

UNIVERSIDAD DE CHILE

**Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado**

**LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO
DE LA LEY N° 20.190**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

JIMENA ELISA ESPOZ ASMUSSEN

Profesor Guía: Francisco Javier Mujica Escobar, abogado

Santiago, Chile

2009

TABLA DE CONTENIDO

Materia	Página
Resumen	6
Introducción	7
Generalidades	10
1. Síntesis de la Historia de la Ley N° 20.190	10
2. Necesidad del establecimiento de una nueva ley de prenda sin desplazamiento	17
3. Breve análisis comparativo con la prenda sin desplazamiento de la Ley N° 18.112	21
4. Retroactividad convencional de la prenda de la Ley N° 20.190	23
5. Derogación de algunas normas que regulan prendas especiales	25
 PRIMERA PARTE : CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA	 27
 - Capítulo I –	
Obligaciones susceptibles de ser Garantizadas	27
1. Obligaciones presentes y futuras	27
a) prenda en resguardo de obligaciones presentes	28
b) prenda en resguardo de obligaciones futuras	29
c) prenda proporcional y prenda con monto máximo	29
2. Obligaciones civiles y mercantiles	31
3. Obligaciones Naturales	32
4. Mérito Ejecutivo del instrumento privado protocolizado	34
5. Cesión del Crédito Pignorado	34
 - Capítulo II –	
Bienes sobre los que se puede constituir la Prenda	36
1. Bienes Corporales	38
2. Bienes Incorporales	40

Materia	Página
3. Prenda sobre Créditos	41
4. Créditos Nominativos	43
5. Créditos Endosables	46
6. Créditos al Portador	47
7. Situación de las llamadas "cuentas por cobrar"	47
8. Prendas especiales.-	49
9. Prenda sobre valores desmaterializados	52
10. Bienes Futuros	55
a) Efectos de la prenda sobre bienes futuros	55
b) Situación de los inmuebles por destinación o adherencia	56
c) Coexistencia de prenda e hipoteca	59
d) Situación de las cosechas y siembras	64
11. Inventarios	66
12. Mercaderías en tránsito	68
13. Confusión de bienes prendados a distintos acreedores	69
14. Prenda sobre cosa ajena	70
 - Capítulo III - Formalidades	
	73
1. Escrituración	75
2. Inscripción	76
3. Obligaciones y responsabilidades del Notario	77
4. Modificación y eliminación de inscripciones	79
5. Negativa del Registro a practicar una inscripción	80
6. El Registro de Prendas sin Desplazamiento	80
 SEGUNDA PARTE : EFECTOS DE LA PRENDA	
	83
 - Capítulo I – Derechos y Obligaciones del Acreedor	
	83

Materia	Página
1. La Prenda como contrato	83
2. La Prenda como derecho real:	85
a) Derecho de persecución	86
b) Preferencia para el pago	87
c) Derecho de Venta	88
d) Otros derechos del acreedor prendario:	88
(i) inspección de los bienes prendados	88
(ii) derechos del acreedor en caso de abandono de los bienes prendados	89

- Capítulo II –

Derechos y Obligaciones del Constituyente de la Prenda	90
1. Posibilidad de constituir prendas múltiples	90
2. Conservación de la Cosa	91
3. Uso de los bienes prendados y lugar en que han de mantenerse	94
4. Derecho a exigir el alzamiento de la prenda	95
5. Infracciones que configuran causales de caducidad del plazo de la obligación caucionada	96
a) Infracción a la Prohibición de Gravar o Enajenar	97
b) Abandono de las Especies Prendadas	98
c) Menoscabo o Extinción de los Derechos Prendados	98
d) Traslado o Utilización diversa de las cosas prendadas	98
e) Reticencia a permitir la inspección de los bienes prendados	98
f) Gastos de Custodia y Conservación excesivos	99
5.1. Forma en que se produce la caducidad	99
5.2. Situación de la caducidad frente a la pluralidad de obligaciones	100
5.3. Alcance de la caducidad respecto de la cláusula de garantía general prendaria	101
5.4. Procedimiento judicial aplicable a la denuncia de las infracciones anteriores	101
6. Sanciones Penales	102

Materia	Página
- Capítulo III –	
Efectos de la Prenda respecto de Terceros	105
1. Derecho legal de retención del arrendador	106
2. Derecho legal de retención en el caso de las mercaderías en tránsito	109
- Capítulo IV –	
Ejecución de la Prenda	111
1. Procedimiento Ejecutivo	111
2. Procedimiento de Realización de la Prenda sobre Créditos	114
3. Realización de la Prenda sobre Créditos con Flujos Periódicos	116
4. Situación de la Realización de la Prenda sobre Derechos de Concesión	117
5. Efecto de la declaratoria de quiebra	119
6. Concurso de acreedores prendarios e hipotecarios	119
a) Concurso de acreedores prendarios	119
b) Concurso de acreedores prendarios e hipotecarios	121
Conclusión	123
Bibliografía	126

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la prenda sin desplazamiento creada por la Ley N° 20.190, comparándola con las diversas prendas existentes en nuestra legislación, en especial, con la prenda que regula la ley 18.112.

Se describe y analiza las obligaciones que la nuevas prenda cauciona, la extensión de la garantía y el sistema registral electrónico creado por esta nueva garantía.

INTRODUCCIÓN

Nuestro Ordenamiento Jurídico descansa sobre la base que sólo la ley puede crear derechos reales, la mayoría de los cuales se encuentran mencionados en el artículo 577 inciso segundo del Código Civil. Esta limitante es justificada por autores como Planiol atendiendo a los efectos que producen los derechos reales, principalmente el derecho de propiedad, pues tales efectos tienen directa repercusión en la organización social de los países, la que según este autor, no puede quedar sometida a la libertad contractual.

Ya estemos de acuerdo o en desacuerdo con tan célebre tratadista, el hecho que los derechos reales puedan ser creados únicamente por el legislador y no por la mera voluntad de las partes, por una lado constituye una paradoja frente a la necesidad irrenunciable de la ciencia del derecho de adecuarse constantemente al progreso y a las nuevas formas de contratación que surgen día a día y por otro lado, obliga al legislador a suplir a la autonomía de la voluntad como fuente de creación de nuevos mecanismos de resguardo.

En el contexto descrito y en materia de derechos reales de garantía, la prenda es prácticamente la única institución que ha experimentado cambios significativos en nuestra legislación. Ello se debe en nuestra opinión, a dos motivos; en primer lugar porque dentro del concepto de bien mueble y por tanto, susceptible de ser objeto de prenda, caben todos los bienes materiales e inmateriales que el intelecto humano es capaz de crear, lo que no ocurre con los bienes raíces, cuya definición es más bien cerrada. Por consiguiente, -pero descartando los inmuebles por destinación y cualquiera otra ficción jurídica-, si todo aquello que no puede ser catalogado como bien raíz ha de ser forzosamente un bien mueble, es indudable que la posibilidad de realizar contratos sobre los bienes muebles, es infinita.

En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, resulta que la prenda es la garantía destinada a ser la más utilizada, en especial por la pequeña industria y el comercio, sector productivo que sufre de desprotección endémica en nuestro país, todo lo cual da origen a la necesidad que la institución tenga una evolución a la par con el desarrollo de la actividad económica y las nuevas formas de contratación que van surgiendo.

Desde la prenda del Código Civil hasta nuestros días, existen dos cambios importantes en materia de prendas: el primero, en la década de los años veinte del siglo pasado, con la aparición de las primeras prendas sin desplazamiento que conoció nuestro ordenamiento jurídico, esto es, la prenda agraria y la prenda industrial. Aún cuando se trata de una prenda con desplazamiento, es importante destacar también la creación de la prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos. Todas estas nuevas prendas estaban destinadas fundamentalmente a satisfacer necesidades de las empresas; respecto de las personas y pequeños comerciantes, se crea en el año 1929 la ley sobre compraventa de bienes muebles a plazo, que establece la posibilidad de constituir prenda sobre las especies adquiridas, conservando el comprador la tenencia de las mismas. Las dos primeras ponen de relieve dónde se concentraba la actividad productiva hace cien años atrás: la agricultura en un lugar preponderante y luego la actividad industrial, ligada mayoritariamente a la minería e incipiente en los otros rubros.

Luego de la creación de las prendas mencionadas, pasaron muchos años antes de la aparición de una nueva prenda, como lo fue la prenda sin desplazamiento creada por la Ley número 18.112 a principio de los años ochenta del siglo pasado. Esta prenda constituyó un avance importante en la denominada flexibilidad perseguida por las autoridades, pues dentro de sus atributos principales se encuentra el haber dejado atrás el principio de especialidad de la prenda desde el ángulo de la obligación garantizada, al haber permitido caucionar el cumplimiento de obligaciones futuras; asimismo, tendió a romper la vinculación exigida por las prendas sin desplazamiento anteriores, entre obligación y garantía, vale decir, ya no fue necesario afectar con la

caución bienes exclusivos del giro, ni contraer obligaciones dentro de ese mismo giro o actividad comercial.

Como veremos en este trabajo, con la dictación de Ley N° 20.190 la prenda ha entrado en una nueva etapa, con innovaciones importantes, siendo las más visibles, la utilización de medios tecnológicos para efectuar su inscripción y la creación de un registro nacional de prendas, a cargo del Registro Civil.

GENERALIDADES

1. Síntesis de la Historia de la Ley N° 20.190

Con fecha 5 de Junio de 2007 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 20.190, texto legal que se enmarca dentro de la llamada "reforma al mercado de capitales" que tiene su punto de partida en diciembre del año 2000 con la dictación de la Ley N° 19.705 que contiene la regulación de las ofertas públicas de adquisición de acciones ("Ley de Opas") y que además estableció el régimen de gobiernos corporativos; esta modernización continúa el año 2001 con la dictación de las leyes números 19.768 y 19.769, por las que se introdujo modificaciones de índole tributaria y se reformaron diversos textos legales en beneficio de la actividad empresarial. Dentro de los cambios que afectan directamente a las personas, en la reforma del año 2001 se crearon incentivos al ahorro previsional voluntario y los multifondos previsionales.

Prosiguiendo con esta reforma al mercado de capitales, en Junio de 2003 el Ejecutivo envió al Congreso el proyecto de ley que "Introduce adecuaciones de Indole Tributaria e Institucional para el fomento de la Industria de Capital de Riesgo y continúa con la modernización del Mercado de Capitales", que culminó con la dictación de la ley número 20.190, que crea la prenda sin desplazamiento materia de este trabajo.

El extenso Mensaje Presidencial del proyecto se refiere por primera vez a la nueva prenda sin desplazamiento a propósito del financiamiento de proyectos de capital de riesgo, señalando que "la prenda resulta ser uno de los mecanismos más eficientes para acceder al financiamiento bancario por parte de la pequeña y mediana empresa"¹, luego de apuntar que "se ha verificado la falta de modelos legales

¹ Mensaje, pág. 6 de la Historia de la Ley.

orientados a facilitar su financiamiento –el de los citados proyectos-, por la vía de la constitución de prendas o garantías".²

Durante la tramitación del proyecto en la Cámara de Diputados, se encomendó a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, efectuar un informe complementario al emitido por la Comisión de Hacienda de la Cámara, para analizar los artículos relacionados con el contrato de prenda.

La señalada Comisión contó con la participación de los abogados y profesores, señores Juan Pablo Román y Raúl Varela, cuyo beneficioso aporte está contenido en el Informe Complementario de la Comisión de Constitución.

Don Juan Pablo Román entre otras materias, señaló que "sería oportuno resolver la dualidad de interpretación existente, en la actualidad, respecto de la purga de la prenda sin desplazamiento constituida sobre frutos"³. En el Informe Complementario se indica que se ha sostenido que la prenda se mantiene hasta la extinción completa de la obligación caucionada, aunque el predio agrícola se venda en pública subasta o como unidad económica en el procedimiento de liquidación de activos en una quiebra. El profesor Román fue de opinión –según este Informe– "que la quiebra y el juicio hipotecario, en los cuales se transfiere el dominio del predio y en el cual se encuentran plantadas las especies, cuyos frutos fueron objeto de una prenda sin desplazamiento, pone término y extingue la caución prendaria ya que el acreedor garantizado obtuvo el pago del crédito mediante la realización de la garantía, sin que pueda pretenderse mantenerla indefinidamente respecto de los adquirentes del predio en el cual se encuentran plantados los frutales objeto de la prenda sin desplazamiento". La intervención del señor Román se tradujo en las normas contenidas en los artículos 14 y 37 de la Ley de Prenda.

² Idem anterior.

³Página 285, Historia de la Ley.

Otra materia en la que el señor Román formuló observaciones a la Comisión, fue la relativa a la entidad destinada a resolver los conflictos que se puedan ocasionar entre el Registro de Prenda y sus usuarios. En opinión del profesor Román, "tales conflictos debieran ser resueltos a través de un ente y procedimiento jurisdiccional y no administrativo"⁴. El proyecto original nada decía al respecto; su artículo 20 entregaba al Reglamento de la Ley -aún sin dictar- la organización y operación del registro, incluyendo los procedimientos de inscripción, revisión, rechazo, etc. La observación del profesor Román culminó en la incorporación al texto del entonces artículo 20, de un párrafo por el cual se otorga competencia a los tribunales de justicia, para resolver la reclamación de la parte afectada en virtud de la negativa del Registro Civil a practicar una inscripción. La nueva ley también regula los errores que se pueden cometer al practicarse una inscripción y las eliminaciones de aquéllas. En ambos casos, la parte que se sienta afectada deberá reclamar en sede administrativa al Registro Civil, o bien, en sede judicial conforme a las reglas generales.

El párrafo antes aludido por el cual se otorgó competencia a la justicia ordinaria y que corresponde al inciso cuarto del artículo 28 del texto definitivo de la ley, fue objeto de control de constitucionalidad en conformidad a nuestra Carta Fundamental. Dicho control culminó con la sentencia de 3 de Mayo de 2007 por la cual el Tribunal Constitucional declaró constitucional dicho inciso, con los siguientes alcances:

- a) que la referencia al "juez de primera instancia del departamento" que contiene el precepto, es al juez de letras de la comuna o agrupación de comunas que corresponda; y
- b) que la alusión al "decreto" que en él se hace, es a la resolución judicial en virtud de la cual se niega lugar a la inscripción respectiva.⁵

La intervención de don Raúl Varela, por su parte, se refirió en primer lugar a la necesidad de modificar el artículo primero del proyecto de ley de prenda, en orden a

⁴ Idem anterior.

⁵ Pág. 1.892, Historia de la Ley.

disponer la aplicación supletoria exclusiva de las normas del Código Civil y no las de éste y las del Código de Comercio como lo indicaba el proyecto original, pues a su juicio las normas del Código Civil son de más fácil aplicación. Esta recomendación fue finalmente aceptada en la ley.

Otra indicación importante hecha por el profesor Varela apuntó a corregir la confusión que podría generarse entre el derecho real de prenda y las obligaciones caucionadas por él, en virtud de la redacción del artículo segundo del proyecto que sostenía que "La prenda constituida por este medio tendrá mérito ejecutivo sin necesidad de reconocimiento previo". En efecto, dicha redacción confundía la garantía con la obligación, subordinando la ejecutividad de la segunda al carácter de la garantía, siendo que lo correcto es exactamente lo contrario.⁶ Esta observación dio lugar a la eliminación del párrafo entre comillas y el carácter ejecutivo de la prenda fue tratado en definitiva en el artículo 30 de la ley, norma que creó un nuevo título ejecutivo especial, aplicable sólo a las obligaciones caucionadas con la nueva prenda y que se contraigan en el mismo instrumento de aquélla: el instrumento privado protocolizado.

Las proposiciones antes analizadas como asimismo, las diversas indicaciones que se presentaron por el Ejecutivo y por los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, fueron aceptadas por la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados en el Segundo Informe emitido al efecto.

Lo anterior dio lugar a la ordenación de una parte importante de los preceptos de la ley que nos ocupa y a la aprobación de diversas enmiendas entre las cuales cabe destacar las siguientes:

- a) Se sustituyó la redacción del artículo 5º a fin de incluir las "cosas incorporales muebles" en los bienes susceptibles de ser prendados. Con esta modificación el legislador quiso dejar en claro que los créditos pueden ser objeto del contrato de prenda. El fin perseguido por el legislador, en orden a que la nueva prenda pueda

⁶ Pág. 287, Historia de la Ley.

ser constituida sobre una amplia gama de bienes, queda especialmente plasmado en el nuevo texto del artículo 5º; pues en él se re fuerza la posibilidad de preñar no sólo flujos futuros de dinero, sino que cualquier bien susceptible de otorgarse en prenda que exista en el futuro⁷.

- b) Asimismo, en dicho artículo felizmente se eliminó su inciso segundo que se refería a la prenda de los derechos que emanan de los contratos *intuitu personae* y que establecía como requisito a su respecto, el consentimiento expreso de la contraparte del contrato preñado. La razón de la eliminación de este inciso es bastante insólita en mi opinión, pues se indica que el único contrato de este tipo que presenta dificultades es el de sociedad de personas y que en los demás casos la prenda de los derechos que de ellos emana no reviste mayor importancia.⁸ La realidad, sin embargo, es diferente: la prenda de derechos sociales es prácticamente inejecutable, su única utilidad es la de impedir la enajenación de los derechos preñados y por tanto, pierde la finalidad de servir como garantía de un crédito, cosa que no ocurre por ejemplo, con la prenda de los derechos que emanan de un contrato de arrendamiento –que puede llegar a ser *intuitu personae*– y que por su frecuente utilización tiene la importancia que le restó el legislador.
- c) Como resultado de una indicación del Ejecutivo, se incorporan al artículo sexto –nuevo– diversas prendas sin desplazamiento sobre derechos de concesiones reguladas por normas especiales y se crea la prenda sobre la concesión del derecho de explotación de servicios sanitarios. Con esta modificación se satisface el fin perseguido por el legislador, en orden a regular la prenda sin desplazamiento de manera orgánica, tanto desde el punto de vista de la unidad de texto, como también de la legislación aplicable.
- d) En el artículo noveno se regula la prenda sobre valores emitidos sin necesidad de impresión física, incorporando la obligación de inscribir en el Registro Unico de Prenda creado por esta ley, las prendas sobre valores depositados en empresas constituidas al amparo de la Ley Nº 18.876.

⁷ Historia de la Ley, pág. 305.

⁸ Pág. 306, Historia de la Ley.

- e) Se trasladan al artículo duodécimo materias que se ubicaban en el artículo quinto del proyecto, relativas a la prenda sobre mercancías y materias primas. Estas materias quedaron colocadas en definitiva en los artículos undécimo y duodécimo de la Ley de Prenda.
- f) Se da una nueva regulación a la realización de la prenda en caso de haber acreedores prendarios e hipotecarios que puedan resultar afectados.
- g) Se modifica el tratamiento de la prenda sobre los inmuebles por destinación y adherencia. En el proyecto original esta materia estaba regulada por el artículo 7º, norma que prácticamente se limitaba a otorgar preferencia al acreedor prendario respecto del acreedor hipotecario "a cuyo favor exista constituida hipoteca sobre los inmuebles a que se hayan incorporado los bienes materia de la prenda"⁹. Esta norma fue reemplazada por la contenida en el artículo 15º -actual artículo 14 de la Ley de Prenda– cuyo su inciso primero establecía que "No podrá constituirse prenda sobre las cosas que la ley reputa como inmuebles por destinación o adherencia"¹⁰. A pesar que la norma transcrita fue redacta en términos prohibitivos, el inciso segundo del artículo 15 del Proyecto permitía a las partes acordar que la caución se reputa como una prenda sobre bienes futuros y por tanto el contrato de prenda sería válido, pero la constitución del derecho real de prenda sólo nacería una vez separados o desafectados los bienes. El texto definitivo de la ley mantuvo el texto del inciso 2º en comento prácticamente igual, con la salvedad que el carácter de prenda sobre bien futuro está dado por la ley y no por el acuerdo de las partes, como figuraba en el proyecto. Más adelante veremos que con la redacción definitiva de esta norma dejó de tener aplicación el artículo 571 del Código Civil, pues frente a la prenda regulada por la nueva ley, no es posible reputar como muebles antes de producirse la separación, los bienes allí señalados, los que son considerados como bienes futuros, por la ley de prenda.

⁹ Pág. 71, Historia de la Ley

¹⁰ Pág. 313, Historia de la Ley

Una vez aprobado el texto de la ley con las indicaciones antes enunciadas, el proyecto pasó al Senado. Estando en esta etapa de tramitación, hubo dos indicaciones del Ejecutivo por las que se sustituyó íntegramente el proyecto de ley, de manera que la Comisión de Hacienda del Senado no se pronunció sobre las modificaciones que habían sido aprobadas en la Cámara Baja.

No obstante lo anterior, los proyectos sustitutivos presentados por el Poder Ejecutivo recogieron el valioso aporte que se había efectuado en la etapa legislativa anterior. El Mensaje de S.E. la Presidenta de la República que acompaña a la segunda indicación sustitutiva del total del texto del proyecto, señala en lo tocante a la prenda sin desplazamiento que "La propuesta unifica y simplifica las anteriores prendas especiales y amplía el espectro de activos susceptibles de ser prendados".¹¹ Agrega que la mayoría de los cambios son precisiones de redacción, entre los que destaca la modificación del nombre de Registro, primeramente denominado "Registro Unico de Prendas" que pasa a ser "Registro de Prendas sin Desplazamiento", nombre más acorde con su contenido. Señala además que "para que el régimen de esta prenda sea general, se incluye la prenda de los derechos emanados del contrato de concesión de recintos e instalaciones deportivas de Chiledeportes"¹², lo que viene a reforzar el propósito del legislador de regular de forma orgánica la legislación inherente a esta clase de prenda.

Estando el proyecto en etapa del Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado y en el plazo especial abierto al efecto, una vez más S.E. la Presidenta de la República formuló indicación para sustituir la ley de prenda, contenida a estas alturas en el artículo 14° del proyecto de ley. El nuevo texto tiende a perfeccionar el anterior e incorpora indicaciones que se habían formulado en esta etapa de la discusión parlamentaria, que no revisten mayor importancia para el propósito de este

¹¹ Página 811, Historia de la Ley.

¹² Idem anterior.

trabajo. Este nuevo texto fue aprobado sin observaciones y corresponde al texto definitivo de la ley de prenda sin desplazamiento.

Finalmente, en el plano formal, cabe señalar que la técnica legislativa adoptada en la Ley número 20.190 no resulta ser cómoda para quienes están llamados a redactar presentaciones judiciales, pues la cita de sus preceptos será "el artículo tanto del artículo catorce de la Ley 20.190", situación que podrá dar origen a confusiones, hasta tanto el mundo jurídico y en especial el forense, no se acostumbre con la nueva normativa, al punto de asumir que esta nueva prenda será la única en su especie.

2. Necesidad del establecimiento de una nueva ley de prenda sin desplazamiento

Como su nombre lo indica, la Ley N° 20.190 tuvo por finalidad fomentar la industria del capital de riesgo, esto es, "proyectos de inversión emergentes o sin historia, pero con amplio potencial de crecimiento".¹³ El fomento a este segmento, pasa por crear las condiciones que le permita un mejor acceso al crédito y éste a su vez se encuentra supeditado al otorgamiento de garantías, pues como señala el Mensaje Presidencial, "las garantías son elementos claves en la industria financiera, al elevar la calidad crediticia del deudor, dándole acceso al financiamiento si no lo tuviere o bien, permitiéndole obtenerlo en condiciones más competitivas".¹⁴

En el contexto descrito, no es sino la prenda, la garantía destinada a ser reformada y actualizada por el legislador. Esta imperiosa necesidad de reforma fue descrita con extraordinaria claridad por el abogado Juan Francisco Gutiérrez,¹⁵ quien poco después de ingresado al Congreso el proyecto de ley, escribió un artículo en el

¹³ Pág. 5, Mensaje Presidencial, Historia de la Ley.

¹⁴ Pág. 25, Mensaje Presidencial, Historia de la Ley.

¹⁵ Juan Francisco Gutiérrez, abogado de Phillipi, Yrarrazaval, Pulido & Brunner Ltda.

Diario Financiero en el que, además de señalar la importancia de la prenda en el desenvolvimiento del comercio, da cuenta de los inconvenientes que presenta la actual legislación prendaria para la actividad económica. En el primer sentido indicado, el señor Gutiérrez señala que la prenda "goza de una extraordinaria relevancia comercial, toda vez que es altamente accesible para todo tipo de industrias, especialmente las pequeñas y medianas, las que se caracterizan, precisamente por el hecho que la mayor parte de sus activos esté conformado por bienes muebles, atendido su bajo nivel de capitalización. Luego agrega que muchas de las ventajas que podría prestar el derecho real de prenda para el tráfico económico y jurídico se ven actualmente suprimidas o acotadas por la existencia de múltiples normas dispersas que la regulan, así como de formalidades excesivas para su otorgamiento".¹⁶ En definitiva y con razón, Gutiérrez concluye que "todo ello redundaría en mayores costos de constitución, registro y alzamiento, lo cual, a su vez, restringe y dificulta su uso".¹⁷ Una opinión similar tiene el profesor Andrés Söchting¹⁸, quien manifiesta que los tipos de prenda existentes contienen una regulación "rígida, dispersa y carente de información centralizada", razón por la cual la nueva ley busca – entre otros – "unificar y simplificar las anteriores prendas especiales".

Las prendas especiales a que se refiere el profesor Söchting, son las que emanan de los contratos de concesión celebrados con reparticiones públicas, todos los cuales se encuentran regulados en distintos cuerpos legales.

