

Universidad de Chile  
Escuela de Derecho  
Contratos Parte Especial  
Prof. Francisco González Hoch

## **Materiales V**

### “Garantías”

1. SOMARRIVA, Manuel. *Tratado de las cauciones*. Editorial Nascimento. Santiago (1943) pp. 7-12
2. PIZARRO WILSON, Carlos. “El derecho de retención. Una garantía bajo sospecha”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Talca* (2009) pp. 339-352
3. GUZMÁN BRITO, Alejandro. “El llamado contrato de prenda sin desplazamiento”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 13 (2009) pp. 161-236
4. AEDO BARRENA, Cristián. “Las garantías del acreedor frente al incumplimiento. Especial referencia a la boleta bancaria de garantía”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 n° 2 (2008) pp. 293-310
5. GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. “Formas de perfeccionamiento y mecanismos de realización de la prenda sobre créditos”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 14 (2010) pp. 41-68

## INTRODUCCION

1. El derecho de prenda general.—La obligación es un vínculo jurídico en virtud del cual una persona determinada se obliga para con otra también determinada a dar, hacer o no hacer algo. Por tratarse de un vínculo jurídico, no puede quedar al arbitrio del deudor darle o no cumplimiento, en lo que se diferencia la obligación de los simples deberes morales. Por eso el legislador da al acreedor diversos derechos tendientes a obtener el cumplimiento de la obligación de parte del deudor rebelde.

No ha existido a través del tiempo uniformidad sobre la naturaleza de estos derechos. En Roma, el deudor, al contraer una obligación, comprometía su persona, naciendo así la "manus injectio", que daba al acreedor un derecho de dominio sobre el deudor en caso que éste no cumpliera lo pactado. Pero hoy en día este criterio se encuentra abandonado. La nueva noción de obligación es de carácter económico. Es lógico entonces que responda de su cumplimiento, no la persona del deudor, sino su patrimonio, y este es el principio en que se basa el derecho de prenda general, consagrado en nuestro Código Civil en el artículo 2,462, al manifestar: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1,618".

Este derecho de prenda general se fundamenta en la idea del patrimonio universalidad, es decir, en el hecho de ser algo distinto de los bienes que lo componen. Por eso al deudor le es perfectamente posible enajenar sus bienes o hacer nuevas adquisiciones, sin afectar en lo

más mínimo el derecho de prenda general: porque lo que responde del cumplimiento de las obligaciones de una persona es su patrimonio, pero no los bienes determinados que lo componen al momento de nacer el vínculo jurídico.

2. Insuficiencia del derecho de prenda general como garantía para el acreedor.—En el patrimonio del deudor ejercita el acreedor los derechos que le concede la ley. En él va a solicitar la ejecución forzada de la obligación o la indemnización de perjuicios.

Pero salta a la vista que, como garantía para el acreedor, este derecho es insuficiente, porque él no evita las disminuciones del patrimonio del deudor, provocadas ya por negligencia de éste en ejercitar ciertos derechos o por las enajenaciones fraudulentas que pueda hacer. Ciertamente para estos eventos el acreedor podrá entablar la acción oblicua y la acción pauliana; pero su ejercicio demanda tiempo y dinero y en ciertos casos será un remedio tardío. A esto agreguemos que mediante estas acciones no se impide la insolvencia del deudor producida, no ya por acciones u omisiones maliciosas de su parte, sino lisa y llanamente por negocios desafortunados.

3. Las garantías o cauciones suplen esta insuficiencia.—Habidas las consideraciones anteriores, era imprescindible en el campo del derecho idear instituciones que suplieran las insuficiencias del derecho de prenda general. Ello se ha conseguido mediante las garantías o cauciones.

En términos amplios, las garantías constituyen los diversos medios de que puede hacer uso el acreedor para ponerse a cubierto de la insolvencia del deudor. Por su parte, la caución se halla definida en el artículo 46 del Código Civil (1) como "cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena". Y agrega: "Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda".

Jurídicamente hablando, no son términos sinónimos garantía y caución, porque si bien toda caución tiene el carácter de garantía, pueden existir garantías —y de innegable eficacia— que no sean cauciones, como acontece con el derecho legal de retención. En suma, garantía es el género y caución es la especie.

(1) Cada vez que mencionemos un artículo sin indicar a cual cuerpo de leyes pertenece, debe entenderse que lo es el Código Civil chileno.

4. Clasificación de las cauciones.—Para determinar la forma como las cauciones aseguran los derechos del acreedor, es necesario distinguir entre cauciones personales y cauciones reales. Se agrupan entre las primeras la cláusula penal, la solidaridad pasiva y la fianza; y, entre las segundas, la prenda, la hipoteca y la anticresis.

5. Cauciones personales.—En las cauciones personales la mayor seguridad del acreedor consiste en que éste va a tener el derecho de prenda general, no únicamente sobre el patrimonio del deudor, sino también sobre el patrimonio de los codeudores solidarios o de los fiadores, los que en cuanto a su número pueden ser ilimitados. De esta manera las posibilidades de insolvencia disminuyen notablemente, y serán más remotas cuanto mayor sea el número de codeudores solidarios o de fiadores, pues bastará con que uno de los que concurrén a la obligación conserve floreciente su patrimonio para que el acreedor pueda hacer efectiva en él la obligación.

En las cauciones personales no se toman en cuenta bienes determinados que posea el que garantiza la obligación, sino que su solvencia, y, en cierto aspecto, muy importante, un factor subjetivo: la confianza que merezca al acreedor la persona del fiador o codeudor. Bien puede que éstos, al contraer la obligación, carezcan de bienes; pero, llegado el momento de responder por el deudor, para hacer fe a su palabra sabrán arbitrar los medios necesarios.

De estas dos cauciones ofrece mayores ventajas la solidaridad pasiva, porque el codeudor solidario no goza de los beneficios de excusión y división de que se halla premunido el fiador y que debilitan la posición del acreedor. Sin embargo, como veremos más adelante, las cauciones señaladas no son antagónicas, sino que pueden combinarse, dando nacimiento así a la fianza solidaria.

La cláusula penal difiere en cierto modo de la fianza y de la solidaridad pasiva. Si la obligación penal la contrae un tercero, presenta mucha semejanza con ellas, porque el acreedor también dispondrá de dos patrimonios: el del deudor para hacer efectiva la obligación principal, y el del tercero para reclamar el pago de la pena. Pero si a ésta se sujeta el propio deudor, entonces la garantía debemos buscarla en algo distinto: en el hecho que aquél, para no incurrir en la pena, lo que en ciertos casos puede significarle un doble pago, pondrá mayor cuidado y esmero en el cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, las cauciones personales no constituyen el desideratum de seguridad para el acreedor. Ciertamente es más difícil que varias personas caigan en insolvencia; pero ello bien puede acontecer, y entonces el derecho de prenda general que puede ejercitar el acreedor en los distintos patrimonios pasa a ser ilusorio e ineficaz la garantía. Este peligro que encierran las garantías personales queda completamente descartado con las garantías reales.

6. Cauciones reales.—Las cauciones reales consisten en afectar al cumplimiento de la obligación un bien determinado, sea mueble o inmueble. Ellas otorgan al acreedor el derecho de perseguir en manos de los terceros el bien dado en garantía y el de pagarse preferentemente con el producto del remate, valor de la expropiación o monto del seguro. Mediante estos atributos el acreedor queda a cubierto de la enajenación que del bien pueda hacer el deudor, ya que puede perseguir a aquél en manos de terceros, o de las numerosas deudas que contraiga y puedan colocarlo en insolvencia, pues goza de preferencia para el pago de su crédito. En otros términos, esta clase de garantía elimina la insuficiencia del derecho de prenda general, insuficiencia que, aunque en menor escala, como lo dijimos, también se presenta en las cauciones personales. Da, pues, una tranquilidad absoluta al acreedor.

Las cauciones reales más características son la prenda y la hipoteca. Hermanadas en su origen, diferenciadas después, en la actualidad presentan líneas de demarcación cada vez más sutiles. En efecto, teniendo ambas su origen en la enajenación con pacto de fiducia y en el pignus, después se separan, caracterizándose: la hipoteca por referirse a los inmuebles, que quedan en poder del deudor, y la prenda por aplicarse a los muebles, que deben entregarse al acreedor. Hoy en día, estas características no son exclusivas, ya que hay hipotecas sobre muebles, como la que recae en las naves, y prendas en que los bienes quedan en poder del deudor, como acontece en las prendas sin desplazamiento, verbi-gracia la agraria, la industrial, etc.

También milita entre las cauciones reales la anticresis. Pero es evidente que, comparada con la prenda y la hipoteca, su importancia y aplicación son insignificantes.

7. Los privilegios no constituyen por regla general, en nuestra legislación, una caución real.—En el Código francés se contem-

pla una serie de privilegios que el acreedor puede hacer valer aun cuando los bienes del deudor hayan salido de su patrimonio, como por ejemplo aquéllos que recaen sobre inmuebles, enumerados en el artículo 2,103 de ese Código. Con este antecedente, no es raro que los autores y tratadistas franceses estimen uniformemente que los privilegios son una garantía real y se ocupen de ellos al referirse a la prenda y a la hipoteca.

En nuestro Derecho la situación es diversa, porque, salvo contadísimas excepciones, los privilegios sólo pueden invocarse mientras los bienes estén en el patrimonio del deudor, pero no una vez que han salido de él.

Las excepciones referidas están contempladas: en el artículo 835 del Código de Comercio en relación con el 825 del mismo Código, según los cuales los créditos privilegiados sobre la nave que se enumeran en el primero de dichos artículos pueden perseguirse en ella aun cuando pertenezca a terceros; y en el artículo 5.º de la ley N.º 6,071, de 16 de agosto de 1937, en cuya virtud el crédito que se tenga contra el dueño de un piso o departamento por expensas comunes goza de un privilegio de cuarta clase que se puede hacer efectivo en el piso o departamento en manos de quien se encuentre.

Estas excepciones vienen a confirmar la regla de que en nuestra legislación los privilegios no constituyen cauciones reales. Ciertamente que en la prenda y en la hipoteca el acreedor puede alegar su privilegio o preferencia aun cuando los bienes hayan salido de manos del deudor; pero ello se explica porque ambas tienen el carácter de derechos reales, y, como tales, se ejercitan sobre una cosa sin respecto a determinada persona y llevan consigo el derecho de persecución (2).

**8. Importancia de las cauciones.**—La importancia y aplicación de las cauciones en la vida jurídica práctica no escapan al criterio del lector. Los acreedores siempre buscan las mayores seguridades posibles para conceder créditos. De aquí entonces que el estudio de las cauciones sea uno de los más interesantes que puede hacerse dentro del Derecho Civil, sobre todo en cuanto se relaciona con la hipoteca,

(2) Los privilegios, en nuestro Derecho, no son una caución, pero sí son una garantía en el sentido amplio de esta expresión, ya que el acreedor que goza de ellos tendrá una mayor posibilidad de ver satisfecho su crédito.

ya que, como tendremos ocasión de ver, son cuantiosísimos los capitales que se encuentran colocados con garantía hipotecaria.

**9. División de la materia.**—El presente libro lo dividiremos en dos partes. En la primera nos ocuparemos de las cauciones personales y estudiaremos en capítulos sucesivos la cláusula penal, la solidaridad pasiva y la fianza. La segunda parte la reservaremos a las cauciones reales, dividiéndola a su vez en dos capítulos, en el primero de los cuales trataremos la prenda y en el segundo la hipoteca (3). *índice*

(3) Hay otras cauciones en el campo del Derecho además de las que serán objeto especial de nuestro estudio. Por ejemplo, la anticresis, las arras, la promesa de hecho ajeno, la indivisibilidad de pago, el pacto de retroventa, el caso del art. 2,152. Por no ofrecer tanto interés o por no constituir algunas una institución, no las estudiaremos particularmente. No obstante, más de alguna vez nos referiremos a ellas en el desarrollo de la materia.

## EL DERECHO DE RETENCIÓN. UNA GARANTÍA BAJO SOSPECHA\*

Carlos Pizarro Wilson\*\*

### RESUMEN

El derecho de retención ha sido una garantía controversial a partir de su naturaleza forzada y atávica. En este trabajo se entregan los lineamientos necesarios para avanzar hacia su reconocimiento general, dejando atrás su carácter legal y excepcional, dotándolo de una mayor eficacia, a través de una acción restitutoria, una eficacia *erga omnes* y la realización y privilegio de la cosa para el pago del crédito conexo, asociado a los límites usuales del enriquecimiento a expensas de otro y el principio de la buena fe.

### ABSTRACT

Retention has been historically a contested guarantee. This paper intends to provide some general orientations required to move forward to its general acceptance, leaving behind its legal and exceptional nature; furthermore giving it more strength through a restitutory action, an *erga omnes* effect and acknowledging the creditor a stronger position regarding the payment of her related credit, limited, as usual, by unjust enrichment and good faith

### PALABRAS CLAVES

Garantías – derecho de retención – privilegios.

### KEY WORDS

Guarantees, retention, privileges.

\* Trabajo recibido con fecha 29 de diciembre de 2008, y aprobado el 16 de marzo de 2009. Este artículo forma parte del Proyecto Fondecyt Regular n° 1085264 “Hacia la construcción de un sistema de remedios por incumplimiento contractual en el Código Civil” en que el autor es co-investigador.

\*\* Profesor de Derecho civil en la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: [carlos.pizarro@udp.cl](mailto:carlos.pizarro@udp.cl)

### Introducción

Sin duda el derecho de garantías ha padecido el último tiempo una creciente atención en diversos sistemas jurídicos. En Europa, la discusión sobre las formas de garantizar los créditos ha ocupado un lugar relevante.<sup>1</sup> La última reforma significativa se realizó en Francia, modificándose de manera íntegra el derecho de garantías.<sup>2</sup>

Nadie discute la importancia de esta parcela del derecho donde aparece con nitidez cómo los hechos van antes que el derecho. La dispersión legislativa en la materia responde a la presión de los mercados que con mayor innovación han ido creando diversas formas de asegurar los créditos, sin que concorra una política global para afrontar el dilema. En Chile, incluso, recientemente se reformó la prenda en la denominada ley de capitales 2, con las ingentes críticas por falta de prolijidad, coherencia y eficacia.<sup>3</sup>

Garantizar es, entonces, establecer un mecanismo jurídico eficaz para asegurar el eventual incumplimiento de una obligación propia o ajena. Entre esos mecanismos, encontramos al derecho de retención.

Este derecho constituye una garantía a favor de un sujeto que detenta una cosa de su deudor, la cual se niega a restituir mientras no se le satisfaga, a su turno, su propio crédito. Se trata de una garantía inmemorial, que podríamos sostener que responde a un sentimiento atávico de negarse a restituir lo que debemos a aquél que, a su turno, no nos paga. No te entrego lo que te debo, mientras no me pagues aquello que me adeudas. La retención es un mecanismo brutal, que “se intuye un concepto más fáctico que jurídico”.<sup>4</sup>

No cabe duda que es una garantía simple y eficaz de reconocimiento general en el derecho comparado, aunque hoy se disputan los ordenamientos que lo entienden como un principio

<sup>1</sup> Ver el libro, AA.VV. *Garantías reales inmobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2006, 615 pp.

<sup>2</sup> En Chile esta reforma fue comentada por Ríos Labbé, Sebastián, 2006. “La reforma del derecho de garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 7, p. 89 y ss. Sobre el derecho de retención en particular en clave comparativa, p. 97 y 98, y nota n° 31; más reciente, Caprile Biermann, Bruno, “La reforma al derecho de cauciones en Francia: perspectivas para un devenir en Chile”, en *Estudios de Derecho civil III, Jornadas nacionales de derecho civil*, editor Alejandro Guzmán Brito Valparaíso, LegalPublishing, Santiago, 2008, p. 531 y ss. En particular, la nota n° 7, p. 533.

<sup>3</sup> Elorriaga de Bonis, Fabián, “La prenda de créditos nominativos en la nueva normativa de la prenda sin desplazamiento”, editor Carlos Pizarro Wilson, en *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas de Derecho Civil*, LegalPublishing, Santiago, 2009, (en prensa).

<sup>4</sup> Lauroba, María Elena, “La prenda gordiana ¿una figura a tener en consideración? (derecho de retención y prenda gordiana)”, en *Garantías reales inmobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 371.

general y otros, como el chileno, que lo limitan a determinados casos específicos.<sup>5</sup>

En los sistemas inspirados en el Código civil francés de 1804, que sólo reconocía la retención para hipótesis particulares, la institución se ha mirado con sospecha y distancia. De ahí una doctrina que hasta hoy le reconoce una aplicación restrictiva, excluyendo toda posibilidad de aplicación por analogía.<sup>6</sup> Aunque se verifiquen las mismas condiciones para la retención vigentes en una norma legal, la falta de reconocimiento típico impediría su aplicación por vía analógica.<sup>7</sup>

Sin embargo, los tiempos cambian, y aquello que un autor pudo describir como una “situación jurídica de técnica primitiva y carácter cuasi excepcional”,<sup>8</sup> hoy parece menos un dogma, y no pocos autores, y también ciertas legislaciones, han avanzado hacia una extensión de esta garantía para asegurar el pago de créditos.<sup>9</sup>

En Chile, tal como se indicó, el derecho de retención carece de un reconocimiento general.

<sup>5</sup> En Latinoamérica, véase el libro fundamental de Castro de Cifuentes, Marcela, *El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles*, Colección Derecho Privado, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2004. En el derecho comparado puede constatarse un reconocimiento general del derecho de retención, aunque en forma diversa, hay derechos inspirados en el francés que sólo lo contemplan para casos especiales: el español, sobre el cual puede consultarse el artículo ya citado de Lauroba y Echavarría de Rada, Teresa, “En torno al derecho de retención”, en *libro homenaje a Luis Díez-Picazo*, Thompson Aranzadi, Madrid, 2006, p. 1765 y ss; también ocurre en el Código chileno, según veremos y en el colombiano. Según explica la profesora Lauroba se reconoce el derecho de retención en forma unitaria en el derecho alemán (parágrafo 273-274); el Código civil argentino en los artículos 3.939 y 3946; el Código suizo en los artículos 895 y ss.; el Código portugués (artículos 754 al 761); el Código de Québec en los artículos 1592 y 1593 y, de manera reciente el Código civil francés en el artículo 2286, Lauroba, cit. n. 4, p. 378. Para el derecho francés es fundamental la tesis, aunque precedente a la reforma, de Aynès, Augustin, *Le droit de retention. Unité ou pluralité*, Economica, Paris, 2005.

<sup>6</sup> Para Fueyo Laneri “En Chile...no se organiza en forma sistemática el derecho en estudio, sino que el Código civil y las leyes en general lo acuerdan en diversas hipótesis diseminadas a través de toda la legislación. Por otra parte, conforme lo entienden los autores nacionales y la jurisprudencia uniforme de nuestros tribunales de justicia, no puede aplicarse el derecho de retención por vía de doctrina general o por analogía, sino solamente en los casos que señaladamente establece la ley. En consecuencia, se requiere de un texto expreso para cada caso”, Fueyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Jurídica, Santiago, 1991, 527 y 528.

<sup>7</sup> Una evolución distinta tuvo lugar en la jurisprudencia francesa, la cual reconoció un principio general de retención bajo el cumplimiento estricto de las condiciones de la institución. Véase sobre esta evolución Catala-Franjou, Nicole. 1967. “De la nature juridique du droit de retention”, *RTD civ.*, p. 9 y ss.; luego de la reforma, ver el comentario de Simler, Philippe, 2006. “dispositions générales du livre IV nouveau du Code civil”, *JCP*, n° 20, p. 2, quien afirma “el derecho de retención se había convertido en un principio sin que la ley lo dijera. El nuevo artículo 2286, llena esa laguna, confirmando por el lugar en el Código que ocupa, que tiene eficacia tanto respecto de bienes muebles como inmuebles”.

<sup>8</sup> Beltrán de Heredia de Ons, Pablo, *El derecho de retención en el Código civil español*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1955, p. 11.

<sup>9</sup> Como se indicó, en forma paradigmática el derecho francés.

Sólo aparece disperso en un puñado de artículos sin que pueda afirmarse la existencia de un régimen legal afinado. Esta ausencia de regulación sistemática suscita controversia acerca de la naturaleza jurídica, sobre las condiciones para su procedencia, sus efectos e, incluso, respecto al término o extinción de este derecho.<sup>10</sup>

En lo que sigue quisiera re-visitarse este viejo instituto del derecho de retención en tanto garantía controversial. Plantearé la necesidad de extender el derecho de retención, y, por otra, de dotarlo de características homogéneas que permitan erigirlo en una garantía más eficaz. Ambos aspectos, creo, discutibles, servirán para delinear un régimen legal apropiado.

## I. Hacia una necesaria extensión del derecho de retención

El derecho de retención se ha mantenido arraigado en la excepción. Sin embargo, renovar la institución para una mayor eficacia implica avanzar en dos sentidos: por una parte, formular un principio general de retención, y por otra, consagrar una acción de restitución en caso de despojo.

### A. El principio

El derecho de retención no aparece recogido en la legislación en forma unitaria. Es usual en la jurisprudencia, así como en la doctrina entenderlo como una excepción.<sup>11</sup>

Una verdadera anomalía en el sistema de garantías que se acomoda mal a las otras de naturaleza tradicional, como la prenda o la hipoteca.<sup>12</sup> Además, se le considera improcedente

<sup>10</sup> En Chile, sin embargo, el derecho de retención no ha suscitado la atención de la Doctrina. Con todo puede consultarse, en términos generales, Abeliuk Manasevich, René, *Las obligaciones*, Jurídica, Santiago, t. II, 4ª edición, 2005, n° 947, p. 849 y ss., quien expone sobre este derecho bajo el título de quien lo trata en forma muy escueta y general. Existen algunas Memorias de Prueba de pregrado, las cuales se irán citando en este trabajo.

<sup>11</sup> Abeliuk, *Las obligaciones*, cit. n. 10, p. 854, quien manifiesta la imposibilidad de reconocer casos de retención fuera de los señalados por ley. Sin perjuicio de esta constatación, el autor se manifiesta favorable a una modificación legal del Código civil a fin que recoja una regulación general del derecho de retención, p. 855. En la jurisprudencia puede consultarse la interesante sentencia, aunque en sede penal, que declaró “el derecho de retención que la ley concede al arrendador para garantizar el pago de la renta por parte de su arrendatario, debidamente declarado mediante sentencia judicial ejecutoriada, y que comprende bienes muebles de propiedad de este último, sólo confiere acciones civiles para los efectos de su persecución y realización, con la preferencia legal de segunda clase...”. Corte Suprema, 7 de junio de 2006, Rol 3763-2003, n° identificador Legal Publishing 34557. Se trataba de una querrela por el delito de apropiación indebida tipificado en el artículo 470 n° 1 del Código penal, siendo desestimada la vía penal al no proceder la asimilación del derecho de retención con el depósito.

<sup>12</sup> Con todo, debe recordarse que el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil dispone que los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan. Así, tratándose de un bien mueble, se aplicará el artículo 2474 del Código civil que consagra al acreedor un privilegio especial de segunda clase. Volveré sobre esto.

en todos aquellos casos en que no exista una disposición legal que así lo reconozca o que las partes lo hayan acordado por vía convencional.<sup>13</sup> O es la ley o son las partes, estando vedado a los tribunales crear de manera pretoriana derechos de retención. Las fuentes del derecho de retención son el Código civil u otras leyes especiales. Se trata de una enumeración taxativa. No hay, entonces, más casos de retención que aquellos recogidos expresamente por la ley.<sup>14</sup>

El principio de excepción que inunda el derecho de retención arranca del artículo 2392, inciso 2º, relativo a la prenda, según el cual: “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”.

De ahí que sea un lugar común afirmar la imposibilidad de extender el derecho de retención a situaciones en que, si bien se cumplen sus condiciones, no aparece una regla expresa que lo otorgue. No existiría legitimidad para retener una cosa ajena esgrimiendo como fundamento un crédito ejecutable respecto al dueño del bien quien, al mismo tiempo, reclama la restitución.

En Chile esta es la opinión común basada en argumentos de texto. Se cita no solo el artículo 2392 inciso 2º relativo a la prenda, sino también los artículos 545 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 92 de la Ley de quiebras, los cuales utilizan expresiones similares que hacen referencia a la consagración legal de la retención.<sup>15</sup>

Hay una percepción sospechosa respecto a quien se hace justicia por propia mano, reteniendo la cosa, sin ley que lo habilite.

La ausencia de un reconocimiento general del derecho de retención no ha impedido a

<sup>13</sup> Un ejemplo de retención convencional en contrato de prenda sin desplazamiento bajo el amparo de la antigua ley, en Corte Suprema, 23 de abril de 2007, n° identificador LegalPublishing 36236.

<sup>14</sup> La mayoría están en el Código civil. La recensión de casos dispuestos puede consultarse en Caprile, “La reforma”, cit. n. 2, p. 533, nota n° 7, ya citada. También ver Abeliuk, *Las obligaciones*, cit. n. 10, p. 852 y siguientes, que agrega a la anterior, los artículos 151 y 284 del Código de comercio y el artículo 92 de la Ley de quiebras. Debe tenerse en cuenta, también, el artículo 183 C de la Ley 20.123, el cual dispone en su inciso 3º que en el caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales, la empresa principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o de aquéllos, el monto de que es responsable en conformidad a este párrafo; y, por último, el artículo 22 de la Ley 20.190, sobre prenda sin desplazamiento: “El arrendador podrá ejercer su derecho legal de retención sobre especies dadas en prenda, sólo cuando el contrato de arrendamiento conste en escritura pública otorgada con anterioridad a la correspondiente inscripción de la prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. El decreto judicial que declare procedente la retención deberá inscribirse en el Registro de Prendas sin Desplazamiento”. Una antigua Memoria se ocupó de elaborar el listado, Arce Molina, Oscar, *Casos de procedencia del derecho de retención*, Imprenta Mackenney, Santiago, 1926.

<sup>15</sup> Abeliuk, *Las obligaciones*, cit. n. 10, p. 854. Quien agrega como argumento que la retención otorga un privilegio, los cuales sólo pueden establecerse por ley.

sistemas jurídicos similares al chileno avanzar hacia una aplicación por analogía o, de manera más osada, reconocer un principio de retención por vía jurisprudencial. Esta práctica se basa en un ejercicio judicial de reconocimiento de las condiciones esenciales de la retención.

Un ejemplo próximo lo constituye el derecho colombiano. A partir del mismo Código civil, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha extendido el derecho de retención previsto en el artículo 2000 –que corresponde al artículo 1942, inciso 2º del Código civil chileno- a favor del arrendador a contratos de arrendamiento de obra material y de arrendamiento comercial. La Corte Suprema de Colombia en sentencia de 6 de mayo de 1969, hace aplicable dicha disposición al contrato de arrendamiento para la confección de una obra material. Si bien parte indicando la ausencia de un principio general de retención, luego por analogía y rompiendo con la interpretación restrictiva, lo extiende al arrendamiento de obra material.<sup>16</sup>

Sin duda la jurisprudencia francesa ha sido más prolífica en la creación pretoriana de un principio general de retención hasta antes de la reforma de 2004. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, en que comienza a decaer la denominada Escuela de la Exégesis, la Corte de Casación inicia un proceso paulatino y definitivo de construcción del principio general de retención.<sup>17</sup> A mediados del siglo XX, la Doctrina francesa era unánime en la admisión de la retención como principio general.<sup>18</sup>

Estos ejemplos muestran que en ocasiones resulta necesario extender la aplicación del derecho de retención, a fin de otorgarle una mayor eficacia. Pero, además, plantean la interrogante sobre la necesidad de avanzar hacia un principio general de retención.

Consagrar un principio de retención no debiera tener por objetivo dilucidar los fervientes, y quizá un tanto inútiles debates, sobre la naturaleza jurídica del derecho de retención;<sup>19</sup> pero sería una buena ocasión para delinear con claridad el régimen legal de la institución, teniendo en vista una mayor eficacia de esta garantía a favor del retenedor. De esta manera, es cierto, podrá sacrificarse la calificación exacta del derecho de retención, la cual ya sabemos nunca ha quedado zanjada. No podrá dilucidarse si debemos considerarlo un derecho personal o un derecho real, o una simple forma de ejecución procesal. De hecho, el debate acerca de la calificación del derecho de retención ha cedido a una visión más pragmática del mismo. El profesor Simler, quien comentando la reforma al derecho de garantías francés, con una radical sinceridad fáctica, plantea que debiera entenderse la retención como “una situación de hecho a la cual la ley le reconoce bajo el cumplimiento

<sup>16</sup> Castro de Cifuentes, *El derecho de retención*, cit. n. 5, p. 39 y 40.

<sup>17</sup> Sobre la evolución, Cassin, René, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, 1914, p. 151 y ss.

<sup>18</sup> Ver Catala-Franjou, “De la nature”, cit. n. 7, p. 15 y 16.

<sup>19</sup> Sobre esto es fundamental el texto de Catala-Franjou, “De la nature”, cit. n. 7, p. 15 y ss.

de ciertas condiciones efectos de derecho que, en la práctica, son cercanos a una garantía”.<sup>20</sup>

Este principio general de retención permitiría reconocer la facultad de retener a cualquier acreedor, bastando que se verifiquen las condiciones para su eficacia, con independencia que un texto legal lo reconozca o no en forma expresa. Esta forma de ver el derecho de retención evitaría situaciones inicuas, en que a sujetos en una situación análoga se les trate de manera distinta, al mismo tiempo abriría la posibilidad de forzar al deudor titular de la cosa retenida al pago de su deuda.

En contraste con la jurisprudencia colombiana y francesa, en Chile no existe un movimiento jurisprudencial que favorezca el reconocimiento de un principio general de retención. Tampoco es probable que dicha realidad varíe por medio de la interpretación o aplicación por analogía de los casos específicos de retención que consagra la legislación. En nuestro país, la ley no suele ir detrás de la jurisprudencia, sino que los tribunales para lograr quebrar una tradición arraigada requieren una reforma legal que así lo disponga. Por eso veo difícil que la jurisprudencia nacional cambie el paradigma de considerar a la retención como una excepción, siendo necesario, entonces, una reforma legislativa para lograr un verdadero impacto en este ámbito.<sup>21</sup>

## B. La tenencia de la cosa y la acción de restitución

La doctrina coincide en gran parte al explicar las condiciones de la retención. Se explica la necesidad de una regla expresa que la consagre, la tenencia de la cosa por el deudor que se resiste a la entrega, un crédito del deudor de la restitución con el acreedor de ésta, siendo exigible una conexión entre dicho crédito y la cosa que se retiene. Este conjunto de condiciones habilita al retenedor para diferir el plazo de entrega hasta la ejecución del crédito a su favor.<sup>22</sup> Hay una importante homogeneidad en los elementos constitutivos. Ahora, la principal condición radica en entender que para que se verifique, el retinente debe tener una cosa de su deudor. En una frase más que elocuente se suele indicar que “para retener hay que tener la cosa”. Esta condición *sine qua non* del derecho de retención puede ser revisada, también en dos sentidos.

Hay dos palabras relevantes en la exigencia de tener una cosa. El verbo tener, lo cual

<sup>20</sup> Simler, “Dispositions”, cit. n. 7, p. 6.

<sup>21</sup> Esto sin perjuicio de la necesidad en Chile de avanzar en una reforma global al sistema de garantías más acorde con el tráfico contractual contemporáneo.

<sup>22</sup> Abeliuk, *Las obligaciones*, cit. n. 10, p. 854 y ss.; Fueyo, *Cumplimiento*, cit. n. 6, p. 522; Téllez Calderón, Arturo, *Derecho de retención*, Talleres Gráficos, Santiago, 1926, p. 35 y ss., quien habla de posesión de la cosa y agrega la declaración judicial del derecho. Esto último es errado, pues la declaración no constituye un elemento de la retención, sino que se asocia a sus efectos. Venegas Rodríguez, Rubén, *El derecho de retención. Doctrina, legislación comparada, jurisprudencia*, Nascimento, Santiago, 1955, p. 141 y ss.

implica determinar qué debe tenerse y por otra, la cosa, qué cosas pueden ser susceptibles de retención.

La primera y fundamental consecuencia de la cosificación del derecho de retención exige tener para retener. Si el acreedor pierde la cosa dejaría de ser titular del derecho de retención.<sup>23</sup> Esto no admite ninguna dificultad si el desprendimiento es voluntario, pues de esa forma se pone término a la retención. En efecto, el titular del derecho de retención al dejar las cosas en manos de su deudor consiente en la extinción de la retención. Se trata de una renuncia al derecho generando la extinción de pleno derecho. Eso sí, aún la renuncia voluntaria a la retención al entregar la cosa, no implica la extinción del derecho personal o crédito contra el dueño de la cosa, salvo remisión o condonación de la deuda.

La interrogante radica en determinar si el sujeto titular del derecho de retención, al perder la tenencia de la cosa, se produce la extinción de su derecho en forma irremediable con independencia de las circunstancias en que ocurrió el desprendimiento o; en cambio, cabría la facultad de aquel para exigir la restitución por vía de acción judicial.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Fueyo, *Cumplimiento*, cit. n. 7, p. 528, quien indica como forma de extinción la pérdida de la cosa; coincide Abeliuk, cit. n. 10, p. 859, quien explica que la retención no otorga derecho de persecución, “es de la esencia del derecho en estudio una situación de hecho: que el retenedor tenga la cosa en su poder, de manera que si deja de estarlo, ya no puede acogerse a él. Sólo judicialmente declarado podría reconocerse semejante derecho de persecución...”; en el mismo sentido al comparar el derecho francés con el chileno, Caprile, “La reforma”, cit. n. 2, p. 534, quien indica “En consecuencia, en nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en Francia, el derecho no sólo permite al acreedor retener la cosa sino además instar por su realización para la obtención del pago de su acreencia (artículo 545 CPC.) y le confiere también una causal de preferencia. Al igual que en Francia, no confiere derecho de persecución”.

<sup>24</sup> La Corte Suprema de Colombia sostuvo el 25 de agosto de 1953 que “no es de admitirse que el que ha perdido la detentación de la cosa, pueda reclamarla por vía de acción para ejercitar el derecho de retención, salvo que haya sido despojado violenta o clandestinamente, porque en tal caso no es el derecho de retención el que se ejercita, sino el derecho que corresponde a cualquier poseedor (art. 984)”. Citado por Cifuentes de Castro, cit. n. 5, p. 59.

Esta sentencia da un paso en el sentido de reconocer la facultad al retenedor, no en esta calidad, sino en la de poseedor para recuperar la cosa mediante una acción especial de prescripción breve, nada más 6 meses.

Pero la sentencia más relevante en este aspecto, es aquella del 3 de mayo de 1961. En el voto de mayoría se señaló que:

Si quien retiene queda privado del objeto por su voluntad o vías de derecho, la garantía legal desaparece por sustracción de la materia. Pero cuando es despojado por vías de hecho, se exige que sea restituido, precisamente para que pueda hacer valer su posición exceptiva absoluta contra todo el mundo, mientras el crédito que garantiza no se extinga por alguna causa legal.

Se consagra, así, a favor del retenedor despojado la acción restitutoria, que se justifica no en una situación de hecho, sino en la retención como derecho, que se predica *erga omnes*.

Por su parte, el voto de minoría, recogiendo la jurisprudencia anterior, y citando abundante doctrina comparada, incluso chilena, niega lugar a la acción restitutoria, sino sólo aquella especial del artículo 984. Es la tenencia de la cosa de la cual ha sido despojado y no el derecho de retención, lo que habilita al acreedor para ejercer la acción extraordinaria de amparo o querrela de despojo violento. Ver Castro de Cifuentes, cit. n. 5, p. 58.

Esta controversia se asocia con la calificación jurídica de la institución. Para aquellos que lo consideran un derecho real parece difícil justificar la ausencia de una acción para recuperar la cosa, al mismo tiempo que al entenderlo como un derecho personal no queda sino excluir toda acción restitutoria.

En Chile, en forma unánime se excluye toda acción restitutoria.<sup>25</sup> Pero tampoco se ha esgrimido el artículo 928 del Código civil como una respuesta al titular del derecho de retención despojado en forma violenta de la cosa. Aunque esta alternativa queda restringida a los inmuebles o derechos reales constituidos sobre inmuebles, según prescribe el artículo 916 del Código civil.

El artículo 928 del Código civil señala: “Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas en el estado que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses”.

Sin duda esta regla permitiría al retenedor recurrir ante la justicia para la restitución de la cosa cumplidas las condiciones exigidas. Eso sí, quedará sometido al régimen especial de la querrela de amparo quedando excluidos los bienes muebles. Es la forma en que ha ocurrido, aunque sin unanimidad, en la jurisprudencia colombiana.<sup>26</sup> Ésta asume la necesidad de proteger al retenedor del despojo de la cosa. Lo hace consagrando la acción restitutoria o a través de la acción de amparo. Sin embargo, este espacio de duda debiera excluirse determinando de manera general la procedencia de la acción real en caso de despojo sin la restricción de la naturaleza del bien inmueble, ni el plazo breve de prescripción de seis meses. No parece posible, al menos en el estado actual de nuestra jurisprudencia, avanzar hacia un reconocimiento de la acción restitutoria sin un precepto legal que así lo establezca. Por consiguiente, sólo quedaría conformarse con la posibilidad de recurrir al artículo 928 del Código civil con las limitaciones ya descritas.

<sup>25</sup> Caprile, “La reforma”, cit. n. 2, p. 533, nota n. 7; Fueyo, *Cumplimiento*, cit. n. 7, p. 528; Abeliuk, *Las obligaciones*, cit. n. 10, p. 859.

<sup>26</sup> Castro de Cifuentes, *El derecho de retención*, cit. n. 5, p. 58 y ss. y la posición de la autora en p. 64, citando el artículo 984 del Código civil colombiano idéntico a nuestro artículo 928, aunque sin mencionar que sólo cabría aplicarlo a los inmuebles o derechos reales constituidos en estos. Con todo la jurisprudencia colombiana que no es unánime en el punto ha sostenido la procedencia de la acción reivindicatoria en sentencia de 3 de mayo de 1961, reconociendo en forma expresa el derecho de persecución. En contra de esta posición, la misma Corte en sentencias de 27 de octubre de 1938 y de agosto de 1953 negó la acción reivindicatoria, aplicando el artículo 984 del Código civil colombiano.

En la reforma francesa se introduce una frase elocuente sobre este asunto: “el derecho de retención se pierde por el desprendimiento voluntario”, lo cual confirma, a contrario, que debe perdurar en la hipótesis de despojo involuntario, dando lugar a la acción reivindicatoria y así se reconoce el derecho de persecución.

En suma, hoy parece necesario dotar a la retención del derecho de persecución en la hipótesis de despojo involuntario. Si bien puede recurrirse a al artículo 928 del Código civil con las limitaciones ya destacadas, una mayor precisión sería bienvenida de parte del legislador. En este sentido debiera orientarse una reforma legal particular sobre el derecho de retención o más amplia si considera en su conjunto el derecho de garantías. Por lo demás, la importancia de la retención es mayor tratándose de bienes muebles. La acción reivindicatoria daría un vigor necesario para el amparo del retenedor frente al despojo del bien cualquiera sea su naturaleza.

El segundo aspecto relativo al elemento de tenencia de la cosa, refiere a qué cosas pueden ser objeto del derecho de retención. Podríamos agregar que las hipótesis de retención no siempre exigen la tenencia de la cosa. Así ocurre en materia de arrendamiento. El arrendador para asegurarse el pago de la renta e indemnizaciones de cargo del arrendatario puede retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o provisto y que le pertenecieren, existiendo una presunción legal a este respecto. No cabe duda que estamos frente a una situación particular. En efecto, el arrendador nada tiene, salvo el derecho de retención sobre bienes que no están en su poder.

La tesis citada del profesor Aynès pretende incluir dentro del ámbito de aplicación de la retención las cosas incorporales, excluyendo así, el elemento de materialidad tradicional de la retención. La condición esencial de la retención no estaría en la tenencia material, sino en la conexión de la cosa y el derecho o crédito involucrado. Se propone de una vez acoger el derecho no sólo sobre bienes corporales, sino también sobre bienes incorporales. En su opinión, la retención tendría su esencia en el poder de bloqueo del retenedor, más que en la tenencia de la cosa. Se trata de una opinión osada que rompe con la tradición de una de las condiciones más compartidas de la institución.<sup>27</sup>

Sin embargo, si bien la retención responde a la naturaleza humana como mecanismo primitivo de coerción para el cumplimiento de las obligaciones, este derecho sobre cosas incorporales ya sería una pura construcción jurídica. Estos argumentos, en principio, deberían justificar el rechazo a la extensión de la retención sobre bienes incorporales. En efecto, esta posición, en mi opinión, va demasiado lejos, al desnaturalizar a la retención de su elemento

<sup>27</sup> Aynès, *Le droit*, cit. n. 5, p. 22 y ss.

más humano y atávico, la retención material de la cosa. Por eso la condición para ejercer el derecho de retención es que se trate de una cosa corporal mueble o inmueble. Existe una clara materialidad necesaria para poder ejercer este derecho. Esta condición ha sido establecida a partir de las hipótesis dispersas en que se recoge el referido derecho de retención. Así, entonces, quedó escrito con rigor la necesidad de una cosa corporal.

## II. Hacia una mayor eficacia del derecho de retención

Para que una garantía sea satisfactoria debe ser eficaz. Al derecho de retención se le atribuye este atributo al quedar en manos del acreedor gestionar la garantía con la retención de la cosa. Sin embargo, ciertos aspectos dispersos y confusos de su régimen legal le restan eficacia.

A continuación en esta segunda parte revisaré ciertos aspectos relativos a los efectos del derecho de retención y a su ejercicio.

### A. Los efectos del derecho de retención

Un primer aspecto que permite al derecho de retención una real eficacia es su oponibilidad *erga omnes*. Si bien algunas dudas se suscitaban sobre la oponibilidad en el evento de transferencia de la cosa a un tercero, hoy existe consenso que dicho tercero debe respetar el derecho de retención, pudiendo recuperar la cosa sólo en el evento que pague el crédito pendiente.<sup>28</sup> En otros términos, si fallece el dueño de la cosa o la transfiere, tantos los herederos como el sucesor por causa entre vivos deberá respetar el derecho de retención. No existe como condición del mismo que tenga que ejercerse contra el dueño primigenio de la cosa al momento de nacer el crédito que los justifica y con el cual se conecta. Otra forma de entenderlo llevaría a una forma fácil y burda de burlar la retención mediante la enajenación del bien.

Una cierta atenuación se verifica tratándose de derechos reales constituidos sobre la cosa con anterioridad al crédito del cual se prevalece el titular del derecho para retener la cosa. En este caso debe primar el derecho real constituido con anterioridad.

Es cierto que puede ocurrir que el nuevo titular de la cosa no pague una deuda propia, pudiendo entonces subrogarse en los derechos del retenedor para exigir el reembolso, según las reglas generales.

<sup>28</sup> En este sentido, la jurisprudencia colombiana, la cual es unánime en el reconocimiento del efecto *erga omnes* del derecho de retención. La sentencia del 25 de agosto de 1953 cristaliza esta posición al sostener que: “el respeto a la retención se convierte en un deber del propietario, debiendo entenderse que incluye tanto al propietario original (deudor) como a los sucesivos adquirentes, con un carácter de obligación *propter rem*”. Castro de Cifuentes, *El derecho de retención*, cit. n. 5, p. 67.

La eficacia *erga omnes* dice relación, también, con la quiebra del dueño de la cosa. En relación a la quiebra, el artículo 71 establece que el titular del derecho de retención de un bien de propiedad del fallido no puede ser privado del bien en cuestión sin pagarle o garantizar dicho pago.<sup>29</sup> Incluso, la retención, puede declararse con posterioridad al auto de quiebra.<sup>30</sup>

Un aspecto relevante de la retención en cuanto a sus efectos estriba en dilucidar la facultad de realización y privilegio que otorga esta especie de garantía.

Esta cuestión que es una usual controversia la resuelve el Código de Procedimiento Civil al asimilar la retención según el tipo de bien, a la prenda o a la hipoteca. La asimilación a estas garantías una vez declarado judicialmente el derecho de retención deja a su titular en vías de realizar el bien para el pago del crédito con la preferencia atingente. En efecto, el artículo 546 del CPC indica que los bienes retenidos “serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan”.<sup>31</sup>

Con todo, la retención, como es obvio, no impide, al acreedor retenedor ejercer su derecho de prenda general con el fin de rematar la cosa, no en virtud de la retención, sino de su derecho de crédito.

### B. El ejercicio del derecho de retención

Por último es necesario resaltar que el derecho de retención debe cumplir en cuanto a su ejercicio ciertas condiciones. No puede ser fuente de enriquecimiento, ni puede contradecir la buena fe.<sup>32</sup> En otros términos, el retenedor queda impedido de obtener lucro a partir de la retención o realización de la cosa. Es por eso que una sentencia señaló que los frutos que produzca la cosa pertenecen al dueño de la misma y no al retenedor.<sup>33</sup> En este caso el rechazo al enriquecimiento a expensas de otro sin una causa justificada impide un beneficio para el retenedor que exceda el crédito que detenta contra el dueño del bien.

<sup>29</sup> El artículo 92 de la Ley de Quiebras señala que “aparte de los casos expresamente señalados por las leyes, la retención tendrá lugar siempre que la persona que ha pagado o se ha obligado a pagar por el fallido, tenga en su poder mercaderías o valores de crédito que pertenezcan a aquél, con tal que la tenencia nazca de un hecho voluntario del fallido, anterior al pago o a la obligación, y que esos objetos no hayan sido remitidos con un destino determinado”.

<sup>30</sup> Abeliuk, *Las obligaciones*, cit. n. 10, p. 849.

