

nes en que el fiador tenía el derecho de subrogarse” (art. 2381, N° 2°).

Si el acreedor pierde acciones que habrían permitido al fiador un reembolso total, la extinción de la fianza es igualmente total. Si las acciones perdidas le habrían permitido un reembolso parcial, será también parcial la extinción de la fianza.

En suma, la fianza se extingue hasta concurrencia de lo que “el fiador hubiera podido obtener del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal” (art. 2355).

3. LA PRENDA

1. *Generalidades*

159. Concepto.— El art. 2384 dispone: “Por el contrato de *empeño* o *prenda* se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito”.

La definición no es feliz, pero señala las características más salientes de la prenda, a saber: a) la prenda es un contrato; b) requiere la entrega de la cosa; c) recae sobre muebles; y d) constituye una caución.

Para precisar mejor el concepto del contrato conviene agregar a la definición sus principales consecuencias. La prenda, de este modo, puede ser definida como un contrato en que se entrega una cosa mueble a un acreedor para seguridad de su crédito, otorgándole la facultad de perseguir la cosa empeñada, retenerla en ciertos casos y pagarse preferentemente con el producto de su realización, si el deudor no cumple la obligación garantizada.

El término prenda tiene una triple acepción; sirve para designar: a) el contrato precedentemente definido; b) la

cosa misma entregada (art. 2384, inc. 2º); y c) el derecho real que se genera para el acreedor (art. 577).

160. Prendas especiales.— La legislación relativa a la prenda se ha complicado grandemente con la creación de numerosas prendas especiales, regidas por normas particulares.

Las prendas en cuestión se caracterizan, fundamentalmente, porque el deudor conserva la tenencia de las cosas empeñadas; la prenda ha dejado de ser un contrato real para convertirse en un contrato solemne.

Estas prendas especiales tienen una importancia creciente. Es indispensable, al estudiar la prenda común, examinar someramente sus diferencias más salientes con dichas prendas especiales³⁸.

Cronológicamente, estas prendas son:

a) Prenda de almacenes de depósitos warrants, creada por Ley N° 3.896, hoy sustituida por la Ley N° 18.690 sobre almacenes generales de depósito, de 2 de febrero de 1988.

b) Prenda agraria, creada por la Ley N° 4.097, de 25 de septiembre de 1926, modificada por las Leyes N°s 4.163 y 5.015, de 15 de agosto de 1927 y 5 de enero de 1932, respectivamente.

c) Prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos, creada por la Ley N° 4.287, de 23 de febrero de 1928;

d) Prenda de las compraventas a plazo, reglamentada por la Ley N° 4.702, de 6 de diciembre de 1929;

e) Prenda industrial, regida por la Ley N° 5.687, de 17 de septiembre de 1935, modificada por la Ley N° 6.276, de 1º de octubre de 1938.

f) Prenda sin desplazamiento, creada por la Ley N° 18.112, de 16 de abril de 1982, que permite al deudor prendario conservar la tenencia de la cosa dada en prenda, transfiriendo únicamente el dueño su derecho real de prenda, mediante escritura pública.

³⁸ El estudio concienzudo de estas materias corresponde a otras asignaturas.

2. Caracteres de la prenda

161. Enunciación.— La prenda es un contrato real, unilateral y accesorio.

La prenda es, asimismo, un derecho real mueble, un privilegio y un título de mera tenencia. En fin, la prenda es indivisible.

162. La prenda es un contrato.— La prenda es un contrato y supone un acuerdo de voluntades entre el acreedor prendario y la persona que la constituye.

Consecuentemente, el art. 2392 declara que “no se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda” y añade, asimismo, que “no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento”.

No es de rigor que el contrato se celebre entre el acreedor y el deudor. Puede celebrarse, también, entre el acreedor y un tercero que empeña un bien suyo en garantía de una deuda ajena. El art. 2388 dispone: “La prenda puede constituirse no sólo por el deudor sino por un tercero cualquiera, que hace este servicio al deudor”.

Cuando la prenda se otorga por un tercero, que no se obliga personalmente, queda afecto al cumplimiento de la obligación únicamente el bien empeñado. El tercero se obliga sólo *propter rem et occasione rei*³⁹.

163. La prenda es un contrato real.— El contrato se perfecciona por la entrega de la cosa empeñada. Así lo establece expresamente el art. 2386.

³⁹ Véase “De las obligaciones”, N° 283.

La entrega de la prenda sirve para dar la necesaria publicidad al contrato y es factor determinante de la gran eficacia de la garantía prendaria.

Tiende la prenda a perder este carácter; las prendas especiales son, en general, contratos solemnes.

164. La prenda es un contrato unilateral.— Del contrato de prenda nacen obligaciones sólo para una de las partes contratantes; el acreedor prendario es el único obligado y su obligación consiste en restituir la cosa cuando ha sido satisfecho de su crédito.

Sin embargo, puede resultar obligado el deudor a pagar los gastos en que haya incurrido el acreedor en la conservación de la prenda y los perjuicios que le haya irrogado la tenencia (art. 2396).

Necesariamente muy diversa es la situación en las prendas sin desplazamiento. El acreedor no contrae la obligación de restituir porque el deudor conserva la tenencia de la cosa. El deudor es obligado, en general, a conservar la prenda y a gozarla en términos que no la menoscaben.

165. La prenda es un contrato accesorio.— El carácter accesorio del contrato de prenda se destaca en la definición del art. 2384: la prenda se celebra para “la seguridad” de un crédito.

A mayor abundamiento, el art. 2385 dispone: “El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede”.

Las consecuencias que derivan del hecho de ser la prenda un contrato accesorio son sobradamente conocidas.

166. La prenda es un derecho real.— La prenda es un derecho real; como tal se la menciona en el art. 577.

La fundamental ventaja que la prenda otorga al acreedor es el derecho de persecución, que le permite ejecutar su crédito en los bienes empeñados, aunque el deudor los haya enajenado. Esta facultad de perseguir la cosa es consecuencia del derecho real que la prenda engendra.

167. La prenda es un derecho mueble.— Los derechos reales son muebles o inmuebles según la cosa en que se ejercen. La prenda recae necesariamente sobre muebles y, por lo mismo, tiene este carácter.

168. Privilegio de la prenda.— La prenda otorga al acreedor prendario un privilegio de segunda clase (art. 2474, N° 3°).

Este privilegio es especial y pasa contra terceros. El privilegio, junto con el derecho de persecución, da a la prenda su plena eficacia como caución.

169. La prenda es un título de mera tenencia.— El acreedor prendario es un mero tenedor de la cosa empeñada (art. 714); la ley le considera investido de los deberes y responsabilidades de un depositario (art. 2395).

Aunque mero tenedor de la cosa, el acreedor prendario es dueño y poseedor del derecho real de prenda.

170. Indivisibilidad de la prenda.— La prenda es indivisible, aunque sea divisible la obligación principal, y a pesar de que la cosa empeñada admita división.

La indivisibilidad de la prenda se manifiesta en varios aspectos:

a) El deudor no puede recobrar ni siquiera en parte la prenda, mientras no haya satisfecho íntegramente la deuda (art. 2396).

b) El codeudor que ha pagado su parte en la deuda no puede recobrar la prenda, ni aun en parte, mientras no se

extinga totalmente la obligación; el acreedor a quien se ha satisfecho su parte o cuota en el crédito, no puede remitir la prenda, ni aun parcialmente, mientras no se haya cancelado a sus coacreedores (art. 1526, N° 1°).

c) La regla anterior es aplicable a los herederos del acreedor y del deudor (art. 2405).

3. Elementos del contrato de prenda

171. División de la materia.— El contrato de prenda debe reunir los requisitos o elementos de todo contrato.

En sucesivos párrafos se examinarán: a) las formas del contrato; b) la capacidad de los contratantes; c) las cosas que pueden empeñarse; y d) las obligaciones susceptibles de garantizarse con prenda.

El examen de esta última cuestión es indispensable en relación con las prendas especiales.

1) Formas del contrato

172. Entrega de la cosa empeñada.— Para que se constituya el contrato de prenda es necesario, además del acuerdo de las partes, que la cosa sea entregada al acreedor.

El art. 2386 establece: “Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor”. La ley exige perentoriamente el desasimio del deudor y que la cosa sea puesta a disposición del acreedor.

La entrega tiene una doble razón de ser bien evidente.

a) Por de pronto, la entrega influye decisivamente en la eficacia de la garantía prendaria; el acreedor no encontrará dificultades para llegar a la realización y pago preferente de un bien que tiene en su poder.

b) Por otra parte, la entrega es una medida indispensable de publicidad.

