luchar contra las prácticas usureras de los acreedores ávidos de encubrir intereses ilegales aparece en el año 320 la Constitución del Emperador Constantino: ‘Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quid igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt’. El Emperador Constantino en su disposición legal establece la abolición haciéndose eco de los engaños y abusos que se cometen con el pacto comisorio, sobre todo porque se entregan en garantía de comiso bienes de valor superior (a la deuda) (...) La Constitución promulgada en Sofía trata de relajar la posición del deudor, como señala el fragmento –hac sanctione respiret- para que este respire recuperando los objetos entregados en garantía y por tanto estos ya no sean objeto de adquisición del acreedor (...) la entrega con el pacto comisorio en el *pignus* implicaba en ocasiones el abuso por parte de los acreedores frente a la posición débil del deudor que se veía con un bien dado en garantía de valor superior al crédito garantizado. El Emperador parece que se presenta en palabras de Cenderelli como pródigo de las concesiones y de la simplificación. En lo que concierne al pacto es obvio que se posiciona a favor de los deudores frente a los posibles usureros que anteriormente cometían injusticias por el valor de los bienes comisados. Desde mi punto de vista la ratio de la prohibición responde sin duda a la influencia de varios factores, no sólo la impronta de la religión cristiana, sino también a la defensa de los desfavorecidos, lo que nos permite aducir que la proscripción obedece a la inmoralidad extrínseca que conlleva, ya que producía en numerosas ocasiones el enriquecimiento injusto del acreedor que se quedaba con el objeto *pignorado*”: José

Derecho romano. Hoy, una corriente doctrinaria postula su admisión¹³⁷. En su virtud, se estipulaba que si el deudor no pagaba al vencimiento de la deuda, el acreedor se transformaba,

Luis Zamora Manzano, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, “Algunas reflexiones sobre la *lex commissoria* y su prohibición ulterior en el *pignus*”, disponible en la web (consultada el 22 de enero de 2015).

¹³⁷ Como señala el jurista colombiano Juan Carlos Paredes López, cuyas ideas reseñamos en las líneas que siguen, el origen del pacto comisorio se remonta al Derecho romano. Desde aquella época hasta nuestros días, pueden identificarse tres grandes etapas: i) Una primera etapa, en la que dichos pactos eran considerados válidos. Tal ocurría en el Derecho romano clásico. Se reconocía al acreedor prendario cuyo crédito no había sido satisfecho, el derecho de atribuirse *ipso iure* la propiedad sobre la cosa pignorada, por un valor que se consideraba equivalente al monto de la deuda (pacto de comiso), derecho este que complementó la prerrogativa de naturaleza contractual de vender la cosa cuando se verificara dicha condición (*pactum vendendi*); ii) Segunda etapa, de total prohibición del pacto comisorio: en el Derecho romano de la época post-clásica, se abolió el pacto comisorio en materia de prenda, se suprimió el efecto comisorio, por el que el acreedor podía adquirir sin avalúo la cosa sujeta a garantía en caso de insatisfacción del derecho del acreedor. Las ideas cristianas motivaron este cambio, argumentando que dicho pacto era lesivo para el deudor, quien debía ser protegido por la ley; se plantea que es necesario evitar abusos del acreedor, quien podría injustamente beneficiarse de la desproporción, generalmente existente, entre el valor real del objeto afectado con la garantía y el valor de la obligación garantizada. Esta prohibición se mantuvo durante la Edad Media y se proyectó hasta la codificación y nuestros días; iii) Tercera etapa, de prohibición matizada en algunos ordenamientos jurídicos, como el colombiano (aunque no así en el chileno). En el caso colombiano, señala el autor que si bien se prohíbe la celebración del pacto comisorio al momento de otorgar la garantía, la jurisprudencia ha señalado, aunque no de manera unánime, que el mismo podría celebrarse con posterioridad a la constitución de la garantía (cabe advertir que el art. 2422 del CC. colombiano, es idéntico al art. 2397 del CC. chileno, que le sirvió de fuente). El autor expone diversas razones para modificar la norma del Código colombiano, de manera que se estructure un régimen jurídico que permita la constitución de garantías autoliquidables, sin necesidad de recurrir a la justicia. Fundamenta esta proposición, afirmando que en nuestros días, no es efectiva la existencia de una inferioridad entre las partes, en la que el deudor es la parte débil y el acreedor la parte fuerte. La mayoría de las operaciones de crédito que se llevan a cabo en el mundo, se celebran entre partes que se encuentran en igualdad de condiciones, por lo que ninguna de ellas puede abusar de la otra. Agrega que la judicialización no es el medio idóneo para proteger al deudor, y va contra la tendencia de evitar pleitos. Tratándose de esta prohibición, no sólo se estaría incentivando la judicialización de las controversias entre las partes, sino que, adicionalmente, se estaría coartando la libertad de estas al momento de contratar. Lo que quiere la prohibición, es asegurar que el bien se liquide por un precio justo. Sin embargo, el proceso judicial no es el escenario correcto para lograr esta justa valoración; muy por el contrario, sus altos costos y demora, perjudican a quien se busca proteger, el deudor garante. Resalta que la diferencia entre el precio real del bien otorgado en garantía y el precio al cual es ofrecido en venta es tan abismal, que se ha creado un mercado muy grande dedicado a la adquisición de bienes en remate con el fin de venderlos posteriormente al valor comercial, lo que le genera grandes utilidades a los vendedores. De esta manera, la intención de proteger al deudor al obligar al acreedor a acudir ante el juez para ejecutar las garantías, lejos de cumplir su cometido, hace más gravosa la situación del deudor. Pero no es sólo el deudor quien se ve perjudicado con las demoras e implicaciones de un proceso judicial, el acreedor también se ve perjudicado. En efecto, no sólo debe ver como el bien que se le ha dado en garantía es liquidado por un valor inferior al real, sino que, adicionalmente, debe incurrir en una serie de costos, honorarios de abogados y costos de secuestre, entre otros, los cuales al final deben ser reembolsados por el deudor o en su defecto considerados como un gasto por la ejecución de la garantía, lo que implica que el acreedor recupere una cifra inferior a la que se le adeuda. Agrega que la prohibición del pacto comisorio aumenta en último término los costos del crédito en detrimento del deudor, pues el acreedor, al saber que debe acudir el juez para ejecutar la garantía, corre ciertos riesgos y debe asumir una serie de costos que, en su totalidad, son trasladados al deudor mediante una mayor tasa. Se refiere seguidamente a las garantías autoliquidables, como por ejemplo: el permitir el pacto comisorio; o la fiducia en garantía (contrato mediante el cual el fiduciante transfiere la propiedad fiduciaria de uno o más bienes a un fiduciario con la finalidad de garantizar con ello o con su producido el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo de aquel o de un tercero, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso de incumplimiento, se pagará la obligación garantizada, según lo previsto en la convención fiduciaria); es una garantía autoliquidable, pues el fiduciario, ante el incumplimiento por el deudor (condición fiduciaria), deberá transferir el bien al acreedor o pagar la obligación con la venta del mismo. Otro

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 Decreto Ley 776 ratifica su prohibición, tanto al celebrarse el contrato principal como posteriormente (inc. 3° del art. 1°).

Por cierto, no debemos confundir este pacto comisorio, proscrito por nuestra ley, con aquel admitido por esta en los arts. 1877 a 1880, entre los pactos accesorios al contrato de compraventa (y que nuestra jurisprudencia acepta también pactar en otros contratos, como el de arrendamiento).

Infringirían esta prohibición del art. 2397 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 que el deudor haga en favor del acreedor o la propia compraventa, celebrada entre el acreedor y el deudor y propietario de la cosa pignorada, compensando el pago del precio con la deuda¹³⁸. Por lo demás, subraya Vodanovic, el art. 2406 así lo deja entrever, al señalar que se extingue la prenda cuando, a cualquier título, pasa al acreedor el dominio de ella¹³⁹.