Lo anterior, sin contar las prendas de aplicación más general, que son las siguientes: (1) la prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos, regulada por la Ley N° 4.297 del año 1928, (2) la prenda agraria regulada por la Ley N° 4.097 del año 1927, (3) la prenda sobre compraventa de cosas muebles a plazo regulada por la Ley

¹⁶ Artículo publicado en el Diario Financiero el 29-07-2007, disponible en página Web ceo.cl, visitado con fecha 29/07/2008.

¹⁷ Idem anterior.

N° 4.702 del año 1929, (4) la prenda industrial regulada por la Ley N° 5.698 del año 1935.

Las cuatro prendas antes nombradas, sumadas a las prendas civil y comercial reguladas por sus respectivos códigos, más la prenda sin desplazamiento de la Ley N° 18.112, conforman según el Mensaje Presidencial, la institución de la prenda sin desplazamiento existente en nuestro país, "ninguna de las cuales soluciona por si sola todas las necesidades que la actividad comercial y crediticia requiere"¹⁹. Nótese que el Mensaje Presidencial omitió mencionar la prenda Warrant.

Dentro de la lista de prendas que señala el Mensaje, tres de ellas son con desplazamiento: la prenda de valores mobiliarios a favor de los bancos, la prenda civil y la mercantil, puesto que requieren para su perfeccionamiento, la entrega del bien prendado, de manera que su utilidad es escasa cuando los únicos bienes que se pueden dar en prenda, son precisamente los mismos con los cuales se debe desarrollar la actividad comercial respectiva.

Las cuatro prendas restantes, esto es, la prenda agraria, la industrial y la de venta de bienes muebles a plazo y la prenda de la Ley 18.122 son las únicas prendas con desplazamiento existentes en nuestra legislación.

De las cuatro prendas arriba mencionadas, las tres primeras tienen el inconveniente de ser garantías sumamente limitadas: ninguna de ellas puede caucionar obligaciones de terceros y no sólo no admiten cláusula de garantía general, sino que además, la obligación caucionada debe ser contraídas en el giro de los negocios relacionados con la agricultura o la industria, según se trate de la prenda agraria o industrial y la caución sólo puede recaer sobre las especies señaladas

¹⁸ Söchting Herrera, Andrés "Prenda sin Desplazamiento: Nueva Regulación Legal", artículo publicado en "La Semana Jurídica" N° 351.

¹⁹ Pág. 26, Mensaje Presidencial.

taxativamente por el legislador. En el caso de la prenda regulada por la ley sobre compraventa de bienes muebles a plazo, la prenda únicamente puede caucionar el saldo de precio respectivo y el bien prendado debe ser precisamente, el adquirido a plazo.

Además de las limitaciones arriba anotadas, las prendas señaladas requieren para su constitución, la inscripción del contrato en registros especiales, lo que eleva de manera importante el costo y el tiempo que se requiere para formalizar la garantía.

La prenda sin desplazamiento creada en el año 1982 por la Ley N° 18.112 salvó en parte los defectos anteriores por cuanto permite que con ella se garantice el cumplimiento de obligaciones contraídas por terceros y además, la garantía puede tener como finalidad garantizar obligaciones presentes y futuras. Esta aparente amplitud, sin embargo, es insuficiente para satisfacer las necesidades actuales del comercio, toda vez que no considera la prenda sobre créditos, omisión que constituye en mi opinión, su principal falencia.

Otro defecto importante de esta prenda, está constituido por las exigencias de su formalización. En efecto, la ley exige que el contrato de prenda sea otorgado por escritura pública y para que la prenda sea oponible a terceros, su artículo 9º exige que un extracto de dicha escritura sea publicado en el Diario Oficial, los días uno o quince del mes. Es evidente que esta publicación no da ninguna seguridad al acreedor, pues a menos que se revisen los diarios oficiales desde que se fabricó el bien empeñado, no hay manera de saber si el bien respectivo ha sido prendado con anterioridad. Esta falta de seguridad lleva a que la prenda no sea vista como garantía eficaz.

De lo expresado anteriormente y conforme se indica en el Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, en su tercer trámite constitucional, la necesidad de la creación de una nueva prenda sin desplazamiento, se funda en tres grandes razones:

- la unificación y simplificación de las anteriores prendas;

- la ampliación del espectro de activos susceptibles de ser prendados; y
- la creación del Registro de Prendas sin Desplazamiento, centralizado y electrónico.

Sólo una vez que se dicte el reglamento destinado a regular el Registro de Prendas y que marcará la entrada en vigencia de la ley, se verá la real dimensión de la nueva legislación y si ella satisface el propósito perseguido por sus autores.

3. Breve análisis comparativo con la prenda sin desplazamiento de la Ley Nº 18.112

Entre la Prenda sin Desplazamiento creada por la Ley 18.112 y la creada por las Ley 20.190, existen semejanzas y diferencias importantes, algunas de las cuales obedecen simplemente a las diferentes épocas en que cada una de ellas fue dictada, según veremos a continuación.

Dentro de las similitudes de relevancia, se encuentran:

- ambas sirven para garantizar el cumplimiento de obligaciones futuras, esto es, admiten cláusula de garantía general;
- la garantía puede ser constituida por un tercero ajeno a la obligación caucionada;
- ambas pueden recaer sobre toda clase de bienes corporales muebles, incluidas las universalidades de hecho;
- en materia de ejecución de la prenda, para ambas es aplicable el procedimiento ejecutivo de las obligaciones de dar, permitiendo al deudor prendario demandado interponer sólo algunas de las excepciones previstas para este tipo de procedimiento, favoreciendo de esta manera en ambas prendas, los intereses del acreedor prendario.
- en ambas prendas ciertas infracciones del constituyente están configuradas como delitos penales sancionados como estafa.

- ambas prendas son solemnes, aunque precisamente en esta semejanza, es donde se origina una de las diferencias de importancia entre ambas instituciones.

Entre las diferencias existentes entre ambas prendas, la más relevante es en materia de formalidades: en la prenda de la ley 18.112 la caución sólo puede ser otorgada por escritura pública, cuyo extracto debe ser publicado en el Diario Oficial. Una vez cumplidos ambos requisitos, la prenda es oponible a terceros, no obstante lo cual, el derecho real de prenda nace sólo en virtud de una escritura pública, que puede ser la misma del contrato de prenda, pues el artículo 8° de esta ley exige que la tradición del derecho real de prenda se efectúe de esta manera, documento en el que se debe manifestar expresamente la voluntad del tradente para constituir el derecho y del adquirente de aceptarlo. En la nueva ley, en cambio, no se exige esta manifestación de voluntades, la que es suplida con la inscripción de la prenda en el Registro creado al afecto. El derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará –dispone el artículo 25 de la nueva ley– por la inscripción de la prenda en el Registro de Prendas y a contar de la fecha de la inscripción, será oponible a terceros.

De lo anteriormente dicho, se desprende entonces, que tanto la nueva prenda como la regulada por la Ley N° 18.112 son solemnes por cuanto exigen la escrituración del contrato de prenda. Ambas prendas se diferencian en este aspecto con la prenda agraria, la industrial y la de la Ley N° 4.702 sobre compraventa de bienes muebles a plazo, las que además de su escrituración, exigen la inscripción de la prenda. En todo caso, no cabe duda que la innovación en este aspecto es la creación de un registro único de prendas, a cargo del Servicio de Registro Civil, centralizado y electrónico. La inscripción de la prenda en este registro único cumplirá la función de transferir el derecho real de prenda al acreedor y publicitar el gravamen, de manera que éste será oponible a terceros sólo a contar de la fecha en que practique la correspondiente inscripción. En este aspecto, se produce una diferencia importante en relación con la prenda regulada por la Ley N° 18.112: en ésta, la tradición del derecho real de prenda se efectúa en la escritura de constitución de la prenda, debiendo constar en dicha

escritura la voluntad de las partes al respecto; en cambio, la nueva ley opta por la inscripción de la prenda en el registro único creado al efecto, como forma de efectuar la tradición del derecho real de prenda.

Con relación a los bienes objeto del contrato de prenda, la nueva ley amplía el espectro de bienes prendables y por tanto se incluyen bienes que no fueron considerados en la ley 18.112, tales como los derechos incorporales muebles, los bienes futuros y los valores emitidos sin impresión física.

La nueva ley, a diferencia de su antecesora, permite la constitución de varias prendas sobre los mismos bienes. Resuelve también la nueva prenda el conflicto de intereses entre el acreedor prendario y el hipotecario –en favor de este último, en algunos casos– cuando ambas cauciones coinciden en bienes por destinación o adherencia que acceden a un bien inmueble por naturaleza.

Por último, dentro de los rasgos diferenciadores entre ambas instituciones, se encuentra la consagración legal en la nueva prenda, del derecho del deudor prendario para exigir el alzamiento de la prenda una vez satisfecha la obligación caucionada.

Existen otras diferencias menores, que irán surgiendo en el desarrollo de este trabajo, pero es indudable que las diferencias más relevantes radican en dos puntos ya mencionados: la creación del Registro de Prendas electrónico y la posibilidad de preñar créditos y bienes futuros.

4. Retroactividad convencional de la prenda de la Ley Nº 20.190

El título IX de la Ley de Prenda y que corresponde a su título final, consta de un solo artículo denominado artículo único que contiene una importante excepción al principio de la irretroactividad de las leyes en el ámbito del derecho privado y que se

encuentra consagrado en el artículo 9 del Código Civil, cuyo inciso primero dispone que la ley puede sólo disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo.

El citado artículo único de la Ley de Prenda otorga la posibilidad a las partes para acoger al nuevo régimen de prenda, las prendas sin desplazamiento constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la nueva ley, con tal que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el cambio de régimen se efectúe dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que entre en vigencia la nueva ley de prenda, lo que ocurrirá una vez que haya transcurrido el plazo de 90 días contados desde que se dicte el Reglamento del Registro de Prenda sin Desplazamiento, lo que hasta la fecha no acontece;
- b) que la voluntad de someterse al nuevo régimen se manifieste mediante escritura pública o instrumento privado protocolizado, en los términos del Título I de la Ley de Prenda, esto es, se deberá indicar en el documento las obligaciones que la prenda cauciona o en su defecto, se deberán protocolizar copia de los títulos respectivos. En este mismo contrato se deberá individualizar la prenda sin desplazamiento original y su transformación;
- c) el contrato antes señalado deberá ser inscrito en el Registro de Prenda sin Desplazamiento.

Esta norma no establece un límite de tiempo hacia el pasado, en cuanto a la antigüedad de la prenda, de manera que si ésta se encuentra vigente, -esto es, si existen obligaciones caucionadas pendientes de pago, si el objeto sobre el que recae la caución tiene existencia física y si existe la voluntad de las partes contratantes-, no existe impedimento para que cualquier prenda sin desplazamiento constituida al amparo de cualesquiera de las leyes que regulan esta clase de prenda, sea acogida a la nueva ley y por tanto, al amparo de la nueva ley podrán ser sometidas prendas agrarias, industriales, de cosa mueble vendida a plazo y las prendas constituidas en conformidad a la ley 18.112.

¿En qué situación quedan los contratos de prenda sin desplazamiento celebrados con anterioridad, que no se acogen al nuevo régimen?

Conforme a lo establecido en el artículo 9° del Código Civil y en el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, tales contratos de prenda se regirán por la ley vigente a la época de su otorgamiento, sin embargo el ejercicio de los derechos que de ellos emanen para las partes, se regirá por la nueva ley, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

Dicho precepto establece que "todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra, pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley..". Conforme a esta disposición, la realización de la prenda, la cesión de la misma y cualquier otra situación que implique el ejercicio del derecho real de prenda una vez que entre en vigor la nueva ley de prenda, deberá sujetarse a las normas de ésta, aun cuando la prenda se haya constituido bajo el imperio de la legislación anterior, la que a mayor abundamiento, estará expresamente derogada.

En consecuencia, en los contratos de prenda celebrados bajo el imperio de la Ley N° 18.112 que no se acogen a la nueva ley, se producirá la supervivencia o ultra-actividad de la ley antigua, situación que guarda armonía con lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, el que dispone que se entienden incorporados al contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración, aún cuando sean posteriormente derogadas.

5. Derogación de algunas normas que regulan prendas especiales.

El artículo 42 de la Ley de Prenda sin Desplazamiento contenida en el artículo 14 de la Ley N° 20.190, deroga las siguientes normas legales, todas las cuales regulan regímenes de prenda sin desplazamiento:

- la ley N° 4.097 sobre contrato de prenda agraria;
- la ley N° 4.702 sobre compraventa de bienes muebles a plazo;
- la ley N° 5.687 sobre contrato de prenda industrial;
- el artículo 43 del D.F.L. N° 164 del año 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas;
- el artículo 15 de la Ley N° 19.542 que establece una prenda especial de concesión portuaria;
- el artículo 3° de la Ley N° 19.425, que modificó la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en lo relativo al uso del subsuelo de los bienes nacionales de uso público y estableció una prenda especial sobre las concesiones de dichos bienes;
- el artículo 62 B del Decreto Ley N° 1.939, sobre Adquisición, Administración y Disposición de los bienes del Estado;
- el artículo 16 de la Ley N° 19.865 sobre Financiamiento Urbano Compartido;
- el artículo 60 de la Ley N° 19.712, llamada "ley del Deporte"

El citado artículo 42 señala *que* "las referencias que se hacen en las leyes a las disposiciones aquí derogadas deberán entenderse efectuadas a las normas de esta ley", con la finalidad de reafirmar la validez de los contratos de prenda otorgados bajo el imperio de las normas que se derogan.

El inciso final del señalado artículo dispone que "Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, las normas precedentemente citadas continuarán vigentes para el efecto de regular las prendas sin desplazamiento constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley". Esta norma es congruente con lo preceptuado por los artículos 9° del Código Civil y 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, teniendo presente además, que la vigencia de la nueva ley de prenda, incluida la derogación dispuesta por el legislador, regirá una vez transcurridos 90 días contados desde la fecha en que sea publicado en el Diario Oficial el decreto que contenga el Reglamento que regula el Registro de Prendas sin Desplazamiento creado por esta ley.

PRIMERA PARTE
CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA

- CAPÍTULO I -
OBLIGACIONES SUSCEPTIBLES DE SER GARANTIZADAS

El artículo 4º de la Ley de Prenda establece que "Podrán caucionarse con esta prenda cualquier clase de obligaciones, presentes o futuras, estén o no determinadas a la fecha del contrato". A su vez, el artículo 1º de la ley señala que el contrato de prenda puede caucionar obligaciones propias o de terceros.

En opinión del profesor Juan Andrés Orrego²⁰ las obligaciones caucionadas también pueden ser directas o indirectas, en moneda nacional o extranjera, puesto que la ley no hace distinción en esta materia.

Tampoco distingue el legislador entre obligaciones de dar, hacer y no hacer, de manera que no hay razón para excluir a ninguna de ellas.

1. Obligaciones presentes y futuras

Por obligaciones presentes entendemos que se trata de aquellas que se han contraído con anterioridad al otorgamiento del contrato de prenda, o bien, al mismo tiempo de éste, sin considerar si la obligación y la caución constan del mismo instrumento y sin considerar, asimismo, si se trata de obligaciones determinadas o

²⁰ Orrego Acuña, Juan Andrés, "La Prenda sin Desplazamiento de la Ley numero 20.190", en "Cauciones Reales Prenda e Hipoteca, Serie Jurisprudencia", Edit. Metropolitana, 2008. pág. 432.

indeterminadas. Lo importante para estar frente a una obligación presente es que el vínculo jurídico entre deudor y acreedor, sea actual.

Por obligaciones futuras, por el contrario, entendemos a todas aquellas obligaciones en que el vínculo antes señalado, no ha nacido. Respecto del resguardo de estas obligaciones, se habla de la "cláusula de garantía general", que es aquella por la cual las partes convienen en que la garantía que se constituye, servirá de caución para todas y cada una de las obligaciones que el constituyente – o un tercero – contraiga en el futuro con la parte acreedora.

El legislador se preocupó de regular las distintas situaciones que pueden existir, derivadas de la naturaleza presente o futura de las obligaciones caucionadas con la prenda. Esta regulación se encuentra en los números 2) y 4) del artículo 3° de la ley, a propósito de las menciones mínimas que debe contener el contrato de prenda, según veremos a continuación:

a) Prenda en resguardo de obligaciones presentes:

Del texto de los citados números del artículo 3°, la obligación caucionada puede constar del propio contrato de prenda o en un instrumento diverso, caso en el cual el legislador distingue si la obligación caucionada se encuentra documentada en escritura pública o instrumento privado, con lo cual se presentan las siguientes hipótesis que se indican a continuación. Antes de ello, preciso es señalar que la redacción de esta parte de la norma ("El contrato de prenda deberá contener...: 2) La indicación de las obligaciones caucionadas...") induce a confusión, toda vez que da a entender que el contrato de prenda es el que "contiene" la obligación garantizada, debiendo ser exactamente al revés, dado el carácter accesorio de la prenda. En todo caso, esta redacción no puede llevar a sostener que la nueva prenda no tenga tal carácter: como caución que es, siempre será accesorio a una obligación principal.

Las hipótesis antes enunciadas, son:

- (i) la obligación consta del propio contrato de prenda: en este caso el respectivo instrumento contendrá el contrato de mutuo o el reconocimiento de deuda de los cuales se origine la obligación caucionada y el contrato de prenda propiamente tal.
- (ii) la obligación consta de escritura pública: la ley dispone que basta con que el contrato de prenda haga "referencia" a la obligación caucionada. Naturalmente, la referencia deberá contener los datos necesarios para identificar la obligación cuyo cumplimiento se garantiza, de manera que aquella no pueda ser confundida con otras obligaciones similares entre las mismas partes y por tanto, la cita respectiva deberá contener a lo menos la fecha, número de repertorio e individualización del notario ante quien se otorgó, además del monto del capital adeudado y el plazo pactado para el pago de la obligación cuyo cumplimiento se cauciona.
- (iii) la obligación consta de instrumento privado: en este caso, la ley exige que copia simple de dicho instrumento sea protocolizado "al momento de la celebración del contrato de prenda" (art. 3º, N° 2), vale decir, en la misma fecha y Notaría ante la cual se otorga el contrato de prenda.

En este punto, resulta necesario destacar el hecho que el legislador sólo ha exigido la protocolización de copia simple del documento del que consta la obligación. Esta situación reviste importancia, toda vez que el instrumento privado por excelencia en estos casos es el pagaré, cuyo original permanecerá en poder del acreedor.

b) Prenda en resguardo de obligaciones futuras:

El artículo 3º número 2) de la ley se refiere escuetamente a la posibilidad de constituir la prenda en resguardo de obligaciones futuras, señalando que el contrato de prenda debe contener la indicación "de que se trata de una garantía general".

c) Prenda proporcional y prenda con monto máximo:

El número 4) del artículo 3º exige que se mencione en el contrato de prenda "la suma determinada o determinable a que se limitare la prenda o la proporción en que debiera caucionar diversas obligaciones, si fuere el caso". Esta norma, cuyo

cumplimiento no es imperativo –"si fuere el caso"-, sino facultativo para las partes, tiene aplicación práctica en los siguientes casos:

- (i) cuando existe pluralidad de obligaciones garantizadas: puede tratarse de varias obligaciones contraídas por el mismo deudor, de obligaciones contraídas por diferentes deudores que comparten la misma garantía e incluso, de diferentes acreedores por obligaciones contraídas contra el mismo deudor. En estos casos, el contrato deberá indicar porcentualmente cómo se reparte el valor de la garantía entre las diversas obligaciones o entre los diferentes acreedores, en el evento de ejecución de la garantía.
- (ii) cuando la caución es general, pero limitada a un monto determinado: en este caso se debe colocar necesariamente en el contrato el valor hasta el cual se extiende la garantía. Este valor puede ser determinado –una suma fija-, o determinable, como por ejemplo, "la cantidad de dos mil Unidades de Fomento por concepto de capital, más intereses a la tasa del tres por ciento anual...". El hecho de limitar la caución puede originarse en la voluntad de las partes, a fin de permitir la constitución de una prenda posterior, o bien, en restricciones legales como sucede con las garantías constituidas sobre bienes pertenecientes a la sociedad conyugal en resguardo de obligaciones contraídas por terceros y con las garantías constituidas sobre ciertos activos de las sociedades anónimas, también en resguardo de obligaciones contraídas por terceros.²¹

¿Es posible modificar la obligación garantizada después de constituida la prenda que cauciona su cumplimiento?

En nuestra opinión, esta interrogante se plantea únicamente frente al evento que la prenda se constituya para garantizar el cumplimiento de obligaciones

²¹ La restricción en el caso de las garantías otorgadas por sociedades anónimas no se origina directamente de la Ley sobre Sociedades Anónimas, sino de la interpretación que la SVS dio a su artículo 57 N° 5, en orden a que la aprobación de la Junta de Accionistas *es necesaria en cada oportunidad que la sociedad necesite otorgar cauciones a terceros*, limitando de esta manera, la posibilidad que la sociedad otorgue una aprobación genérica. (Oficio de la SVS N° 3.122 de 3 de agosto de 1983, en fotocopia simple)

específicas, documentadas en instrumento privado cuya copia simple el legislador ha exigido protocolizar de manera simultánea a la celebración del contrato de prenda. En este caso, es discutible que se pueda cobrar en forma expedita un crédito cuyo título consta de documentos distintos, pues de un lado estará el instrumento privado original con las modificaciones introducidas con posterioridad a la protocolización y de otro lado, estará el documento protocolizado, sin tales modificaciones. Esta situación a nuestro juicio, facilita la interposición de excepciones por parte del deudor prendario, lo que finalmente frustra el propósito del legislador en orden a que la nueva prenda sea una garantía eficaz. El evento en comento es más riesgoso aún, si la prenda fue constituida en resguardo de obligaciones de un tercero.

En la legislación hasta ahora en vigor no existe la exigencia de protocolización introducida por la nueva ley, de manera que en la hipótesis de prenda específica planteada no se presenta el riesgo arriba señalado. En efecto, bajo el imperio de la normativa aún vigente todas las modificaciones que se introduzcan a la obligación garantizada, -por ejemplo, cambio de tasa de interés, ampliación del plazo para el pago-, quedan documentadas en el instrumento inicial o en hojas anexas, pero sin que exista ningún duplicado del título vinculado a la prenda, como resulta ser de la protocolización exigida por la nueva ley.

2. Obligaciones civiles y mercantiles

No cabe duda que la nueva prenda sin desplazamiento puede caucionar el cumplimiento de obligaciones civiles y de obligaciones mercantiles, aplicándose a su respecto, las normas del Código Civil, del Código de Comercio o de la ley que regula en particular la obligación caucionada, según corresponda.

A su turno, dependiendo de si tales obligaciones se encuentran documentadas en letra de cambio o pagaré, se aplicarán las normas de la Ley N° 18.092 y si la

obligación caucionada es una operación de crédito de dinero, regirán las normas de la Ley N° 18.010.

No se prevé que puedan originarse conflictos derivados de la legislación aplicable, a la luz de lo dispuesto por el artículo primero de la Ley de Prenda cuyo inciso segundo establece que "En lo no previsto por la presente ley, se aplicarán las disposiciones del contrato de prenda del Código Civil". En efecto, el legislador se preocupó de precisar que la aplicación supletoria de las normas del Código Civil es sólo respecto del contrato de prenda, de manera que las obligaciones que la prenda cauciona, se regirán por el estatuto jurídico que les corresponda, según sea su naturaleza.

El único efecto que podrá producirse de haber dualidad de legislación aplicable es respecto de la prescripción, pues puede suceder que la acción ejecutiva del título del que consta la obligación caucionada prescriba antes que la acción que nace del contrato de prenda, como sucede por ejemplo con los pagarés, cuya acción ejecutiva prescribe en el plazo de un año contado desde que la obligación se hizo exigible. Transcurrido dicho plazo, tanto la acción cambiaria como la prendaria serán ordinarias.

3. Obligaciones Naturales

Recordemos que las obligaciones naturales son aquellas que "no confieren derecho para exigir su cumplimiento", según lo expresado en el artículo 1470 del Código Civil.

En conformidad a las reglas generales del derecho y como sucede con las demás prendas existentes en nuestra legislación, la prenda regulada por la Ley N° 20.190 puede caucionar el cumplimiento de obligaciones naturales, pero es preciso distinguir de qué clase de obligaciones naturales se trata.

Frente a las obligaciones que nacieron con acción de cobro para exigir su cumplimiento, esto es, las obligaciones extinguidas por la prescripción y aquellas que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba, se debe volver a distinguir:

- a) si la prenda fue constituida por el propio deudor, la obligación prendaria también será una obligación natural. Ello, en virtud del principio de accesoriedad de la prenda: si el acreedor no puede exigir el pago de la obligación caucionada, mal podría ejecutar su garantía prendaria. De otro lado, la precariedad de la prenda en esta hipótesis se funda en una razón de texto: el artículo 27 de la Ley de Prenda consagra el derecho del deudor prendario para exigir a su acreedor el alzamiento de la prenda "efectuado que sea el pago íntegro de las obligaciones caucionadas" Este derecho hace que sea ilusoria la validez de la prenda, si concluimos que el pago puede ser equiparado a los otros medios de extinguir las obligaciones, como lo es la prescripción.
- b) si la prenda fue constituida por un tercero, la garantía tiene plena validez. Así lo estiman don René Abeliuk²² y don Luis Claro Solar, citado por el primero. No hay duda que en la hipótesis que la prenda se constituya precisamente después que las citadas obligaciones hayan mudado en naturales, se aplica lo dispuesto en el artículo 1472 del Código Civil en cuya virtud la prenda tiene plena validez. En este caso, se da la paradoja que al garante prendario no le asiste el derecho previsto en el artículo 27 de la nueva ley para reclamar el alzamiento de la prenda y por tanto, tendrá que hacerlo por la vía ordinaria.