El desplazamiento advierte a los terceros la existencia de la prenda y que el constituyente tiene un dominio limitado por este derecho real. Los terceros quedan enterados, de este modo, de que determinados bienes muebles del deudor están afectos al pago preferente de obligaciones contraídas por éste.

Se sigue como consecuencia que la entrega debe ser real y no meramente simbólica. No es viable que el deudor conserve la tenencia de la cosa a un título precario, por ejemplo, en calidad de depositario. Una entrega simbólica no respondería al propósito del legislador que requiere una entrega ostensible, y por lo mismo, real⁴⁰.

Nada dice el Código acerca de si la entrega puede hacerse a un tercero, designado por el acreedor o por ambas partes. Es obvio que la entrega cumple su finalidad, razón suficiente para inclinarse por la afirmativa⁴¹. El Código de Comercio resuelve expresamente que la entrega puede hacerse “a un tercero elegido por las partes” (art. 817).

173. Prenda sobre créditos.— Los créditos son susceptibles de constituirse en prenda y el legislador ha debido reglamentar la forma del contrato, dada la naturaleza de estos bienes.

El art. 2389 dispone: “Se puede dar en prenda un crédito entregando el título; pero será necesario que el acreedor lo notifique al deudor del crédito consignado en el título, prohibiéndole que lo pague en otras manos”.

⁴⁰ La jurisprudencia está acorde hoy en que la entrega debe ser real. Véase R. de D. y J., t. XXX, I, pág. 259.

⁴¹ R. de D. y J., t. XVIII, I, pág. 259.

a) Como el crédito es un bien incorporal, se entrega el título, esto es, el documento en que el crédito consta.

b) Pero no basta la entrega del título; es preciso, además, la notificación al deudor prohibiéndole que pague a su acreedor.

La notificación del deudor, a la inversa de lo que ocurre en la cesión de créditos, es indispensable para que la prenda se perfeccione aun entre las partes. La cesión, en cambio, perfecta entre las partes por la entrega del título, requiere de la notificación o aceptación para que se perfeccione respecto del deudor cedido y de terceros.

A propósito de la prenda de créditos, el art. 12 del Decreto Ley N° 776, de 19 de diciembre de 1925, sobre realización de prenda, establece esta regla fundamental: “Si la prenda consistiere en un crédito por suma de dinero, el acreedor prendario deberá cobrarlo a su vencimiento, conforme a las reglas generales del derecho, entendiéndose representante legal del dueño del crédito para este efecto. Las cantidades que perciba las aplicará, sin sujeción a las formalidades de los artículos anteriores, al pago de su propio crédito, si éste fuere de igual naturaleza, y en seguida rendirá cuenta a su deudor”.

174. Prenda comercial.— La prenda mercantil se encuentra reglamentada en los arts. 813 y siguientes del Código de Comercio. Como la prenda civil, se perfecciona por la entrega de la cosa.

Pero la prenda mercantil no es oponible a terceros si no consta por escrito; este requisito es necesario para la oponibilidad a los terceros del privilegio del acreedor prendario.

En efecto, el art. 815 del Código de Comercio exige, para que el acreedor prendario goce del privilegio, “en concurrencia con otros acreedores”:

a) que el contrato de prenda sea otorgado por escritura pública o instrumento privado protocolizado; y

b) que el instrumento exprese la suma de la deuda y la especie y naturaleza de las cosas empeñadas, o que lleve anexa una descripción de su calidad, peso y medida.

Si la prenda recae sobre créditos, es menester, además, que se notifique al deudor conforme al art. 2389 (art. 816 del C. de Comercio).

La regla es aplicable a la prenda de créditos nominativos.

En cambio, en los créditos a la orden, letras de cambio, pagarés, etc., emitidos a la orden, la prenda se constituye mediante el endoso.

El endoso es el escrito por el cual el tenedor legítimo transfiere el dominio de la letra, la entrega en cobro o la constituye en prenda. El endoso debe estamparse al dorso de la letra misma o de una hoja de prolongación adherida a ella.

En conformidad al art. 21 de la Ley N° 18.092, el endoso que no exprese otra calidad, es traslativo de dominio y transfiere al endosatario todos los derechos que emanan de la letra. Importa mandato para el cobro, cuando contenga la cláusula “valor en cobro”, “en cobranza” u otra equivalente. Importa constitución en prenda cuando incluye la cláusula “valor en prenda”, “valor en garantía” u otra equivalente.

175. Constitución de la prendas especiales.— El desplazamiento de la prenda suele ser impracticable y, en otras ocasiones, causa un serio perjuicio al deudor; la entrega de la cosa empeñada le priva de sus elementos de trabajo y de los medios para satisfacer sus obligaciones.

Las numerosas prendas especiales se caracterizan porque falta el desplazamiento de la cosa; la prenda deja de ser un contrato real y se convierte en un contrato solemne.

a) La prenda agraria se perfecciona por escritura pública o por escritura privada, debiendo en este último caso ser autorizada la firma de los contratantes por un notario u oficial del Registro Civil. Además, el contrato deberá inscribirse en el Registro de Prenda Agraria que lleva el Conservador de Bienes Raíces de cada departamento (art. 5° de la Ley N° 4.097).

La inscripción debe efectuarse en el departamento en que se hallen los bienes empeñados, y si éstos corresponden a varios departamentos deberá hacerse en los registros de cada uno de ellos (art. 6° de la Ley N° 4.097).

b) La prenda industrial se constituye de análoga manera. Requiere escritura pública o instrumento privado en que un notario autorizará la firma de los contratantes, con expresión de la fecha.

La prenda se inscribirá, además, en el Registro Especial de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces del departamento (art. 27 de la Ley N° 5.687).

c) La prenda de muebles vendidos a plazo debe constituirse por escritura pública o instrumento privado autorizado por un notario u oficial del Registro Civil. Los contratos de compraventa y de prenda deben celebrarse conjuntamente.

El derecho real de prenda se adquiere y conserva por la inscripción del contrato en el Registro Especial de Prenda del departamento en que se celebre el contrato (art. 2° de la Ley N° 4.702).

d) La prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos se constituye de diversa manera, según la naturaleza de tales valores.

1. Los valores al portador se constituyen en prenda por la simple entrega al banco; los valores entregados se presumen dados en prenda, a menos que conste expresamente que han sido entregados con un objeto diverso (art. 1° de la Ley N° 4.287).

2. Los créditos a la orden se constituyen en prenda por medio de endoso, con la expresión “valor en garantía” u otras equivalentes, sin necesidad de notificación del deudor (art. 2º de la Ley N° 4.287).

3. La prenda de acciones nominativas de sociedades anónimas o en comandita se constituye por escritura pública o privada, notificándose por un ministro de fe a la respectiva sociedad, para los efectos del art. 2389 del Código Civil (art. 3º de la Ley N 4.287).

e) La prenda de mercaderías depositadas en almacén general de depósito, se efectúa por el endoso del certificado de prenda, en conformidad al art. 6º de la Ley 18.690, la cual dispone que el dominio de las especies depositadas en los almacenes se transfiere mediante el endoso del certificado de depósito.

En conformidad al artículo 10 de la misma ley, el endosatario del certificado de depósito y del vale de prenda, que pueden ser personas distintas, deberá hacer anotar el endoso en el respectivo registro del almacenista. De este acto se dejará constancia por el almacenista en el certificado o vale de prenda cuyo endoso se anotare.

En tanto no se efectúe la anotación a que se refiere el inciso anterior, el endoso no producirá efecto alguno respecto de terceros.

f) La prenda sin desplazamiento de la Ley N° 18.112, es un contrato solemne que tiene por objeto constituir una garantía sobre una cosa mueble, para caucionar obligaciones propias o de terceros, conservando el constituyente la tenencia y uso de la prenda.

Esta ley permite, por primera vez en nuestro sistema legal, constituir prenda sin desplazamiento sobre existencias de mercaderías, materias primas, productos elaborados o semielaborados y repuestos del comercio o industrias y, en general, de cualquier actividad de la producción o de los

servicios. Los componentes de dichas existencias no podrán ser utilizados, transformados o enajenados en todo o en parte, ni se podrá constituir sobre ellos ningún derecho a favor de terceros, sin previo consentimiento escrito del acreedor.

