



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

EL CONTRATO DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE LA LEY N° 20.190

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas
y Sociales

SEBASTIÁN JESÚS CORNEJO AGUILERA

Profesor Guía: Hugo A. Cárdenas Villarreal

Profesor Informante: Joaquín E. Polit Corvalán

Santiago, 2016

TABLA DE CONTENIDOS

CAPÍTULO I – LA FORMACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN

1. Historia de la Prenda en el Derecho Nacional	6
2. Discusión Parlamentaria en torno a la Nueva Regulación	15
2.1. Objetivos de la Nueva Prenda Sin Desplazamiento	15
2.2. Principales cambios al proyecto de Ley	22
2.3 Historia de la Ley 20.855	28

CAPÍTULO II - EL NUEVO CONTRATO DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

1. La Nueva Prenda Sin Desplazamiento es un Contrato	35
2. Características del Contrato: La ausencia de impacto de categorías clásicas.	43
2.1. Unilateralidad y Bilateralidad.	44
2.2. Gratuidad y Onerosidad	48
2.3. Accesoriedad: ¿Lo accesorio sigue siempre la suerte de lo principal?	49

CAPÍTULO III – LA NUEVA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DESDE LA ÓPTICA DE LA TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO

1. Elementos del Contrato	53
1.1. El Objeto: Universalidad vs. Certeza.	53
1.2. La Causa: Sin obligación principal, no existe prenda.	62
1.3. Solemnidades	63

1.3.1. Solemnidades Externas: Escrituración, Protocolización y Registro..	64
1.3.2. Solemnidades Internas: Menciones Obligatorias.....	69
2. El Registro Nacional de Prendas Sin Desplazamiento: El Choque de dos Épocas.....	76

**CAPÍTULO IV – LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS QUE NACEN DEL
CONTRATO DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO**

1. Principales Obligaciones.....	85
1.2. Obligaciones del Pignorante: Conservación Material y Jurídica.....	85
1.2. Obligaciones del Pignoratario: Alzamiento Forzado de La Prenda.....	95
3. El Derecho Real de Prenda Sin Desplazamiento.....	102

**CAPÍTULO V – EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE PRENDA SIN
DESPLAZAMIENTO**

1. Modos de Extinguir Voluntarios y No Voluntarios.....	106
2. El Pago de La Obligación Principal y Accesoría.....	107
3. Otros Modos De Extinguir Las Obligaciones.....	111

CAPÍTULO VI – ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES

1. Ejecución de la Prenda: Cambios introducidos por la ley al juicio ejecutivo.....	121
2. La Retroactividad en el Proceso Penal: Tres alternativas para un mismo problema..	127

CONCLUSIÓN.....	135
-----------------	-----

ANEXOS

1.- Cuadro Informativo de las Sentencias Consultadas.....	141
2.- Respuesta RVM. T. N° 0111-2014, de fecha 21 de noviembre del 2014	142
BIBLIOGRAFÍA	143

INTRODUCCIÓN

El contrato de prenda regulado por el Código Civil es uno de los llamados reales, lo cual significa que éste se perfecciona con la entrega de la cosa prendada, en otras palabras, la prenda se desplaza de la tenencia de su dueño o poseedor hacia la del acreedor prendario. El desplazamiento de la cosa significó que la prenda perdiera importancia como un medio eficaz para garantizar una obligación principal, ya que no sólo era poco atractiva para el deudor, que perdía la capacidad productiva del bien, sino que también para el acreedor, quien mantenía la tenencia de una cosa ociosa que serviría de mejor provecho para los efectos de incrementar el patrimonio de su deudor. En este sentido la prenda sin desplazamiento se presenta como una respuesta eficaz para restituir a la garantía mobiliaria a un lugar de importancia dentro del cuadro del financiamiento en nuestro país.

En la presente investigación se usará la metodología descriptiva, deductiva y dogmático-jurídica, para el análisis del nuevo contrato de prenda sin desplazamiento regulado por el artículo 14 de la Ley N° 20.190, el cual entró en vigencia el día 20 de enero del 2011. Esta ley se encuentra regulada dentro de otra, la Ley de Mercado de Capitales II, la que propiamente es la numerada como 20.190, siendo la regulación actualmente analizada un artículo dentro de la norma que, a su vez, contiene su propio articulado. Es por esto que la manera adecuada de referirse a un artículo en particular de la nueva ley de prenda sin desplazamiento es la siguiente: artículo N del artículo 14 de la Ley 20.190, sin embargo,

debido a la inconveniencia resultante de ocupar este tipo de indicación es que en las páginas siguientes omitiré referirme al artículo 14 de la Ley 20.190, recurriendo a la sinécdoque para la indicación del articulado, simplificándola por lo tanto a “el artículo N de la Ley”. El trabajo se dividirá en seis capítulos, que a su vez contendrán títulos y subtítulos.