Respecto de los otros dos casos de obligación natural que contempla el artículo 1470 del Código Civil –las contraídas por personas incapaces y aquellas en que se omitieron las solemnidades exigidas por la ley para su validez- y sin discriminar si la prenda fue constituida por el propio deudor o por un tercero, en conformidad al principio de accesoriedad de las cauciones, la prenda carecería de validez.

²² Abeliuk M, René, "Las Obligaciones", Tomo I, Edit. Jurídica, año 1993, pág. 325.

4. Mérito Ejecutivo del Instrumento Privado Protocolizado

El artículo 30 que dispone que "La escritura pública o la copia autorizada del instrumento privado en el que conste el contrato de prenda, protocolizado de conformidad con el artículo 2º de esta ley, tendrá mérito ejecutivo sin necesidad de reconocimiento previo, respecto de las obligaciones que se contraigan en los mismos." Esta norma crea un título ejecutivo especialísimo: el instrumento privado protocolizado que contenga al mismo tiempo el contrato de prenda y las obligaciones caucionadas con ella. Esta misma norma agrega que si el contrato de prenda no señala la obligación caucionada, "para proceder a la ejecución deberá acompañarse un título con mérito ejecutivo en el que conste dicha obligación", situación que corresponde a la regla general.

5. Cesión del Crédito Pignorado

En materia de cesión de créditos, el primer párrafo del artículo 38 de la Ley de Prenda se limita a señalar que "La cesión de créditos caucionados con esta prenda se sujetará a las reglas que correspondan a su naturaleza". En consecuencia, si el crédito objeto de la cesión consta de pagaré a la orden, aquella se verificará mediante el endoso del documento, en conformidad a lo previsto en los artículos 17 y siguientes de la Ley 18.092 sobre Letras de Cambio y Pagarés. De otro lado, si el crédito es nominativo, la pertinente cesión deberá efectuarse al tenor de los 1901 y siguientes del Código Civil, esto es, mediante la entrega del título que documenta la deuda al cesionario, debiéndose practicar la notificación de rigor, al deudor del crédito cedido.

El artículo 38 finaliza indicando que "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". ¿Qué quiso decir el legislador con "deben constar expresamente"? En nuestra opinión, significa que la singularización del crédito objeto de la cesión como también, la voluntad del deudor en orden a permitir la cesión del mismo, deben constar del propio contrato de prenda o bien, de un documento posterior a dicho contrato, pero previo a la cesión, anotado al margen de la inscripción de la prenda.

Conforme a lo antes expresado, de la disposición legal antes transcrita se desprende lo siguiente:

- a) Para que la cesión comprenda la garantía prendaria, no basta únicamente con dar cumplimiento a las normas que regulan la cesión de crédito que indicamos anteriormente, pues es menester que las partes hayan pactado "la posibilidad de cesión de la prenda" desde el inicio, esto es, con ocasión de la constitución de la prenda;
- b) El crédito cedido debe constar expresamente en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. De la redacción del precepto pareciera que no es admisible la cesión de créditos otorgados bajo el amparo de una garantía general prendaria, pues a su respecto no se cumple el requisito de constar expresamente en el Registro. En estos casos, acreedor y deudor deberán modificar la caución, en orden a limitarla a las obligaciones que se pretende ceder, como gestión previa a la cesión misma.

- CAPÍTULO II -

BIENES SOBRE LOS QUE SE PUEDE CONSTITUIR LA PRENDA

Esta materia se encuentra principalmente regulada por el Título II de la Ley, denominado "De las Obligaciones Caucionadas y de los Bienes Prendados", de cuyos once artículos, diez de ellos se refieren a los bienes susceptibles de ser prendados.

Además del Título II arriba mencionado, el primer artículo de La Ley se ocupa de esta materia al señalar que la garantía se puede constituir "sobre una o varias cosas corporales o incorporales muebles". Enseguida, ya en el Título II, el artículo 5º reafirma la disposición anterior, señalando que "Podrá constituirse prenda sobre todo tipo de cosas corporales o incorporales muebles, presentes o futuras". Con relación a éstas últimas y habida consideración a la aplicación supletoria de las normas sobre el contrato de prenda del Código Civil, el profesor Orrego observa que "Respecto de las cosas futuras, la ley altera el principio que opera en el Código Civil, que excluye la prenda sobre esta clase de bienes, habida cuenta que es necesario que se produzca la entrega de la cosa, para que el contrato de prenda civil se perfeccione. En cambio, tratándose de una prenda sin desplazamiento, obviamente no se produce tal hecho, pues no estamos ante un contrato real, sino solemne."²³ Este cambio de naturaleza del contrato de prenda –de real a solemne- también se encuentra en la prenda regulada por la ley Nº 18.112 cuyo artículo primero es muy similar en su redacción, al mismo artículo de la ley de prenda de la Ley Nº 20.190. También se encuentra en las otras prendas sin desplazamiento existentes en nuestra legislación.

El artículo 5º termina señalando que las naves y aeronaves se registrarán por sus leyes particulares. Cabe recordar que únicamente respecto de las denominadas naves menores esto es, aquellas que no excedan las 50 toneladas de registro grueso, es posible constituir prenda, debiendo ser inscrito el gravamen en la respectiva Capitanía

de Puerto (artículo 20 de la Ley de Navegación y artículos 51 a 57 bis del Reglamento del Registro de Naves y Artefactos Navales). La referencia a las aeronaves no tiene por el momento efectos prácticos, pues cualquiera sea su tonelaje, sobre ellas sólo cabe constituir una hipoteca (artículos 114 a 125 del Código Aeronáutico).

Luego el artículo 6° se refiere a la prenda sobre diversas clases de derechos de concesión y el resto del articulado de este Título se ocupa de la prenda sobre créditos, sobre los bienes futuros, sobre las universalidades de hecho, para finalmente regular la situación de los bienes transformados.

Como se señaló anteriormente, la diversidad y amplitud de bienes sobre los que puede recaer la garantía, es una de las cualidades de la nueva ley de prenda sin desplazamiento, que responde precisamente al fin buscado por el legislador, fin que ha quedado plasmado en las normas antes enunciadas.

No obstante, aún antes de la dictación de la nueva ley de prenda, existía una variada gama de bienes sobre los cuales se podía constituir la prenda. Así es como en opinión de don José Miguel Lecaros²⁴, esta garantía puede recaer sobre "las patentes de invención, las marcas, las acciones de una sociedad anónima, la propiedad industrial". Salvo en lo tocante a las acciones de una sociedad anónima, este autor señala que los demás bienes citados sólo podrían ser objeto de una prenda sin desplazamiento o prenda industrial. Lo mismo sostiene don Manuel Somarriva²⁵, quien afirma que "La regla general es que sobre cualquier bien mueble sea corporal o incorporal, pueda radicarse una prenda."

²³ Orrego, Op. Cit, pág. 432.

²⁴ Lecaros Sánchez, José Miguel, "Las Cauciones Reales Prenda e Hipoteca", Metropolitana Ediciones, año 2000, pág. 24.

²⁵ Somarriva U. Manuel, "Tratado de las Cauciones", Manuel Somarriva U., Edit. Jurídica Ediar ConoSur Ltda., sin año, pág. 230.

La novedad de la nueva ley respecto de los bienes antes citados no radica en la posibilidad de constituirlos en prenda, sino en que ellos podrán garantizar obligaciones futuras, situación que bajo el imperio de la legislación anterior no es posible: sobre los bienes inmateriales sólo era posible constituir prenda civil o prenda mercantil, las cuales no admiten cláusula de garantía general prendaria.

Los autores indicados además sostienen que el dinero también puede darse en prenda; como "cuando se solicita un crédito bancario y se da en prenda un certificado de depósito o un vale vista"²⁶. En efecto, la prenda de dinero representada por depósitos a plazo o a la vista siempre ha sido posible mediante su endoso en garantía.

En todo caso, tratándose de dinero, la nueva ley de prenda en nada altera la situación existente, toda vez que esta prenda supone la entrega del dinero al acreedor prendario, vale decir, es una prenda con desplazamiento.

1. Bienes Corporales

De acuerdo a la definición del Código Civil, son cosas corporales, las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. (art. 565). A su vez, las cosas corporales muebles, de acuerdo al artículo 567, son las que puede transportarse de un lugar a otro, ya sea que lo hagan por sí mismas (animales) o con la ayuda de una fuerza externa, como sucede con las cosas inanimadas.

Por último, las cosas corporales muebles admiten ser clasificadas en muebles por naturaleza y muebles por anticipación. Las primeras son los muebles propiamente tales; a dichas especies muebles se refiere la definición del artículo 567 del Código Civil.

²⁶ Lecaros, Op. Cit, pág. 25

Las cosas muebles por anticipación, en cambio obedecen a una ficción legal, puesto que son aquellas cosas inmuebles por naturaleza, por adhesión o por destinación que de acuerdo al artículo 571 del Código Civil se reputan muebles, aún antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona que el dueño.

En materia minera, rige lo dispuesto por los artículos 3 y 220 del Código de Minería y por tanto, son susceptibles de prendarse los siguientes bienes:

- a) los accesorios de la concesión, las construcciones, instalaciones y demás objetos destinados permanentemente por su dueño a la investigación, arranque y extracción de sustancias minerales. Estos bienes son inmuebles por destinación, pero el artículo 220 antes citado prevé la posibilidad que se constituya prenda sobre ellos;
- b) los demás bienes muebles destinados a la exploración o la explotación de la concesión; y
- c) las sustancias minerales extraídas del yacimiento mismo.

El citado artículo 220 termina señalando que sobre los bienes antes mencionados, podrá constituirse prenda y quedar ésta en poder del deudor, con arreglo a las disposiciones que rigen la prenda industrial o la prenda sin desplazamiento, según se convenga.

Por último, es necesario señalar que el agua, no obstante ser un bien corporal mueble cuando no está destinada al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, por expresa disposición del Código de Aguas, sobre el derecho real de aprovechamiento de agua sólo se puede constituir hipoteca.

2. Bienes Incorporales

No cabe duda -en nuestra opinión- que cuando los artículos 1º y 5º de la Ley de Prenda señalan que la garantía puede recaer sobre cosas incorporales muebles, se está refiriendo inequívocamente a los derechos personales. Así se desprende también de la redacción del artículo 2389 del Código Civil.

No obstante, en conformidad a lo previsto en el artículo 576 del Código Civil, "las cosas incorporales son derechos reales o personales". Aún cuando no conocemos casos en que se haya constituido el derecho de prenda sobre un derecho real, la doctrina estima que es posible la constitución del derecho de prenda a su respecto. Así lo afirma don Manuel Somarriva²⁷, pero señalando que ello es posible únicamente respecto del derecho de herencia y del usufructo, si éstos recaen sobre cosas muebles. Se trata en todo caso, de una posibilidad más teórica que práctica.

En cuanto a los derechos personales, el artículo 578 del Código Civil los define indicando que "son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas...."

Siguiendo la clasificación del Código Civil, los derechos personales o créditos pueden tener su origen en la ley, en los contratos, en los cuasicontratos, en los delitos y en los cuasidelitos.

Descartando por obvios los créditos que nacen de los contratos, ¿es posible constituir prenda sobre un crédito cuyo origen no sea un contrato? En nuestra opinión, aún cuando desde un punto de vista netamente teórico aparece como posible, dado que para los efectos de constituir la prenda el requisito es que el crédito exista, es

²⁷ Somarriva, Op. Cit., pág. 232.

bastante dudosa la eficacia de una prenda sobre créditos de origen no contractual. En efecto, será difícil encontrar un acreedor dispuesto a aceptar un crédito “contraído a la fuerza” por su respectivo deudor, pues el riesgo de verse obligado a demandar el pago del crédito pignorado es bastante alto.

Sin perjuicio de ello, reiteramos, nada obsta a que se pueda constituir válidamente una prenda sobre tales créditos. El artículo 12 del Decreto Ley N° 776 del año 1925 sobre Realización de la Prenda que dispone “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”. Esta norma avala la afirmación anterior.

3. Prenda sobre Créditos

Como se señaló anteriormente, los artículos 1º y 5º de la Ley de Prenda señalan que la garantía puede recaer sobre cosas incorporales muebles, esto es, sobre derechos, los que en la mayor parte de las veces, serán derechos personales o créditos, cuya fuente de origen será, también la mayor parte de las veces, un contrato.

De otro lado, el artículo 7º de la Ley de Prenda regula únicamente la prenda de créditos nominativos, de manera que a continuación veremos la regulación de las distintas clases de créditos -según la forma cómo se efectúa su cesión- a la luz de las disposiciones de la nueva ley de prenda.

Antes de referirnos a los distintos tipos de créditos, resulta interesante mencionar el planteamiento efectuado por don Manuel Somarriva²⁸ en torno a si es posible constituir prenda sobre un crédito no escriturado. Sin considerar el evidente problema probatorio, el profesor Somarriva señala que a su respecto no sería aplicable

²⁸ Somarriva, Op. Cit., pág. 231.

la exigencia de la entrega del título, por cuanto en su opinión tal requisito sólo se refiere a los créditos escriturados y no a aquellos que no consten por escrito, pues respecto a éstos habría imposibilidad de cumplir con dicho requisito. Señala además, que dado que se ha estimado con justa razón que los créditos no escriturados pueden cederse porque la solución contraria equivaldría a dejar estos créditos fuera del comercio, concluye señalando que si es posible la enajenación, esto es, el acto de disposición máxima, no hay razón para que tales créditos no se puedan dar en prenda, pues ésta constituye sólo un principio de enajenación.

La misma opinión tiene don José Miguel Lecaros²⁹, quien afirma "Creemos que todo crédito enajenable puede ser dado en prenda, aún cuando no haya emanado de un documento escrito". En este sentido, agrega que parte de la doctrina ha interpretado que el requisito de la entrega del título contenida en el artículo 2389 del Código Civil, en el sentido de entrega material de un documento y en este orden de ideas, indica que "se podría dar en prenda un crédito, sólo si previamente se escritura de alguna manera el crédito. Por ejemplo, mediante una escritura de reconocimiento de deuda". En nuestra opinión, si el crédito es documentado previamente, esto es, antes de constituir prenda sobre él, ya no estamos en presencia de un crédito no escriturado.

No encontramos mayor desarrollo del planteamiento anterior, seguramente nuestros más reconocidos tratadistas no lo tocaron mayormente en sus obras debido a que en el tiempo que les tocó vivir, debió haber sido algo muy teórico. Sin embargo, hoy por hoy, en que el "soporte en papel" va cada vez más en retirada frente a los medios tecnológicos, resulta necesario que la legislación vaya creando las condiciones que permitan de forma clara la constitución de prenda sobre créditos no escriturados.

²⁹ Lecaros, Op. Cit, pág. 29.

4. Créditos Nominativos

Los créditos nominativos "son aquellos en que se indica el nombre del acreedor y en los que éste último no puede cederlos por endoso"³⁰ . A ellos se refieren los artículos 699 y el Título XXV del Libro IV del Código Civil, señalando que la cesión de estos créditos tiene efecto entre cedente y cesionario sólo en virtud de la entrega del título.

Esta regla de no ser aplicable el endoso como modo de enajenar los créditos personales, también resulta ser aplicable a la constitución de la prenda por expresa disposición del artículo 2389 del Código Civil, norma que señala que se puede dar en prenda un crédito entregando el título.

La prenda sobre crédito, ¿es una prenda sin desplazamiento? Sobre el particular es interesante notar que el artículo 7° de la Ley de Prenda dispone algo similar al artículo 2389 del Código Civil, pero en lugar de exigir derechamente la entrega del título al acreedor, ordena que una copia de aquél sea protocolizada "al tiempo de suscribirse el contrato de prenda y en éste deberá hacerse mención de la protocolización de aquel".

En esta materia, hay dos aspectos a considerar:

- a) en el plano formal, el artículo 7° recoge la realidad existente a partir de la dictación de la Ley 18.181 en el año 1982, que otorgó el mismo valor a todas las copias de las escrituras públicas y por tanto, los créditos nominativos documentados en dichos instrumentos públicos pueden constar de un título con infinitas copias del mismo valor y por tanto a su respecto, la entrega "del" título no produce el efecto de privar de su tenencia a su acreedor, que es el deudor prendario. Sin perjuicio de lo

³⁰ Vodanovic, Antonio "Curso de Derecho Civil: Fuentes de las Obligaciones", Tomo IV, Edit. Nascimento, año 1942, pág 425.

anterior, ya antes de la dictación de la ley 18.181, don Manuel Somarriva³¹ se inclinó por aplicar a la prenda sobre créditos, la misma tendencia jurisprudencial que aceptó la entrega ficta o simbólica como suficiente para tener por perfeccionado el contrato de cesión de créditos, señalando en apoyo a su afirmación, que si el legislador hubiese querido aplicar la regla general contenida en el artículo 2386 del Código Civil, no habría sido necesario incluir la regla del artículo 2389. Igual opinión tiene don Raúl Díez³², quien a propósito de la cesión de créditos, señala que aquella puede verificarse con cualquiera de las modalidades de entrega simbólica que señala el artículo 684 del Código Civil.

- b) el segundo aspecto a considerar, es que el crédito es una cosa incorporal y por tanto más importante que la entrega del documento que lo sustenta, es que el acreedor prendario quede en la posición jurídica que le permita exigir el pago del crédito al deudor del mismo.

De lo anteriormente dicho, se desprende que lo verdaderamente importante en la prenda sobre créditos, es la notificación de la prenda al deudor del crédito prendado.

El artículo 7° de la Ley de Prenda recoge la importancia antes anotada, al punto que el proyecto contemplaba como requisito para la constitución de la prenda el consentimiento expreso del otro contratante, esto es, el deudor del crédito pignorado. Esta exigencia fue eliminada recién en el Senado. En esa oportunidad, a raíz de una indicación presentada por el senador Horvath, el Ejecutivo propuso una redacción alternativa, precisamente para igualar esta disposición a la normativa aplicable a la cesión de créditos³³.

Conforme a lo anterior, en definitiva, la prenda de créditos nominativos regulada en el artículo 7°, requiere de notificación judicial o por medio de un notario al deudor del

³¹ Somarriva, Op. Cit., pág. 245.

³² Díez Duarte, Raúl, "Cesión de Créditos", Edit. Jurídica Conosur, año 1995, pág. 57.

³³ Historia de la Ley, pág. 1.314.

crédito objeto de la caución, con exhibición del título y prohibiéndole que lo pague en otras manos. Nótese que a diferencia de la prenda de créditos prevista por el Código Civil (art. 2389), la nueva ley de prenda exige notificación "judicial" y en virtud que la regla general en materia de notificaciones judiciales es que se requiere de una resolución judicial previa que ordene practicar tal diligencia, la notificación de la prenda sólo podrá ser practicada una vez que se obtenga el decreto judicial que así lo disponga.

La notificación antedicha no será necesaria si el deudor otorga su autorización por escrito. La ley no señala la oportunidad ni plazo para que el deudor preste su consentimiento; sin embargo, habida consideración a que este es un requisito de constitución de la prenda, es recomendable que la aceptación sea otorgada en el mismo contrato de prenda.

De no practicarse la notificación al deudor o si éste no presta su autorización, la ley previene que la prenda le será inoponible.

Como requisito adicional a la notificación o aceptación del deudor, el artículo 7° de la Ley exige que "Una copia del título que consigne el crédito nominativo que se otorgue en prenda sea protocolizada al tiempo de suscribirse el contrato de prenda y en éste deberá hacerse mención de la protocolización de aquél".

En esta materia, en nuestra opinión el legislador incurrió en dos omisiones importantes: la primera de ellas, al no eximir al acreedor de la obligación de obtener una resolución judicial para proceder a la notificación de la prenda al deudor del crédito pignorado. A este respecto, podría haberse aplicado una regla similar a la que contiene el artículo 1601 del Código Civil, la que en materia de pago por consignación, expresamente señala que "no será necesario decreto judicial previo para efectuar la oferta ni para hacer la consignación", simplificando de esta manera la gestión de notificación; la segunda omisión se observa al no haberse dado un tratamiento distinto a los créditos documentados en escritura pública. En efecto, el legislador al redactar el

párrafo transcrito, sólo se puso en el caso que la prenda se constituya sobre créditos documentados en instrumentos privados, tales como las facturas, en las que su protocolización es razonable, pero no previó la situación de los créditos documentados en escrituras públicas, caso en los cuales resulta inoficioso efectuar la protocolización ordenada por la ley. En este aspecto, la ley debió considerar ambas situaciones.

Como sea, de la redacción del párrafo transcrito, no cabe duda que la protocolización del título y el otorgamiento del contrato de prenda deben ser simultáneos. Además, la protocolización del título y la mención de éste en el contrato de prenda construyen requisitos de perfeccionamiento del contrato de prenda, en tanto la notificación al deudor o su aceptación es un requisito de oponibilidad del contrato. En esta materia, el legislador se acercó más a las normas sobre cesión de créditos contempladas en el Código Civil, que a las previstas a propósito de la prenda de créditos.

5. Créditos Endosables

La ley de prenda de la Ley N° 20.190 no se ocupa de la prenda de los créditos endosables. Dicha prenda se encuentra regulada por la Ley N° 18.092 sobre Letras de Cambio y Pagarés, cuyas normas por expresa disposición de la Ley N° 18.552 sobre Tratamiento de Títulos de Crédito, son aplicables "a cualesquiera otros títulos de crédito de dinero emitidos con la cláusula a la orden, a favor de, a disposición de u otros equivalentes...".

6. Créditos al Portador

Tampoco se ocupa la Ley de Prenda de regular la situación de los títulos al portador. A su respecto es posible aplicar las normas relativas a la cesión de los créditos al portador, vale decir, constituyendo la prenda mediante la entrega del título al acreedor; o bien, aplicando las reglas que gobiernan la prenda de los créditos nominativos, en cuyo caso cabe utilizar las normas de la nueva ley.

7. Situación de las llamadas "cuentas por cobrar"

El término "cuenta por cobrar" tiene origen contable y corresponde al derecho a exigir de un tercero un pago o la entrega de bienes y servicios, por un cierto monto, a una fecha futura. Estas cuentas tienen su origen en la venta de bienes o prestación de servicios a crédito, bajo compromiso de pago futuro.

El ejemplo más cercano y frecuente de cuentas por cobrar, se encuentra en el crédito que se genera por la utilización de las tarjetas de crédito. Fuera del ámbito bancario, el mecanismo de esta modalidad de crédito descansa sobre la base de una relación bilateral, en la cual por una parte está el emisor de la tarjeta, quien además es el prestamista y proveedor de los bienes y servicios contratados y por la otra, el tarjeta-habiente, que a su vez es el deudor y consumidor de tales bienes y servicios. El crédito que se genera por la utilización de esta modalidad, suele ser para los pequeños y mediamos comerciantes un activo importante de su negocio y teniendo presente que la Ley de Prenda se inserta dentro de diversas medidas de fomento para las llamadas "PyME", cabe preguntarse si la nueva legislación permite dar en prenda este tipo de crédito.

En primer término, se debe dilucidar cómo se encuentran escriturados estos créditos. Lo usual, es que exista un contrato por el cual el emisor pone a disposición del tarjeta-habiente una determinada suma de dinero que éste último se obliga a pagar sin otro plazo que no sea la vigencia del contrato, con más intereses que el emisor puede ir variando de tiempo en tiempo, fijándose montos mínimos de servicio mensual de la deuda. Cada una de las disposiciones de dinero que el tarjeta-habiente efectúa no es documentada en forma particular y/o independiente de las otras disposiciones, pues lo normal es que todos estos créditos no tengan título mientras la relación entre el emisor y el tarjeta-habiente sea conducida por cauces normales de utilización y pago. No obstante, junto con el contrato antes aludido, lo habitual es que el tarjeta-habiente suscriba un pagaré a la vista con todas o la mayoría de sus menciones en blanco, mandatando el emisor para que complete el pagaré al término de la relación contractual, con la finalidad de cobrar la deuda existente a ese momento.

Conforme a lo antes expresado, se da la paradoja que sólo mientras el crédito otorgado al tarjeta-habiente constituye un activo atractivo y susceptible de ser prendado, dicho crédito no se encuentra escriturado, resultando en consecuencia que sea difícil aceptar su "prendabilidad" a la luz de la nueva legislación. Esta dificultad tiene su origen en múltiples factores, a saber: el primero, es que estando en situación de no escriturado, el crédito en cuestión es -por descarte- un crédito nominativo y por tanto, sujeto al requisito de notificación al tarjeta-habiente, lo que encarece de manera ostensible la constitución de la prenda; otro factor, es la determinación del monto del crédito a preñar, toda vez que la dinámica de utilización de las tarjetas de crédito implica su uso constante, de manera que requiere de un sistema de administración de altos estándares para poder determinar qué parte de los pagos mensuales se imputa al crédito prendado y qué parte, al crédito utilizado con posterioridad a la constitución de la prenda.

En fin, por las razones antes indicadas, estimamos que no resulta posible constituir prenda sobre las cuentas por cobrar que se originan en el uso de tarjetas de crédito.