<sup>31</sup> La retención de inmuebles tiene preferencia de 3ª clase, según el artículo 2480. La prenda goza en conformidad al artículo 2474 de privilegio de 2ª clase.

<sup>32</sup> Castro de Cifuentes, *El derecho de retención*, cit. n. 5, p. 92, quien da ejemplos de abuso del derecho de retención, aunque se trata de situaciones de falta de elementos esenciales para que nazca el derecho de retención.

<sup>33</sup> Fallos del Mes, n° 448, sentencia n° 11, p. 401, citado por Abeliuk, *Las obligaciones*, cit. n. 10, p. 858.

---

Tampoco el retenedor puede abusar del derecho de retención contraviniendo el principio de la buena fe. Aunque aquí entramos en un terreno difuso que por regla general queda entregado a la discreción judicial bajo ciertas pautas elaboradas por la Doctrina y la Jurisprudencia. Como cualquier derecho, su titular no puede ejercerlo de manera contraria a un estándar de conducta exigible a un contratante racional. En efecto, son conocidas las manifestaciones del principio de la buena fe que a estas alturas se ha transformado en el “principio de principios” al justificar directrices de comportamiento de los contratantes durante todo el íter contractual. Para la hipótesis específica del derecho de retención puede sostenerse que la buena fe impide a un sujeto de derecho retener una cosa cuyo valor excede en forma significativa el crédito contra el dueño.

### Conclusión

El objetivo del presente trabajo ha sido presentar las principales controversias sobre el derecho de retención entendido como una garantía primitiva a la cual la Doctrina no le ha prestado mayor atención. Sin embargo, la reforma al derecho francés en materia de garantías y la jurisprudencia colombiana a partir de un Código análogo al nuestro han avanzado en dotar de mayor eficacia a este instituto. Esta finalidad de avanzar en una mayor eficacia requiere, en mi opinión, establecer por vía legislativa un reconocimiento general del derecho de retención. De esta manera se evita una aplicación fragmentaria y dispersa del derecho de retención.

En segundo término, el derecho de retención debe quedar amparado por una acción de restitución en caso de pérdida de la cosa de manos del retenedor sin su voluntad. Este derecho debiera, también, tener una consagración legal. Con independencia de la naturaleza jurídica que se le otorgue al derecho de retención su régimen legal debe contemplar dicha acción persecutoria. Esta reforma legal evitaría abusos contra el retenedor por vía de despojos del bien. Sin perjuicio de la necesidad de promover dicha reforma legal, debe concluirse que en la actualidad el Código civil admite el recurso a la querrela de amparo del artículo 928 del Código civil como una forma alternativa para perseguir el bien inmueble en el evento de un desposeimiento violento. Sin embargo, esta vía legal no cumple el objetivo general de reconocimiento de una acción persecutoria a favor del retenedor dadas las restricciones previstas en el artículo 928. La reforma legal, en este sentido, evitaría el debate sobre la naturaleza real para dotar de dicha acción, ni tampoco sería necesario discutir sobre el carácter cerrado del listado de derechos reales del Código civil.

El efecto *erga omnes* no admite discusión aunque exista sucesión de la cosa de las manos del dueño de la misma, lo cual sumado a la facultad de realización y privilegio asociado bajo la regla del artículo 546 del CPC permite la construcción de una forma de ejecución forzada de la obligación eficaz y adecuada. En caso contrario sería fácil burlar el derecho de retención mediante la enajenación del bien a un tercero.

---

Este régimen legal primario del derecho de retención tiene como corolario los límites establecidos por el principio que veda el enriquecimiento a expensas de otro y aquel de la buena fe. El ejercicio del derecho de retención no puede significar un enriquecimiento para el retenedor quedando sujeta la realización del bien al límite del crédito detentado por el retenedor. Por su parte la buena fe impide un abuso del derecho de retención quedando sometido el retenedor a pautas de comportamiento de un sujeto normal y leal.

## EL LLAMADO CONTRATO DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO\*

### THE SO-CALLED TRANSFER-BARRED PLEDGE CONTRACT

Alejandro Guzmán Brito\*\*

#### RESUMEN

En la nueva regulación de la prenda sin desplazamiento, contenida en la ley N° 20.190, se distingue, como ejes, un contrato de prenda y un derecho real de prenda. El presente trabajo examina la normativa dispuesta para el contrato; e intenta fijar su naturaleza contractual o meramente convencional, sus caracteres y, en especial, su carácter solemne lo mismo que sus demás requisitos, los efectos que produce, su extinción y los convenios tipificados por la ley, como posibles de añadir a él.

Palabras clave: Prenda sin desplazamiento, contrato de prenda sin desplazamiento, solemnidades del contrato de prenda sin desplazamiento, convenios accesorios al contrato de prenda sin desplazamiento.

#### ABSTRACT

The new regulation of non-possessory pledge, contained in Law N° 20,190, is distinguished, as axes, a security agreement and a real right of pledge. This paper examines the rules set for the contract and try to fix their contractual nature or merely conventional, its characters and, in particular, its solemn character like his other requirements, the effects it produces, its extinction and conventions established by law as possible to add to it.

Key Words: Possessory pledge, Pledge without displacement contract, Solemnity of the contract of pledge without displacement, Conventions garment accessories to the contract of pledge without displacement.

\* Este trabajo hace parte del proyecto patrocinado por FONDECYT bajo el número 1095068

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, España; profesor titular de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: a.guzman@vtr.net. Artículo recibido el 26 de octubre de 2009 y aceptado para su publicación el 24 de noviembre de 2009.

Artículos de doctrina

161

Artículos de doctrina

162

#### I. INTRODUCCIÓN

Las normas contenidas en el artículo 14 de la ley N° 20.190, publicada en el *Diario Oficial* de 5 de junio de 2007, que atañen a la prenda sin desplazamiento, distinguen un contrato de tal prenda y un derecho real de la misma, en razón de causa mediata a efecto. Decimos “causa mediata”, porque el derecho real no es consecuencia directa del contrato, y para formarse aquél debe intervenir la inscripción de éste en el Registro de Prenda sin Desplazamiento, como lo dispone el primer segmento del artículo 25: “El derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento [...]”. La causa inmediata del derecho real es, por ende, la inscripción.

El presente trabajo se limitará estrictamente al que la ley llama contrato. Con todo, varios de los temas que a menudo se hacen ingresar en el esquema expositivo de todo contrato no han de ser presentados aquí más que sumariamente, por las razones que se ofrecerán en su momento.

Necesario es advertir que cuando en lo sucesivo vaya citado algún artículo de los que pertenecen al 14 de la Ley N° 20.190, por lo general se omitirá la indicación de esa pertenencia, de modo que deberá entenderse una remisión tácita a este último.

#### II. NORMAS QUE RIGEN EL LLAMADO CONTRATO DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

El que la ley denomina contrato de prenda sin desplazamiento se rige principalmente por las reglas contenidas en el artículo 14 de la ley N° 20.190, como es natural. Pero, según el segmento segundo de su artículo 1, le son aplicables en subsidio las que el *Código Civil* establece para el contrato de prenda<sup>1</sup>. Como es sabido, esas normas se encuentran concentradas en el título 37° del libro IV de dicho *Código*; pero el artículo 1 de la ley dice: “disposiciones del contrato de prenda del Código Civil”, sin circunscribirlas a las que forman el título 37°; por consiguiente, también deben aplicarse subsidiariamente al contrato de prenda sin desplazamiento cualquier otra norma del *Código Civil* sobre el contrato de prenda, aunque no esté sita en su título 37°.

<sup>1</sup> Ley N° 20.190, artículo 1: “En lo no previsto por la presente ley, se aplicarán las disposiciones del contrato de prenda del Código Civil”.

III. DEFINICIÓN

El segmento primero del artículo 1 define que:

“El contrato de prenda sin desplazamiento tiene por objeto constituir una garantía sobre una o varias cosas corporales o incorpóreas muebles, para caucionar obligaciones propias o de terceros, conservando el constituyente la tenencia y uso del bien constituido en prenda. [...]”.

La definición se comprende, a pesar de lo cual elegimos proponer otra. Diremos, pues, que él consiste en

“la convención entre el propietario de una o más cosas corporales o incorpóreas muebles, llamado pignorante, y un acreedor, llamado pignoratario, por la cual ambos consienten en afectarla y destinarla, sin traspaso de su tenencia, a garantía del pago preferente de créditos del pignoratario contra el pignorante o un tercero”.

Cada uno de los elementos de esta definición quedará elucidado en lo que sigue.

IV. EL ACTO REGULADO EN LA LEY N° 20.190  
NO ES UN CONTRATO SINO MERAMENTE UNA CONVENCION

1. La doctrina chilena, como es sabido, distingue la convención del contrato<sup>2</sup>. Esta distinción, sin embargo, no emana del artículo 1438 del *CC.*, la cual, por el contrario, parece abolirla. Dice: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa [...]”. De acuerdo con esta norma, contrato y convención serían sinónimos. De tal sinonimia resultaría que los acuerdos de voluntad merced a los cuales sus partes no se obligan en modo alguno a dar, hacer o no hacer una cosa no podrían ser llamados contratos o convenciones; tal fuere el caso, por ejemplo, de los acuerdos que extinguen obligaciones, o que modifican un contrato que antes las creó, o que se dirigen a la constitución

<sup>2</sup> Sobre esta materia, con detalle: Hernán CORRAL TALCIANI, “La definición de contrato en el Código Civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés”, en Hernán CORRAL TALCIANI - Guillermo ACUÑA SBOCCIA (editores), *Derecho de los contratos. Estudios sobre temas de actualidad*, Santiago, Universidad de los Andes, Cuadernos de Extensión jurídica, N° 6, 2002, pp. 69-97.

Artículos de doctrina

163

Artículos de doctrina

164

o a la extinción de derechos reales o, en fin, a generar cualquier otro efecto que no sea el de crear obligaciones, como el pacto de los cónyuges para separarse de bienes y tantos otros. ¿Cómo denominar tales acuerdos? La tradición, que remonta al Derecho Romano y, más cercanamente, a Robert Pothier<sup>3</sup>, lo mismo que el uso común del hablar les imponen el nombre de convención también. El mismo *Código* no es ajeno a este uso, como se ve en sus artículos 152 (convención de separación de bienes), 801 (convenciones entre nudo propietario y usufructuario relativas a las mejoras), 1486 inciso 3° (convención de destinación de una cosa), 1567 inciso 1° (convención de resciliación), 1609 y 1611 (convención de subrogación); así que, para ese cuerpo legal, ciertamente hay convenciones que no son contratos. Por consiguiente, en el *Código*, la palabra ‘convención’ tiene dos significado: uno estricto, que designa el acto de dos en orden a crear derechos personales u obligaciones, el cual también se llama contrato; y otro amplio, que significa el acto de dos en orden a modificar o extinguir derechos personales o a crear, modificar o extinguir derechos reales y ciertos estados o situaciones, que permanece en el nombre general de convención. Así que una de dos: o en el artículo 1438 del *CC.* esa palabra está directamente tomada en su sentido estricto; o, bien, la definición contenida en esa disposición porta una especie de endiádis no sinónimica, o significación de un concepto a través de dos palabras coordinadas, una de las cuales, en el contexto, es parte de la otra, igual que existe cuando el poeta dice: “*pateris libamus et aurus*”<sup>4</sup> (“bebamos en copas y oro”), queriendo decir: “bebamos en copas de oro” o “en copas áureas”, porque no toda copa es de oro ni todo oro forma copa<sup>5</sup>. En este caso, la endiádis “contrato o convención” viene a significar algo así como “contrato convencional”, no porque haya contratos no convencionales, sino porque el contrato es una convención; o, bien, “convención contractual”, porque sí hay convenciones que no son contratos<sup>6</sup>. Así entendidas las cosas, no existe el error que la doctrina suele imputar al artículo 1438 del *CC.*, en orden a confundir contrato y convención<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Robert-Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, Bugnet, editor, Cosse et Marchal - H. Plon, 1871, vol. x, 1ª parte, cap. 1º, sec. 1ª, art. 1, N° 3, en *Œuvres de Pothier*, pp. 4-5: el contrato es una especie de convención.

<sup>4</sup> VERGLIUS, *Georgica*, vol. II, p. 192.

<sup>5</sup> Véase Angelo MARCHESI - Joaquín FORRADELLAS, *Diccionario de retórica, crítica y terminología literaria*, 4ª ed., Barcelona, Ariel, 1994, p. 122.

<sup>6</sup> Se observará, en efecto, que, al prescindir de esta interpretación, la definición del artículo 1438 del *CC.* se queda sin dar el género próximo de “contrato”, o sea, el de “convención” y sólo ofrece el género más remoto, vale decir, el de “acto”; lo que en materia de definición no es lo más correcto.

<sup>7</sup> Ya por Robustiano Vera en su comentario al *Código Civil* (1896) y por E. Sánchez en sus explicaciones al título 1º del libro IV del *Código* (1897), entre otros. Detalles en CORRAL TALCIANI (n. 2), p. 84 y n. 44. Cfr. con Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho civil chileno*

2. Para la ley, la convención por la cual se afecta un mueble en prenda sin desplazamiento es un contrato; tal es lo que dice al definirla en su artículo 1: “El contrato de prenda sin desplazamiento tiene por objeto”, etc.; y lo reitera con insistencia a lo largo de su articulado y en varias de sus rúbricas. De acuerdo con ello y en coordinación con el artículo 1438 del *CC.*, de este acto deberían emanar obligaciones para una o para ambas partes. Sin embargo, el examen del articulado de la ley no deja ver tales efectos.

La prenda civil y la mercantil ofrecen un claro carácter contractual sobre todo derivado de la obligación que asume el pignoratorio de restituir la cosa empeñada al pignorante, una vez extinguida la obligación que ella caucionaba. En la prenda de que aquí tratamos tal obligación no existe, debido a que el pignorante conserva la tenencia de la cosa pignorada (artículos 1 y 18), que no pasa, pues, al pignoratorio, de guisa que éste nada debe restituir. Cierto es que, de acuerdo con el artículo 27, el pignoratorio tiene el deber de alzar el derecho real de prenda inscrito, una vez pagada íntegramente la obligación que éste caucionaba; y que tal deber podría ser visto como el subrogante de la obligación de restituir la cosa en la prenda civil. Pero ese deber no emana del contrato sino de la ley.

Verdad es también que el pignorante puede llegar a quedar sujeto a ciertas abstenciones, consistentes en no utilizar, reemplazar, transformar o enajenar los componentes de un grupo de bienes o universalidad de hecho constituido en prenda (artículo 11 inciso 1°); en no gravar o enajenar la cosa pignorada (artículo 17); en no trasladarla del lugar convenido para su mantención (artículo 19) o en no utilizar la cosa empeñada más que de una forma especificada (artículo 19). Ahora bien, el impulso a convertir la sujeción a tales abstenciones en obligaciones contractuales de no hacer debe ser reprimido por dos razones:

- i) porque las sujeciones concernientes no derivan de la esencia de la convención prendaria, sino de especiales pactos accidentales añadidos a ella, que, en consecuencia, pueden ser prescindidos de modo de no generarse entonces las abstenciones debidas y
- ii) porque la infracción de las sujeciones a que nos referimos no da lugar a la exigencia de una prestación *in natura* de su contenido ni a la indemnización de perjuicios, mas sólo a la aceleración de la deuda principal.

Por ende, ellas no pueden ser convertidas en obligaciones propiamente tales del pignorante y constituyen nada más que cargas suyas. El pignoratorio, asimismo, debe abstenerse de impedir que el pignorante inspeccione en cualquier momento los objetos dados en prenda (artículo 20); pero eso –que,

y *comparado*, vol. x: De las obligaciones, 1, N° 626-628, pp. 566-567, reimpresión facsimilar de la edición de 1936, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

Artículos de doctrina

165

Artículos de doctrina

166

por lo demás, está descrito como un derecho de inspección conferido al pignoratorio por la ley– mejor es manifestación de apoyo al derecho real y no una obligación propiamente contractual.

El pignorante ni siquiera contrae la obligación de inscribir el llamado contrato en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. De acuerdo con el diseño de la ley (artículo 24), esa inscripción es un deber de oficio que comparten el notario ante quien se otorgó y el Servicio del Registro Civil e Identificación, en cuanto el primero debe enviar al segundo los instrumentos del caso, para que el último proceda a la inscripción; y sólo para cuando estos organismos incumplieren sus deberes la ley habilita al “interesado”, se entiende que en la inscripción, para pedirla directamente al antes mencionado servicio (artículo 24 inciso 2°, segmento final). En cualquier caso de negativa de éste a inscribir, el perjudicado tiene acción judicial para obligar al servicio a la ejecución del acto (artículo 28 inciso 4°). Ahora bien, el interesado en la inscripción y el perjudicado por la negativa a inscribir es el pignoratorio, en cuanto la ausencia de tal formalidad le impide adquirir el derecho real de prenda; y no el pignorante, a quien no puede vérselo como interesado en que sus bienes empiecen a quedar gravados con aquel derecho a favor de su acreedor, o como perjudicado porque aquello no acaezca; así que en esta materia nada obligacional incumbe al pignorante, cuya pasividad, por otro lado, no está sancionada en modo alguno en la ley.

Demás está decir que los derechos que pueden construirse a favor del pignoratorio, como los de perseguir el objeto de manos de terceros, incluso del dueño (artículos 891 y 2393 del *CC.*), vender el objeto pignorado (artículos 29 de la ley y 2397 del *CC.*) y pagarse preferentemente con el precio de su venta (artículo 15 de la ley y 2474 del *CC.*), no derivan de la convención y son inherentes al derecho real.

La única figura que puede hacer excepción al estado de cosas examinado es la responsabilidad fundada en culpa grave que pesa sobre el pignorante por la conservación de las cosas pignoradas<sup>8</sup>, cuya tenencia, uso y goce conserva (artículo 18), y que puede conducirlo a tener que indemnizar al pignoratorio en razón de pérdida o deterioro de aquéllas. Aunque la medida de tal responsabilidad sea legal, la responsabilidad misma del pignorante deriva de la convención, como consecuencia natural de permanecer en su tenencia las cosas empeñadas; y no parece posible atribuirla a un efecto del derecho real. Pero ya se ve que en vez de una obligación propiamente tal se trata de cierta responsabilidad que afecta al pignorante. Con todo, si, sobre

<sup>8</sup> El artículo 18 impone al pignorante responder de la conservación de la cosa empeñada como el depositario; y el artículo 2222 inciso 2° del *CC.*, a su vez, hace responsable a éste sólo por la culpa grave.

la base de esto, aún se insistiere en atribuir contractualidad a esta prenda, igualmente hubiere de concluirse que resulta asaz débil tal carácter.

La precedente discusión nos conduce a un resultado aparentemente asombroso: el acto regido en el título 1º de la ley no es un contrato; de donde que sea la calificación de “convención” la procedente a su respecto.

#### V. CARACTERES DE LA CONVENCION PRENDARIA

Nos proponemos establecer algunos caracteres generales del acto definido por el artículo 1 de la ley. Establecido, como quedó, no ser fuente de obligaciones, carece de sentido indagar si es bilateral o unilateral, porque estos caracteres están montados sobre la base de existir obligaciones de una o de ambas partes en reciprocidad.

##### 1. Gratuidad de la convención de prenda sin desplazamiento

Cosa distinta es con respecto a los caracteres de la onerosidad o gratuidad de nuestra convención, que no tienen relación con las obligaciones, sino con las utilidades y los gravámenes resultantes. Formulados tales caracteres en el *Código Civil* con referencia a los contratos, nada impide aplicarlos a las convenciones no contractuales. Ahora bien, para examinar el carácter gratuito u oneroso de la convención prendaria, necesario es distinguir las dos hipótesis posibles, de que sea el deudor de la obligación caucionada el que pignora por su propia deuda o de que un tercero sea quien constituya prenda por una deuda ajena (artículo 1: “para caucionar obligaciones propias o ajenas”).

a) En el primer caso, la convención de prenda sin desplazamiento es gratuita en los términos del primer segmento del artículo 1440 del *CC.*: “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen [...]”. La convención de que tratamos impone un gravamen al pignorante, consistente en dejar afectado algo suyo a una carga real de garantía prendaria, sin atraerle ninguna utilidad contractual<sup>9</sup>; y tiene por objetivo exclusivo la utilidad del

<sup>9</sup> Aunque a veces le atraiga alguna utilidad extrínseca, como la de conseguir recursos crediticios, por la obligación para cuyo pago constituye la prenda, que es, empero, extracontractual; sin hacer caudal que en muchísimas otras ocasiones ni siquiera una utilidad así consigue, como cuando la prenda se otorga por obligaciones no crediticias o si se la constituye en cumplimiento de algún deber de caucionar cierta responsabilidad, por ejemplo, cuando el tutor confiere prenda (véase el artículo 376 del *CC.*) en vez de la fianza tutelar dispuestas por los artículos 374 y 375 del *CC.* En contra Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, *Tratado de las cauciones*, 2ª ed., Santiago, Contable Chilena, 1981, N° 217, pp. 208-209;

pignoratorio en cuanto, por medio de ella, ha de gozar de dicha garantía y del privilegio de pago que lleva consigo. No se configura, pues, el esquema del contrato oneroso aplicado a la convención, descrito por el segundo segmento del mismo artículo: “El contrato es [...] oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”. A la utilidad que reporta el pignoratorio no corresponde ningún gravamen suyo a favor del pignorante; y, como ya vimos, éste, aunque se grava, no recibe utilidad contractual alguna en la convención.

Esto mismo se puede decir de otra manera: la convención de que tratamos no contiene la exigencia de un precio que deba pagar el pignoratorio al pignorante por el otorgamiento de prenda a que procede; así que tal prenda es gratis o gratuita para él.

b) En la hipótesis de una convención de prenda para caucionar deudas ajenas, entre el pignorante no deudor y el pignoratorio, acreedor de un tercero, se repite el mismo esquema precedentemente descrito; de modo que la convención de prenda por deudas ajenas acordada entre ellos es igualmente gratuita.

Mas puede acaecer que un deudor haga cierta prestación (como una remuneración en dinero) o se obligue a hacerla a alguien para que él contraiga prenda a favor de su acreedor (cfr. con el artículo 2388 del *CC.*). En tal caso tiene lugar una convención innominada o derechamente un contrato del mismo género<sup>10</sup> entre ambos, que es completamente distinto y, por lo general, anterior al de prenda, en el cual el pignoratorio no participa en modo alguno; de guisa que la operación no puede conferir carácter oneroso a la convención prendaria misma<sup>11</sup>.

Lo propio acaece cuando no es un deudor sino un tercero quien hace o se obliga a hacer una prestación a alguien para que constituya prenda a un acreedor de cierto deudor. En tal caso, la convención o el contrato innominados<sup>12</sup> entre el tercero y el que va a constituir la prenda están aún más desligados de la convención prendaria final que tendrá lugar entre el que aceptó constituir la prenda por deuda ajena y el acreedor, quien, asimismo, permanece totalmente ajeno a la operación antecedente, la cual, pues, no da carácter oneroso a la convención prendaria.

Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos. Parte general*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, tomo I, p. 117 n. 123, quienes ven en la eventual utilidad extracontractual del pignorante algo que permite calificar de onerosa a la prenda.

<sup>10</sup> Que incluso puede ser un mandato remunerado, en que el negocio encargado al mandatario es precisamente constituir la prenda: véase, más adelante, el cap. VIII, 3.

<sup>11</sup> Véase, al respecto Alejandro GUZMÁN BRITO, *De las donaciones entre vivos. Conceptos y tipos*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, p. 47. En contra: LÓPEZ SANTA MARÍA (n. 9), p. 117.

<sup>12</sup> También es aplicable a esta operación lo dicho en la n. 10.

Sin embargo, como se ha hecho notar<sup>13</sup>, la calificación que se dé a todo contrato prendario deja de tener interés práctico debido a que la determinación de las consecuencias que se seguirían de considerarlo gratuito u oneroso no fueron entregadas al intérprete por el *Código*, quien se encargó de fijarlas él mismo. Tales consecuencias atañen al grado de responsabilidad que rige en ese contrato y a la procedencia de la acción Pauliana para rescindirlo.

En efecto, el artículo 18 de la ley impone la responsabilidad del depositario al pignoratario, por la conservación de la cosa pignorada que permanece en su poder; y tal responsabilidad, según el artículo 2222 inciso 2° del *CC*, se limita a la grave o lata; lo cual se corresponde bien con la idea del artículo 1547 del *CC*, según el cual es tal tipo de culpa por la que un deudor responde en los contratos que por su naturaleza son sólo útiles al acreedor, como es el caso del depósito. En el de la convención prendaria no hay acreedor, según vimos, pero sí una parte, el pignoratario, sólo al cual aquélla es útil; de modo que, al atender al criterio de la utilidad (que es el empleado por el artículo 1547 del *CC*) resulta correcto que el pignorante responda únicamente de la culpa grave o lata por las cosas cuya tenencia conserva.

Por otro lado, el artículo 2468 del *CC* hace sin más procedente la acción Pauliana a favor de los acreedor contra la constitución de prendas por el deudor<sup>14</sup>; y esta norma es del todo aplicable a la prenda sin desplazamiento; así que dicha acción procede sin que sea necesario determinar previamente si es gratuita u onerosa la convención prendaria.

## 2. Accesoriedad de la convención de prenda sin desplazamiento

a) El principio general de accesoriedad de las cauciones está recogido en el artículo 46 del *CC*: “Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”. Asimismo, en el artículo 1442 del *CC*: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”; en el entendido que también aquí es necesario

<sup>13</sup> SOMARRIVA UNDURRAGA (n. 9), N° 217, p. 2.092.

<sup>14</sup> Aunque se observará que esta norma dice: “Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos [...]”. Ahora bien, que esta norma haya sentido una necesidad de mencionar la prenda (lo mismo que la hipoteca y la anticresis) separadamente de los contratos onerosos parece indicar que no la comprende como un caso de estos últimos, sino como uno de los gratuitos.

sustituir “contrato” por “convención”. Dicho principio, entendido según los términos con que lo expresan estas normas, significa que las cauciones sólo pueden ser constituidas en función de una obligación a la que sirvan de garantía. Sin ésta no pueden aquéllas preexistir, existir ni subsistir<sup>15</sup>. De manera especial, tal principio aparece declarado para la prenda en el artículo 2385 del *CC*. “El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede”.

b) Algunos han considerado que la accesoriedad quedaría derogada cuando se aceptara una prenda de obligaciones futuras<sup>16</sup>. Aunque tal se afirma para la prenda con desplazamiento, igual tendría que valer para aquélla sin desplazamiento, en la cual rige el artículo 2385 antes citado; mas como la ley N° 20.190 permite que ésta pueda ser constituida para obligaciones futuras (artículo 4), se significaría para tal caso que esta prenda no sería accesorio. Por lo demás, los artículos 2339, expresamente<sup>17</sup>, y 2413 del *CC* de forma indirecta<sup>18</sup>, autorizan una fianza y una hipoteca de obligaciones futuras; y, de manera más amplia, la generalidad de los términos del inciso 1° del artículo 1461 del *CC*: “No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan [...]”, que cubre a los dos objetos separados y necesarios sobre que recaen todas las cauciones, vale decir, la cosa con que se cauciona y la obligación

<sup>15</sup> Algunos autores y ciertas sentencias han interpretado que “subsistir” significa “seguir en existencia” no “empezar a existir”, con apoyo en el *Diccionario de la Real Academia*. Véase: José Joaquín UGARTE GODOY, “La nulidad de la cláusula de garantía general hipotecaria”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* N° 88, Santiago, 1991, Fasc. 3°, pp. 84-85, N° 14-16. Debe observarse, empero, que el citado *Diccionario* trae dos acepciones, una, la ya indicada, cuando se aplica a las cosas; y otra, filosófica, que se aplica a las sustancias en general, que es la “existir”. Ahora bien, reducir el significado del verbo ‘subsistir’, empleado en el artículo 1442, a sólo “seguir en existencia”, implica mucho más que cuanto seguramente tuvieron en mente los autores de semejante exégesis, a saber: que ninguna garantía necesita de un acto principal para empezar a existir, aunque lo necesita para seguir en existencia, lo cual llanamente constituye una impropiedad, que da pie a crear cauciones sin apoyo en ninguna obligación por garantizar, más allá del argumento que de aquello quiere conseguirse en sustento de la validez de la cláusula de garantía general (universal).

<sup>16</sup> Así SOMARRIVA UNDURRAGA (n. 9), N° 230, pp. 216-218. Lo dice cuando objeta la posibilidad de poderse caucionar obligaciones futuras con prenda civil, pues, según él, si se pudiera, no quedaría respetado el artículo 2385 del *CC*, que exige una obligación a la que acceda dicha prenda.

<sup>17</sup> *CC*, artículo 2339: “Puede afianzarse no sólo una obligación pura y simple, sino condicional y a plazo. Podrá también afianzarse una obligación futura; y en este caso podrá el fiador retractarse mientras la obligación principal no exista; quedando con todo responsable al acreedor y a terceros de buena fe, como el mandante en el caso del artículo 2173”.

<sup>18</sup> *CC*, artículo 2413 inciso 1°: “La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquiera condición, y desde o hasta cierto día”. La hipoteca de una obligación futura queda sometida a la condición de que llegue a existir; y tal condición es una “cualquiera condición” permitida por esta norma.

que se cauciona, también permite garantías cuyo objeto caucionado sea una obligación futura; así que, a final de cuentas y pese a la generalidad de los artículos 46, 1442 y 1461 del *CC.*, la accesoriedad no valdría más que para la prenda sin desplazamiento; con el agravante de que, en el *Código*, habría una contradicción muy grave entre los dos primeros artículos que acabamos de citar y la autorización de caucionar obligaciones futuras con fianza e hipoteca en sus artículos 2339 y 2413.

c) Pero la accesoriedad se puede entender en otro sentido. El *Código* la refiere a una obligación en sus artículos 46, 1442 y 2385, como puede leerse en cada caso; pero si con tal referencia se entiende que la accesoriedad impide caucionar obligaciones futuras, la única manera de evitar una colisión entre esas disposiciones y los artículos 2339 y 2413, que autorizan la fianza y la hipoteca de obligaciones futuras, pese a haber sido declaradas accesorias, es entender que este último carácter no va referido a una obligación principal, sino a un acto principal, por su naturaleza productor de obligaciones. Bajo esta idea las cauciones son accesorias porque necesitan de otro acto capaz de tener efecto obligacional para subsistir, en seguridad de cuyos efectos esenciales se constituyen. Ahora bien, un acto del que emana cierta obligación futura es suficiente, bajo ese respecto, para fundar como principal un acto accesorio caucionante también a futuro. Lo que se exige, pues, no es tanto que haya actualmente una obligación, sino que haya un acto productor de una obligación, aunque sea a futuro, del que el acto caucionante sea accesorio.

Se tendrá presente que en algunos casos el *Código* emplea el término ‘obligación’ para referirse a un acto. Así, en su artículo 2335: “La fianza es una obligación accesorio, en virtud de la cual [...]”, en circunstancias que la fianza no es una obligación sino un contrato; vale decir, no un efecto, sino una causa; o en su artículo 1647: “Si la nueva obligación se limita a imponer una pena para el caso de no cumplirse la primera [...]”, pues no es la nueva obligación sino un nuevo acto el que impone la pena; o en su artículo 1698: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”, porque el objeto de prueba no es la obligación sino el acto que la crea; o en su artículo 1708: “No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito”, cuando lo que debe consignarse por escrito es un acto del que emane cierta obligación. Así, también, en los artículos 46, 1442 y 2385 del *CC.*, el término ‘obligación’ ahí empleado está pensado para el acto o, más en general, para la “fuente de una obligación”.

Por otro lado, a veces el mismo *Código* predica la accesoriedad de las cauciones con respecto a algún acto y no a cierta obligación. Así, en los artículos 2344: “por la inejecución del contrato a que acceda la fianza”; 2413 inciso 2º: “Podrá asimismo otorgarse [La hipoteca] en cualquier tiempo,

Artículos de doctrina

171

Artículos de doctrina

172

antes o después de los contratos a que acceda [...]”; 2432: “La inscripción de la hipoteca deberá contener: 2º La fecha y la naturaleza del contrato a que acceda la hipoteca [...]”.

El *Código* suele emplear la palabra ‘obligación’ abreviativamente por ‘acto’ o ‘contrato’ y en ocasiones considera que las cauciones son accesorias por acceder no a una obligación sino a un acto. Nada tiene de extraño, ya que la palabra ‘obligación’ que comparece en los artículos 46, 1442 y 2385 pueda ser entendida como abreviación de “acto obligacional”; y que la accesoriedad de las cauciones también pueda ser interpretada como acepción a tales actos.

d) Nuestra conclusión final es que la convención de prenda sin desplazamiento es accesorio, porque necesita de un acto principal del que emane una obligación presente o pueda emanar una futura, sin que, en este último caso, quede en lo más mínimo afectada su accesoriedad.

Este carácter también parece verse comprometido por la posibilidad de concebir la prenda en garantía general; pero a este tema nos referiremos por separado<sup>19</sup>.

### 3. La convención prendaria es un título adquisitivo del derecho real de prenda

La convención de prenda sin desplazamiento por sí misma no crea obligaciones; su función principal es servir de título para la adquisición del derecho real de prenda sin desplazamiento. Dice al respecto el artículo 25: “El derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento”.

Si se quiere insertar esta disposición en el sistema del *Código Civil*, es necesario decir que la inscripción actúa como tradición del derecho real de prenda sin desplazamiento (arg. ex artículo 670 inciso 2º del *CC.*), por más que la posterior ley N° 20.190 no lo diga. Como por otro lado, toda tradición exige un título (arg. ex artículo 675 inciso 1º del *CC.*), que es el que se inscribe en algún registro (artículo 686 inciso 2º del *CC.*, con respecto a los derechos reales inmuebles); he ahí, pues, la antes dicha proposición de que la convención prendaria resulta ser el título necesario para la tradición del derecho real de prenda sin desplazamiento, que se efectúa mediante una inscripción del mismo. Tal inscripción, cumple la función de modo de adquirir el derecho real.

<sup>19</sup> Véase, más adelante, el cap. VII, 4.

4. *La constitución de prenda sin desplazamiento no envuelve donación*

La primera parte del artículo 1397 CC. dispone: “No hace donación a un tercero el que a favor de éste [...] constituye una prenda [...]”. El tenor literal de la norma atañe a la relación entre un deudor y cierto tercero que constituyó prenda para caucionar la deuda de aquél frente a su acreedor. Por si pudiera pensarse que constituir prenda en garantía de una obligación ajena es hacer donación a su deudor, el *Código* advierte que no lo es. La misma advertencia hay que hacer para la relación del tercero que pignora lo suyo por deudas ajenas y el acreedor pignoratorio, a quien, pues, no le dona; y, en fin, para la relación entre el deudor que pignora ante su propio acreedor, al cual tampoco dona. De lo que se deduce que la constitución de prenda no es donación con respecto a nadie. Lo cual también vale para la prenda sin desplazamiento.

Acerca de por qué la prenda no constituye donación nos hemos determinado en otro lugar y a él remitimos al lector<sup>20</sup>.

Pero es necesario advertir que la norma atañe a que no hay donación por el sólo hecho de constituirse una prenda a favor de un tercero; no dice que nunca pueda haber donación en ese caso; la cual se produce si el pignorante renuncia inicialmente y en forma gratuita a la acción de reembolso contra el deudor por quien salió como garante y acontezca que después pague la deuda garantizada al acreedor (para liberar la prenda) o sufra la realización de la cosa que había pignorado. En circunstancias normales, ambas hipótesis dan acción de reembolso al pignorante contra el deudor por cuya mora aquél se vio inducido a pagar o sufrió la realización prendaria. Pero si había renunciado a esta acción, a título gratuito y anticipadamente, entonces se configura una donación suya a favor del deudor, aunque sometida a la condición precisamente de llegar a pagar la deuda o de sufrir la realización. La razón de haber donación en tal hipótesis es que se produce un evidente empobrecimiento en el pignorante y un enriquecimiento en el deudor, en cuanto ve extinguida su deuda sin desembolso propio<sup>21</sup>.

Ahora bien, nada de esto significa que la constitución de prenda misma sea una donación. En el caso dicho, ésta se hace al deudor, que no interviene en la convención prendaria, no al acreedor que sí interviene en ella como pignoratorio. Lo que sí significa es que esa prenda fue constituida por causa de donación, aunque sólo entre el pignorante y el deudor, lo cual es distinto.

<sup>20</sup> Véase GUZMÁN BRITO (n. 11), pp. 82-84.

<sup>21</sup> *Ibid.*

Artículos de doctrina

173

Artículos de doctrina

174

5. *El siguiente carácter de la convención prendaria es la solemnidad de su consentimiento*

A él pasamos a referirnos.

VI. CARÁCTER SOLEMNE DEL CONSENTIMIENTO PRENDARIO:  
LAS SOLEMNIDADES EXTERNAS

1. El consentimiento o declaración de voluntad común de las partes, que el artículo 1 llama “objeto”, y define redundantemente como “constituir una garantía [...] para caucionar obligaciones” debe ser en orden a afectar y destinar una cosa mueble a garantía del pago preferente de créditos del pignoratorio contra el pignorante o un tercero. Este consentimiento se puede manifestar con los verbos típicos, aunque no, por cierto, prescritos, de “pignorar”, “empeñar”, “prender”, “dar en prenda” o “constituir, otorgar o conferir prenda”, pues todos ellos significan precisamente afectar y destinar una cosa mueble a garantía preferente de pago de obligaciones; y pertenecen a los más genéricos de “caucionar”<sup>22</sup> y “garantizar”. También se podría recordar el verbo ‘asegurar’ que es el preferido en el Derecho francés (‘assurer’, de donde ‘sûreté’), pero que en Chile debe ser evitado –de hecho no se lo emplea<sup>23</sup>– debido a su conexión específica con el contrato de seguro, que entonces conduciría a equívocos.

Ahora bien, la manifestación del consentimiento en orden a pignorar sin desplazamiento un mueble es solemne. Así lo dispone directamente el segmento primero del artículo 2<sup>24</sup>. Pero las solemnidades prescritas por la ley para el consentimiento se dejan agrupar en dos tipos, que denominaremos de solemnidades externas e internas. Las primeras consisten en ciertas actuaciones que deben rodear al consentimiento. Las segundas en la necesidad de expresar consentimientos en determinado sentido.

2. Por lo que atañe a las solemnidades externas, en realidad se trata de dos en alternativa, cuyos extremos están señalados por el segundo segmento del artículo 2:

“[...] El contrato, su modificación y su alzamiento, deberán otorgarse por escritura pública o por instrumento privado, en cuyo caso, las

<sup>22</sup> Cfr. con el artículo 46 del CC.

<sup>23</sup> Aunque a veces aparece en el *Código*, como en sus artículos 2384: “[...] para la seguridad de su crédito”; y 2392 inciso 2º: “No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda [...]”.

<sup>24</sup> Ley N° 20.190, artículo 2, primer segmento: “El contrato de prenda sin desplazamiento es solemne. [...]”.

firmas de las partes concurrentes deberán ser autorizadas por un notario y el instrumento deberá ser protocolizado en el registro del mismo notario que autoriza [...]”.

Como es natural, estas solemnidades son necesarias para el perfeccionamiento inicial de la convención, mas también para sus sucesivas modificaciones. También para su resciliación o mutuo disenso, que el artículo 2 incluye bajo la voz ‘alzamiento’<sup>25</sup>.

3. Procede ahora examinar el detalle de éstas que hemos denominado solemnidades externas.

- a) El primer extremo de la alternativa de solemnidades es la escritura pública; y nada más hay que decir al respecto, digno de ser observado adicionalmente, que no sea la ausencia de prescripción legal sobre competencia de algún notario ante el cual se otorgue la escritura, que puede ser libremente escogido por las partes.
- b) El segundo extremo es el instrumento privado con ciertas circunstancias, que son
  - i) las firmas de las partes concurrentes a la convención y a su instrumento;
  - ii) la autorización de tales firmas por un notario;
  - iii) la protocolización del instrumento autorizadamente firmado;
  - iv) en el registro del mismo notario que autorizó las firmas de las partes.

Se observará que la ley tampoco da norma sobre competencia notarial para la suscripción del instrumento y la autorización de sus firmas –igual que en el caso ya preanunciado de la escritura pública–. Por consiguiente, las partes de la convención pueden acudir a cualquier notario para aquellos fines, con independencia del domicilio de cada una, o del lugar en que actualmente se encuentren las cosas que son objeto de la pignoración o en que se contrajo la deuda por caucionar. Pero también se observará que, una vez escogido el notario para la firma y la autorización, queda legalmente fijada en él mismo la competencia para la protocolización del documento ya firmado y autorizado (“ser protocolizado en el registro del mismo notario que autoriza”).

Tampoco establece la ley que la protocolización deba tener lugar con sujeción a cierto plazo; esto es, firmado que sea el instrumento de la convención y autorizadas sus firmas por cierto notario, no hay prescrito tiempo alguno para que tenga lugar la protocolización de aquel instrumento, así que resulta permitido instar por la protocolización o proceder a ella en

<sup>25</sup> Porque la ley también piensa en el acto destinado a alzar el derecho real, procedente una vez pagada la totalidad de la deuda (artículo 27).

Artículos de doctrina

175

Artículos de doctrina

176

cualquier momento posterior a la autorización de las firmas. Tal conclusión no sólo deriva del silencio legal sino, también, de cuanto establece el artículo 24:

“Dentro del plazo de tres días hábiles [...], contado [...], tratándose de instrumentos privados, desde su fecha de protocolización, el notario deberá enviar para su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, una copia autorizada del contrato de prenda [...]”.

La ley dispone un plazo al notario, dentro del cual debe remitir una copia autorizada del instrumento privado en que conste la convención de prenda sin desplazamiento, al Registro de Prendas sin Desplazamiento –que administra el Servicio de Registro Civil e Identificación (artículo 28)–. Pero ese plazo se cuenta desde la fecha de la protocolización; no desde aquélla de la firma del instrumento por las partes o de la autorización de sus firmas. Como es así, queda expedito distanciar la autorización de la protocolización cuanto se quiera en el tiempo, sin otra consecuencia que no sea la intrínseca de postergarse la perfección de la convención y su validez hasta que se proceda a la protocolización. Dicho de otro modo, la ley no ha prescrito la *unitas actus* para la ejecución de las distintas solemnidades ordenadas para la celebración y perfección de la convención de prenda sin desplazamiento mediante instrumento privado.

4. La elección de uno de las dos solemnidades en alternativa que para la perfección de la convención ofrece el artículo 2 tiene, entre otras, la importancia de dejar establecida una diferente fecha de oponibilidad frente a terceros, según la alternativa escogida.

Para la hipótesis de que la convención adopte la solemnidad de la escritura pública, la ley nada dice acerca de su fecha; y entonces cabe aplicar la regla general sobre la materia, contenida en el artículo 1700 del CC. Según ella, la fecha de la convención es la de la escritura pública misma; y tal fecha es oponible entre las partes y frente a terceros.

Para cuando la convención prendaria adopte la solemnidad del instrumento privado, el artículo 2 de la ley, inmediatamente de terminada la descripción de tal solemnidad, añade: “En este caso, respecto de terceros la fecha del contrato será la de su protocolización”. Así que, en esta hipótesis, la convención solemne ofrece dos fechas:

- i) frente a terceros, y es la de su protocolización<sup>26</sup> y
- ii) entre las partes, y ahora es la que se registre en el instrumento mismo,

<sup>26</sup> La cual, atendido lo dispuesto por el artículo 419 COT, es la de su anotación en el repertorio.

si éste es mandado tener por reconocido en los términos del artículo 346 del CPC.<sup>27</sup> Por fecha del instrumento, empero debe entenderse la que señale el notario que autorizó las firmas de las partes, en la fórmula de autorización<sup>28</sup>. Entretanto, el instrumento de la convención no sea mandado tener por reconocido, su fecha oponible entre las partes es, sin embargo, la de la protocolización.

5. Tanto la firma de cada parte como la autorización notarial de tales firmas, igual que la protocolización del instrumento practicada en el registro del mismo notario autorizante son solemnidades cumulativamente prescritas (“deberán” dice la ley) para la convención en consideración a ella y no a la calidad o estado de las personas intervinientes, así que su omisión o algún defecto en ellas produce la nulidad absoluta de todo la convención (artículo 1682 inciso 1º del CC.).

Es conveniente hacer notar que, por el contrario, no incurre en nulidad la convención que sufrió un distanciamiento, por extenso que sea, entre el momento de la autorización de las firmas del instrumento que lo contiene y el de la protocolización de este último, porque, como vimos, no está prescrita la *unitas actus* al respecto. También vale insistir especialmente en que la protocolización del instrumento privado en el registro de un notario distinto a aquél que autorizó sus firmas sí es causa de nulidad absoluta de la convención.

VII. CARÁCTER SOLEMNE DEL CONSENTIMIENTO PRENDARIO:  
LAS SOLEMNIDADES INTERNAS O MENCIONES FORZOSAS

1. Generalidades

En cuanto a las solemnidades internas, ellas consisten en ciertas manifestaciones de voluntad que la ley ordena expresar en el documento convencional, sea éste la escritura pública, sea el instrumento privado. Las llama “menciones”.

<sup>27</sup> Debe insistirse que lo dicho por el artículo 2 atañe a la fecha de oponibilidad de la convención frente a terceros. Otra cosa es la fecha de oponibilidad del derecho real de prenda frente a los mismos que, según el artículo 25, es la de inscripción de esa misma convención en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.

<sup>28</sup> El artículo 425 del COT. ordena a los notarios dejar constancia de la fecha en que se firma un instrumento privado, las firmas de cuyos intervinientes autorizan. De esta manera, cualquiera que sea la fecha que aparezca en el cuerpo del instrumento, debe reputarse que la de éste es aquélla que el notario hizo contar en la autorización.