Nuestra doctrina reciente se ha preguntado acerca de la conveniencia de mantener la prohibición de este pacto. Señalan al respecto Rodrigo Barcia y Gonzalo Ruz que la prohibición sólo debe mantenerse “en cuanto realmente es un mecanismo de protección del deudor, en la medida que se den las siguientes condiciones: i) La prohibición intenta proteger al deudor y a los otros acreedores contra abusos de parte de un acreedor que logre imponer un acuerdo abusivo. Por lo que la prohibición se mantiene en la medida que se den las siguientes premisas: (i) Una debilidad económica real del deudor frente al acreedor, como podría ser la urgencia de recurrir a un crédito frente a una crisis financiera. Por ello, en principio, en nuestro Derecho como en el Derecho comparado, se acepta este pacto, pero en la medida que se suscriba con posterioridad a la constitución de la deuda. (ii) Debe existir una desproporción entre el valor de la obligación principal y la garantía, sólo de esa forma es posible dañar injustamente el patrimonio del deudor y de los otros acreedores. (iii) La desproporción en el valor del bien, que se transfiere en garantía, puede mantenerse en la medida que se establezca un procedimiento objetivo, que dé garantía de la justicia de la liquidación al deudor. En este supuesto, no se ven perjudicados ni el deudor –que recibirá el exceso en relación a lo debido- ni los acreedores, en la medida que pueden hacer valer sus acreencias en un proceso previo, de ser acreedores preferentes o de haberse transferido los

mecanismo es el de las cartas de crédito stand by (instrumento otorgado por un banco o una persona mediante el cual se garantiza una obligación estableciéndose que frente a un incumplimiento, se pagará, mediando simple solicitud, la suma pactada a un beneficiario, por lo general el acreedor): Paredes López, Juan Carlos, “La prohibición del pacto comisorio: el inicio de una nueva generación de garantías autoliquidables”, en *Estudios sobre garantías reales y personales. Libro homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile y Facultad de Jurisprudencia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Colombia, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, Tomo II, pp. 687-704.

¹³⁸ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 271-272; José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 54.

¹³⁹ Antonio Vodanovic H., ob. cit., p. 632.

derechos que le corresponden al deudor en el exceso. Ello es evidente desde que los otros acreedores pueden hacer valer sus créditos sobre lo que excede a la deuda garantizada y el procedimiento de transferencia del pacto comisorio debe garantizar sus derechos. ii) Estos requisitos es posible aplicarlos al Derecho chileno sólo si se acepta que las prohibiciones establecidas, en torno a estos pactos, son funcionales. De este modo, la mantención de la prohibición sólo se justifica si el deudor está desprotegido en los términos mencionados precedentemente en los supuestos indicados en los números (i), (ii) y (iii). iii) Esta forma de aplicar la prohibición se extiende a los casos no contemplados directamente por normas expresas en el CC., como los otros contratos de garantía que no sean hipoteca, prenda y anticresis o pactos de garantía atípicos. También la prohibición se puede extender al pacto comisorio calificado posterior a la obligación a que acceden, pero sólo en la medida que se den los supuestos analizados en el número i) precedente”¹⁴⁰.

Estos mismos autores consignan que en la doctrina chilena, al igual que ocurrió en la francesa, se discutió sobre el valor de los pactos comisorios celebrados con posterioridad a la constitución de la obligación principal caucionada con la prenda. Dos opiniones se plantearon: Fernando Alessandri Rodríguez sostuvo que subsistía la prohibición de convenir el pacto, aún si se acordaba después del nacimiento de la obligación principal. En cambio, Leopoldo Urrutia estaba a favor de la validez del pacto. La misma opinión tenía Rafael Mery. En la doctrina española, algunos lo admiten, cuando la prohibición carezca de funcionalidad, pero siempre que se acredite de una forma fehaciente que se ha celebrado el pacto de forma posterior al nacimiento de la obligación que se garantiza; de lo contrario, sería muy fácil violar la prohibición mediante el simple expediente de consignar el segundo pacto en una fecha posterior (aunque en realidad, se hubiere suscrito el mismo día en que nació la obligación principal)¹⁴¹. En verdad, dados los términos categóricos del art. 2397, no parece posible estipular el pacto ni al momento de contratar, ni después de originarse la obligación principal. Ante el incumplimiento del deudor, este tiene un derecho, como dice el precepto, cual es que la especie pignorada se venda en pública subasta. Ello supone que deberá ser demandado por el acreedor, y como se admite por nuestra jurisprudencia mayoritaria, en dicho juicio el deudor podría incluso enervar la acción pagando lo que debe, evitando de esta manera el remate.

Precisamente, expresa Fernando Alessandri, refiriéndose al contrato de hipoteca, pero siendo sus afirmaciones perfectamente aplicables al contrato de prenda, que “La prohibición impuesta por el legislador de que no valga ninguna estipulación contraria al art. 2397 del C.C., no sólo se refiere a las estipulaciones que las partes puedan hacer en el mismo contrato hipotecario sino también a las que se hagan con posterioridad. La cuestión no ofrece ninguna duda cuando las estipulaciones contrarias al art. 2397 del C.C. se hacen en el mismo contrato hipotecario. Las partes, por expresa voluntad del legislador, no pueden derogar el precepto del art. 2397 del C.C. Cualquiera estipulación que se haga en el contrato hipotecario que tienda a dejar sin aplicación el art. 2397, no tiene ningún valor ni eficacia legal. Las partes no pueden privar al acreedor de la facultad de ejercitar los derechos que la ley le concede ni pueden tampoco alterar la forma en que esos derechos deben ser ejecutados. El art. 2397 es

¹⁴⁰ Rodrigo Barcia Lehmann y Gonzalo Ruz Lártiga, “La teoría de prohibición de estatuto como sustento de la prohibición del pacto comisorio calificado en los contratos de garantía”, en *Estudios de Derecho Civil VI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*. Olmué, 2010, Gonzalo Figueroa Yáñez, Enrique Barros Bourie y Mauricio Tapia Rodríguez (coordinadores), Santiago de Chile, AbeledoPerrot, 2011, pp. 373-374.

¹⁴¹ Rodrigo Barcia Lehmann y Gonzalo Ruz Lártiga, ob. cit., pp. 369-370.

bien explícito sobre el particular, pues dice categóricamente que no vale estipulación alguna en contrario y que tampoco puede estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados (...) Por lo que respecta a nuestra legislación, como ya lo hemos manifestado, el precepto del art. 2397 del C.C. se aplica también a las estipulaciones que se hacen entre el acreedor y el dueño de la cosa gravada con posterioridad a la constitución de la hipoteca, aun cuando se hagan después del vencimiento de la obligación. Los fundamentos que tenemos para pensar de esta forma son los siguientes: En primer lugar, los propios términos del art. 2397 del C.C. dan a ese precepto el carácter de una disposición prohibitiva muy general (...) Como el legislador no ha hecho ninguna distinción, tampoco nos es lícito hacerlas a nosotros, de modo que el art. 2397 debe aplicarse en la forma amplia y general en que se encuentra redactado. Por otra parte, debe tenerse presente que las disposiciones legales transcritas (se refiere a las contenidas en el art. 2397) se encuentran incorporadas al contrato hipotecario y subsisten durante toda su vigencia (...) mientras subsista dicho contrato no pueden alterarse en forma alguna los derechos y obligaciones que por él se crean, salvo que la ley disponga otra cosa (...) La aceptación de la doctrina contraria permitiría que se burlaran las prescripciones prohibitivas impuestas por el legislador, puesto que nada sería más fácil a las partes que convenir, con posterioridad al contrato, en las estipulaciones prohibidas por la ley (...) Como se comprende, esa circunstancia importaría en el hecho la derogación del precepto prohibitivo del art. 2397 del C.C., porque las partes, con posterioridad a aquel contrato, harían las estipulaciones que fuere necesario para dejar sin aplicación el citado precepto”¹⁴².