Respecto de las cuentas por cobrar representadas por facturas, la dictación de la Ley N° 19.983 en el año 2004, constituye un importante avance en cuanto a respaldar a estos instrumentos como vehículo para la obtención de crédito, al otorgar mérito ejecutivo a una de sus copias y permitir su transferencia a terceros. Con los cambios anotados, la ley indicada facilitó las operaciones de descuento de facturas ("factoring"), pero no hizo aporte alguno tendiente a permitir la prenda de dichos documentos. Esto último se vino a aclarar con la redacción del artículo 7° de la Ley de Prenda, al permitir la protocolización de una copia del título y no del título mismo, necesario de mantener en poder del destinatario, para acreditar su posesión sobre las cosas adquiridas y por razones de índole tributaria.

8. Prendas especiales

El artículo 6° de la Ley de Prenda contempla las prendas especiales, todas las cuales estaban antes reguladas por distintos cuerpos legales, denotando una vez más el propósito del legislador de establecer una regulación única de la prenda sin desplazamiento. En los casos a que se refiere este artículo, no es necesario notificar al deudor del crédito pignorado, conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 7° de la Ley.

El mencionado artículo 6° establece que se podrá constituir prenda sobre los siguientes derechos y sus bienes asociados:

8.1. El derecho de concesión de obra pública constituido al amparo del D.F.L. N° 164, de 1991.

En este caso la prenda puede recaer:

- a) sobre cualquier pago comprometido por el Fisco a la sociedad concesionaria, a cualquier título en virtud del contrato de concesión; o

b) sobre los ingresos o flujos futuros que provengan de la explotación de la concesión.

En ambos casos, la prenda sólo podrá constituirse a favor de los financistas de la obra o de su explotación o en la emisión de títulos de deuda de la sociedad concesionaria. Entendemos que esto último refiere a los "bonos de infraestructura", destinados a ser adquiridos por inversionistas institucionales –como las administradoras de fondos de pensiones- en que la garantía prendaria es un incentivo de inversión. Entendemos, asimismo, que la prenda debe recaer sobre bienes de la sociedad concesionaria y lo que goza de la garantía es precisamente, el pago del bono antes aludido.

8.2. El derecho de concesión portuaria constituido al amparo de la Ley N° 19.542.

En este caso la prenda puede recaer:

- a) sobre los bienes muebles de la sociedad concesionaria; o
- b) sobre los ingresos o flujos futuros que provengan de la explotación de la concesión.

En ambos casos, la prenda únicamente podrá tener como objeto garantizar las obligaciones financieras que la sociedad concesionaria contraiga para financiar el ejercicio, equipamiento y explotación de la concesión.

8.3. El derecho de concesión de construcción y explotación del subsuelo, constituido al amparo de la Ley N° 18.695.

En este caso la prenda puede recaer sobre la concesión misma y los bienes pertenecientes a la sociedad concesionaria, destinados a la explotación de la concesión (art. 37 de la Ley N° 18.695).

Esta prenda debe subinscribirse en el Registro Especial de Concesiones, a cargo del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

8.4. El derecho de concesión onerosa sobre bienes fiscales, constituido al amparo del artículo 61 del D.L. Nº 1.939 de 1977.

En este caso la prenda puede recaer:

- a) sobre el derecho que para el concesionario emane del contrato de concesión; o
- b) sobre los ingresos o flujos futuros que provengan de la explotación de la concesión.

En ambos casos, la prenda únicamente podrá constituirse para garantizar las obligaciones que se deriven directa o indirectamente de la ejecución del proyecto o de la concesión. Por mandato de la ley, esta prenda está sujeta a doble inscripción: (i) al margen de la inscripción exigida por el artículo 59 del D.L. 1.939 (en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces del lugar donde se encuentre el inmueble concesionado); y (ii) en el Registro Nacional de Prendas sin Desplazamiento creado por la nueva ley.

8.5. El derecho de explotación de concesiones de servicios sanitarios, constituido en los términos de los artículos 7º y 32 de la Ley General de Servicios Sanitarios.

En este caso la prenda puede recaer:

- a) sobre los derechos emanados del contrato de transferencia del derecho de explotación; o
- b) sobre los ingresos o flujos futuros que provengan de la explotación de la concesión.

Al igual que en el caso anterior, esta prenda está sujeta a doble inscripción: (i) en el Registro que al afecto lleva la Superintendencia de Servicios Sanitarios; y (ii) en el Registro Nacional de Prendas sin Desplazamiento creado por la Ley Nº 20.190.

8.6. Los derechos que para el participante emanen del contrato de participación regulado por la Ley Nº 19.865.

La citada ley regula el "Financiamiento Urbano Compartido" y la prenda procede en los siguientes casos:

- a) cuando la obligación del participante comprenda la ejecución, operación o mantención total o parcial de la obra; o
- b) que su retribución consista en la explotación total o parcial de la obra por un período de tiempo determinado; o
- c) los bienes muebles de propiedad del participante; o
- d) los ingresos o flujos futuros que provengan del derecho de explotación antedicho.

En todos los casos, la prenda únicamente podrá constituirse para garantizar las obligaciones financieras que el participante contraiga para financiar la ejecución, operación, mantención y explotación de la obra.

8.7. Los derechos emanados del contrato de concesión de recintos o instalaciones deportivas del Instituto Nacional del Deporte de Chile, constituido al amparo de los artículos 55 a 61 de la Ley Nº 19.712.

En este caso se requiere de autorización previa del señalado Instituto para poder constituir la prenda y ésta sólo pueda garantizar las obligaciones que se deriven directa o indirectamente de la ejecución del proyecto de concesión.

8.8. Todos aquellos derechos de concesión que según las leyes bajo las cuales se regulan, sean susceptibles de ser prendados.

Aquí el legislador se limitó a hacer una declaración inocua, en orden a que cualquier derecho de concesión puede ser constituido en prenda, si la ley que lo regula así lo permite, señalando además que en tal caso se aplican los requisitos establecidos en la ley respectiva, no siendo aplicable a tales derechos, las normas de la nueva ley.

9. Prenda sobre valores desmaterializados

El inciso primero del artículo 8º de la Ley de Prenda dispone que "Los valores emitidos sin impresión física del título que los evidencie, podrán ser prendados bajo las

disposiciones de la presente ley, en cuyo caso la prenda deberá anotarse en el registro de anotaciones en cuenta que se lleve para estos efectos".

A diferencia de los derechos no escriturados a los que nos referimos anteriormente en este trabajo, en los valores desmaterializados hay una supresión voluntaria del título material o físico del derecho, operando en consecuencia, el reemplazo de un objeto físico –el título– por signos electrónicos que son almacenados en la memoria de un computador que a su vez hace las veces de registro desde el cual se puede imprimir los datos necesarios tendientes a identificar el valor respectivo y su propietario.

La nueva ley no establece ninguna forma especial de constitución de esta prenda; sólo se limita a señalar que ésta debe anotarse en el "registro de anotaciones en cuenta", esto es, en un archivo electrónico especial que el emisor deberá llevar para estos efectos y que además, se deberá inscribir en el Registro de Prenda sin Desplazamiento creado por la ley.

Este tipo de prenda sirve especialmente para dar en garantía los documentos de inversión electrónicos que algunos bancos ofrecen a sus clientes, los que hasta ahora sólo pueden constituirse en prenda mercantil – previa impresión y firma por los contratantes, de la certificación de los datos de la inversión -, con las limitantes de la prenda citada: la de no admitir cláusula de garantía general y la de exigir la entrega del bien prendado.

El inciso segundo de este artículo se refiere a la prenda de los valores depositados en una empresa de depósito de valores constituida de acuerdo a la Ley N° 18.875, señalando escuetamente que el respectivo acreedor prendario "podrá solicitar la anotación de la prenda directamente a dicha empresa". Ello, además de la obligación de inscribir la prenda en el Registro creado por la nueva ley.

La prenda a que se refiere este inciso 2º en comento, es bastante restringida. Ello, por cuanto el artículo 2º de la Ley N° 18.875 establece que sólo pueden tener el carácter de depositantes, las siguientes entidades: a) El Fisco de Chile, b) La Corporación de Fomento de la Producción; c) Los agentes de valores; d) Los corredores de bolsa; e) Las bolsas de valores; f) Los bancos, sociedades financieras y demás instituciones autorizadas para operar en Chile; g) Las administradoras de fondos mutuos; h) Las administradoras de fondos de pensiones; i) Las compañías de seguros y de reaseguros establecidas en Chile; j) Las administradoras de Fondos de Inversión; k) Las administradoras de Fondos de Inversión de Capital Extranjero o su representante legal, si corresponde; l) Las administradoras de Fondos para la Vivienda, y m) Las demás que autorice la empresa.

A su vez, conforme al artículo 14 de la Ley N° 18.875 es "el depositante", esto es, alguna de las entidades antes nombradas, la que puede constituir prendas y derechos reales sobre los valores que tenga depositados, en los mismos casos en que podría hacerlo si no estuvieren en depósito.

La nueva ley no excepciona a la prenda sobre estos valores, de cumplir con los requisitos establecidos en la Ley N° 18.875 y por tanto, esta prenda deberá cumplir con las formalidades exigidas por ambos cuerpos legales, esto es, debe ser notificada a la empresa de depósito mediante notario³⁴ (art. 14, Ley N° 18.875) y a su vez, conforme a lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley de Prenda, se debe anotar "una referencia del contrato de prenda al margen de la inscripción correspondiente". En definitiva, lo anterior obliga a cumplir primeramente con la exigencia de la Ley N° 18.875, para luego requerir la anotación referencial ordenada por la Ley de Prenda. En esta materia, estimamos que el legislador debió dejar idénticas ambas inscripciones, de manera de

³⁴ El inciso 5º de la Ley N° 18.875 señala textualmente: "Cualquiera que sea la clase de prenda o de derecho real, no será oponible a la empresa de depósito ni a terceros, mientras no haya sido notificada a esa empresa por un notario, sin perjuicio de las demás formalidades que procedan de acuerdo a la ley."

permitir su simultaneidad. Es un aspecto no menor, toda vez que la omisión de estos requisitos acarrea la inoponibilidad de la prenda.

10. Bienes Futuros

El artículo 9 de la Ley de Prenda se refiere al contrato de prenda sobre bienes o derechos futuros señalando que éste es válido pero que la adquisición del derecho real de prenda se adquirirá una vez que llegue tales bienes y derechos existan y en todo caso, desde la fecha de su inscripción en el Registro creado por la nueva ley.

De la redacción del precepto anterior, se desprende que mientras los bienes y derechos empeñados no existan, el contrato de prenda sólo genera obligaciones de carácter personal entre los contratantes.

¿Qué se entiende por bienes futuros? No existe definición legal de esta expresión y de otro lado, son muy pocos los textos legales que la han empleado. El 1461 del Código Civil establece que "No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sin las que se espera que existan", norma que ha servido para definir de dicha manera, las cosas futuras: las que se espera que existan. En el Código Civil, sólo existen dos disposiciones que se refieren textualmente a los bienes futuros: aquella que impide efectuar donaciones a título universal sobre bienes futuros (art. 1409 del Código Civil) y el artículo 2419 del mismo Código, que contiene una regla similar a la establecida por la nueva Ley de Prenda.

a) Efectos de la prenda sobre bienes futuros:

Como se señaló anteriormente, la prenda sobre bienes y/o derechos futuros no tiene la virtud de hacer nacer el derecho real de prenda, sino hasta que tales bienes y derechos existan, siendo necesario en este evento, que la prenda sea inscrita en

conformidad a la ley. Aplicando por analogía las normas sobre la compraventa de bienes futuros (art. 1813 del Código Civil), la prenda sobre bienes futuros se debe entender constituida bajo la condición que lleguen a existir los bienes y/o derechos pignorados.

Mientras no existan los bienes y/o derechos prendados, del contrato de prenda –que la nueva ley declara expresamente válido-, sólo se originan derechos personales para las partes. ¿Qué ocurre si llega a ser incuestionable que tales bienes y/o derechos no van a existir? Aplicando las reglas de la condición suspensiva fallida, es indudable que el derecho real de prenda no alcanza a nacer, no obstante que el contrato de prenda será válido, lo que habilitará a las partes para ejercer los derechos que de él emanen.

b) Situación de los inmuebles por destinación o adherencia:

El artículo 14 de la Ley de Prenda establece en su inciso primero que "La prenda sobre las cosas que la ley reputa como inmuebles por destinación o adherencia no tendrá otro efecto que ser una prenda sobre bienes futuros. En consecuencia, se le aplicarán las reglas del artículo 9° anterior, ente ndiéndose que las cosas llegan a existir cuando son separadas del inmueble al que acceden o cesa la afectación a un predio, por la voluntad o el hecho de su dueño y el consentimiento del acreedor hipotecario, si fuere el caso".

De acuerdo al texto anterior, la prenda sobre esta clase de bienes, es una prenda sobre bienes futuros, en las cuales la condición de existencia de los bienes prendados se materializa *cuando* -los bienes prendados- son separadas del inmueble al que acceden, hipótesis aplicable a los bienes inmuebles por adherencia ó cuando cesa la afectación –de los bienes prendados- a un predio, por la voluntad o el hecho de su dueño.

Inmuebles por adherencia:

Los inmuebles por adherencia o por incorporación son aquellas cosas que adhieren permanentemente a las que no pueden transportarse de un lugar a otro³⁵ y están tratados en el artículo 569 del Código Civil que señala que "Las plantas son inmuebles, mientras adhieran al suelo por sus raíces, a menos que estén en macetas o cajones, que puedan transportarse de un lugar a otro". De otro lado, el artículo 568 inciso primero se refiere a estos inmuebles exigiendo una adherencia permanente al suelo.

De la interpretación armónica de las dos disposiciones antes citadas, la doctrina nacional ha dicho que "Para que una cosa se califique de inmueble por adherencia la ley sólo exige que adhiera permanentemente a un bien raíz, esto es, que haya una incorporación estable, íntima y fija y no una mera adherencia exterior"³⁶. Este requisito se cumple respecto de los durmientes y rieles, puentes, líneas telefónicas subterráneos, hornos y todo tipo de maquinaria empotradas a un inmueble y naturalmente, los árboles, plantas y en general todos los vegetales, excepto los plantados en macetas y cajones y más modernamente, los que provienen de cultivo hidropónico.

Inmuebles por destinación:

Según Vodanovic³⁷, se llaman inmuebles por destinación las cosas muebles que la ley reputa inmuebles por una ficción, como consecuencia de estar destinadas permanentemente al uso, cultivo o beneficio de un inmueble. El artículo 570 del Código Civil se refiere a estos inmuebles, ilustrando la figura con diversos ejemplos de inmuebles por destinación, tales como los utensilios de labranza, los animales destinados al cultivo o beneficio de un predio, las prensas, calderas, etc. formen parte de un establecimiento industrial. Lo medular para estar en presencia de un inmueble

³⁵ Definición de don Luis Claro Solar, citada por don Antonio Vodanovic en el Libro "Los Bienes y los Derechos Reales", basado en las clases de Alessandri y Somarriva, Edit. Nascimento, 1974, pág. 20.

³⁶ Vodanovic, De los Bienes y los Derechos Reales, pág. 22.

por destinación, es que la afectación, esto es, que el bien mueble respectivo esté puesto en un inmueble en interés del inmueble mismo³⁸, esto es, para su uso, cultivo y beneficio. En este orden de ideas, los animales de labranza son inmuebles por destinación, pero no así, los que corresponden a un predio ganadero, pues a su respecto falta la necesaria afectación.

La distinción entre inmuebles por adherencia, inmuebles por destinación y simplemente muebles, puede ser sutil en algunos casos y dependerá de las circunstancias de hecho para decidir si estamos en presencia de uno u otro u otro caso.

Como se señaló anteriormente, la Ley de Prenda entiende que la garantía constituida sobre los inmuebles por destinación o adherencia es una prenda sobre bienes futuros, cuya condición de existencia es la separación en el primer caso, y la desafectación en el segundo. De acuerdo a la redacción del precepto, se requiere de un hecho material –la separación– en el primer caso, y de un hecho jurídico -voluntad o hecho de su dueño– en el segundo. Esta norma está en contradicción con el artículo 571 del Código Civil que reputa muebles esta clase de bienes aun antes de su separación, para el efecto de constituir un derecho sobre dichos productos o cosas a otra persona distinta que el dueño.

Entonces ¿cuándo cesa la calidad de prenda futura? Dado que la Ley de Prenda es especial y posterior al Código Civil, estimamos que en el caso de los inmuebles por adherencia la condición de existencia se entenderá cumplida una vez efectuada materialmente la separación de los bienes, esto es, aquella debe ser real. En el caso de los bienes inmuebles por destinación, nuestro legislador se inclinó por la teoría de don Luis Claro Solar³⁹, en orden a que sólo el propietario puede decidir la

³⁷ Vodanovic, De los Bienes y los Derechos Reales, pág. 25.

³⁸ Vodanovic, De los Bienes y los Derechos Reales, pág. 26

³⁹ Vodanovic, De los Bienes y los Derechos Reales, pág. 39

desafectación de un inmueble por destinación. En esta misma línea de pensamiento, se ha fallado que la calidad de inmueble por destinación puede ser alterada total o parcialmente por la sola voluntad del dueño.⁴⁰

En mérito de lo antes expuesto, la prenda sobre bienes inmuebles por adherencia se entenderá perfeccionada una vez separados los bienes prendados del inmueble al que acceden. Si la prenda ya estaba inscrita en el Registro Nacional de Prenda, será al menos recomendable una declaración posterior de las partes dando cuenta de la separación, de la que se deberá tomar nota en la inscripción original. A falta de dicha declaración, será una cuestión de hecho determinar cuándo se produjo la separación y por tanto el perfeccionamiento del contrato de prenda. En todo caso, separado que sea el bien prendado, la prenda se entenderá constituida con todos sus atributos, desde la fecha de la inscripción.

En el caso de la prenda sobre bienes inmuebles por destinación, la solución es bastante más simple; basta que el dueño de los bienes manifieste su voluntad de desafectar los bienes prendados, para que éstos pierdan la calidad de inmuebles por destinación. Lo normal será que la voluntad de desafectación sea prestada por el constituyente en el mismo contrato de prenda de manera que, a menos que existan hipotecas de por medio, esta prenda está destinada a nacer pura y simplemente.

c) Coexistencia de prenda e hipoteca:

Ya sea que la prenda recaiga en bienes inmuebles por adherencia o por destinación, el artículo 14 de la nueva Ley de Prenda se pone en el caso que el inmueble por naturaleza al que acceden los bienes pignorados, reconozcan una o más hipotecas a favor de terceros. En este caso, adicionalmente a la separación y/o desafectación del bien prendado, la ley exige el consentimiento del acreedor hipotecario. Sin dicho consentimiento, la prenda constituida seguirá afecta a la regla

⁴⁰ Idem anterior. Nota: no encontramos sentencias más actuales que se refieran a este punto en particular.

dada para los bienes futuros, aun cuando se hubiere materializado la separación o desafectación, según sea el caso, pues éstos y el consentimiento del acreedor hipotecario, son requisitos copulativos.

La necesaria concurrencia del consentimiento del acreedor hipotecario impide que el dueño de las especies pignoradas las empeñe en perjuicio o con fraude al acreedor hipotecario y de otro lado, "tiene gran importancia, pues viene a solucionar un conflicto de intereses que podría suscitarse entre el acreedor prendario y el acreedor hipotecario"⁴¹. Con esta solución, según el profesor Orrego, se refuerzan los alcances del artículo 2420 del Código Civil, relativo a los inmuebles por destinación, que reza: "La hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles según el artículo 570, pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros".

El consentimiento del acreedor hipotecario en los términos arriba señalados, supone que la hipoteca fue constituida con anterioridad a la prenda. La situación inversa, esto es, que la prenda sea anterior a la hipoteca está tratada en el inciso 2º del artículo 14 de la Ley de Prenda. En este caso, el legislador ha dictado dos reglas importantísimas, a saber:

- la prenda constituida sobre bienes corporales muebles que posteriormente se transforman en inmuebles por destinación o adherencia, subsiste sin que sea necesario el acuerdo del acreedor hipotecario, pero para gozar de preferencia sobre la hipoteca, debe inscribirse al margen de la inscripción hipotecaria.
- la falta de la anotación marginal anterior, no sólo priva al acreedor prendario de la respectiva preferencia, sino que produce el efecto de purgar la prenda, sin necesidad de notificación, en el evento de ejecución de la garantía hipotecaria.

Por lo pronto, las reglas anteriores en mi opinión, constituyen un resabio de proteccionismo a la propiedad inmobiliaria, esta vez de la mano del acreedor

⁴¹ Orrego, pág. 444.

hipotecario, que en la actualidad no tiene justificación alguna, menos en una ley dictada en el contexto de la segunda reforma al mercado de capitales. De hecho, constituye un retroceso con relación a la solución que contempla la ley de prenda agraria, cuyo artículo 4º dispone que "Para constituir prenda agraria sobre las cosas inmuebles por destinación o naturaleza, señaladas en el artículo 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". En verdad, no es fácil conciliar los intereses del acreedor prendario con las del hipotecario. En mi opinión, la nueva reglamentación debió tratar de amparar a ambos acreedores y por tanto, resultó ser necesario: (a) establecer la obligación del constituyente de informar al acreedor hipotecario acerca de la existencia previa de la prenda, penalizando la falta de veracidad en esta materia, dado su importancia; (b) eliminar la exigencia de la inscripción prevista en el inciso 2º del artículo 14 de la Ley de Prenda y en su lugar, exigir que la inscripción se hubiese practicado al margen de la inscripción de dominio del inmueble respectivo, como lo indicamos más adelante; y (c) establecer la notificación obligatoria al acreedor prendario, en caso de ejecución del inmueble al que adhieren o están destinados los bienes prendados; y (d) establecer como única opción posible para el acreedor prendario, la de pagar su crédito con el producto del remate, a diferencia de la regla establecida en el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, que permite al acreedor hipotecario optar por mantener la hipoteca o por ser pagado con el producto del remate, en el evento que el crédito respectivo se encuentre vigente. Ello, con miras a hacer posible la ejecución de las garantías.

Dicho lo anterior, es necesario determinar en qué casos podría ocurrir la hipótesis prevista por el legislador, esto es, que los bienes muebles pignorados se transformen en inmuebles por destinación o adherencia.

Se trata ciertamente de una cuestión de hecho, pues así se ha fallado repetidamente por nuestros tribunales. La Corte Suprema manifestó "que para resolver sobre la naturaleza jurídica de una cosa que si bien por naturaleza es mueble, pero

que por decisión del hombre se incorpora o une a un inmueble, lo determinante son las circunstancias en que de dicha reunión se produce. Así el Código Civil en su artículo 568 hace referencia a la permanencia de la adhesión, el artículo 570 indica que la destinación sea permanente, el artículo 572 dispone que formen un mismo cuerpo y el artículo 573 está a la intención con que se produce la separación, aspecto que, como lo ha sostenido la jurisprudencia reiterada de esta Corte Suprema es una cuestión de hecho, y en el presente caso los sentenciadores de la instancia dieron por establecido que el tablero electrónico marcador de goles se unió al edificio del Estadio Nacional, con el cual forman un solo todo, por lo que concurre el presupuesto de la ficción jurídica, que permite reputar inmueble al mueble anexado a aquel en forma permanente".⁴²

Conforme a lo antes señalado, la prenda constituida sobre maquinarias o sobre animales podría verse afectada si su dueño empotra o incrusta la maquinaria a un bien raíz o si el caballo de carreras prendado es destinado para el arado de un predio. En estos ejemplos, el acreedor prendario no tiene resguardo contra los cambios que con posterioridad a la constitución de la prenda efectúe el deudor, salvo las acciones personales originadas en la infracción del contrato de prenda, que sobre esta materia se hubiesen pactado. Si la prenda fue constituida por un tercero, la desprotección del acreedor prendario es mayor.

En fin, el inciso 2º del artículo 14 de la nueva ley consagra la validez de la prenda constituida sobre los bienes muebles ya señalados, pero el derecho real de prenda adquirido erga omnes antes de la aparición del acreedor hipotecario, se ve limitado si el acreedor prendario no anota su prenda al margen de la inscripción hipotecaria: no puede hacer valer la preferencia prendaria frente al acreedor hipotecario y por otro lado, éste último puede ejecutar su garantía -prenda incluida –

⁴² Corte Suprema, sentencia de casación de fecha 13 de Enero de 1997 recaída en tercería interpuesta por el Fisco, en juicio ejecutivo "Banco del Estado de Chile; con Sociedad de Publicidad y Servicios Ltda."; disponible en Legalpublishing.cl, visitado el 5-9-2008.

sin necesidad de notificar al acreedor prendario, dejando a éste en la más completa indefensión, según lo ilustramos anteriormente. Sin perjuicio de nuestra crítica anterior, creemos que el legislador debió exigir que la prenda fuese inscrita al margen de la inscripción de dominio del predio respectivo, a fin de noticiar de esta forma al futuro acreedor hipotecario de la existencia de la prenda, debiendo éste soportar la carga de dar cuenta de su hipoteca al acreedor prendario. No parece lógico que el acreedor prendario deba estar adivinando la existencia de una hipoteca posterior a su garantía, para poder cumplir con la inscripción ordenada por la ley. En el mismo sentido se pronuncia el profesor Orrego, al señalar que "No exige la ley que al momento de constituir la hipoteca, se notifique al acreedor prendario, de manera que éste ha de asumir la iniciativa de verificar, cada cierto tiempo, si el predio soporta o no hipotecas, y en caso afirmativo, deberá requerir al Conservador de Bienes Raíces competente que practique la correspondiente anotación al margen de la inscripción hipotecaria".⁴³

En definitiva, tratándose de bienes inmuebles por destinación o adherencia, la nueva legislación privilegió la situación de los acreedores hipotecarios y por tanto la situación es la siguiente:

- a) para constituir prenda sobre estos bienes después de constituida una hipoteca sobre el bien raíz al que acceden tales bienes, se requiere del consentimiento del acreedor hipotecario;
- b) si la prenda se constituyó antes de la hipoteca sobre bienes muebles que con posterioridad adquieren la calidad de inmuebles por destinación o adherencia, el acreedor prendario debe hacer anotar su prenda al margen de la inscripción hipotecaria para poder gozar de preferencia frente al acreedor hipotecario y para que éste se encuentre obligado a notificarlo, en el evento de ejecución de la garantía hipotecaria, situación que veremos con más detalle en la Segunda Parte de este trabajo.