Artículos de doctrina

177

Artículos de doctrina

178

Al respecto, dice el artículo 3:

“El contrato de prenda deberá contener, a lo menos, las siguientes menciones:/ 1) La individualización de sus otorgantes;/ 2) La indicación de las obligaciones caucionadas o bien de que se trata de una garantía general. En caso que sólo se refieran los documentos donde constan las obligaciones garantizadas y éstos no estuvieren incorporados en un registro público, deberán ser protocolizados en copia simple al momento de la celebración del contrato de prenda;/ 3) La individualización o la caracterización de las cosas empeñadas, y/ 4) La suma determinada o determinable a la que se limitare la prenda o la proporción en que debiere caucionar diversas obligaciones, si fuere el caso”.

Se trata de menciones forzosas (“deberá”), pero mínimas (“a lo menos”). Lo cual significa que ni está exigido que sean las únicas ni prohibido que haya otras no prescritas. De hecho, a través del articulado de la ley se encuentran tipificadas ciertas menciones posibles, cuya omisión no necesariamente arrastra nulidad; a ellas nos referiremos por separado<sup>29</sup>; y las partes pueden incorporar cuantas menciones o pactos, convenios, acuerdos o cláusulas estimen convenientes para la lícita regulación de sus intereses.

2. Primera mención:  
*La individualización de los otorgantes de la convención*

La primera mención exigida es la individualización de los otorgantes de la convención (artículo 3 N° 1), es decir, de sus partes: el pignorante, que solemos –y también las leyes– llamar deudor prendario, aunque esta última denominación no siempre es correcta; y el pignoratario o acreedor prendario. Teóricamente podrían intervenir en el documento convencional otras personas como, por ejemplo, el dueño de las cosas pignoradas que consiente en su pignoración por un tercero (artículos 2390 del CC. y 13 inciso 2º de la ley). Pero ningún interviniente que no sea el pignorante o el pignoratario es otorgante de la convención, aunque sea otorgante de algún convenio o acto que se le anexe o añada; así que su individualización no es algo exigible para la integridad de convención, aun cuando sí lo sea para aquélla del convenio o acto del que ese tercero sea parte.

a) El artículo 3 N° 1 pide la individualización de los otorgantes, pero no indica la manera de hacerla. Ahora bien, una persona puede ser individualizada de dos maneras:

<sup>29</sup> Véase, más adelante, el cap. XI.

- i) por su nombre, bajo el cual se entiende el llamado “nombre de pila” o “propio” y los apellidos del padre y de la madre; también el seudónimo y, asimismo, el “alias” o “sobrenombre” con que socialmente es identificada la persona o
- ii) por una *demonstratio* o indicación de circunstancias individualizantes, como son el lugar del nacimiento, la nacionalidad, la edad, la morada y el domicilio, el lugar de la vecindad y, si los tiene la persona, la profesión u oficio, el estado civil, el cargo; y eventualmente otras circunstancias.

El artículo 1016 inciso 1° del *CC.*, por ejemplo, exige el señalamiento de todas las circunstancias dichas (menos el cargo), en función de individualizar al testador, empleando, por ende, la técnica contraria a la recurrida por el N° 3 del artículo 1 de la ley. Aquella disposición, en efecto, no requiere que el testador sea individualizado en el testamento, pero ordena aponer ciertas indicaciones que cumplen la función de individualizarlo; en tanto el artículo 3 N° 1 únicamente exige la individualización de los contratantes, mas se abstiene de señalar, como quedó advertido, los extremos que deben ser indicados en función individualizante.

Por consiguiente, se cumple con la exigencia de la ley cuando en el documento prendario se mencionan, bien el nombre de sus otorgantes, bien unas *demonstrationes* individualizantes de los mismos, bien aquél y éstas, porque la ley no ha dicho que la individualización deba ser por el nombre; sólo ha exigido que deba haber individualización. Así que vale conferir prenda a “la persona que ahora vive en tal parte”; si “en tal parte” vivía una única persona en el momento de la convención. Se trata de una específica aplicación del principio contenido en el artículo 1560 del *CC.*: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de la palabras”; de guisa que, si no hay ambigüedad en la persona individualizada en el documento, a ella hay que estar.

Cosa distinta, como veremos, es que la mención empleada no permita conocer a ninguna persona o resulte aplicable a más de una. De esto se sigue que omitir la indicación de algún extremo de aquéllos que máximamente suelen usarse para individualizar no vulnera la ley, si es que se indicó otros que sí cumplen función individualizante. Lo aconsejable, por cierto, es señalar la mayor cantidad de circunstancias posible.

b) La individualización puede resultar ambigua. Supóngase que hay dos personas llamadas “Ticio”, padre e hijo, y en el documento alguien aparece confiriendo prenda a Ticio. En tal caso, la individualización del pignoratario es ambigua, porque se puede aplicar a dos personas y no se sabe a cuál. Pero si de los dos Ticio, uno, por ejemplo el padre, era acreedor del pignorante, he ahí que existe la tentación de sostener que el pignoratario es, empero individualizable cuando se atiende a su dicha calidad de acreedor,

Artículos de doctrina

179

Artículos de doctrina

180

bajo el concepto de que la intención de los contratantes del caso no pudo ser otra que la de celebrar prenda con un acreedor como pignoratario, atendido el carácter accesorio de la convención, etcétera. Pero hay falacia en semejante argumento, consistente en resolver una cuestión de hecho por una consideración de Derecho; porque bien pudo haber acaecido que en la realidad el documento haya sido efectivamente celebrado con Ticio no-acreedor. De que no haya debido serlo, pues, no se puede concluir que no lo fue. Otra cosa es si el documento confiriera la prenda “a Ticio acreedor”, porque en este caso la parte sí está individualizada por una circunstancia de hecho comprobable, de manera que se aplicará a Ticio que sea acreedor y no ciertamente a aquél que no lo sea.

De todos modos, existe una base imposible de superar: la ley exige que en la convención haya una individualización. Eso significa que, aunque no exista duda sobre quién es la persona individualizada en el documento, si la base individualizante no está mencionada en él, no se puede atender a la individualización que dimana de circunstancias no mencionadas, por más ciertas e individualizantes de hecho que aparezcan. De este modo, si se confiere prenda sin indicar en modo alguno a quién, por más que se prueba que el pignoratario pensado fue Cayo, se vulneró la ley, porque ninguna individualización hubo en el documento.

c) Cosa distinta es, como quedó anunciado, que haya error en la individualización usada. El error puede incidir en el nombre o en la *demonstratio* o en ambos. Supóngase que se confiere prenda a Ticio, que vive en tal parte; y en la parte indicada vive Cayo, mientras Ticio en tal otra. Si el nombre es verdadero, aunque sea falsa la *demonstratio*, se está al nombre; así que probado que el documento lo otorgó Ticio, aunque sea falso su domicilio mencionado, aquél vale con él; y, viceversa, probado que lo otorgó el que vive en tal parte, aunque sea falso el nombre con que se lo mencionó, el documento vale con él. Si ambos son falsos, se aplican las reglas generales, según las cuales acertado el hecho de quién lo otorgó se está a él más que a las palabras con que se lo indicó (cfr. el artículo 1569 del *CC.*, antes transcrito); de modo que, en el ejemplo, acertada que la persona que otorgó el documento es Ticio o, bien, la persona que vive en tal parte, vale con él, aunque el domicilio, en el primer caso, o el nombre en el segundo, sean falsos.

En resumen, la individualización de las partes no debe faltar; en caso contrario, la ley queda transgredida; pero no lo es si la que hay resulta errónea o ambigua, con tal que el error sea superable de acuerdo con las reglas generales.

3. Segunda mención:

*La indicación de las obligaciones caucionadas o la indicación de haber garantía general. La prenda sin desplazamiento en garantía especial.*

La segunda mención legalmente exigida es una de estas dos en alternativa:

- i) la indicación de las obligaciones caucionadas o, bien,
- ii) la de que la prenda convenida es una garantía general (artículo 3 N° 2).

a) La ley permite, que la convención de prenda sin desplazamiento sea celebrada tanto como garantía especial cuanto como general. Se la celebra bajo la primera modalidad cuando la caución es establecida para obligaciones determinadas, individualizadas y especificadas, aunque sean muchas; y ya veremos cuándo se la celebra bajo la segunda modalidad. Si las partes han tenido la intención de convenir una prenda especial, entonces es necesario que indiquen, esto es, determinen, individualicen y especifiquen en el documento las obligaciones caucionadas con la prenda que convienen; cuando su intención, en cambio, fue establecer una prenda general, ahora es necesario decir expresamente que la prenda convenida es general.

Porque, en efecto, se observará que cuando la prenda acordada es especial, la ley no exige declarar en forma expresa que es especial; y resulta suficiente individualizar en la convención las obligaciones caucionadas; así que la calificación de especial que se dé a la prenda es consecuencia o deducción posterior a partir de la indicación o especificación de las obligaciones que se caucionan. Podemos decir que en tal caso hay una garantía especial tácita. Expresa fuere cuando se declara que es especial; pero la ley no exige una tal declaración.

Se pregunta ahora si rige lo mismo cuando la prenda es general; vale decir, si el carácter de general que se quiere dar a la prenda convenida debe ser concedido explícitamente; o si resulta suficiente delimitar un género de obligaciones caucionadas, sin determinación o especificación de ninguna, en modo tal que de este hecho se deduzca que es general. La respuesta se inclina por la primera posibilidad, en cuyo favor depone la letra de la ley: “La indicación [...] de que se trata de una garantía general”. De acuerdo con esto, es necesario decir en forma precisa que la prenda convenida es en garantía general; así que vulneraría la ley una garantía general tácita, que se tiene cuando, sin decirse que ella es general, sólo se describe un género de obligaciones caucionadas, sin especificación concreta de ninguna; como cuando se declara, por ejemplo, que la prenda va constituida para caucionar todas las obligaciones que emanen de tal contrato de financiamiento. Cierta cláusula así pertenece a una garantía general, aunque las partes no hayan dicho que es general.

Artículos de doctrina

181

Artículos de doctrina

182

Ahora bien, como decimos, la letra de la ley es clara en orden a exigir que el carácter de general dado a la prenda sea expreso; así que no es posible una prenda general tácita. Podría, empero sostenerse que la posibilidad de una garantía general tácita, aunque no esté en la letra legal, sí está en su sentido, porque no hay razón de fondo alguna que la impida. Pero en realidad la hay: la descripción de un género de obligaciones caucionadas sin el añadido expreso de ser garantía general la prenda que se conviene en su caución puede dejar en ambigüedad u oscuridad el verdadero carácter de la operación; y tales defectos desaparecen si va rotulada expresamente de general. Así que cuando la letra de la ley exige la declaración expresa de que tratamos, no lo hace sin razón ni por un capricho o descuido del legislador, sino en función de certidumbre acerca del carácter de la convención y de seguridad jurídica.

Nada impide combinar una prenda general y una especial. Las partes pueden determinar o especificar ciertas obligaciones, declarando o no que la prenda es especial para ellas, y, entonces, sin más es especial; y, además, describir un género de otras obligaciones respecto de las cuales al mismo tiempo declaran expresamente ser general la prenda, y así será. Obrando de esta manera, en efecto, han cumplido las exigencias legales y no hay contradicción, porque los campos han sido delimitados; la caución, por consiguiente, deberá sustanciarse en su momento según lo acordado.

b) Acerca de la manera de “indicar” las obligaciones caucionadas y dar lugar, por ende, a prenda en garantía especial, el artículo 24 de la ley añade la exigencia de ser “precisa” la indicación. En su parte pertinente, en efecto, dice:

“Dentro del plazo de tres días hábiles [...] el notario deberá enviar para su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, una copia autorizada del contrato de prenda [...] y una copia de los documentos en que consten las obligaciones garantizadas que se hubieren protocolizado en su registro, si éstas no estuvieren indicadas precisamente en el contrato de prenda”.

La disposición ordena al notario enviar al Registro de Prendas sin Desplazamiento una copia de los documentos en que consten las obligaciones garantizadas y que debió, por mandato del artículo 3 N° 2, ser protocolizada en su registro, como veremos<sup>30</sup>. Ahora bien, ella misma describe la protocolización que supone bajo la condición de que las obligaciones garantizadas (“éstas”) “no estuvieren indicadas precisamente en el contrato de prenda”.

<sup>30</sup> Véase, más adelante, el cap. VII, 5.

Así que podemos aceptar que en esta parte la ley complementa el artículo 3 N° 2, que por sí mismo exige una “indicación de las obligaciones caucionadas”, en el sentido de que esa “indicación”, cuando se la haga, debe hacerse “precisamente”.

En torno al punto de cómo se cumple en concreto con la exigencia de “indicación precisa” de las obligaciones caucionadas, dice el artículo 30 de la ley, en su parte aquí interesante:

“La escritura pública o la copia autorizada del instrumento privado en el que conste el contrato de prenda, protocolizado de conformidad con el artículo 2° de esta ley, tendrá mérito ejecutivo sin necesidad de reconocimiento previo, respecto de las obligaciones que se contraigan en los mismos o que se individualicen con precisión, en cuanto a su origen, monto, plazo e interés. Si en el contrato de prenda no se indica la obligación caucionada, para proceder a la ejecución deberá acompañarse un título con mérito ejecutivo en el que conste dicha obligación. [...]”.

La oración que actúa como sujeto del conjunto (“La escritura - esta ley”) describe los dos tipos de documento que pueden legalmente contener la convención prendaria; vale decir, la escritura pública o el instrumento privado, con las firmas de sus partes autorizadas por un notario y protocolizado en el registro del mismo notario, todo ello según el artículo 2, que antes estudiamos. Pero como el instrumento privado debió ser protocolizado, lo exigido exhibir en esta norma procesal no pudo ser el original de aquél, y debió contentarse, por fuerza de las cosas, con una “copia autorizada” del mismo, que es lo que de hecho dice.

En su parte dispositiva, la norma expresa que la escritura o la copia autorizada del instrumento privado protocolizado, continentes de la convención prendaria, tienen mérito ejecutivo propio, vale decir, sin necesidad de previo reconocimiento judicial de deuda o firma, respecto:

- i) de las obligaciones que se hayan contraído en la escritura o en el instrumento privado (referidos ambos en la norma mediante la expresión “en los mismos”) o
- ii) de las obligaciones que se individualicen con precisión, en cuanto a su origen, monto, plazo e interés.

La verdadera alternativa que se ofrece en esta parte de la norma es entre obligaciones contraídas en el documento de la convención (escritura o instrumento privado) y obligaciones no contraídas ahí mismo. Dicho de otra manera, piensa en las dos posibilidades normales, de que

- i) la convención principal y la prenda consten en el mismo documento o
- ii) de que consten en documentos separados y aparte.

## Artículos de doctrina

183

## Artículos de doctrina

184

No piensa, pues, como aparenta decir, entre obligaciones contraídas en el documento de la convención y obligaciones que se individualicen con precisión, en cuanto a su origen, monto, plazo e interés, como si las contraídas en el documento aparte no necesitaran una individualización del tipo señalado. No puede ser esta última la verdadera alternativa, porque una obligación contraída en el documento prendario que no estuviera individualizada de la manera dicha, en ningún caso podría dar lugar a que aquél tuviere mérito ejecutivo (del cual trata el artículo 30), por iliquidez, o incertidumbre o inexigibilidad. De esta forma, sea que el acto principal y el accesorio, vale decir la prenda, consten en el mismo documento, trátase de la escritura pública, trátase del instrumento privado con firmas autorizadas por un notario, sea que la convención prendaria conste en algunos de esos dos documentos y el acto principal al que aquélla accede en otro distinto, en ambos casos las obligaciones caucionadas deben aparecer individualizadas con precisión en cuanto a su origen, monto, plazo e interés, pero en el documento prendario mismo (la escritura o el instrumento privado).

Así que la “indicación de las obligaciones caucionadas” exigida por el artículo 3 N° 2, debe ser hecha con precisión (artículo 24), en lo que coincide el artículo 30 (“que se individualicen con precisión”); y esta precisión consiste en el señalamiento del origen de la obligación, vale decir, de su fuente, y de su monto, de su plazo y de su interés. De lo cual fluye la siguiente definición de la prenda con desplazamiento en garantía especial, como aquella constituida para caucionar obligaciones precisamente señaladas en su origen o fuente, monto, plazo e interés en el documento prendario mismo, aunque se hayan contraído en otro.

Con todo, alguien podría sostener que los extremos de precisión exigidos por el artículo 30 exceden las del artículo 3 N° 2, que sólo ordena una “indicación” de las obligaciones caucionadas; y que la excedencia se debe a que el artículo 30 considera al documento de la convención sólo en cuanto título ejecutivo, sin haber pensado en referirse a algún requisito general; y que sólo entonces resulten congruentes esas exigencias de precisión, porque, como es sabido, la ejecución tiene que fundarse en una deuda cierta, líquida, actualmente exigible y no prescrita en su título ejecutivo; todo lo cual emana de aquellas precisiones. Lo cual significaría que podría bastar que el documento de la convención prendaria indicase las obligaciones, sin necesidad de que sea con precisión y señalamiento de su origen, monto, plazo e intereses. Pero se trata nada más que de una apariencia, porque, de hecho, no se sabría aceptar otra manera de indicar una obligación, como pide el artículo 3 N° 2, que no consistiera en señalar, al menos, los extremos que pide el artículo 30. Por lo demás, debe tenerse presente que se trata de una prenda en función de garantía especial, así que mientras menos indicativos sean usados para referir una obligación, o mientras menos específicos sean ellos, más se aproxima la

garantía a su función general. Esta distinción de funciones exige, por su propia naturaleza, una individualización, y la ley se contenta con los extremos del artículo 30, a saber: origen, o fuente, monto, plazo e interés.

4. Segunda mención (continuación):  
la prenda sin desplazamiento en garantía general

a) ¿Cuándo, en cambio, se celebra una prenda en garantía general<sup>31</sup>? La pregunta parece superflua, pero no lo es, porque la ley no define que sea una “garantía general” ni en materia prendaria<sup>32</sup> ni en aquella hipoteca-

<sup>31</sup> Con respecto a la prenda civil en función de garantía general, la doctrina y la jurisprudencia están conformes en su invalidez. Véanse: SOMARRIVA UNDURRAGA (n. 9), N° 238, pp. 221-223; Jorge LÓPEZ SANTA MARÍA, “Informe sobre contrato de línea de crédito. Cláusula de garantía general prendaria. Distinción entre contratos civiles y contratos mercantiles”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* N° 4, Valparaíso, 1980, pp. 121-128, especialmente pp. 125-128. Sin discusión, ella es inadmisibles en la prenda mercantil, porque el artículo 815 del *C. de C.* exige que ese contrato, que debe constar en escritura pública o en documento privado protocolizado, también debe contener la declaración de la “suma de la deuda”, para que el acreedor goce de la preferencia prendaria, y aquello es incompatible con el carácter de la garantía general. La misma incompatibilidad acaece en la prenda de mercaderías depositadas en almacenes generales, porque el artículo 8 N° 2 de la ley N° 18.690, de 1988, exige que en el endoso del vale de prenda debe enumerar “el monto del capital e intereses del o de los créditos” garantizados.

<sup>32</sup> Las leyes que han estatuido sobre la posibilidad de conferir prenda en garantía general, en efecto, se limitan a usar esta expresión, sin definirla, como en el artículo 48 de la ley N° 5.687, de 1935: Sobre el contrato de prenda industrial (*DO.* de 17 de septiembre de 1835): “El deudor prendario tendrá derecho, antes del vencimiento del plazo, a pagar su deuda y exigir la cancelación de su inscripción de prenda; salvo el caso en que la referida prenda se hubiere constituido también como garantía general de otras obligaciones pendientes”; o en el artículo 3 de la ley N° 18.112, de 1982, que: Dicta sobre prenda sin desplazamiento (*DO.* de 16 de abril de 1982): “El contrato de prenda sin desplazamiento debe contener, a lo menos, las siguientes menciones: / b) La indicación de las obligaciones caucionadas o la expresión de que se trata de una garantía general”. Más aún, la primera norma citada incluso restringe el alcance de lo que comúnmente se entiende por “garantía general”, porque la entiende sólo con respecto a otras obligaciones “pendientes”, concepto éste que únicamente se puede aplicar a las sujetas a condición o plazo suspensivos, mas no a las que actualmente no existen y pudieran existir en el porvenir. Por otro lado, el artículo 5 de la ley N° 4.287 de 1928: De prenda bancaria sobre valores mobiliarios a favor de los bancos (*DO.* de 23 de febrero de 1928), contiene una definición relativa a la extensión –muy dilatada– de la garantía que ofrecen los valores mobiliarios pignorados en conformidad con sus normas, cuando dice: “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 o indirectas de cualquier 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”; y el artículo 55 inciso 1° del decreto con fuerza de ley N° 126, de 1953, que creó y organizó el Banco del Estado de Chile (*DO.* de

Artículos de doctrina

185

Artículos de doctrina

186

ria<sup>33</sup> y 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<sup>34</sup>. Una garantía es universal cuando 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. Como acaece en todos los actos universales, la descripción de la totalidad incluye automáticamente a los individuos del presente y del porvenir, aunque no se los conozca<sup>35</sup>. El opuesto

24 de julio de 1953) incluye una norma que también impone una extensa cobertura a la garantía que ofrece la prenda agraria otorgada a ese banco por el deudor o un tercero: “La prenda agraria que se constituya a favor del Banco garantizará todas las obligaciones directas o indirectas que el dueño de la cosa dada en prenda adeudare o llegare a adeudar a la Institución. Esta disposición se aplicará también al caso de garantía de prenda agraria constituida para caucionar obligaciones de un tercero”. Pero se observará que en ninguno de ambos casos se dice tratarse de una garantía general lo ahí definido; así que no es posible adoptar el contenido de los artículos citados como base para construir una definición de lo que sea la garantía general. De hecho, como diremos, lo que en estas normas se define no es una garantía general sino universal.

<sup>33</sup> En ésta también hay casos legales de garantías de muy dilatada irradiación, como en los del artículo 56 del mismo D.F.L. N° 126, de 1953, orgánico del Banco del Estado (*DO.* de 24 de julio de 1953): “La hipoteca que se constituya a favor del Banco para caucionar un crédito concedido a través de este Departamento [Agrícola] garantizará todas las obligaciones directas o indirectas que el otorgante tenga o llegare a tener a favor de la Institución, a menos que conste expresamente que la hipoteca se ha constituido sólo en garantía de obligaciones determinadas o hasta concurrencia de un monto limitado”; y en el inciso 2° del artículo 14 de la ley N° 3.379 (*DO.* de 18 de mayo de 1918), modificada por el D.F.L. N° 309 (*DO.* de 25 de julio de 1953): “El reintegro de estos fondos de retiro se garantizará con hipoteca de primer grado y esta misma garantía asegurará el pago del préstamo que la Caja efectúe para realizar la operación y cualquier otra deuda que el imponente contraiga en favor de la Caja”. Como puede percibirse, en estos casos tampoco se dice que la hipoteca cuyo alcance es definido en cada norma, sea “general”. A su respecto, vale lo dicho en la nota anterior.

<sup>34</sup> Rafael MERY BERISSO, *Derecho hipotecario. Estudio de Derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958, N° 49, p. 108, quien acepta la de Riesco, que cita en la nota 30: es hipoteca con garantía general aquella “en que el deudor hipoteca un predio como garantía, no sólo de la obligación que actualmente contrae, sino también de todas sus deudas futuras”; SOMARRIVA UNDURRAGA (n. 9), N° 238, p. 221: mediante la cláusula de garantía general se “garantiza no sólo una obligación determinada, sino todas las que en el futuro por cualquier causa o motivo, llegue a contraer el deudor para con el acreedor”; UGARTE GODDY (n. 15), p. 81: “Se llama cláusula de garantía general hipotecaria a aquella por la cual una hipoteca se constituye para caucionar cualesquiera obligaciones que una persona tenga al presente o pudiere tener en lo futuro por cualquier causa para con otra”. La definición de nuestra cláusula con relación a la hipoteca es igualmente aplicable a la prenda sin desplazamiento.

<sup>35</sup> En algunos países europeos suele llamarse “ómnibus” (“para todas” [las obligaciones]) y también “globales” a estas garantías universales; y, aunque tales denominaciones estén lejos de impresionar por cierta elegancia, son correctas y equivale a lo que mienta el adjetivo

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.

Diferente de ambas debe ser la garantía general, que resulta ser un intermedio entre las dos antes explicadas. Como su nombre lo indica, 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 aparte de la especial. Esta prenda, pues, cauciona todas, pero sólo las obligaciones que pertenezcan al género descrito. Por cierto, pueden establecerse varios géneros. Tal ocurre, por ejemplo, si se da prenda para garantizar todas las obligaciones que nazcan de tales y cuales contratos de cuenta corriente, o de tales y cuales líneas de crédito, o de contratos de financiamiento de tales y cuales obras, etcétera.

En Chile, salvo que la ley la haya permitido expresamente, como de hecho acaece<sup>36</sup>, no puede valer una garantía universal, porque con ellas de suyo

- i) queda vulnerado el artículo 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 artículo 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.

“universal”. Sobre ellas, véanse: Abel VEIGA COPO, “Prenda ‘omnibus’, prenda rotativa de acciones y garantía flotante”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año 20, N° 82, Madrid, 2001, especialmente pp. 35-43; Ángel CARRASCO PERERA, y otros, *Tratado de los derechos de garantía*, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, cap. 18°: La hipoteca global y la hipoteca en garantía de la obligación de intereses, pp. 565-579, y cap. 25°, N° 7 “Prenda en garantía de una globalidad de obligaciones”, pp. 830-831; Cinzia PISANI, “Pegno omnibus”, en Paolo CENDON (a cura di), *Il Diritto privato nella giurisprudenza. I Nuovi contratti nella prassi civile e commerciali*, Torino, UTET., 2004, XIX: Garanzie, cap. 4°, pp. 27-39.

<sup>36</sup> Véanse las prendas universales creadas por la ley N° 4.287 y el decreto con fuerza de ley N° 126, de 1953, referidas en la nota 32; y las hipotecas del mismo carácter contenidas en las normas citadas en la nota 33.

Artículos de doctrina

187

Artículos de doctrina

188

Así que es nula, por indeterminación de su objeto obligacional, la prenda de todas las obligaciones presente y futuras que el pignorante tenga o haya de tener para con el pignoratario por cualquier causa y en cualquier tiempo, y otras semejantes<sup>37</sup>. 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.

b) 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 *Código Civil*, a las obligaciones, que, después de todo, son una especie de cosas, aunque incorporales (artículo 576 del CC.). La regla general viene sentada por el inciso 1° del artículo 1461 del CC.: “No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan [...]”. Las que existen son cosas presentes; y futuras las que se espera que existan. En aplicación de esta doctrina, el propio *Código* declara válidos el legado de cosa futura (artículo 1113 del CC.), la compraventa de cosa futura (artículo 1813 del CC.), la fianza de obligación futura (artículo 2339) y la hipoteca de bienes futuros (artículo 2419 del CC.); y, en determinadas condiciones, hace responsable al donatario a título universal por las deudas futuras del donante, frente a sus acreedores en los mismos términos que los herederos (artículo 1418 del CC.). También prohíbe algunos negocios de la clase que tratamos, como los pactos sucesorios sobre sucesión futura (artículo 1204 del CC.; cfr. con el artículo 1204 del CC.). Así que cuando aplicamos las definiciones del inciso 1° del artículo 1461 del CC. resulta que no sólo las obligaciones que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad prendaria sino las que se espera que existan. Ahora bien, la posibilidad de pignorar sin desplazamiento en garantía de obligaciones futuras está expresa y directamente consentida por el artículo 4 de la ley: “Podrán caucionarse con esta prenda cualquier clase de obligaciones, presentes o futuras [...]”.

Entre las principales obligaciones futuras se cuentan las sometidas a condición suspensiva. Lo propio de un acto suspensivamente condicionado es posponer el nacimiento de la obligación que ese acto es idóneo para generar, de modo que aquélla no existe mientras la condición penda; pero

<sup>37</sup> En plena congruencia con el repudio generalizado que el *Código* fulmina a los actos universales, que no sean las asignaciones por causa de muerte a título universal. Véanse los artículos 1407 del CC. (que exige inventario solemne de los bienes universalmente donados, con lo cual convierte al acto en singular, porque sólo se aplica a los que aparezcan en el inventario); 1811, que anula la venta universal; y 2056, que prohíbe la sociedad universal.

es manifiesto que se espera que exista o que puede preverse su existencia, por más que, si la condición falla, no vaya a existir.

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 ésta 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, 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 dolo y aun por caso fortuito en determinadas circunstancias, como después de la mora, su responsabilidad se actualiza en una concreta obligación 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 general, este último concepto se identifica con una *spes obligationis* (“esperanza de obligación”), pero concreta, o sea, derivada de alguna operación de la que pueda estimarse haber de nacer una obligación, independientemente de que nazca o no después.

c) Por obligación posible se entiende 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. Así que obligación posible es la que alguna vez podría existir, aunque también no existir. Se comprende que una obligación puramente posible pertenece al campo de la indeterminación más absoluta, y una obligación así ocupa el mismo rango de todo lo que en el mundo puede acaecer, en el sentido ordinario de la expresión “todo es posible”. Cualquier persona, en efecto, puede en el porvenir llegar a contraer obligaciones a muy diversos títulos, con respecto a muchas personas, posibles acreedoras, o a una o algunas que se quiera indicar. Por

Artículos de doctrina

189

Artículos de doctrina

190

ejemplo, todos están expuestos a causar algún daño a personas o a cosas ajenas, debido a alguna maniobra culpable en la conducción de un automóvil. Pero nada hay que permita esperar que la pertinente obligación de indemnizar haya de nacer; ésta es, por ende, posible, pero no futura. Una vez provocado efectivamente el daño, la obligación de indemnizar empieza a ser futura, porque si hay condena judicial, el autor quedará obligado<sup>38</sup>.

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 artículo 1461 del *CC.*; y el carácter accesorio de la prenda impuesto por su artículo 2388, incluso referido, como hemos hecho aquí, a la fuente de las obligación y no a la obligación misma, porque una obligación meramente posible implica una fuente meramente posible; y una tal fuente no es la principal exigida por aquella disposición.

e) El artículo 4 de la ley, empero, dice algo que acaso pudiere ser invocado para contradecir nuestras conclusiones acerca de la garantía universal. Se lee ahí: “Podrán caucionarse con esta prenda cualquier clase de obligaciones, presentes o futuras, estén o no determinadas a la fecha del contrato”. La última frase de este texto, pues, ofrece la posibilidad de constituir prenda por obligaciones “no determinadas a la fecha del contrato”<sup>39</sup>. Ahora bien, la eventual indeterminación que interesa de una obligación no sólo puede ser en cuanto a su monto más, también, en cuanto a su origen o fuente<sup>40</sup>.

Cuando la expresión legal la referimos a la indeterminación en cuanto al monto de la obligación, con tal manera de expresarse la ley no alude solo ni necesariamente a la prenda en garantía general. Puede, en efecto, constituirse prenda en garantía especial por alguna obligación no determinada en su monto a la fecha de la convención, como si alguien, que reconoce haber cometido cierto delito o cuasidelito concretos, constituye prenda para caucionar el pago de la indemnización que acuerde en el futuro con la víctima o que fije el tribunal; y, más ampliamente, en la prenda de cualquier obligación específica, cierta en su existencia e incierta en su monto, tales cuales suelen ser las de responsabilidad<sup>41</sup> y las de hacer y no

<sup>38</sup> En cierto sentido, las obligaciones futuras son también posibles, aunque la inversa no es válida. Pero es mejor no tomar aquello en cuenta para no oscurecer los conceptos involucrados.

<sup>39</sup> Se observará que el carácter determinado o indeterminado se predica tanto de las obligaciones presentes como de las futuras. Por consiguiente, no son sinónimas las obligaciones futuras y las indeterminadas, como a veces se ha pensado.

<sup>40</sup> Puede haber otras indeterminaciones, como en cuanto al plazo, que no interesan en materia prendaria.

<sup>41</sup> Así, por ejemplo, en la de sanear los vicios rehdibitorios o la evicción.

hacer, respecto de las que puede ser necesario evaluar. Al revés, puede haber una prenda en garantía general de obligaciones determinadas en su monto, como si se la constituye por todas las que deriven de un contrato de línea de crédito, cuyo monto máximo acreditado –según suele ser de hecho– ha sido fijado en determinada cantidad, porque la restitución de éste es lo garantizado, aunque se lo divida en montos parciales no determinados. Con todo, es verdad que, con mucha frecuencia, las obligaciones caucionadas con prenda general son de monto indeterminado. Lo cual pasa a ser regla en las garantías universales. Está claro, por consiguiente, que la dicción legal en comento cubre esas clases de prenda, aunque no ataña exclusivamente a ellas<sup>42</sup>.

Cumple ahora examinar, si la expresión legal: “estén o no determinadas a la fecha del contrato” incluye una indeterminación concerniente al origen o fuente de la obligación; vale decir, si es posible una prenda para unas obligaciones que a la fecha de la convención no se conozca cuáles sean o hayan de ser sus orígenes o fuentes. Desde luego cabe excluir esa posibilidad cuando se la quisiera aplicar a una prenda especial, porque sería contradictoria con el concepto mismo de tal prenda. Ésta consiste en garantizar obligaciones específicas e individualizadas; ahora bien, una obligación cuyo origen o fuente no se conoce, no puede ser especificada o individualizada. Por consiguiente, no queda más que aplicarla a la garantía general. En tal caso, y atendido que la indeterminación de que habla el artículo 4 sin duda atañe al monto de la obligación, en la prenda general y especial, conceptualmente habría él de expresar lo que sigue para incluir también la indeterminación acerca de la fuente en la garantía general:

“Podrán caucionarse con esta prenda cualquier clase de obligaciones, presentes o futuras, estén o no determinadas en cuanto a su monto cuando la garantía es especial o general y estén o no, además, determinadas en cuanto a su origen cuando es general, a la fecha de la convención”.

Si así lo dijera realmente, cesaría la discusión; pero no lo dice. Por consiguiente, el intérprete tendría que asignar dos significados distintos a un mismo vocablo empleado una única vez con certeza en una de sus significaciones; lo cual es inadmisibles, porque atribuir dos significados a un vocablo es lo mismo que interponer dos palabras distintas, una para cada significado.

<sup>42</sup> De esta manera, la repulsa de la prenda universal sin desplazamiento no puede fundarse en ser indeterminadas en cuanto a su monto las eventuales obligaciones que ella garantiza.

Artículos de doctrina

191

Artículos de doctrina

192

Por si lo anterior pudiere parece demasiado dialéctico, aponemos este otro argumento, estrictamente jurídico. La idea de que puede haber una prenda para obligaciones cuyas fuentes se desconocen a la fecha de la convención, vale decir, que están indeterminadas a ese respecto, es una transgresión directa de la regla fijada por el artículo 2385 del CC. “El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede”. Puesto que la regla habla de “obligación”, queda implicada su fuente, sin la cual no puede existir (arg. ex artículo 1437 del CC.); así que ella dice al mismo tiempo: “El contrato de prenda supone siempre una fuente de obligación principal a que accede”. Pero una prenda constituida para obligaciones cuyas fuentes no se conocen, ya no supone una fuente de obligación a la que acceda; y entonces la regla queda infringida. Ahora bien, ella, que fue formulada en el *Código Civil* para la prenda con desplazamiento, igualmente rige la prenda sin desplazamiento, por mandato del último segmento del artículo 1 de la ley. En tales circunstancias, no cabe interpretar la palabra ‘indeterminadas’ de su artículo 4 como alusiva a una indeterminación en cuanto al origen o fuente de la obligación, sino sólo como alusiva a una indeterminación en cuanto a su monto, lo que es plenamente aceptable.

Con lo anterior no queda dicho que la prenda sin desplazamiento no pueda ser constituida como general. Que puede serlo, lo expresa sin ambigüedad el artículo 3 N° 2, que es la base primera de nuestras actuales indagaciones. Lo único que queda dicho es que una garantía general no debe consistir en la caución de obligaciones cuyo origen o fuente está indeterminada.

5. Segunda mención (continuación):

*Referencia a los documentos en que consten las obligaciones garantizadas como sustitución de la indicación de las obligaciones caucionadas*

El segundo segmento del N° 2 del artículo 3 está redactado de tal forma, que resulta permitido deducir que la “indicación de las obligaciones caucionadas”, fundante de una garantía especial según el mismo número, puede ser sustituida por una referencia o indicación a los documentos en que consten las obligaciones garantizadas.

a) Esto significa que la norma se pone en la alternativa de que la convención prendaria conste en una escritura pública o en un documento privado con firmas autorizadas antes un notario y protocolizado, y que el acto principal del que dimane o haya de dimanar la obligación garantizada conste aparte en otros documentos. Dice, en efecto: “En caso que sólo se refieran los documentos donde constan las obligaciones garantizadas y éstos [...]”. La ley no repudia la aludida sustitución, como lo da a entender el adverbio ‘sólo’ que emplea (“En caso que sólo se refieran”), con el

cual, evidentemente, se quiere decir que es posible referir los documentos y únicamente ellos.

Pero corrobora definitivamente tal interpretación el texto del artículo 24 de la ley, ya estudiado para otros efectos, que, en su parte pertinente, dice:

“Dentro del plazo de tres días hábiles [...] el notario deberá enviar para su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, una copia autorizada del contrato de prenda [...] y una copia de los documentos en que consten las obligaciones garantizadas que se hubieren protocolizado en su registro, si éstas no estuvieren indicadas precisamente en el contrato de prenda”.

Con la expresión “una copia autorizada del contrato de prenda” la ley alude a una copia así, bien de la escritura pública, bien del instrumento privado con firmas autorizadas ante notario y protocolizado, según la alternativa dada por su artículo 2, antes estudiado. Con “una copia de los documentos en que consten las obligaciones garantizadas que se hubieren protocolizado en su registro”, en cambio, apunta a la hipótesis de sustitución que ahora indagamos, contenida en el segundo segmento del artículo 3 N° 2: “En caso que sólo se refieran los documentos donde constan las obligaciones garantizadas [...]”, documentos que después, como veremos, la misma norma ordena protocolizar en su caso. Ahora bien, el artículo 24 describe la protocolización, que supone, bajo la condición de que las obligaciones garantizadas (“éstas”) “no estuvieren indicadas precisamente en el contrato de prenda”. Lo cual implica que no necesariamente deben estar indicadas ahí.

Esta opción dada por la ley es del todo lógica. Es propio de la garantía especial individualizar las obligaciones que se caucionan con ellas. Pero una manera correcta de hacerlo es referir el documento en que consta cada una. Así que, en realidad, la referencia a los documentos propiamente hablando no constituye un alternativa u opción a la indicación de las obligaciones caucionadas, sino una forma específica de indicarlas.

Por cierto, la referencia a los documentos tiene que estar formulada con tanta especificidad cuanta sea necesaria para individualizarlos completamente.

Por su parte, las obligaciones que se caucionen deben estar individualizadas en los documentos aparte, en cuanto a su origen o fuente, monto, plazo e interés, de acuerdo con lo concluido en la letra b) del número 3 del presente capítulo; y no es suficiente una referencia genérica ni ambigua.

b) Pero cuando, para indicar las obligaciones especialmente caucionadas, se emplea el procedimiento de referir los documentos en que ellas constan, la ley añade una nueva formalidad externa. La segunda parte completa del N° 2 del artículo 1 dice:

Artículos de doctrina

193

Artículos de doctrina

194

“En caso que sólo se refieran los documentos donde constan las obligaciones garantizadas y éstos no estuvieren incorporados en un registro público, deberán ser protocolizados en copia simple al momento de la celebración del contrato de prenda”.

Así, pues, cuando las partes, para individualizar las obligaciones caucionadas y así dar lugar a una prenda especial, escogen la fórmula de referir los documentos en que ellas constan, una de dos: o tales instrumentos se encuentran a la sazón incorporados en algún registro público o no están incorporados en ninguno de tales.

c) En el primer caso, aunque la ley nada expreso diga, es, con todo, necesario individualizar en la convención los datos de la incorporación preexistente, porque ellos forman parte de la operación de referir “los documentos donde constan las obligaciones garantizadas”. La previa incorporación en un registro público no necesariamente es en el registro público de un notario; y con su manera de expresarse la ley alude a cualquier repositorio de documentos por incorporación que tenga carácter público, no en el sentido de estar abierto al público, aunque sea en sí mismo privado, sino en el sentido de estar ordenado por la ley y puesto a cargo de un oficial o de un funcionario público.

En especial, deben ser recordados que son documentos incorporados en un registro público:

- i) los documentos protocolizados en el registro de algún notario, pues, por definición, ellos quedan “agregados”, es decir, incorporados en él (artículo 415 inciso 1° del *COT*). El notario en cuyo registro había sido ejecutada la protocolización no tiene por qué ser el mismo ante el cual después se firma la escritura pública de la convención de prenda o el mismo quien después autoriza las firmas del instrumento privado que lo formaliza: una conexión necesaria entre ambos notarios no está ni remotamente mandada por la ley, ni se deduce de ninguna otra prescripción ni tampoco está exigida por la naturaleza del procedimiento, ni siquiera a título de seguridad, cautela o resguardo;
- ii) también tienen el aludido carácter las escrituras públicas, porque, por su propia solemnidad, ellas deben ser incorporadas en el protocolo o registro público de un notario (artículo 403 del *COT*). Pero hay otros casos. Un buen ejemplo
- iii) es el de los documentos sobre la base de los cuales se ejecuta la inscripción de los vehículos motorizados en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados que gestiona el Servicio de Registro Civil e Identificación. La ley ordena que tales documentos sean incorporados en el Archivo Nacional de aquel servicio<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Ley N° 18.29 (*DO* de 7 de febrero de 1984), artículo 34 inciso 3°: “La inscripción de un vehículo se efectuará al otorgarse la patente única. Los documentos que autoricen

Si, por consiguiente, en cierto documento que es título de adquisición de algún vehículo consta, además, la obligación de pagarlo y basado en él se procedió a su inscripción en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados y a su consiguiente incorporación en el Archivo Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación, y se confiere prenda sin desplazamiento para la obligación del pago de su precio, en la pertinente convención prendaria esa obligación puede ser indicada merced a una referencia al documento incorporado en el dicho Archivo Nacional, sin necesidad de su protocolización en el registro del notario.

d) En el segundo caso, de no estar incorporados en algún registro público los documentos obligacionales referidos en la convención prendaria especial, la disposición en examen ordena que una copia simple de cada uno de los documentos en que conste la obligación que se cauciona sea protocolizada al momento de la celebración de la convención de prenda. Esta operación debe hacerse en el protocolo del mismo notario ante el cual se suscribe la escritura pública de la convención o se autoriza las firmas de las partes estampadas en el documento privado que lo contiene y no, pues, en el de otro notario, porque la norma exige que la protocolización sea hecha “al momento de la celebración del contrato de prenda”: como la celebración de esta convención siempre tiene lugar ante un notario, sea éste aquél ante quien se otorga la escritura pública, sea aquél que autoriza las firmas del instrumento privado, la única manera de que la protocolización sea hecha “al momento de la celebración del contrato de prenda” es que ella sea hecha por el mismo notario del contrato en el momento de éste; si es hecha por otro, aunque por coincidencia (bien difícil, por lo demás) haya sido practicada simultáneamente, aun así, de hecho no será ejecutada “al momento” de la celebración del contrato, sino en un momento conceptualmente distinto del momento del contrato. Con la expresión ‘al momento’, la ley exige la *unitas actus* y ésta pide, entre otras cosas, unidad de notario. Por lo mismo, la protocolización no puede tener lugar después del momento en que se celebró la convención. Cuando es ejecutada antes de celebrada aquélla, la situación transita al primer caso, de estar ya incorporado en un registro público el documento que es referido.

e) La norma sólo exige que lo protocolizado sea una “copia simple” del documento donde consta la obligación garantizada. Que sea una “copia” significa que no es necesario que se trate del original del documento y basta su reproducción, siempre que sea fiel, pues de lo contrario no es copia. Que sea “simple” también indica no ser necesario que consista en una “autorizada”. Una “copia autorizada” es aquélla librada por la auto-

dicha inscripción serán incorporados en el Archivo Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación”.

Artículos de doctrina

195

Artículos de doctrina

196

ridad de algún funcionario u oficial público, frecuentemente un notario. Así que una “copia simple” basta que sea una copia sin que le sea, además, exigible la autorización de ningún funcionario u oficial públicos en cuanto copia. El documento original, de cuya copia se trata, en cambio, puede ser público, oficial o privado.

f) El artículo 30 continúa con estas palabras: “Si en el contrato de prenda no se indica la obligación caucionada, para proceder a la ejecución deberá acompañarse un título con mérito ejecutivo en el que conste dicha obligación [...]”. En esta parte, la disposición ahora alude a la prenda en función de garantía general. Es nuevamente congruente con el artículo 3 N° 2, que ofrece como alternativa de menciones forzosas la “indicación de las obligaciones caucionadas o bien de que se trata de una garantía general”. El artículo 30 precisamente pone la hipótesis negativa de no haberse indicado las obligaciones caucionadas, lo cual significa que piensa en la hipótesis positiva de tratarse de una garantía general. De acuerdo con la naturaleza de tal garantía, exige añadir al documento de la convención un título con mérito ejecutivo en que conste la obligación específica por cuyo incumplimiento el acreedor quiere realizar la prenda, ya que el señalamiento en la convención, del género de obligaciones para las que se constituyó, no es suficiente. Pero lo que sigue, porque atañe a la ejecución, ya no nos interesa aquí.