Un extracto de la escritura del contrato de prenda sin desplazamiento se publicará en el Diario Oficial, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de su otorgamiento. Esta publicación se efectuará el día 1° ó 15 del mes o, si fuere domingo o festivo, el primer día siguiente hábil. En el caso de los vehículos motorizados, esta escritura se anotará al margen de la inscripción del vehículo en el Registro de Vehículos Motorizados. En el caso que la prenda recaiga en naves menores en construcción o construidas, la escritura pública se anotará al margen de la inscripción de la nave en el respectivo Registro de Matrículas. Mientras no se practiquen tales anotaciones, el respectivo contrato de prenda será inoponible a terceros.

La característica principal de esta prenda, que ha llevado a que su uso se haya masificado, consiste en que el deudor conserva la tenencia de la cosa dada en prenda. A diferencia de la prenda civil, el contrato, que es real, no se perfecciona por la entrega de la cosa, sino por la tradición del derecho real de prenda, la que se efectúa por escritura pública en que el constituyente exprese constituirlo, y el adquirente aceptarlo. Esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato (artículo 8° de la Ley N° 18.112).

2) Capacidad de las partes

176. Facultad de enajenar.— La prenda priva al constituyente de importantes atributos del dominio, como son el uso y goce de la cosa.

Lato sensu, la prenda constituye un acto de enajenación. Por este motivo, el art. 2387 establece que “no se puede empeñar una cosa, sino por persona que tenga la facultad de enajenarla”.

En las prendas sin desplazamiento el deudor conserva las facultades de uso y goce. Pero, aparte de que debe gozar en términos que no menoscaban la garantía, está limitada, a veces, la facultad de disposición.

Las personas incapaces no pueden empeñar sino con arreglo a las normas legales que rigen la enajenación de los bienes muebles de estas personas.

3) Cosas que pueden empeñarse

177. Todas las cosas muebles, en principio, pueden empeñarse.— En principio, pueden empeñarse todas las cosas muebles, tanto corporales como incorporales. El art. 2389 reglamenta, como se vio, la prenda sobre créditos.

Esta regla general tiene algunas limitaciones.

a) No pueden empeñarse las cosas que no son susceptibles de ser entregadas como las cosas futuras.

b) Tampoco pueden darse en prenda, en ciertos casos, las naves.

Aunque las naves son bienes muebles, la ley las declara susceptibles de hipoteca (art. 2418); pero la Ley N° 3.500 de la Ley de Navegación (art. 2°) declara hipotecables sólo las naves de más de 50 toneladas de registro. Podrán darse en prenda las naves de menos de dicho tonelaje.

178. Prenda de cosa ajena.— Sugiere el art. 2387 que no es viable la prenda de cosa ajena porque no puede empeñar sino la persona “que tenga facultad de enajenarla”.

Sin embargo, los arts. 2390 y 2391 reglamentan los efectos de la prenda de cosa ajena, y de tales disposiciones resulta manifiesta su eficacia.

La prenda de cosa ajena produce efectos que pueden enfocarse desde un doble punto de vista: a) con relación al dueño de la cosa; y b) entre las partes.

a) Con relación al dueño, la situación es análoga a la que se plantea en la venta de cosa ajena.

El propietario, extraño al contrato de prenda, conserva sus derechos; puede reclamar la cosa ejercitando para ello las acciones propias del dominio.

Los derechos del propietario tienen como límite la adquisición por prescripción del derecho de prenda, por parte del acreedor prendario. Mero tenedor de la cosa, el acreedor posee el derecho de prenda, susceptible de ganarse por prescripción como los demás derechos reales (arts. 670, inc. 2º, y 2498, inc. 2º).

b) Las consecuencias de la prenda de cosa ajena, entre las partes, dependen de la actitud que asuma el dueño.

1. Si el dueño no reclama la cosa, el contrato conserva su plena eficacia. El art. 2390 no deja dudas sobre el particular; “subsiste sin embargo el contrato, mientras no la reclama su dueño”.

La regla tiene una excepción; el contrato no subsiste, pese a la falta de reclamo de propietario, cuando el acreedor supo que la cosa era hurtada, tomada por la fuerza, o perdida, “en cuyo caso se aplicará a la prenda lo prevenido en el art. 2183” (art. 2390).

De este modo, enterado el acreedor de que la cosa fue tomada por la fuerza, hurtada o perdida, debe advertir al dueño, dándole un plazo razonable para que la reclame.

Dado el aviso y si el dueño no reclama la cosa, puede el acreedor prendario restituirla a quien constituyó la prenda, sin responsabilidad alguna. Si no da el aviso y restituye

a quien no era dueño, es responsable de los perjuicios que de la restitución se sigan al propietario⁴².

2. Si el dueño reclama la cosa y se verifica la restitución, tiene el acreedor el triple derecho que le acuerda el art. 2391: a) que se le entregue otra prenda; b) que se le otorgue otra caución adecuada; y c) que se le cumpla inmediatamente la obligación, aunque sea de plazo pendiente.

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

La facultad de pedir el inmediato cumplimiento de la obligación a plazo es consecuencia de la caducidad del término, que trae consigo el menoscabo de la garantía (art. 1496, N° 2°).

179. Cosas que pueden empeñarse en las prendas especiales.— En la prenda común, como se dijo, pueden empeñarse toda clase de cosas muebles. En las prendas especiales la situación es radicalmente diversa, porque solamente pueden empeñarse ciertos y determinados bienes que, en cada caso, la ley se ha cuidado de señalar.

a) Solamente pueden darse en prenda agraria los bienes que señala el art. 2° en la Ley N° 4.097: animales de cualquiera especie y sus productos; máquinas de explotación, aperos y útiles de labranza de cualquiera especie; maquinarias y elementos de trabajo industrial, instalados o sepa-

⁴² Véase el N° 16.

radamente; semillas y frutos de cualquiera naturaleza, cosechados o pendientes, en estado natural o elaborados; maderas en pie o elaboradas; sembrerías o plantaciones, en cualquier estado de su desarrollo.

b) La Ley N° 5.687, sobre Prenda Industrial, enumera en su art. 24 los bienes que pueden empeñarse: materias primas, productos elaborados, maquinarias, vajijas, productos agrícolas destinados a la industria, herramientas y útiles, maderas; animales que sean elementos de trabajo industrial; elementos de transporte, como camiones, naves, embarcaciones; acciones, bonos y otros valores; y en general, “todas aquellas especies muebles que, en razón de la industria, formen parte integrante o accesoria de ella”.

c) La prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos debe recaer sobre valores al portador, créditos a la orden o acciones nominativas de sociedades anónimas o en comandita (arts. 1°, 2° y 3° de la Ley N° 4.287).

d) La prenda “sobre almacenes generales de depósito”, la Ley N° 18.690, establece el contrato de almacenaje, en virtud del cual una persona llamada depositante entrega en depósito a otra denominada almacenista, mercancías de su propiedad de cualquier naturaleza, para su guarda o custodia, las que pueden ser enajenadas o pignoras mediante el endoso de los documentos representativos de las mismas emitidos por el almacenista, esto es, del certificado de depósito o del vale de prenda, en su caso, todo de conformidad a las disposiciones de la Ley N° 18.690.

e) La prenda especial de la Ley N° 4.702 sólo se podrá estipular en las compraventas a plazo de las siguientes cosas: automóviles, camiones, tractores, coches, carretas y otros vehículos; autobuses, bicicletas y motocicletas; pianos e instrumentos de música; libros, máquinas e instrumentos de trabajo de alguna ciencia, arte o profesión; relojes, máquinas de coser, frigoríficos; máquinas de escribir, calculadoras y registradoras; cocinas, muebles, lámparas y demás muebles del menaje de una casa o instalación de una oficina (art. 41 de la Ley N° 4.702).

f) La Ley N° 18.112, sobre prenda sin desplazamiento (ver supra, pág. 121).

180. Especialidad de la prenda.— La especialidad de la prenda, en relación con la cosa empeñada, significa que ésta debe ser determinada.

La determinación de la cosa empeñada es indispensable en la prenda común.

El Código de Comercio exige, para que sea oponible a otros acreedores el privilegio de la prenda, que conste por escrito “la especie y naturaleza de las cosas empeñadas”, o que se haga “una descripción de su calidad, peso y medida” (art. 815 del C. de Comercio).

Esta exigencia rige, también, para las prendas especiales.