⁴³ Orrego, Op. Cit..., pág. 444

d) Situación de las cosechas y siembras:

Antes de la dictación de la nueva Ley de Prenda, había que distinguir el estado en que se encontraban las cosechas y siembras para saber si ellas eran susceptibles de ser prendadas. Si el objeto de la prenda era la cosecha o siembra "del año", aquellas admitían ser prendadas en virtud de la Ley de Prenda Agraria o bien, con sujeción a las normas de la prenda sin desplazamiento de la Ley N° 18.112. Por el contrario, si la prenda se refería a las cosechas y siembras de los años venideros, el contrato habría estado viciado por falta de objeto y por tanto, susceptible de ser declarado nulo de nulidad absoluta, por cuanto las normas de ninguna de las prendas existentes admitía preñar cosas futuras.

En el mismo sentido anterior se pronuncia la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, entidad que a propósito de las garantías que sirven para ampliar los límites de crédito, señala que "Indudablemente, los productos que aún no han sido sembrados no son bienes corporales. Ellos, específicamente, pueden ser bienes futuros, que no tienen una existencia real en el momento de constituirse la relación jurídica, pero que se espera racionalmente que la tengan en un tiempo ulterior, pudiendo constituirse sobre ellos Prenda Agraria (Ley N°4.097) o Prenda sin desplazamiento (Ley N° 18.112). En el párrafo siguiente agrega que Según lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley N°4.097, tratándose de semillas o frutos de cualquier naturaleza, la prenda agraria debe recaer sobre aquellos que se encuentren cosechados o pendientes. Asimismo, según se infiere de los artículos 3° y 4° de la Ley N° 18.112, en igual estado deben encontrarse los frutos o productos sobre los cuales debe recaer la prenda sin desplazamiento⁴⁴.

⁴⁴ Título III N° 6 del Capítulo 12-3, "Límites individuales de crédito y garantías del art. 84 N° 1 Ley General de Bancos", de la Recopilación Actualizada de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras. Nota: esta reglamentación no ha cambiado, habrá que esperar la opinión de esta entidad una vez que entre en vigencia la nueva Ley de Prenda sin Desplazamiento.

En sentido contrario, esto es, aceptando la validez de la prenda sobre cosechas futuras, existen dos autores: el profesor Arturo Prado Puga y el profesor Lorenzo de la Maza. La doctrina sustentada por ambos se funda en el artículo 3º de la Ley 18.112 que en lo pertinente, dice que el contrato de prenda debe contener, a lo menos, la calidad y cantidad de matas o semillas sembradas y tiempo de producción, si se trata de frutas y cosechas.

La opinión de los profesores antes nombrados se encuentra en el artículo publicado en la Gaceta Jurídica Nº 160, en el cual don Arturo Prado⁴⁵ comenta un informe redactado por el profesor Lorenzo de la Maza, quien sostiene que: "Puede constituirse prenda, en cambio, respecto de los productos de los inmuebles, sean yerbas o productos hortícolas, maderas o frutos de los árboles y sementeras o plantaciones en cualquier estado de desarrollo, porque son muebles corporales por anticipación (art. 571 del Código Civil). La ley habla de "toda clase" de bienes corporales muebles". La norma anterior sirve de base al profesor de la Maza para afirmar que "Por tanto, no existe duda acerca de la validez jurídica y legal de la prenda sin desplazamiento sobre las producciones futuras de frutas de un predio determinado, ya sea del próximo año o de los próximos dos, tres, cuatro o hasta más años". En este mismo artículo se cita una opinión técnica⁴⁶ que explica cuándo comienza el proceso de nacimiento de la fruta, lo que marcaría la diferencia entre cosecha actual y cosecha futura.

Con la nueva Ley de Prenda no cabe duda que la prenda sobre siembras y cosechas futuras es válida, aplicándose a su respecto las normas sobre bienes futuros comentadas anteriormente y más específicamente, las relativas a los inmuebles por destinación o adherencia, si éstos y el predio al que acceden son del mismo dueño. Si

⁴⁵ "El Contrato de Prenda sin Desplazamiento sobre Cosechas o Frutas Futuras", Arturo Prado Puga en sección Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios de la Gaceta Jurídica Nº160.

⁴⁶ Informe citado en el artículo anterior, realizado en Julio de 1993 por don José Antonio Yuri, a la sazón Director de la Escuela de Agronomía de la Universidad de Talca.

la cosecha y/o plantaciones que se van a preñar se encuentran en predio arrendado, el contrato de preña se regirá únicamente por el artículo 9º de la ley.

Tratándose de cosechas o siembras actuales, la preña respectiva no presenta ninguna particularidad y se regirá por tanto, por las normas relativas a los bienes muebles propiamente tales o por las relativas a los inmuebles por destinación o adherencia, si la preña se constituye antes de la separación o desafectación, en conformidad a las normas ya comentadas.

11. Inventarios

El artículo 11 de la Ley se refiere a la preña que ha sido denominada como "preña rotativa" por la doctrina y que recae sobre "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".

De acuerdo a la redacción del artículo, la designación de los bienes es meramente ejemplar; cualquier conjunto de bienes de una misma clase o que pueda ser calificado como universalidad de hecho es susceptible de ser preñado en conformidad a la nueva ley.

A diferencia de lo que ocurre en la Ley N° 18.112, la nueva ley establece que los componentes del conjunto preñado "podrán ser utilizados, reemplazados, transformados o enajenados, en todo o en parte, salvo pacto en contrario". El artículo 6º de la Ley 18.112 establece precisamente lo contrario: su transformación y disposición está prohibida, salvo que concurra el consentimiento previo y por escrito del acreedor. De esta manera, según el profesor Orrego, "el dueño de las especies pignoras conserva la facultad de disposición sobre ellas, tanto material, cuanto

jurídica, a menos que hubiere estipulado una prohibición con el acreedor prendario".⁴⁷ En contrapartida a esta regla, el inciso 2º del artículo 11 dispone que "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". Esta "prenda legal" ya estaba contemplada en la Ley de Prenda Industrial, cuyo artículo 25 dispone que "La prenda establecida sobre la materia prima, quedará ipso jure constituida sobre el producto elaborado, tan pronto aquélla fuere elaborada o manufacturada"

En materia de subrogación de los bienes prendados, el legislador no hizo mayores innovaciones. Al igual que en la Ley 18.112, se establece que "Aquellos componentes que salgan de la universalidad o grupo de bienes empeñados quedarán subrogados por los que posteriormente lo integren, hasta la concurrencia del total constituido en prenda".

Aparte de la diferencia anotada a propósito de los bienes transformados, la segunda disimilitud entre ambas leyes de prenda, es la relativa al valor del conjunto empeñado. En la Ley 18.112, dicho valor constituye una de las menciones obligatorias del contrato de prenda⁴⁸. La nueva Ley en cambio, da a las partes la posibilidad de no asignarle valor mediante acuerdo expreso. Agrega la norma que si las partes deciden no indicar el valor del conjunto empeñado, no será aplicable el artículo 1496 N° 2 del Código Civil, esto es, el acreedor no podrá exigir anticipadamente el pago de la deuda aduciendo que la garantía ha disminuido su valor. También en este caso, la ley obliga a "señalar las particularidades tendientes a individualizar los bienes prendados", exigencia que resulta ser de toda lógica si las partes optaron por omitir el valor del

⁴⁷ Op. Cit., pág. 441.

⁴⁸ El artículo 3º de la Ley N° 18.112 dispone: "El contrato de prenda debe contener, a lo menos, las siguientes menciones: d) El valor del conjunto de los bienes sobre que recaiga la prenda, en los casos del inciso primero del artículo 6º".

conjunto prendado: la determinación debe estar en la singularización de la cosa prendada o en su valor, pero no puede estar ausente en ambas.

12. Mercaderías en tránsito

Esta materia se encuentra regulada por el artículo 10 de la Ley de Prenda que señala: "Las cosas que no han llegado al país podrán ser empeñadas, siempre que el constituyente de la prenda sea el titular del conocimiento de embarque, guía aérea, carta de porte o documento que haga las veces de cualquiera de los anteriores, conforme a las normas que regulan la circulación de tales documentos".

Tal como lo indica la norma transcrita, sólo el titular de los documentos indicados puede constituir la prenda, toda vez que además de constituir la prueba del contrato de transporte y del recibo de la mercadería a bordo, sirve como título representativo de la propiedad de la mercadería objeto del transporte.

El artículo 40 de la Ley se pone en el caso que la importación de las mercaderías en tránsito haya sido financiada con carta de crédito bancaria, en cuyo caso los documentos antes señalados serán emitidos a nombre del banco que intervino en la operación y por tanto, éste y no el comprador, aparecerá como titular. En este caso, el citado artículo permite a dicho comprador constituir la prenda "siempre que pueda acreditar que según la documentación en poder del acreedor es el destinatario de las mercaderías". También es aplicable esta norma en todos aquellos casos en que la importación se efectúa a través de terceros que actúan por cuenta del deudor, pero a nombre propio.

Este mismo artículo establece un derecho legal de retención a favor de los beneficiarios de los documentos señalados en el artículo 10, "que hayan pagado o que se hayan obligado a pagar por cuenta o en interés de un tercero, todo o parte del valor

de las mercaderías a que esos documentos se refieren". Más adelante volveremos sobre este aspecto.

13. Confusión de bienes prendados a distintos acreedores

El artículo 12 de la Ley de Prenda contempla una situación bastante especial: la confusión de bienes prendados a distintos acreedores, pero de propiedad del mismo deudor.

El precepto dispone que "En caso que dos o más bienes prendados se confundieren, mezclaren o transformaren en uno indivisible o que su división causare detrimento en el valor de la cosa, los acreedores prendarios mantendrán sus derechos en el bien resultante a prorrata de sus créditos, sin preferirse por la antigüedad de sus cauciones". La solución dada por el legislador en esta materia, es igual a la que contempla el Código Civil a propósito de la mezcla, aún cuando se trate de situaciones no comparables: el inciso 1º del artículo 663 señala que "Si se forma una cosa por mezcla de materias áridas o líquidas, pertenecientes a diferentes dueños, no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por la otra, el dominio de la cosa pertenecerá a dichos dueños proindiviso, a prorrata del valor de la materia que a cada uno pertenezca."

Apartándose de la regla general contenida en el artículo 16 que establece la preferencia cronológica entre las diversas prendas, en caso de confusión, mezcla o transformación, el legislador optó por establecer que cada acreedor mantendrá sus derechos a prorrata de sus créditos, sin preferirse entre ellos.

La aplicación práctica de esta disposición dirá si esta solución es conveniente o no lo es, pues por ejemplo, el legislador no se puso en el caso que con ocasión de la confusión, disminuya el valor del bien resultante. Estimo que en este caso, el acreedor

tendrá el derecho previsto en el artículo 1496 N° 2, esto es, podrá exigir el cumplimiento anticipado de la obligación, a menos que el deudor mejore la garantía.

14. Prenda sobre cosa ajena

La prenda sobre cosa ajena está tratada expresamente en la prenda civil, en la prenda sin desplazamiento de la ley 18.112 y en la prenda industrial.

En el primer caso, los artículos 2390 y 2391 del Código Civil otorgan validez al contrato de prenda, regulando de manera diferente sus efectos, atendiendo a si el acreedor ha tenido o no conocimiento que la cosa no era del constituyente. Si éste no reclama el dominio de las especies pignoras en tiempo oportuno, el acreedor prendario podrá llegar a adquirir el derecho real de prenda por prescripción, conforme a las reglas generales.

En el caso de la prenda sin desplazamiento de la ley 18.112, el artículo 11 dispone en su inciso 1º que "Si el constituyente de la prenda no es dueño de la cosa sobre la que recae, el contrato es válido, pero no se adquiere el derecho real de prenda". El precepto agrega que "si el constituyente adquiere después el dominio de la cosa o el dueño ratificare el correspondiente contrato, se entenderá constituido el derecho real de prenda desde la fecha de su tradición". Finalmente, establece que sólo el dueño podrá invocar la inexistencia del derecho real de prenda.

En el caso de la prenda industrial la prenda de cosa ajena está regulada desde la perspectiva penal, al señalar el artículo 49 de la ley respectiva que "El deudor que disponga de las cosas empeñadas como si no reconocieren gravamen o que constituya prenda sobre bienes ajenos como propios, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio a máximo".

En la nueva ley, la prenda sobre cosa ajena está regulada en el artículo 13, el que salvo algunos cambios semánticos, contiene la misma disposición de la ley 18.112.

Conforme a ello, la prenda sobre cosa ajena es válida, no obstante lo cual el acreedor no adquiere el derecho real de prenda. Esta disposición es acorde con las reglas generales en materia de tradición de derechos reales contenida en el artículo 682 del Código Civil, en cuya virtud nadie puede transferir más derechos de los que tiene y por tanto, si el constituyente ni es dueño de las especies pignoradas, mal podría transferir el derecho real respectivo. Por la misma razón, el precepto señala que el dueño "podrá alegar la inexistencia del derecho real de prenda". Por el contrario, el deudor del crédito prendado, no puede valerse de la "inexistencia" anterior, para eludir el cumplimiento de la obligación caucionada, pues tal derecho la ley sólo lo ha concedido al dueño.

Siguiendo las mismas reglas de la tradición, esta disposición establece que "Si el constituyente adquiriere el dominio de la cosa o el dueño ratificare el correspondiente contrato de prenda, se entenderá constituido el derecho real de prenda desde la fecha de su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento". La adquisición posterior del dominio sobre los bienes prendados o la ratificación de la prenda producen efecto retroactivo, esto es, el derecho real de prenda se entenderá constituido desde la fecha de su inscripción en el Registro indicado.

La nueva Ley de Prenda guarda silencio respecto de la posibilidad de adquirir el derecho real de prenda por prescripción. En aplicación de las normas generales (artículo 2498 del Código Civil), creemos que es perfectamente posible que el acreedor pueda adquirir el derecho real de prenda por prescripción. Lo mismo sostiene el profesor Orrego⁴⁹, al señalar que "no se divisa ninguna razón para sostener que este modo de adquirir no puede operar en este caso".

⁴⁹ Orrego, Op. Cit., pág. 443.

Por último, cabe señalar que aún cuando la ley otorga validez civil al contrato de prenda sobre cosa ajena, en materia penal podría dar origen a un delito, si se comprueba que existió ánimo de defraudación, de acuerdo a la norma contenida en el artículo 39 N° 1 de la Ley de Prenda.

- CAPÍTULO III - FORMALIDADES

De acuerdo a lo expresado por don Manuel Somarriva, el contrato de prenda puede ser "real o solemne, pero jamás consensual"⁵⁰. Mientras en las prendas con desplazamiento el perfeccionamiento del contrato se verifica por la entrega de la especie pignorada, en las prendas sin desplazamiento, aquél se materializa mediante el cumplimiento de ciertas formalidades. El cumplimiento de las solemnidades exigidas por la ley cumple la finalidad de hacer nacer el vínculo contractual entre el acreedor prendario y el constituyente del gravamen, esto es, se trata propiamente de solemnidades, puesto que han sido exigidas en consideración a la naturaleza del acto mismo y por tanto, su omisión acarrea la nulidad absoluta, aunque existen autores que sostienen que la omisión de este tipo de formalidad es sancionada con la inexistencia del acto o contrato respectivo.

Atendida la doble naturaleza de la prenda –contrato y derecho real– es necesario distinguir cuales son las formalidades inherentes al contrato y que son propiamente solemnidades y aquellas que se requieren para hacer nacer o constituir el derecho real de prenda, que es precisamente lo que otorga eficacia a la garantía.

En las antiguas prendas sin desplazamiento, -prenda industrial, prenda agraria y de cosas muebles vendidas a plazo-, las formalidades exigidas satisfacen la naturaleza solemne del contrato y a su vez, son requisito para constituir el derecho real de prenda, puesto que en tales casos el contrato de prenda debe ser otorgado por escritura pública o privada y posteriormente inscrito en los registros especiales llevados al afecto por el Conservador de Bienes Raíces. En el caso de la prenda de valores mobiliarios a favor de los Bancos, la prenda siempre es real, pues exige la entrega del título pignorado; sin embargo, dependiendo de la clase del valor mobiliario

⁵⁰ Somarriva, Op. Cit., pág. 242

que se empeña, la prenda puede ser real ó solemne y real al mismo tiempo: es real si se trata de títulos al portador o a la orden; es solemne y también real, tratándose de acciones nominativas de una sociedad anónima o en comandita. En este último caso, para el nacimiento del derecho real de prenda se exige que la prenda sea notificada mediante Notario Público, a la sociedad emisora de las acciones prendadas. En la práctica, esta notificación es practicada por la vía de anotar la prenda –a requerimiento del Notario– en el Libro de Accionistas de la sociedad emisora de las acciones.

Esta regla general –escritura e inscripción– que fue aplicada en las tres prendas sin desplazamiento antes mencionadas, se vio alterada con la dictación de la Ley 18.112, cuerpo legal que eliminó la inscripción, quedando como única solemnidad del contrato de prenda, el que éste sea celebrado por escritura pública. La eliminación del requisito de la inscripción en algún registro en la prenda regulada por la Ley 18.112 trajo aparejado el inconveniente de eliminar a su vez, la publicidad que implica el sistema registral y que resulta ser indispensable para hacer inoponible el gravamen frente a terceros. No obstante la importancia de ello, el legislador optó por exigir la publicación de un extracto de la escritura de prenda en el Diario Oficial como medida de publicidad, con lo cual la prenda perdió seguridad debido a que el conocimiento acerca de la existencia de prendas previas sobre un determinado bien, fue difícil al menos durante una buena parte de su vigencia. Hoy por hoy, a través de Internet, ese conocimiento resulta ser bastante más accesible. En todo caso, tratándose de vehículos motorizados y naves menores, adicionalmente a la publicación en el Diario Oficial, se estableció la obligación de anotar la prenda al margen de la respectiva inscripción de dominio, con lo cual la publicidad acerca de la existencia de la prenda reviste una mayor seguridad.

Como veremos a continuación, la nueva prenda vuelve -en cierto modo- a lo que fue la regla general en esta materia, pues a su respecto requiere escrituración e inscripción, pero precisando que la solemnidad del contrato de prenda únicamente es su escrituración, puesto que la inscripción en el Registro de Prendas creado por la

nueva ley tiene por finalidad efectuar la tradición del derecho real de prenda y publicitar el gravamen a terceros, de tal manera que sin ella, la prenda es inoponible a terceros.

1. Escrituración

El artículo 2 de la Ley de Prenda establece que "El contrato de prenda sin desplazamiento es solemne". A continuación, el precepto señala que "El contrato, su modificación y su alzamiento, deberán otorgarse por escritura pública o por instrumento privado", esto es, admite dos posibilidades:

- escritura pública; o
- instrumento privado. En este caso se requiere que las firmas de los otorgantes sean autorizadas por un notario y que el instrumento sea protocolizado en el registro del mismo notario que autorizó las firmas.

En el primer caso, el contrato de prenda quedará perfecto entre las partes desde la fecha de la escritura y en el segundo, desde la fecha de la protocolización. La norma reza que "En este caso, respecto de terceros la fecha del contrato será la de su protocolización",

De acuerdo al profesor Orrego, "Estamos ante una solemnidad propiamente tal, de aquellas exigidas por la ley en atención a la especie o naturaleza del contrato, cuya omisión trae como consecuencia que éste no produzca ningún efecto civil"⁵¹, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1443 del Código Civil.

Como se señaló anteriormente, la disposición contenida en el artículo 2º de la Ley de Prenda, establece que tanto el contrato de prenda como su modificación y su alzamiento deben ser otorgados por escritura pública o por instrumento privado.

⁵¹ Orrego, Op. Cit. Pág. 429

Creemos que ya se trate de modificaciones al contrato de prenda o de su alzamiento, éstas deben ser otorgadas en el mismo tipo de documento que el contrato de constitución de prenda; así, si la prenda fue documentada en escritura pública, su modificación y/o su alzamiento también debe ser otorgados por escritura pública. Ello, en aplicación del aforismo jurídico que establece que "las cosas de deshacen del mismo modo como se hacen".

2. Inscripción

En los párrafos previos indicamos que el legislador retomó la senda de las antiguas prendas sin desplazamiento existentes en nuestra legislación y determinó exigir la inscripción de la prenda, como requisito necesario para hacer nacer el derecho real de prenda. En efecto, el artículo 25 de la Ley dispone que "El derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento", agregando que "La prenda sólo será oponible a terceros a partir de esa fecha", con lo cual el legislador estableció que la inscripción cumplirá una doble función: será la única forma de efectuar la tradición del derecho real de prenda y a su vez, constituirá su formalidad a vía de publicidad. Lo novedoso de esta inscripción es que ella deberá ser practicada en virtud de antecedentes magnéticos o electrónicos, como veremos más adelante.

Si la prenda recae sobre bienes sujetos a inscripción obligatoria en otros registros, -como es el caso de los vehículos, de algunas prendas especiales y de los valores depositados en empresas de depósito de valores-, la prenda deberá inscribirse en tanto en el Registro de Prendas como en el registro especial que le corresponda, siendo ésta segunda inscripción una formalidad a vía de publicidad, cuyo incumplimiento produce el efecto de hacer inoponible la prenda frente a terceros.

3. Obligaciones y responsabilidades del Notario

El artículo 24 de la Ley se refiere al envío de la prenda al Registro de Prendas sin Desplazamiento, haciendo recaer esta obligación en el Notario ante quien se otorgó la escritura de prenda o se protocolizó el instrumento privado que la contiene, de acuerdo a las siguientes reglas:

- a) Plazo: el Notario dispone de 3 días hábiles, exceptuando los días sábado, para enviar los antecedentes al Registro de Prendas creado por la ley;
- b) Antecedentes que debe enviar el Notario: (i) una copia autorizada del contrato de prenda; (ii) una copia de la protocolización de los documentos en que consten las obligaciones garantizadas, si éstas no estuvieren señaladas en el contrato de prenda.
- c) Forma de enviar los antecedentes: las copias antes señaladas deben ser enviadas "por medio de soportes magnéticos o a través de comunicaciones por redes electrónicas que aseguren la fidelidad y seguridad de los antecedentes acompañados". (art. 24 inciso 2º). No obstante, si la Notaría no cuenta con los medios tecnológicos necesarios, el precepto dispone que el Registro podrá recibir copias físicas y en tal caso podrá cobrar por la digitalización de los documentos recibidos.

Con ello queda claro que el legislador no quiere que el Registro creado sea físico, toda vez que al establecer el costo adicional indicado, en cierto modo obliga a los notarios a contar con los medios tecnológicos necesarios para estar en condiciones de participar en estos contratos.

Los requisitos señalados anteriormente son también aplicables a la modificación de la prenda y a su alzamiento.

No obstante que la ley establece un plazo fatal ("dentro del plazo de...") para que el Notario envíe los antecedentes respectivos al Registro de Prendas, el

incumplimiento de dicho plazo, como asimismo, de los demás requisitos indicados, no afecta la validez de la prenda. Así lo señala el inciso 3º del artículo 24 de la Ley, norma que agrega que tal incumplimiento no impedirá la inscripción o anotación respectiva. A pesar que esta disposición está redactada en términos amplios ("La omisión de las diligencias señaladas en los incisos anteriores..."), estimamos que se refiere únicamente al incumplimiento del plazo, difícilmente pueden producirse omisiones respecto de los demás requisitos.

Si bien la omisión de los requisitos antes anotados no altera la validez de la prenda, el precepto indica que "hará responsable al notario respectivo por los daños que se originen como consecuencia de la omisión, sin perjuicio de la sanción disciplinaria de que pudiere ser objeto según lo establecido en el artículo 440, inciso primero, del Código Orgánico de Tribunales", esto es, puede ser sancionado con medidas que van desde la amonestación hasta la suspensión del cargo, según la gravedad de los hechos. Obviamente, mientras más se prolongue la demora en el envío de los antecedentes, mayor será la falta y el riesgo para el acreedor, pues podría suceder que el constituyente sea declarado en quiebra en el tiempo posterior al de fecha del contrato de prenda y si éste no fue inscrito oportunamente, las consecuencias serán nefastas para el acreedor.

En todo caso, la disposición en comento dispone que "el interesado podrá concurrir directamente al Registro Civil" y obtener la inscripción en conformidad a la ley. De la redacción de la norma se desprende que este derecho sólo puede ser ejercido frente a la omisión del Notario y por otro lado, nada dice acerca de la forma, vale decir, el interesado podrá requerir la inscripción de la prenda con copias físicas, o bien, con documentos previamente digitalizados, pues el legislador no distingue.

4. Modificación y eliminación de inscripciones

El artículo 26 de la Ley se refiere a la modificación o eliminación de inscripciones practicadas en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, estableciendo como regla general que sólo en virtud de una resolución judicial, puede ser modificada o eliminada una inscripción.