6. Tercera mención:

*La individualización o caracterización de las cosas empeñadas*

La tercera mención ordenada por el artículo 3 consiste en una “individualización o caracterización de las cosas empeñadas”.

a) En tema de cualquier prenda, la regla general es que ella ha de recaer sobre cosa no fungible, única manera de poder ser ésta perseguida merced al derecho real que se confiere al pignoratario<sup>44</sup>; y, con respecto especial a la prenda sin desplazamiento, única manera de que se puedan tipificar algunos delitos previstos por la ley en el artículo 39, como el del su número 2:

“El deudor prendario y el que tenga en su poder la cosa constituida en prenda en conformidad a esta ley que, defraudando al acreedor prendario, la altere, oculte, sustituya, traslade o disponga de ella”;

<sup>44</sup> En el caso de la prenda con desplazamiento, se añade que tal exigencia asegura que el pignoratario devuelva la misma cosa que recibió (artículo 2401 del CC.) y que no pueda consumirla (artículo 2395 del CC.). De recaer sobre fungibles, el pignoratario podría disponer la cosa y después reponerla.

pues de lo contrario, el pignorante podría impunemente sustituir los objetos fungibles que empeñó por otros de su mismo género y calidad, o disponerlos y después reponerlos.

Ésta es la base dogmática de la exigencia establecida en el artículo 3 N° 3. Puesto que la prenda sin desplazamiento también debe recaer sobre cosas no fungibles, eso en una convención que no las determina por el acto de su entrega, sino por un consenso de cosas que no tienen por qué estar presentes debe reflejarse precisamente en la necesidad de su “individualización o caracterización” en la misma convención escrita. Ella se cumple cuando se describen las cosas pignoradas de tal modo que no deje en duda, ambigüedad u oscuridad las cosas que fueron pignoradas, de modo de no saberse en qué y cuáles cosas recayó la convención. Acerca del modo de ejecutar la individualización o caracterización nada dice la ley; así que deberá procederse a ellas en la manera que sea, con tal que se cumpla el objetivo dicho. De hecho, los usos del comercio tienen modos seguros de individualizar o caracterizar, por la marca, el modelo, cierto código estampado o impreso, etcétera.

b) Hay ciertos objetos pignorables sin desplazamiento que imponen una modalidad a la regla precedentemente examinada. El inciso 1° del artículo 11 de la ley autoriza la pignoración de “grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho, tales como existencias, inventarios, materias primas, productos elaborados o semielaborados o repuestos, o maquinarias, redes o sistemas”<sup>45</sup>. Ahora bien, con persistente frecuencia estos objetos son fungibles, porque consisten en cosas que la naturaleza o la industria humana generan en serie. Con respecto a ellas, puede ser muy difícil sino imposible su individualización o caracterización, que no sea por el lugar de su depósito, que sí puede ser individualizado. Pero acaece que la ley permite, salvo pacto en contrario, utilizar, reemplazar, transformar o enajenar estos objetos al pignoratario (artículo 11 inciso 1°) y en tal caso el lugar preciso de su localización o depósito pierde su función individualizante. En realidad, la prenda de grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho está pensada para establecer un flujo constante de egresos e ingresos de las especies componente del conjunto, de modo que las egresadas dejen de estar en prenda y las ingresadas empiecen a estarlo. Como en circunstancias normales este flujo hace permanecer una masa constante de especies en el interior del conjunto, aunque no corresponda a la existente en el momento de la pignoración,

<sup>45</sup> Sobre la prenda de estos objetos, véase: Alejandro GUZMÁN BRITO, “La pignoración de grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho en la nueva ley de prenda sin desplazamiento”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 30, Valparaíso, 1° semestre de 2008, pp. 61-153.

Artículos de doctrina

197

Artículos de doctrina

198

es en esa masa fluida en la que recae la prenda; lo cual es consecuencia de tratarse de universalidades. Porque, dogmáticamente hablando, lo pignorado no son las especies sino el conjunto mismo, con independencia de sus componentes individuales. Por consiguiente, cuando se dice que la prenda debe recaer sobre infungibles, eso debe entenderse con respecto al conjunto y no a sus individuos, que pueden ser fungibles; así que la exigencia refleja de individualización o caracterización de las cosas empeñadas significa la exigencia de lo propio con respecto al conjunto, vale decir, del grupo de bienes de una misma clase o la universalidad de hecho sobre la que recae la convención. Es uno u otra el que debe ser individualizado o caracterizado. Supóngase que se pignora la universalidad constituida por automóviles nuevos de tal marca, modelo y año. Estos objetos son fungibles entre sí y con respecto a otros automóviles de sus mismas características. El conjunto mismo es también fungible, porque puede ser confundido e intercambiado con otros conjuntos de automóviles de iguales apariencias. Mas cuando se lo describe como “conjunto de automóviles de tal marca, modelo y año sito en tal bodega”, la fungibilidad del conjunto desaparece, aunque sus componentes mantengan el carácter de fungibles. Por consiguiente, la individualización o caracterización de estos conjuntos se ejecuta merced a la constancia de las características genéricas de sus componentes, pero no de las individuales, como los números de motor o de las patentes de circulación, si los tienen, más un añadido especificador del conjunto mismo. En el ejemplo, tal añadido es el lugar en el que el conjunto original estuvo guardado; el cual determina que todo lo que actualmente esté ahí se encuentra bajo la prenda. La necesidad de abstenerse de señalar las características individuales de los componentes es para evitar que la prenda del conjunto se convierta en prenda de esos componentes individuales y, dejando de serlo de un conjunto, devenga en prenda de muchas cosas.

c) Algo semejante acaece en la pignoración de derechos administrativos de concesión y muebles conexos, previstos por el artículo 6. En sus números 1, 2, 4, 5 y 6 se autoriza la pignoración sobre los “ingresos o flujos futuros que provengan de la explotación de la concesión” pignorada; con lo cual se alude, a final de cuentas, a dinero, el bien más fungible que puede concebirse; así que su individualización exige la diferenciación, determinación y especificación muy precisa del flujo mismo en cuanto a su origen, modos de producirse y canales de producción y de la cantidad eficaz de circunstancias que cumplan la exigida “individualización o caracterización” de las cosas empeñadas.

7. Cuarta mención:

*Limitación de la prenda a una suma o a una proporción de diversas obligaciones.*

*Remisión*

El artículo 3, en su N° 4 formula todavía una cuarta mención: “La suma determinada o determinable a la que se limitare la prenda o la proporción en que debiere caucionar diversas obligaciones, si fuere el caso”; pero ella no es, en realidad, forzosa sino opcional; así que la trataremos entre las de esta clase<sup>46</sup>.

8. Sanción por la inobservancia de las solemnidades internas

Todavía nos resta un punto por examinar. Atañe él a las sanciones procedentes por la transgresión del artículo 3 de la ley, cuyo estudio hemos terminado. Él no las señala, así que deberemos determinarlas por aplicación de las reglas generales.

Las menciones exigidas por el artículo 3 son, como ya quedó dicho, forzosas, porque éste dice que la convención “deberá” contenerlas. No pueden, pues, ser omitidas. Si es así, resulta que constituyen requisitos o formalidades que la ley prescribe para el valor de la convención. Como, por otro lado, el requisito de las menciones descritas por el artículo 3 va establecido en consideración a la naturaleza de la convención y no a la calidad o estado de las personas que intervienen en ellos, su omisión es la nulidad absoluta (artículo 1682 inciso 1° del CC).

El examen de las transgresiones a cada mención exigida hará ver mejor aún que no en otra que la dicha nulidad puede consistir su sanción.

a) Si en el documento de la convención prendaria no aparece la individualización de sus otorgantes (artículo 3 N° 1), dejando a un lado el carácter extraordinario y casi absurdo de la hipótesis –por no decir virtualmente imposible, dado que el notario no firmará la escritura pública de la convención ni autorizará las firmas del instrumento privado que lo porte, si en uno u otro documento no van individualizadas sus partes–, ello sólo puede ser debido a que las partes que realmente lo otorgaron omitieron su individualización o a que la convención no tuvo partes, y su ausencia real se reflejó en la ausencia de una individualización (que hubiera sido ficticia); lo cual implica haber forjado alguien la convención y ser, por ende, falsa. En el primer caso, aunque la convención, en una fase puramente consensual anterior a su formalización, tuvo a dos personas existentes como candidatas –por así llamarlas– a ser partes del acto solemne, y éste no las individualizó como la ley ordena, se ha faltado a un requisito que ella prescribe para el valor del acto y, por ende, cae en nulidad absoluta.

Artículos de doctrina

199

Artículos de doctrina

200

En el segundo caso, con independencia de la falsedad de la convención, que por sí mismo es hipótesis de nulidad por falta de consentimiento, la ausencia de individualización genera el mismo razonamiento y la misma conclusión que en el primero.

El defecto de la individualización de los terceros que concurren a la convención prendaria en cuanto tales no genera la nulidad de aquélla, aunque pueda provocar la nulidad en la convención anexa que se le incorpora.

b) Si en el documento prendario no se indican precisamente, en el modo legal, las obligaciones caucionadas ni que es en garantía general la prenda contraída, la nulidad absoluta que se genera puede fundarse, sin más, en el mismo punto de faltar un requisito prescrito por la ley para el valor del acto; pero, además, en esta otra consideración: la prenda, atendido su carácter subsidiario, tiene, no uno sino dos objetos acumulados: la cosa sobre la que se constituye garantía y la obligación en garantía de la cual se la constituye. Si no se indican las obligaciones caucionadas, falta uno de sus objetos; y la ausencia de objeto en un acto jurídico es causa de su nulidad absoluta. Por cierto, puede acaecer que haya habido obligación o pacto de garantía general, y que uno u otro hayan sido omitidos en el documento. Pero la real existencia de uno de aquellos extremos no puede ser alegada ni probada, si faltó el documento de solemnidad en el cual la ley ordena que consten.

Puede acaecer que las partes indiquen expresamente ser especial la prenda y describan un género de obligaciones como caucionadas, lo que hace pensar en ser aquélla general o, bien, que declaren ser general la prenda y describan obligaciones específicas y determinadas como caucionadas, lo que hace pensar en haber sido convenida como especial. En ambos casos hay discordancia entre el carácter abstractamente atribuido a la prenda y la extensión concreta del objeto obligacional caucionado. La solución es diferente según el caso. Si las partes determinaron y especificaron ciertas obligaciones como caucionadas y declararon ser general la garantía, sin describir consecuentemente un género de obligaciones además, al cual aplicarla, la convención vale sólo como de garantía especial para las obligaciones especificadas. Ello, porque se cumplen los requisitos de esta última, mas no los de la primera. Si, en cambio, las partes describieron un género de obligaciones como caucionadas y dijeron que la prenda es especial, no vale la convención, porque, según la ley, la garantía general debe ser expresa.

c) Cuando en los documentos prendarios faltan la individualización o caracterización de las cosas empeñadas, teniendo presente que constituyen el otro objeto de la convención prendaria, la convención es nula por falta de objeto o por indeterminación del mismo.

<sup>46</sup> Véase, más adelante, el cap. xi, 1.

VIII. CAPACIDAD, OBJETO Y CAUSA  
DE LA CONVENCIÓN PRENDARIA

1. *Capacidad para convenir y facultad de disponer de la cosa pignorada*

La convención prendaria no está sujeta a normas propias sobre capacidad de ejercicio para celebrarla, así que se rige por las generales sobre la materia.

Para la validez de la convención no se exige que la persona capaz de convenir, según tales reglas generales, deba, además, tener facultad de disposición sobre la cosa mueble que declara pignorar, vale decir, que sea su dueño. Dicho lo mismo de otra manera, la convención prendaria sobre cosa ajena vale<sup>47</sup>. Esta proposición deriva de lo establecido por el artículo 13, cuyo inciso 1º reza así: “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”. La norma no contiene expresamente la hipótesis de una pignoración de cosa ajena; pero la da por supuesta cuando reserva en forma exclusiva al dueño la invocación de propiedad sobre la cosa pignorada, porque ello implica que no fue él quien la empeño, sino un tercero. Si tal acaece, el inciso en examen trata del efecto de una pignoración de cosas ajenas con respecto al derecho real<sup>48</sup> y con respecto a la convención. Aquí nos interesa este último extremo, acerca del cual el último segmento del artículo 13 declara manifiestamente que el contrato (es decir, la convención prendaria) tiene validez, pese a recaer en cosa ajena al pignorante.

Por lo demás, eso no es diferente, en principio, de cuanto expresa el primer segmento del artículo 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 [...]”. El artículo 13 es más enfático: el dueño puede alegar el dominio sobre la cosa pignorada y, por ende, reclamarla, pero “sin perjuicio de la validez del contrato”. La diferencia se debe a que el *Código Civil* habla de un contrato real; así que reclamada la cosa por su dueño y recuperada por él, aquella pasa

<sup>47</sup> Sobre lo que sigue: Alejandro GUZMÁN BRITO, “Las prendas ordinarias y sin desplazamiento de la ley N° 20.190 recaídas en cosa ajena”, en Fabricio MANTILLA ESPINOZA - Carlos PIZARRO WILSON (coordinadores), *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Christian Larroumet*, Santiago - Bogotá, Fundación Fernando Fuego - Universidad Diego Portales - Universidad del Rosario, 2008, pp. 401-422.

<sup>48</sup> El artículo 2387 del *CC.*: “No se puede empeñar una cosa, sino por persona que tenga facultad de enajenarla”, se refiere al derecho real de prenda, aunque en la prenda civil la perfección del contrato y la constitución del derecho real provengan de la entrega; lo que no acaece en la prenda sin desplazamiento, donde se distinguen y separan la convención prendaria y la constitución del derecho real; así que la disposición citada es aplicable a ésta en lo relativo al derecho real, más no a la convención.

Artículos de doctrina

201

Artículos de doctrina

202

del pignoratario al dueño y ya no hay más contrato, es decir, no subsiste. La ley N° 20.190, en cambio, habla de una operación que no ha implicado el desplazamiento de la cosa al pignoratario, así que el dueño la reclama al pignorante (o a un tercero); y cuando la obtenga, la convención, en sí misma, no se ve afectada porque no dependió de que su objeto estuviera en manos de persona determinada. De esta manera, ella puede subsistir para seguir regulando las relaciones entre el pignorante y el pignoratario<sup>49</sup>.

Pero debe recordarse que la constitución de prenda sobre bienes ajenos como propios de todos modos se tipifica como delito, según la previsión del artículo 39: “Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 473 del Código Penal:/ 1) El que defraudare a otro [...] constituyendo prenda sobre bienes ajenos como propios [...]”; siempre, por supuesto, que confluyan en la acción los elementos generales de todos delitos, como el dolo o la antijuridicidad, etcétera.

2. *Objetos*

En toda prenda hay dos objetos: aquél consistente en la cosa que es afectada a garantía y aquél pertinente a la obligación que es garantizada. En esta ocasión, nos limitaremos a dar las indicaciones generales que emanan de la ley sobre estos objetos, sin entrar en su estudio particular que aumentaría excesivamente el volumen del presente escrito. Por lo demás, con respecto a algunos, ya existen trabajos especiales<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> El segundo segmento del artículo 2390 añade: “[...] (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”. Este último, por su lado, dispone: [Inc. 1º] “El comodatario no tendrá derecho para suspender la restitución, alegando que la cosa prestada no pertenece al comodante; salvo que haya sido perdida, hurtada o robada a su dueño, o que se embargue judicialmente en manos del comodatario. [Inc. 2º] Si se ha prestado una cosa perdida, hurtada o robada, el comodatario que lo sabe y no lo denuncia al dueño, dándole un plazo razonable para reclamarla, se hará responsable de los perjuicios que de la restitución se sigan al dueño. [Inc. 3º] Y si el dueño no la reclamare oportunamente, podrá hacerse la restitución al comodante. [Inc. 4º] El dueño por su parte tampoco podrá exigir la restitución sin el consentimiento del comodante, o sin decreto de juez”. Cabe indagar si el segundo segmento del artículo 2183 del *CC.* es aplicable a la prenda sin desplazamiento, de modo que su pignoratario se vea afectado por las prescripciones del artículo 2183. La respuesta es negativa. El citado artículo concibe sus reglas para un contrato real, que obliga al actual tenedor a restituir la cosa recibida a quien se le entregó, lo que vale para el comodato, con respecto al cual se formula el artículo, el depósito (véase el artículo 2233 del *CC.*) y la prenda con desplazamiento (artículo 2390). Ahora bien, el pignoratario en la prenda sin desplazamiento, por este mismo hecho nada tiene que restituir; así que no le son aplicables las reglas del artículo 2183 del *CC.*

<sup>50</sup> GUZMÁN BRITO (n. 45), pp. 61-153; ÉL MISMO, “La prenda sin desplazamiento de cosas corporales e incorporales futuras”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*

a) En lo que atañe a la cosa pignorable, el artículo 1 dispone: “El contrato de prenda sin desplazamiento tiene por objeto constituir una garantía sobre una o varias cosas corporales o incorporales muebles [...]”; y el artículo 5 repite y completa: “Podrá constituirse prenda sobre todo tipo de cosas corporales o incorporales muebles, presentes o futuras [...]”. Así que, a fin de cuentas, el objeto pignorable consiste en cosas corporales o incorporales muebles, bien presentes, bien futuras<sup>51</sup>. Los artículos 6 a 12 y 14, desarrollan este principio general y lo aplican a algunos objetos tipificados: ciertos derechos reales administrativos de concesión pública, los créditos nominativos, los valores emitidos sin impresión física del título, bienes o derechos futuros, cosas importadas que aun no han llegado al país, grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho, inmuebles por destinación o adherencia.

Las cosas corporales pignorables pueden ser singulares, aunque sean muchas, y en tal caso la convención debe mencionar su “individualización o caracterización” (artículo 3 N° 3); o bien consistir en un grupo de bienes de la misma clase o universalidades de hecho (artículo 11); o en flujos de dinero (artículo 6 N°s 1, 2, 4, 5 y 6); y ahora, aunque igualmente deba individualizarse y caracterizarse el conjunto o el flujo, no es necesario hacer lo propio con sus componentes, que por lo general consisten en fungibles.

Bajo el concepto de cosas incorporales se mientan los derechos reales y personales o créditos (artículo 576 del CC.), que sean muebles según el artículo 580 del CC., bien porque el derecho real se ejerza sobre una cosa corporal mueble, bien porque el personal consista en la deuda de una cosa así. De hecho, entre los reales son susceptibles de prenda sólo el usufructo de muebles, el de aprovechamiento de aguas muebles y los derechos administrativos de concesiones señalados en el artículo 6, en cuanto también recaen sobre muebles.

b) En lo referente al segundo objeto de la prenda, el artículo 1 ofrece una primera aproximación: “El contrato de prenda sin desplazamiento tiene por objeto constituir una garantía [...] para caucionar obligaciones propias o de terceros”; pero es más definitivo el artículo 4: “Podrán caucionarse con esta prenda cualquier clase de obligaciones, presentes o futuras, estén o no

de Valparaíso, N° 31, Valparaíso, 2° semestre de 2008, pp. 221-254; Fabián ELORRIAGA DE BONIS, “La prenda de créditos nominativos en la nueva normativa de la prenda sin desplazamiento”, en Carlos PIZARRO WILSON (coordinador), *Estudios de Derecho civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Otmué, 2008*, Santiago, LegalPublishing, 2009, IV, pp. 549-561. Véase la nota siguiente.

<sup>51</sup> Los muebles inmovilizados por su adherencia o destinación a un inmueble son actualmente pignorables como muebles futuros, para cuando sean separadas o desafectadas (artículo 14). Sobre esto, véase: Alejandro GUZMÁN BRITO, “La prenda sin desplazamiento de inmuebles por adherencia o destinación y su concurrencia con otras prendas o con una hipoteca”, en *Homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez* a la fecha de esta publicación en prensa.

Artículos de doctrina

203

Artículos de doctrina

204

determinadas a la fecha del contrato”. Por consiguiente, pueden caucionarse con esta convención toda clase de obligaciones, bien propias o ajenas, bien presentes o futuras, bien determinadas o no determinadas.

Todavía puede especificarse la idea expresada con el giro “cualquier clase de obligaciones”, que él abraza las obligaciones de dar, hacer o no hacer, civiles o naturales, condicionales, a plazo o modales, alternativas y facultativas, de género o especie, mancomunadas o solidarias, divisibles o indivisibles, con o sin cláusula penal (para garantizar la obligación principal o la del pago de la pena o ambas), de medio o de resultado, etcétera., emanen de la fuente de que emanen, vale decir, bien de la ley, bien de un contrato o cuasicontrato, bien de un delito o cuasidelito.

c) En lo relativo al objeto obligacional de la prenda, la ley permite la doble modalidad de que ésta pueda caucionar una o muchas obligaciones determinadas; o bien un género de ellas bajo el concepto de garantía general. El artículo 3 dispone:

“El contrato de prenda deberá contener, a lo menos, las siguientes menciones: / [...] / 2) La indicación de las obligaciones caucionadas o bien de que se trata de una garantía general. En caso que sólo se refieran los documentos donde constan las obligaciones garantizadas y éstos no estuvieren incorporados en un registro público, deberán ser protocolizados en copia simple al momento de la celebración del contrato de prenda [...]”.

Esta norma ya ha sido estudiada<sup>52</sup> y a lo dicho nos remitimos.

### 3. Causa

a) Para no ingresar en la compleja y difícil materia de la causa de los actos, contratos y convenciones, que nos llevaría lejos, nos limitaremos a aplicar el concepto que de la causa ofrece el inciso 2 del artículo 1467 del CC., como “el motivo que induce al acto o contrato”. Desde esa perspectiva, el motivo que induce a la celebración de la convención prendaria no puede ser otro que el acto o hecho cuyos efectos se desea garantizar. Si lo hay, la prenda tiene causa; si no lo hay, carece de tal; si es declarado nulo o se extinguen él o sus efectos, su causa cesa; si el acto o hecho causales son ilícitos, por ser contrarios a la ley, a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1467 inciso 3° del CC.), la causa de la prenda es ilícita. Lo anterior significa que la causalidad de la prenda y su accesoriedad son dos modos de estudiar la misma cuestión.

<sup>52</sup> Véase, más arriba, el cap. VII, 3.

b) Aun es necesario discutir otro aspecto que asume aparente causalidad en la convención prendaria, cuando ésta es celebrada para garantizar obligaciones de terceros, vale decir, ajenas al pignorante. En tal caso, la causa de la convención es la misma antes descrita; pero la convención prendaria se ve envuelta en una relación que es necesario examinar.

El pertinente análisis comienza por indagar la operación que explica por qué alguien celebra una convención prendaria en garantía de obligaciones ajenas. En tal caso, la respuesta puede ser:

- i) porque el deudor le encomendó la constitución de una prenda en su beneficio, y se trata de un mandato entre el deudor, como mandante, y el tercero-pignorante, como mandatario;
- ii) por que éste asumió espontáneamente caucionar con prenda la obligación de un tercero, y se trata de una gestión de negocio ajeno, que se traba entre el pignorante, como agente oficioso, y el deudor, como interesado en el negocio gestionado;
- iii) porque el tercero-pignorante quiere donar condicionalmente al deudor caucionado, constituyendo prenda por alguna obligación suya con renuncia a la acción de reembolso del importe perdido por él si llega el caso de tener que pagar la obligación caucionada para liberar la prenda o tener que sufrir su realización; caso en el cual la donación queda formada entre el pignorante, como donante, y el deudor, como donatario;
- iv) porque el tercero-pignorante quiere acreditar condicionalmente al deudor caucionado, constituyendo prenda por alguna obligación suya con pacto de aplazar el ejercicio de la acción de reembolso del importe perdido en los mismos eventos precedentemente indicados, a un término posterior al pago o a la realización; caso en el cual la relación crediticia queda formada entre el pignorante, como acreedor, y el deudor de la obligación caucionada por aquél, como deudor suyo del dicho importe;
- v) porque el tercero-pignorante quiere satisfacer lo que debe al deudor por quien cauciona, pagando en su momento la deuda caucionada para liberar la prenda o sufriendo su realización, de modo que el importa de lo pagado o el valor perdido de la prenda ejecutada se imputen a la dicha deuda, que entonces queda extinguida como por pago.

En todos estos casos, el pignoratario es completamente ajeno a la operación explicativa de que el pignorante celebre una convención prendaria con él, dirigida a caucionar cierta obligación, no propia, sino de un tercero, deudor del pignoratario; el cual hasta puede ignorar la existencia de tal operación. Por consiguiente, ni el pignorante ni el deudor caucionado por él pueden oponer, a modo de acción ni excepción, nada emanado de esa

Artículos de doctrina

205

Artículos de doctrina

206

operación al pignoratario. Lo contrario es entre el pignorante y el deudor caucionado, partícipes de la operación, que entonces se la pueden oponer entre sí. Por consiguiente, cabe decir que las cinco operaciones antes descritas, aunque explican la prenda, la explican entre el pignorante y el deudor caucionado por aquél y no con respecto al pignoratario; así que no puede decirse que sean causa de la prenda, atendida la incongruencia de partes que se da entre los intervinientes en tales operaciones y los intervinientes en la convención prendaria misma.

#### IX. EFECTOS DE LA CONVENCION PRENDARIA

a) El primer efecto esencial de la convención prendaria es hacer posible la constitución del derecho real de prenda sin desplazamiento, merced a la inscripción de la misma en el Registro de Prendas sin Desplazamiento (artículos 24 y 25). El pignorante no está obligado él mismo a hacer tal inscripción ni ella es inmediata carga del pignoratario. Como ya quedó advertido, operar la inscripción es un deber de oficio cooperativo del notario ante quien se otorgó la escritura pública de la convención o que autorizó las firmas del instrumento privado que lo contiene y del Servicio del Registro Civil e Identificación, a cuyo cargo está la administración del aludido Registro. Al primero compete el deber de remitir al segundo una copia autorizada de la convención de prenda, de su modificación o su alzamiento (resciliación) y una copia de los documentos en que consten las obligaciones garantizadas que se hubieren protocolizado en su registro, si éstas no estuvieren indicadas precisamente en la convención de prenda, dentro del plazo de tres días hábiles, exceptuados los días sábado, contado desde la fecha de suscripción de la escritura pública en que consta la convención o, tratándose de instrumentos privados, desde su fecha de protocolización (artículo 24 inciso 1º). Al segundo compete el deber de ejecutar la inscripción (artículo 28 inciso 3º). Sólo si el notario omite cumplir su oficio de remitir copia de la convención al Servicio del Registro Civil e Identificación, el interesado, vale decir, el pignoratario, podrá concurrir directamente a éste y obtener la inscripción (artículo 24 inciso 3 último segmento); lo cual no es, por cierto, una obligación suya, sino tan sólo, como quedó anticipado, una carga.

b) El segundo efecto esencial de la convención prendaria es hacer responsable al pignorante por la culpa grave en la conservación de la cosa pignorada (artículo 18), desde que aquélla quede perfecta. Se observará, pues, que tal responsabilidad no empieza con la inscripción de la convención, que dé origen al derecho real, mas con la convención misma. Si, en consecuencia, las cosas empeñadas perecen o se deterioran por culpa grave

del pignorante antes que la convención haya sido inscrita, de todos modos aquél responde al pignoratario.

Conviene mucho tener presente que esta responsabilidad desaparece en el caso de la pignoración de conjuntos de cosas o universalidades de hecho, cuando las partes se abstuvieron de pactar que el pignorante no pudiese utilizar, reemplazar, transformar o enajenar sus componentes (artículos 11 inciso 1 y 18 inciso 1º, segmento final). Esta última norma, en efecto, descarga de responsabilidad al pignorante si éste haya procedido “legítimamente” conforme con el artículo 11. En lo civil, eso significa que no haya transgredido a algún acuerdo prendario, como aquéllos permitidos por los artículos 11 inciso 1º parte final, en orden a no utilizar, reemplazar, transformar o enajenar absolutamente; 17, en orden a no enajenar o gravar; o 19, en orden a una utilización especificada en la convención.

c) Supuesta la convención prendaria, si le fueron añadidos todos o algunos de los convenios tipificados por la ley –que estudiaremos con detalle más adelante<sup>53</sup>– o cualesquier otros no tipificados que las partes concibieron, con la perfección de la dicha convención esos convenios empiezan a producir su efecto de inmediato, en cuanto sea posible o aplicable, sin necesidad de esperar la inscripción de la convención. Ya hemos advertido que las sujeciones impuestas por tales convenios al pignoratario no pueden atribuirse a la convención prendaria misma; pero es evidente que no pueden producir su efecto sin ella. La convención a su respecto es, pues, condición o presupuesto, no fuente.

Por otra parte, tales sujeciones –como también fue adelantado– no son prestaciones obligacionales, sino cargas del pignorante: cuando éste transgreda los convenios de que tratamos, el acreedor no puede exigir su cumplimiento o pedir indemnización de perjuicios, sino sólo acelerar la deuda y realizar la prenda. Únicamente en el caso en que la transgresión hubiera importado una disminución o la extinción de la garantía, como fuere el caso en que, habiéndose pactado en la convención que la cosa empeñada no fuese usada más que de una manera especificada (segmento segundo del artículo 19), y el pignorante la utilizara con culpa grave de otra que la destruye o deteriora severamente, puesto que entonces no podrá haber realización o el precio de venta que se obtenga será inferior al que se obtendría de haber permanecido sana la cosa, el acreedor queda en condiciones de demandar la indemnización de la diferencia y sólo de ésta<sup>54</sup>. Nada de lo cual está dicho en la ley; pero se deduce de las reglas generales sobre incumplimiento de las convenciones.

<sup>53</sup> Véase el cap. XI.

<sup>54</sup> Vale decir, no puede demandar el lucro cesante, porque la prenda sana no lo garantizaba; a menos que el lucro cesante derive del proceso posterior a la pérdida o deterioro.

Artículos de doctrina

207

Artículos de doctrina

208

Se tendrá presente que, en estos casos es aplicable a la prenda sin desplazamiento lo dispuesto por el artículo 1496 del CC. en el segmento segundo de su N° 2:

“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”.

Queda, pues, consentido al deudor desacelerar la deuda, esto es, reclamar el beneficio del plazo original, si renueva o mejora la garantía disuelta o menoscabada<sup>55</sup>.

d) Algunos de los delitos prendarios previstos en el título 7º de la ley, pueden cometerse inmediatamente de perfeccionada la convención prendaria, esto es, aun antes de inscribirse; con mayor razón después.

El artículo 39 dice:

“Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 473 del Código Penal: / 1) El que defraudare a otro disponiendo de las cosas constituidas en prenda en conformidad a esta ley, sin señalar el gravamen que las afecta o constituyendo prenda sobre bienes ajenos como propios [...] / 2) El deudor prendario y el que tenga en su poder la cosa constituida en prenda en conformidad a esta ley que, defraudando al acreedor prendario, la altere, oculte, sustituya, traslade o disponga de ella, y / 3) El deudor prendario que, tratándose de prendas de créditos o de cualquier otra clase de derechos constituidos en prenda en conformidad a esta ley, defraude al acreedor prendario, ocasionando la pérdida o el menoscabo de los derechos otorgados en garantía”.

En este momento interesa destacar la ya enunciada proposición, en orden a que la posibilidad de comisión de estos delitos empieza con la perfección de la convención. En el N° 1 se dice: “las cosas constituidas en prenda” y “constituyendo prenda sobre bienes ajenos” –la primera expresión se repite en el N° 3 con respecto a los derechos–, y las cosas y derechos se constituyen en prenda precisamente en la convención, como dice su definición del artículo 1. El deudor prendario, a que se refiere los N°s 2 y 3, lo es merced a la convención, no a la constitución del derecho real.

<sup>55</sup> Véase un caso en que lo señalado en esta norma no es posible, más adelante, en el cap. XI, 10, d).

Por lo demás, es del todo correcto que se proteja al pignoratario y a terceros contra las defraudaciones provenientes del pignorante, ya desde la convención sin esperar a la constitución del derecho real, porque aquéllas pueden ser cometidas desde entonces. El pignorante, antes de inscribirse la convención, podría, por ejemplo, ocultar o destruir lo que empeño en aquélla. ¿Por qué la ley hubiera de haber dejado impune semejante conducta?

X. EXTINCIÓN DE LA CONVENCION PRENDARIA

1. En esta materia debemos distinguir entre la extinción de la convención prendaria, la de las obligaciones que accidentalmente pueden acceder a aquélla y la del derecho real de prenda. Ahora sólo nos interesa la extinción de la convención sola y como tal, que opera en estado puro o aisladamente cuando el derecho real aún no ha sido constituido. Tal acaece por:

- i) el mutuo disenso o resciliación, que la ley denomina “alzamiento” y debe someterse a las mismas formalidades prescritas para la convención, a saber, o escritura pública o instrumento privado, caso en el cual las firmas de sus otorgantes deben ser autorizadas por un notario y el instrumento debe ser protocolizado en el registro del mismo notario que autorizó las firmas (artículo 2);
- ii) la confusión de las calidades de pignorante y pignoratario en una misma persona (artículo 2406 inciso 2° del CC.);
- iii) el evento de la condición resolutoria expresa que haya podido someterse la convención prendaria (artículo 1567 N° 9 y título 4° del libro IV del CC., en lo aplicable)<sup>56</sup>;
- iv) el cumplimiento del plazo resolutorio que las partes hayan acordado para la eficacia de la prenda;
- v) pasar el dominio de la cosa empeñada al pignoratario (artículo 2406 inciso 2° del CC.);
- vi) perder su dominio sobre la cosa empeñada el pignorante, merced al cumplimiento de la condición resolutoria que lo afectaba (artículo 2406 inciso 3°);
- vii) cesión de un crédito garantizado con prenda especial sin desplazamiento, cuando en el Registro de Prendas sin Desplazamiento no consten el crédito garantizado ni de la posibilidad de cesión de la prenda (artículo 38);
- viii) la novación del crédito garantizado, sin reserva de su prenda como caución de la nueva obligación (artículo 1642 del CC.);

<sup>56</sup> Ya que nada impide que sus partes le inserten tal condición.

Artículos de doctrina

209

Artículos de doctrina

210

- x) la destrucción completa de la cosa pignorada por caso fortuito o fuerza mayor (título 19° del libro IV del CC.);
- x) la renuncia a inscribir la convención prendaria formulada por el pignoratario (que equivale a la remisión de la prenda) y
- xi) la nulidad de la convención.

Por cierto, puede acaecer que estas causas de extinción operen también como tales con respecto a las obligaciones prendarias accidentales, cuando existan merced a acuerdos anexos a la convención misma, y al derecho real, desde que quede constituido; pero eso pertenece a otro estudio.

2. Cabe indagar si la prescripción afecta a la convención prendaria perfecta, pero aún no inscrita, de modo que el transcurso del tiempo fijado para aquélla impida la inscripción. Ya quedó recordado que ejecutar la inscripción es un deber de oficio que afecta al notario ante quien se otorgó la escritura pública o el instrumento privado cuyas firmas autorizó y luego protocolizó y al Servicio del Registro Civil e Identificación (artículo 24). Proceder a la inscripción no es, pues, una prestación del pignorante, por cuya omisión pueda ser demandado; así que no cabe pensar en una eventual excepción de prescripción suya contra el pignorante.

Si el notario o el Servicio del Registro Civil e Identificación no cumplen con su deber, el pignorante puede exigir la inscripción a dicho Servicio (artículo 24 segmento final). Y en cualquier caso en que la inscripción sea denegada por el Servicio, el perjudicado con la negativa, que normalmente es el propio pignoratario, tiene expedita una acción ante la justicia ordinaria para solicitarle que ordene al Servicio ejecutar la inscripción denegada (artículo 28 inciso 4°). Ahora bien, puede ocurrir que el pignoratario omita ejercer durante el plazo de prescripción sus recursos dirigidos a obtener la inscripción; y se pregunta si en tal caso podría el pignoratario alegar la prescripción al menos por vía de acción entablada para que se declare aquélla. La respuesta es negativa, porque en el Derecho Privado chileno no existe la prescripción derivada del no ejercicio de una carga, que no constituye propiamente cierta obligación exigible. El pignorante no tiene ninguna obligación –a lo más un interés, de donde la carga– de hacer inscribir; en consecuencia, no se le podría oponer una prescripción cuando instara por aquélla.

XI. CONVENIOS OPCIONALES EN LA CONVENCION PRENDARIA

En la convención prendaria, sus partes pueden adoptar los convenios de objeto posible, determinado y lícito que quieran, en ejercicio de la general libertad contractual que acuerdan las leyes civiles. Pero la ley de prenda

sin desplazamiento ha tipificado ciertos convenios para la convención de prenda sin desplazamiento, aunque no como necesarios o forzosos, sino como voluntarios.

1. *Convenio de limitación de la garantía prendaria*

El artículo 3 N° 4 describe una de las menciones que la convención prendaria “deberá contener” con las siguientes palabras: “La suma determinada o determinable a la que se limitare la prenda o la proporción en que debiere caucionar diversas obligaciones, si fuere el caso”.

a) El tenor literal de la norma hace creer, aunque levemente, que su sentido es que las partes deban mencionar, bien una suma determinada o determinable a la que se limitare la prenda, bien una proporción en que la prenda deba caucionar diversas obligaciones, según fuere el caso; de modo de estar forzadas a escoger.

Que tal no es un dilema ofrecido por la disposición –el cual fuere muy anómalo, porque obligaría a limitar la prenda en todo caso– lo muestra la historia de su formación textual.

En el “Mensaje” del Ejecutivo, el tenor literal de la norma prevista como artículo 3 N° 4 era el siguiente: “El contrato de prenda debe contener, a lo menos, las siguientes menciones: / [...] 4) La suma determinada a la que se extiende la prenda en el caso de haberse limitado a una cantidad”<sup>57</sup>. Resulta claro aquí que el mandato de mencionar la suma determinada a la que se extiende la prenda sólo rige en el caso de haberse limitado a una cantidad la garantía de la prenda acordada en él; y va de suyo que si las partes no acordaron limitarla a cierta suma, nada tienen que mencionar; ni siquiera el hecho de haber expresamente acordado la ilimitación; así que no se trata de un mandato absoluto, sino condicionado o hipotético. De acuerdo con esto, el proyecto concedía la facultad de limitar la garantía prendaria a una suma determinada, mas, por cierto, no obligaba a limitarla; y dejaba abierta la posibilidad de que las partes guardaran silencio al respecto, caso en el cual tendría que producirse el efecto, por lo demás normal, de una prenda con garantía a toda la deuda.

La Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados modificó el texto original de la disposición, que devino en el siguiente artículo 3 N°: “El contrato de prenda debe contener, a lo menos, las siguientes menciones: / [...] 4) La suma determinada o determinable a la que se limitare la prenda,

Artículos de doctrina

211

Artículos de doctrina

212

si fuera el caso”<sup>58</sup>. La expresión “si fuera el caso” reemplazó a la anterior: “en el caso de haberse limitado a una cantidad”; pero con su mismo sentido, aun cuando el condicional queda, incluso, reforzado por el empleo de la preposición ‘si’. Su sentido es, pues, que debe mencionarse la suma sólo si es el caso de haberse acordado la limitación.

El texto finalmente promulgado del N° 4 hubo de ser definido en la Comisión de Hacienda del Senado, que lo redactó de esta manera: “El contrato de prenda debe contener, a lo menos, las siguientes menciones: / [...] 4) La suma determinada o determinable a la que se limitare la prenda o la proporción en que debiere caucionar diversas obligaciones, si fuere el caso”<sup>59</sup>. En esa comisión, a la posibilidad de limitar la prenda a una suma determinada o determinable, se añadió la de limitarla según una “proporción”. La expresión “si fuere el caso” (como se ve, se varió la forma verbal), que venía como se vio, desde antes, y que entonces regía en función condicional una única posibilidad, ahora rige dos, en la misma función; así que la norma quiere decir que si es el caso que las partes acordaran limitar la prenda según una suma determinada o determinable, o si es el caso que acordaron limitarla según una proporción, deben mencionarlo. Para un tercer caso, que es el que las partes no hayan acordado limitar de ninguna manera la prenda, no se exige mención alguna. Porque, de hecho, en esta materia las alternativas supremas son limitar la prenda o no limitarla. Pero fijar una suma determinada o determinable o fijar una proporción en función limitadora de la prenda son, en cambio, subalternativas del primer extremo de la alternativa suprema. Ahora bien, esta última no está regulada en la ley, que sólo trata de la subalternativa. Así que resulta ser claro, como ya desde el principio, que las partes son libres para limitar o no limitar la prenda y que no están obligadas a pronunciarse sobre el punto, porque su silencio implica que la prenda actúa normalmente, como garantía ilimitada con respecto a toda la deuda. Sólo si acuerdan limitarla deben señalar el modo de la limitación, a saber, por fijación de una suma determinada o determinable o por indicación de una proporción. Por consiguiente, este tema pertenece al de los pactos opcionales de la convención prendaria; y el contenido del N° 4 del artículo 3, que señala lo que la convención debe contener, está mal localizado ahí.

b) En principio, la prenda sin desplazamiento garantiza el monto de la deuda, que comprende el capital y sus intereses, y de los gastos y costas de la realización (artículo 15, cfr. artículo 2402 del *CC*); y en tales rubros aquélla

<sup>57</sup> “Mensaje presidencial”, en *Historia de la ley N° 20.190*. Biblioteca del Congreso Nacional, 5 de junio de 2007, en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20190/HL20190.pdf>, pp. 69-70.

<sup>58</sup> “Primer informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputado”, en *Historia de la ley N° 20.190*. Biblioteca del Congreso Nacional, 5 de junio de 2007, en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20190/HL20190.pdf>, p. 775.

<sup>59</sup> *Op. cit.*, p. 1.029.

encuentra su limitación natural por así llamarla: garantiza todo el monto dicho, pero nada sobre él, porque cualquier exceso para el cual se concediera prenda, que sería no debido, haría que ésta dejara de ser accesorio<sup>60</sup>.

La misma limitación encuentra la garantía hipotecaria (artículos 2424 y 2402 del CC.). Pero en ésta, el artículo 2431 inciso 1° del CC. abrió la posibilidad de que su garantía quede limitada a cierta suma determinada: “La hipoteca podrá limitarse a una determinada suma [...]”. La ley N° 20.190, como se ve, extendió tal posibilidad a la prenda, con respecto a la cual, cuando es con desplazamiento, no está considerada en el *Código Civil*; y la amplió al caso de una suma “determinable”<sup>61</sup>. Igual que en la hipoteca, en la cual, por cierto, no existe ningún deber sino una mera facultad de limitar la garantía (“podrá limitarse”), la disposición del artículo 3 N° 4 supone implícitamente –como ya ha quedado suficientemente demostrado– una libertad de las partes para limitar o no limitar la garantía prendaria. En consecuencia, no necesitan decir nada al respecto; sólo que si guardan silencio, entonces la prenda contraída garantiza el “total del monto del crédito, incluidos los intereses, gastos y costas, si los hubiere”, como expresa el artículo 15; lo cual corresponde a la extensión normal y natural de la garantía prendaria, ya según el artículo 2402 del CC.<sup>62</sup>.

c) Así que la ley admite convenir una “limitación” a la garantía prendaria, que entonces podemos denominar convencional; y consiste en la subalternativa de fijar

- i) una suma determinada o determinable o, bien,
- ii) una proporción en que la prenda deba caucionar diversas obligaciones. La finalidad de la limitación es que la garantía prendaria cubra al menos que lo finalmente debido<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> El punto no tiene nada que ver con la prenda en garantía general ni de deudas de monto indeterminado, para las cuales sigue siendo cierto que la garantía sólo cubre lo debido y ningún exceso indebido.

<sup>61</sup> Aunque no debe quedar excluido que la voluntad de las partes pueda limitar la garantía hipotecaria también a una suma determinable. Al revés, el artículo 2431 del CC. no conoce la limitación de la garantía hipotecaria según cuotas de la obligación garantizada. Pero, en realidad, nada impide que sus partes establezcan semejante modo de limitación a la hipoteca.

<sup>62</sup> Esta disposición dice que del precio de venta de la prenda se deben pagar los “costos”; el artículo 15 dice, en cambio, que los “gastos y costas”. Con la última expresión alude a las costas procesales y personales; con la primera, a las demás expensas de la realización (por ejemplo, los honorarios del martillero). Así que la genérica expresión ‘costos’ del *Código Civil* cubre las más específicas de “gastos y costas” de la ley.

<sup>63</sup> Por ello es limitación. Sin embargo, la limitación, mirada en términos cuantitativos o numéricos, inicialmente puede aparecer como superior al monto del capital de la obligación, como si se dice que la garantía queda limitada a 1.500 en circunstancias que la deuda es de 1.000. Por cierto, si en el momento de la realización la deuda permanece en ese monto, sólo éste es el que puede exigir como pago el acreedor. En eventos como ése, la limitación

Artículos de doctrina

213

Artículos de doctrina

214

Ello significa que cualquiera haya sido el precio de la cosa pignorada obtenido en la subasta por sobre la suma determinada o determinable o por sobre la suma que equivalga a la cuota de la obligación, fijadas como límite, hay que liquidar el interés del acreedor lo mismo que si se hubiera vendido precisamente en esa suma determinada o determinable o en una suma igual a la proporción, establecidas como límite, sobre las cuales sumas, pues, se aplica lo dispuesto por el artículo 15 de la ley. En consecuencia, el excedente del precio de venta por sobre la limitación, cualquiera que sea el modo en que se la estableció, debe ser entregado al pignorante.

La limitación y sus modos de fijarse son igualmente aplicables a la prenda en función de garantía especial, sea una, sean varias las obligaciones caucionadas; y a la prenda en función de garantía general. Cuando hay varias obligaciones caucionadas, esos modos pueden combinarse, de guisa que, con respecto a una obligación, la limitación consista en una suma determinada o determinable; y con respecto a otra, en una cuota de sí misma.

d) El tenor literal del segundo segmento del N° 4 del artículo 3 es ambiguo: “proporción en que [la prenda] debiere caucionar diversas obligaciones”. Es ambiguo, pero no oscuro o ininteligible. Envuelve dos posibilidades:

- i) la fijación de una proporción a partir de la obligación caucionada y significa limitación a una cuota de ella (limitación *pro parte crediti*); y
- ii) la fijación de una proporción a partir de la cosa pignorada, y ahora significa limitación a una cuota de ésta (limitación *pro parte rei*).