Sin embargo, el principio conoce algunas excepciones.

a) En la prenda industrial, si la prenda versa sobre materias primas, automáticamente se extiende a los productos elaborados con ellas (art. 25 inc. 2° de la Ley N° 5.687).

b) Los bienes que caucionan obligaciones contraídas a favor del Banco del Estado de Chile, por intermedio de su Departamento Agrícola, se reputan dados en prenda agraria y la garantía prendaria se extiende a los bienes que haya adquirido el deudor “en sustitución o reemplazo de los obtenidos primitivamente con el producto de un préstamo” (art. 45 del D.F.L. N° 251, de 30 de marzo de 1960).

c) En conformidad a la Ley N° 18.112, sobre prenda sin desplazamiento, las cosas que no han llegado al país pueden ser empeñadas, siempre que el constituyente de la prenda sea el titular del documento de embarque o expedición o de recepción para el embarque o expedición de ellas, conforme a las normas que regulan la circulación de tales documentos. Ya vimos, además, que podía constituirse prenda sobre existencias de mercaderías.

En conformidad a esta ley, “no pueden ser dados en prenda sin desplazamiento los muebles de una casa destinados a su ajuar”.

4) Obligaciones que pueden caucionarse con prenda

181. En principio todas las obligaciones son susceptibles de garantizarse con prenda.— La prenda común sirve para caucionar toda clase de obligaciones, cualquiera que sea su origen, tratándose de obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Pueden ser caucionadas con prenda las obligaciones meramente naturales (art. 1472).

Las prendas especiales, en cambio, por regla general, no sirven para caucionar sino ciertas obligaciones.

a) La prenda agraria sirve para caucionar “obligaciones contraídas en el giro de los negocios relacionados con la agricultura, ganadería y demás industrias anexas” (art. 1° de la Ley N° 4.097).

b) La prenda industrial sólo puede constituirse para garantizar “obligaciones contraídas” en el giro de los negocios que se relacionan con cualquiera clase de trabajos o explotaciones industriales” (art. 23 de la Ley N° 5.687).

c) La prenda de la Ley N° 4.702 puede garantizar solamente la obligación de pagar el precio de las cosas que se venden en todo o parte a plazo (art. 1° de la Ley N° 4.702).

d) La prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos sirve para caucionar obligaciones en que el acreedor debe ser necesariamente una institución bancaria.

e) La prenda sin desplazamiento de la Ley N° 18.112. Puede caucionarse con prenda sin desplazamiento toda clase de obligaciones, presentes o futuras, estén o no determinadas a la fecha del respectivo contrato. Podrá constituirse prenda sin desplazamiento sobre toda clase de bienes corporales muebles.

182. Especialidad de la prenda en relación con la obligación garantizada.— La prenda garantizará, por lo común, deudas determinadas y específicas.

¿Pueden garantizarse obligaciones indeterminadas? ¿Es eficaz la prenda que se constituye para caucionar las obligaciones posteriores que se contraigan entre las mismas partes? En otras palabras, ¿cuál es el valor de la cláusula de garantía general prendaria?

Diversas razones muestran que es plenamente eficaz la cláusula de garantía general.

a) Por de pronto, la ley no la prohíbe y basta esta circunstancia para inclinarse a reputarla válida; en derecho privado puede hacerse todo lo que la ley no prohíbe.

b) Para el discernimiento de las guardas, por ejemplo, es menester que el guardador rinda previamente fianza. El

art. 376 previene que en lugar de la fianza “podrá prestarse prenda o hipoteca suficiente”.

La prenda, en este caso, garantiza obligaciones futuras e indeterminadas en cuanto a su monto.

c) El art. 2401 establece que, extinguida la obligación, deberá el acreedor restituir la prenda; pero podrá retenerla cuando tenga contra el mismo deudor otros créditos que reúnan los caracteres que señala la disposición.

Si el legislador, interpretando la voluntad de las partes, establece que la prenda se hará extensiva a otras obligaciones de las mismas partes, es lógico que el mismo resultado pueda obtenerse por medio de una estipulación expresa.

d) En fin, la cláusula de garantía general no ofrece en la prenda los inconvenientes que presenta en la hipoteca. No es posible constituir varias prendas sobre las mismas cosas y, por lo tanto, la cláusula de garantía general no puede lesionar los intereses de otros acreedores prendarios.

En las prendas especiales la cláusula de garantía general está expresamente autorizada en unos casos y prohibida expresa o implícitamente en otros.

a) Está expresamente autorizada la cláusula en la prenda industrial y en la prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos.

1. El art. 48 de la Ley N° 5.687 establece que el deudor prendario tiene derecho para pagar la deuda antes del vencimiento y exigir la cancelación de la inscripción de la prenda; “salvo el caso en que la referida prenda se hubiere constituido también como garantía general de otras obligaciones pendientes”.

2. El art. 5° de la Ley N° 4.287 establece que las prendas constituidas conforme a sus disposiciones, “servirán de garantía a todas las obligaciones directas e indirectas de cualquiera clase que el dueño de la prenda tenga o pueda tener a favor del mismo banco, a menos que conste expresamente que la prenda se ha constituido en garantía de obligaciones determinadas”.

En la prenda industrial la cláusula requiere un expreso convenio; en la prenda de valores, al contrario, es de la naturaleza del contrato y para eliminarla se requiere un expreso acuerdo de voluntades.

3. La prenda agraria, constituida en favor del Banco del Estado de Chile, “garantizará todas las obligaciones directas o indirectas que el dueño de la cosa dada en prenda adeudare o llegare a adeudar a la institución”. La regla se aplica a la garantía prendaria constituida por terceros (art. 50 del D.F.L. N° 251, de 1960).

b) Es inadmisibles la cláusula de garantía general en la prenda comercial, en la prenda de las ventas a plazos y en la prenda de almacén general de depósito.

1. En efecto, el art. 815 del Código de Comercio exige que conste por escritura pública privada “la declaración de la suma de la deuda” para que el acreedor prendario goce del privilegio, en concurrencia con otros acreedores.

2. No cabe la cláusula de garantía general en la prenda de las ventas a plazo porque ésta no puede caucionar sino la obligación de pagar el precio y debe constituirse conjuntamente con la celebración del contrato de compraventa.

3. Tampoco cabe la cláusula de garantía general en la Ley de Almacenes Generales de Depósito, porque se exige mención expresa, en el endoso del certificado de prenda, del “monto del capital e intereses del o de los créditos y la fecha de vencimiento de dichos créditos y sus modalidades”, lo que imposibilita constituir la prenda con “cláusula de garantía general”, esto es, para caucionar indeterminadamente todas las obligaciones de un deudor para con su acreedor.

c) La Ley N° 18.112 permite expresamente constituir esta prenda con “cláusula de garantía general”, esto es, para caucionar todas las obligaciones del deudor prendario (art. 3°, letra b).

4. Efectos del contrato de prenda

183. División de la materia.— Los efectos de todo contrato son los derechos y obligaciones que crea para las partes contratantes.

Será menester examinar los derechos y obligaciones del acreedor prendario y, en seguida, los derechos y obligaciones del deudor.

1) Derechos del acreedor

184. Cuáles son los derechos del acreedor.— La prenda otorga al acreedor un conjunto de derechos que dan su excepcional eficacia a la garantía prendaria.

Estos derechos del acreedor son los siguientes:

- a) Derecho de retención;
- b) Derecho de persecución;
- c) Derecho de venta; y
- d) Derecho de preferencia.

Tiene el acreedor, además, un derecho eventual: que se le indemnicen los gastos y perjuicios ocasionados por la tenencia de la prenda.

a) Derecho de retención

185. Concepto.— El derecho del acreedor para conservar la tenencia de la prenda hasta el pago íntegro de su crédito se denomina derecho de retención.

El deudor no tiene derecho para pedir la restitución de la cosa empeñada sino cuando ha cancelado la deuda en su totalidad. El art. 2396 dispone: “El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda en todo o parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda, y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia”.

El derecho de retención reporta considerables ventajas para el acreedor porque inducirá al deudor a cumplir la obligación, condición indispensable para recobrar la prenda, y porque hará expedito el ejercicio de los derechos de venta y pago preferente.

186. Necesidad de un pago total para que cese el derecho de retención.— Para que cese el derecho de retención la deuda debe ser satisfecha íntegramente, el pago debe ser total.

Entre las reglas generales del pago, el art. 1591, inc. 2º, establece que “el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban”.

El art. 2396 reproduce esta regla. El derecho de retención del acreedor durará hasta que se le pague: a) el capital; b) los intereses; c) los gastos de conservación de la prenda; y d) los perjuicios ocasionados por su tenencia.

El pago debe ser total como consecuencia de la indivisibilidad de la prenda.

El acreedor que recibe un pago parcial no está obligado a restituir una parte proporcionada de la cosa o cosas empeñadas, aunque éstas sean susceptibles de división. Tiene derecho para retener la prenda por insignificante que sea la parte insoluta de su crédito.