Respecto a las modificaciones, éstas podrán ser realizadas conforme a las siguientes reglas:

- a) en cumplimiento de una resolución judicial que así lo ordene;
- b) de oficio, por el propio Registro Civil, cuando la inscripción practicada adolezca de errores manifiestos en que se pudiere haber incurrido al practicar la inscripción;
- c) a "requerimiento de cualquier interesado", también en el evento de existir errores manifiestos en la inscripción practicada. De la redacción de esta norma, se desprende que la solicitud respectiva podrá ser presentada por el constituyente de la prenda, por el deudor cuyas obligaciones la prenda garantiza, por el acreedor prendario y por cualquier otra persona que pueda acreditar un interés actual en la correcta inscripción de la garantía.

El plazo para que sea efectuada la modificación, ya sea que ésta se realice de oficio o a requerimiento de parte interesada, será de 10 días hábiles, exceptuados los días sábado. (Nótese que este es el segundo plazo establecido por la ley de esta manera y que en el mundo de los negocios se conocen como "días hábiles bancarios"). Después de este plazo, las modificaciones únicamente podrán ser efectuadas en virtud de una sentencia judicial que así lo disponga.

En cualquiera de las hipótesis antes señaladas, la fecha de la constitución del derecho real, será siempre la de su inscripción original.

En materia de eliminación de inscripciones, el precepto sólo contempla la posibilidad que ello acontezca en virtud de una resolución judicial y por tanto, la persona que se siente perjudicada con la mantención de una inscripción, deberá concurrir a los tribunales de justicia para que éstos ordenen al Registro Civil, la correspondiente cancelación.

5. Negativa del Registro a practicar una inscripción

El artículo 28 de la Ley se refiere al caso que el Registro Civil se niegue a practicar una inscripción, señalando que el afectado deberá ocurrir a los tribunales de Justicia, quienes deberán resolver por escrito y sin más trámite, sobre la base de los antecedentes expuestos por el peticionario y los motivos que señale el Registro. Si el juez ordena hacer la inscripción, la sentencia es inapelable y aquella tendrá como fecha, la de la primera presentación. Si el juez deniega la inscripción, el peticionario podrá interponer recurso de apelación en la forma ordinaria, esto es se concederá en el solo efecto devolutivo.

6. El Registro de Prendas sin Desplazamiento

En diversas partes de este trabajo, hemos resaltado que uno de los aspectos más relevantes de esta nueva legislación, es la creación del Registro de Prendas sin Desplazamiento, pues además de todas las razones prácticas o de índole económica vertidas en las diferentes etapas de tramitación de la ley, es indudable que desde el punto de vista netamente jurídico, la existencia de un registro único y centralizado, satisface plenamente una de las aspiraciones fundamentales de las instituciones, como es la certeza jurídica, pilar elemental de la paz social.

Dicha aspiración ha estado lejos de ser cumplida con el régimen de formalización de la prenda regida por la ley 18.112, el que constituye la excepción en esta materia, pues todas las demás prendas sin desplazamiento existentes en nuestra legislación, contemplan sistemas registrales. A este respecto, es interesante la opinión de don Roberto Ibarra en su tesis⁵² sobre dicha prenda, quien señala que "la ley consagra un principio que no se compece con el sistema jurídico chileno", agregando que "la idea de reconocer un derecho real de prenda, sin exigir la entrega del bien ni la inscripción del título parece inconveniente y contraria a la tradición de nuestro derecho más que centenaria". Este mismo autor cita diversas intervenciones efectuadas durante la tramitación de la ley 18.112 por don Julio Chaná Cariola, quien era de opinión de conservar el sistema registral contemplado en el anteproyecto de esta ley. Según Ibarra, no existen antecedentes en la historia de la ley 18.112 "que indiquen las razones que se tuvieron en consideración para establecer el sistema de publicación en el Diario Oficial"⁵³. La razón se encuentra, en mi opinión, en las observaciones formuladas en el seno de la Tercera Comisión Legislativa, en la cual se manifestó entre otros motivos, "que era improcedente crear un registro especial de prenda sin desplazamiento, por cuanto éste implicaría un gran costo para el presupuesto nacional"⁵⁴, razón que debió primar sobre cualquier otra, pues la creación de esta ley coincide con la crisis económica que en esa época afectó al país.

El inciso 1º del artículo 28 de la Ley de Prenda y que corresponde al único artículo del Título V de la Ley, denominado "Del Registro de Prenda sin Desplazamiento", dispone la creación de este registro, señalando: "Créase el Registro de Prendas sin Desplazamiento, que llevará el Servicio de Registro Civil e Identificación, de conformidad con esta ley y en la forma que determine el reglamento que al efecto dicte el Presidente de la República mediante decreto supremo emanado conjuntamente del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Justicia".

⁵² Ibarra Videla, Roberto, "De la Prenda sin Desplazamiento", tesis, Universidad de Chile, 1988, Pág. 6.

⁵³ Ibarra, Op. Cit. Pág. 7.

Hasta la fecha el decreto antes aludido no ha sido dictado, de manera que la única noción de cómo será esta entidad la tenemos en el artículo 28, el que sólo proporciona los siguientes antecedentes:

- a) El reglamento será el encargado de establecer: (i) las menciones que deben tener las inscripciones; (ii) los procedimientos para requerir y entregar información.
- b) El reglamento determinará la organización, operación y requerimientos básicos el registro.
- c) Las inscripciones deberán ser efectuados por estricto orden de presentación.
- d) El Registro de Prendas sin Desplazamiento estará a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, entidad que podrá cobrar por las distintas actuaciones y certificados que emita, con un máximo de una unidad tributaria mensual, por actuación. El párrafo final de esta artículo señala que lo recursos provenientes de estos cobros constituirán ingresos propios del Servicio.

⁵⁴ Ibarra Videla, Roberto, "De la Prenda sin Desplazamiento", tesis, Universidad de Chile, 1988, pág. 43.

SEGUNDA PARTE
EFFECTOS DE LA PRENDA

- CAPÍTULO I -
DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ACREEDOR

1. La Prenda como Contrato

El contrato de prenda regulado por la nueva ley participa prácticamente de todas las características inherentes a todo contrato de prenda y por tanto, es accesorio, puede ser gratuito u oneroso, solemne y nominado. La única diferencia con las demás prendas sin desplazamiento, es que la nueva prenda es un contrato bilateral, como veremos a continuación.

En efecto, decimos que es un contrato bilateral, pues esta ley otorga al deudor prendario el derecho de exigir el alzamiento de la prenda, una vez satisfecha la obligación caucionada y por tanto, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 1439 del Código Civil, resulta que existen obligaciones recíprocas entre los contratantes: mientras el deudor prendario se obliga principalmente a conservar las especies pignoras, el acreedor se obliga a alzar la prenda, según lo dicho anteriormente. Según el profesor Orrego, el contrato es unilateral, pues no considera la obligación de alzamiento⁵⁵. En nuestra opinión, esta obligación es equivalente a la obligación de restitución prevista por el artículo 2401 del Código Civil, que en la prenda civil constituye la principal obligación del acreedor. Por consiguiente, el establecimiento de la obligación de alzamiento por parte del acreedor, sumado a la obligación de cuidado y conservación de los bienes prendados, a cargo del deudor, determina que el contrato de prenda regido por la nueva ley, sea bilateral.

⁵⁵ Orrego, op. cit., Pág. 476

El contrato de prenda también es accesorio, esto es, tiene por objeto "caucionar obligaciones propias o de terceros". (art. 1º de la Ley). En conformidad a la definición de contrato accesorio contenida en el artículo 1442 del Código Civil (aquel que "tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella") tenemos que el contrato de prenda en algunos es completamente accesorio, como ocurre cuando garantiza el cumplimiento de obligaciones determinadas y en otros casos, no participa de todos los elementos contenidos en la definición legal. En efecto, tratándose de prendas con cláusula de garantía general, lo único accesorio de la prenda será su finalidad, pero no su supervivencia, la que no está condicionada a la existencia de una obligación actual; naturalmente, de no haber obligaciones que la prenda caucione, la subsistencia de la prenda sólo va a depender de la voluntad del constituyente, pues éste podrá exigir el alzamiento del gravamen en cualquier momento. Como sea, del carácter accesorio del contrato de prenda se derivan las siguientes consecuencias: (i) la nulidad de la obligación caucionada acarrea la del contrato de prenda; (ii) la acción prendaria prescribe conjuntamente con la acción de la obligación caucionada; no mencionamos que la cesión del crédito respectivo involucra la cesión de la prenda, pues a pesar que ello es una consecuencia de la accesoriedad de la prenda, resulta aplicable a otros tipos de prenda y no a la creada por la Ley 20.190, como vimos anteriormente.

El hecho que la prenda tenga por objeto caucionar obligaciones propias o de terceros, la convierte además en una caución, conforme a lo previsto en el artículo 46 del Código Civil, que indica que "son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda".

El contrato de prenda también podrá ser gratuito u oneroso, dependiendo de las circunstancias en que se celebre: si quien constituye la prenda es el propio deudor, el contrato será oneroso, pues aquél reporta provecho al obtener un crédito contra el otorgamiento de la prenda, a su turno, si la prenda es constituida por un tercero, el contrato será normalmente gratuito.

El contrato siempre es solemne, pues conforme al artículo 2º de la Ley, se perfecciona por escritura pública o por instrumento privado cuyas firmas estén autorizadas por un Notario Público y se protocolice en su Registro.

Finalmente, el contrato es nominado, esto es, se encuentra expresamente regulado por la ley.

2. La Prenda como Derecho Real

Dentro de las clasificaciones que los autores han elaborado en torno a los derechos reales, resulta que el derecho real de prenda es mueble, pues siempre ha de recaer sobre bienes muebles, ya sean éstos corporales o incorporales, pero jamás sobre bienes inmuebles, afirmación que es válida aún respecto de los bienes inmuebles por destinación o adherencia, pues a su respecto la prenda cobra vida una vez que tales bienes son desafectados o separados, esto es, cuando tienen la calidad de bienes muebles. También se dice que el derecho real de prenda es limitativo del dominio: en las prendas con desplazamiento, esta característica es enfocada desde el punto de vista del acreedor prendario, quien a pesar de ser dueño de su derecho de prenda, respecto del bien prendado es un mero tenedor y por tanto, no dispone de ninguna facultad material a su respecto: le está vedado el uso y el goce y la facultad de disposición se circunscribe a la ejecución de los bienes pignorados, en caso de incumplimiento de la obligación caucionada. En las prendas sin desplazamiento, a pesar que el dueño conserva la tenencia de los bienes prendados, le afectan las mismas limitaciones como si fuese un mero tenedor, pues le asiste el deber de cuidado y conservación de las cosas y además, por lo general se encuentra impedido de enajenar los bienes pignorados y de constituir nuevos gravámenes sobre los mismos. Dentro de este grupo de los bienes reales limitativos del dominio, la prenda se

encuentra dentro de los derechos de garantía, cuya finalidad es "simplemente asegurar la ejecución de una obligación"⁵⁶.

El derecho real de prenda también es un derecho accesorio, pues su finalidad es asegurar el cumplimiento de una obligación principal, como se señaló anteriormente.

Por último, el derecho real de prenda es indivisible; ello, haciendo aplicable la disposición del artículo 2405 del Código Civil en virtud de lo establecido en el artículo 1 de la Ley de Prenda, que dispone la aplicación de las normas del Código Civil relativas al contrato de prenda, en lo no previsto por la ley.

Del carácter real del derecho de prenda, nacen los siguientes derechos para el acreedor prendario:

a) Derecho de Persecución:

Este derecho no es sino la consecuencia "per se" del carácter real de la prenda. El acreedor prendario puede ejecutar la prenda en manos de quien sea que la posea. Los artículos 17 y 35 de la Ley se refieren a esta materia señalando que la pertinente acción de desposeimiento se sujetará a las normas del Título XVIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, en lo que no sean contrarias a la naturaleza de la cosa prendada o del contrato de prenda.

Este derecho reconoce una excepción: el artículo 25 inciso 3º de la Ley establece que el derecho real de prenda no se puede hacer valer "contra el tercero que adquiera el bien empeñado por venta al detalle en una fábrica, feria, bolsa de productos agropecuarios, casa de martillo, tienda, almacén u otros establecimientos análogos en que se vendan cosas muebles de la misma naturaleza". La misma regla se encuentra establecida en el artículo 10 de la Ley 18.112, la que a su vez reconoce

⁵⁶ Vodanovic, "De los Bienes y los Derechos Reales", pág. 47

su origen en el artículo 890 inciso 2º del Código Civil que impide ejercer la acción de reivindicación respecto de tales bienes. En estos casos, el acreedor prendario no tendrá acción de desposeimiento contra el tercero adquirente de los bienes prendados. Esta excepción se funda en el objeto de la relación jurídica del derecho real, el que necesariamente es una cosa. Según Vodanovic⁵⁷ "el derecho real supone una cosa determinada en especie", única forma de ejercitar la acción de reivindicación.

b) Preferencia para el pago:

El artículo 15 de la Ley establece que "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".

El precepto no hace sino repetir la regla general en orden a que el crédito caucionado con prenda, es un crédito privilegiado de la segunda clase. No lo señala expresamente la norma, pero es obvio que la preferencia sólo se puede hacer valer sobre las especies prendadas, más concretamente sobre el producto que se obtenga de su venta forzada. Lo que si señala en forma expresa el artículo 15, es que el privilegio se entiende a:

- el valor del seguro sobre la cosa dada en prenda. A esta misma solución se llegaba antes por la aplicación del artículo 555 del Código de Comercio que establece que "La cosa que es materia del seguro es subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituidos sobre aquélla".
- a cualquier otra indemnización que terceros deban por daños y perjuicios que ella sufriere. Al igual que en el caso anterior, en este caso se produce una subrogación legal, por la cual el monto de la indemnización sustituye al bien prendado. El

⁵⁷ Vodanovic, "Los Bienes y los Derechos Reales", pág. 51

acreedor prendario deberá hacer valer su derecho en el juicio en el que el constituyente de la prenda ha demandado los perjuicios.

c) Derecho de Venta:

Este derecho se encuentra reglamentado prácticamente en todo el articulado del Título VI de la Ley, el que trata de la venta en pública subasta de los diferentes tipos de bienes y derechos sobre los cuales se constituyó la prenda, según veremos más adelante.

El derecho de venta es según Lecaros⁵⁸ "de la esencia de la prenda y es por siguiente irrenunciable". En el caso de la prenda materia de este trabajo, esta importancia queda de manifiesto en el procedimiento establecido por el legislador –muy similar al contenido en la Ley 18.112– pues restringe la defensa del deudor prendario y a su vez, permite al acreedor solicitar la subasta de la prenda, no obstante la interposición de excepciones a la ejecución.

d) Otros derechos del Acreedor Prendario:

La prenda sin desplazamiento opera sobre la confianza que el acreedor deposita en su deudor o en el constituyente de la garantía, según sea el caso, en orden a que éste o aquél cuidarán del bien empeñado como un buen padre de familia. En efecto, el acreedor desembolsa el crédito a pesar que los bienes pignorados no se encuentran en la esfera de su control. Por tal razón, la ley otorga al acreedor diversos derechos tendientes a verificar el estado en que se encuentra la garantía.

Tales derechos son:

(i) Inspección de los bienes prendados:

El artículo 20 otorga al acreedor el derecho de inspeccionar en cualquier momento, los bienes dados en prenda. Este derecho puede ser ejercido directamente por el

⁵⁸ Lecaros, Op.Cit., pág. 48

acreedor o por un tercero a nombre del primero ("delegado") para lo cual bastará una simple comunicación escrita del acreedor. Este derecho puede ser restringido judicialmente, si con las visitas se irrogan daños o graves molestias al constituyente: en este caso, el juez del lugar donde se celebró el contrato de prenda, podrá regular las visitas.

En caso de oposición a la inspección por parte del constituyente de la prenda, el acreedor podrá solicitar la inmediata realización de la prenda, como veremos más adelante.

(ii) Derechos del acreedor en caso de abandono de los bienes prendados:

Este derecho se encuentra regulado por el artículo 18 de la Ley, que señala que en este evento el acreedor podrá solicitar al tribunal respectivo, que le conceda una de las siguientes alternativas, a elección del acreedor:

- (1) la tenencia de las especies pignoradas;
- (2) la designación de un depositario;
- (3) la realización de la prenda, considerándose en este último caso, las obligaciones caucionadas como de plazo vencido.

Dado que el abandono sólo es posible respecto de los bienes corporales, el precepto señala que "Tratándose de derechos, el constituyente estará obligado a evitar su menoscabo o extinción". La infracción a esta obligación, también produce la exigibilidad anticipada de las obligaciones caucionadas.

El precepto finaliza advirtiendo que los efectos antes anotados son sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles o penales que correspondan como consecuencia del abandono de las especies, así como del menoscabo o extinción de los derechos prendados.

- CAPÍTULO II -

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONSTITUYENTE DE LA PRENDA

El constituyente de la prenda tiene los siguientes derechos y obligaciones:

1. Posibilidad de constituir prendas múltiples:

El artículo 16 de la Ley establece que "Se podrá constituir una o más prendas sobre un mismo bien, prefiriéndose por el orden cronológico de sus respectivas inscripciones en el Registro de Prendas sin Desplazamiento". No obstante, conforme al artículo 17, es posible convenir una prohibición voluntaria de gravar y enajenar, la que debe ser "mencionada" en el Registro. Esta mención podrá concretarse derechamente con una inscripción en el Registro de Prohibiciones de Prenda, si éste es creado por el reglamento que se dicte, o bien, mencionando la prohibición en el cuerpo de la inscripción.

Es interesante destacar que la regulación de esta materia en la nueva ley es exactamente inversa a la contenida en el la Ley 18.112, pues el artículo 18 de esta última establece 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 ambos casos, la infracción a la prohibición da derecho al acreedor a pedir la inmediata realización de la prenda. En ambos casos también, dicha realización no será posible si quien adquirió las especies prendadas lo hizo en una feria, casa de martillo, etc.

2. Conservación de la Cosa

El artículo 18 de la Ley se refiere a esta materia, señalando que "El constituyente o el deudor prendario, en caso que fueren distintos, conservarán la tenencia, uso y goce de la cosa dada en prenda, siendo de su cargo los gastos de custodia y conservación". La redacción anterior no fue muy precisa, pero en todo caso, el deber de custodia y conservación se encuentra a cargo del dueño de las especies prendadas, quien puede revestir la doble calidad de dueño y deudor prendario o sólo de dueño, caso en el cual se le llama constituyente.

De acuerdo al mencionado artículo 18, este deber de custodia y conservación que debe observar el dueño de los bienes prendados, es el del depositario, lo cual significa que aquél responde únicamente de culpa grave o lata, dado que en conformidad al artículo 2222 del Código Civil, de dicho grado de culpa responde el depositario. Al respecto, el profesor Orrego señala con razón que "Nos llama la atención esta solución, pues lo razonable sería haber establecido que el dueño de la especie prendada hubiere respondido hasta de la culpa leve, considerando que normalmente estaremos ante un contrato a título oneroso, siendo tal el grado de culpa que la ley impone en esta clase de contratos, conforme lo previsto en el artículo 1547 del Código Civil. Por lo demás, para los efectos de la acción pauliana o revocatoria, el Código Civil, en su artículo 2468, número 1, incluye los contratos de prenda entre los onerosos."⁵⁹. El profesor Orrego agrega que no obstante que la disposición es "supuestamente imperativa", resulta probable que se pueda convenir un grado de responsabilidad mayor, toda vez que un pacto de esta naturaleza afecta intereses exclusivamente privados.

Cabe señalar que tanto la ley de prenda industrial como la de prenda agraria también asignan al deudor los deberes y responsabilidades del depositario en materia

⁵⁹ Orrego, op. cit., Pág. 448

de conservación de los bienes prendados.⁶⁰ La Ley 18.112 en cambio, no asigna ningún tipo ni grado de responsabilidad al dueño, limitándose a señalar en su artículo 14 que "En caso de pérdida o deterioro de la cosa dada en prenda, tendrá aplicación lo dispuesto en el artículo 2427 del Código Civil", esto es, da al acreedor el derecho alternativo de (i) exigir que se mejore o sustituya la garantía por otra equivalente; (ii) de demandar el pago de la deuda, caducando el plazo; o (iii) en caso que la deuda fuere ilíquida, condicional o indeterminada, implorar las providencias conservativas que el caso admita.

El artículo 21 de la Ley se refiere al caso que los gastos en que incurra el constituyente de la prenda en el cumplimiento de su deber de custodia y conservación sean "dispendiosos". En este evento, la norma dispone que si así lo solicita el constituyente, el tribunal correspondiente al lugar en que se celebró el contrato, podrá ordenar la enajenación de los bienes "de la forma más conveniente, sin previa tasación, pagándose al acreedor el producto de dicha enajenación".

No obstante que el hecho de considerar excesivos estos gastos produce el efecto no menor de otorgar al acreedor prendario la facultad de solicitar al tribunal competente la realización de los bienes prendados, el legislador no estableció ningún parámetro para considerar cuándo el gasto puede ser "dispendioso". Según el Diccionario de la Real Academia Española, dispendioso significa costoso, de gasto considerable. Se trata entonces, de una situación de hecho que deberá resolver la prudencia del juez. El precepto nada dice al respecto, pero en conformidad a lo dispuesto a las normas sobre venta en pública subasta contenidas en el Código de Procedimiento Civil⁶¹, en nuestra opinión resulta necesario que el acreedor prendario

⁶⁰ Art. 11 de la Ley de Prenda Agraria y art. 32 de la Ley de Prenda Industrial.

⁶¹ El art. 892 del C.P.C establece: "*La venta voluntaria en pública subasta, en los casos en que la ley ordene esta forma de enajenación, se someterá a las reglas establecidas en el Título IX del Libro III para la venta de bienes comunes, procediéndose ante el tribunal ordinario que corresponda*". A su turno, los artículos 657 y 658 del mismo Código, ubicados en el Título IX del Libro III, señalan -en lo pertinente- que

sea oído. Naturalmente, si el producto obtenido con la venta es superior el monto del crédito caucionado, el remanente debe ser entregado al dueño de los bienes.

De otro lado, de acuerdo al profesor Orrego, "el acreedor no podría impedir la enajenación, si el constituyente acredita los gastos dispendiosos, de manera que nos encontraríamos ante un caso en que el propio legislador autoriza a una de las partes vulnerar la fuerza obligatoria del contrato o ley del contrato, consagrada en el artículo 1545 del Código Civil."⁶² Este argumento es una razón más para que el acreedor sea oído, pues si no puede impedir la enajenación de los bienes pignorados, al menos podrá instar para que no se vendan a vil precio.

Otro aspecto importante que analiza este autor, es la oportunidad en que los gastos pueden ser dispendiosos, señalando al respecto que "los gastos dispendiosos debieran tener el carácter de sobrevinientes e imprevistos, pues si el constituyente incurría en ellos antes de la constitución de la prenda, no parece razonable que después alegue la cuantía excesiva de aquellos. Así las cosas, estaríamos ante una manifestación de la teoría de la imprevisión en nuestro Derecho, que serviría precisamente de fundamento para concluir con el contrato de prenda, enajenando la cosa pignorada"⁶³. En verdad, la expresión "concluir el contrato" no es feliz, toda vez que el efecto que produce la excesiva onerosidad sobreviviente en los gastos de custodia y mantención, es dar origen al derecho del acreedor prendario de ejecutar la prenda de forma inmediata, previa autorización judicial en tal sentido y por tanto, en este caso, el contrato de prenda terminará por su cumplimiento forzado, no por su disolución, de manera que resulta ser dudoso que esta figura se encuadre dentro de la llamada "Teoría de la Imprevisión", toda vez que en su virtud se justifica el incumplimiento del contrato por alguna de las partes.

se podrá omitir la tasación por peritos, si se trata de bienes muebles, bastando que el anuncio del remate se efectúa por medio de avisos en un diario del lugar donde se sitúen los bienes.

⁶² Orrego, OP. Cit., pág. 452

⁶³ Orrego, Op. Cit., pág. 453

El deber de custodia y conservación no rige respecto de las universalidades de hecho. Pero hay que distinguir: si el conjunto empeñado fue valorado, no se aplica este deber por cuanto el constituyente cumple con su obligación manteniendo especies por el valor del conjunto; sin embargo, si las partes decidieron no otorgar valor al conjunto, sino individualar los bienes prendados, se podría configurar este deber si las especies prendadas no son fungibles. De ahí que el artículo 18 prevenga que no son aplicables los deberes de custodia y conservación "en el caso que legítimamente se haya procedido conforme al artículo 11 precedente".

En todo caso, en todos los regímenes de prenda antes señalados la inobservancia del deber de custodia puede ser constitutiva de delito, según veremos más adelante.

Por último, la infracción a este deber es causal de exigibilidad anticipada del crédito, según también veremos más adelante.

3. Uso de los bienes prendados y lugar en que han de mantenerse

El artículo 18 de la Ley señala que el dueño conserva la tenencia, uso y goce de la cosa dada en prenda, vale decir, tiene libertad para ejercer sus derechos de uso y goce de las especies pignoradas, en tanto ello no sea contrario a la naturaleza de la prenda. Sin embargo, el artículo 19 prevé la posibilidad que se convenga en una forma específica de utilización de la cosa empeñada, en cuyo caso el constituyente deberá ceñirse a lo pactado. Esta restricción reconoce dos excepciones: el consentimiento del acreedor y la autorización judicial.