Sendos ejemplos aclararán estos conceptos. Frente a dos obligaciones caucionadas en la convención prendaria, las partes pueden, por ejemplo, decir que la prenda garantiza la mitad de una de ellas y dos tercios de la otra, y han limitado la prenda *pro parte debiti*. Lo cual significa que cualquiera sea el monto del precio de venta de la cosa pignorada obtenido en la licitación, el acreedor consigue de él no más que la mitad del monto de una obligación y no más que dos tercios del de la otra. Si ahora suponemos que las partes declaran afectar un tercio de cierto automóvil como garantía de una obligación y un cuarto del mismo automóvil como garantía de la otra, la limitación ahora es *pro parte rei*; y significa que cualquiera sea el precio de licitación, un tercio del mismo debe destinarse a pagar una obligación y un cuarto a pagar la otra. Las cuotas involucradas en este modo de limitación son, por cierto, *pro indiviso*, y no *pro diviso* (la mitad física de la derecha o de la izquierda del automóvil o, bien, anterior o posterior).

a una suma superior al capital contiene una cautela frente a los crecimientos normales que suelen sufrir las deudas por los intereses y también frente a los costos de la ejecución, ya que los montos de estos dos últimos rubros no pueden conocerse de antemano; así que la limitación ha de operar al final, cuando el capital, los intereses y los costos determinados en la ejecución excedan los 1.500 a que, en el ejemplo, se limitó la hipoteca.

Hay empero una diferencia entre fijar un monto determinado o una cuota de la obligación o de la cosa como límite. En el primer caso, la limitación comprende el capital, los intereses, los gastos y las costas, el pago por todos los cuales rubros no puede exceder el monto determinado. En el segundo, en cambio, la cuota limitativa cubre la suma del capital, los intereses, los gastos y las costas, y la parte del precio resultante de aplicarle la cuota definida es la que limita en concreto el pago. Ambos procedimientos pueden conducir a resultados diferentes. Supóngase que la garantía de una prenda de cierta obligación de mil es limitada a quinientos; y que el capital, los intereses, los gastos y las costas montan a mil doscientos. Este modo de limitación implica que sólo quinientos deben destinarse a todos esos rubros. Supóngase ahora que la limitación queda establecida en la mitad de la misma deuda; caso en el cual hay que destinar seiscientos del precio al pago del capital, los intereses, los gastos y las costas, porque tal suma es la mitad de la deuda, que asciende a mil doscientos. En una hipótesis, por ende, el acreedor percibe menos que en el otro.

Nada impide que las partes varíen los efectos antes explicados de cada modo de limitación. Es decir, podrían ellas fijar una suma determinada o determinable como limitación, con expresión de que ella sólo se aplica, por ejemplo, al capital, o a los intereses o a los costos. En tales casos, la limitación vale para el rubro expresado, así que los no expresados deben cubrirse totalmente con el excedente del precio por sobre la limitación (si alcanza, por cierto). A la inversa, también pueden fijar una cuota limitativa para determinado rubro y no para otros; y entonces la cuota se aplica al total del rubro expresado, el cual se paga con la suma concreta que tal aplicación arroje; y los restantes rubros se pagan en su totalidad.

e) El artículo 2431 del *CC.*, que en su segmento primero reconoce, como vimos, la posibilidad de limitar la garantía que ofrece la hipoteca a una suma determinada, añade, en su segmento segundo: “[...] pero no se extenderá [sc. la hipoteca] en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado”. La norma contenida en esta frase, cuyo sujeto es “la hipoteca”, se aplica, en términos absolutos (“en ningún caso”) a ella, sea que se la haya limitado o no<sup>64</sup>; y contiene la que podríamos considerar como una limitación legal de la hipoteca, que esa norma fija en el doble del importe conocido o presunto de la obligación principal. El inciso 2 del artículo 2431 concede un derecho de reducción de la garantía hipotecaria al deudor. Ahora bien, lo que en este momento importa señalar es que la ley de prenda sin desplazamiento, aunque recogió de la hipoteca la posibilidad de una limitación convencio-

<sup>64</sup> Con todo, el alcance de la disposición ha sido objeto de discusión; véase en: MERY BERISSO (n. 34), N° 153-157, pp. 305-312.

Artículos de doctrina

215

Artículos de doctrina

216

nal para aplicarla a la garantía prendaria, no adoptó la figura contenida en el segmento segundo del inciso 1° del artículo 2432 del *CC.*, en orden a también limitar legalmente la garantía prendaria en la forma ahí establecida o en otra. Como, por otra parte, tampoco existe una limitación semejante en materia de prenda civil ni comercial, es consiguiente que, en materia de prenda sin desplazamiento, limitación legal de su garantía no haya, ni por analogía ni merced a un inexistente Derecho subsidiario sobre el punto.

f) Si ocurriere que las partes acuerden limitar la garantía prendaria sin señalar la modalidad de la limitación, merced a la fijación de una suma o de una proporción, tal incompleta cláusula no vale por falta de objeto, sin que, empero se afecte el resto la convención.

## 2. Convenio de no repignoración

En principio, la cosa entregada en prenda civil o mercantil no puede ser repignorada a otro, porque no es posible entregarla al nuevo pignoratario destinado; a lo más podría pensarse en aplicar analógicamente el esquema previsto por el artículo 2404 del *CC.*, y sin efecto forzoso para el pignoratario que tiene la prenda; vale decir, cuando los tres interesados están de acuerdo. Pero en la prenda sin desplazamiento (lo mismo que en la hipoteca) dogmáticamente no existe el mismo impedimento para imponer nuevas prendas a la cosa que ya una vez fue empeñada. El pignorante, en efecto, podría tener interés en constituir una nueva prenda de aquella clase sobre el bien antes pignorado a alguien; o darlo en prenda con desplazamiento si es ello posible atendida la naturaleza del objeto. En principio esta posibilidad es indiferente para el primer pignoratario, quien mantiene incólume su derecho real de persecución y su preferencia frente a terceros. Por consiguiente, la ley deja amplio margen a que las partes decidan sobre esta posibilidad, a diferencia de la opción adoptada en otras leyes prendarias en que ha prohibido la repignoración sin consentimiento del acreedor<sup>65</sup>.

Frente al punto, las partes pueden asumir las siguientes actitudes en la convención:

a) Guardar silencio sobre la materia; y en tal caso rige el artículo 16, que expresa: “Se podrá constituir una o más prendas sobre un mismo bien [...]”. Así que, en efecto, el pignorante puede imponer cuantas sucesivas prendas sin desplazamiento quiera a la cosa precedentemente pignorada. Pero se observará que la norma, en realidad, no distingue clases de prendas;

<sup>65</sup> Véanse los artículos 17 de la ley N° 4.097, sobre prenda agraria, 10 de la ley N° 4.702 sobre compraventa de cosas muebles a plazo con prenda de las mismas y 18 de la ley N° 18.112 sobre prenda sin desplazamiento.

así que la repignoración autorizada atañe a todas las posibles. Cuando la ley entre en vigor, cualquier cosa ya pignorada sin desplazamiento podrá admitir sucesivamente la civil y la mercantil con desplazamiento; y, según el tipo de cosa, otras especiales, como la de mercaderías depositadas en almacenes generales de depósito.

Por cierto, ello implicará conflictos de prelación entre las prendas sucesivamente constituidas. El artículo 15 confiere la preferencia del artículo 2474 del CC. (y debe entenderse que la remisión es al N° 3 de ese artículo) a la prenda sin desplazamiento:

“El acreedor prendario tendrá derecho a pagarse, con la preferencia establecida en el artículo 2474 del Código Civil, del total del monto del crédito, incluidos los intereses, gastos y costas, si los hubiere. Este privilegio se extenderá, además, al valor del seguro sobre la cosa dada en prenda, si lo hubiere, y a cualquier otra indemnización que terceros deban por daños y perjuicios que ella sufriere”.

Por su lado, el artículo 16, junto con autorizar, según ya vimos, la constitución de prendas sucesivas sobre un mismo bien, señala una prelación entre ellas, determinada por el orden cronológico de sus inscripciones: “[...] prefiriéndose por el orden cronológico de sus respectivas inscripciones en el Registro de Prendas sin Desplazamiento”.

De acuerdo con ello, si sobre una misma cosa se han constituido sucesivas prendas sin desplazamiento, el orden de prelación entre todas ellas queda determinado por el orden cronológico de las inscripciones de la correspondiente convención en el registro aludido por la norma. Esto no ofrece problemas especiales. Ellos podrían ofrecerse cuando una prenda sin desplazamiento concurre con otra sucesiva posible. Algunas leyes prendarias en actual vigor ofrecen criterios de prelación; pero ninguno la nueva ley, que ha de derogar aquéllas. Supóngase que alguien constituye prenda sin desplazamiento sobre una nave menor (o sea, menor de cincuenta toneladas) a un acreedor; que después la entrega en prenda civil o comercial a otro; y que se hace necesario ejecutar la garantía, ¿en qué orden se pagan ambos acreedores? Se puede pensar en que el pignoratario sin desplazamiento prefiera a aquél con desplazamiento o viceversa. Sobre el punto, al silencio de la nueva ley se añade que nada pertinente es posible encontrar en los *Códigos Civil* y de *Comercio*. Sin embargo, la solución se encuentra en la aplicación del mismo criterio adoptado en el artículo 16: el orden cronológico de la constitución del derecho real; así que, en el caso propuesto, la precedente prenda sin desplazamiento inscrita debe preferir a la posterior prenda con desplazamiento, porque la inscripción constituyó el derecho real de prenda sin desplazamiento antes que la

Artículos de doctrina

217

Artículos de doctrina

218

entrega constituyera el derecho real de prenda con desplazamiento. Este criterio debe adoptarse en cualquier caso en que no incida ley que señale un criterio de prelación.

De todos modos, este tema más que a la convención prendaria pertenece al derecho real, por lo cual no avanzamos más sobre él aquí.

b) Las partes también pueden acordar expresamente que la cosa pignorada ha de poder ser sujeta a posteriores gravámenes prendarios; y el efecto es el mismo que si hubieran guardado silencio.

c) Asimismo, pueden convenir en que la cosa pignorada no podrá ser sujeta a posteriores gravámenes prendarios. A este caso se refiere el artículo 17:

“Si se ha convenido que las cosas dadas en prenda no pueden gravarse o enajenarse, deberá mencionarse en el registro y su infracción dará derecho al acreedor para exigir la inmediata realización de la prenda, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido. El desposeimiento del adquirente se efectuará conforme al artículo 35, salvo en la situación prevista en el inciso tercero del artículo 25”.

En realidad, como se ve, la norma se refiere a temas más extensos, pues habla de la cláusula de no gravar, lo que incluye, por cierto, a la prenda de cualquier clase, pero también a otros gravámenes no prendarios como un usufructo, y la cláusula de no enajenar (“que las cosas dadas en prenda no pueden gravarse o enajenarse”). Pero limitemos nuestro actual examen sólo a los posteriores gravámenes prendarios.

Si las partes acuerdan que la cosa actualmente pignorada entre ellas no pueda pignorarse en el futuro “deberá mencionarse en el registro” dice la ley, lo cual significa que debe mencionarse en la inscripción que se practica en el registro. Pero, en realidad, hay una imprecisión en esta norma. El convenio de no repignoración debe manifestarse ya en la convención y, por ende, lo que la ley exige es que de él después haya de dejarse constancia en la inscripción, porque no podría acaecer que en esta última se dejara constancia de un convenio que no existe en la convención; y cuando así se hiciera, no se seguiría ninguno de los efectos que señala el artículo 17, porque de hecho no hubo declaración convencional al respecto. En síntesis, el pacto de no repignoración puede ser acordado en la convención, y cuando así haya ocurrido, de él debe dejarse constancia en la inscripción de aquél en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.

d) La transgresión de este acuerdo de no repignorar adoptado en la convención y mencionado en el dicho registro tiene una sanción típica: la que suele llamarse aceleración; esto es, la obligación caucionada sujeta a plazo

empieza a ser de plazo vencido y el deudor queda en mora, así que o paga seguidamente la deuda caucionada o el acreedor puede exigir la inmediata realización de la prenda en la forma ordinaria. Es lo que dice el artículo 17 antes transcrito. Se observará, pues, que la sanción no es ni la nulidad de la repignoración y ni siquiera su inoponibilidad. De lo que se sigue que el Registro Civil no debe negarse a inscribir la prenda posterior apoyado en el argumento de haber un pacto de no repignoración mencionado en la inscripción. Así que, no bien el anterior pignoratario realice la prenda, el posterior puede concurrir a pagarse sobre el precio de venta del objeto empeñado, una vez que el anterior resulte satisfecho en todo lo que tenga facultad de exigir sobre ese precio según el artículo 15; y si no la realiza (lo que está en su potestad hacer) la prenda posterior igual producirá su efecto en el futuro, vale decir, permitir participar en el sobrante del precio después que el precedente pignoratario resulte satisfecho.

e) Antes dijimos que no tiene valor la mención en la inscripción de una convención prendaria en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, en orden a no poderse repignorar un objeto ya dado en prenda, si eso no es reflejo de un pacto en tal sentido adoptado en la convención misma. Lo contrario sí es posible, a saber: que las partes hayan pactado la no-repignoración y que de este pacto no se haya dejado constancia en la inscripción, seguramente por error del oficial del Registro Civil, encargado de practicarla (artículo 28 inciso 3°). Aunque tal haya sido la causa, lo cierto es que la ley asigna un efecto al hecho de que el pacto de no repignoración establecido en la convención no haya sido mencionado en el registro.

Pero hay alguna dificultad en determinar cuál es ese efecto. Dos son posibles:

- i) que el acreedor en cuyo beneficio cedió el pacto no pueda exigir la inmediata realización de la prenda;
- ii) que sí pueda, pero que ese pacto no sea oponible al acreedor posterior,

de modo que éste pueda pedir una indemnización de los perjuicios que le ocasionó la realización operada, consistentes en no haber podido satisfacerse por completo sobre la prenda (supuesto que en realidad no haya podido satisfacerse), precisamente debido a la preferencia del anterior pignoratario. Cierto es que este último igual hubiera tenido preferencia en el caso de haberse mencionado el pacto en la inscripción; pero también es cierto que, en tal caso, el segundo, en conocimiento de haber ya prenda, hubiera podido deliberar acerca de si aceptar a su riesgo una caución de grado ulterior, o de exigir otra caución mejor, o de no contratar la obligación principal; y estas tres posibilidades le quedaron vedadas por su desconocimiento del pacto de no repignoración, debido a no habérselo mencionado en la inscripción; de donde el resarcimiento dicho.

Artículos de doctrina

219

Artículos de doctrina

220

El tenor literal de la norma depone por la primera posibilidad. La norma dice: “Si se ha convenido que las cosas dadas en prenda no pueden gravarse o enajenarse, deberá mencionarse en el registro y su infracción dará derecho al acreedor [...]”. Se trata, no de la infracción del convenio sin más, sino de la del “convenio registrado”. Por lo demás, como ese convenio favorece e interesa al acreedor y perjudica a los terceros que eventualmente adquieran prendas posteriores a la de aquél, es del todo lógico que la ausencia de su mención en la inscripción pública lo perjudique a él y no a dichos terceros<sup>66</sup>. En otras palabras, la exigencia de mencionarse el pacto en la inscripción es un requisito de su oponibilidad precisamente frente a terceros.

En fin, cabe decir que el hecho de no haberse mencionado el pacto en el registro puede ser rectificado de oficio o a petición de parte interesada<sup>67</sup>.

### 3. Convenio de no enajenación o de no imposición de gravámenes no prendarios

- a) El artículo 2404 del CC. permite al pignorante:
  - i) vender la cosa empeñada y
  - ii) conceder a terceros un título oneroso para el goce o tenencia de la cosa empeñada;
 pero supedita la exigencia de ser entregada la cosa por el pignoratario, en cuyo poder está, al comprador o al tercero, a que uno u otro le pague o consigne el importe de la deuda que dicha cosa le garantiza<sup>68</sup>. No vemos razones para limitar la transferencia, con la letra de la ley, al sólo título de venta; así que la analogía permite extender la posibilidad a la enajenación

<sup>66</sup> Añádase que el acreedor puede instar para que se rectifique el error de no haberse mencionado el pacto en la inscripción, como le queda expedito merced al artículo 26 inciso 2°, que se transcribe en la nota siguiente. En este caso, el acreedor es ciertamente el interesado aludido en esa norma.

<sup>67</sup> Artículo 26 inciso 2°: “[...] de oficio o a requerimiento de cualquier interesado y dentro de un plazo de diez días hábiles, exceptuados los días sábado, a contar de la fecha de la inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, éste podrá rectificar los errores manifiestos en que se pudiere haber incurrido al practicarse la anotación. Con todo, la fecha de la constitución del derecho real de prenda será siempre la de su inscripción original”. En este caso el acreedor es ciertamente el interesado aludido en la norma.

<sup>68</sup> Artículo 2404 del CC: “[Inc. 1°] 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. [Inc. 2°] Se concede igual derecho a la persona a quien el deudor hubiere conferido un título oneroso para el goce o tenencia de la prenda. [Inc. 3°] En ninguno de estos casos podrá el primer acreedor excusarse de la restitución, alegando otros créditos, aun con los requisitos enumerados en el artículo 2401”.

por cualquier otro título diferente y aun a la transmisión por legado<sup>69</sup>. No es posible, en cambio, superar la limitación al sólo título oneroso, en el caso del número ii), de modo de tenerse que decir, por injustificado que sea, que el pignorante no puede conferir la cosa empeñada merced a un título gratuito como, por ejemplo, en comodato.

De acuerdo con esto, el pignorante de la cosa empeñada con desplazamiento puede enajenarla, gravarla con derechos reales constituidos a título oneroso que den tenencia, uso o goce a terceros, como un usufructo, y obligarla a título oneroso con derechos personales que también les den tenencia, uso o goce, como en arrendamiento o sociedad.

Estas reglas sufren modificaciones en la prenda sin desplazamiento. El artículo 17 dice: “Si se ha convenido que las cosas dadas en prenda no pueden gravarse o enajenarse [...]”. La norma supone que si nada se ha convenido, la cosa empeñada puede ser objeto de enajenación o gravamen. Las modificaciones, por consiguiente consisten en esto:

- i) que ahora se habla de “enajenación” y no sólo de venta; así que no hay necesidad de recurrir a ninguna analogía para admitir que la cosa pignorada sin desplazamiento puede ser transferida a cualquier título gratuito u oneroso y no sólo vendida;
- ii) que se habla de “gravar” sin discriminación de si el gravamen es a título gratuito u oneroso.

En el resto, sigue aplicable la tercera posibilidad que concede el artículo 2404 del CC., a saber: la de poder obligar la cosa a título oneroso con derechos personales que también den su tenencia, uso o goce, como en arrendamiento o sociedad.

Por consiguiente, el pignorante puede:

- i) enajenar a cualquier título la prenda;
- ii) gravarla también a cualquier título y
- iii) obligarla, como se dijo, a título oneroso con derechos personales que también les den tenencia, uso o goce.

b) Sin embargo, la ley permite que las partes pacten sobre estos particulares. Las posibilidades son tres:

- i) Guardar silencio sobre la materia, y en tal caso quedan expeditas las reglas precedentemente resumidas, en orden a poder enajenar, gravar u obligar a título onerosos la prenda el pignorante. Pero es sumamente importante que la ley haya vuelto a modificar al *Código*

<sup>69</sup> Ningún acto de enajenación de la prenda puede perjudicar al acreedor, atendido su derecho de exigir el pago de la deuda garantizada a aquél a quien deba ir la cosa merced a la enajenación, sea el comprador, sea el donatario, sea el copermutante, sea el acreedor a quien la cosa fue obligada a ser dada, etc.; así que, en efecto, no hay razón para limitar la posibilidad de transferencia al sólo título de venta.

Artículos de doctrina

221

Artículos de doctrina

222

*Civil* en cuanto a los efectos del respectivo acto. Como quedó dicho, para ese cuerpo legal el tercero que pretenda la entrega de la cosa por el pignoratario, tiene la carga de pagarle el importe de la deuda. No es tal el caso en la prenda sin desplazamiento, porque, estando la prenda en poder del pignorante, la puede entregar él directamente al tercero a quien la enajenó, gravó u obligó y no está dicho que el tercero tenga la carga de pagar al pignoratario antes de recibirla ni que el pignorante deba pagarle antes de entregarla al tercero. Sin embargo, el acreedor conserva intacto su derecho real de prenda para perseguir la cosa y realizarla.

- ii) Las partes podrían acordar expresamente que la cosa pignorada podrá ser enajenada, gravada u obligada a terceros por el pignorante; y, en tal caso, los efectos son los mismos que si hubieran guardado silencio.
- iii) En fin, podrían aquéllas pactar que la cosa no sea gravada, enajenada u obligada a terceros por el pignorante. Si tal pacto es mencionado en la inscripción de la convención en el Registro y es infringido por el pignorante, se acelera la deuda a plazo caucionada, que empieza a ser de plazo vencido, de modo que el deudor queda en mora, así que o paga seguidamente esa deuda o el acreedor puede exigir la inmediata realización de la prenda de acuerdo con las reglas generales.

Si el pacto no fue mencionado en la inscripción y el pignorante lo vulnera, no se pueden producir los efectos precedente descritos; y sólo se abre la posibilidad de que el acreedor reclame una indemnización al pignorante, si es que la transgresión del pacto le produjo algún perjuicio; lo que puede ocurrir, como cuando el tercero pierde o deteriora la cosa. Pero en ningún caso no ve menoscabado su derecho real de prenda para perseguir la cosa y realizarla.

c) Conviene recordar que quien dispone de las cosas pignorada sin dar a conocer el gravamen que la afecta al interesado, comete el delito previsto por el artículo 39: “Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 473 del Código Penal:/ 1) El que defraudare a otro disponiendo de las cosas constituidas en prenda en conformidad a esta ley, sin señalar el gravamen que las afecta [...]”. El delito se comete en cualquier caso, vale decir, sea que haya autorización para disponer, sea que no la haya. Así que, no bien este registrado el pacto de no enajenación, hay delito, supuesto que haya habido defraudación. Esto significa que si el interesado se enteró del pacto examinando el registro en donde consta dicho pacto, defraudación no puede haber, aunque el pignorante no lo haya dado a conocer.

4. *Convenio de fijación de cierto lugar donde deba mantenerse la cosa empeñada*

a) Por ser de una prenda que estatuye la ley N° 20.190, ella recae sobre muebles, los cuales, por definición, admiten ser transportados de un lugar a otro. La característica con que aquélla fue estatuida, por otro lado, es la del no desplazamiento de la cosa en caución, así que su constituyente conserva la tenencia, el uso y el goce de tal cosa, como dicen los artículos 1 y 18. Por consiguiente, el pignorante puede transportar la cosa pignorada desde y hacia donde quiera. Sin embargo, el pignoratario pudiere tener interés en que ella permaneciere estacionaria o inmovilizada en el interior de cierto lugar conocido, como manera de sustraerla a un eventual ocultamiento que impida la persecución, o para desfungibilizarla si es fungible, atendidas las propiedades en tal sentido que ofrece la localización<sup>70</sup>.

b) Ahora bien, la ley no ha impuesto ella misma el deber de fijar un lugar de localización de la prenda; y ha dejado el punto a la deliberación de las partes. Su artículo 19 dispone: “Si se ha convenido un lugar en donde deba mantenerse la cosa empeñada [...]”; así que las partes de la convención prendaria pueden fijar un tal lugar mediante un especial pacto añadido a la convención; pero no están obligadas a hacerlo. Las posibilidades, por consiguiente, son tres:

- i) Que guarden silencio sobre la materia; y en tal caso el pignorante, o el que tenga la cosa en su poder, son libres para localizarla dónde quieran, siempre que no cometan el delito previsto por el artículo 39 N° 2: “El deudor prendario y el que tenga en su poder la cosa constituida en prenda en conformidad a esta ley que, defraudando al acreedor prendario, la [...] oculte, sustituya, traslade o disponga de ella”. Con la prevención, además, que si la pérdida o deterioro de la prenda puede ser causal y culpablemente conectada con algún traslado, el pignorante ha de responder al pignoratario por el perjuicio que le irrogó, de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad contractual.
- ii) Que autoricen expresamente al pignorante a localizar la cosa donde quiera; y la situación, incluida la posibilidad del delito indicado, es igual a la del caso anterior.

<sup>70</sup> El trigo o el dinero, por ejemplo, son fungibles, así que la pérdida de las especies de granos de trigo o de los billetes, debidos en una cantidad determinada, que su deudor destinó al pago, no extingue la obligación y tal pérdida es a riesgo del mismo deudor; pero el trigo de silo N° 5 o el millón de pesos guardado en la gaveta izquierda de tal escritorio son infungibles, de modo que la pérdida del trigo del silo N° 5 o del millón de la gaveta dicha sí extingue la respectiva obligación y es a cargo del acreedor (arg. ex artículo 1112 inciso 2° del CC).

Artículos de doctrina

223

Artículos de doctrina

224

- iii) Que fijen un “lugar en donde deba mantenerse la cosa empeñada”; y en tal caso el convenio debe ser cumplido de modo que, como añade el segmento primero del artículo 19: “[...] ésta [sc. la cosa empeñada] no podrá trasladarse”.

El segmento final del mismo artículo señala la sanción de esta obligación de no hacer: “En caso de infracción a lo dispuesto precedentemente, el acreedor podrá exigir la inmediata realización de la prenda, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido”. La obligación a término caucionada se acelera, es decir, vence su plazo, el deudor incurre en mora y entonces, o paga de inmediato aquella obligación, o el acreedor puede exigir la realización inmediata de la prenda, de acuerdo con las reglas generales de esta figura. La ley no distingue entre prenda constituida por el deudor o por un tercero; así que, en este último caso, aun cuando haya sido quien pignoró lo propio por deudas ajenas el que incumplió el pacto, igual se produce la aceleración en los términos dichos. Tampoco exige culpa o dolo en el traslado. Dice: “no podrá trasladarse”; no dice algo así como: “no podrá ser trasladada por el constituyente”. Emplea términos objetivos e impersonales (“se”) que excluyen la alegación del caso fortuito o la fuerza mayor, e incluyen también el autotraslado de los semovientes, como cuando fue acordado que el ganado en prenda permaneciese en tal potrero, y las reses saltan las vallas y pasan a otro o se dispersan en el campo; incluso, si un accidente rompió los cercados y quedó permitido el tránsito de las reses a diversos lugares. Esta interpretación en sentido objetivo de la obligación de no hacer de que tratamos, aparte de dimanar de los términos legales, está exigida por su propia naturaleza: la prenda sin desplazamiento se presta al fraude contra el acreedor por el fácil y natural transporte de los muebles que son su objeto, el cual puede diluir la garantía, máxime si se trata de fungibles, sólo desfungibilizados por su localización acordada previamente en la convención, efecto ése que el transporte extingue. Si se admite, pues, alegar ausencia de culpa o dolo en el transporte, se abre paso a la siempre fácil simulación de accidentes que consintieron el transporte.

La prueba de no haber habido culpa o dolo en el resultado evita, en cambio, la comisión del delito del artículo 39 N° 2; y la indemnización de los perjuicios producidos al acreedor.

c) El artículo 19 prevé dos situaciones especiales. Puede acaecer que, habiéndose fijado en la convención un lugar donde deba mantenerse la cosa empeñada, algo de cualquier naturaleza haga necesario, provechoso o útil para la prenda o el pignorante su traslado a otro. La ley deja entregado el punto primeramente a la decisión de las partes de la convención: la prohibición de trasladar la prenda desde un lugar previamente convenido en la convención puede ser derogada o modificada “si el acreedor consiente”, dice el artículo 19. La ley mira el punto desde la perspectiva del acreedor y

asume que sea el deudor el interesado en el traslado. Para el caso de que el traslado sea beneficioso para la conservación de la prenda, y sólo para ese caso, se deja expedito que: “el tribunal competente del lugar de suscripción del contrato decreta su traslado [...] para su conservación”. Este recurso al tribunal en función de conservación de la cosa, puede ser intentado por el pignoratario si no obtuvo el consentimiento del acreedor; o por éste si aquél se muestra renuente a trasladarla por sí.

d) La sanción, consistente en la aceleración de la deuda en caso de contravenirse la localización fijada para la prenda rige también para el caso de que se la traslade desde el nuevo lugar consentido por el acreedor o fijado por el tribunal.

5. *Convenio de utilización de la cosa empeñada en una manera que se especifica*

El segundo segmento del artículo 19 dispone:

“Asimismo, si se ha convenido que la cosa empeñada se utilice de una forma especificada en el contrato, ésta no podrá utilizarse de forma distinta a lo pactado. Las prohibiciones anteriores rigen salvo que el acreedor consienta en ello o que el tribunal competente del lugar de suscripción del contrato decreta su [...] uso distinto para su conservación. En caso de infracción a lo dispuesto precedentemente, el acreedor podrá exigir la inmediata realización de la prenda, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido”.

Por regla general, el pignorante, en cuya tenencia permanece la cosa, la puede usar y gozar como quiera, con el límite de la culpa grave (artículo 18). La ley, sin embargo, prevé la posibilidad de que las partes, en derogación de la regla precedente, acuerden un específico uso o utilización aplicable a la cosa empeñada, y entonces el pignorante no puede utilizarla de manera distinta. Con posterioridad, el pignoratario puede autorizar cualquier uso distinto al convenido; y el tribunal competente que señala el artículo 19 está habilitado para decretar un uso también distinto al convenido, pero en función de la conservación de la cosa<sup>71</sup>. La transgresión de los usos especificados autoriza al acreedor para dar lugar a la aceleración de la deuda.

<sup>71</sup> La instancia al tribunal normalmente debería provenir del pignoratario, que es el interesado en conservar la cosa, cuando el uso convenido la amenace; y sólo raramente del pignorante, cuyo interés en cambiar el uso convenido por lo regular provendrá, no de la necesidad de conservar aquélla, sino de dedicarla a un uso no convenido para explotarla mejor. Así que, por lo ordinario, las demandas del pignoratario no han de ser atendidas, salvo el caso raro de obrar en interés de la conservación de la cosa empeñada.

Artículos de doctrina

225

Artículos de doctrina

226

6. *Convenio relativo al modo de inspeccionar la prenda*

El artículo 20 dispone que el acreedor prendario tenga “derecho para inspeccionar en cualquier momento, por sí o por delegado, los efectos dados en prenda”. Puede acaecer que estas visitas inspectivas irroguen “irrogaren daños o graves molestias” al pignorante; y para ese caso la ley autoriza que las partes convengan acerca del modo concreto en que deban ejecutarse tales visitas. Si no llegan a un acuerdo entonces dispone que “podrá el tribunal competente del lugar de suscripción del contrato de prenda regularlas con la sola audiencia de las partes”.

El pacto de regulación de las visitas que la ley prevé como posible es más propio que tenga lugar en un momento posterior a la convención, cuando las visitas a que el acreedor de todos modos tiene derecho por concesión de la ley, empiecen a dañar o a molestar al pignorante. Mas, por supuesto, nada obsta a que las partes, ya en la convención, se adelanten a los hechos y provean a regular el modo de las visitas. Lo cual no impide que si con posterioridad igual se irroguen daños o molestias al pignorante, a falta de un nuevo acuerdo con el acreedor, aquél pueda recurrir al juez en demanda de regulación judicial.

7. *Convenio de poderse ceder con la prenda el crédito caucionado por ella*

a) De acuerdo con el artículo 1906 del CC: “La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas [...]”. Como se ve, la norma no menciona la prenda como comprendida en la cesión. Según algunos, empero la cesión igual las comprende<sup>72</sup>. El asunto no es tan claro. El Código sólo conoce la prenda con desplazamiento. Cuando se cede un crédito caucionado con una tal prenda, el tránsito de esta garantía y su privilegio desde el acreedor cedente al cesionario, que queda en calidad de nuevo acreedor, no puede ser *ipso iure*, porque previo es que la cosa pignorada misma sea entregada al cesionario para que actúe como garantía en su favor, a menos de construirse el caso como de prenda que no queda en manos del acreedor sino de un tercero, que sería el cedente (mientras no la entregue). Tal construcción ofrece el inconveniente de que el Código Civil no conoce la posibilidad de dejar la prenda en manos de un tercero designado de común acuerdo por las partes de la convención prendaria, que sí conoce, en cambio, el artículo 817 C. de Com. Además, la construcción en examen

<sup>72</sup> René ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, vol. II, N° 1.063, p. 874: “La solución [sc de comprender la prenda] tiene que ser la misma [sc. que en la hipoteca]”.

se sirve de una posibilidad que no es legal sino convencional, como es el acuerdo de nombrar un tercero, para producir un efecto legal, como es el del traspaso de la prenda al cesionario. No es inferior argumento en contra la inexistencia de un medio para obligar al cedente a entregar la prenda al cesionario, quien no podría perseguirla de sus manos, precisamente porque no dispone del derecho real mientras no la reciba. En fin, sostener que la garantía prendaria y su privilegio pasan al cesionario ya antes de que le sea entregada la cosa pignorada por el cedente, es sostener que el *Código* acepta una prenda sin desplazamiento al acreedor, lo que no parece posible sostener. De esta manera, es necesario rendirse a la evidencia de que la cesión no traspasa la garantía prendaria ni su privilegio al cesionario, sino desde que la cosa le sea entregada por el cedente.

b) Las dificultades para que la garantía se traspase al cesionario como efecto inmediato de la cesión misma no existen cuando aquélla consiste en una prenda sin desplazamiento, que se constituye convencional y no realmente. Tal es lo que explica que el artículo 1906 del *CC.*, como vimos, haga operar legalmente el traslado de la hipoteca, que ofrece aquella misma característica.

La ley N° 20.190 obtuvo una consecuencia semejante; pero no igual. El traspaso de la garantía ofrecida por la prenda sin desplazamiento al cesionario del crédito caucionado exige unos requisitos que no existen para el traspaso de la hipoteca.

Dice el artículo 38:

“La cesión de créditos caucionados con esta prenda se sujetará a las reglas que correspondan a su naturaleza. Sin embargo, para que la cesión comprenda el derecho real de prenda, manteniendo la prenda la preferencia que gozaba en virtud del crédito cedido, en el Registro de Prendas sin Desplazamiento deben constar expresamente el crédito garantizado y la posibilidad de cesión de la prenda”.

La ley exige, pues, dos requisitos.

- i) El primero es que el crédito garantizado por la prenda (que es el que se cede) conste expresamente en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. Esto, en realidad, significa:
  - i) que el crédito conste en la convención prendaria única manera de que después pueda hacérselo contar en el Registro y
  - ii) que la constancia del crédito es propiamente en la inscripción de la convención prendaria en el Registro.

Ahora bien, el requisito en examen implica que la ley autoriza el tránsito de la prenda y su privilegio sólo en el caso de haber sido constituida como garantía especial de una o varias obligaciones

Artículos de doctrina

227

Artículos de doctrina

228

que se ceden. Dicho a la inversa, si la prenda fue constituida como garantía general, la cesión de alguna de los créditos incluidos en la generalidad caucionada no comprende en caso alguno la prenda ni su privilegio; lo cual es de toda lógica.

- ii) El segundo requisito es que la posibilidad de poderse ceder el crédito también conste en el Registro, con las mismas advertencias que en el caso anterior, a saber, que esa autorización ya debe constar en la convención, como consecuencia de lo cual se la pueda hacer constar después en el Registro; y que la constancia de que aquí se trata es en la inscripción de aquella convención en el Registro.

Esta “posibilidad de cesión de la prenda” implica, en realidad, una legitimación de que goza el acreedor pignoratario, dada unilateralmente por el pignorante en la convención o acordada ahí mismo entre ambos o, bien, en un acto posterior (por cierto debidamente inscrito con ambas constancias). El traspaso de la prenda a un tercer cesionario no interesa o, incluso, puede perjudicar a su constituyente; y entonces se comprende que la ley haya exigido la autorización del pignorante para tal traspaso. Por lo mismo, la exigencia de publicidad de esa autorización, merced a su constancia en la inscripción de la convención en el Registro, no ha sido establecida en su beneficio, pues él no puede menos que conocer que autorizó al traspaso, aun sin tal constancia, sino en beneficio de los terceros eventualmente cesionarios, que al verificar la existencia o la inexistencia de la constancia están en condiciones de saber que al aceptar la cesión de cierto crédito recibirán con ella la prenda que lo garantiza, o que no la recibirán.

c) Se observará que estos requisitos no son para que el acreedor pueda ceder el crédito, lo cual puede hacer libre de toda exigencia; sino, como dice la norma en examen, para que la cesión del crédito comprenda al derecho real de prenda que lo cauciona o, en términos más generales, para que la garantía y el privilegio ofrecidos por la prenda al crédito cedido pasen con éste al cesionario.

Supuesto, pues, que existan ambas constancias, el acreedor al ceder el crédito, lo cede con la prenda y su privilegio, que entonces pasan al cesionario, igual que a él pasa la hipoteca según el régimen civil, esto es, *ipso iure*. Si, por el contrario, no existen las dos constancias exigidas por la ley, aunque el acreedor igualmente pueda ceder su crédito, cuando lo haga no se traspasan la garantía prendaria ni su privilegio al cesionario, que se hace acreedor sin una ni otro.

Ahora bien, atendida la subsidiaridad de una prenda contraída como especial, cual es el caso, como vimos, producida la cesión del crédito sin traspaso de aquélla al cesionario, ya nada garantiza y no puede, por ende, subsistir; es decir, se extingue. Así que, en último término, es válido sostener que la cesión de un crédito garantizado con prenda sin desplazamiento

especial, cuando no existan las dos constancias que la ley exige, extingue esa prenda.

Igual a como vimos acaece en los convenios de no repignoración, no enajenación o no imposición de gravámenes no prendarios, si el crédito o la autorización de ceder no constan en la convención, mal podrían constar en su inscripción en el Registro; y si, no obstante, constan, carecen de valor. Por el contrario, y a diferencia de aquellos convenios, supuesto que el crédito garantizado y la posibilidad de cesión de la prenda consten en la convención, cuando no constan en la inscripción, eso no crea problemas de oponibilidad a nadie. En tal caso, la prenda sin más no transita al cesionario con la cesión que de su crédito le haga el acreedor; y aquél tuvo que saberlo, precisamente porque no existían las constancias en la inscripción, por más que existieran en la convención.

d) A diferencia de cuanto acaece en otros pactos antes estudiados, en aquél que ahora examinamos las alternativas son sólo dos:

- i) o las partes acordaron la posibilidad de ceder la prenda en la convención de la prenda (y se dejó constancia en la inscripción, etc.), y entonces la cesión del crédito acarrea la cesión o
- ii) guardaron silencio las partes sobre el particular; y ahora es lo contrario, pues la cesión del crédito no importa la cesión de la prenda.

Una tercera opción, que sería pactar la imposibilidad de ceder la prenda (lo cual es perfectamente lícito), háyase o no dejado constancia en la inscripción, produce los mismos efectos que la segunda alternativa.

*8. Convenio de extensión de la responsabilidad del pignorante por la conservación de la cosa empeñada a la culpa leve*

El artículo 18 de la ley impone, en relación con la conservación de la cosa pignorada, la responsabilidad de depositario al pignorante.; y el artículo 2222 inciso 2° del CC. sujeta al depositario a culpa grave o lata. De ésta, pues, responde el pignorante. Pero la citada norma del Código establece en su inciso 1°: “La partes podrán estipular que el depositario responda de toda especie de culpa”. La remisión del artículo 18 a la responsabilidad del depositario incluye la que las partes hayan pactado; así que consideramos como pacto posible en la convención prendaria, que el pignorante responda de toda clase de culpa; lo cual significa que responda, incluso, de la levísima. Por lo demás, establecer una responsabilidad más extensa que la derivada de culpa grave o lata siempre es posible merced a la libertad contractual.

Sin embargo, el mismo artículo 2222 del CC. añade en su inciso 3°:

“Pero será responsable de la leve en los casos siguientes:/ 1. Si se ha ofrecido espontáneamente o ha pretendido se le prefiera a otra

Artículos de doctrina

229

Artículos de doctrina

230

persona para depositario;/ 2. Si tiene algún interés personal en el depósito, sea porque se le permita usar de él en ciertos casos, sea porque se le conceda remuneración”.

Lo cual está dicho para el depositario; pero que podría alguien pretender aplicar al pignorante en virtud de la indiscriminada remisión del artículo 18 a la “responsabilidad de depositario” hecha para fijar la del pignorante.

La inaplicabilidad de este inciso 3° y sus dos números al pignorante, sin embargo, es más verdadera. Los casos de ambos números, pensados para el depósito, son situaciones de excepción en ese contrato, pues lo regular es que el depositario sea buscado por quien está deseoso de depositar; y que aquél carezca de todo interés en serlo. Para cuando fuere el excepcional caso contrario, la norma en examen le impone la culpa leve. Ahora bien, en la prenda, es normal que el pignorante ofrezca espontáneamente la garantía de algo suyo (en apoyo de su petición de crédito, por ejemplo); y, sobre todo, que tenga interés personal en la prenda (para el mismo apoyo antes señalado, o porque desea aplacar a sus acreedores, etcétera). Así que lo excepcional en el depósito es casi regla en la prenda; y, en tales circunstancias, la remisión del artículo 18 de la ley a la “responsabilidad de depositario” sería a la “responsabilidad de depositario en el caso del artículo 2222 inciso 3° del CC.”, es decir, a una parte excepcional de la norma que contiene esa responsabilidad, y no la parte de la misma que contiene la regla general. Por lo cual es mejor opinar que el mentado inciso 3° no es aplicable jamás a la prenda, que opinar que es aplicable siempre, esto es, sólo él y no el resto de la norma.

*9. Convenio de no utilización, reemplazo, transformación o enajenación de los componentes de un grupo de bienes de una misma clase o universalidades de hecho pignorados*

Este convenio no es de aplicación general, mas únicamente relativo a un tipo de prenda caracterizada por su objeto.

El artículo 11 inciso 1° de la ley, en efecto, considera la pignoración sin desplazamiento de grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho, tales como existencias, inventarios, materias primas, productos elaborados o semielaborados o repuestos, o maquinarias, redes o sistemas; los componentes de los mismos podrán ser utilizados, reemplazados, transformados o enajenados, en todo o en parte. La misma norma autoriza que los componentes de tales grupos o universalidades puedan “ser utilizados, reemplazados, transformados o enajenados, en todo o en parte” y añade: “salvo pacto en contrario”. Si los contratantes, en consecuencia, nada dicen sobre aquellas actividades aplicadas a los componentes, el

pignorante puede libremente ejecutarlas; y lo mismo es si las autorizan expresamente en la convención. Pero también les queda expedido pactar no ejecutarlas o prohibir la ejecución de todas o algunas, respecto del todo o de una parte de los componentes. Con mayor razón podrían acordar que sean ejecutadas de alguna manera determinada. En todos los casos, la prenda “no podrá utilizarse de forma distinta a lo pactado”. La sanción por el incumplimiento de tales pactos también se encuentra contenida en el artículo 19, con un régimen similar a aquél establecido para el caso de haberse pactado un lugar para la localización de la prenda; así que, en síntesis, de contravenirse el pacto, la deuda se acelera y el acreedor puede exigir la realización de la prenda. De todos modos, el acreedor puede después consentir en derogar o modificar el pacto; y el juez, pero sólo en función de conservar la prenda, es competente para autorizar un uso distinto al pactado.

*10. Convenio de no asignación de valor al conjunto de bienes pignorados*

Este convenio también atañe sólo a la prenda de grupos de bienes de la misma clase o universalidades de hecho a que se refiere el inciso 1° del artículo 11.

a) El mismo artículo, en su inciso 4°, dispone:

“Cuando se pignoraren universalidades o grupos de bienes en la forma señalada en el inciso primero, el contrato de prenda deberá indicar el valor del conjunto de bienes sobre los que recaiga la prenda, salvo que las partes acuerden expresamente no asignarle un valor”.

La ley establece un deber consistente en indicar el valor del conjunto de bienes sobre los que recaiga la prenda, y se entiende que ello debe ser en la convención; así que se trata de un acuerdo especial contenido en él. La misma ley autoriza incumplir tal deber, pero sólo merced a un pacto expreso de no asignar valor al conjunto pignorado. Queda excluido, pues, guardar silencio sobre el valor. Así que, en el fondo, va otorgado escoger entre estos dos convenios en alternativa:

- i) uno de fijación de valor, que puede asumir una forma expresa, consistente en acordar fijar un valor al conjunto pignorado seguido de su efectiva fijación, o tácita, que estriba en fijar directamente el valor al conjunto y
- ii) el siempre expreso de no fijarle ninguno. La forma tácita de este mismo convenio, que consiste en nada decir sobre el valor, no está, como vimos, aceptada.

Artículos de doctrina

231

Artículos de doctrina

232

b) Cuando las partes fijan un valor para el conjunto pignorado el inciso 4° del artículo 11 hace aplicable a esa prenda el artículo 1496 N° 2 del CC.<sup>73</sup>, que establece:

“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”.