El art. 2405 establece: “La prenda es indivisible. En consecuencia, el heredero que ha pagado su cuota de la deuda, no podrá pedir la restitución de una parte de la prenda, mientras exista una parte cualquiera de la deuda; y recíprocamente, el heredero que ha recibido su cuota del crédito, no puede remitir la prenda, ni aun en parte, mientras sus coherederos no hayan sido pagados”.

En suma, el pago debe ser total aunque la obligación se divida activa o pasivamente.

187. Reglas de excepción.— El acreedor puede retener la prenda mientras no se le paga íntegramente; cumplida la obligación, debe restituir.

Pero esta regla general tiene excepciones en un doble sentido:

a) porque el acreedor puede estar obligado a restituir, a pesar de no haberse cumplido la obligación; y

b) porque puede retener la prenda, pese a que se le ha satisfecho la obligación garantizada.

188. Primera excepción: si el deudor pide la sustitución de la prenda.— El acreedor debe restituir cuando el deudor pida y obtenga la sustitución de la prenda.

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

El acreedor no puede razonablemente oponerse a que la cosa empeñada se cambie por otra que le ofrezca adecuada garantía. Será el juez quien decida y acogerá la petición del deudor cuando de la sustitución no se siga perjuicio al acreedor, condición indispensable según la disposición transcrita.

189. Segunda excepción: si el acreedor abusa de la prenda.— Debe el acreedor restituir, aunque no se le haya pagado, cuando abusa de la prenda.

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

Salvo casos de excepción está vedado al acreedor, como al depositario, usar o servirse de la prenda. Por lo tanto, salvas estas excepciones, el simple uso de la cosa constituye abuso.

190. Tercera excepción: prenda tácita.— Esta tercera excepción consiste en que el acreedor puede retener la prenda, pese a que le fue satisfecha la obligación caucionada con ella.

El acreedor no puede ejercer el derecho de retención sino en razón de la deuda a cuyo pago está especialmente afecto el bien empeñado. En otras palabras, pagada la deuda para cuya seguridad se constituyó la prenda, debe resti-

tuir aunque existan otras obligaciones insolutas entre las mismas partes.

Estos principios tienen una calificada excepción que el art. 2401 formula en estos términos: “Satisfecho el crédito en todas sus partes, deberá restituirse la prenda. Pero podrá el acreedor retenerla si tuviere contra el mismo deudor otros créditos, con tal que reúnan los requisitos siguientes: 1° Que sean ciertos y líquidos; 2° Que se hayan contraído después que la obligación para la cual se ha constituido la prenda; 3° Que se hayan hecho exigibles antes del pago de la obligación anterior”.

El art. 2401 establece lo que la doctrina denomina prenda tácita.

A presta a B con prenda \$ 200.000 a dos años plazo; pasados tres meses, le otorga un nuevo préstamo por \$ 100.000 a un año plazo, sin garantía.

Supone el legislador que entre las partes ha existido un acuerdo tácito para que la prenda constituida para seguridad de la primera deuda garantice igualmente la segunda. Por lo tanto, el acreedor tiene derecho para retener la prenda hasta el pago de ambas obligaciones.

La suposición es lógica y justa. Si al contraerse la primera obligación el acreedor juzgó que el deudor no era suficientemente solvente y le exigió una prenda, es razonable suponer que no tendrá mayor confianza en su solvencia cuando se constituye la nueva obligación. Debe suponerse, pues, que la nueva obligación se ha constituido en las mismas condiciones de seguridad que la primera.

191. Condiciones para que tenga lugar la prenda tácita.— La regla del art. 2401 es excepcional y debe entenderse, por lo mismo, restrictivamente.

He aquí las precisas condiciones en que tiene lugar la prenda tácita.

a) Es menester que la prenda se haya constituido por el propio deudor. No tiene lugar si la prenda se constituyó por un tercero.

La prenda tácita se funda en la presunta voluntad de las partes. ¿Cómo suponer que el tercero que empeñó un bien suyo en garantía de una deuda ajena haya querido garantizar las nuevas obligaciones que el deudor contraiga?

b) Es necesario que los créditos a que se extiende la prenda sean ciertos y líquidos (art. 2401, N° 1°).

En verdad, el legislador ha querido expresar que las nuevas obligaciones no sean condicionales. No es admisible que el acreedor retenga la prenda para asegurarse de un crédito cuya existencia es problemática.

c) Las obligaciones que autorizan la retención deben haber sido constituidas “después” que la obligación garantizada con la prenda (art. 2401, N° 2°).

Solamente si el acreedor exigió una garantía prendaria para asegurar la primera obligación puede presumirse que las partes han subentendido que la misma prenda asegure la nueva obligación.

A prestó a B \$ 200.000, sin garantía, a dos años plazo; luego le otorgó un nuevo préstamo por \$ 100.000 a un año plazo, con garantía prendaria. No es lícito al acreedor retener la prenda para seguridad de la primera deuda.

d) Por último, es preciso que la nueva obligación se haga exigible “antes” del pago de la anterior (art. 2401, N° 3°).

Si se pagó la primera obligación antes de la exigibilidad de la segunda el acreedor quedó obligado a restituir; la infracción de su obligación de devolver, la circunstancia de haberse hecho fuerte con la cosa, no le hace merecedor de que se le ampare con la facultad de retener la cosa para seguridad de la nueva obligación. Se aprovecharía el acreedor de su propia culpa.

192. Casos en que no tiene lugar la prenda tácita.— Pese a que se cumplan los requisitos señalados en el art. 2401, no tiene el acreedor derecho a retener la prenda para seguridad de otras obligaciones del mismo deudor, en los casos que siguen:

a) El primer caso se produce cuando el acreedor pierde la tenencia de la cosa y ésta llega a poder del deudor.

Tiene el acreedor acción para recobrar la prenda, aun contra el propio deudor. Pero el deudor puede excusarse de restituir pagando la deuda para cuya seguridad se constituyó la prenda.

Y el art. 2393, inc. 3º, añade: “Efectuándose este pago, no podrá el acreedor reclamarla, alegando otros créditos, aunque reúnan los requisitos enumerados en el art. 2401”.

b) El segundo caso tiene lugar cuando el deudor vende la prenda o constituye a título oneroso un derecho para el goce o tenencia de la misma.

El comprador o la persona en cuyo favor el deudor constituyó los referidos derechos puede reclamar la entrega de la cosa al acreedor, pagando o asegurando el valor de la deuda para cuya seguridad se otorgó la prenda.

Y el art. 2404, inc. 3º, agrega: “En ninguno de estos casos podrá el primer acreedor excusarse de la restitución, alegando otros créditos, aun con los requisitos enumerados en el art. 2401”.

b) Derecho de persecución

193. Objeto del derecho de persecución.— El acreedor prendario, dueño del derecho real de prenda, puede reivindicarlo.

El art. 891 establece que “los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio; excepto el derecho de herencia”.

Por medio de la acción reivindicatoria el acreedor prendario pretenderá recobrar la posesión del derecho de prenda. Como no se concibe que el acreedor pueda poseer este derecho sino a condición de que detente la cosa, la acción reivindicatoria, prácticamente, persigue recobrar la tenencia de la prenda.

Por este motivo, el art. 2393 dice simplemente: “Si el acreedor pierde la tenencia de la prenda, tendrá acción para recobrarla, contra toda persona en cuyo poder se halle, sin exceptuar al deudor que la ha constituido”.

El derecho de persecución consiste, pues, en la facultad del acreedor prendario de reclamar la tenencia de la prenda que ha perdido, contra toda persona.

194. Excepción.— El art. 2393 previene que la acción del acreedor para recobrar la tenencia de la prenda se ejercita aun contra el propio deudor que la constituyó.

Sin embargo, en el ejercicio de este derecho, tiene el acreedor la limitación que establece el art. 2393, inc. 2º: “Pero el deudor podrá retener la prenda pagando la totalidad de la deuda para cuya seguridad fue constituida”.

Se comprende que el acreedor carezca de acción para que se le restituya la tenencia de la prenda si el deudor paga la deuda. El pago extingue la obligación y extingue la prenda por vía consecencial.

c) Derecho de venta

195. Concepto.— El derecho de venta del acreedor prendario es el derecho que compete a todo acreedor, referido a la cosa empeñada.

El art. 2397 establece que “el acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague”.

196. La prenda no excluye el derecho de prenda general.— La constitución de una prenda no impide que el acreedor persiga el cumplimiento de la obligación en otros bienes del deudor. En otros términos, no está privado el acreedor del derecho de prenda general.