Cabe destacar, a propósito de este pacto proscrito por el Derecho chileno, que en virtud de la Ordenanza de 23 de marzo de 2006 que modificó el CC. francés, se suprimió la prohibición del pacto comisorio. Dispone ahora el art. 2348 de este Código: “Podrá acordarse, durante la constitución de la prenda o posteriormente a esta, que en caso de no ejecución de la obligación garantizada el acreedor se convierta en el propietario del bien dado en prenda./ El valor del bien, en ausencia de una tasación oficial del mismo en un mercado regulado en el sentido del Código Monetario Financiero, será determinado el día de su transferencia por un perito tasador designado de forma amistosa o judicial. Toda cláusula en contrario se considerará no escrita./ Cuando este valor sea superior al del importe de la deuda garantizada, la cantidad correspondiente a la diferencia será abonada al deudor o, en el caso de haber otros acreedores pignoraticios, será consignada”.

Como expresa Bruno Caprile Biermann, “De acuerdo al nuevo art. 2347 CCFr., el acreedor puede no sólo hacer ordenar que la cosa empeñada se venda judicialmente, sino también que la propiedad del bien empeñado le sea atribuida en pago, regla que se aplica también a la prenda para las cosas incorporales (art. 2355 inciso 5° CCFr.), que se repite para la hipoteca (art. 2458 CCFr.) y es aplicable también a la anticresis (art. 2388 inciso 2° CCFr.). Nótese que este último procedimiento en Francia es distinto de aquel que conduce a la ejecución y remate del bien dado en garantía, en circunstancias que en Chile ambos se confunden en el procedimiento ejecutivo (...) El acreedor está investido de este derecho aun sin pacto expreso; se trata de una facultad que la ley le concede de tal suerte que, una vez invocada, el juez está obligado a ordenar la atribución en propiedad (...) La atribución en propiedad mediante este procedimiento ha sido calificada como una dación en pago judicial. El nuevo art. 2348 CCFr. valida el pacto comisorio (en la prenda) (...) Los arts. 2458 y 2459

¹⁴² Fernando Alessandri Rodríguez, *La hipoteca en la legislación chilena*, Santiago de Chile, Soc. Imprenta y Litografía Universo, 1919, pp. 195-200.

CCFr. validan en términos análogos, el pacto comisorio para la hipoteca, reglas que son también aplicables a la anticresis en virtud de la remisión del art. 2388 inciso 2° CCFr.”. Con todo, Caprile consigna que siendo lacónica la regulación del pacto comisorio en el Code, han surgido diversas interrogantes: “Así, en cuanto a la aplicación del pacto comisorio en caso de pluralidad de acreedores hipotecarios o prendarios: ¿puede invocarlo sólo el acreedor preferente o también los de grado posterior? ¿si opera el pacto comisorio se produce la purga de los demás gravámenes hipotecarios o prendarios que afectan la misma cosa? ¿en caso afirmativo, significa que los restantes acreedores reales deben resignarse a la avaluación pericial del valor de la cosa y que sólo conservan un derecho personal a pagarse del eventual excedente? En cuanto a la tasación pericial del valor de la cosa empeñada o hipotecada, se discute su carácter: ¿el perito obra como mandatario de las partes (en los términos de los arts. 1592 CCFr. y 1809 CCCh.), como elemento vinculante para el juez o sólo como antecedente que este último debe considerar antes de decidir? En cuanto a la oponibilidad del pacto a los terceros adquirentes de la cosa: dado que el constituyente de la prenda no queda privado de su facultad de disponer de la misma, ¿el acreedor prendario o hipotecario puede hacer efectivo el pacto comisorio después que la cosa empeñada o hipotecada pertenece a un tercero?”¹⁴³. Aunque algunas de estas preguntas no serían pertinentes tratándose de la prenda civil regulada por nuestro CC. (pues sólo admite una prenda), otras sí lo serían, en el hipotético caso de autorizarse el pacto comisorio en nuestro Derecho.

a.3.3) Realización de la prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190.

Los arts. 29 a 37 de la Ley se refieren a la realización de la prenda.

En cuanto al procedimiento aplicable para la realización de la prenda, dispone el art. 29 que para cobrar judicialmente la obligación caucionada, la prenda será realizada de acuerdo con las reglas del juicio ejecutivo en las obligaciones de dar, establecidas en el Título I del Libro III del CPC. (arts. 434 a 529 del Código citado), con las modificaciones que se señalan en los arts. siguientes.

El art. 30 alude al título ejecutivo en la realización de la prenda; a la notificación de la demanda y a los efectos de dicha notificación. Distingue la norma dos hipótesis de títulos ejecutivos:

1. Puede ocurrir que el propio contrato de prenda, sea a la vez el título ejecutivo en el cual el actor funda su acción, disponiendo la Ley: la escritura pública o la copia autorizada del instrumento privado en el que conste el contrato de prenda, protocolizado de conformidad con el art. 2° de la Ley, tendrá mérito ejecutivo sin necesidad de reconocimiento previo, respecto de: a. Las obligaciones que se contraigan en dichos instrumentos; o, b. Las obligaciones que se individualicen con precisión, en cuanto a los siguientes aspectos: i) Su origen; ii) Su monto; iii) Su plazo; y iv) El interés que devenguen.

2. Puede ocurrir que en el contrato de prenda no se indique la obligación caucionada, lo que acontecerá cuando estemos ante una prenda con cláusula de garantía general. En este caso, para proceder a la ejecución deberá acompañarse un título con mérito ejecutivo en el que conste dicha obligación. Agrega el precepto que la notificación de la demanda ejecutiva y el requerimiento de pago se regirán por lo establecido en el art. 553 del CPC.

Notificados el deudor prendario y el constituyente de la prenda, si este último fuere distinto, el acreedor prendario podrá pedir la inmediata realización de la prenda, aunque se hubieren opuesto excepciones. Agrega la Ley que sólo serán admisibles las excepciones indicadas en el art. 464 del CPC., salvo la segunda (“La falta de capacidad del demandante o

¹⁴³ Caprile Biermann, Bruno, ob. cit., pp. 545-550.

de personería o representación legal del que comparezca en su nombre”), la cuarta (“La ineptitud del libelo por falta de algún requisito legal en el modo de formular la demanda, en conformidad a lo dispuesto en el art. 254”), la octava (“El exceso de avalúo en los casos de los incisos 2º y 3º del art. 438”) y la décimo quinta (“La pérdida de la cosa debida, en conformidad a lo dispuesto en el Título XIX, Libro IV del CC.”).

Ante la petición del acreedor prendario para que se realice inmediatamente la prenda, el tribunal resolverá, con citación del deudor prendario y del constituyente de la prenda, y podrá exigir que el acreedor caucione previamente las resultas del juicio.

El art. 31 contiene las reglas generales acerca de la realización de la prenda sobre créditos. Tratándose de una prenda sobre créditos, podrá el ejecutante pedir que el embargo se notifique por cédula al deudor del crédito pignorado, a fin que retenga y consigne en la cuenta corriente del tribunal la suma que este determine. La resolución deberá identificar el crédito respecto del cual se solicita el pago e incluir instrucciones para que el deudor del mismo pueda cumplir con lo ordenado. Dispone el art. que si el obligado a la retención no cumpliere con lo ordenado, el Tribunal, a solicitud del acreedor prendario, despachará en su contra mandamiento de ejecución y embargo. Si el deudor del crédito prendado no pudiere cumplir con lo ordenado por el Tribunal, deberá comunicar a este, dentro de tercer día (se entiende, desde que se le practicó la notificación por cédula), las causas que le impiden acatar dicha resolución. El tribunal, recibida esta comunicación, deberá ponerla en conocimiento del ejecutante, quien a su vez tendrá un plazo de cinco días para objetarla o exponer lo que convenga a su derecho. El tribunal dará a la objeción del tercero tramitación incidental y, en caso de ser rechazada, por la sola solicitud del acreedor prendario despachará en contra del deudor del crédito prendado mandamiento de ejecución y embargo.