Esta norma permite acelerar una obligación a plazo, cuando sus cauciones se extinguen o disminuyen considerablemente su valor. Si tal acaece a la prenda de un conjunto de bienes, cuyas partes le fijaron cierto valor en la convención, el acreedor puede hacer valer la aceleración. La aparentemente incompresible vinculación que el artículo 11 inciso 4° establece entre la aplicabilidad del artículo 1496 N° 2 del CC. y la previa fijación de valor a la prenda –vinculación que no establece este último– tal vez se debe a la necesidad de tener un valor de referencia que permita verificar más fácil y directamente cuándo se produce la disminución considerable de valor de la prenda, y evite tener que recurrir a un tribunal para que él decida sobre tal disminución, que, entre otros, obliga a convocar a peritos que comparen el valor original –que no es necesario hacer constar según el artículo 1496 N° 2 del CC., como se hizo notar– y el valor actual supuestamente disminuido.

c) En la misma hipótesis de haber las partes fijado un valor al conjunto pignorado, tiene lugar un segundo efecto consistente en tornar en divisible la prenda de pleno Derecho sobre los bienes transformados a partir de los componentes del conjunto que se pignoró y de los productos elaborados con los mismos componentes, a que se refiere el inciso 2° del artículo 11.

Sustancialmente se trata de que, pignorado un conjunto de ciertas cosas que, merced a un normal proceso fabril, dan lugar a productos transformados o elaborados, éstos, por mandato del citado inciso 2°, quedan de pleno Derecho bajo prenda<sup>74</sup>. Pero esa norma no establece ningún límite a la extensión de la prenda legal que establece. Sin embargo, resulta ordi-

<sup>73</sup> Artículo 11 inciso 4° segundo segmento: “En este último caso, no será aplicable lo dispuesto en el artículo 1496, N° 2, del Código Civil y el contrato de prenda deberá señalar las particularidades tendientes a individualizar los bienes prendados, señalando si son fungibles o no, determinando en el primer caso su especie, cantidad, calidad, graduación y variedad”.

<sup>74</sup> Artículo 11 inciso 2°: “Los bienes transformados en virtud de lo dispuesto en el inciso anterior así como el producto elaborado con los componentes de dichas existencias, quedarán de pleno Derecho constituidos en prenda”.

nario que el valor de los productos transformados o elaborados sea muy superior al de los elementos a partir de los cuales fue ejecutado el proceso de transformación o elaboración. Ahora bien, en virtud del principio de indivisibilidad de la prenda (artículo 2405 del *CC.*), es todo el conjunto de los productos transformados o elaborados el que empieza a quedar legalmente en prenda. Si llegare el caso de tener que ser ejecutada la caución, es todo ese conjunto, por ende, el que debe ser vendido. Sin embargo, la asignación de valor al conjunto original en la convención prendaria impone un límite a esta prenda legal sobrevenida, la cual, pues, extendiéndose sobre los productos transformados o elaborados hasta concurrencia del valor inicialmente asignado, sólo puede ser realizada sobre ellos en la medida suficiente para el pago de todos los rubros que la realización debe cubrir, vale decir, el total del monto del crédito, sus intereses y los gastos y costas, si los hubiere (artículo 15).

d) Si las partes, en cambio, acuerdan no fijar un valor al conjunto pignorado la primera consecuencia de tal pacto es la inaplicabilidad del artículo 1496 N° 2 del *CC.* a la prenda contraída, de modo que el pignorante no está sujeto a la carga de no disminuir considerablemente, por hecho o culpa suya, el valor de lo pignorado; y puede proceder a causar impunemente una tal disminución. A salvo, sin embargo, que tenga prohibido, por pacto prendario, utilizar, reemplazar, transformar o enajenar los componentes del conjunto pignorado (artículo 11 inciso 1°) o, bien, que haya pactado no utilizarlos sino de una manera especificada en dicha convención (artículo 19); porque la contravención de estos pactos, haya o no disminución en el valor de lo pignorado, le acarrearán la caducidad del plazo de su deuda, no por aplicación, ciertamente, del artículo 1496 N° 2 del *CC.*, mas como consecuencia directamente prevista en la nueva ley misma.

La ley parece creer que no habiéndose fijado valor al conjunto, no es posible o es difícil saber si hubo disminución considerablemente de valor; y por ello hace inaplicable el citado artículo 1496 N° 2 del *CC.*

e) El segundo efecto del pacto de no fijación de valor es la ilimitación de la prenda de pleno Derecho establecida por el inciso 2° del artículo 11 sobre los bienes transformados a partir de los componentes del conjunto que se pignoró y de los productos elaborados con los mismos componentes. En el caso, recobra su plena vigencia el principio de indivisibilidad de la prenda; y es todo el conjunto de bienes transformados y productos elaborados el que resulta bajo prenda legal.

f) Aunque la ley no lo consiente, puede ocurrir que las partes de la convención prendaria no fijen valor al conjunto pignorado ni acuerden no fijarlo; o sea, que guarden silencio sobre el punto. Este silencio es una transgresión del mandato legal, que ordena fijar el valor (“deberán” dice)

## Artículos de doctrina

233

## Artículos de doctrina

234

salvo que opten por acordar no hacerlo. Tal transgresión tiene que producir algún efecto; pero la ley no lo indica. En otro lugar, hemos opinado que tal efecto debe ser la conversión de la convención de prenda sin desplazamiento sobre grupos de bienes o universalidades de hecho, regida por el artículo 11, en convención de prenda sin desplazamiento general, es decir, no regida especialmente por aquél, teniendo presente que el artículo 3, el cual gobierna la generalidad de estos contratos, no exige la fijación del valor ni el pacto de no fijarlo. Pero esta conversión entraña un riesgo: como el artículo 3 N° 3 obliga a individualizar o caracterizar las cosas empeñadas, no rigiendo el artículo 11, que sólo obliga a individualizar o caracterizar el conjunto como tal y no a sus componentes, la individualización o caracterización que por aplicación del artículo 3 N° 3 procedería debe ser relativa precisamente a los elementos contenidos en el conjunto que se había pignorado en vano de acuerdo con el artículo 11; así que cuando, de alguna manera, no aparezcan individualizados o caracterizados tales elementos, ahora la convención es nula<sup>75</sup>.

### BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, vol. II.
- CARRASCO PERERA, Ángel y otros, *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2002.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, reimpresión facsimilar de la edición de 1936, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, vol. X: De las obligaciones, 1.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, “La definición de contrato en el Código Civil chileno y su recepción doctrinal. Comparación con el sistema francés”, en Hernán CORRAL TALCIANI - Guillermo ACUÑA SBOCCIA (editores), *Derecho de los contratos. Estudios sobre temas de actualidad*, Santiago, Universidad de los Andes, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 6, 2002.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, “La prenda de créditos nominativos en la nueva normativa de la prenda sin desplazamiento”, en Carlos PIZARRO WILSON (coordinador), *Estudios de Derecho civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008*, Santiago, LegalPublishing, 2009.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La pignoración de grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho en la nueva Ley de prenda sin desplazamiento”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 30, Valparaíso, 1º semestre de 2008.

<sup>75</sup> Véase: GUZMÁN BRITO (n. 45), p. 132.

- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La prenda sin desplazamiento de cosas corporales e incorporales futuras”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 31, Valparaíso, 2° semestre de 2008.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La prenda sin desplazamiento de inmuebles por adhesión o destinación y su concurrencia con otras prendas o con una hipoteca”, en *Homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, a la fecha de esta publicación en prensa.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “Las prendas ordinaria y sin desplazamiento de la Ley N° 20.190 recaídas en cosa ajena”, en Fabricio MANTILLA ESPINOZA - Carlos PIZARRO WILSON (coordinadores), *Estudios de Derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Santiago - Bogotá, Fundación Fernando Fuego - Universidad Diego Portales - Universidad del Rosario, 2008.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *De las donaciones entre vivos. Conceptos y tipos*, Santiago, Lexis Nexis [hoy LegalPublishing], 2005.
- Historia de la Ley N° 20.190* (Biblioteca del Congreso Nacional, 5 de junio de 2007) [visible en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20190/HL20190.pdf>].
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, “Informe sobre contrato de línea de crédito. Cláusula de garantía general prendaria. Distinción entre contratos civiles y contratos mercantiles”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 4, Valparaíso, 1980.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, vol. I.
- MARCHESE, Angelo - FORRADELLAS, Joaquín, *Diccionario de retórica, crítica y terminología literaria*, 4ª ed., Barcelona, Ariel, 1994.
- “Mensaje presidencial”, en *Historia de la ley N° 20.190*. Biblioteca del Congreso Nacional, 5 de junio de 2007, en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20190/HL20190.pdf>
- MERY BERISSO, Rafael, *Derecho hipotecario. Estudio de Derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958.
- PISANI, Cinzia, “Pegno omnibus”, en CENDON, Paolo (a cura di), *Il Diritto privato nella giurisprudenza. I Nuovi contratti nella prassi civile e commerciali*, Torino, UTET, 2004, vol. XIX: Garanzie.
- POTHIER, Robert-Joseph, *Traité des obligations*, en *Œuvres de Pothier*, Paris, Bugnet editor, Cosse et Marchal - H. Plon, 1871, vol. X.
- “Primer informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputado”, en *Historia de la ley N° 20.190*. Biblioteca del Congreso Nacional, 5 de junio de 2007, en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20190/HL20190.pdf>
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones*, 2ª ed., Santiago, Contable Chilena, 1981.
- UGARTE GODOY, José Joaquín, “La nulidad de la cláusula de garantía general hipotecaria”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* N° 88, Santiago, 1991, Fasc. 3º.

Artículos de doctrina

235

Artículos de doctrina

236

- VEIGA COPO, Abel, “Prenda ‘omnibus’, prenda rotativa de acciones y garantía flotante”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año 20, N° 82, Madrid, 2001.
- VERGILIUS, *Georgica*.

## LAS GARANTÍAS DEL ACREEDOR FRENTE AL INCUMPLIMIENTO. ESPECIAL REFERENCIA A LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA

### THE CREDITOR'S GUARANTEES FACED TO THE DEBTOR'S BREACH. SPECIAL REFERENCE TO THE COUPON BANK GUARANTEE

CRISTIÁN AEDO BARRENA\*

**RESUMEN:** El presente artículo pretende examinar el concepto de garantía, tanto en su sentido amplio, como técnico. Una vez que ha operado el incumplimiento y siempre que sus consecuencias sean imputables al deudor, el acreedor goza de un conjunto de remedios para hacer efectiva la responsabilidad del deudor. Todos estos mecanismos son inherentes a la obligación y se fundamentan en el derecho de prenda general. Además, el acreedor cuenta con la posibilidad de reforzar su posición jurídica, a través de las denominadas cauciones y, en general, las garantías en sentido técnico. A ellas y, especialmente a algunos aspectos de la boleta bancaria de garantía nos referiremos en los párrafos siguientes.

**Palabras clave:** Derecho de prenda general, garantía, caución, boleta bancaria de garantía.

**ABSTRACT:** This article aims to explore the concept of guarantee, both in its broad sense, as a technician. Once that has operated the breach and provided that its consequences are attributable to the debtor, the creditor has a set of remedies for the enforcement of liability of the debtor. All these mechanisms are inherent in the obligation and are based on the right overall pledge. In addition, the creditor has the opportunity to strengthen its legal position, through the so-called bonds, and generally guarantees in the technical sense. To them, and especially to some aspects of the coupon bank guarantee discussed in the following paragraphs.

**Key words:** Right overall pledge, guarantee, coupon bank guarantee.

#### I. LAS GARANTÍAS EN SENTIDO AMPLIO: EL MAL DENOMINADO DERECHO DE PRENDA GENERAL

El concepto de garantía es bastante complejo, pues, como sucede frecuentemente con toda noción jurídica, este no es unívoco. En un sentido amplísimo, comprende todos los mecanismos de tutela del crédito, de ahí que existan dificultades para determinar su contenido<sup>1</sup>. Según Roca: "...la garantía está concebida como un sistema de asegura-

miento, legal o voluntario, cuya finalidad esencial es preservar el interés del acreedor, asegurando el cumplimiento de la prestación". Por eso, en un sentido amplio, el concepto garantiza comprende también unos mecanismos cuya finalidad es también el aseguramiento del derecho del crédito, pero que no pueden ser consideradas garantías en sentido técnico<sup>2</sup>.

Siguiendo nuevamente a Roca<sup>3</sup>, en principio deben distinguirse de las garantías, consideradas en sentido técnico, los siguientes mecanismos de tutela: a) las obligaciones derivadas de determinados contratos por causa onerosa, que imponen al deudor una reparación en caso que la cosa no sirva para la finalidad con arreglo a la cual se contrató o bien cuando el acreedor se vea desposeído de la cosa, por existir un mejor derecho anterior; b) las situaciones generales dirigidas a evitar que la conducta del deudor haga ilusoria la prestación pactada. Corresponde a lo que en nuestro sistema conocemos como los derechos auxiliares del acreedor; c) la agregación de una nueva obligación por parte del propio deudor, siendo el ejemplo más claro la cláusula penal<sup>4</sup>; d) tampoco existirá garantía en sentido técnico cuando se transfiere el riesgo a un tercero, como en el caso de los seguros por incumplimiento.

Todos estos mecanismos de tutela, así como las garantías en sentido amplio, se explican desde la perspectiva del mal denominado derecho de prenda general o garantía general de los acreedores. Este derecho es propio del especial vínculo denominado obligación. Para Díez-Picazo, el vínculo jurídico de la obligación es: "...como un pedazo o corte de la vida social que aparece organizado dentro del ordenamiento jurídico, por un especial principio jurídico y por una especial función económica o social. De esta naturaleza orgánica derivan todos los derechos, deberes, facultades o cargas de todos los sujetos agrupados en torno a la obligación"<sup>5</sup>.

Esta es la médula de la relación obligatoria y designa la contraposición que existe entre un crédito y una deuda. El crédito es un derecho subjetivo que tiene el acreedor para exigir una conducta. Por su parte, la deuda es un deber jurídico en sentido estricto,

<sup>2</sup> ROCA TRÍAS (1996) pp. 134 y 135.

<sup>3</sup> ROCA TRÍAS (1996) pp. 135 y 136.

<sup>4</sup> Sin embargo, como indica ROCA TRÍAS (1996) p. 136, la mayoría de la doctrina española considera que la cláusula penal cumple una función de garantía que permite asegurar el cumplimiento de la obligación y el resarcimiento del daño, además de permitir pactar aquellas funciones que las partes crean conveniente, en virtud de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, la autora considera la cláusula penal como una pena y no una garantía. Entre otros, DE AMUNÁTEGUI (1993) p. 20, quien señala: "En nuestro Derecho, como veremos, los preceptos dedicados a la cláusula penal parten del respeto a la libertad contractual, admitiéndose incluso una función exclusivamente sancionadora para este tipo de estipulaciones". BLANCO GÓMEZ (1996) pp. 19 y 20. Nuestra doctrina siempre ha reconocido en la cláusula penal el cumplimiento de diversas finalidades. Al respecto, por todos, FUEYO LANERI (1992) pp. 465 y 466, señala: "En atención a las funciones que puede desempeñar este instituto, son tres los ángulos de estudio posibles: A) caución o garantía del cumplimiento de la obligación principal, constituyendo una caución personal, y en tal forma la considera Somarriva en su Tratado de las Cauciones; B) liquidación convencional anticipada. C) multa de arrepentimiento, que, como su nombre lo indica, es una sanción por dejarse de cumplir; pero sin que ella compense necesaria y exactamente la prestación incumplida". SOMARRIVA UNDURRAGA (sin año) p. 9, pone el acento en el carácter de garantía personal de la cláusula penal.

<sup>5</sup> Díez-Picazo (1964) p. 350.

\* Profesor de Derecho Civil, Escuela de Derecho Universidad Católica del Norte. Doctorando en Derecho por la Universidad de Deusto. Becado por el Ministerio de Educación, proyecto Mecesp UCN0301. Correo electrónico caedo@ucn.cl. Teléfono 55-355725. Dirección postal: Avenida Angamos 0610. Antofagasta.

<sup>1</sup> Como afirma VICENT CHULIÁ (1996) p. 37: "Esta materia es buen ejemplo que el Derecho es eminentemente lenguaje, con rica y plurívoca terminología, cuyas voces son empleadas con variante significado por cuatro grandes coros hasta hoy faltos de batuta que los coordina: el de los contratantes en la práctica, el de la doctrina, el de la jurisprudencia y el de los legisladores".

con determinadas características. Sin embargo, tanto el crédito como la deuda son, ante todo, situaciones jurídicas. Es decir, si miramos la posición del acreedor y la entendemos como situación jurídica, significa que junto con el derecho subjetivo, confluyen también cargas y acaso deberes. Desde el punto de vista del deudor sucede lo mismo, ya que al lado del deber del deudor, existen ciertas facultades y cargas en el desarrollo de la obligación<sup>6</sup>.

La doctrina alemana ha desarrollado la teoría de la deuda y la responsabilidad (*Schuld y Haftung*), que es la que explica mejor la naturaleza del vínculo obligatorio. De acuerdo con esta teoría pueden distinguirse dos fases en el orden lógico y cronológico: un primer momento, constituido por el débito solamente, es decir, el deber del deudor. Este deber es jurídico, puesto que la ley se ha ocupado de él, señalando la forma de cumplimiento o pago. Por el lado activo de la relación obligatoria, siempre en esta primera etapa lógica y cronológica del deber de cumplimiento, existe, correlativamente, una legítima expectativa del acreedor, también llamada espera o expectativa jurídica, que se cristaliza en el derecho de recibir. Dicha expectativa se encuentra tutelada por el Derecho en caso de incumplimiento por parte del deudor.

En un segundo momento, el deudor queda sometido al poder de agresión del acreedor, constituido por su legítimo derecho a accionar. Esta fase afecta directamente al patrimonio del deudor, cuyos bienes se perseguirán forzosamente para la obtención del cumplimiento. En este estadio, no es posible para el deudor oponerse arbitrariamente a la acción del acreedor. La relación es ahora entre el acreedor y el patrimonio del deudor<sup>7</sup>. Este poder de agresión se funda en lo que en Chile se mal denomina el derecho de prenda general. En virtud de este, los acreedores pueden exigir que se vendan todos los bienes del deudor presentes o futuros, para el cumplimiento de su obligación. Se encuentra consagrado en los artículos 2465 y 2469 del Código Civil chileno.

Como conclusión, la voz garantía puede emplearse en un sentido amplísimo, que le conecta directamente con el denominado derecho de prenda general, que corresponde al régimen de responsabilidad al cual se encuentra sujeto el deudor tanto antes del cumplimiento –para ello baste pensar en algunos derechos auxiliares–, como en la etapa de incumplimiento. De esta garantía sobre el patrimonio del deudor nacen todos los mecanismos de tutela de crédito, los que son inherentes a este. Así, sobre la base de la responsabilidad patrimonial del deudor, el acreedor goza de los derechos de solicitar la resolución del contrato, el cumplimiento forzado, la indemnización de perjuicios y de ejercitar los derechos auxiliares, que constituyen un conjunto de potestades dirigidas unas veces contra el deudor, otras en contra de otros acreedores y, otras, en contra de terceros.

Además de los mecanismos señalados, el acreedor cuenta con acciones específicas derivadas de ciertas relaciones contractuales, como las acciones de "garantía" propia de los contratos a título oneroso. Todos estos mecanismos de tutela, incluida la propia garantía general de los acreedores o derecho de prenda general, no pueden ser calificados

<sup>6</sup> DIEZ-PICAZO (1964) pp. 349 y ss.

<sup>7</sup> FUEYO (1992) pp. 37 y 38

de "garantías en sentido propio", pues, siguiendo a Díez-Picazo, son algo inherente al crédito mismo, al que nada añaden<sup>8</sup>.

Pero el mismo derecho de prenda general es el que permite fundar las garantías en sentido técnico, particularmente las cauciones, a las que nos referiremos en el numeral siguiente. Somarriva explica la institución desde la perspectiva de la caución. Se detiene en el análisis del derecho de prenda general –consagrado en nuestro Código Civil, en el artículo 2465–, para luego señalar que las cauciones suplen las deficiencias de la garantía general del acreedor<sup>9</sup>.

## II. LA GARANTÍA EN SENTIDO TÉCNICO O ESTRICTO. LA CAUCIÓN

La garantía en sentido técnico, siguiendo a Díez-Picazo, es una norma de derecho o un precepto de autonomía privada que viene a añadir al crédito algo que el crédito no tiene, de tal manera que es esa adición o esta yuxtaposición lo que refuerza al acreedor la seguridad de que su derecho será satisfecho<sup>10</sup>. Para Roca, la garantía en sentido estricto presenta cuatro características: a) permite satisfacer el interés del acreedor de manera independiente, o de manera más específica, que el de los acreedores que no han pactado derechos de garantía concretos; b) actúa sobre bienes concretos del patrimonio del deudor o refuerza las posibilidades del acreedor, añadiendo la responsabilidad de un tercero; c) no afecta a todos los acreedores, sino solo a aquellos que han pactado; d) en algunos supuestos, no se extingue cuando se enajenan los bienes que se han destinado a esta función<sup>11</sup>.

En nuestro sistema varias de las garantías se encuentran reguladas como cauciones, cuya nota distintiva es la accesoriadad. Las cauciones están establecidas en el artículo 46 del Código Civil, el que las define como toda obligación que se contrae para seguridad de una obligación propia o ajena. Los autores distinguen los conceptos de garantía y caución. Las garantías comprenden los diversos medios de que pueda hacer uso el acreedor para ponerse a cubierto de la insolvencia del deudor, mientras que las cauciones, como hemos visto, son aquellas definidas en el artículo 46 del Código Civil. De manera que entre ambas existe un vínculo de género a especie. No todas las garantías son cauciones, pero todas estas son garantías<sup>12</sup>. Como se aprecia, el concepto de garantía que utiliza nuestra doctrina se corresponde con lo que hemos denominado garantía en sentido amplio<sup>13</sup>, mientras que las cauciones constituyen un grupo de garantías en sentido estricto. Algunas de ellas tienen una regulación particular en nuestro sistema y, en otros casos, es la práctica comercial, empresarial o bancaria

<sup>8</sup> Díez-PICAZO (1983) p. 395. En el mismo sentido, ROCA TRÍAS (1996) p. 140

<sup>9</sup> SOMARRIVA (sin año) pp. 7 y 8. Esta es la misma perspectiva desde la cual analiza la institución Díez DUARTE (1991).

<sup>10</sup> Díez-PICAZO (1983) p. 395.

<sup>11</sup> ROCA TRÍAS (1996) p. 143.

<sup>12</sup> Así lo expresa SOMARRIVA (sin año) p. 8. En el mismo sentido, LECAROS SÁNCHEZ (1995) p. 10.

<sup>13</sup> Puede apreciarse muy claramente esta cuestión en FUEYO (1992) pp. 209 y ss., quien trata como medios compulsivos dirigidos al cumplimiento de las obligaciones las "astreintes", el derecho legal de retención, el apremio personal en las obligaciones de hacer y las arras en garantía

las que la ha ido imponiendo. En el apartado siguiente nos ocuparemos de la boleta bancaria de garantía<sup>14</sup>.

Las cauciones se clasifican en reales y personales. En cuanto a las reales, estas afectan un bien determinado, sea mueble o inmueble y otorgan al acreedor un derecho real sobre la cosa. Son la prenda y la hipoteca. Entre las cauciones personales se ubican la fianza, la cláusula penal y la solidaridad pasiva. Son personales por cuanto se suman patrimonios para responder en caso de insatisfacción del crédito.

Las garantías personales pueden clasificarse en típicas y atípicas y, entre las segundas, algunos autores distinguen entre garantías atípicas, pero análogas a la fianza y garantías totalmente atípicas<sup>15</sup>. A las garantías típicas ya nos hemos referido, siendo las más importantes la solidaridad y la fianza, con todas las modalidades que entre ellas pueden adoptarse. En cuanto a las atípicas, algunos autores españoles incluyen el mandato de crédito, la adhesión de deuda, la asunción de deuda y el contrato autónomo de garantía<sup>16</sup>. Por el mandato de crédito el mandatario se obliga al encargo del mandante de dar crédito a un tercero, respondiendo el mandante de las resultas del negocio<sup>17</sup>. La adhesión a la deuda es una declaración por la que una persona se incorpora como nuevo obligado, añadido junto al primitivo, frente al acreedor, dando lugar a una posición jurídica contractual conjunta<sup>18</sup>. En cuanto a la asunción de deuda, es un contrato por el que una persona se obliga con el deudor a cumplir su obligación sin que este quede liberado de la misma frente al acreedor<sup>19</sup>.

En lo que respecta al contrato autónomo de garantía, este puede situarse en el contexto de los créditos y garantías bancarias. En nuestro sistema, si bien es cierto, no se ha desarrollado el contrato bancario autónomo de garantía, ni la garantía a primer

<sup>14</sup> Básicamente, las garantías en sentido técnico que no pueden ser encuadradas en las cauciones son algunas garantías atípicas, como la garantías independientes y, especialmente aquella a primer requerimiento, que, como veremos, alguna doctrina la vincula con la boleta bancaria de garantía. Para otro sector esta no sería más que una caución.

<sup>15</sup> VICENT CHULIÁ (1996) p. 375

<sup>16</sup> Para esta cuestión, véase SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (1995); VICENT CHULIÁ (1992) pp. 387 y ss.

<sup>17</sup> VICENT CHULIÁ (1992) p. 388, distingue entre mandato inicial de crédito que una vez ejecutado por el mandatario determina la responsabilidad del mandante de forma similar a la de un fiador y el mandato de crédito propio, en el cual el mandante responde como tal, en la medida que debe dejar indemne al mandatario. A nuestro juicio, estas figuras distan bastante de ser contratos atípicos, al menos en nuestro sistema. Tanto los artículos 2116, 2119 y 2120 del Código Civil, como los artículos 233 y 238 del Código de Comercio admiten esta clase de mandatos, los que se explican mejor si se recurre a la clásica distinción entre mandato a nombre propio o a nombre ajeno. En el caso de la comisión, el Código de Comercio admite que aun actuando el comisionista a nombre propio, puede el comitente tomar sobre sí el negocio, en cuyo caso, conforme al artículo 258, se constituye en fiador de las obligaciones pactadas con el comisionista. Es un efecto similar al contemplado en el artículo 1635 del Código Civil para la novación imperfecta.

<sup>18</sup> Como hemos visto, esta no es más que la descripción de la novación imperfecta por ex promisión imperfecta, es decir, cuando un nuevo deudor toma la iniciativa. Es dudoso que en nuestro sistema esta figura pueda ser calificada de "atípica" desde que se encuentra contemplada en el artículo 1635 del Código Civil y en menor medida en el artículo 258 del Código de Comercio.

<sup>19</sup> Nuevamente se trata de un supuesto que no puede ser calificado de "atípico", pues corresponde más o menos a lo que en nuestro sistema se conoce como delegación imperfecta, regulado junto con la novación y cuyos efectos se consagran en el citado artículo 1635 del Código Civil.

requerimiento, desde hace bastante tiempo opera en la práctica comercial y bancaria la denominada boleta bancaria de garantía, a la que nos referiremos en el apartado siguiente. Según Caprile, el vínculo entre ambas figuras, especialmente con la carta de crédito fronteriza *stand by*, consiste en las razones que originaron ambas figuras, pero además indica que se da una identidad en cuanto a la finalidad que persiguen y a su naturaleza jurídica, de manera que para el autor, la boleta bancaria no es más que una garantía a primer requerimiento que opera en el derecho interno chileno<sup>20</sup>. A la boleta bancaria de garantía nos referiremos en los párrafos siguientes.

### III. LA BOLETA BANCARIA DE GARANTÍA: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

La boleta bancaria de garantía supone que un sujeto, denominado tomador, solicita a una institución bancaria, la emisión de un documento denominado depósito o boleta de garantía, para asegurar a un tercero, denominado beneficiario, el cumplimiento de una obligación derivada de un contrato. La figura admite dos modalidades, según si el tomador tiene la disponibilidad de fondos equivalentes al importe de la boleta y está dispuesto a inmovilizarlos en poder del banco. Cuando el depósito se constituye en forma efectiva por el tomador, se le llama propiamente depósito en garantía; cuando el tomador obtiene un crédito en el mismo banco emisor, que se documenta generalmente mediante un pagaré, se le denomina "boleta de garantía"<sup>21</sup>. Winter la define como: "*Un documento emitido por un banco (banco emisor) a solicitud y por cuenta de un cliente (tomador), en virtud del cual el banco se obliga a pagar a la persona cuyo favor se extiende (beneficiario) una cierta cantidad de dinero, contra la sola presentación del documento de cobro*"<sup>22, 23</sup>.

<sup>20</sup> CAPRILE BIERMANN (2002) pp. 18 y 19.

<sup>21</sup> Así lo señala CAPRILE BIERMANN (2002) p. 35. En cuanto a las modalidades de la operación, puede consultarse también la clásica obra de GONZÁLEZ SAAVEDRA (1962) pp. 11 y ss. Es la propia Ley General de Bancos, en el artículo 69 N° 13, la que distingue entre depósito y boleta de garantía. Con todo, siguiendo nuevamente a CAPRILE BIERMANN (2002) pp. 35 y 36, estos distintos mecanismos no alteran la naturaleza jurídica del instrumento, ni afectan la posición jurídica del beneficiario.

<sup>22</sup> WINTER IGUALT (1995) p. 15

<sup>23</sup> Los autores están de acuerdo en que se trata de una figura propia de la práctica comercial bancaria chilena. Ya en 1962, en su memoria de prueba GONZÁLEZ SAAVEDRA (1962) pp. 9 y ss. señalaba que era original del ordenamiento jurídico chileno. En el mismo sentido y al describir sus características, WINTER IGUALT (1995) p. 17, aunque reconociéndole, al igual que CAPRILE BIERMANN (2002) pp. 18 y 19, ciertos vínculos con la carta de crédito *stand by*. Su origen se encuentra en la práctica bancaria y posteriormente fue incorporada por el legislador al ordenamiento jurídico, como explica GONZÁLEZ SAAVEDRA (1962) p. 9, mediante Decreto con Fuerza de Ley N° 192, de 15 de mayo de 1931, que modificó la ley bancaria de esa época —Decreto Ley N° 559, de 1925—. Actualmente está regulada en el artículo 69 N° 13 de la Ley General de Bancos, DFL N° 3, de 19 de diciembre de 1997, que fijó el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos. CAPRILE BIERMANN (2002) pp. 26 y ss., cita las otras fuentes normativas de la boleta bancaria, además de los textos legales que la exigen. El autor, desde luego, no podía incluir la importante modificación contenida por la incorporación del artículo 138 bis en el DFL 458, Ley General de Urbanismo y Construcciones, de 13 de abril de 1976. La reforma fue operada por la Ley 19.382, de 3 de febrero de 2004 y con una modificación posterior, por Ley 20.007, de 11 de abril de 2005. Con el nuevo artículo 138 bis se va a regular y exigir la boleta bancaria de garantía para los contratos promesa celebrados entre privados.

Tal vez el aspecto más importante de la boleta bancaria de garantía dice relación con la determinación de su naturaleza jurídica. Como indica Caprile, a falta de norma especial que la regule, deben aplicarse las normas generales, pero ellas dependerán de la calificación y naturaleza que se atribuya al instituto<sup>24</sup>. Al respecto se han formulado varias teorías. Analizaremos solo las más importantes, de las que destacaremos sus principales virtudes y debilidades.

Según una tesis, se trataría de un acto complejo, consistente en un depósito irregular unido a una estipulación en favor del beneficiario, que da lugar a una prenda de dinero. En consecuencia, no se trataría de una figura distinta de otras, con naturaleza y efectos propios. Por el contrario, el tomador efectuaría un depósito de dinero en las arcas del banco emisor, el que tendría un carácter irregular, conforme a lo dispuesto en el artículo 2221 del Código Civil. Luego, el depositante estipularía en favor de un tercero, el beneficiario, quien no participa en la convención. El documento constituiría, finalmente, una prenda de dinero<sup>25</sup>. En suma, entre tomador y banco existiría un contrato de depósito; entre el banco y el beneficiario las relaciones se regirían por una estipulación en favor de un tercero; y, las del tomador con el beneficiario por las de la prenda de dinero<sup>26</sup>.

Se ha dicho que esta postura presenta algunas deficiencias notorias. La más importante dice relación con el carácter accesorio que posee el contrato de prenda. Todas las cauciones presentan como característica la accesoriedad, es decir, sin ser contratos dependientes, se encuentran vinculados al acto o contrato al que acceden y penden de las obligaciones que garantizan. De esta manera, la extinción del contrato principal trae como consecuencia la extinción de la caución<sup>27</sup>. Es evidente que ello no ocurre con la boleta bancaria. Prueba de ello es que la boleta debe ser pagada al beneficiario sin que el banco pueda cuestionar la oportunidad del pago, ni excepcionarse en el contrato base suscrito por el tomador y el beneficiario. Por su parte, el tomador no puede impedir, como regla general, que el banco pague la boleta al beneficiario. A partir del año 1996, nuestra jurisprudencia se ha uniformado en rechazar recursos de protección planteados por el tomador destinados a impedir el pago de la boleta<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> CAPRILE BIERMANN (2002) p. 32.

<sup>25</sup> En la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 19 de julio de 2000 (indicador LexisNexis 22146), cuyas partes eran Servicio de Vivienda y Urbanización Bío Bío Empresa de Servicios Sanitarios Bío Bío S. A., se califica la boleta bancaria de garantía como una prenda del tomador a favor del beneficiario. La Corte estimó que: "El beneficiario en cuyo favor se emitió la letra se hace dueño de ese depósito y el tomador no puede oponerse a que el banco pague su monto al beneficiario ni aunque alegue que este no ha cumplido la obligación caucionada, porque ello desvirtúa la prenda, y el banco está también obligado por su parte a pagar sin dilación".

<sup>26</sup> Es la teoría de VARELA VARELA (1948). Le sigue GONZÁLEZ SAAVEDRA (1962) pp. 45 y ss. Es la misma opinión que señala SOMARRIVA (sin año) p. 231. Según CAPRILE BIERMANN (2002) p. 50, es la teoría mayoritaria en nuestra doctrina.

<sup>27</sup> Así lo dispone el artículo 2381 N° 3 para la fianza, artículo 2406 para la prenda y el artículo 2434 para la hipoteca.

<sup>28</sup> Es bastante conocido el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 27 de septiembre de 1996, publicado en RDJ, t. 94. N° 2, sección quinta, pp. 147 y ss, por el que se resolvió el recurso de protección interpuesto por Dinamex Chile S. A. en contra del Cuerpo Militar del Trabajo. En el caso *sublite*, el

De otra parte, Puelma Accorsi, critica la tesis descrita señalando que no existiría una genuina entrega del tomador al beneficiario. En este sentido, Caprile<sup>29</sup> explica que en las obligaciones de dar es fundamental el ánimo con el que se entregue el dinero. Sin ir más lejos, el Código Civil admite que pueda celebrarse el contrato de compraventa con arras como prenda de la celebración del contrato, quedando estas como parte del precio o en señal de quedar convenidos, conforme a los artículos 1803 a 1805.

Lecaros explica que el caso de la prenda de dinero, el acreedor se haría dueño del dinero, por lo que el contrato se desfiguraría y pasaría a ser título traslativo de dominio. Agrega: "El acreedor se haría dueño del dinero, pudiendo usarlo, gozarlo y disponer de él, obligándose a restituir una suma de dinero equivalente una vez satisfecha la deuda principal o garantizada. Guarda, en tal sentido mucha relación con el cuasi usufructo, con el mutuo y sobre todo con el depósito irregular (artículo 2395 y 2221). La ventaja que tiene la prenda de dinero es que evita la necesidad de realizarla cuando el deudor no cumple la obligación garantizada. Se aproximaría, en tal caso a una compraventa de cosas muebles con pacto de retroventa. Todo lo dicho respecto de la prenda de dinero es aplicable a los vales vista bancarios o boletas de garantía"<sup>30</sup>. Es por ello que este sector doctrinal justifica la imposibilidad de oponerse al pago de la letra, en virtud del dominio que detenta el acreedor respecto del dinero dado en prenda. El fallo de la Corte de Concepción, de 19 de julio de 2000, que hemos citado, emplea igual justificación, cuando resuelve que el tomador

recurrente se había adjudicado el suministro de diversos vehículos militares, entregando dos boletas bancarias de garantía; una, del 2%, del precio del contrato, para garantizar la seriedad de la oferta; y, otra, del 5% de la oferta, para garantizar el fiel cumplimiento del contrato. Considerando el Ejército que existía incumplimiento por parte de Dinamex Chile S. A., hizo efectivo el cobro de la boleta bancaria, pretendiendo aplicarla a una cláusula penal compensatoria que las partes habían pactado. La Corte estimó que dicho procedimiento constituía un atentado a varias garantías constitucionales, especialmente la igualdad ante la ley y el debido proceso. La Corte estimó que las partes estaban sometidas al principio de igualdad, conforme al artículo 1545 del Código Civil y que la autoridad administrativa no podía decidir por sí y ante sí la existencia de un incumplimiento, ya que, de lo contrario, se vulneraría la garantía del debido proceso. Esta misma circunstancia constituiría una violación del derecho a un juez natural, reconocido en el artículo 19 N° 3 del texto constitucional.

Sin embargo, con posterioridad al fallo en comento, nuestros tribunales se uniformaron en el rechazo de los recursos de protección que pretendían detener el pago de las boletas bancarias de garantía, aun cuando ninguno de ellos se hace cargo del problema de su naturaleza jurídica. Podemos citar algunos ejemplos que determinan esta tendencia. Así, en el fallo de la Corte Suprema de 25 de mayo de 2005 (indicador LexisNexis 32239), sobre un recurso de protección interpuesto por Juan Opazo Ramírez contra la Municipalidad de Antofagasta, se intentó paralizar el cobro de una boleta bancaria de garantía. En primera instancia, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, por sentencia de 13 de abril de 2005, estimó que la Municipalidad se encontraba facultada para poner término unilateral al contrato suscrito con el recurrente consistente en la construcción de un parque deportivo y de esparcimiento y hacer efectivo el cobro de la boleta bancaria de garantía, si existían atrasos injustificados de las obras. El criterio fue confirmado plenamente por la Corte Suprema en el fallo antes citado.

En el fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 9 de febrero de 2007, no recurrido (indicador 35910 LexisNexis), en un recurso de protección deducido por Manuel Muñoz Guzmán en contra del Gobierno Regional de la VI Región, la Corte estimó que el cobro de boletas bancarias de garantía destinadas a caucionar el fiel cumplimiento de un contrato no vulneraba el derecho de propiedad del tomador de la boleta, toda vez que las partes lo habían pactado expresamente.

<sup>29</sup> CAPRILE BIERMANN (2002) pp. 52 y ss. En el mismo sentido, SOMARRIVA (sin año) pp. 230 y 231.

<sup>30</sup> LECAROS SÁNCHEZ (1995) p. 29.

no puede oponerse al pago de la boleta, pues el beneficiario en cuyo favor se otorgó la boleta se hace dueño del depósito en su favor.

Por otra parte, debemos reconocer que esta doctrina lleva cierta razón cuando afirma que la relación beneficiario-tomador está constituida por una prenda, solo en cuanto el artículo 69 N° 13 de la Ley General de Bancos dispone que las boletas bancarias de garantía no son embargables por terceros, de donde se deduce que las partes pueden hacerlo. En este caso, al igual que en el artículo 1464 N° 3 del Código Civil, el embargo es entendido en un sentido amplio, comprendiendo todas las medidas judiciales que embaracen o limiten la libre disposición del bien. Luego, si las partes pueden embargar o deducir medidas precautorias en contra de la boleta, cabe preguntarse: ¿en virtud de cuál razón jurídica podría el tomador embargar y solicitar una medida precautoria en relación con la boleta bancaria? A nuestro juicio, la única razón jurídica por la que el tomador puede solicitar una medida de este tipo consiste en una discusión sobre el contrato que da origen a la boleta bancaria. Es decir, el tomador podrá sostener en juicio cuestiones relativas al contrato de origen y en virtud de ello puede pedir una medida precautoria, prejudicial o no, en relación con la boleta. Ello nos hace pensar que la boleta no tiene un carácter autónomo como se pretende; sino, por el contrario, genuinamente accesorio. De hecho, el Capítulo 8-11 de la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras califica la boleta como "caución". Cuando así lo hace, nos parece que parte del supuesto que se trata de una caución, definida en los términos del artículo 46 del Código Civil, en relación con el artículo 1442 del Código Civil, disposiciones que definen la caución y regulan los contratos accesorios<sup>31</sup>.

Para Puelma, las relaciones entre tomador y el banco y entre este y el beneficiario serían idénticas a las de la doctrina anterior. Es decir, se trataría de un depósito irregular unido a una estipulación en favor de otro. Pero, a diferencia de la teoría anterior, no ve en las relaciones entre tomador y beneficiario una prenda de dinero, por no existir entrega de cosa alguna, dado que la prenda es un contrato real, ni las partes han celebrado dicho contrato. Por el contrario estima que se trata de un negocio fiduciario. El tomador, al hacer un depósito a favor de un tercero está realizando un acto fiduciario que es real. Se trataría de un negocio fiduciario con fines de garantía, incorporado en el concepto amplio de caución<sup>32</sup>. En general, pueden serle formuladas las mismas críticas que a la doctrina anterior.

Para Varela Morgan la boleta de garantía sería un título de crédito que contiene una promesa unilateral del banco, incondicionada y abstracta, de la que emana la obligación de este a favor del beneficiario. Agrega que no se trata de un depósito para el banco, ni de un préstamo para el tomador, porque el banco no necesita dinero para otorgarla; por el contrario, se trataría de un servicio que presta a su cliente. Sostiene que el depósito y el mutuo, en su caso, se encontrarían unidos de manera indisoluble. Así

<sup>31</sup> Para un tratamiento de los contratos principales y accesorios véase LÓPEZ SANTA MARÍA (2005) pp. 128 y 129, quien señala expresamente que los contratos accesorios son las cauciones.

<sup>32</sup> PUELMA ACCORSI (1971) pp. 88 y 89.

como se puede dar en garantía una letra, mediante endoso, se podría dar en garantía la obligación del banco frente al beneficiario de la boleta, constituyendo la caución un contrato de prenda, debido a que se entrega al acreedor una cosa mueble –la obligación del banco– para seguridad de su crédito<sup>33</sup>.

También para Winter, la boleta bancaria de garantía sería un título de crédito intransferible, emitido por un banco a nombre propio, pero en virtud de un mandato del tomador, con el exclusivo objeto de que este último lo utilice para garantizar al beneficiario el cumplimiento de la obligación que se consigna en su texto, y que es pagadero con la sola presentación al cobro. Agrega que se trataría de un negocio compuesto, que incorpora distintos actos jurídicos: un mandato mercantil entre el tomador y el banco, un título de crédito para explicar las relaciones entre el banco y el beneficiario; y un contrato innominado de garantía para explicar las relaciones entre el tomador y el beneficiario<sup>34</sup>.

Esta teoría presenta el problema que el instrumento no se aviene con la esencia de los títulos valores. Estos consisten en un documento que incorpora un derecho, de manera que dicho derecho circula con el documento, emanando los caracteres de independencia y abstracción propios de los efectos de comercio<sup>35</sup>. En cambio, la boleta bancaria de garantía tiene como esencia o nace esencialmente para garantizar una obligación. Además, desde su nacimiento, no está destinada a circular. La Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Capítulo 8-11, en el número 1, dispone que la boleta bancaria es una caución que tiene por objeto garantizar el fiel cumplimiento de una obligación. Y en el apartado 1.1 se agrega: "*Dado que la boleta es una caución, en ningún caso puede disponerse de ella para una finalidad distinta de aquella para la cual fue tomada. Por consiguiente se trata de un documento nominativo que no admite endoso por parte del beneficiario, sino solamente su cancelación en caso de hacerse efectiva, cobrando su importe o bien, para hacer su devolución al respectivo tomador de la misma, para que este a su vez la devuelva al banco, a fin de dar por cancelada la garantía*". Ciertamente es que el artículo 30 de la Ley N° 18.092 admite que la letra puede ser endosada en garantía, constituyendo una prenda, pero los títulos valores y, especialmente los efectos de comercio, no pueden ser girados en garantía, porque se desnaturalizan.

Sin embargo, hay algunos argumentos, de forma y de fondo que permiten argumentar en favor de esta teoría. En lo que respecta a las de forma, si uno lee atentamente las disposiciones de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Capítulo 8-11, tal parece que estas asumen que se trata de un título valor, al que incluso le resultan aplicables las disposiciones de la Ley N° 18.092. En el apartado 1.2, letra b), se dispone que: "*Acorde con la función para las que fueron creadas, en la extensión de una boleta de garantía debe dársele a esta el carácter de nominativa y no endosable. Para este efecto deberá utilizarse únicamente la forma "El Banco... pagará a (nombre del beneficiario)", atendido que, sobre la base de lo preceptuado por el artículo 1° de la Ley N° 18.552,*

<sup>33</sup> MORGAN VARELA, Raúl, citado por GONZÁLEZ SAAVEDRA (1962) pp. 27 y ss.

<sup>34</sup> WINTER (1995) (n 22), pp. 88 y ss.

<sup>35</sup> Para esta cuestión, véase PUELMA ACCORSI (2006) pp. 19 y ss.

de 20 de septiembre de 1986 relativo al tratamiento de los títulos de crédito, se podría considerar que el documento no es nominativo si se utilizan cláusulas tales como "a favor" o "a la orden". Por otra parte, como la Ley N° 18.092 sobre letras de cambio y pagarés, en su artículo 18, permite el endoso aun cuando el documento no esté a la orden, conviene agregar en las boletas de garantía el término "no endosable", que el mismo artículo establece para que no proceda el endoso traslativo de dominio, permitiendo sin embargo el endoso en comisión de cobranza, todo lo cual se aviene con la naturaleza jurídica de este especial documento".