El art. 2397 se cuida de advertir que la facultad del acreedor de realizar la prenda para pagarse con el producto de la realización es “sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios”⁴³.

Para perseguir otros bienes del deudor, el acreedor dispone de la acción personal que deriva de la obligación principal; para realizar la prenda, dispone de la acción prendaria.

Para pagarse con bienes no empeñados el acreedor no goza de preferencia, mientras que está dotado de un privilegio para hacerse pago con el producto de la venta de la prenda.

197. Forma de realización de la prenda.— La venta de los bienes empeñados de acuerdo con el art. 2397 debe hacerse en pública subasta.

Las normas procesales aplicables se consignan en el Decreto Ley N° 776, de 19 de diciembre de 1925, sobre Realización de Prenda.

Para ejercitar el acreedor el derecho de venta es menester que conste de un título ejecutivo, tanto la obligación principal como la constitución de la prenda (art. 2° del Decreto Ley N° 776).

Previo examen del título, el juez decretará o denegará la realización de la prenda. Si la decretare, ordenará citar al acreedor, al deudor y al dueño de la prenda, si fuere un tercero, a un comparendo con el obje-

⁴³ A propósito de la hipoteca, véase el N° 281.

to de designar la persona que debe realizar la prenda y determinar las normas de su realización (art. 2º del Decreto Ley Nº 776).

Las acciones de sociedades anónimas, títulos de crédito público o valores análogos se venderán en una bolsa autorizada y los bienes susceptibles de venderse al martillo, por medio de martillero.

La subasta se verificará sin mínimo para las posturas. El encargado de realizar la prenda deberá rendir cuenta, dentro de segundo día, y poner el producto a disposición del juzgado.

Aprobada la cuenta, el acreedor podrá pedir el pago de su crédito y oponerse el deudor, deduciendo alguna de las excepciones previstas en el art. 464 del Código de Procedimiento Civil, con exclusión de la ineptitud del libelo.

Si no hay oposición o rechazada ésta, se procederá a liquidar el crédito y tasar las costas.

En caso de acogerse la oposición, el acreedor será responsable de las costas causadas y de todo perjuicio ocasionado al deudor o al dueño de la prenda. Estos perjuicios podrán cobrarse en juicio sumario.

198. Realización de las prendas especiales.— El art. 14 del Decreto Ley Nº 776 establece que sus disposiciones no son aplicables “a las prendas cuya realización se rige por otras leyes especiales”.

Tal es el caso de la prenda agraria, de la prenda industrial, de la prenda de las compraventas a plazo, de la prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos, de la prenda de mercaderías depositadas en almacenes generales de depósito.

De este modo, las disposiciones del Decreto Ley Nº 776 son aplicables sólo a la prenda común y a la prenda mercantil.

La Ley Nº 18.112 contiene normas especiales para la realización de las especies pignoradas, en su título IV artículos 20 y siguientes. En conformidad al art. 20, en caso de cobro judicial, la prenda será enajenada o subastada de acuerdo con las reglas del juicio ejecutivo, salvo las modificaciones contenidas en la misma ley, materia que no corresponde tratar en este libro.

199. Intervención del deudor.— El deudor puede impedir la realización de la prenda cumpliendo la obligación.

El art. 2399 establece que, mientras no se ha consumado la venta, podrá el deudor pagar la deuda, con tal que el pago sea completo, incluyéndose los gastos.

Asimismo, el art. 2398 autoriza al deudor para intervenir en la subasta. Igual derecho compete al acreedor.

200. Derecho del acreedor de adjudicarse la prenda.— El art. 2397 establece que el acreedor, además de pedir la venta de la prenda del deudor moroso, puede solicitar que “a falta de postura admisible sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito”.

Este derecho del acreedor prendario es prácticamente inoperante. El Decreto Ley N° 776 dispone que los bienes empeñados se realizarán sin fijación de mínimo. Cuando hay un mínimo, se concibe que no haya posturas admisibles porque nadie esté dispuesto a pagarlo.

Verificada la subasta sin mínimo, el acreedor puede adquirir la cosa a cualquier precio, en vez de recurrir al engorroso procedimiento de la tasación pericial previa.

201. Caracteres de las reglas sobre realización de la prenda.— Las reglas legales sobre realización de la prenda son de orden público. Este carácter se traduce en que las partes no pueden derogarlas convencionalmente.

Por de pronto, el art. 2397, inc. 1°, establece que el acreedor puede pedir la venta de la prenda o la adjudicación, “sin que valga estipulación alguna en contrario”.

Y el inc. 2° añade: “Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados”.

El art. 1° del Decreto Ley N° 776 es aún más perentorio y pone de relieve la ineficacia de todo acto, celebrado

al tiempo de constituirse la prenda o *a posteriori*: “Tampoco podrá estipularse, así a la fecha del contrato principal como en ningún momento posterior, que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, de apropiársela o de realizarla en otra forma que la prescrita en esta ley”.

202. Repudio del pacto comisorio.— En términos amplios, se denomina pacto comisorio la estipulación que autoriza al acreedor para apropiarse o realizar la prenda en forma diversa de la prevista por la ley.

La prohibición de este pacto, “célebre entre todos en los anales de la usura”⁴⁴, se justifica fácilmente. Pretende la prohibición amparar al deudor contra acreedores implacables e impedir que la avaricia explote a la miseria.

Por infringir la prohibición serían nulos:

a) el pacto en que acuerde que, en caso de incumplimiento de la obligación, el acreedor se hará pago con la cosa empeñada;

b) la estipulación por la que el acreedor quede facultado para vender la prenda en venta privada;

c) el convenio por el cual pertenezca al acreedor el producto de la venta, sin que nada deba restituir en caso de que supere al monto de su crédito.

En cambio, sería válida la venta celebrada entre el acreedor y el deudor o la dación en pago que hiciera el segundo al primero de la prenda. En ambos casos el acreedor no dispone o se apropia de la cosa de modo diverso del que la ley prevé, de propia autoridad y sin aquiescencia del deudor⁴⁵.

⁴⁴ Baudry-Lacantinerie, ob. cit., t. III, N° 1027.

⁴⁵ R. de D. y J., t. XXIX, I, pág. 50.

203. Prenda sobre créditos.— Tratándose de la prenda de un crédito, el art. 12 del Decreto Ley N° 776, faculta y aun obliga al acreedor prendario a cobrarlo; con tal objeto se le reputa representante legal del deudor.

Agrega la disposición: “Las cantidades que se perciban las aplicará, sin las formalidades de los artículos anteriores, al pago de su propio crédito si éste fuere de igual naturaleza, y en seguida, rendirá cuenta al deudor”.

El acreedor no realiza el crédito; lo cobra y se paga.

204. Imputación del pago.— El problema de la imputación del pago supone que existan varias obligaciones o una que sea productiva de intereses, y que el pago no sea suficiente para extinguirlas totalmente.

a) Cuando la deuda es productiva de intereses y el producto de la realización de la prenda no basta para cubrir toda la deuda, “se imputará primero a los intereses y costos” (art. 2402).

b) Si la prenda se ha constituido para seguridad de varias obligaciones o, constituida para caucionar una obligación se hace extensiva a otras, la imputación del pago debe hacerse conforme a las reglas generales⁴⁶.

d) Derecho de preferencia

205. Carácter de la preferencia.— La prenda otorga al acreedor prendario la ventaja de pagarse de su crédito con el producto de la realización de la prenda, con preferencia a otros acreedores.

De este modo, se rompe en favor del acreedor prendario el principio de la igualdad de los acreedores. Si el valor

⁴⁶ Véase “De las obligaciones”, N°s 359 y sgtes.

de la prenda, descontados los gastos de su realización, es igual al monto de su crédito, tiene la certeza de que será pagado.

La prenda confiere un privilegio de segunda clase, con arreglo al art. 2474, N° 3°.

El privilegio es especial y, por lo tanto, gravita exclusivamente sobre la prenda. De ello se sigue como consecuencia:

- a) que el acreedor no goza de preferencia cuando persigue otros bienes del deudor; y
- b) que si el producto de la venta de la prenda no basta para satisfacer el crédito prendario, por el saldo insoluto no goza de preferencia (art. 2490).

206. A qué se extiende el privilegio.— En rigor, el privilegio no se hace efectivo sobre la prenda, sino sobre el producto de su realización.

El privilegio se extiende, además, al monto del seguro y al valor de expropiación de la cosa.

a) El privilegio del acreedor prendario se hará igualmente efectivo sobre las indemnizaciones del seguro, si la prenda sufre un siniestro.