En cuanto al lugar donde deban mantenerse los bienes prendados, el precepto se limita a señalar que "si se ha convenido un lugar en donde deba mantenerse la cosa empeñada, ésa no podrá trasladarse". La Ley 18.112 es más ilustrativa en este punto,

pues en su artículo 16 señala que "Si se ha convenido un lugar en donde deba mantenerse la cosa empeñada, ésta no podrá trasladarse a otro, a menos que el contrato así lo autorice, que el acreedor consienta en ello o que el tribunal que corresponda lo decrete, si estimare conveniente su traslado para su mejor aprovechamiento o conservación". En todo caso, al igual que en el pacto sobre utilización específica, el deudor podrá trasladar las cosas empeñadas si cuenta con autorización del acreedor o del tribunal competente.

4. Derecho a exigir el alzamiento de la prenda

El artículo 27 de la Ley y que se inserta en el Título IV denominado "De la inscripción del contrato de prenda, de su modificación y su alzamiento", dispone en su primera parte que "El deudor prendario tendrá derecho a exigir a su acreedor que suscriba el acto de alzamiento a que se refiere el artículo 2º de esta ley, efectuado que sea el pago íntegro de las obligaciones caucionadas".

En verdad, teniendo presente que uno de los grandes principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico es la libre circulación de los bienes, a primera vista pareciera que el establecimiento positivo de este derecho está de más. Ello, sumado a que del carácter accesorio de la prenda, claramente manifestado en el inciso 1º del artículo 2401 del Código Civil que dispone que "satisfecho el crédito en todas sus partes, deberá restituirse la prenda", se ha de entender que la restitución allí ordenada es equivalente al alzamiento, esto es, pone fin a la garantía. Sin embargo, lo interesante de esta disposición es que ante la negativa del acreedor a alzar la prenda, el precepto le otorga al deudor el derecho de solicitar judicialmente el alzamiento en conformidad a las normas de las querellas posesorias, vale decir, mediante un procedimiento bastante más expedito que el del juicio ordinario, que es el que tendría que utilizar el deudor, de no mediar esta disposición.

Tenemos entonces, que el legislador revistió este derecho de una importancia mayor, dotando al alzamiento de un procedimiento más simple y por tanto, el derecho a obtener el alzamiento se ha visto fortalecido con la nueva legislación.

Como se señaló anteriormente, esta norma otorga el derecho a exigir el alzamiento, al deudor prendario, por lo que entendemos que este derecho sólo puede ser ejercido por el deudor que a su vez es el dueño de las especies pignoradas y no por el tercero que ha constituido la garantía a favor de otro, sin ser deudor del crédito respectivo, toda vez que este tercero no reviste la calidad de *deudor*, sino sólo de constituyente de la prenda. Diversas disposiciones de la ley hacen la distinción entre "deudor" y "constituyente", de manera que inequívocamente el legislador sólo concedió este derecho al deudor de la obligación caucionada. En todo caso, nada obsta para que el deudor ceda este derecho al constituyente, toda vez que no se trata de un derecho personalísimo; o bien que en virtud de un acuerdo entre el deudor y el constituyente, el primero se obligue frente al segundo, a solicitar el alzamiento de la garantía, una vez satisfecha la deuda respectiva. Por último, el constituyente siempre podrá impetrar el alzamiento en conformidad a las reglas generales.

El alzamiento, conforme a lo previsto en el artículo 2° de la Ley de Prenda, debe ser otorgado por escritura pública o por instrumento privado protocolizado.

5. Infracciones que configuran causales de caducidad del plazo de la obligación caucionada

La Ley de Prenda contempla seis situaciones en las que se produce o se puede producir la caducidad del plazo de las obligaciones que la prenda cauciona y por tanto, se da origen a la exigibilidad anticipada del crédito, la que obviamente sólo es posible frente a obligaciones a plazo y/o con vencimientos sucesivos.

Estos seis casos constituyen una sanción para el deudor y/o el constituyente que ha incumplido las obligaciones que le impone la ley y se encuentra en las siguientes infracciones:

a) Infracción a la prohibición de gravar o enajenar los bienes prendados:

Como ya se señaló anteriormente, si nada se dice en el contrato de prenda, el constituyente puede constituir una o más prendas sobre el mismo bien. Sin embargo, si se ha pactado la prohibición de preñar y de enajenar y dicho pacto aparece mencionado en el Registro de Prendas, su infracción habilita al acreedor para exigir la inmediata realización de la prenda, "considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido". (art. 17). Esta causal de caducidad no opera de pleno derecho, toda vez que al acreedor le corresponde decidir si exige o no la realización de la prenda; sólo en caso que así lo resuelva, se producirá la caducidad anticipada de la obligación respectiva.

Al respecto, tenemos las siguientes observaciones:

- De no mediar esta norma, la infracción a esta prohibición tendría que ser objeto de una sentencia declarativa en juicio ordinario, toda vez que se trata del incumplimiento de una obligación contractual y por tanto la exigibilidad anticipada del crédito caucionado podría hacerse valer sólo una vez obtenida la sentencia indicada, o bien, sin necesidad de declaración previa, la infracción indicada podría ser reclamada en juicio ejecutivo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1555 del Código Civil, toda vez que se trata del incumplimiento de una obligación de no hacer.
- Esta norma no distingue entre deudor-dueño y entre constituyente no deudor, de manera que podría suceder que el deudor prendario se vea "castigado" con la caducidad del plazo de su crédito, sin tener intervención alguna en la infracción del contrato, cometida por el constituyente de la prenda.

b) Abandono de las especies prendadas:

Esta situación otorga al acreedor el derecho de elegir entre las siguientes alternativas, las que podrá ejercer previa autorización judicial: (i) tomar la tenencia del bien prendado; (ii) solicitar que se designe un depositario; o (iii) proceder a la realización de la prenda, en cuyo caso las obligaciones caucionadas se considerarán como de plazo vencido. Al igual que en el caso anterior, para el legislador es indiferente quien efectúa el abandono de las especies pignoradas, de suerte que el deudor no dueño queda sujeto a la conducta del constituyente. (art. 18, inc. 2^o)

c) Menoscabo o extinción de los derechos prendados:

Esta situación está contemplada por el inciso 3^o del artículo 18, a continuación del abandono y en vista que al acreedor no le es posible tomar la tenencia o designar un depositario respecto de derechos, el legislador sanciona la infracción al deber de cuidado y conservación, con la caducidad del plazo de la obligación caucionada. Entendemos que esta causal no requiere de autorización judicial, puesto que la realización de la prenda de crédito se traduce derechamente en el cobro del crédito respectivo.

d) Traslado o utilización diversa de las cosas prendadas:

El artículo 19 establece que si se ha convenido un lugar determinado donde deba estar el bien prendado o se ha pactado su utilización de una forma particular, el dueño no podrá trasladarlas o usarlas de una manera diversa, a menos que el acreedor consienta en ello o que el tribunal lo autorice. De tal manera que si el constituyente no obtiene el consentimiento del acreedor prendario o de la justicia, la infracción al contrato de prenda en estas materias faculta al acreedor para solicitar la inmediata realización de la prenda, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido.

e) Reticencia a permitir la inspección de los bienes prendados:

En este caso, la norma le otorga una segunda oportunidad al constituyente, pues indica que en caso de oposición para que se lleve a efecto la inspección, el acreedor podrá

exigir la inmediata realización de la prenda, "siempre que, requerido judicialmente el constituyente insistiere en su oposición, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido". (art 20, inciso 2º). Considerando que el inciso anterior prevé la posibilidad que la justicia regule las visitas inspectivas si éstas ocasionan daños o molestias al constituyente, entendemos que la reticencia que trata el inciso 2º se refiere a la negativa injustificada a permitir la inspección de los bienes prendados.

f) Gastos de custodia y conservación excesivos:

Este es el único caso en que la caducidad del plazo no es la consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato de prenda y además, es el único en que la voluntad del acreedor no participa en la decisión de exigir o no el pago de la obligación caucionada en forma anticipada. En efecto, el artículo 21 autoriza al constituyente para solicitar a la justicia la enajenación de los bienes prendados, si los gastos de custodia y conservación fueren dispendiosos. Como señalamos anteriormente, esta causal importa la ejecución de la prenda por voluntad de una de las partes, razón más que suficiente para suponer que esta causal sólo podrá ser admisible frente a gastos imprevistos y sobrevinientes. Aceptar lo contrario implicaría que el constituyente se podrá aprovechar de su propio dolo, lo que es inadmisibles.

5.1. Forma en que se produce la caducidad:

En todos los casos indicados anteriormente la caducidad de las obligaciones caucionadas no opera de pleno derecho, sino que se requiere recurrir a los tribunales de justicia, manifestando la intención positiva de realizar los bienes prendados y cobrar las obligaciones caucionadas, sobre la base de acreditar la infracción del contrato de prenda que habilita para pedir la realización de la misma, salvo en el último caso en que no hay infracción.

Tratándose de la caducidad prevista en el artículo 17 de la Ley, esto es, la que proviene de la infracción a la prohibición de gravar y enajenar, la prueba de su

acaecimiento se limitará a acompañar al tribunal, un certificado de anotaciones de la prenda en el que conste la anotación de la prohibición, en el que aparezca, además la prenda prohibida o en su caso, el certificado de anotaciones a nombre de una persona distinta al constituyente. Con el mérito de estos documentos, se deberá tener por acreditada la infracción, con lo cual el acreedor podrá solicitar la realización de la prenda, sin más trámite.

En los casos de abandono, traslado o distinta forma de utilización de los bienes prendados, el acreedor deberá acompañar al tribunal antecedentes contundentes de prueba de la infracción de que se trate, a fin de evitar que su petición de realización de la prenda se transforme en un juicio ordinario de incumplimiento de contrato, no obstante que la Ley de Prenda contempla un procedimiento especial para estos casos, como veremos más adelante. En consecuencia, acreditada la situación de que se trate, el acreedor podrá pedir la realización de la prenda, caso en el cual, las obligaciones caucionadas serán totalmente exigibles.

Frente a la oposición a permitir la inspección de los bienes prendados, la ley exige como ya lo señalamos, que el constituyente insista en su negativa después de requerido judicialmente para ello. En tal caso, el acreedor podrá solicitar la realización de la prenda, considerándose las obligaciones caucionadas como de plazo vencido.

En el especial caso de producirse gastos excesivos de conservación y custodia, el constituyente puede solicitar el tribunal competente la inmediata realización de la prenda, considerándose las obligaciones caucionadas como de plazo vencido.

5.2. Situación de la caducidad frente a la pluralidad de obligaciones:

La ley de prenda no se refiere a esta situación en forma expresa. De la manera imperativa como se encuentra redactada la oración pertinente –"considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido"- en todos los artículos que se refieren a

esta materia, pareciera que el efecto de solicitar la realización de la prenda en todos los casos antes señalados, trae aparejada la exigibilidad anticipada de todas las obligaciones cuyo cumplimiento se caucionó con la prenda. Máxime si se tiene en cuenta que realizada que sea la prenda, las obligaciones que no se cubran con el producto de la ejecución de la prenda, quedarán sin garantía.

No obstante lo anterior, estimo que si es el acreedor a quien le asiste el derecho de solicitar la realización de la prenda frente al incumplimiento del contrato de prenda, le asiste también el derecho de decidir si exige anticipadamente todas o algunas de las obligaciones caucionadas, pues puede suceder por ejemplo, que tales obligaciones se encuentren caucionadas con otras garantías, o bien , que el producto de la realización de la prenda no sea suficiente para responder al pago de todas ellas. Por estas razones, no se divisa el motivo por el cual el acreedor se encuentre obligado a tener que considerar todas las obligaciones como de plazo vencido.

5.3. Alcance de la caducidad respecto de la cláusula de garantía general prendaria:

En este caso rigen las mismas observaciones anteriores. Por lo demás, si el acreedor advierte que el constituyente incurre en conductas contrarias al correcto cumplimiento del contrato de prenda, es poco probable que esté dispuesto a conceder nuevos créditos con cargo a esa garantía prendaria.

5.4. Procedimiento judicial aplicable a la denuncia de las infracciones anteriores:

El artículo 23 de la Ley establece que las acciones respectivas se tramitarán con arreglo al procedimiento previsto en el Título IV, Párrafo 2º, del Libro III del Código de Procedimiento Civil, excepto los casos contemplados en los artículos 11 y 22 de la

Ley, que se refieren a la prohibición de gravar y enajenar y al derecho legal de retención en favor del arrendador, respectivamente.

En las demás infracciones al contrato de prenda que vimos anteriormente, se aplica el procedimiento señalado, que es el "De las querellas posesorias en particular". Este procedimiento es similar al del juicio sumario, pues presentada que sea la querrela, el tribunal debe citar a las partes a un comparendo de contestación y prueba a realizarse el quinto día hábil después de notificada la demanda. Luego de concluida la audiencia, el tribunal citará a las partes a oír sentencia, pudiendo ésta ser dictada de inmediato o dentro de tercero día, todo ello en conformidad a lo dispuesto en los artículos 551 al 564 del Código de Procedimiento Civil, que conforman el citado párrafo 2 del Libro III.

6. Sanciones Penales

Las sanciones penales están tratadas en el Título VII de la Ley, cuyo único artículo, el 39, contempla tres tipos de conductas punibles, ambas sancionadas con las penas de la llamada "estafa residual" por los autores penalistas, que se encuentra tipificada en el artículo 473 del Código Penal que castiga "al que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa de once a veinte sueldos vitales"

Las conductas antes señaladas son:

- 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, o alzando la prenda que haya cedido";

Este número contempla tres hipótesis: (i) la disposición, esto es, la enajenación de los bienes prendados, sin dar a conocer al comprador la existencia de la prenda; (ii) el constituir en prenda bienes ajenos como si fueren propios; y (iii) el alzamiento de la prenda que ha sido cedida. En todos ellos se requiere que el autor actúa a sabiendas y que cause daño a la víctima ("el que defraudare"), daño que debe ser patrimonial.

- 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"

Esta hipótesis se refiere básicamente al caso que la cosa es transformada, cambiándosele su apariencia, a fin de evitar que sea encontrada por el acreedor. La figura es la del ocultamiento. A diferencia del número 1 anterior, en este caso no se requiere de la existencia de un perjuicio, pues la ley sanciona el sólo hecho de alterar, ocultar, etc. Se trata de un delito formal y no de resultado como en el caso anterior.

- 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 esta hipótesis el legislador exige nuevamente el ánimo de defraudar, lo que ocurrirá por ejemplo, si el deudor prendario condona el crédito prendado o celebra con su deudor cualquier acuerdo que impida al acreedor prendario efectuar el cobro del crédito. En estos eventos, el acreedor se encuentra facultado para exigir en forma anticipada el pago de la obligación caucionada con la prenda de crédito.

Cabe señalar que la Ley 18.112 contempla las mismas conductas señaladas en los números 1 y 2 del artículo 39 de la Ley de Prenda, pero la pena asignada tales conductas es la del artículo 467 del Código Penal, aumentadas en un grado. El

señalado artículo 467⁶⁴ contempla una penalidad creciente, según sea el monto de la defraudación, partiendo de una escala más alta que las penas asignadas por el artículo 473 del Código Penal. Esta vez, el legislador optó por una penalidad más baja.

⁶⁴ Código Penal, art. 467: "El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será penado: /1. Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales. /2. Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales. / 3. Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. / Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales".

- CAPÍTULO III -

EFFECTOS DE LA PRENDA RESPECTO DE TERCEROS

Es indudable que precisamente el carácter de derecho real de la prenda, es lo que le brinda su eficacia como garantía. El artículo 577 del Código Civil define el derecho real señalando que es "el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona", vale decir, es absoluto: puede oponerse a todos, lo que se manifiesta en dos derechos: (a) el derecho de persecución, que se ejerce sobre la cosa misma sobre la cual recae el derecho real, y en contra de todo poseedor o tenedor de ella; y (b) el derecho de preferencia, definido por la doctrina ⁶⁵, como "la prerrogativa en virtud de la cual el titular de un derecho real puede excluir, por lo que se refiere a la cosa objeto de su derecho, a todos aquellos que sólo tienen un derecho de crédito o que no tienen más que un derecho real de fecha posterior."

Ambos derechos –persecución y preferencia– dotan al derecho real de prenda de la seguridad necesaria para convertirla en una garantía eficaz, toda vez que brindan al acreedor la tranquilidad de saber que podrá perseguir el bien empeñado en manos de quien se encuentre y de otro lado, le otorgan la certeza de saber que en caso de realización de la prenda, tendrá el derecho de ser pagado de su crédito con preferencia a los demás acreedores que pudiese tener el dueño de los bienes prendados.

El derecho de persecución se encuentra consagrado –como se indicó anteriormente– en la definición de derecho real contenida en el artículo 577 del Código Civil y más focalizado al derecho real de prenda, el derecho de persecución se encuentra en el precepto contenido en el artículo 2393 del Código Civil, que dispone que "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". La nueva ley de prenda nada dice al respecto, con la salvedad de su

artículo 35 que hace aplicables a la acción de desposeimiento, las normas del Título XVIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil.⁶⁶

El derecho de preferencia, a su vez, se encuentra consagrado en los artículos 2470, 2471 y 2474 del Código Civil. El primero de ellos señala que "Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca"; a reglón seguido el artículo 2471 señala cuales son los créditos que gozan de privilegio, entre los que se encuentran los créditos de segunda clase y finalmente el artículo 2474 que enumera los créditos de segunda clase, incluye en su número 3 el crédito del acreedor prendario, el que en virtud de esta disposición es un crédito privilegiado de segunda clase. Como si tales normas no fueren suficientes, el artículo 15 de la nueva ley⁶⁷ no sólo dispone que el acreedor prendario tiene derecho a pagarse con la preferencia prevista en el citado artículo 2474 del Código Civil, sino que se preocupa de incluir dentro de la preferencia el valor del seguro de los bienes prendados y cualquier otra indemnización que terceros deban por daños y perjuicios causados a dichos bienes.

No obstante que los derechos antes señalados son de la esencia de todo derecho real, existen algunos casos en que la ley limitó sus efectos. Tales casos son:

1. Derecho legal de retención del arrendador

El artículo 22 de la Ley de Prenda establece el derecho legal de retención a favor del dueño de un bien arrendado en el cual se encuentran las especies pignoras o bien, cuando dichas cosas son al mismo tiempo objeto del contrato de arrendamiento

⁶⁵ Vodanovic, De los Bienes y los Derechos Reales", pág. 51

⁶⁶ El Título XVIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil se denomina "De la acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada".

⁶⁷ Ley 20.190, art. 15: "El acreedor prendario tendrá derecho apagarse, 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."

y de prenda. El citado artículo dispone que "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".

Conforme al precepto citado, para que el arrendador goce del derecho legal de retención, es necesario:

- a) que el contrato de arrendamiento conste de escritura pública;
- b) que dicha escritura se haya otorgado con anterioridad a la inscripción de la prenda en el Registro de Prenda sin Desplazamiento.
- c) Que el decreto judicial que declare procedente la retención, se inscriba en el citado Registro.

Dado que el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil⁶⁸ considera a los bienes retenidos como constituidos en prenda para los efectos de su realización, se puede presentar en este caso, una colisión de derechos del mismo rango. Esta concurrencia entre créditos privilegiados de la misma clase, esto es, el del acreedor prendario y el del arrendador en el caso del artículo 22 de la Ley, no tiene solución legal.

Las antiguas prendas sin desplazamiento –prenda agraria, de cosa mueble vendida a plazo y prenda industrial-, resuelven positivamente la colisión de derechos antes anotada. En efecto, el artículo 23 de la Ley de Prenda Agraria regula esta situación estableciendo una preferencia a favor del acreedor prendario, si los bienes se encuentran en predios no urbanos, preferencia que pasa al arrendador si los bienes se

⁶⁸ Código de Procedimiento Civil, art. 546 (698): "Los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su

encuentran en predios urbanos. La Ley sobre compraventa de bienes vendidos a plazo con prenda regula esta situación en su artículo 9°, señalando que "el acreedor prendario podrá ejercitar su derecho con preferencia al de retención que corresponda al arrendador, siempre que la prenda se hay constituido con anterioridad al ejercicio de este último derecho". Por último, la Ley sobre Prenda Industrial regula esta materia en su artículo 26 otorgando preferencia al arrendador respecto del acreedor prendario, sólo en caso que el contrato de arrendamiento respectivo conste en escritura pública inscrita en el Conservador de Bienes Raíces antes de la inscripción prendaria. Nótese que la redacción de este artículo es prácticamente igual al del artículo 22 de la Ley de Prenda, con la salvedad que en esta última se omite dar preferencia, ya sea al acreedor prendario o al arrendador.

La Ley N° 18.112 contempla el derecho legal de retención a favor del arrendador en términos similares al de la nueva ley, excepto por la exigencia de las inscripciones que ordena el nuevo texto. Se asemejan también ambos textos legales en el hecho que ninguno de ellos regula el conflicto de intereses entre el acreedor prendario y el arrendador. Según el profesor Orrego⁶⁹ "pareciera razonable concluir que se pague primero el acreedor prendario, pues la prenda se inscribió antes del decreto judicial que concedió el derecho legal de retención", haciendo aplicable la solución dada por el artículo 2477 del Código Civil respecto del concurso de hipotecas. Otra solución es hacer concurrir a todos los acreedores privilegiados, para ser pagados a prorrata de sus créditos. En mi opinión, la solución de dar preferencia al acreedor cuya inscripción fue practicada primero, es más acorde con las normas y principios que inspiran el sistema registral chileno; por lo demás es la solución que adoptó la nueva ley frente a la pluralidad de prendas⁷⁰, de manera que en aplicación del aforismo

realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan. El decreto judicial que declare procedente la retención de inmuebles deberá inscribirse en el Registro de Hipotecas."

⁶⁹ Orrego, Op. Cit, pág. 454

⁷⁰ El artículo 16 dispone: "Se podrá constituir una o más prendas sobre un mismo bien, prefiriéndose por el orden cronológico de sus respectivas inscripciones en el Registro de Prendas sin Desplazamiento."

jurídico que señala que "donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición", compartimos plenamente la opinión del profesor Orrego en esta materia.

Por último y a riesgo de parecer redundante, no hay que olvidar que la circunstancia que el Código Civil no regule esta materia en las normas de la prenda ni en las de prelación de créditos, obedece a que la prenda civil clásica necesariamente requiere de la entrega de los bienes pignoralados al acreedor, de manera que antes de la aparición de las prendas sin desplazamiento, difícilmente pudo producirse una colusión de derechos entre distintos acreedores de una misma cosa: es imposible que la cosa se encuentre en manos de más de un acreedor.

2. Derecho legal de retención en el caso de las mercaderías en tránsito

El artículo 40 de la Ley, otorga a "los beneficiarios de los documentos de que trata el artículo 10", esto es, a los beneficiarios de documentos de embarque, guía aérea, carta de porte o documento que haga las veces de cualquiera de los anteriores, el derecho legal de retención de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, a diferencia de lo que ocurre por regla general con la concesión de este derecho en otras leyes. Este derecho operará mientras no se les reembolse lo pagado o no se les garantice con prenda sobre los bienes respectivos, lo que hayan pagado o se hayan obligado a pagar, según corresponda.

Adicionalmente, estos retencionarios tienen "la facultad de pagar por cuenta del deudor los gastos e impuestos y realizar los trámites requeridos para desaduanar e internar la mercadería en el país, si ello fuere necesario. Incluso, pueden obtener la realización de la mercadería retenida, para el reembolso de los pagos, conforme al procedimiento ejecutivo que establece la presente ley".

El fundamento de este derecho de retención concebido por el legislador en tan amplios términos, también radica en el amparo de los terceros que actúan por cuenta

del deudor. En todo caso, el artículo 40 en comento es prácticamente igual al artículo 29 de la Ley N° 18.112, por lo que en esta materia no existen innovaciones.

- CAPÍTULO IV -

EJECUCION DE LA PRENDA

El Título VI de la Ley regula la realización de la prenda y la cesión del derecho de prenda, que ya vimos anteriormente.

El artículo 29, primero del Título indicado, señala que "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". A continuación veremos las particularidades que presenta la realización de la prenda, con relación al juicio ejecutivo y con relación además, al bien constituido en prenda.

1. Procedimiento Ejecutivo

La regla general en esta materia, está contenida en el artículo 30 de la Ley, el que distingue entre las siguientes situaciones:

a) El contrato de prenda y la obligación caucionada constan del mismo documento, que puede ser escritura pública o copia autorizada de instrumento privado protocolizado. Para que el título tenga mérito ejecutivo respecto de las obligaciones que en él se consignan, éstas deben constar de alguna de las dos siguientes maneras:

- i. la obligación debe haber sido contraída en el mismo instrumento, como sucede por ejemplo si el contrato es de mutuo y prenda o de reconocimiento de deuda y prenda;

- ii. la obligación debe estar individualizada con precisión, en cuanto a su origen, monto, plazo e interés. Además, en este caso conforme lo exige el artículo 3º de la Ley, copia del título debió haberse protocolizado al momento de la celebración del contrato de prenda.

b) El contrato de prenda y la obligación caucionada constan de documentos distintos, en cuyo caso se debe acompañar a la demanda el título en que conste la obligación cuyo pago se reclama, el que necesariamente debe tener mérito ejecutivo.