Es claro que las expresiones que utiliza la regulación de la Superintendencia consideran en algunas normas que la boleta es un título valor y, más concretamente, un efecto de comercio, pues de otro modo no tendría sentido que discurren sobre la aplicación de la Ley N° 18.552 y la Ley N° 18.092. Primero dispone que las boletas deben ser nominativas, para evitar la aplicación de la Ley 18.552. Luego, agrega que es conveniente agregar la expresión "no endosable", considerando implícitamente que el estatuto supletorio de la boleta sería la Ley N° 18.092<sup>36</sup>.

En cuanto al fondo, creemos que el principio de inoponibilidad de excepciones que evidentemente opera en la boleta, respecto de las relaciones banco-beneficiario, pueden ser explicadas desde la teoría de los títulos valores sin necesidad de recurrir a la teoría del contrato autónomo de garantía. Sobre esta cuestión volveremos luego, al examinar la teoría que sustenta Caprile.

Por último, para Caprile, la boleta bancaria tiene el carácter de garantía a primer requerimiento, constituyendo un contrato atípico, pero nominado. Para el autor, todas las teorías anteriores disgregan los vínculos que existen entre tomador, banco y beneficiario, para deducir desde ahí distintas relaciones contractuales típicas. En cambio, la doctrina de la garantía autónoma permite, una explicación unitaria para todas las relaciones envueltas en la generación de la boleta<sup>37</sup>.

El contrato abstracto o autónomo de garantía y su subespecie, el contrato a primer requerimiento o primera demanda, de raíz germana, es un contrato estrictamente bancario<sup>38</sup>. Como indica Sánchez-Calero Guilarte, siguiendo a Canarias, el

<sup>36</sup> Si se considera que la boleta, en cuanto documento que incorpora un derecho autónomo y que circula con el documento, es un título valor, en virtud del artículo 1° de la Ley 18.552, de 20 de septiembre de 1986, le sería aplicable el endoso regulado en la Ley 18.092. En este sentido, la última normativa indicada dispone que la letra puede ser endosada en garantía, lo que constituye una prenda. En todo caso, cabe tener presente que se trata de una opinión discutible, desde que, conforme al Capítulo 8-11 de la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la boleta es nominativa e intransferible y la ley que hemos citado exige que los títulos sean a la orden. Lo curioso es que normalmente las letras de cambio se emiten nominativas y, no obstante, pueden endosarse, salvo que incorporen la cláusula no endosable.

<sup>37</sup> CAPRILE BIERMANN (2002) pp. 113 y 114. En España, los autores que se refieren a la garantía a primer requerimiento distinguen las distintas relaciones que emanan del contrato. Así, SÁNCHEZ CALERO GUILARTE (1995) p. 136, sostiene que las distintas relaciones jurídicas dan lugar a contratos distintos. Así, entre el tomador o requeriente y el banco existiría un mandato mercantil, como en la mayoría de los contratos bancarios. Entre el banco y el beneficiario de la garantía surge el contrato de garantía en sentido estricto. Finalmente, entre el requirente o tomador y el beneficiario, pueden encontrarse unidos por contratos de diversas naturalezas. En el mismo sentido, SAN JUAN CRUCELAEGUI (2004) pp. 235 y ss.

<sup>38</sup> Para un análisis general de los contratos bancarios en Chile, véase SANDOVAL LÓPEZ (2003) pp. 301 y ss.

contrato autónomo de garantía: "es aquel por el que el banco garante responde frente al beneficiario por la obtención de un determinado o el mantenimiento de una concreta situación, de modo que si uno u otro no llegaran a producirse el garante se vería obligado a reemplazar el interés defraudado en tal supuesto al beneficiario"<sup>39</sup>. Por su parte, Carrasco Perera señala que es: "el contrato por la que un tercero (normalmente entidad de crédito) intercede ante el acreedor garantizando el cumplimiento de determinadas obligaciones de un deudor principal, con la particularidad de que la obligación de pago del garante se funda en, y vence por la sola reclamación de pago hecha por el acreedor —unida acaso a otros requisitos formales—, sin que el garante pueda discutir la corrección material de esta reclamación desde la perspectiva del deudor principal ni oponer al pago las excepciones que este deudor pudiera oponer al acreedor en relación de valuta"<sup>40</sup>.

Según Caprile, la boleta bancaria responde a las características esenciales de la garantía autónoma a primer requerimiento. Se trataría de una garantía personal, por oposición a las reales, destacando dicho carácter, debido a que la tesis mayoritaria la considera una prenda y, por tanto, una garantía real. Además, explica que a su respecto opera el principio de inoponibilidad de las excepciones, en el sentido que el garante no puede excusarse de pagar invocando excepciones o defensas derivadas del contrato garantizado. También explica que la boleta bancaria es una garantía autónoma, siendo este el rasgo fundamental de las garantías a primer requerimiento, constituyendo su impronta precisamente la inoponibilidad de las excepciones. En ello se distinguiría de la fianza, la que, en cuanto caución, tiene un carácter accesorio<sup>41</sup>.

En efecto, los autores suelen distinguir el contrato autónomo de garantía de la fianza, especialmente porque este último carece de la nota de accesoriedad propia del primero. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1442 del Código Civil, el contrato es principal cuando subsiste por sí mismo y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella. Por el contrario, como indica Sánchez-Calero Guilarte, en el contrato de garantía no se busca reforzar el crédito del acreedor de esta, sino que prima asegurar la satisfacción de un interés económico. El banco no cumple en lugar del deudor, sino que asume una obligación distinta, consistente siempre en el pago de una cantidad de dinero. Para su cumplimiento bastará la reclamación del acreedor formulada de acuerdo a las condiciones establecidas en el contrato de garantía, bien por la simple manifestación de voluntad del beneficiario o estableciendo que dicha reclamación deba ir acompañada de documentos. Agrega el autor: "De este modo, la falta de la accesoriedad se convierte en la fundamental nota diferenciadora de los avales bancarios frente a la fianza. Parece oportuno advertir, aunque ello pueda parecer incluso obvio, que al referirnos al contrato de garantía bancaria estamos pensando exclusivamente en aquellas modalidades del mismo que realmente

<sup>39</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (1995) pp. 139 a 141. En este sentido el autor señala que la prestación del banco es el núcleo del contenido de este contrato de garantía.

<sup>40</sup> CARRASCO PERERA (1996) pp. 687, 688 y 689.

<sup>41</sup> CAPRILE BIERMANN (2002) pp. 126 a 129

constituyen un contrato de garantía personal distinto de la fianza, y más concretamente, a las garantías a primera demanda"<sup>42</sup>.

Como hemos visto, Caprile señala que la boleta bancaria de garantía constituiría una garantía a primer requerimiento, en base a tres características: se trataría de una garantía personal y no real; y es autónomo, especialmente al operar el principio de inoponibilidad de las excepciones.

La verdad es que la tesis de Caprile, con todo lo interesante que es, no permite resolver el problema que el mismo autor se plantea primeramente, por cuanto afirmar que se trata de un contrato atípico o autónomo de garantía no determina la norma de fondo aplicable; más bien, se genera precisamente ese problema. La doctrina más moderna viene distinguiendo entre contratos nominados-innominados y contratos típicos-atípicos. Los primeros tienen un nombre y fisonomía propia, pero no se encuentran regulados en la ley. Los segundos no encuentran regulación legal o la que existe es escasa o insuficiente, de manera que debe ser asimilado a alguna figura típica, a los efectos de precisar la normativa de fondo aplicable. Así, pueden existir contratos típicos y nominados o típicos e innominados, así como contratos atípicos innominados. En el caso de la boleta bancaria de garantía, consideramos que se trata de un contrato típico y nominado. Pero la consagración legislativa solo alcanza a su mención y la normativa de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras no permite resolver el problema de la naturaleza jurídica, que indique la normativa supletoria aplicable.

Precisamente por ello surge la necesidad de determinar las normas de fondo aplicables. Afirmar que se trata de una figura nueva, distinta de las típicas, solo permite volver al punto de partida. Es por eso que Carrasco Perera plantea una posición más crítica del instituto, que desde luego compartimos. Al respecto, el autor citado califica el contrato simplemente como una fianza, que admite distintas configuraciones, considerando inútil elaborar una construcción dogmática de un contrato que incluya la cláusula a primer requerimiento. Más adelante explica que la opinión común indica se trata de un tipo contractual distinto de la fianza, caracterizado por el carácter autónomo y no accesorio de la obligación del garante, que comporta independencia respecto de la obligación garantizada. Agrega el autor: "*Esta desconexión entre la garantía y su causa material se expresa comúnmente mediante la afirmación de que la gpr no "garantiza" el cumplimiento de la obligación básica, sino la "indemnidad" del beneficiario para cuando ocurra un suceso, especificado en la garantía, y que es la falta de cumplimiento del deudor ordenante de la garantía*". Por eso, para este autor la garantía a primer requerimiento no presenta las notas de abstracción e independencia que parte de la doctrina señala, pues en su concepto si bien es cierto este contrato crea una obligación distinta y autónoma de la obliga-

<sup>42</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (1995) pp. 102 y 103. En el mismo sentido y diferenciando claramente el instituto de la fianza, SAN JUAN CRUCELAEGUI (2004) pp. 223 y 224, quien explica que en la práctica y derecho americano se distinguen claramente ambas figuras, empleando la expresión *guaranty*, que se corresponde con el tipo de garantía accesorio y *stand-by*, que se corresponde con el tipo de garantía accesorio. CARRASCO PERERA (1996) pp. 688 y 689, en cambio, plantea una postura más crítica del contrato, pues lo considera simplemente como un contrato de fianza, que admite distintas configuraciones, considerando inútil elaborar una construcción dogmática de un contrato que incluya la cláusula a primer requerimiento.

ción principal, lo mismo ocurre en la fianza. Así, es un abuso de la semántica distinguir entre "cumplir por otro", para la fianza e "indemnizar un resultado ajeno", en el caso del contrato a primer requerimiento, en circunstancias que en ambos casos se asegura un resultado que consiste en el incumplimiento de una obligación principal, pero la obligación del garante emana de su propio contrato. Finalmente, sostiene que la garantía a primer requerimiento no es una obligación abstracta, pues tiene un fin típico, que no es otro que la finalidad de garantía respecto de otra obligación<sup>43</sup>.

De otra parte, el principio de inoponibilidad de las excepciones es una característica que se presenta también en los títulos de crédito y, especialmente, en los efectos de comercio. El principio, consagrado en el artículo 28 de la Ley 18.092 significa que el obligado al pago, cualquiera que este sea (librador, aceptante, endosante o avalista), no puede oponer excepciones que estén fundadas en relaciones personales con anteriores portadores de la letra, a diferencia de lo que ocurre con la cesión de créditos<sup>44, 45</sup>.

<sup>43</sup> CARRASCO PERERA (1996) pp. 695, 726, 727 y 728. Le sigue SÁNCHEZ LERMA (2001) pp. 283 y 284, quien considera la existencia de cierta equivalencia entre la cláusula a primer requerimiento y el pacto de solidaridad de la fianza, pues en tal caso, según la autora, el fiador, además de perder el beneficio de excusión responde frente al acreedor sin necesidad de incumplimiento por parte del deudor principal; en tal caso el acreedor puede dirigirse en contra del fiador o el deudor principal solo al vencimiento de la obligación, pero subsistiendo la posibilidad de que el fiador oponga las excepciones derivadas del vínculo principal. En cambio, sostiene, hay subsidiariedad en la fianza cuando el acreedor deba acreditar el incumplimiento para dirigirse en contra del garante. En contra de esta posición, como hemos visto y distinguiendo claramente el contrato independiente de garantía de la fianza, SAN JUAN CRUCELAEGUI (2004) pp. 225, 226, 227 y 229, quien ni siquiera cree posible la aplicación supletoria de la regulación legal de la fianza. En este sentido indica que no es posible pactar solidaridad en la garantía a primer requerimiento: "*La solidaridad es una característica típica y posible de la fianza cuando así es pactada por las partes, en clara conexión y conformidad con el carácter de accesoriedad de aquéllas, por lo que parece, ya desde un principio, característica inadecuada para un tipo contractual como es el de las garantías independientes, que se destaca por su carácter principal (...). La solidaridad es noción extraña a las garantías independientes, en las que cada uno de los obligados responde de su propia obligación, por lo que el garante no asume solidariamente la obligación del garantizado, sino exclusivamente la obligación de garantía*".

<sup>44</sup> En verdad, el denominado principio de inoponibilidad de excepciones deriva del carácter autónomo o independiente de los títulos valores. Dicha autonomía se refleja en un triple aspecto: a) la independencia que cada uno de los poseedores del título tiene respecto de los poseedores anteriores del mismo. Esto significa que, a diferencia del derecho común, el que adquiere el título adquiere un derecho distinto e independiente de las relaciones producidas entre los anteriores titulares del documento. Este es el aspecto consagrado en el artículo 28 de la Ley 18.092 y que se conoce como principio de independencia de firmas; b) en un segundo aspecto, la autonomía implica que cada uno de los actos ejecutados sobre el título valor son independientes entre sí. Así, por ejemplo, con arreglo al artículo 7 de la Ley 18.092, la incapacidad de algunos de los signatarios de una letra de cambio, el hecho que parezcan firmas falsas o falsificadas, no invalida las obligaciones de los demás firmantes del título; c) en un último aspecto, la independencia se relaciona con el carácter abstracto que algunos títulos valores tienen, en especial los efectos de comercio. Esta característica está consagrada en el artículo 12 de la Ley 18.092, que regula el denominado efecto no extintivo. Dispone la norma que las operaciones sobre letra de cambio no extingue las relaciones que les dan origen, es decir, no producen novación, salvo pacto expreso, pero si el obligado paga la letra, se extingue también la obligación originaria hasta el monto de lo pagado.

<sup>45</sup> Varios autores reconocen las similitudes del principio de inoponibilidad de excepciones que opera en los actos cambiarios y en la garantía a primer requerimiento. Así, SÁNCHEZ LERMA (2001) p. 283, señala que al igual que en las obligaciones cambiarias, en las garantías a primer requerimiento, la abstracción da lugar al efecto de la inoponibilidad de las excepciones que es en las garantías a primera demanda, un efecto de su

Pero fuera de esta cuestión, lo cierto es que la teoría de Caprile tampoco recibe apoyo normativo. Aun cuando la pura descripción de la boleta coincide con la definición del contrato a primer requerimiento, por una parte, el artículo 69 N° 13 de la Ley General de Bancos dispone que esta no es embargable por terceros. Si las partes pueden embargar la boleta, especialmente el tomador o deudor, es porque esta no se encuentra desvinculada del contrato principal o base de la cual emana. Ello nos hace suponer que la ley la considera, lisa y llanamente, una prenda. Por su parte, la normativa de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras tampoco contribuye a la teoría, pues en varios pasajes se la califica de una caución y, por tanto, de un contrato accesorio. Así, en el número 1.1 se dispone que: "*Ya sea que el depósito se constituya en efectivo o como consecuencia de un préstamo bancario y cualquiera sea la obligación que caucione*". Más adelante se señala: "*Dado que la boleta es una caución, en ningún caso puede disponerse de ella para una finalidad distinta de aquella para la cual fue tomada*"<sup>46</sup>.

Esta cuestión, sin embargo, requiere una explicación un poco más detallada. Por un lado, es claro que en la boleta bancaria el garante –el banco– no puede oponer excepciones al pago que se funden en el vínculo que existe entre el deudor o tomador y el beneficiario-acreedor. Como hemos visto, la teoría de la prenda de dinero justifica esta cuestión sosteniendo que al tratarse de una prenda de dinero y, por tanto, una prenda irregular, el beneficiario se haría dueño del dinero depositado en su favor. En cambio, la teoría del contrato independiente a primer requerimiento justifica esta cualidad de la boleta bancaria en el principio de la inoponibilidad de excepciones que emana del carácter autónomo y principal de la boleta. El banco garante no respondería de la obligación base contraída por el tomador-deudor, sino que habría asumido una obligación independiente frente al beneficiario.

De otra parte, esto supondría que el deudor no podría realizar alegaciones sustantivas o maniobras procesales tendientes a obstaculizar o impedir el pago de la boleta, pues esta se habría generado en una relación totalmente desvinculada del contrato base. Sin embargo, vemos que conforme a la regulación de la boleta bancaria, las partes pueden discutir la oportunidad del pago e impedir que este se practique. Ciertamente el acreedor podrá embargarla o precautoriarla para mejor aseguramiento de sus derechos, pero este aseguramiento no tendría sentido si no debe discutir primeramente la cuestión principal. Menos sentido tendría que el deudor pudiese solicitar una medida precautoria, si no tiene como finalidad discutir el carácter del incumplimiento pretendido por el acreedor. Y esta es la razón que nos hace pensar que la teoría del contrato de garantía a primer requerimiento, con todos los méritos que presenta, no puede tener asidero en nuestro sistema.

autonomía y el sentido de su no accesividad. De manera similar, SAN JUAN CRUCELAEGUI (2004) p. 228, reconoce como elemento común de ambas figuras el de la inoponibilidad de excepciones, aunque reconoce la autonomía de la garantía a primer requerimiento.

<sup>46</sup> Y esto es sin perjuicio que, como hemos visto, en la letra b) del numeral 1. 2 del Capítulo 8-11, la normativa parece entender que la boleta es un genuino efecto de comercio.

#### IV. CONCLUSIONES

Como hemos visto, las garantías constituyen un instituto complejo, en el que confluyen un número considerable de normas, tanto del Derecho civil, como del Derecho comercial y del procesal, pues en un sentido amplio comprenden todos los remedios y mecanismos de tutela del crédito o, más bien, del derecho personal que envuelve la situación jurídica crédito. Pero, en un sentido estricto, las garantías solo importan obligaciones propias o ajenas que están destinadas a asegurar directamente el cumplimiento de una obligación, o más exactamente, el deber jurídico de prestación del deudor. Generalmente, las garantías en sentido estricto se identifican con las cauciones, pero existen otras. Ello ocurre precisamente con la boleta bancaria de garantía, original de nuestro sistema y de gran aplicación práctica. Sin embargo, aún quedan pendientes problemas relacionados con la misma, que inciden en importantes aspectos prácticos. Por eso, nos hemos referido especialmente al concepto y a la naturaleza jurídica del instituto.

En este contexto, la normativa que la regula es bastante confusa y no permite arribar a una postura clara. Tanto el artículo 69 N° 13 de la Ley General de Bancos, como el Capítulo 8-11 de la Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras permiten sostener que se trataría bien de una prenda de dinero o de un título valor, tal como hemos analizado. Sin embargo, ha de reconocerse que la circunstancia que la boleta pueda ser embargada por las partes, especialmente por el tomador, le priva a esta de su carácter abstracto. Sin bien es cierto que el banco garante no puede oponer excepción alguna para proceder al pago de la boleta, sino solo a petición del beneficiario acreedor, el tomador o deudor puede paralizar el pago de la misma discutiendo la cuestión de base, único marco procesal en el que podrá solicitar una medida precautoria sobre la boleta y, en este sentido, resulta evidente que el instrumento en análisis pierde el carácter autónomo que algunos autores le asignan.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BLANCO GÓMEZ, Juan José (1996): *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño* (Editorial Dykinson, 1ª Edición, Madrid) 148 pp.
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2002): *La boleta bancaria de garantía. Una garantía a primer requerimiento* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago) 224 pp.
- CARRASCO PERERA, Ángel (1996): "Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y garantías a primer requerimiento" en: NIETO CARROL, Ubaldo, BONET SÁNCHEZ, José Ignacio (Coord), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. Tomo I. Parte General y garantías personales (Civitas, 1ª Edición, Madrid) pp 623 a 761.
- DE AMUNÁTEGUI, Cristina (1993): *La función de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Editorial Bosch, 1ª Edición, Barcelona) 195 pp.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1983): *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial* (Editorial Tecnos, 1ª Edición, Madrid) 890 pp.

- DÍEZ-PICAZO, Luis (1964): "El contenido de la relación obligatoria", en: *Anuario de Derecho Civil*. Vol 17, N° 2: pp 349 a 366.
- FUEYO LANERI, Fernando (1992): *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, Santiago) 652 pp.
- GONZÁLEZ SAAVEDRA, Miguel (1962): *La boleta bancaria de garantía* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago) 147 pp.
- LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel (1995): *El contrato de prenda civil* (Sociedad Editora Metropolitana, Santiago, 1ª Edición) 253 pp.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2005): *Los Contratos, Parte General* (Editorial Jurídica de Chile, 4ª Edición, Santiago) 624 pp.
- PUELMA ACCORSI, Alvaro (1971): *Estudio jurídico sobre operaciones bancarias de Chile* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago) 349 pp.
- PUELMA ACCORSI, Alvaro (2006): *Letra de cambio y pagaré, Ley N° 18.092. Exposición, texto, fuentes y circunstancias* (Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición reimpresión, Santiago) 140 pp.
- ROCA TRÍAS, Encarna (1996): "Rasgos básicos de la regulación española en materia de negocios de garantía", en: NIETO CARROL, Ubaldo, BONET SÁNCHEZ, José Ignacio (Coord), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. Tomo I. Parte General y garantías personales (Civitas, 1ª Edición, Madrid) pp. 127-163.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan (1995): *El contrato autónomo de garantía. Las garantías a primera demanda* (Centro de documentación bancaria y bursátil, 1ª Edición, Madrid) 429 pp.
- SÁNCHEZ LERMA, Gemma (2001): "Contratos mercantiles de garantía", en: DE LA CUESTA RUTE, José María (Director), VALPUESTA GASTAMINA, Eduardo (Editor), *Contratos Mercantiles*. (Editorial Bosch, Barcelona) Tomo II, pp. 227 a 328.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2003): *Contratos Mercantiles* (Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago) 744 pp.
- SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier (2004): *Garantías a primera demanda: contratación internacional e interna* (Thompson-Civitas, Madrid) 623 pp.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (sin año): *Tratado de las Cauciones* (Editorial Cono-Sur, 2ª Edición, Santiago) 611 pp.
- VARELA VARELA, Raúl (1948): "Comentario a la sentencia recaída en el juicio "Wessel Duval y Cía con Selzer y Schwarzenberg", *Revista de Derecho y Jurisprudencia* Vol, 2ª parte, Sección 1ª.
- VICENT CHULIÁ, Francisco (1996): "Introducción al estudio de las garantías personales en el Ordenamiento español", en: NIETO CARROL, Ubaldo, BONET SÁNCHEZ, José Ignacio (Coord), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. Tomo I. Parte General y garantías personales (Civitas, 1ª Edición, Madrid) pp 315 a 467.
- WINTER IGUALT, Rodrigo (1995): *Boleta de garantía* (Instituto de estudios bancarios, 1ª Edición, Santiago) 180 pp.

## NORMAS CITADAS

- Ley N° 19.382, Modifica Ley General de Urbanismo y Construcciones. *Diario Oficial*, 3 de febrero de 2004.
- Ley N° 20.007, Modifica Ley General de Urbanismo y Construcciones. *Diario Oficial*, 11 de abril de 2005.
- Ley N° 18.092, Dicta nuevas normas sobre letra de cambio y pagaré y deroga disposiciones del Código de Comercio. *Diario Oficial*, 14 de enero de 1982
- Ley N° 18.852, *Relativo al tratamiento de los títulos de crédito*. *Diario Oficial*, 20 de septiembre de 1986.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 3, Fija texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican. *Diario Oficial*, 19 de diciembre de 1997.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 458, Ley General de Urbanismo y Construcciones. *Diario Oficial*, 13 de abril de 1976.
- Capítulo 8-11, Boleta Bancaria de Garantía. Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- Servicio de Vivienda y Urbanización Bío Bío Empresa de Servicios Sanitarios Bío Bío S. A. (2000): Corte de Apelaciones de Concepción, de 19 de julio de 2000 (recurso de apelación contra medida precautoria), disponible en bases de datos LexisNexis, número de indicador 22146, [http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A\\_Juridica/CL\\_JOL01&vid=LNChile:65](http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01&vid=LNChile:65) (fecha de consulta: 30 de julio de 2007);
- Dinamex Chile S. A. con Cuerpo Militar del Trabajo (1997): Corte de Apelaciones de Santiago, 27 de septiembre de 1996 (recurso de protección), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 94. II parte, sección quinta, pp 146-151;
- Muñoz Guzmán, Manuel con Gobierno Regional de la VI Región Corte de Apelaciones de Rancagua (2007): 9 de febrero de 2007 (recurso de protección), disponible en bases de datos LexisNexis, número de indicador 35910, [http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A\\_Juridica/CL\\_JOL01&vid=LNChile:65](http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01&vid=LNChile:65) (fecha de consulta: 30 de julio de 2007);
- Opazo Ramírez, Juan con Ilustre Municipalidad de Antofagasta (2005): Corte Suprema, 25 de mayo de 2005 (recurso de protección), disponible en bases de datos LexisNexis, indicador LexisNexis 32239, [http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A\\_Juridica/CL\\_JOL01&vid=LNChile:65](http://productos.lexisnexis.cl/NXT/lexisnexis.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01&vid=LNChile:65) (fecha de consulta: 30 de julio de 2007)

## FORMAS DE PERFECCIONAMIENTO Y MECANISMOS DE REALIZACIÓN DE LA PRENDA SOBRE CRÉDITOS

## WAYS OF PERFECTING AND FORECLOSURE MECHANISMS OF THE PLEDGE OVER CREDITS

## FORMAS DE APERFEIÇOAMENTO E MECANISMOS DE REALIZAÇÃO DA PENHORA SOBRE CRÉDITOS

Juan Luis Goldenberg Serrano<sup>1</sup>

### RESUMEN

La ley N° 20.190 introdujo en nuestro sistema jurídico una nueva regulación de la prenda sin desplazamiento, admitiendo la posibilidad de constitución sobre derechos, especialmente sobre créditos. Alejándose del sistema ordinario del *Código Civil*, que dispone la notificación al deudor del crédito prendado como requisito de perfeccionamiento del contrato, el nuevo modelo la trata como una mera formalidad de publicidad, cuestión que resuelve una serie de problemas prácticos. Pero las siguientes preguntas son: ¿cómo se estructura la realización de la prenda? y ¿qué particularidades merecen ser destacadas con respecto al régimen consagrado para la prenda ordinaria? Las respuestas deben buscarse, a nuestro juicio, en distinguir las formas de perfeccionamiento del contrato de los métodos de ejecución de la garantía, de modo que las diferencias respecto a las primeras no necesariamente justifican distinciones respecto a los segundos.

Palabras clave: prenda ordinaria, prenda sin desplazamiento, prenda sobre créditos.

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Grado de Salamanca, Universidad de Salamanca. Candidato a doctor en Derecho, Universidad de Salamanca. Calle Villar y Macías 16, 4A, Salamanca, España. Artículo recibido el 2 de diciembre de 2010 y aceptado para su publicación el 20 de enero de 2010. Correo electrónico: jlgoldenberg@usal.es.

Artículos de doctrina

1

Artículos de doutrina

2

### ABSTRACT

Law N° 20,190 introduced in our legal system a new regulation for pledges without conveyance, allowing the possibility of creating it over rights, specifically over credits. Detaching from the ordinary system contained in the *Civil Code*, which provides for the notification of the debtor of the pledged credit as a requirement for the perfection of the lien, the new model treats it as a mere formality of publicity, difference that solves a number of practical problems. But the following questions are how does the new model structure the way in which the security interest shall be foreclosed, and which specialties should be pointed out in reference to the regime provided for the ordinary pledges. The answer shall be fetched, in our opinion, differentiating the manner in which the contract is perfected and the methods for the foreclosure of the security interest, so that any difference regarding the first does not necessarily justify any distinctions regarding the latter.

Key words: ordinary pledge, pledge without conveyance, pledge over credits.

### RESUMO

A lei N° 20.190 introduz em nosso sistema jurídico uma nova regulação da penhora sem deslocamento, admitindo a possibilidade de constituição sobre direitos, especialmente sobre créditos. Se afastando do sistema ordinário do *Código Civil*, que dispõe a notificação ao devedor do crédito penhorado como requisito de aperfeiçoamento do contrato, o novo modelo a trata como uma mera formalidade de publicidade, questão que resolve uma série de problemas práticos. Mas as seguintes perguntas são como se estrutura a realização da penhora, e que particularidades merecem ser destacadas com respeito ao regime consagrado para a penhora ordinária. A resposta deve-se procurar, ao nosso parecer, em distinguir as formas de aperfeiçoamento do contrato dos métodos de execução da penhora, de modo que as diferenças com respeito às primeiras não necessariamente justifiquem distinções a respeito do segundo.

Palavras Chave: penhora ordinária, penhora sem deslocamento, penhora sobre créditos.

I. INTRODUCCIÓN

La prenda sobre créditos es una figura bastante utilizada en el tráfico jurídico, principalmente en supuestos de financiaciones de proyectos y pignoraciones de saldos en cuenta. Su estructura típica se encuentra regulada en el *Código Civil* (y, luego, en el *Código de Comercio*) desde la misma lógica de la prenda sobre bienes corporales, requiriendo de la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del contrato. El desplazamiento corporal es reemplazado por una traslación ideal, en la que el constituyente queda privado de las facultades de cobro y recepción del pago del crédito.

Pero este razonamiento no satisface toda forma de financiación, dado que muchas veces el constituyente no puede despojarse de la facultad de cobro de sus créditos sin comprometer el desarrollo de sus actividades. Sin embargo, las partes tienen pocas vías de escape, considerando que cualquier intento por evitar tal efecto bien podría poner en duda el perfeccionamiento de la garantía, y que las formas de prenda sin desplazamiento creadas por el legislador a lo largo del siglo pasado tampoco satisfacen esta necesidad, en tanto, pensando en las dificultades del despojamiento de bienes productivos, se centraban en la prenda sobre bienes de naturaleza corporal.

La ley N° 20.190, de 5 de junio de 2007, que introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa el proceso de modernización del mercado de capitales (en adelante, la ley N° 20.190), remedia esta carencia, concediendo una nueva regulación sobre el contrato de prenda sin desplazamiento –en general– y permitiendo, expresamente, su constitución sobre derechos. Liberado de la notificación de la prenda al deudor del crédito prendado como requisito constitutivo de la garantía, el constituyente puede mantener la facultad de cobro del crédito mientras no medie el incumplimiento de la obligación principal, a la vez que también se permite la constitución de esta clase de prenda sobre créditos futuros y masas de créditos, sin incrementar irracionalmente sus costos de transacción.

Pero queremos aprovechar la futura entrada en vigencia de tal regulación para detenernos en la lógica de la prenda de créditos en general, y cómo ésta se desdobra en un régimen ordinario y uno sin desplazamiento. Para ello, hemos dividido este trabajo en dos partes, dando cuenta de la lógica de cada normativa y de la forma de perfeccionamiento de cada tipo de prenda. Pero la hipótesis principal será demostrar que las diferencias que tracemos entre ellos, especialmente la naturaleza real o solemne del contrato, no tienen por qué afectar los mecanismos de ejecución de la garantía. Obsérvese, además, que en este análisis pondremos especial atención a la prenda sobre créditos dinerarios, no sólo en consideración

Artículos de doctrina

3

Artículos de doctrina

4

a que se trata del caso más común en la práctica sino, también, porque ha sido nuestro propio ordenamiento jurídico el que se ha orientado a la regulación de este supuesto, para lo cual basta una simple lectura del artículo 819 del *Código de Comercio*, el artículo 12 del decreto ley N° 776, de 1925, sobre realización de la prenda (en adelante, el DL 776) y el artículo 31 del artículo 14 de la ley N° 20.190.

II. DE LA PRENDA ORDINARIA SOBRE CRÉDITOS, SU PERFECCIONAMIENTO Y SU FORMA DE REALIZACIÓN

a. *Lógica de la prenda ordinaria sobre créditos*

El *pignus nominis* suele citarse como primer antecedente de la constitución de algún tipo de garantía sobre créditos<sup>2</sup>. Sus términos son los que, con muy escasa variación histórica, han seguido plasmándose a través de los tiempos, subsumiéndolo en la categoría de la prenda y sólo propiciando una mención particular en atención a las características especiales del objeto sobre el cual recae la caución<sup>3</sup>. En suma, la “prenda de créditos”, como toda prenda clásica, se califica como contrato real de modo que su perfeccionamiento requiere de alguna forma de “desplazamiento” a favor del acreedor prendario. Desplazamiento que, no pudiendo ser físico, requerirá de una formulación especial.

Así encontramos la prenda de créditos en las *VII Partidas* de Alfonso X<sup>4</sup>, y así se codifica en la mayor parte de las principales legislaciones europeas (Francia, Italia y Alemania)<sup>5</sup>. En los respectivos cuerpos normativos, la

<sup>2</sup> Revítese el *Corpus Iuris Civile* en C. 4.39.7, C. 8.17.4, y D. 13.7.18 pr; D. 20.1.13.2 y D. 20.1.20. En particular, D. 13.7.18 pr. dispone: “Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicuius, id quod acceperis erit tibi pignoris loco (Paulus).”

<sup>3</sup> En contra, véase Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, *La prenda de créditos*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 34 y ss., quien, otorgando una serie de justificaciones históricas del *pignus nominis*, concluye que se trataba de una cesión limitada o condicionada con fines de garantía.

<sup>4</sup> *Partida v*, título XIII, ley II, dispone: “Otroxi decimos que todos los debdos que deban à un home, que los puede empeñar à otro con todos los derechos que ha en ellos, et aquel que los rescibiere en peños, puédelos demandar en juicio et fuera de juicio, bien asi como farie aquel á quien los debien et que gelos empeñó...”. De ella consta una nota de Andrés Bello en el *Proyecto de Código Civil de 1853*.

<sup>5</sup> Cabe advertir que en España –con excepción del *Código Civil* catalán– la codificación omitió toda referencia a la prenda sobre créditos, dando lugar a sendos debates doctrinales respecto a su admisibilidad y naturaleza jurídica. Sobre lo primero, la cuestión ha quedado

regulación de esta garantía se sitúa precisamente en los párrafos relativos a la prenda (que, a efectos del presente trabajo, y para su distinción con la prenda sin desplazamiento, denominaremos “prenda ordinaria”)<sup>6</sup>. El punto común será que en todos ellos se exige la notificación del deudor del crédito prendado como requisito de perfeccionamiento del contrato, y, en consecuencia, del nacimiento del derecho real de prenda. Esta notificación busca que, con motivo de la garantía, el deudor del crédito prendado no pueda realizar un pago liberatorio a su acreedor, sino que aquél deba cumplir su obligación entregando la cosa debida (generalmente, dinero) al acreedor prendario. El desplazamiento antes citado se traducirá, en definitiva, en la privación al titular del crédito de sus facultades más relevantes: la posibilidad de cobro y de recepción del pago de la obligación.

De una simple lectura del artículo 2389 de nuestro *Código Civil*, se hace evidente la plena recepción de este planteamiento tradicional. La admisión expresa de la “prenda de créditos”, ubicándola en el campo de la prenda ordinaria<sup>7</sup>, parece no admitir otra conclusión que, en su virtud, el acreedor prendario adquiere un título para la constitución de un derecho real sobre el crédito<sup>8</sup>. Pero el punto crítico de su régimen especial, basado en la inmaterialidad de su objeto, se refiere a la calificación del mecanismo de desplazamiento del crédito prendado, articulado sobre la base de dos requisitos: la entrega al acreedor prendario del título justificativo del crédito y la notificación de la prenda al deudor del crédito prendado, prohibiéndole el pago en otras manos que las del referido acreedor.

Para el tema que nos interesa, la doctrina y jurisprudencia nacional han aportado dos observaciones útiles. En primer lugar, que las gestio-

zanjada con la expresa admisión de la “prenda de créditos” en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, en el contexto del reconocimiento de un privilegio especial. Respecto a su naturaleza jurídica, las teorías han ido desde la construcción tradicional –como prenda calificada en cuanto a su objeto– a su explicación como cesión *pro solvendo*, que admite la subsistencia del crédito prendado hasta que el crédito principal resulte impago. Véase Ángel CARRASCO PERERA; Encarna CORDERO LOBATÓ y Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Pamplona, Aranzadi, 2008, tomo II, pp. 250-252.

<sup>6</sup> Revisense el artículo 2075 y ss. del *Code Civil* francés (original); los artículos 1881 y 1886 del *Codice Civile* italiano de 1865 y los artículos 2800 a 2807 del *Codice Civile* italiano de 1942; y los §§ 1279 a 1291 del *BGB* alemán.

<sup>7</sup> Nomenclatura y ubicación que se reitera entre los artículos 816 y 819 del *Código de Comercio*.

<sup>8</sup> Por este motivo llama la atención que Andrés Bello hiciera referencia al *Tratado de la Prenda (Nantissement)* de Robert Pothier en una nota del *Proyecto de Código Civil 1853*, conforme al cual: “Por lo que mira a las cosas incorporales, tales como las deudas activas, no son susceptibles de empeñarse por no poder mediar la tradición real que es de la esencia de este contrato”. Robert - Joseph POTHIER, *Tratado del contrato de peño*, traducido al español con notas de Derecho Patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Barcelona, J. Roger Editor, 1845, p. 7.

Artículos de doctrina

5

Artículos de doctrina

6

nes señaladas conforman requisitos de perfeccionamiento del contrato y no sólo formalidades de publicidad, lo que sitúa a la regulación chilena bajo los mismos esquemas e inconvenientes de la legislación francesa, italiana y alemana. En este sentido, nuestra jurisprudencia ha sostenido expresamente:

“Son elementos constitutivos de la prenda de crédito la entrega del título al acreedor prendario y la notificación por éste al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos”<sup>9</sup>.

Y, luego, que Andrés Bello refirió el requisito de notificación en la prenda a la regulación de la cesión de créditos, lo que, sin embargo, no se refiere a una aproximación a la naturaleza jurídica de la prenda de créditos como derecho personal, sino sólo una referencia a los requisitos para el perfeccionamiento de ambas figuras.

#### *b. Perfeccionamiento de la prenda ordinaria sobre créditos*

Del mismo modo que la prenda ordinaria sobre bienes corporales se perfecciona mediante la entrega (artículo 2386 del *CC*), la lógica del desplazamiento ideal del crédito se construye sobre la idea de que el crédito debe quedar fuera del control del constituyente. Las finalidades de la traslación, veremos, son idénticas en uno y otro caso, y sus diferentes caminos no sólo se justifican en atención al carácter inmaterial del objeto prendado sino, también, en la manera por medio de la cual dichos fines pueden ser cumplidos.

Empecemos por los bienes materiales, en los que el objetivo del desplazamiento parece más evidente. La entrega física del bien que perfecciona el contrato de prenda conferirá al acreedor prendario un derecho real sobre el bien prendado, derecho que no le atribuye ninguna de las facultades propias del dominio (ni de desmembramientos del mismo), como tampoco le permite asegurarse del cumplimiento de la obligación garantizada por medio de la apropiación de dicho bien (dada la prohibición de pacto comisorio contenida en el artículo 2397 del *CC*). Al contrario, este desplazamiento sólo buscará, por una parte, coaccionar psicológicamente al deudor para que realice el pago de la obligación principal, como único medio para la recuperación del bien por parte del constituyente, y, por la

<sup>9</sup> Sentencia de la Corte Suprema, 13 de diciembre de 1919, disponible en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XVIII, Santiago, 1921, sección primera, p. 259.

otra, la extracción de la cosa prendada del campo de acción de este último para evitar la desaparición o desmejoramiento de la garantía<sup>10</sup>.

En el caso de la prenda ordinaria sobre créditos, la incorporeidad del bien objeto de la garantía evidentemente excluirá un desplazamiento físico, pero sí permitirá la configuración de un cierto “desplazamiento ideal o jurídico”. Queremos expresar con lo anterior, más allá de lo impreciso del lenguaje, que el perfeccionamiento de la prenda ordinaria debe suponer que el crédito quedará fuera del control del constituyente para caer en manos del acreedor prendario. En nuestro sistema, ello se logra, precisamente, mediante la privación de las facultades de cobro y recepción del pago por parte del constituyente y su asignación al acreedor prendario. Este desplazamiento ideal, en suma, logrará los mismos efectos sicológicos y protectores que una traslación física. Así, el constituyente sólo podrá recobrar sus facultades de cobro e, incluso, los resultados de un pago ya realizado, si el deudor efectivamente da íntegro cumplimiento a su obligación principal. Y así también se evita la desaparición del resultado del pago, operando una suerte de transferencia de la facultad de cobro a manos del acreedor prendario.

Ahora bien, la forma específica de lograr estos efectos es tratada por el artículo 2389 del *CC* mediante las dos gestiones antes reseñadas: la entrega del título justificativo del crédito al acreedor prendario y la notificación al deudor del crédito prendado del hecho de la prenda, juntamente con la prohibición de pagar en otras manos que no sean las de aquél. Cabe advertir que, a nuestro juicio, el carácter real del contrato de prenda de créditos no se configura en atención al primero de los requisitos antes señalados<sup>11</sup>. La entrega del título justificativo del crédito sólo cumplirá una finalidad instrumental, puesto que es de esta manera como el acreedor prendario podrá comparecer ante el deudor del crédito prendado (mediante ministro de fe), dándole cuenta de la constitución de la prenda. Pasa a ser, entonces, una prueba fehaciente del desplazamiento, y la forma de comprobar al deudor del crédito prendado que cualquier pago

<sup>10</sup> En contra, Rolf SERICK, *Garantías Mobiliarias en Derecho alemán*, traducción de Ángel Carrasco Perera, Madrid, Tecnos, 1990, p. 77, para quien la exigencia de un acto de entrega deriva del principio de publicidad de la prenda, como medio de exteriorización. En sentido similar, véase Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, *Tratado de las cauciones*, Santiago, Editorial Nascimento, 1943, p. 246. Nosotros creemos que, de tratarse de una forma de publicidad, esta tendrá sin duda un carácter bastante rudimentario, o, como señalan Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC y Philippe PÉTEL, *Droit des Sûretés*, Paris, Lexis Nexis Litec, 2007, un carácter inepto para prevenir al público de la existencia de la prenda.

<sup>11</sup> Cfr. SOMARRIVA (n. 10), pp. 245 y 246, quien parece indicar lo contrario al señalar que: “Tenemos entonces que entre acreedor y deudor la prenda se perfecciona por la entrega del título... Respecto de terceros la prenda se perfecciona por la notificación que se hace al deudor del crédito dado en garantía”.

que no se haga en manos del acreedor prendario dejará de ser liberatorio de la obligación. De ahí las semejanzas con la regulación de la cesión de créditos previstas en el artículo 1901 y siguientes del *CC*<sup>12</sup>.

El punto crítico del desplazamiento ideal se construye, en definitiva, sobre esta prohibición de pago al constituyente y la orden de pago al acreedor prendario. Como complemento, aunque veremos que con escasa precisión jurídica, el artículo 12 del DL 776 dispone que la recepción de tal pago es efectuada por el acreedor prendario a título de representante legal del constituyente.

### c. Forma de realización de la prenda ordinaria sobre créditos

#### c.1. Planteamiento general

La regulación contenida en el artículo 2389 del *CC* omite cualquier referencia expresa a la forma de realización de la prenda sobre créditos, pero otorga un antecedente importante: el pago del crédito será recibido directamente por el acreedor prendario, sin distinción de si la obligación principal se encuentra o no vencida. En caso de tratarse de un crédito dinerario (que constituirá el supuesto más frecuente), no tendría sentido concluir que el hecho del incumplimiento da pie al inicio de una ejecución judicial, en primer término, porque no habrá necesidad de embargo, en tanto el bien objeto de la garantía ya se encuentra en poder del acreedor prendario, y, luego, porque el principal sentido de esta forma de realización es la liquidación del bien conforme a su mayor valor posible, cuestión que no parece ser necesaria de tratarse de tal clase de crédito.

En suma, la mayor virtud de la prenda ordinaria sobre créditos dinerarios es su forma de realización extrajudicial que, conforme al artículo 12 del DL 776, se traducirá en que:

“las cantidades que perciba [el acreedor prendario] las aplicará, sin sujeción a las formalidades de los artículos anteriores, al pago de su propio crédito, si éste fuera de igual naturaleza, y en seguida rendirá cuenta a su deudor”.

Esta misma lógica se deduce del artículo 819 del *Código de Comercio*, al disponer:

“Si el crédito dado en prenda devenga intereses, el acreedor los imputará al pago de los que se le deban.// Pero si la deuda garantida

<sup>12</sup> De hecho, en nota al margen del artículo 2389 del *Código Civil*, Andrés Bello hace referencia al actual artículo 1902 en relación con la necesidad de notificación al deudor.

por la prenda no gana intereses, se aplicarán los que produzca el crédito empeñado en parte de pago del capital asegurado”.

Pero bien podría parecer que este mecanismo de realización infringe la lógica de la prohibición del pacto comisorio (artículo 2397 del CC). A estos efectos, cabe responder que la doctrina ha indicado que la razón de la proscripción de este pacto se encuentra tanto en el intento de esquivar el encubrimiento de la usura<sup>13</sup>, como en evitar un detrimento injusto en el patrimonio del deudor, para el caso que el valor del bien prendado sea superior al de la obligación incumplida<sup>14</sup>. Pero ambos riesgos suponen la falta de una valoración objetiva del bien que permita un desequilibrio entre éste y el valor de la obligación garantizada, como también la ausencia de una obligación de parte del acreedor prendario de restituir cualquier eventual exceso al constituyente. En el caso de la prenda de créditos dinerarios, estos dos factores son tomados en cuenta por parte del legislador al tiempo de disponer la fórmula de la imputación como medio de realización de la prenda sobre créditos: la valoración objetiva efectuada por un tercero ajeno a la relación se hace innecesaria, toda vez que bien puede asumirse que el máximo valor que puede tener el crédito dinerario es el monto adeudado; y, por su parte, el acreedor prendario siempre estará obligado a rendir cuentas al constituyente, restituyéndole un eventual exceso. En consecuencia, la lógica de esta forma de realización se acerca más al llamado “pacto marciano” que al comisorio<sup>15</sup>.