El art. 555 del Código de Comercio establece que la cosa asegurada es subrogada por la cantidad asegurada, para los efectos de hacer valer sobre ella los privilegios constituidos sobre la primera.

b) En caso de expropiación por causa de utilidad pública, no serán obstáculos los gravámenes constituidos sobre la cosa expropiada. Los interesados podrán hacer valer sus derechos sobre el precio (art. 924 del C. de P. Civil).

207. Pluralidad de prendas.— En la prenda común no hay posibilidad de constituir varias prendas sobre los mismos bienes; la cosa entregada a un acreedor no puede entregarse a otro u otros.

Por lo mismo, no puede plantearse el problema de la forma como concurren al pago los varios acreedores prendarios cuyos créditos cauciona una misma prenda.

No ocurre lo mismo en las prendas sin desplazamiento. La constitución de varias prendas es material y jurídicamente posible.

Solamente la Ley N° 5.687, sobre Prenda Industrial, prevé expresamente la forma como concurren los varios acreedores prendarios y hace aplicable la regla que, para la hipoteca, señala el art. 2477. Las prendas prefieren según las fechas de sus inscripciones en el Registro Especial de Prenda Industrial.

Nada dice el legislador, en cambio, al ocuparse de la prenda agraria. Forzoso es concluir que los varios acreedores concurren a prorrata porque las preferencias son de derecho estricto y la norma general es la igualdad de los acreedores.

Es menester tener presente que el deudor no puede constituir nuevas prendas sin el consentimiento del acreedor (art. 16 de la Ley N° 4.097). La misma regla rige para la prenda de las compraventas a plazo (art. 10 de la Ley N° 4.702).

En la prenda sin desplazamiento de la Ley N° 18.112, el artículo 18 dispone que las cosas dadas en prenda no podrán gravarse ni enajenarse sin previo consentimiento escrito del acreedor, a menos que se convenga lo contrario.

En caso de infracción de lo dispuesto en el inciso anterior, el acreedor puede pedir la inmediata realización de la prenda, siguiéndose contra el adquirente el procedimiento de desposeimiento señalado en el artículo 25.

En caso de que se autorice al deudor para gravar sucesivamente, no existiendo norma que confiera preferencia, deben considerarse todas las prendas como del mismo grado.

208. Conflictos que origina el privilegio en algunas prendas especiales.— En las prendas especiales suele originarse un conflicto entre los derechos del acreedor prendario con los derechos de los acreedores hipotecarios y de los arrendadores que gozan del derecho legal de retención.

a) Los conflictos con los acreedores hipotecarios son consecuencia de que las prendas especiales pueden recaer sobre bienes inmuebles por destinación o adherencia a los que se extiende igualmente la hipoteca del fundo.

1. Buena parte de los bienes susceptibles de darse en prenda agraria son bienes de aquellos a que se extiende la hipoteca (art. 2420).

El art. 4º de la Ley N° 4.097 dispone: “Para constituir prenda agraria sobre las cosas inmuebles por destinación o naturaleza, señaladas en el art. 2º, no será necesario el acuerdo del acreedor a cuyo favor exista constituida hipoteca sobre los inmuebles a que se hayan incorporado los bienes materia de la prenda, y el crédito prendario gozará de preferencia en estos bienes, sobre el acreedor hipotecario.

2. La solución debe ser la misma para la prenda industrial. El art. 2420 permite, no obstante la hipoteca, enajenar los bienes inmuebles por destinación que, de este modo, dejan de estar hipotecados. Con mayor razón podrán ser dados en prenda.

3. El art. 8º de la Ley N° 4.702 establece: “A la cosa dada en prenda, que adquiere la calidad de inmueble por destinación, no le afectará ninguna hipoteca o gravamen sobre el inmueble, sin previo consentimiento del acreedor prendario”.

b) El conflicto con el arrendador se produce cuando el deudor es arrendatario de la propiedad en que se guardan las cosas empeñadas.

1. El art. 23 de la Ley de Prenda Agraria establece que el acreedor prendario podrá ejercitar, en todo caso, sus de-

rechos con preferencia al de retención, que pudiera hacer valer el arrendador. Pero esta preferencia no rige para los bienes depositados en predios urbanos.

2. El art. 26 de la Ley de Prenda Industrial señala una solución totalmente diversa: “El arrendador sólo podrá ejercitar sus derechos con preferencia al acreedor prendario, cuando el contrato de arrendamiento consta por escritura pública inscrita en el Registro del Conservador de Bienes Raíces antes de la inscripción prendaria”. De otro modo, goza el acreedor prendario de la preferencia.

3. El art. 9° de la Ley N° 4.702 consagra una solución aun diferente: “El acreedor prendario podrá ejercitar su derecho con preferencia al de retención que corresponda al arrendador, siempre que la prenda se haya constituido con anterioridad al ejercicio de este último derecho”.

e) Derecho de indemnización de gastos y perjuicios

209. Gastos de conservación.— La tenencia de la prenda puede ocasionar al acreedor gastos que el deudor debe reembolsarle.

El art. 2396 precisa los caracteres de estos gastos para que el acreedor tenga derecho a reclamar su reembolso y para retener la prenda mientras se le paguen: ha de tratarse de “gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda”.

Por gastos necesarios han de entenderse las “expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa”, de que trata el art. 908.

210. Pago de perjuicios.— Tiene el acreedor derecho, asimismo, para que se le paguen “los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia” (art. 2396).

La indemnización se rige por las reglas generales; comprenderá el daño emergente y el lucro cesante que haya experimentado el acreedor con ocasión de tener en su poder la cosa empeñada.

2) Obligaciones del acreedor

211. Obligación de restituir la prenda.— El acreedor contrae la obligación fundamental de restituir la cosa empeñada, una vez satisfecha la obligación y pagados los gastos y perjuicios.

Las restantes obligaciones del acreedor prendario son consecuenciales.

212. Cómo debe efectuarse la restitución.— El art. 2403 establece cómo el acreedor debe restituir la cosa: “El acreedor es obligado a restituir la prenda con los aumentos que haya recibido de la naturaleza o del tiempo”.

El deudor conserva el dominio de la cosa empeñada y, como lógica consecuencia, le pertenecen los aumentos que experimente.

Esta regla tiene un excepción que consagra el propio art. 2403: “Si la prenda ha dado frutos, podrá imputarlos al pago de la deuda dando cuenta de ellos y respondiendo del sobrante”.

De esta manera —y en esto consiste la excepción— el acreedor no debe restituir los frutos; puede aplicarlos a su crédito, con la obligación de rendir cuenta y devolver el remanente.

La verdad es que esta regla no puede tener aplicación sino cuando los frutos consisten en intereses u otros frutos civiles.

Con razón el Código francés autoriza al acreedor para retener los frutos e imputarlos a su crédito, “cuando se trata de un crédito dado en prenda y que este crédito produce intereses” (art. 2081).

213. Obligación de conservar la prenda.— La obligación de restituir la cosa tiene como obligado corolario la obligación de conservarla.

La obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su cuidado la diligencia debida (art. 1549).

El art. 2394 dispone: “El acreedor es obligado a guardar y conservar la prenda como buen padre de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa”.

En suma, el acreedor prendario responde de la culpa leve.

214. Obligación de no usar de la prenda.— La prenda no faculta al acreedor para usar de la cosa empeñada. El art. 2395 es concluyente: “El acreedor no puede servirse de la prenda, sin el consentimiento del deudor. Bajo este respecto sus obligaciones son las mismas que las del mero depositario”.

Aplicando las reglas del depósito (arts. 2220 y 2221) se concluye que el acreedor podrá excepcionalmente usar de la prenda:

- a) cuando el deudor le haya autorizado;
- b) cuando sea de presumir esta autorización, atendidas las circunstancias, que el juez calificará particularmente como consecuencia del hecho de que la cosa no se deteriore sensiblemente por el uso; y
- c) cuando se trate de dinero que no se entregue en arca cerrada, cuya llave conserve el deudor, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura.

3) Derechos del deudor

215. Derecho a que se le restituya la cosa.— Tiene el deudor derecho para reclamar la entrega de la prenda, correlativo de la obligación del acreedor de restituirla.

Para obtener la restitución dispone el deudor de la acción prendaria o pignoratícia directa. Es ésta una acción personal que, en consecuencia, no puede ejercer sino contra el acreedor.