El precepto agrega en su inciso 2º que "la notificación de la demanda y el requerimiento de pago se regirán por lo establecido en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil", norma que a su vez señala que "La notificación de la querella se practicará en conformidad a lo que dispone el Título VI del Libro I; pero en el caso del artículo 44 se hará la notificación en la forma indicada en el inciso 2º de dicho artículo, aunque el querellado no se encuentre en el lugar del juicio". En consecuencia, conforme a estas normas, tenemos que la notificación de la demanda y el requerimiento de pago deben efectuarse en forma personal al ejecutado. Si éste no es habido, estampadas que sean las dos búsquedas en días distintos que ordena el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, se podrá practicar la notificación por cédula, sin necesidad de acreditar que el ejecutado se encuentra en el lugar del juicio, pues el artículo 553 del citado Código lo permite.

Continuando con el procedimiento, el artículo 30 en su inciso 3º dispone que "Notificados el deudor prendario y el constituyente de la prenda, si este último fuere distinto, el acreedor prendario podrá pedir la inmediata realización de la prenda, aunque se hubieren opuesto excepciones". De la redacción del precepto, se infiere que no hay mayores diferencias en cuanto a la realización de la prenda, si la acción se dirige en contra del deudor personal que la posea o en contra del tercero que tenga la especie en su poder, ya sea porque detenta la calidad de constituyente, o bien, porque es el tercer adquirente del bien prendado. No obstante, el artículo 35 de la Ley dispone que "La acción de desposeimiento contra el tercero poseedor que no sea deudor

personal, se sujetará a las normas del Título XVIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, en lo que no sean contrarias a la naturaleza de la cosa prendada o del contrato de prenda". La diferencia importante en el juicio de desposeimiento radica en la posibilidad que tiene el ejecutado de hacer entrega de las especies prendadas, luego de requerido al efecto.

El artículo 30 no sólo permite la continuación del procedimiento de apremio a pesar de la interposición de excepciones, sino que además niega la posibilidad que el ejecutado oponga las excepciones previstas en los números 2, 4, 8 y 15 del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la falta de capacidad del demandante o de personería o representación legal del que comparezca en su nombre, la ineptitud del libelo por falta de algún requisito legal en el modo de formular la demanda, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 254, el exceso de avalúo en los casos de los incisos 2º y 3º del artículo 438 y la pérdida de la cosa debida, en conformidad a lo dispuesto en el Título XIX, Libro IV del Código Civil, respectivamente.

En todo caso, la nueva ley es bastante más benigna con el deudor, pues la Ley 18.112 en su artículo 22 establece que únicamente son admisibles "las excepciones del pago y remisión de la deuda, siempre que se funden en antecedente escrito, y la de prescripción".

Otra diferencia importante entre ambos textos legales, se aprecia en la gestión procesal destinada a resolver la petición del ejecutante, en orden a obtener la realización inmediata de la prenda; mientras la Ley 18.112 sólo exige para que el tribunal resuelva la citación del deudor⁷¹, la Ley 20.190 establece que "El tribunal resolverá, con citación del deudor prendario y del constituyente de la prenda", vale decir, ambos deben ser citados. Por último, el tribunal podrá pedir que el acreedor caucione previamente los resultados del juicio.

⁷¹ Art. 23, Ley 18.112

En materia de remate de animales prendados, la nueva ley contiene una norma similar a la Ley 18.112, pues su artículo 34 dispone que "Si las especies a realizar fueren animales, el tribunal podrá disponer que se vendan en la feria que indique, debiendo en tal caso publicarse avisos durante dos días en el periódico que el tribunal señale".

2. Procedimiento de Realización de la Prenda sobre Créditos

El artículo 31 se refiere a la realización de la prenda sobre créditos, estableciendo que el acreedor ejecutante podrá "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". La Ley se pone en el caso que sean varios los créditos adeudados por el mismo deudor, o bien, dado que el embargo será practicado en dineros de un tercero ajeno al juicio, exige que el crédito materia del embargo sea singularizado con precisión, pues ordena que "La resolución deberá identificar el crédito respecto del cual se solicita el pago e incluir instrucciones para que el deudor del mismo pueda cumplir con lo ordenado".

El inciso segundo de este precepto señala que si el obligado a la retención, esto es, el deudor del crédito prendado no cumple con lo ordenado, a solicitud del acreedor el Tribunal despachará en su contra mandamiento de ejecución y embargo. En este caso, el acreedor ejecutante, no obstante que no posee la calidad de acreedor directo del demandado, puede hacer valer el derecho de prenda general en su contra. Esta disposición es concordante con el artículo 12 del D.L. 776 de 1925 sobre Realización de la Prenda⁷², que dispone que para los efectos del cobro del crédito prendado, se

⁷² D.L. 776, Art. 12. "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

entiende que el acreedor representa legalmente al dueño del crédito, esto es, a su deudor prendario.

Agrega este mismo precepto que "si el deudor del crédito prendado no pudiere cumplir con lo ordenado en el inciso primero", esto es, con la retención del dinero y su posterior consignación en la cuenta corriente del tribunal, dicho deudor "deberá comunicar al Tribunal, dentro del tercer día, las causas que le impiden acatar dicha resolución". Entendemos que la "comunicación" ordenada por la ley debe efectuarse bajo la forma de una presentación o escrito que deberá agregar al proceso, pues ella debe ser puesta en conocimiento del acreedor prendario ejecutante, quien dispone del plazo de 5 días "para objetarla o exponer lo que convenga a su derecho". De no ser rechazada la objeción del ejecutado, se le dará tramitación de incidente, pero si es rechazada, a petición del acreedor ejecutante, el tribunal despachará mandamiento de ejecución y embargo en contra del deudor del crédito pignorado.

Podría suceder que la obligación caucionada con la prenda venza antes que el crédito prendado, o bien, que el deudor prendario haya incurrido en alguna causal de exigibilidad anticipada que habilite al acreedor para cobrar la obligación caucionada antes del vencimiento pactado. ¿Es posible cobrar en forma anticipada el crédito prendado en estos casos? Entendemos que ello no es posible por dos razones; (i) en primer lugar, una razón de texto: la Ley 20.190 no se refiere a esta materia, pero si lo hace el artículo 12 del D.L. 776 de 1925, que dispone que "Si la prenda consistiere en un crédito por suma de dinero, el acreedor prendario deberá cobrarlo a su vencimiento..."; y (2) porque normalmente el deudor del crédito pignorado será ajeno a la relación contractual entre el acreedor prendario y su deudor, de manera que no le empecen los pactos que éstos realicen acerca de la caducidad del plazo de la obligación caucionada y por tanto, el acreedor prendario no tendrá ninguna justificación para cobrar en forma anticipada el crédito prendado.

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."

3. Realización de la Prenda sobre Créditos con Flujos Periódicos

El artículo 32 se refiere a la realización de la prenda constituida sobre este tipo de créditos, señalando que "Si la prenda recayere sobre créditos con flujos periódicos, el mandamiento de ejecución que se despache para el primero de los pagos se considerará suficiente para el pago de los restantes, sin necesidad de nuevo requerimiento".

El legislador en este caso, no distinguió si los "flujos periódicos" provienen de un contrato de tracto sucesivo o de uno de ejecución escalonada⁷³. En estricto rigor jurídico, en el primer caso estamos en presencia de derechos futuros, pues en tales contratos "las obligaciones van naciendo y extinguiéndose sucesiva y periódicamente"⁷⁴. Conforme a ello, aplicándose a estos flujos las reglas dadas por el artículo 9º de la Ley de Prenda que vimos anteriormente, sería impracticable la norma del artículo 32 en comento, toda vez que para poder despachar el mandamiento de ejecución de rigor, sería menester que en forma previa se inscriba cada uno de los flujos, una vez devengado el derecho para efectuar su cobro.

Entendemos que ese no fue el propósito del legislador y por tanto, nos inclinamos a pensar que la regla de ejecución de la prenda sobre créditos con flujos futuros, es aplicable a todos los flujos futuros, ya sea que provengan de contratos de ejecución postergada, como lo es típicamente la compraventa cuyo precio es pagado a plazo, o de contratos de tracto sucesivo, como es el caso del contrato de arrendamiento y más importante aún, el contrato de ejecución de obras públicas, en los que los "estados de pago" son desembolsados contra el avance de las obras

⁷³ Vodanovic señala que el contrato de *tracto sucesivo* no debe ser confundido con el de *ejecución escalonada o a plazo*, indicando que éste último es aquel en que *las obligaciones de las partes se cumplen por parcialidades en diferentes oportunidades*, siendo el caso más típico el de la compraventa cuyo precio se paga a plazo. "Fuentes de las Obligaciones", pag. 69.

contratadas. Cabe señalar que bajo el imperio de la legislación actualmente vigente, que no permite constituir prenda sobre bienes futuros, ha sido frecuente que las autoridades públicas –Ministerio de Obras Públicas, especialmente-, se nieguen a aceptar la prenda respectiva, precisamente sobre la base que los pagos comprometidos bajo la figura de los estados de pago, constituyen bienes futuros.

De acuerdo a la norma contenida en el artículo 32 de la Ley, al deudor del crédito pignorado le será suficiente la notificación del mandamiento de ejecución del primer pago periódico, para que se encuentre obligado a depositar los pagos o flujos posteriores en la cuenta corriente del tribunal, sin necesidad de una nueva notificación.

4. Situación de la Realización de la Prenda sobre Derechos de Concesión

Las prendas especiales que trata el artículo 6° de la Ley tienen también un tratamiento diferente en cuanto a su realización, que se encuentra regulado por el artículo 33, norma que contiene las siguientes reglas:

- a) Estos derechos de concesión sólo podrán ser transferidos a quien de cumplimiento a los requisitos establecidos en las leyes, reglamentos y bases de licitación para ser concesionario. Ello significa que no cualquier postor puede adjudicarse el derecho de concesión materia de la ejecución. Según el profesor Orrego⁷⁵ se trataría de un contrato dirigido, dado que el legislador ha señalado quienes pueden adquirir el derecho del concesionario.
- b) Para determinar lo anterior, el Tribunal de la causa debe oficiar a los organismos que hayan otorgado o aprobado el otorgamiento de dicho derecho, quienes deben informar los requisitos para que pueda ser adjudicado en la subasta.

⁷⁴ Abeliuk, René, "Las Obligaciones", Tomo I, pág. 91, Edit. Jurídica, 1993

⁷⁵ Orrego, op. cit., pág. 465

- c) Los requisitos que sean informados al tribunal, se deben incluir en las bases de remate, pues pasarán a formar parte integrante de las mismas.
- d) El acta de remate deberá ser reducida a escritura pública y deberá ser firmada por el juez, el adjudicatario y los "organismos respectivos" –entendemos que son los mismos que contestaron el oficio referido en la letra b) anterior- , dentro del plazo de 60 días de efectuada la adjudicación. En este punto la ley otorga valor al silencio, señalando que si tales organismos no concurren a firmar dentro del plazo señalado, se entenderá que consienten en la transferencia, "a menos que manifiesten su oposición y la notifiquen por medio de un ministro de fe al adjudicatario". Esta última disposición no sólo no se compadece del adjudicatario que con seguridad debió recurrir a préstamos bancarios para poder pagar el precio de los derechos de concesión adjudicados, sino que vulnera las normas procesales sobre el efecto de las sentencias ejecutoriadas, como lo es la que ordena extender la escritura pública de adjudicación. En mi opinión, al menos se debió fijar un plazo, acorde con el que disponga el adjudicatario para consignar el precio del remate, para que las autoridades puedan oponerse a la adjudicación.

El procedimiento antes señalado, indica la ley, no se aplica en caso que el acreedor prendario, en lugar de pedir la realización de los derechos prendados, opte "por proceder al embargo de las utilidades o de cualquier otro pago que el contrato respectivo contemple y que se encuentre prendado a su favor." En tal caso, una vez trabado el embargo, el tribunal deberá designar un depositario, "quien tendrá las facultades y deberes de interventor judicial, de conformidad con el artículo 294 del Código de Procedimiento Civil; y para ejercer las que le correspondan al cargo de depositario, procederá en todo caso con autorización del juez de la causa".

5. Efecto de la declaratoria de quiebra

El artículo 36 de la Ley de Prenda dispone que "En los juicios civiles a que se refiere esta ley, no se considerará el fuero personal de los litigantes, ni se suspenderá su tramitación por la declaración de quiebra, excepto lo prescrito en los artículos 125 y 126 de la ley N° 18.175". Cabe señalar que esta referencia debe entenderse hecha a los artículos 125 y 126 del Libro IV del Código de Comercio, al que se incorporó la Ley de Quiebras, conforme a la Ley número 20.080 del año 2005. Ambos artículos corresponden al Título IX del Libro IV del Código de Comercio, denominado "De la realización del activo", y se refieren a la enajenación de los activos de la fallida como "unidad económica".

El artículo 125 regula lo que deben contener las bases de la enajenación como unidad económica, señalando: "Cuando en la unidad económica hubiere bienes afectos a gravámenes constituidos en favor de terceros, se indicará específicamente en las bases la proporción que en el precio total corresponda a cada uno de dichos bienes, para el solo efecto que tales terceros puedan hacer valer los derechos que procedan dentro del juicio de quiebra". En tanto, el artículo 126 impide a los acreedores preferentes iniciar o ejecutar sus garantías en forma separada, si aquellas están comprendidas dentro de la unidad económica.

6. Concurso de acreedores prendarios e hipotecarios

El artículo 37 de la Ley considera dos hipótesis, a saber:

a) Concurso de acreedores prendarios:

Habiendo varios acreedores prendarios, el precepto dispone que junto con la notificación de la demanda y el requerimiento de pago que debe practicarse al deudor prendario en la forma prevista en el artículo 30, deberá notificarse "del mismo modo, a

los demás acreedores prendarios que tengan derecho sobre el bien prendado, los cuales serán cubiertos sobre el precio del remate en el orden que les corresponda, independientemente que su crédito no se haya devengado".

No obstante que el texto no lo dice expresamente, entendemos que la norma contenida en el artículo 37 inciso 1º, se refiere a la posibilidad que se produzca la denominada "purga" de la prenda, esto es, la caducidad de la prenda, que al igual como sucede con la hipoteca, se producirá en el evento que el producto de la subasta no alcance para pagar a todos los acreedores prendarios que siendo legalmente emplazados, concurren a la subasta.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la hipoteca, el legislador no dictó una regla similar a la prevista por los artículos 2428 del Código Civil y 492 del Código de Procedimiento Civil, en orden a que:

- i. no establece de manera expresa la caducidad de la prenda como lo hace el inciso 2º del artículo 2428 ("Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el juez"). Con todo, de la redacción del artículo 37 de la Ley se desprende que la prenda se extingue respecto de todos los acreedores prendarios que han sido citados en conformidad a la ley. La caducidad en este caso, se producirá en el evento que el producto de la subasta del bien prendado, no alcance para cubrir la totalidad de los créditos que se hicieron valer en el juicio de cobro respectivo.
- ii. no concede a los acreedores prendarios citados el derecho de optar entre conservar la prenda o ser pagados con el producto de la subasta. De hecho, de la redacción del artículo 37 se desprende inequívocamente que una vez citados, los acreedores prendarios no tendrán más alternativa que ser pagados con el producto de la subasta, lo que implica que necesariamente tendrán que exigir en forma anticipada el o los créditos caucionados con la prenda. Naturalmente, los acreedores citados deberán analizar si les conviene apersonarse al juicio al que han sido citados o no, a la luz del valor de la garantía, el orden o grado de su prenda, la existencia de otras cauciones, etc.

- iii. por último, para que la prenda se purgue, es menester que el ejecutante tenga la calidad de acreedor prendario; no basta que sólo tenga la calidad de acreedor embargante, toda vez que el artículo 37 de la Ley parte señalando "En la realización de la prenda...". En consecuencia, si la especie pignorada sólo es embargada por algún acreedor valista del deudor prendario, no resulta posible aplicar esta normativa y por tanto, los acreedores prendarios conservarán sus garantías, a pesar que la especie prendada sea vendida en subasta judicial.

Otro aspecto que es importante destacar, es la oportunidad en que debe practicarse la notificación a los acreedores prendarios. El artículo 37 ordena que "junto con la notificación de que trata el inciso segundo del artículo 30, deberá notificarse, del mismo modo, a los demás acreedores prendarios...". De acuerdo a la redacción de la norma, se desprenden dos cosas: (i) la citación a los demás acreedores prendarios debe practicarse simultáneamente con la notificación y requerimiento al ejecutado; (ii) tal citación puede ser notificada de la misma forma que la demanda, esto es, se puede notificar a los acreedores por cédula sin necesidad de acreditar que se encuentran en el lugar del juicio.

¿Podría el acreedor ejecutante adjudicarse los bienes pignorados con cargo a su crédito? En nuestra opinión, no existiría inconveniente en la medida que se caucionen los intereses de los acreedores de mejor derecho, esto es, los que gozan de prendas de mejor grado.

b) Concurso de acreedores prendarios e hipotecarios:

El inciso 2º del artículo 37 de la Ley se refiere a la situación prevista por el artículo 14 que vimos con anterioridad, esto es, al caso en que los bienes corporales muebles prendados se transforman en inmuebles por destinación o adherencia, los cuales son ejecutados a iniciativa del acreedor hipotecario.

En este evento, la ley dispone que el acreedor hipotecario ejecutante debe citar a los acreedores prendarios "de conformidad con el artículo 2428 del Código Civil,

teniendo lugar lo previsto en los artículos 492 y 762 del Código de Procedimiento Civil, en la medida que resulten aplicables".

Es necesario recordar que en conformidad al artículo 14 de la Ley, la prenda prefiere a la hipoteca posterior, si aquella es anotada al margen de la inscripción hipotecaria, de manera que el acreedor prendario que ha cumplido con dicha exigencia y es citado, podrá optar por mantener su prenda si el crédito caucionado no se encuentra vencido, pues tal derecho le otorga el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, al que se remite el precepto en comento. ¿Puede ejercer este derecho el acreedor prendario que no hizo anotar su prenda al margen de la inscripción hipotecaria? Nos inclinamos por la respuesta afirmativa, toda vez que la sanción que contempla el legislador para la falta de anotación, es la purga de la prenda sin necesidad de citación al acreedor prendario, pero a éste no le está vedado comparecer espontáneamente en el juicio respectivo, en cuyo caso podrá hacer valer la prenda, pero sin preferencia frente al acreedor hipotecario.

No se divisa la razón por la cual el legislador otorgó el derecho de opción del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil al acreedor prendario frente al acreedor hipotecario, pero no frente a sus pares.

Por último, tampoco en este caso el legislador previó la posibilidad que los bienes sean ejecutados por un acreedor valista. En este caso, el acreedor hipotecario puede hacer valer sus derechos en conformidad a las reglas generales (artículos 2428 del Código Civil y 492 del Código de Procedimiento Civil), pero los derechos de los acreedores prendarios quedan desprotegidos. Además, con esta falta de regulación se restan incentivos para que existan interesados en la subasta. Al igual como sucede en la actualidad con la interpretación del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil ("Si por un acreedor hipotecario de grado posterior...") lo más probable es que los tribunales acepten la aplicación del artículo 37 de la Ley de Prenda, a las ejecuciones seguidas por acreedores valistas de bienes gravados con prenda.

CONCLUSIÓN

En la parte inicial de este trabajo, señalamos que el propósito buscado por el legislador con la creación de esta nueva Ley de Prenda fue la de otorgar a las personas un mejor acceso al crédito, lo que requiere necesariamente que el otorgamiento de las garantías respectivas cumplan con los elementos necesarios para satisfacer las exigencias de ambas partes de la relación crediticia. En este sentido, el legislador indicó que de parte del acreedor, se requería de una garantía que ofrezca seguridad en el resguardo del crédito y de parte del deudor, la posibilidad de ofrecer en garantía activos no considerados hasta hoy como susceptibles de ser otorgados en garantía y, - en beneficio de ambas partes – el legislador expresó la necesidad de crear un procedimiento más expedito y de menor costo para la constitución de garantías prendarias.

En el desarrollo del presente trabajo, hemos visto que el propósito antes indicado se ha cumplido en una gran parte, pues no cabe duda que la Prenda sin Desplazamiento creada por la Ley N° 20.190 constituye un avance importante de nuestra legislación en diversos aspectos.

En primer término, su régimen registral electrónico conlleva un cambio de gran envergadura, que si bien es acorde con el uso masivo de los medios tecnológicos, genera un fuerte contraste con nuestro vetusto sistema judicial civil y especialmente con nuestro sistema registral de los inmuebles, pero más allá de la modernidad en si misma, el régimen electrónico creado en la nueva prenda está destinado a satisfacer la necesidad de rapidez y abaratamiento de costos antes mencionada. Además y más importante que lo anterior, el gran cambio positivo es el carácter único del nuevo registro: en esta particularidad radica una de las fortalezas de la nueva prenda, cual es la de dar seguridad al acreedor – similar a que brinda la hipoteca – que no existe en la actual legislación de prendas. Dicho de otro modo, esta fortaleza subsistiría aún en el evento que sin derogar las prendas existentes, el legislador hubiese optado por

ordenar la inscripción de aquéllas en el registro de prendas creado por la Ley. En este punto, es pertinente recordar que una de las críticas más importantes que se han vertido respecto de la prenda sin desplazamiento de la Ley N° 18.112 es su régimen de publicidad, el que teóricamente obliga a revisar los diarios oficiales desde el momento en que elabora el bien que se ofrece en garantía, razón por la cual no otorga confianza al acreedor. En definitiva, estimamos que la seguridad que brinda la nueva prenda al acreedor se origina fundamentalmente en la creación de este sistema unificado de registro de prenda, más que en el hecho que se trate de una prenda única, aspecto que en ningún caso es menor.

En efecto, la creación de esta prenda, destinada a ser la única en su especie una vez que entre en vigor, constituye un hecho de gran relevancia toda vez que al existir este solo cuerpo normativo, se logrará disipar la confusión que produce la diversidad de normas existentes en esta materia, la mayoría de las cuales se dictaron en una época muy diferente al actual y por tanto no satisfacen las necesidades del mundo actual globalizado y tecnificado, que demanda de actos jurídicos con mínimas formalidades. De otro lado, el hecho de regular en un solo cuerpo legal este tipo de garantía, evitará que se produzcan interpretaciones, ya sea de índole doctrinaria o judicial, en torno a la supremacía de una u otra prenda, como sucedió hace algunos años atrás con la "súper preferencia" de la prenda industrial.

Otro aspecto relevante es que la nueva prenda ha venido a llenar un vacío, cual es el regular la constitución de garantía prendaria sobre derechos y sobre bienes futuros. Con la prenda en estudio se ha ampliado la gama de bienes que el deudor puede ofrecer en prenda, brindando de esta manera que se facilite el acceso al crédito y por tanto, se cumple en gran parte el fin perseguido por el legislador, pues a pesar que la institución de la prenda sin desplazamiento existe en nuestro país desde hace prácticamente cien años, hasta ahora no había una ley que contemplase la posibilidad de dar en prenda derechos o bienes futuros, con la amplitud con que lo ha regulado la nueva normativa, no obstante que en nuestra opinión faltó incluir, por ejemplo, las cuentas por cobrar dentro de esta ley.

Un punto positivo de la nueva prenda y que constituye un gran avance radica en que la nueva normativa se ocupe de regular la prenda sobre valores sin impresión física, aun cuando entendemos que en lo inmediato no va a producir mayores efectos prácticos, toda vez que este es un mercado incipiente; no obstante, es positivo que se sienten las bases para lo que a futuro se desarrolle en esta materia.

De lo expuesto anteriormente, en nuestra opinión se ha cumplido con el objetivo que tuvo en mente el legislador al dictar esta nueva ley de prenda, en orden a unificar las prendas anteriores y simplificar su proceso de constitución; incrementar los bienes aptos de ser prendados y crear un registro centralizado, único y electrónico en el cual deberán ser inscritas todas las prendas sin desplazamiento.

A la fecha no ha sido dictado el reglamento destinado a organizar el Registro de Prendas sin Desplazamiento que marcará la entrada en vigencia de la nueva ley de prenda. Es de esperar que dicho reglamento salga a la luz más temprano que tarde, pues sólo la aplicación práctica de la nueva normativa dirá si en definitiva ella cumple con la finalidad perseguida por el legislador, a la que nos hemos referido al inicio y al término de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Historia de la Ley N° 20.190, Biblioteca del Congreso Nacional, 5 de Junio de 2007.
2. SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL "Tratado de Las Caucciones", Editorial Jurídica Ediar ConoSur Limitada, no indica año.
3. VODANOVIC, ANTONIO, "Curso de Derecho Civil: Fuentes de las Obligaciones" basado en las explicaciones de los profesores Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, Editorial Nacimiento, 1942.
4. VODANOVIC, ANTONIO, "Curso de Derecho Civil: Los Bienes y los Derechos Reales" basado en las explicaciones de los profesores Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, Editorial Nacimiento, 1974.
5. ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, "Las Obligaciones", Editorial Temis S.A. – Editorial Jurídica de Chile, 1993.
6. DÍEZ DUARTE, RAÚL, "Cesión de Derechos", Editorial Jurídica Conosur, 1995
7. LECAROS SÁNCHEZ, JOSÉ MIGUEL "Las Caucciones Reales", Metropolitana Ediciones, 2001.
8. ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS "La Prenda sin Desplazamiento de la Ley N° 20.190", en Vargas Miranda, Rafael "Caucciones Reales, Prenda e Hipoteca", Editorial Metropolitana, 2008.

9. Cosechas o Frutas Futuras”, en Gaceta Jurídica N° 160.
10. SÖCHTING HERRERA, ANDRÉS, "Prenda sin Desplazamiento: Nueva Regulación Legal", artículo publicado en "La Semana Jurídica" N°351.
11. IBARRA VIDELA, ROBERTO MANUEL GUSTAVO "De la Prenda Sin Desplazamiento: Ley N° 18.112", Tesis UCH, 1988