El art. 32 contiene una regla particular acerca de la realización de la prenda sobre créditos con flujos periódicos. Establece este art. que si la prenda recayere sobre créditos con flujos periódicos (así, por ejemplo, el arrendador de un inmueble constituye prenda sobre su crédito en contra del arrendatario), el mandamiento de ejecución que se despache para el primero de los pagos se considerará suficiente para el pago de los restantes, sin necesidad de nuevo requerimiento. De esta manera, siguiendo con el ejemplo, el tribunal ordenará al arrendatario retener y consignar en la cuenta corriente del primero las rentas de arrendamiento que se devenguen en el futuro.

El art. 35 regula la acción de desposeimiento. Señala la norma que la acción de desposeimiento contra el tercero poseedor que no sea deudor personal, se sujetará a las normas del Título XVIII del Libro III del CPC., en lo que no sean contrarias a la naturaleza de la cosa prendada o del contrato de prenda. Por ende, se aplicarán estas disposiciones cuando la prenda fue constituida por un tercero (un “garante prendario”) o cuando la constituyó el propio deudor, pero después enajenó la especie prendada (véase al efecto el art. 17 de la ley).

El art. 36 contempla la inaplicabilidad de las reglas del fuero y efecto inocuo de la resolución que declare el Procedimiento Concursal de Liquidación. Dos reglas contiene este art.: 1. En los juicios civiles a que se refiere esta ley, no se considerará el fuero personal de los litigantes; y, 2. No se suspenderá la tramitación de los juicios civiles a que se refiere esta ley, por la resolución que declare el Procedimiento Concursal de Liquidación¹⁴⁴, excepto

¹⁴⁴ La Ley N° 20.190 alude a la “quiebra”, expresión que debemos sustituir por la de “Procedimiento Concursal de Liquidación”. El art. 402 de la Ley N° 20.720 dispone al efecto: “Sin perjuicio de lo señalado en los artículos

tratándose de lo prescrito en los arts. 125 y 126 de la Ley número 18.175, referencia esta última que en verdad debe entenderse hecha hoy día a los arts. 218 y 219 de la Ley N° 20.720, ambos concernientes a la venta de los bienes del deudor como “unidad económica”.

El art. 37 se refiere a la concurrencia de acreedores prendarios o de acreedores prendarios con acreedores hipotecarios. Distingue el art. según si quien lleva adelante la ejecución fuere un acreedor prendario, habiendo otros acreedores prendarios sobre la misma cosa, o según si quien lleva adelante la ejecución fuere un acreedor hipotecario, existiendo acreedores prendarios sobre inmuebles por adherencia o por destinación.

1. Quien lleva adelante la ejecución es un acreedor prendario, y existen otros acreedores prendarios: en este caso, conjuntamente con notificar al deudor la demanda ejecutiva y el requerimiento de pago, deberá notificarse a los demás acreedores prendarios que tengan derechos sobre el bien prendado, los cuales serán cubiertos sobre el precio del remate en el orden que les corresponda, independientemente que su crédito no se haya devengado (en este último caso, queda en claro que se producirá una causal de caducidad del plazo para el pago de la obligación). Puede observarse, entonces, que se trata de “purgar” las prendas que graven la especie que será subastada. Ahora bien, aunque nada dice la ley, entendemos que si uno o más acreedores prendarios no fueron notificados antes de la subasta, subsistirán sus prendas después de la venta forzada. En otras palabras, dichas prendas no quedarán purgadas. Nótese que los restantes acreedores prendarios deben ser notificados “junto con la notificación de que trata el inciso segundo del art. 30”, es decir, de la notificación hecha al deudor del ejecutante, de manera que si dicha notificación fuere hecha con posterioridad, se infringiría la ley, y bien podría sostenerse que la prenda vigente a favor del acreedor prendario notificado intempestivamente, continúa vigente. De cualquier manera, las notificaciones, tanto al deudor del ejecutante como a los restantes acreedores prendarios, han de hacerse conforme a lo previsto en el art. 553 del CPC.

2. Quien lleva adelante la ejecución es un acreedor hipotecario, y existen acreedores prendarios cuyas prendas se constituyeron sobre inmuebles por adherencia o por destinación: conforme a lo señalado en el art. 14 de la Ley, la prenda constituida sobre bienes muebles que después se transforman en inmuebles por adherencia o por destinación gozará de preferencia sobre la hipoteca que grave el inmueble en el que están puestos tales muebles, si se anotare al margen de la respectiva inscripción hipotecaria; de no hacerse dicha subinscripción, la ejecución de la hipoteca producirá la purga de la prenda, sin necesidad de notificar al acreedor prendario. Ahora bien, el inc. 2° del art. 37, bajo el supuesto implícito de haberse practicado la referida anotación al margen de la inscripción hipotecaria, ordena al acreedor hipotecario ejecutante citar a los acreedores prendarios, de conformidad con el art. 2428 del CC., es decir, igual que si fueren otros acreedores hipotecarios, teniendo lugar lo previsto en los arts. 492 y 762 del CPC., en la medida que resulten aplicables. Entendemos que, en este caso, también se producirá la caducidad del plazo que tenía el deudor, para el pago de la obligación caucionada con la prenda, a menos que un acreedor prendario optare por conservar la prenda. En efecto, la referencia al art. 492 es importante, pues ello significa que un acreedor prendario, en lugar de pagarse con el producto de la subasta, podría optar en cambio por conservar su prenda, siempre que su crédito no se encontrare devengado. En este caso, entonces, dicha prenda no quedará purgada y no caducará el plazo del deudor para el pago de la deuda.

anteriores, toda mención que en cualquier ley se haga a la quiebra, deberá entenderse hecha al Procedimiento Concursal de Liquidación”.

a.4) Derecho de preferencia.

Nada dice el CC. 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 art. 2474 N° 3. Se establece que el crédito del acreedor prendario es de la segunda clase de créditos preferentes. Dispone dicho precepto: “Art. 2474. A la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran: 1.º El posadero sobre los efectos del deudor introducidos por este en la posada, mientras permanezcan en ella y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños. 2.º El acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados, que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños; con tal que dichos efectos sean de la propiedad del deudor. Se presume que son de la propiedad del deudor los efectos introducidos por él en la posada, o acarreados de su cuenta. 3.º El acreedor prendario sobre la prenda”.

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. Establece el art. 2490 del CC.: “Los créditos preferentes que no puedan cubrirse en su totalidad por los medios indicados en los artículos anteriores, pasarán por el déficit a la lista de los créditos de la quinta clase, con los cuales concurrirán a prorrata”.

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 esta fuere expropiada. En ambos casos, estaremos ante una hipótesis de subrogación real, de manera que el acreedor prendario, en lugar de ejercer su derecho de pago preferente sobre el producido de la venta del bien, lo hará sobre la suma de dinero pagada por la compañía de seguros o por el Fisco al operar la expropiación.

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 art. 2476, esto es, cuando tiene que soportar la prioridad de los créditos de primera clase si estos no alcanzaren a pagarse con los demás bienes del deudor. Consigna el precepto: “Afectando a una misma especie créditos de la primera clase y créditos de la segunda, excluirán estos a aquellos; pero si fueren insuficientes los demás bienes para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán estos la preferencia en cuanto al déficit y concurrirán en dicha especie en el orden y forma que se expresan en el inciso 1.º del artículo 2472”.