Dispone el deudor, además, en caso de que sea dueño de la cosa empeñada, de la acción real de dominio y puede ejercerla tanto contra el acreedor como contra terceros. Naturalmente que es menester que acredite este dominio para ejercitar la acción reivindicatoria.

216. Otros derechos del deudor.— Tiene el deudor, además, un conjunto de derechos de menor importancia:

a) Le asiste el derecho de reclamar “la restitución inmediata” si el acreedor abusa de la prenda (art. 2396, inc. 3°).

b) Puede pedir que se le permita reemplazar la prenda por otra, sin menoscabo de los derechos del acreedor prendario (art. 2396, inc. 2°).

c) Tiene el deudor derecho a que se le indemnicen los deterioros que la prenda haya sufrido por hecho o culpa del acreedor (art. 2394).

d) Puede el deudor vender la prenda o constituir, a favor de terceros, derechos al goce o tenencia de la misma (art. 2404).

e) Le corresponde al deudor el derecho de concurrir a la subasta de la cosa empeñada (art. 2398).

f) Mientras no se haya enajenado la prenda, tiene el deudor derecho para pagar la deuda e impedir el remate, con tal que el pago sea completo e incluya los gastos de la venta (art. 2399).

4) Obligaciones del deudor

217. Obligación eventual de pagar gastos y perjuicios.–

El deudor no contrae ninguna obligación derivada del contrato de prenda que es unilateral.

Puede eventualmente resultar obligado a pagar al acreedor los gastos necesarios para la conservación de la prenda y los perjuicios que le haya ocasionado la tenencia (art. 2396).

218. Obligaciones del deudor en algunas prendas especiales.– En las prendas sin desplazamiento el deudor contrae numerosas obligaciones.

Mientras en la prenda común toca al acreedor velar por la conservación de la prenda, guardándola como un buen padre de familia, en las prendas sin desplazamiento pesa sobre el deudor tal obligación.

Son de cargo del deudor los gastos de conservación y custodia de la prenda; sus deberes y responsabilidades serán los de un depositario (arts. 11 de la Ley N° 4.097, 32 de la Ley N° 5.687 y 6° de la Ley N° 4.702).

El art. 15 de la Ley N° 4.097 establece que “si el deudor abandona las especies dadas en prenda, el tribunal, sin perjuicio de perseguir la responsabilidad criminal que le corresponda, podrá autorizar al acreedor, a su opción, para que tome posesión de la prenda, designe un depositario o se proceda a su inmediata realización”.

Tiene el acreedor positivo interés en imponerse del estado en que se encuentra la prenda. Con tal objeto, el deudor tiene la obligación de permitir la inspección de la prenda por el acreedor (arts. 12 de la Ley N° 4.097 y 33 de la Ley N° 5.687).

En desacuerdo de las partes, el juez fijará la forma de las visitas de inspección.

En la Ley N° 18.112, art. 15, el acreedor prendario tiene derecho para inspeccionar en cualquier momento, por sí o por delegado, los efectos dados en prenda.

En caso de oposición de parte del constituyente para que se verifique la inspección, tendrá derecho el acreedor para pedir la inmediata enajenación de la prenda, siempre que requerido judicialmente el constituyente insistiere en su oposición.

5. *Transferencia del derecho de prenda*

219. El derecho de prenda se transfiere junto con la obligación principal.— El derecho de prenda se transfiere junto con la obligación caucionada. No se concibe que el acreedor transfiera su derecho de crédito, reservándose el derecho de prenda o que transfiera a un tercero el derecho de prenda, conservando el crédito para cuya seguridad se constituyó.

La cesión de un crédito, con arreglo a lo dispuesto en el art. 1906, “comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas”.

Del mismo modo, el traspaso de un crédito como consecuencia del pago con subrogación, comprende “todos los derechos, privilegios, prendas e hipotecas” (art. 1612).

220. Transferencia de los derechos del acreedor en las prendas especiales.— La transferencia del derecho de prenda se encuentra sometida a reglas peculiares en las prendas especiales.

a) En efecto, con arreglo al art. 7° de la Ley N° 4.097, el derecho del acreedor prendario es transferible “por endoso escrito a continuación, al margen o al dorso del ejemplar del contrato inscrito”.

El endoso debe contener la fecha, el nombre, domicilio y firma del endosante y del endosatario, ser autorizado

por un notario u oficial del Registro Civil y anotarse en el Registro de Prenda Agraria.

b) El derecho del acreedor, en la prenda industrial, se transfiere de la misma manera (art. 29 de la Ley N° 5.687).

c) El art. 5° de la Ley N° 4.702 establece que es transferrible por endoso el derecho de prenda “si el crédito fuere a la orden”.

La disposición resulta inaplicable porque el crédito por el saldo de precio de una compraventa es nominativo y no podrá ser jamás a la orden.

d) El derecho de prenda de mercadería depositada en almacén general de depósito, se efectúa por el endoso del vale de prenda, cumpliendo con los requisitos que establece la ley en orden a la individualización del crédito.

e) En la Ley N° 18.112, sobre prenda sin desplazamiento, la cesión de créditos caucionados con prenda sin desplazamiento se sujeta a las reglas que correspondan a su naturaleza. De esta manera, si el crédito consta en un título a la orden, se transfiere mediante endoso; si es nominativo, en conformidad a las reglas de la cesión de créditos de esa naturaleza.

Sin embargo, para que la cesión comprenda el derecho real de prenda, deberá perfeccionarse por escritura pública.

6. *Extinción de la prenda*

221. Formas de extinción de la prenda.— La prenda, del mismo modo que la fianza, puede extinguirse por vía consecutiva y por vía principal o directa.

Por vía de consecuencia se extingue la prenda cada vez que se extingue la obligación principal; aquélla no puede subsistir sin ésta.

Interesa sólo considerar los modos característicos de extinguirse la prenda por vía directa principal.

222. Destrucción total de la prenda.— La prenda se extingue “por la destrucción completa de la cosa empeñada” (art. 2406, inc. 1°).

La pérdida de la cosa debe ser, por lo tanto, total.

Pero es posible que el derecho del acreedor prendario sobreviva a la destrucción total de la prenda. Por ejemplo, si la prenda se encuentra asegurada, el acreedor puede hacer valer su derecho de pago preferente sobre la indemnización del seguro. La cosa asegurada es subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de hacer valer sobre ésta los privilegios constituidos sobre aquélla (art. 555 del C. de Comercio).

223. Adquisición por el acreedor del dominio sobre la prenda.— La prenda se extingue, asimismo, “cuando la propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor por cualquier título” (art. 2406, inc. 2°).

La prenda se extingue, en este caso, por confusión. No se concibe el derecho real de prenda sobre un bien propio. Carece de sentido que el acreedor realice un bien suyo para pagarse preferentemente⁴⁷.

Nada importa la forma como el acreedor llegue a convertirse en dueño de la prenda. La extinción se produce cuando la adquiere a “cualquier título”.

224. Resolución del derecho del constituyente.— Se extingue igualmente la prenda “cuando en virtud de una condición resolutoria se pierde el dominio que el que dio la cosa en prenda tenía sobre ella” (art. 2406, inc. 3°).

El principio *resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* no tiene atenuantes en la prenda. La extinción del derecho del

⁴⁷ Véase “De las obligaciones”, N° 670.

constituyente extingue la prenda, sin consideración a la buena o mala fe del acreedor prendario. En suma, es inaplicable a la prenda la regla del art. 1490⁴⁸.

La buena fe del acreedor no le pone a cubierto de las resultas de la resolución del derecho del constituyente. Pero el art. 2406 establece que “el acreedor de buena fe tendrá contra el deudor que no le hizo saber la condición, el mismo derecho que en el caso del art. 2391”.

El acreedor puede pedir, en consecuencia, que se le otorgue otra prenda, que se dé otra caución equivalente y, en defecto de ambas cosas, demandar el cumplimiento de la obligación, aunque no sea de plazo vencido.

225. Abuso de la prenda por el acreedor.— Por último, el deudor puede pedir la restitución inmediata de la cosa empeñada si el acreedor abusa de ella.

Como consecuencia de este abuso, el acreedor “perderá su derecho de prenda” (art. 2392, inc. 3°).

4. LA HIPOTECA

1. *Generalidades*

226. Concepto.— El art. 2407 define la hipoteca: “La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”⁴⁹.

La definición es deplorable y es menester ensayar otra que destaque debidamente los caracteres fundamentales de la institución.

⁴⁸ *Ibíd.*, N° 156.

⁴⁹ La definición es pésima; equivale a decir que por la hipoteca no se entrega un inmueble a un acreedor para la seguridad de su crédito.