De tal suerte, la intervención de los tribunales no parece ser útil<sup>16</sup>, salvo que no exista acuerdo entre acreedor prendario y constituyente sobre si se ha producido o no el incumplimiento de la obligación principal, sobre la forma en que se ha llevado a cabo la imputación o sobre la determinación de un eventual exceso al que el constituyente podría tener derecho. De ahí la importancia de la remisión por parte del artículo 12 del DL 776 al procedimiento de rendición de cuentas regulado en el título XII del libro III del *Código de Procedimiento Civil*.

Ahora bien, debemos profundizar algo más en la relación entre la recepción del pago por parte del acreedor prendario y la forma de reali-

<sup>13</sup> SOMARRIVA (n. 10), p. 271.

<sup>14</sup> Luis Fernando REGLERO CAMPOS, “El pacto comisorio”, en María Elena LAUROBA, Joan MARSAL (eds.), *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 255.

<sup>15</sup> Para la lógica del “pacto marciano”, véase REGLERO (n. 14), p. 261 y ss. A su vez, para una referencia a la imputación del crédito como expresión de este pacto, véase CARRASCO, CORDERO y MARÍN (n. 5), p. 284. Dicha posibilidad, dada su objetividad, puede resultar más conveniente que seguir el mecanismo típico de la subasta, dado que en razón de ésta el precio obtenido puede ser bastante menor que su valor nominal.

<sup>16</sup> Véase sentencia de la Corte Suprema, 11 de enero de 1947, disponible en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLV, Santiago, 1948, sección primera, p. 120.

zación de esta garantía. En primer lugar, creemos necesario aclarar que el acreedor prendario tiene derecho a recibir el pago en virtud del contrato de prenda perfeccionado, que le ha conferido una cierta titularidad (aunque no dominical) sobre el crédito. No es efectivo, como dispone el citado artículo 12 del DL 776, que el acreedor prendario obre en carácter de representante legal del constituyente, porque ello implicaría una relación fiduciaria que no tiene por qué serle atribuida. El título que permite al acreedor prendario la recepción del pago no proviene de la ley, como ocurre en un caso de representación legal, ni se funda propiamente en una técnica de protección (común en esta clase de representación), sino en el efecto propio de la prenda real del *Código Civil* y del *Código de Comercio*. Así se desprende también del régimen del endoso en garantía en los términos dispuestos por el artículo 30 de la ley N° 18.092, de 14 de enero de 1982, sobre letras de cambio y pagarés que, sin recurrir al artificio de la representación legal, faculta al portador del documento para ejercer todos los derechos emanados del mismo, cobrarlo judicial y extrajudicialmente y aplicar sin más trámite su valor al pago de su crédito, con obligación de rendir cuenta al endosante.

Sin embargo, la posibilidad de que el acreedor prendario reciba el pago del crédito es una cosa, y el hecho que pueda imputarlo sin más al pago de la obligación garantizada es otra. Puede ocurrir que el crédito garantizado venza antes o después de que el acreedor prendario haya obtenido el pago del crédito prendado, y de ello dependerá la posición que tenga éste sobre las resultas de dicho pago. A continuación revisaremos los diversos supuestos y soluciones legales que estimamos aplicables.

c.2. Supuesto en que la obligación principal se ha extinguido con anterioridad al vencimiento del crédito prendado

La situación más simple es aquella en la que la obligación principal es efectivamente cumplida por el deudor, mientras el crédito prendado aún no ha vencido. En este caso, la extinción de la obligación principal acarreará el fin de la prenda. Por ello, el deudor del crédito cedido deberá ser nuevamente notificado de que el pago liberatorio ahora sólo podrá hacerse en manos del constituyente.

c.3. Supuesto en que el acreedor prendario ha recibido el pago del crédito prendado con anterioridad al vencimiento de la obligación principal

La situación es algo más compleja si el crédito prendado hubiese vencido con anterioridad a la extinción de la obligación principal, y el acreedor prendario hubiese recibido el pago de parte del deudor. En este caso, de

tratarse de un crédito dinerario, cumplida que sea la obligación principal, el acreedor prendario no podrá efectuar imputación alguna, de modo que estará obligado a restituir el *tantumdem* al constituyente. De mediar alguna discusión entre las partes de si la obligación principal se ha o no cumplido conforme a sus términos, tal conflicto se resolverá mediando el ejercicio de las correspondientes acciones por parte del constituyente para la correcta rendición de cuentas. Si el tribunal estima que no ha existido incumplimiento, el reembolso será por el total. En caso contrario, el tribunal aceptará el hecho de la imputación y sólo obligará a que se efectúe un reembolso si existiere un sobrante. Finalmente, en caso de que el monto no fuere suficiente como para dar cobertura a todo el crédito garantizado, se deberán seguir las reglas de imputación del pago (artículo 1595 y siguientes del CC), replicadas de algún modo en el artículo 819 del *Código de Comercio*.

Pero en este régimen queda aún por resolver qué ocurre si el pago del crédito prendado ha tenido lugar con anterioridad a la época de vencimiento de la obligación principal. Una imputación anticipada para el pago del crédito garantizado puede contravenir los intereses de las partes de igual modo que cualquier forma de pago anticipado. De ahí que parezca más prudente entender que, a menos que haya sido ésta la intención de las partes, se admita que ha operado una subrogación real en el objeto de la prenda, respuesta que ya había sido esbozada incluso en el texto del *Digesto* antes citado. Esta solución es alcanzada por quienes asumen un régimen paralelo entre la prenda de créditos y una cesión *pro solvendo* del crédito, de modo que ni siquiera la recepción del pago por parte del acreedor prendario hará desaparecer la obligación principal, sino sólo cuando ésta se hubiere incumplido<sup>17</sup>.

Así, de tratarse de una especie no fungible, debe entenderse que, a partir del pago efectuado por el deudor del crédito prendado, la prenda recaerá sobre el bien recibido por el acreedor prendario. Desde dicho momento, serán aplicables en plenitud todas las disposiciones del *Código Civil* o el *Código de Comercio*, según sea el caso, respecto a la prenda ordinaria sobre bienes corporales. No será éste un caso de común ocurrencia, dado que la lógica de la prenda de créditos se vincula con mayor fuerza a los créditos de carácter dinerario. Así se desprende también del régimen de realización previsto en el artículo 12 del DL 776 y en el artículo 819 del *Código de Comercio*, en tanto una imputación sería imposible de tratarse de bienes que no tengan un carácter fungible.

En caso de que el acreedor prendario haya obtenido precisamente el pago de una suma de dinero (u otros bienes fungibles), la subrogación

<sup>17</sup> José Ramón GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 233 a 238.

operará de un modo bastante diferente. Parece lógico concluir que, en este caso, si luego el deudor diere efectivo cumplimiento a la obligación principal, el acreedor prendario no debe restituir al constituyente las mismas “monedas” o especies que ha recibido del deudor del crédito prendado, sino otras tantas del mismo género y calidad (en otras palabras, el *tantumdem*).

Una primera construcción de este supuesto entenderá que la subrogación ha operado de modo que el bien ahora prendado es el dinero (u otro bien fungible), constituyéndose lo que se ha venido en denominar como una “prenda irregular”<sup>18</sup>. Pero esta construcción tiene un obstáculo insalvable: si en virtud de esta clase de negocios, el acreedor prendario ha adquirido el dominio sobre los bienes entregados (de lo que deriva que sólo está obligado a una eventual restitución del *tantumdem*), no puede entenderse que a la vez tenga un derecho real de prenda sobre bienes que ya le pertenecen.

Por ello se ha planteado una explicación alternativa que nos parece más convincente: la subrogación real no se referirá a los dineros recibidos, sino al propio crédito que, en caso de cumplimiento de la obligación principal, el constituyente tendrá respecto al acreedor prendario para exigir el reembolso de los fondos recibidos por este último<sup>19</sup>. Explicaremos en detalle esta solución porque su enunciación puede resultar confusa. Esta posición supone que, a contar de la recepción del pago por parte del acreedor prendario, el constituyente tendrá un crédito en contra de aquél para la restitución de los fondos que hubiere recibido con motivo de la

<sup>18</sup> La denominación de “prenda irregular” viene dada por la configuración paralela de otros negocios irregulares, como en el depósito, que, versando sobre bienes fungibles, implica la adquisición del dominio por parte del depositario, obligándose sólo a la restitución del *tantumdem* y no de los objetos particularmente entregados en depósito (artículo 2221 del CC). En este caso, el sistema jurídico hace variar la titularidad real del depositante sobre el dinero originalmente entregado a la titularidad de un derecho personal para exigir el *tantumdem* al término del contrato. En el caso de la prenda irregular ocurre un tanto similar, con la diferencia que el derecho de crédito sólo surgirá cuando se haya dado estricto cumplimiento a la obligación garantizada. Véase SOMARRIVA (n. 10), p. 230.

Por su parte, Alejandro GUZMÁN BRITO, “La pignoración de grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho en la nueva Ley de prenda sin desplazamiento”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 30, Valparaíso, 2008, p. 95, expresa: “Una prenda con desplazamiento sobre fungibles no es prenda sino un crédito sometido a algunas reglas de la prenda suele llamársela ‘prenda irregular’. Las diferencias entre ella y la prenda sobre no fungibles son tales y tan sustanciales, que es desorientador y fuente de confusión afirmar que sigue siendo prenda, en circunstancias que su verdadera naturaleza es la indicada. Acaeece al respecto lo mismo que con el cuasiusufructo (artículo 789 del CC.) y el depósito irregular (artículo 2221 del CC.), que también son créditos, aunque sometidos a algunas reglas del usufructo o del depósito regular”.

<sup>19</sup> CARRASCO, CORDERO y MARÍN (n. 5), p. 230.

prenda, crédito que lógicamente se encontrará sujeto al cumplimiento de la obligación principal. Esta construcción alternativa señala que este nuevo crédito es el que, a contar de la recepción del pago, estará prendado a favor del acreedor prendario.

Así, extinguida que haya sido la obligación principal, caerá también la garantía, de modo que el acreedor prendario deberá hacer entrega del *tantumdem* al constituyente. Al contrario, si el deudor incumple su obligación principal, deberá procederse de igual manera que respecto a cualquier prenda de créditos, pero con una particularidad. Como en este caso el acreedor prendario es el deudor del crédito prendado (el crédito de restitución), en lugar de proceder al pago (imposible, por tratarse de una misma persona), deberá imputar el monto recibido para la solución de la obligación garantizada. Alguien bien podría decir que, en este caso, la obligación de restitución no ha llegado a ser exigible, por cuanto estaba sujeta a una suerte de condición suspensiva consistente en el cumplimiento de la obligación principal. Y podrá tener razón, pero siempre observando que una obligación de restitución sujeta a esta suerte de condiciones se asemeja enormemente al concepto de la prenda, como también reconoce el artículo 1 del DL 776<sup>20</sup>.

Cualquiera sea la explicación que se acepte, en caso de que la obligación garantizada no sea íntegra y oportunamente cumplida y el acreedor prendario impute los dineros recibidos para satisfacerla, no puede hablarse propiamente de compensación porque no hay obligaciones recíprocas entre las partes<sup>21</sup>. En el caso de que el deudor no haya cumplido la obligación principal, el acreedor prendario no está obligado a la devolución del dinero recibido, dado que habrá fallado la condición que obligaba a la restitución. Así, existiendo una sola obligación vigente (la obligación principal incumplida), falta el requisito de reciprocidad como elemento esencial de este modo de extinguir (artículo 1657 del CC). De ahí que sea preferible hablar de imputación (o *secum pensatio*) para referirse a esta forma de realización, no sólo por una precisión terminológica, sino teniendo particularmente a la vista las limitaciones a la compensación en la legislación concursal (artículo 69 del libro IV del *Código de Comercio*)<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> El artículo 1 del DL 776 dispone: “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”.

<sup>21</sup> Cuestión que se hace, incluso, más patente si el constituyente de la prenda es una persona distinta que el deudor de la obligación principal.

<sup>22</sup> Considérese que la doctrina comparada entiende que hay cierta cercanía entre la imputación y la compensación, aunque en la primera no se requieren créditos recíprocos. Nos señala María CRUZ MORENO, *La prenda irregular*, Madrid, Colegio de Registradores

### III. PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO SOBRE CRÉDITOS, SU PERFECCIONAMIENTO Y SU FORMA DE REALIZACIÓN

#### a. Lógica de la prenda sin desplazamiento sobre créditos

Por medio del mensaje presidencial de fecha 30 de junio de 2003, se plantearon al Congreso Nacional una serie de modificaciones legales tendientes a perfeccionar los mecanismos de ahorro e inversión, incentivando principalmente el mejoramiento del mercado de capitales. Dichas reformas se iniciaron con la ley N° 19.705, que reguló las ofertas públicas de adquisición de acciones y gobiernos corporativos, seguida por la primera reforma al mercado de capitales contenida en las leyes N° 19.768 y 19.769.

La nueva iniciativa, que finalmente se tradujo en la promulgación de la ley N° 20.190, tenía por finalidad promover el desarrollo de la industria del capital de riesgo y el financiamiento de nuevos proyectos, el abaratamiento de los costos de transacción y contratación comercial sofisticada, la profundización de reformas de perfeccionamiento de administración societaria, el fortalecimiento de los mecanismos de fiscalización, potestades de control, sanción y coordinación, y el perfeccionamiento del mecanismo de ahorro voluntario.

Sobre el tema en particular de la prenda sin desplazamiento, el legislador pretendió otorgar una regulación orgánica unitaria, derogando casi toda la normativa existente sobre la materia, fundamentando lo anterior en las dificultades de la industria del capital de riesgo para acceder al crédito. El Ejecutivo detectó inconvenientes de índole práctico, señalando en su mensaje:

“En primer lugar, como parte del análisis desarrollado con relación al fomento del capital de riesgo, se ha considerado que la mayor o menor facilidad de acceso al crédito es un factor relevante en la generación de nuevos proyectos de inversión. El incentivo a tales inversiones puede lograrse no sólo a través de asistencias o fomento directo, sino que también en virtud de mejoras efectivas en la infraestructura y tecnología contractual que organiza la industria del crédito de otros productos financieros accesorios”.

Se estimó acertadamente que las garantías constituyen elementos claves en la industria financiera, dejando en claro que por medio de ellas

de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, p. 221, que: “Antes bien, se trata aquí de que el aumento patrimonial que una persona obtiene se deba imputar al crédito o derecho del que dicha persona sea titular por otro título, y en virtud de dicha imputación, se deba considerar extinguido el derecho y satisfecho su titular”.

se facilita el otorgamiento de créditos, principalmente en razón de la disminución de los niveles de riesgo (de incumplimiento e insolvencia) tolerables por las instituciones crediticias. Sin embargo, no sólo se ha estimado necesario contar con la posibilidad de otorgamiento de tales garantías sino, también, con estructuras legales eficientes por medio de las cuales se cumpla con dicho objetivo. Dicho en otras palabras, la intención del legislador está dada por el interés de facilitar el procedimiento de constitución y realización de las referidas cauciones, protegiendo, en primer término, a la industria crediticia.

Consecuencia de lo anterior, el legislador no opta por reformar las regulaciones existentes por medio de incorporación de modificaciones y supresiones de su articulado, sino que elige derogar íntegramente la normativa anterior, creando una nueva prenda sin desplazamiento, basado en las siguientes ideas fundamentales:

- i) la unidad normativa, derogando otros mecanismos de prenda basados en la falta de desplazamiento<sup>23</sup>;
- ii) la certeza, reemplazando el mecanismo de publicidad por un sistema registral;
- iii) la facilitación de su constitución, permitiendo que el contrato se celebre mediante escritura pública o instrumento privado y
- iv) la ampliación de los bienes susceptibles de prenda, incluyendo la posibilidad de pignorar derechos, de inventarios, cuentas por cobrar, contratos, valores y derechos como, asimismo, la posibilidad de constituir prendas sobre grupos de bienes de una misma clase o sobre universalidades de hecho.

Ahora bien, referidos a la ampliación del objeto de las prendas, se ha observado que el desplazamiento ideal del crédito no se ha ajustado bien a las necesidades de los nuevos tiempos, en los que la riqueza muchas veces se encuentra en los flujos de dinero que resultan de la actividad del deudor. De igual manera como la prenda ordinaria sobre bienes corporales fue criticada por la traslación de la tenencia de bienes productivos –generando la necesidad de consagrar nuevos sistemas de prendas sin desplazamiento–, la creatividad forense dio paso a otras estructuras para configurar alguna suerte de garantía sobre los créditos sin que ella prive a su titular de sus facultades previo a un eventual incumplimiento de sus obligaciones. En regímenes basados en una transferencia abstracta de los

<sup>23</sup> Sin embargo, esta unidad normativa no es completa, toda vez que el artículo 42 del artículo 14 de la ley N° 20.190 no derogó las disposiciones pertinentes de la ley N° 4.287, sobre prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos, de la ley N° 18.690, sobre almacenes generales de depósito, en lo referido a la denominada “prenda *warrant*”, ni el régimen de las prendas que recaen sobre naves y aeronaves (artículo 5 del artículo 14 de la ley N° 20.190).

bienes, como en Alemania, se impuso la idea de una transmisión fiduciaria del crédito<sup>24</sup>. En Francia e Italia, en cambio, se elaboraron mecanismos de cesión condicional de derechos, condición que se entendía referida al cumplimiento de la obligación principal<sup>25</sup>. En el Derecho Comparado, en consecuencia, la prenda de créditos se fue convirtiendo en una figura de amplio estudio doctrinal, pero de escasa utilización práctica.

Pero aun presentándose similares dificultades, estas soluciones no tienen cómoda cabida en el Derecho chileno. El recurso a la cesión fiduciaria puede resultar controvertida en un sistema de transmisión causal de bienes como el nuestro, al tiempo que la cesión condicional bien puede ser recalificada como “prenda”, al menos a efectos de su ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del DL 776. Por su parte, el legislador tampoco ofrecía salida mediante el recurso a los diversos modelos de prenda sin desplazamiento, en tanto éstos sólo se concentraban en los problemas derivados de la traslación de bienes productivos, por lo general, corporales<sup>26</sup>. Específicamente, el segundo inciso del artículo 4 de la Ley No. 18.112, sobre prenda sin desplazamiento, desecha la posibilidad de constitución de esta clase de garantías sobre créditos (como también respecto a cualquier otra clase de bienes incorporales), en tanto dispone: “Podrá constituirse prenda sin desplazamiento sobre toda clase de bienes corporales muebles”.

Sin embargo, la realidad de los financiamientos actuales muchas veces requiere que los flujos permanezcan en poder de su titular, por ser el único modo en el que éste puede desarrollar sus negocios. Pero la empresa prestadora de servicios, cuya importancia económica ha ido sin duda en aumento desde hace un buen tiempo, tiene en tales flujos su riqueza más importante (sino, incluso, su única riqueza), y su recurso más útil para obtener financiamiento. La unión de ambos factores ha hecho indispensable la liberación de cualquier traba normativa –porque ideológicamente no parece existir obstáculo a ella– que admita la constitución de una prenda “sin desplazamiento” sobre créditos.

<sup>24</sup> Para un estudio detallado sobre la cuestión en el Derecho alemán, puede consultarse a SERICK (n. 10) *passim*.

<sup>25</sup> Véase CABRILLAC *et al.* (n.10), p. 528. En primer término, a modo de cesión sujeta a condición suspensiva, condición que se configuraba bajo el supuesto de hecho de incumplimiento por parte del deudor del crédito principal. Luego, también se ha seguido el mecanismo de cesión sujeta a condición resolutoria, procediéndose a la restitución del crédito una vez cumplida la obligación principal, acercándose a la figura del negocio fiduciario conforme a la teoría del doble efecto.

<sup>26</sup> Para estos efectos, considérense las normas contenidas en el artículo 2 de la ley N° 4.097, sobre prenda agraria; el artículo 1 de la ley N° 4.702, sobre compraventa de cosas muebles a plazo, y el artículo 24 de la ley N° 5.687, sobre prenda industrial (salvo en lo que respecta la posibilidad de constituir prenda sobre acciones, bonos y otros valores).

Además, la práctica había dado cuenta de al menos dos situaciones en la que el requisito de la notificación al deudor del crédito prendado devenía en un obstáculo para la estructuración de ciertos negocios de financiamiento: las pignoraciones globales de una masa de créditos y la imposibilidad de constituir prendas anticipadas sobre créditos futuros, cuyos deudores específicos sean aun desconocidos al tiempo de su celebración<sup>27</sup>.

Todas estas cuestiones han pretendido ser resueltas por medio del nuevo régimen contenido en el artículo 14 de la ley N° 20.190, que aún está a la espera de la dictación y publicación del reglamento del Registro de Prendas sin Desplazamiento para su entrada en vigencia (artículo 41 del referido artículo 14). De este modo, la regulación de este nuevo tipo de prenda debe señalar las consecuencias que el negocio produce ante la falta de un desplazamiento jurídico del crédito prendado. Quiere decir lo anterior que, como resultado de la constitución de prenda registral sobre créditos, el acreedor prendario no necesariamente tiene la posibilidad de la recepción directa del pago del crédito, de modo similar a la pérdida de la tenencia de los bienes físicos como elemento característico de la prenda ordinaria sobre bienes corporales.

*b. Perfeccionamiento de la prenda sin desplazamiento sobre créditos*

b.1. Requisitos para el perfeccionamiento del contrato de prenda

La lógica de la prenda sin desplazamiento sobre créditos, hemos dicho, es que la traslación de las facultades de cobro y recepción del pago no son elementos estructurales o constitutivos del contrato. Por ello, el artículo 7 del artículo 14 de la ley N° 20.190 dispone:

“La prenda de créditos nominativos deberá ser notificada al deudor del crédito pignorado, judicialmente o por medio de un notario con exhibición del título, prohibiéndole que lo pague en otras manos, salvo que mediare su aceptación por escrito; y en caso contrario, le será inoponible”.

Cabe advertir, como lo hace expresamente la referida norma, que esta notificación deja de ser un requisito necesario para el perfeccionamiento de la prenda, sino sólo una formalidad para que ésta sea oponible al deudor del crédito prendado. Además, de no ser así, no existirían diferencias constitutivas entre la prenda ordinaria y la prenda sin desplazamiento de créditos.

La prenda sin desplazamiento se caracteriza, entonces, por ser un contrato solemne, en tanto requiere para su perfeccionamiento que el acuerdo conste en escritura pública o instrumento privado, en cuyo caso, las firmas de las partes concurrentes deberán ser autorizadas por un notario y el instrumento deberá ser protocolizado en el registro del mismo notario que autoriza (artículo 2 del artículo 14 de la ley N° 20.190). Las menciones mínimas de tal instrumento se establecen en el artículo 3 del mismo artículo 14, y son las siguientes:

- i) la individualización de sus otorgantes;
- ii) la indicación de las obligaciones caucionadas o bien de que se trata de una garantía general;
- iii) la individualización o la caracterización de las cosas empeñadas; y
- iv) la suma determinada o determinable a la que se limitare la prenda o la proporción en que debiere caucionar diversas obligaciones, si fuere el caso.

Adicionalmente, y sólo respecto a la prenda de créditos nominativos, el artículo 7 antes citado agrega:

“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 éste deberá hacerse mención de la protocolización de aquél”.

Todas estas solemnidades son formalidades que la ley ha exigido en atención a la naturaleza del acto o contrato, de modo que su incumplimiento acarreará la sanción de la nulidad absoluta (artículo 1682 del CC). Como señala Fabián Elorriaga, particularmente respecto a la protocolización y su mención en el contrato de prenda, no se tratan de formalidades de publicidad, por cuanto se satisfacen mediante la correspondiente notificación al deudor del crédito prendado (respecto a éste) y, respecto a terceros, mediante la inscripción del contrato en el Registro de Prendas sin Desplazamiento (artículo 25 del artículo 14 de la ley N° 20.190)<sup>28</sup>.

Artículos de doctrina

17

Artículos de doctrina

18

<sup>27</sup> Fernando PANTALEÓN, “Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal”, en *Diario La Ley*, Ref. D-316, tomo 6, 1997 (recurso electrónico), disponible en <http://la.leydigital.laley.es>, consultado el 9 de julio de 2010.

<sup>28</sup> Fabián ELORRIAGA DE BONIS, “La prenda de créditos nominativos en la nueva normativa de la prenda sin desplazamiento”, en Carlos PIZARRO WILSON (COORD.), *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Olmué*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2008, p. 555.

### b.2. Requisito para el nacimiento del derecho real de prenda

Ahora bien, perfeccionado el contrato entre las partes, éste sólo constituirá el título para la adquisición del derecho real de prenda. A efectos de realizar su tradición, será necesario proceder a la inscripción del contrato en el señalado registro. Como dispone el citado artículo 25:

“El derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento”.

Este nuevo sistema de publicidad se entiende un avance respecto al contemplado en la derogada ley N° 18.112. Como señala el mensaje de la ley N° 20.190:

“las prendas agrarias, industrial y de venta de cosas muebles a plazo, si bien no requieren la entrega física de la cosa prendada, tienen diversas limitaciones derivadas del tipo de bienes y negocios a las que se aplican. La Ley de prenda sin desplazamiento, que es la más moderna y amplia, contiene también ciertas rigideces y limitaciones. En efecto, la forma en que se realiza la publicidad de esta Ley es mediante la publicación de un extracto de la escritura del contrato en el Diario Oficial, los días 1° ó 15 de cada mes, con lo cual el acreedor prendario debiera revisar la totalidad de la publicación antes mencionada para asegurarse que el bien no tenga otros gravámenes anteriores. Lo anterior se traduce en mayor incertidumbre para el acreedor prendario, y por ende, eleva el costo de financiamiento para los proyectos de inversión”.

### b.3. Posición del acreedor prendario considerando la posibilidad de que la prenda sea aún inoponible al deudor del crédito prendado

Cabe advertir que de esta estructura, en la que la prenda puede ser inoponible al deudor del crédito prendado, resultará que el acreedor prendario no habrá obtenido aún un control absoluto sobre aquél, cuestión que no es de extrañar si se compara con la posición que tendría si la prenda hubiese recaído sobre un bien de naturaleza corporal. No puede ser más evidente: habiendo señalado que uno de los objetivos principales del desplazamiento en la prenda ordinaria consiste en ser una medida de protección del acreedor prendario, su ausencia implica que el ordenamiento jurídico y los particulares deberán precaver los riesgos implícitos

Artículos de doctrina

19

Artículos de doctrina

20

en tal falta de control, y solucionarlos mediante mecanismos diversos a la traslación del bien.

Corresponderá primeramente a los particulares regular fórmulas convencionales de protección a efectos de salvaguardar los intereses del acreedor prendario. En el caso de prenda sobre créditos, estas medidas normalmente implicarán la necesidad de obtener autorizaciones para que el constituyente convenga modificaciones sustantivas del crédito, establecer obligaciones de información sobre los niveles de pago y morosidad de los deudores de los créditos prendados (en especial tratándose de prendas sobre masas de créditos), impedir la aceptación de pagos anticipados, entre otras. Como complemento a lo anterior, y a modo de fortalecimiento de este régimen, siempre podrá recurrirse a los supuestos de responsabilidad civil contemplados en el artículo 18 y siguientes del artículo 14 de la ley N° 20.190, si bien sus términos generales se centran en la protección de las garantías que recaen sobre bienes corporales, como también a los tipos penales consagrados en el artículo 39 del señalado artículo 14<sup>29</sup>.

Sin embargo, estas ideas no deben suponer que, previo al cumplimiento de las formalidades de publicidad, el acreedor prendario no goza de derecho alguno. Si así fuere, la práctica llevaría a tal acreedor a exigir que se practique la notificación de la prenda o se obtenga a priori la aceptación del deudor del crédito prendado, acercando peligrosamente la figura a la concepción inicial de la prenda ordinaria. Al contrario, creemos que la cuestión debe analizarse desde la perspectiva de considerar que, perfeccionado el contrato y cumplidas sus formalidades de inscripción, el acreedor prendario ya habrá obtenido la constitución de un derecho real sobre el crédito objeto de la prenda, lo que le otorga una cierta titularidad sobre el mismo que no puede ser desconocida. En estos términos, el constituyente no puede admitir ni estipular modificaciones al crédito prendado que resulten en un deterioro de las posibilidades de pago del acreedor prendario, dado que ello no lesiona una expectativa de cobro, sino directamente un derecho real ya constituido. De hacerlo (*v.gr.*, extendiendo los plazos, aceptando pagos anticipados, liberando garantías, etc.), el ordenamiento jurídico debe reaccionar, al menos, concediendo al acreedor prendario la posibilidad de exigir el cumplimiento anticipado de la deuda principal recurriendo a los términos generales del número 2 del artículo 1496 del CC y específicos del inciso tercero del artículo 18 del artículo 14 de la ley N° 20.190.

<sup>29</sup> Véase Alejandro GUZMÁN BRITO, “La prenda sin desplazamiento de cosas corporales e incorporales futuras”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 31, Valparaíso, 2008, pp. 252-253.

*c. Forma de realización de la prenda sin desplazamiento sobre créditos*

c.1. Planteamiento del problema

He aquí un punto que parece bastante confuso en el ámbito de la prenda sin desplazamiento sobre créditos, en cuanto los artículos 7 y 31 del artículo 14 de la ley N° 20.190 parecen encubrir la existencia de dos mecanismos de realización contrapuestos. El artículo 7 antes citado previene que, a contar de la notificación efectuada al deudor del crédito prendado, o de su aceptación escrita, existirá una “prohibición de pagar en otras manos”, frase que, utilizando la misma fórmula que la señalada en el artículo 2389 del CC respecto a la prenda ordinaria de créditos, debe entenderse como una prohibición de pago en otras manos que las del acreedor prendario<sup>30</sup>. Sin perjuicio de que la citada norma no haga referencia expresa a un mecanismo de realización, cabe sospechar de la existencia de un modo extrajudicial de ejecución de la garantía en tanto debe admitirse que desde el momento que la prenda es oponible al deudor del crédito prendado, éste está obligado a efectuar el pago correspondiente en manos del acreedor prendario.

Sin embargo, el artículo 29 del artículo 14 de la ley N° 20.190, dispone un procedimiento de realización necesariamente judicial, expresando:

“para el cobro judicial de 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 Código de Procedimiento Civil, con las modificaciones que se señalan en los artículos siguientes”,

norma que no tiene excepción respecto a la prenda sobre créditos, sino en cuanto el artículo 31 dispone de ciertas características especiales del procedimiento. Sobre el particular, el señalado artículo parte de la base que

“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 éste determine”,

para luego dar cuenta del régimen que deriva de su incumplimiento y oposición.

<sup>30</sup> ELORRIAGA (n. 28), p. 557. Considérese, además, que el artículo 2556 del *Proyecto Inédito del Código Civil* aclaraba, al final del texto, que se refería a “...otras manos que las del acreedor prendario” (el énfasis es nuestro).

Artículos de doctrina

21

Artículos de doctrina

22

La compatibilización de estas dos disposiciones parece difícil, pero pretendemos aclarar este punto distinguiendo la posición que tendrá cada una de las partes involucradas según si ha mediado o no la notificación o aceptación a la que se refiere el artículo 7 del artículo 14 de la ley N° 20.190, esto es, según si la prenda es oponible o no al deudor del crédito prendado.

c.2. Supuesto de inoponibilidad de la prenda al deudor del crédito prendado

Un primer supuesto se refiere al caso en que el contrato de prenda haya sido perfeccionado y que también haya nacido el derecho real de prenda por haber mediado la correspondiente inscripción, pero que no se haya procedido a la notificación ni aceptación por parte del deudor del crédito prendado. Dado que estas formalidades ya no son requisitos constitutivos de la prenda sobre créditos, su ausencia implicará que el señalado deudor sigue estando obligado a efectuar el pago en manos del constituyente.

De hecho, si no han mediado las citadas formalidades de oponibilidad, el pago efectuado por el deudor del crédito prendado al constituyente extinguirá el crédito, y, en consecuencia, la prenda. Por ello, pese a los términos absolutos en que parece estar redactado el inciso tercero del artículo 18 del artículo 14 de la ley N° 20.190, la extinción del crédito prendado no siempre implicará el vencimiento anticipado del crédito asegurado. Por ejemplo, si el crédito prendado tiene una vigencia inferior a la del crédito garantizado, el acreedor prendario debe haber considerado la posibilidad de la extinción al tiempo de aceptar que la prenda recayera sobre aquel crédito, de modo que la pérdida de objeto de su caución le era enteramente previsible.

Ahora bien, en caso de que la obligación principal fuese incumplida, no hay impedimento lógico para que se proceda conforme dispone el artículo 31 del artículo 14 de la ley N° 20.190. De este modo, se solicitará al tribunal que se proceda al embargo del crédito, y que éste sea notificado al deudor del crédito prendado a efectos que proceda a retener los fondos y consignarlos en la cuenta corriente del tribunal. Como bien señala Fabián Elorriaga, esta solución parte de la base de que se trata de una obligación actualmente exigible y dineraria, pero no creemos que se deba caer en la idea de que el crédito pignorado será subastado de modo ineludible<sup>31</sup>. Así, debemos subdistinguir dos nuevos supuestos:

- i) Si el deudor del crédito prendado obedece las órdenes judiciales y procede a retener los fondos y consignarlos en la cuenta corriente

<sup>31</sup> ELORRIAGA (n. 28), pp. 558-560. Así, también, GUZMÁN BRITO (n. 29), p. 243.

del tribunal, aún incumplida la obligación principal, no deberá procederse a la subasta del crédito que, incluso, se habrá extinguido por el hecho de la referida consignación.

En consecuencia, superados los eventuales trámites de oposición a la ejecución, y desechadas las correspondientes excepciones, creemos que el tribunal debería hacer entrega de tales fondos al acreedor prendario hasta completar el monto del crédito insatisfecho, lógica que ya se encuentra contemplada en los artículos 253.3 y 511 del *Código de Procedimiento Civil*.

- ii) En caso de que el deudor del crédito prendado no dé cumplimiento a las órdenes judiciales antes señaladas, se procederá conforme al inciso segundo del artículo 31, que dispone:

“Si el obligado a la retención no cumpliera con lo ordenado, el Tribunal, a solicitud del acreedor prendario, despachará en su contra mandamiento de ejecución y embargo”.

Ello implica que ni siquiera en este caso se procederá a la subasta del crédito prendado, sino al embargo de bienes suficientes del deudor del crédito prendado para que, producto de su liquidación, se proceda al pago de dicho crédito.

La subasta de un crédito nominativo no tiene sentido si fuere dinerario y actualmente exigible. Así, si el deudor del crédito prendado está dispuesto a pagar, la lógica de la subasta sólo implicaría generar costes de transacción inútiles, por cuanto al monto a obtener del remate (que a lo más sería equivalente a la suma del crédito prendado) se le restarían todos los gastos de la ejecución forzosa. Por su parte, si el deudor del crédito prendado no estuviese dispuesto a pagar, los eventuales postores –de haberlos– considerarían tal contingencia como la “adquisición de un litigio futuro”, de manera que el valor del crédito subastado sería tan ínfimo que el mecanismo de realización sería aun perjudicial para el acreedor prendario. Incluso, es difícil pensar en la asistencia de demasiados postores por la ausencia de un verdadero mercado de esta clase de activos.

No obstante, cuando el crédito no es actualmente exigible al tiempo del incumplimiento de la obligación principal, el acreedor prendario puede desear adelantar la recepción de fondos solicitando al tribunal la cesión forzada del crédito, probablemente aplicando una cierta tasa de descuento para su valoración. Por ello, sólo en caso que el acreedor prendario efectivamente desee anticipar los resultados que –de otro modo– puede obtener del crédito por su valor total, cabría recurrir al mecanismo de la subasta para obtener el mayor valor en la realización de tal crédito (con la menor tasa de descuento posible). El remate, hemos dicho, es una fórmula por medio de la cual se

Artículos de doctrina

23

Artículos de doctrina

24

puede asegurar de algún modo que el bien será enajenado conforme a su valor objetivo, entendiendo por tal, la valoración del mercado.

Sin embargo, no parece prudente concluir que, en atención a la falta de desplazamiento jurídico como elemento constitutivo de la prenda sin desplazamiento de créditos, la retención en cuenta del tribunal y la subasta del crédito sean los únicos mecanismos para la realización de la garantía. Por ello es que creemos que siempre existe la posibilidad de recurrir a la fórmula de la imputación, como describiremos en el supuesto inmediatamente siguiente.

### c.3. Supuesto de oponibilidad de la prenda al deudor del crédito prendado

Un segundo caso supone que se haya procedido a la notificación de la prenda al deudor del crédito prendado o se haya obtenido su aceptación escrita de la garantía. Adviértase que la prenda puede pasar a ser oponible al citado deudor en cualquier tiempo, sea al inicio o en el trascurso de la relación obligatoria, logrando el desplazamiento jurídico del crédito en exactamente los mismos términos que los previstos para la prenda ordinaria. La diferencia no está en que, en el caso de la prenda sin desplazamiento, esta traslación sea imposible, sino sólo en que no es requisito de perfeccionamiento, ni, en consecuencia, consustancial al contrato.

Así, no parecen existir obstáculos para que, incumplida que sea la obligación principal, el acreedor prendario solicite que se lleve a cabo la correspondiente notificación a efectos de impedir que el deudor efectúe el pago en manos del constituyente, estando legalmente obligado a cumplir en las suyas, en los términos señalados en el artículo 7 del artículo 14 de la ley N° 20.190.

Produciéndose la traslación del crédito en los mismos términos que los previstos en el artículo 2389 del *CC*, puede colegirse una misma lógica de realización. Si el acreedor prendario ha de recibir directamente el pago del crédito, no siempre será necesario el inicio de las acciones judiciales destinadas a su embargo. Además, de tratarse de un crédito dinerario como el que supone el artículo 31 antes citado, tampoco será indispensable recurrir a la lógica de la pública subasta, por los mismos motivos señalados en el supuesto anterior. De no ser de este modo, el acreedor prendario, aun habiendo recibido directamente los dineros objeto del crédito prendado, debería hacer entrega de ellos al tribunal a efectos de proceder a un mecanismo de realización consistente en una absurda “subasta de dinero”<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Evidentemente, estas ideas son sólo aplicables a un supuesto de prenda de crédito dinerario. De recaer sobre cualquier otro bien, la lógica de la imputación es imposible,

De este modo, recibiendo directamente los fondos, creemos que el acreedor prendario siempre podrá imputarlos al pago de su crédito, debiendo rendir cuentas de su actuación ante el constituyente. En el evento de que este último no esté de acuerdo en que se ha producido un incumplimiento de la obligación, deberá solicitar al acreedor prendario la restitución del *tantumdem* recibido. En suma, se tratará del mismo mecanismo de realización que el contemplado en el artículo 12 del DL 776 y en el artículo 819 del *Código de Comercio*.

Cabe advertir que este supuesto parece ser el caso más probable, por cuanto es el que ha justificado la nueva regulación de la prenda sin desplazamiento sobre créditos. De hecho, es el que supone que los flujos de dinero son indispensables para el ejercicio de los negocios del constituyente, y el que admite la prenda de créditos futuros (artículo 9 del artículo 14 de la ley N° 20.190)<sup>33</sup> y masas de créditos (artículo 11 del mismo artículo 14)<sup>34</sup>. Así también se traslada el momento de notificación al deudor del crédito prendado al tiempo de la ejecución de la prenda, impidiendo que, en razón de la garantía, éste último asuma una noción sobre el estado de los negocios del constituyente.

Paralelamente, cabe señalar que una de las principales ventajas de las prendas sobre créditos dinerarios proviene precisamente de la reducción de los costes de ejecución, dado que no es necesario acudir siempre a un procedimiento de ejecución judicial<sup>35</sup>. Por ello, la alternativa de recurrir a una forma de imputación de los dineros recibidos del deudor del crédito prendado por parte del acreedor prendario no sólo parece lógica –aun faltando el desplazamiento ideal como requisito constitutivo de la prenda– sino, también, imperiosa para que los operadores económicos hagan uso efectivo de esta forma de garantía.

En consecuencia, la necesidad de proceder a la intervención de los tribunales por medio del procedimiento contemplado en el artículo 31 del artículo 14 de la ley N° 20.190, cuando ya se haya procedido a la notificación, sólo parecería tener algún sentido en caso de que el deudor del crédito prendado se negare a cumplir su obligación en manos del acreedor prendario, aun cuando este supuesto sólo aparezca nítidamente en sus

debiendo procederse conforme a la idea de subrogación real de la prenda, aplicando el procedimiento ordinario de ejecución contemplado en el artículo 29 y ss. del artículo 14 de la ley N° 20.190.

<sup>33</sup> Véase GUZMÁN BRITO (n. 29), p. 229. Para este autor, tienen el carácter de crédito futuro aquéllos que “no existen en Derecho, pero se espera que existan, mas no sólo como algún día posibles, ni como bienes futuros, sino según cierta previsión concreta”. Sólo así, agrega, es posible su determinación al tiempo de la constitución de la garantía.

<sup>34</sup> Véase GUZMÁN BRITO (n. 18), p. 74.

<sup>35</sup> GARCÍA VICENTE (n. 17), p. 143 y ss.

Artículos de doctrina

25

Artículos de doctrina

26

incisos segundo y tercero, o cuando se quisiere anticipar la recepción del valor del crédito no exigible, previa aplicación de la correspondiente tasa de descuento.

#### IV. CONCLUSIONES

La utilización de la prenda de créditos tiene cada vez mayor importancia si se atiende a que la verdadera riqueza de las empresas se encuentra en sus flujos, como parte del fenómeno de la desmaterialización de la economía. Sin embargo, su regulación tradicional se hacía insuficiente ante los nuevos desafíos de los financiamientos. Siguiendo la tradición histórica y comparada, la codificación chilena situó a la prenda de créditos en el ámbito de una garantía calificada como contrato real, constituyendo la entrega del objeto prendado el elemento destinado a la protección del acreedor prendario. Siendo el traslado físico un imposible en relación con el crédito, se opta por el símil de la transferencia de la titularidad para su cobro, a objeto de salvaguardar la garantía y mantener en custodia el bien recibido (prenda propiamente tal) u obligándose a restituir otras tantas de igual género y calidad.

La regulación ofrecida por la ley N° 20.190 ha intentado resolver las dificultades que envuelve la pérdida de las facultades de cobro, y lo hace por medio de un sistema que, si bien a primera vista parece bastante similar al existente, trata la notificación al deudor del crédito prendado como requisito de mera oponibilidad de la prenda, de lo que resulta una falta de desplazamiento jurídico como elemento central de la garantía. Habida cuenta de dicha mutación, resulta no sólo un beneficio para el constituyente sino para la estructuración del negocio en todos aquellos casos en que no es indispensable un nivel de control tan exhaustivo por parte del acreedor prendario o, al menos, no es indispensable *ab initio*.

Ahora bien, creemos que la citada ley N° 20.190 tiende a ser un tanto confusa en relación con los mecanismos de ejecución de la garantía. El hecho de que la notificación o aceptación del deudor del crédito prendado no sea elemento constitutivo de la prenda –sino de mera oponibilidad– no implica que, obtenidos que sean, no pueda seguirse el mismo procedimiento de imputación reflejado en el artículo 12 del DL 776 y en el artículo 819 del *Código de Comercio*, como medio extrajudicial de realización de prendas que recaen sobre créditos dinerarios. La regulación de un procedimiento judicial para esta clase de créditos parece más bien superflua, y sólo parece tener alguna lógica en caso de que:

- i) el crédito prendado no sea actualmente exigible al tiempo del incumplimiento de la obligación principal, de modo que se recu-

- rra a su subasta para que aquél sea descontado, adelantando la recepción de su valor;
- ii) cuando pese a haberse notificada la prenda, o ésta haya sido aceptada por escrito, el deudor del crédito prendado se negare a cumplir con la prohibición de pagar en otras manos que no sean las del acreedor prendario, como reza el artículo 7 del artículo 14 de la ley N° 20.190 o
  - iii) cuando no se haya practicado la correspondiente notificación del embargo del crédito prendado de conformidad al artículo 31 del artículo 14 de la ley N° 20.190, y el deudor del crédito prendario no dé cumplimiento a las órdenes judiciales de retención de fondos y consignación en la cuenta corriente del tribunal.

Artículos de doctrina

BIBLIOGRAFÍA

ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios, *La prenda de créditos*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

CABRILLAC, Michel, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC et Philippe PÉTEL, *Droit des Sûretés*, Paris, Lexis Nexis Litec, 2007.

CARRASCO PERERA, Ángel; Encarna CORDERO LOBATÓ y Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Pamplona, Aranzadi, 2008, tomo II.

CRUZ MORENO, María, *La prenda irregular*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995.

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, “La prenda de créditos nominativos en la nueva normativa de la prenda sin desplazamiento”, en Carlos PIZARRO WILSON (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Olmué*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2009.

GARCÍA VICENTE, José Ramón, *La prenda de créditos*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La pignoración de grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho en la nueva Ley de prenda sin desplazamiento”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 30, Valparaíso, 2008.

GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La prenda sin desplazamiento de cosas corporales e incorporales futuras”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 31, Valparaíso, 2008.

PANTALEÓN, Fernando, “Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal”, en *Diario La Ley*, Ref. D-316, tomo 6, 1997, (recurso electrónico), disponible en <http://la.leydigital.laley.es>, consultado el 9 de julio de 2010.

POTHIER, Robert Joseph, *Tratado del contrato de peño*, traducido al español con notas de Derecho Patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Barcelona, J. Roger Editor, 1845.

27

Artículos de doctrina

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, “El pacto comisorio”, en María Elena Lauroba, Joan Marsal (eds.), *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

SERICK, Rolf, *Garantías Mobiliarias en Derecho Alemán*, traducción de Ángel Carrasco Perera, Madrid, Tecnos, 1990.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones*, Santiago, Editorial Nascimento, 1943.

28