En todo caso, las normas sobre Reorganización y Liquidación de empresas y personas naturales, permiten que el acreedor prendario pueda ser pagado sin esperar los resultados del procedimiento concursal, siempre que asegure lo necesario para pagar los créditos de primera clase, si los demás bienes de la masa no parecieren suficientes para satisfacerlos (arts. 75 y 242 de la Ley N° 20.720, “Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas”).

Podría ocurrir que en un procedimiento concursal de liquidación, después de retirar el acreedor prendario el producido de la subasta de la especie prendada, habiendo asegurado el pago de los créditos de primera clase, los restantes bienes del deudor, en definitiva, no fueren

suficientes para satisfacer a estos últimos créditos. En tal caso, el acreedor prendario deberá restituir al liquidador el monto que fuere menester. Ahora bien, ¿qué ocurre si en el mismo procedimiento concursal, también se había realizado una finca hipotecada, y el acreedor hipotecario, al igual que el acreedor prendario, retiró en su momento el producido de la subasta? En tal caso, se ha preguntado la doctrina si debe devolver primero a la masa el acreedor hipotecario, considerando que su crédito preferente lo es de tercera clase, y sólo en caso de no cubrirse el déficit con lo que restituya, deberá devolver lo que sea necesario el acreedor prendario, que tiene un crédito preferente de segunda clase, o, si, por el contrario, entre ambos no existe preferencia alguna para los efectos de la devolución, de manera que los dos debieran restituir, a prorrata de sus créditos. Somarriva afirma que, en el caso planteado, debe restituir primero el acreedor hipotecario y después el acreedor prendario: “Relacionado con el déficit de los créditos de primera clase que no se alcanza a pagar con los bienes del deudor que no estén hipotecados o afectos a un crédito de segunda clase se plantea un problema no resuelto por el legislador y que es el siguiente: en caso que existan bienes hipotecados y bienes sobre los cuales hay un crédito de segunda clase, por ejemplo una prenda, el citado déficit ¿sobre cuál de estos bienes se hará efectivo primero? ¿Sobre el inmueble hipotecado o sobre la prenda? Como decimos la ley no resuelve el punto, porque el art. 2476 se limita a decir que el déficit de los créditos de primera clase se paga con preferencia a los créditos de segunda clase, y el art. 2478 sienta el mismo principio con respecto a los bienes hipotecados. Ante este silencio la cuestión debe resolverse con la lógica; y esta nos dice que los créditos de segunda clase deben preferir a los de tercera, y, en consecuencia, el déficit de los créditos de primera clase se pagará primero en los bienes hipotecados y sólo a falta o insuficiencia de estos, en los bienes que se encontraren afectos a un crédito de segunda clase”¹⁴⁵. Arturo Alessandri¹⁴⁶ y Rafael Mery concluyen en similares términos. Otra opinión sustenta René Abeliuk: “¿Cómo se distribuye el déficit de 1ª clase entre los de 2ª y 3ª? El Art. 2476 determina que el déficit impago de los créditos de 1ª clase afecta a los bienes sujetos a un privilegio de 2ª clase, y también, de acuerdo al Art. 2478, vulnera a los destinados a preferencia hipotecaria, o sea, a los de 3ª clase. Pero no se preocupó el legislador de resolver si hay preferencia entre ellos; dicho de otra manera, si los acreedores impagos de la 1ª clase deben dirigirse contra uno de ellos primero, o contra ambos conjuntamente. Por ejemplo, hay un déficit impago por impuestos de \$ 50.000, y una prenda sobre un automóvil y una finca hipotecada. ¿En qué forma el déficit de estos \$ 50.000 va a afectar al acreedor prendario o hipotecario? La mayoría de los autores sostienen que la enumeración dada por el legislador a los créditos indica una preferencia, de manera que es lógico concluir que los créditos de 2ª clase prefieren a los de 3ª, así, como los de 1ª prefieren a todos y los de 2ª y 3ª a los de 4ª. En consecuencia, el déficit impago de la 1ª categoría de créditos se pagará primero en las fincas hipotecadas, y luego afectará a las prendas y demás privilegios especiales muebles. Discrepamos de esta interpretación, porque la verdad es que la numeración carece de toda trascendencia en los créditos con preferencias especiales, y buena prueba es que la ley debió declarar expresamente que el déficit de los de 1ª clase afectaba a las preferencias radicadas en bienes determinados. A falta de solución legal, debe recurrirse a lo que constituye la regla general en materia de prelación de créditos; no existen otras preferencias que las específicamente señaladas por la ley (Arts. 2469 y 2488). A falta

¹⁴⁵ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 465.

¹⁴⁶ Arturo Alessandri Rodríguez, *La prelación de créditos*, versión de Antonio Vodanovic, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1940, N° 42, p. 33.

de establecimiento de alguna, la regla general es la contribución a prorrata; en consecuencia, el déficit de los créditos privilegiados de 1ª clase se prorratea entre todas las preferencias especiales, de acuerdo a los valores de estas”.¹⁴⁷

Aunque nos inclinamos más bien ante la tesis mayoritaria –admitiendo, con todo, que el tema es muy discutible–, el tenor del art. 239 de la Ley N° 20.270, le da la razón a René Abeliuk. El precepto se pone en el caso de haberse acordado la continuación de las actividades económicas del deudor sujeto al procedimiento concursal de liquidación. Los créditos que provengan de dicha continuación de actividades, gozarán de la preferencia establecida en el N° 4 del art. 2472 del CC. para el pago respecto de los demás acreedores del deudor. Es decir, corresponden a un crédito de primera clase. Ahora bien, para que estos créditos prefieran por sobre los créditos de los acreedores hipotecarios, prendarios y retencionarios, será necesario: i) que estos acreedores hayan dado su aprobación a la continuación de actividades económicas del deudor, en la respectiva Junta de Acreedores; y, ii) los bienes no gravados comprendidos en dicha continuación de actividades económicas fueren insuficientes para el pago. Agrega el precepto que “La diferencia, si la hubiere, será soportada por los señalados acreedores a prorrata del monto de sus respectivos créditos en el Procedimiento Concursal de Liquidación y hasta la concurrencia del valor de liquidación de los bienes dados en garantía de sus respectivos créditos”. Como puede observarse, la ley, en el caso descrito, aplica la regla de la prorrata. En todo caso, bien podría contra argumentarse que se trata de una norma especial, que rige sólo para los acreedores cuyos créditos provengan de la continuación de actividades económicas, y no si se trata de otros acreedores de primera clase del deudor.

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: art. 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 arts. 1556 a 1558.

A modo ejemplar, podría ocurrir que se entreguen en prenda animales afectados por una grave enfermedad, que no era ostensible en el momento de celebrar el contrato, y que infectan a otros animales de propiedad del acreedor prendario, ocasionándoles su muerte. O que se reciban en prenda ciertos muebles, afectados por termitas que después dañan otros bienes del acreedor.

Corresponderá al acreedor prendario acreditar los gastos y perjuicios que hubiere experimentado, conforme al principio general del art. 1698 del CC.

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 art. 2396.

Aunque no hay norma expresa en nuestro CC., Somarriva estima que el privilegio de la prenda también se extiende al cobro de los gastos y perjuicios¹⁴⁸.

La ley no resuelve al respecto la siguiente materia: ¿puede dirigirse el acreedor prendario en contra del garante prendario, en lugar del deudor, para obtener el reembolso de

¹⁴⁷ René Abeliuk Manasevich, ob. cit., Tomo II, p. 1009.

¹⁴⁸ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 287-289.

los gastos y el resarcimiento de los perjuicios? Del art. 2396, se desprende con claridad que tiene tal derecho en contra del deudor, pero no se desprende fácilmente que puede accionar en contra del tercero garante. En efecto, el precepto alude siempre al “deudor”, no al “constituyente”. Sin embargo, resulta lógico que tenga acción, si consideramos que el contrato de prenda fue celebrado por el acreedor prendario y el tercero garante. De esta manera, producida la subasta de la especie pignorada, y en el evento de que todavía estuviere impago lo invertido en gastos y los perjuicios sufridos por el acreedor, creemos que este tendría acción, para obtener el pago de lo que se le debe por tales conceptos, tanto en contra del deudor cuanto en contra del tercero garante.

b) Obligaciones del acreedor prendario.

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

Examinaremos las obligaciones del acreedor en la prenda civil, dos de las cuales son de hacer y una de no hacer. 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 arts. 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 art. 2396, una de las disposiciones que consagra 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 art. 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. Por la misma razón, según se expresó, el acreedor prendario no puede exigir el reembolso de expensas útiles o voluptuarias.

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. Pero si la destrucción se produce cuando el acreedor prendario estaba en mora, deberá responder por el precio de la cosa –es decir, indemnización compensatoria- y por la indemnización moratoria, a menos que probare que el caso fortuito que ocasiona la pérdida de la cosa, de haber estado en manos del dueño, habría sobrevenido igualmente, caso en el cual deberá sólo los perjuicios de la mora (art. 1672).

Ahora bien, ¿cuándo estará en mora el acreedor prendario, de su obligación de restituir la cosa? Habría que distinguir, conforme al art. 1551 del CC.:

- Si las partes estipularon que la restitución de la cosa debía hacerse inmediatamente después de extinguida la deuda caucionada con la prenda, o dentro de cierto plazo contado desde este hecho (plazo expreso), estará en mora si no restituye la cosa de inmediato o en el plazo convenido, según el caso (art. 1551, N° 1).

- Si de los términos del contrato principal y del contrato de prenda, se desprendería que la cosa debía ser restituida dentro de cierto espacio de tiempo (plazo tácito), estará en mora si lo deja transcurrir sin restituir (art. 1551, N° 2).
- Si nada se estipuló al efecto o nada puede desprenderse de las cláusulas del contrato, entendemos que sólo estará en mora después que el dueño de la cosa solicite judicialmente su restitución. En efecto, extinguida la obligación y no habiéndose restituido la cosa, podríamos concluir que existe retardo, pero no necesariamente mora. Ello, porque la circunstancia de que la cosa siga en manos del antiguo acreedor, puede no implicar perjuicio alguno para el dueño, y aún más, podría beneficiarlo, si, por ejemplo, este no tiene dispuesto un lugar en donde dejarla. De esta forma, a partir de la notificación de la acción del dueño, el ex acreedor prendario estará en mora (art. 1551, N° 3).

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 art. 716, pero el mismo precepto consigna la excepción contemplada en la regla 3ª del art. 2510.

Tal como indicamos en el estudio del comodato y del depósito, el acreedor prendario que no restituyere la cosa, podría incurrir en el delito de apropiación indebida, conforme al art. 470 N° 1 del Código Penal¹⁴⁹.

b.2) Obligación de no usar la cosa empeñada.

Dispone el art. 2395: “El acreedor no puede servirse de la prenda, sin el consentimiento del deudor. Bajo este respecto sus obligaciones son las mismas que las del mero depositario”.

Ya hemos indicado que el acreedor prendario carece, por regla general, de la facultad para usar y gozar de la cosa empeñada: el contrato y la ley le imponen una obligación de no hacer. Si llegare a infringir esta obligación, 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: como señala correctamente José Miguel Lecaros, la obligación de no usar la cosa es de la naturaleza del contrato, de manera que en el silencio de las partes, regirá; *a contrario sensu*, en virtud –en principio– de una cláusula expresa, el constituyente de la prenda podrá autorizar al acreedor prendario a servirse de la cosa. Con todo, el art. 2395 recién citado señala que, en este punto, las obligaciones del acreedor prendario son las mismas que las del depositario. Y según vimos al tratar de ese contrato (art. 2220), la autorización al acreedor prendario para que use la cosa empeñada, podría presumirse por el juez¹⁵⁰.
- Si se trata de una prenda que recae en una suma de dinero, siempre que el mismo sea transferido al acreedor prendario (art. 2395 en relación al art. 2221). En este caso, como se

¹⁴⁹ Señala Etcheberry sobre el particular: “Entre los otros títulos de mera tenencia puede mencionarse la prenda. El acreedor prendario, dueño de su derecho real de prenda, es mero tenedor de la cosa empeñada (CC., Art. 714). Se trata, naturalmente, de la prenda civil. El acreedor prendario que se apropia de la cosa, pendiente la obligación, comete este delito. Igualmente, si se niega a restituir la cosa empeñada una vez extinguida la obligación. En cuanto al acreedor prendario que realiza la prenda por no pago de la obligación principal, comete este delito si no lo hace en conformidad a las disposiciones del Decreto Ley 776 sobre realización de la prenda y con ello perjudica al deudor”: Alfredo Etcheberry, ob. cit., p. 337.

¹⁵⁰ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 58.

ha dicho, el acreedor prendario se hace dueño de la suma que se le ha entregado, y por ello es lógico que pueda servirse de la misma.

- Si la cosa empeñada es fructífera, pues en tal caso, el acreedor puede percibir los frutos e imputarlos a la deuda; dispone el art. 2403: “El acreedor es obligado a restituir la prenda con los aumentos que haya recibido de la naturaleza o del tiempo. Si la prenda ha dado frutos, podrá imputarlos al pago de la deuda dando cuenta de ellos y respondiendo del sobrante”.

De esta manera, si el acreedor prendario ejerce esta facultad, deberá rendir cuenta de la imputación que haya hecho de los frutos, y si pagada la deuda quedare un excedente de los mismos, deberá hacer entrega de ellos al constituyente de la prenda; Vodanovic señala al respecto que, en este caso, hay una especie de dación en pago, porque el acreedor se paga del crédito con los frutos que la cosa produce¹⁵¹.

- 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. Se pregunta Vodanovic por qué el acreedor prendario a quien se ha dado en prenda un crédito nominativo tendrá la obligación de cobrar el crédito, respondiendo que ello ocurre porque está premunido de título; el deudor debe entregar el título al acreedor y, por ende, este podrá percibir¹⁵².

Si el acreedor prendario usare la cosa sin haber sido autorizado o estándolo, le da un uso diverso al permitido, podría ser responsable del delito de apropiación indebida, de conformidad al art. 470 N° 1 del Código Penal, cuyo tenor comentamos en el estudio del depósito. En este caso, se aplicaría el verbo “distrajere”¹⁵³.

b.3) Obligación de conservar la cosa prendada.

El art. 2394 hace responsable al acreedor de la “culpa leve”, al decir que debe conservar la cosa empeñada como un buen padre de familia. Dispone el precepto: “El acreedor es obligado a guardar y conservar la prenda como buen padre de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa”.

Ello está en armonía con el art. 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 crédito¹⁵⁴.

Nada impide, sin embargo, que las partes convengan que el acreedor prendario responderá, en la conservación de la cosa, de un grado de culpa diverso al señalado, bien sea este el de la levísima –aumentando su diligencia al máximo–, bien sea este el de la lata o grave, disminuyendo su diligencia al mínimo.

6.2. Efectos del contrato de prenda en relación al deudor y/o constituyente.

El contrato de prenda puede generar derechos y obligaciones para el deudor o para el constituyente, cuando este no sea al mismo tiempo el obligado de la deuda principal.

a) Derechos del deudor y/o constituyente.

¹⁵¹ Antonio Vodanovic H., ob. cit., p. 629.

¹⁵² Antonio Vodanovic H., ob. cit., p. 629.

¹⁵³ Expresa Etcheberry al efecto: “Por lo que toca al uso de la cosa dada en prenda, el acreedor prendario está asimilado al depositario (Art. 2395 del CC.)”: Alfredo Etcheberry, ob. cit., p. 337.

¹⁵⁴ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 289-292.

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 y/o constituyente tiene los siguientes derechos en la prenda civil:

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

Se trata del principal derecho del deudor prendario o constituyente. Dos acciones le franquea la ley para tal objeto. Ellas son:

a.1.1) Acción prendaria directa.

Para ejercer este derecho, el deudor y/o constituyente goza de la acción prendaria directa. Puede ejercitarla una vez que se haya extinguido completamente la obligación principal, con todos sus accesorios, intereses, costas y perjuicios que se adeude al acreedor. Por excepción, de acuerdo al art. 2396, el deudor está facultado para solicitar inmediatamente la restitución, aun 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 y/o constituyente. Por ello, no puede interponerse contra el tercero que estuviere en posesión de la cosa, y prescribe en cinco años, contados desde que la obligación de restituir sea exigible, es decir, desde que el deudor o un tercero 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. La circunstancia de haber dado en prenda una cosa ajena, no le impide exigir su restitución, una vez extinguida la deuda por ella garantizada.

a.1.2) Acción reivindicatoria.

El deudor y/o constituyente 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, en este último caso, probar su dominio, y no la existencia del contrato. En cambio, si interpone la acción personal, le será suficiente acreditar la existencia del contrato de prenda.

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

El art. 2396, inc. 2º, establece esta facultad, a la que hemos hecho referencia. Este derecho, según se expresó, sólo lo tiene el deudor, no así el constituyente, si este fuere un tercero que cauciona la deuda ajena.

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

El art. 2394, ya transcrito, consagra este derecho del constituyente.

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

El art. 2404 establece estas facultades. Para que operen, tanto el tercero que compre la cosa como aquel 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 estos casos, el acreedor no podrá negarse a restituir alegando la existencia de una “prenda tácita” en los términos del art. 2401. Así las cosas, si el deudor quiere impedir que opere tal hipótesis, debiera vender la cosa o ceder su uso y goce a un tercero a título oneroso.

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

Como se indicó, el art. 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 constituiría una excepción a la prohibición de comprar una cosa propia, en opinión de

algunos (art. 1816, inc. 1º). Según lo indicamos al tratar esta materia, discrepamos de tal conclusión.

a.6) Derecho a pagar la deuda en cualquier momento y, si ha sido ejecutado, a impedir el remate, pagando íntegramente la deuda.

El art. 2399 otorga al deudor la posibilidad de pagar lo que debe en cualquier momento, y si estuviere demandado, a impedir la subasta, pagando la totalidad de la deuda y las costas generadas hasta ese momento¹⁵⁵.

b) Obligaciones del deudor y/o constituyente.

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 y/o constituyente.

En la *prenda civil*, el pignorante, por el solo contrato, no contrae obligación alguna. Sin embargo, por hechos posteriores, puede resultar obligado a indemnizar al acreedor, según hemos estudiado (art. 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 y/o constituyente contrae numerosas obligaciones, pues a él corresponde cuidar y conservar la cosa (lo que corresponde al acreedor en las prendas civiles). El pignorante responde de culpa leve, y deberá permitir al acreedor que inspeccione el estado de la cosa preñada¹⁵⁶.

7.- 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 pueden efectuarse aisladamente, sino conjuntamente con el crédito que está garantizando.

Nada dice el CC., al regular la prenda, sobre la manera de transferir o transmitir el derecho de prenda. En consecuencia, dichos actos o hechos jurídicos 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 (art. 1612).

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

Respecto de las hipótesis anteriores de pago con subrogación y cesión del crédito, y en lo que dice relación a la entrega de la cosa preñada que debe hacer el acreedor primitivo al nuevo acreedor, plantea Lecaros lo siguiente: “Creemos que, desde el momento en que se perfecciona la subrogación o la cesión, el cesionario ya es titular del derecho real de prenda

¹⁵⁵ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 292-297.

¹⁵⁶ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 297-299.

sin necesidad de entrega alguna. De lo contrario, se llegaría al absurdo de sostener que en el tiempo intermedio entre el perfeccionamiento de la subrogación o de la cesión y la referida entrega, el subrogado o el cedente seguiría siendo titular del derecho real de prenda para asegurar un crédito del que no es titular. Además, la exigencia de una entrega no está establecida por la ley. Lo anterior, sin perjuicio de que el subrogante o el cesionario podría exigir la entrega y la tenencia de la cosa empeñada en virtud de la relación jurídica que lo unió con el subrogado o cedente”¹⁵⁷.

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 Warrants¹⁵⁸.

8.- Extinción de la prenda.

La prenda, como consecuencia de su carácter accesorio, se extingue conjuntamente con la obligación principal, conforme al aforismo de que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”. Pero como al mismo tiempo la prenda es una obligación distinta de la obligación principal, puede también extinguirse independientemente de la obligación garantizada. La prenda, entonces, puede extinguirse por dos vías: por vía consecuencial, por haberse extinguido también la obligación principal; y por vía directa o principal, es decir, se extingue la prenda, pero subsiste la obligación principal.

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

8.1. Causales de extinción por vía accesoria o consecuencial.

La obligación principal puede extinguirse por cualquiera de los medios contemplados en el art. 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 el pago, la novación 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 subrogue* en los derechos del acreedor, porque entonces subsiste la prenda, garantizando ahora la obligación de la cual es titular el nuevo acreedor (art. 1612)¹⁵⁹;
- Respecto a la *novación*: extinguida por novación la obligación cuyo cumplimiento garantiza la prenda, esta también se extingue, conforme al art. 1642. Dispone esta norma:

¹⁵⁷ José Miguel Lecaros Sánchez, *Las cauciones*, ob. cit., p. 17.

¹⁵⁸ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 300-303.

¹⁵⁹ Si la obligación caucionada con la prenda se originó en un contrato de mutuo celebrado con un banco u otra institución financiera, recordemos que el art. 31 del Decreto Supremo N° 43, publicado en el Diario Oficial de fecha 13 de julio de 2012, que “Aprueba Reglamento sobre información al consumidor de créditos de consumo”, dispone que la caución deberá ser liberada en el plazo de diez días, contados desde el requerimiento del consumidor, y en caso que se haya acordado que el costo del alzamiento sea asumido por el consumidor, desde que se haya efectuado el pago correspondiente. Si se tratare de un contrato de mutuo al cual no se le aplican las normas de la Ley N° 19.496, será necesario requerir judicialmente al acreedor prendario, para constituirle en mora, de su obligación legal de liberar la garantía.

“Aunque la novación se opere sin la substitución de un nuevo deudor, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva./Pero la reserva de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no vale cuando las cosas empeñadas o hipotecadas pertenecen a terceros, que no acceden expresamente a la segunda obligación./Tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de más que la primera. Si, por ejemplo, la primera deuda no producía intereses, y la segunda los produjere, la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses”.

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, estos 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 aun con su consentimiento, conforme al art. 1643, inc. 1°: “Si la novación se opera por la substitución de un nuevo deudor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor, ni aun con su consentimiento”.

En términos simples, la ley quiere decir que las prendas no pueden “saltar” de un bien mueble a otro. El fundamento de la norma reside en el resguardo de los intereses de los otros acreedores prendarios del nuevo deudor; se pretende evitar que estos acreedores puedan perjudicarse. Por ejemplo, suponiendo que el bien mueble del primer deudor tiene una prenda constituida en el año 2010; y que el bien mueble del segundo deudor tenga una prenda constituida en el año 2011. Si la prenda constituida sobre un mueble de propiedad del primer deudor pudiera ser reservada en un bien distinto, pasaría a quedar como primera prenda en el mueble del nuevo deudor, pues era del año 2010, desplazando a la prenda constituida sobre él en el año 2011, lo que irrogaría un evidente perjuicio para el otro acreedor prendario del segundo deudor. Además, en tal caso se presentaría una anomalía: que un mismo bien mueble soporte dos prendas civiles. En síntesis, la prenda grava un determinado bien y, como consecuencia del cambio de deudor, no puede trasladarse a bienes de este. No pasan las prendas de los bienes en que se constituyeron a los bienes del nuevo deudor.

4° Tratándose de codeudores solidarios, la reserva sólo puede afectar a los codeudores que han consentido en la misma, de acuerdo al art. 1643, inc. 2°: “Y si la novación se opera entre el acreedor y uno de sus deudores solidarios, la reserva no puede tener efecto sino relativamente a este. Las prendas e hipotecas constituidas por sus codeudores solidarios se extinguen, a pesar de toda estipulación contraria; salvo que estos accedan expresamente a la segunda obligación”.

En cuanto a los efectos de la reserva, hace excepción a los principios generales en orden a que las cauciones, accesorias de la obligación que se extingue, debieran extinguirse con ella. Mediando reserva, subsisten estas obligaciones accesorias, desaparecida la obligación principal, para asegurar la obligación nueva. Como consecuencia de la reserva, las mismas prendas que caucionaban la primitiva obligación caucionan la nueva obligación.

- 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 perfecta¹⁶⁰.

8.2. Causales de extinción por vía directa o principal.

El art. 2406 sólo menciona tres causales, pero también existen otras de las que daremos cuenta seguidamente:

a) Por destrucción completa de la cosa empeñada (art. 2406, inc. 1°).

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, mudando de objeto la obligación del acreedor prendario: en lugar de restituir la especie o cuerpo cierto que recibió en prenda, deberá su precio y la pertinente indemnización de perjuicios que pueda sumarse al primero.

Se pregunta Vodanovic si, en el caso de haber estado asegurada la cosa que se destruye, puede el acreedor prendario hacer efectivo su derecho en el monto del seguro. Nada dijo el legislador en el título de la prenda, a diferencia de lo que hace en la hipoteca, pero considera que la respuesta es, de todos modos, afirmativa, a virtud de lo dispuesto en el art. 565 del C. de C., disposición que, en síntesis, establece que el monto del seguro subroga a la cosa asegurada para el efecto de los privilegios e hipotecas constituidos sobre esta¹⁶¹. Y el crédito del acreedor prendario es un crédito privilegiado. En consecuencia, si se destruye totalmente el objeto pignorado, el monto del seguro pasa a subrogar a la cosa, es decir, opera una subrogación real, y el acreedor puede hacer valer sus derechos sobre aquel¹⁶².

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.

Eventualmente, la destrucción parcial podría facultar al acreedor prendario para exigir el pago anticipado de la obligación, conforme a lo dispuesto en el art. 1496 N° 2 del CC.: “El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es: (...) 2°. Al deudor cuyas cauciones, por hecho o culpa suya, se han extinguido o han disminuido considerablemente de valor. Pero en este caso el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones”.

Es cierto que, en el caso de la prenda civil, es difícil que la cosa pignorada disminuya considerablemente su valor por un hecho o por la culpa del deudor, ya que aquella está en poder del acreedor prendario. Pero podría ocurrir que algunas de las cosas dadas en prenda hayan tenido un vicio o defecto, del que no se le informó al acreedor, que ocasione finalmente la destrucción. Así, reiterando algunos ejemplos, el deudor da en prenda al acreedor varios muebles, pero algunos de ellos están afectados por termitas, lo que el propietario sabía o no podía desconocer; o se entregan en prenda varios caballos, asegurándole el deudor al acreedor

¹⁶⁰ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., p. 305.

¹⁶¹ Dispone el art. 565 del C. de C.: “Ejercicio de derechos de terceros sobre la indemnización. La cosa que es materia del seguro será subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitar sobre esta los privilegios e hipotecas constituidos sobre aquella. / Para ello, los respectivos acreedores deberán notificar al asegurador de la existencia de sus privilegios o hipotecas./Las mismas reglas se aplicarán cuando la cosa asegurada haya sido objeto de medida precautoria, embargo, o esté afectada a derecho legal de retención”.

¹⁶² Antonio Vodanovic H., ob. cit., pp. 634-635.

que se encuentran con sus vacunas al día, y ello no era efectivo, muriendo al poco tiempo alguno de los animales.

b) Por confusión, cuando el acreedor pasa a ser dueño de la cosa empeñada por cualquier título (art. 2406, inc. 2°).

Así, por ejemplo, el acreedor prendario podría comprar la cosa al constituyente, o el constituyente podría heredar al acreedor prendario o recibir en legado el crédito caucionado con la prenda.

Como es obvio, en estos casos se extinguirá la caución, pues es inconcebible una prenda sobre una cosa propia. Se extingue la prenda por confusión, de esta manera, al reunirse en un mismo individuo las calidades de acreedor prendario y de dueño de la cosa.

c) Por resolución del derecho de dominio del constituyente (art. 2406, inc. 3°).

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 (art. 1490). Para que el problema que trata el art. 1490 se plantee es necesario que la cosa mueble “se enajene”. En este art., 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 este puede ejercer, conforme lo establecen las dos disposiciones citadas y el art. 2391 (fundamentalmente, pedir primero que se reemplace la prenda o en su defecto, el pago anticipado de la obligación).

d) Por “abuso” de la prenda por parte del acreedor: artículo 2396.

Según hemos señalado, constituye “abuso” cualquier uso que le dé 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.

e) Cuando se da en prenda una cosa ajena, y el verdadero dueño la reclama: artículo 2390¹⁶³.

Aunque válida, la prenda sobre cosa ajena le es inoponible al dueño de la cosa pignorada, de manera que acogida que sea la acción que interpone para obtener la restitución de la cosa y, por ende, condenado el acreedor prendario a entregarla al actor, se extinguirá la prenda.

f) Por renuncia del acreedor prendario.

Renunciará el acreedor prendario a su derecho real de prenda, cuando consienta en restituir la cosa al constituyente, no obstante que el crédito caucionado por ella no se haya pagado en su integridad. Dado que en nuestros días el contrato suele celebrarse mediante

¹⁶³ Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de las cauciones*, ob. cit., pp. 304-308.

escritura pública o privada, la renuncia se formalizará a través de una escritura de “alzamiento” de la prenda.

g) Al ampliarse el plazo de la obligación principal caucionada con la prenda.

Si bien la mera ampliación del plazo de la obligación no constituye novación, en conformidad al art. 1649 se extingue la prenda que haya constituido un tercero. Dispone el precepto: “La mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación”.

h) Cuando el acreedor prendario lega al deudor la cosa empeñada.

Dispone el art. 1128: “Si la cosa que fue empeñada al testador, se lega al deudor, no se extingue por eso la deuda, sino el derecho de prenda; a menos que aparezca claramente que la voluntad del testador fue extinguir la deuda”.

Es el caso de que el deudor, para garantizar el cumplimiento de una obligación contraída con el testador, le haya dado una garantía prendaria. Si el testador lega al deudor la cosa empeñada (en realidad, no puede legarle el dominio de la cosa, pues pertenece al deudor-legatario, sino que el legado consiste en ordenar el testador la devolución de la cosa prendada al deudor), el efecto de este legado es que se extingue la garantía, pero subsiste la deuda, a menos que aparezca claramente la voluntad del testador de extinguir esta, en cuyo caso ella se entiende condonada. Tal es la interpretación hecha por Somarriva¹⁶⁴.

Rodríguez Grez plantea algo similar: para él, el art. 1128 se pone en el caso de que el testador legue al deudor el derecho de prenda. Este legado no extinguirá la deuda, sino sólo la caución prendaria, a menos que aparezca claramente que la voluntad del testador fue extinguir la deuda¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho Sucesorio*, ob. cit., p. 322.

¹⁶⁵ Pablo Rodríguez Grez, *Instituciones de Derecho Sucesorio. Pérdida, defensa y pago de las asignaciones. Ejecutores testamentarios. Partición*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1994, Volumen 1, p. 194.