En el primer capítulo se realizará una breve mirada en retrospectiva a la institución de la prenda en el Derecho nacional, desde sus orígenes romanos a la regulación como contrato real en el Código Civil, pasando por algunas de las regulaciones especiales que con anterioridad regularon el contrato materia de esta investigación, para terminar con la nueva ley y la discusión parlamentaria que se produjo en torno a su elaboración.

En el segundo, tercer, cuarto y quinto capítulos se revisará el régimen jurídico del contrato, a través del análisis de sus elementos y características, desde su nacimiento hasta su extinción, cuya regulación se encuentra presente tanto en la ley como en el reglamento, comentando en específico las adiciones que éste introdujo. En estos primeros capítulos seguiré como referencia la obra del profesor Alejandro Guzmán Brito, “Tratado de la Prenda sin Desplazamiento según el Derecho Chileno”,¹ el cual constituye el trabajo más completo que se ha escrito en nuestro país sobre la materia y el cual fue el resultado de la coordinación y complementación de numerosos artículos

¹ GUZMÁN B. Alejandro. 2011. Tratado de la Prenda sin Desplazamiento según el Derecho Chileno, Editorial Jurídica de Chile.

publicados por el autor en diversas revistas del ámbito nacional durante los años 2009 y 2010.

En el sexto capítulo revisaré los aspectos procesales de la nueva ley de prenda sin desplazamiento, haciendo hincapié en los problemas que produce la derogación de las legislaciones anteriores en cuanto a los tipos penales que éstas regulaban.

En esta investigación analicé los criterios jurisprudenciales existentes hasta el momento sobre la nueva prenda sin desplazamiento, con la advertencia de que debido a la temprana vigencia de la ley no existen al respecto numerosos fallos emanados de las Cortes de Apelaciones, aún menos de la Corte Suprema, por lo que recurrí a tres mecanismos para solventar este inconveniente. En primer lugar, se revisaron sentencias que indirectamente se refieran a la ley 20.190, a través de las resoluciones dictadas conforme a lo establecido por la ley 18.112, la ya derogada “ley de prenda sin desplazamiento”, esto debido a las coincidencias que existen entre ambas regulaciones y a que el prolongado periodo de *vacatio legis* de la nueva ley de prenda sin desplazamiento le permitió a las Cortes tener pleno conocimiento de ésta antes de su entrada en vigencia y referirse a ella de manera indirecta en la resolución de conflictos, cuando existía identidad entre ambas normas. En segundo lugar, se revisaron sentencias que se pronuncian sobre la misma institución, pero aplicada a otro tipo de contratos, así por ejemplo, lo que han dicho nuestros tribunales superiores de justicia sobre la cláusula de aceleración en el contrato de mutuo hipotecario. El segundo mecanismo no solamente

es adecuado para el análisis de cláusulas y modalidades que se ocupan en otros contratos de financiamiento que, *mutatis mutandis*, son aplicables a la fundamentación de los fallos que se refieran al nuevo contrato de prenda sin desplazamiento, sino que igualmente permitirá detectar en el futuro la existencia de una evolución en la jurisprudencia. Finalmente recurrí al análisis de sentencias referidas a características comunes de las garantías reales, como la accesoriedad. Como anexo a esta tesis se incluirá un cuadro conteniendo los datos de identificación de las diversas instancias de las trece sentencias comentadas, las cuales fueron seleccionadas como producto de una búsqueda realizada en el periodo comprendido entre el 20 de agosto del año 2014 y el 20 de enero del año 2015.

En el transcurso de la elaboración de la presente investigación se publicó la Ley N° 20.855, el 25 de septiembre del 2015, la cual “regula el alzamiento de hipotecas y prendas que caucionen créditos”, y cuya entrada en vigencia quedó postergada para el 23 de enero del 2016. Dicha norma sustituye el artículo 27 de la nueva ley de prenda sin desplazamiento, por lo que se hará referencia al modo en que se contempló inicialmente el alzamiento de la prenda y la forma en que esta nueva ley viene a regular dicha operación.

Terminado el análisis del estatuto jurídico de la nueva prenda sin desplazamiento se concluirá el presente trabajo tratando de responder a la pregunta de si es efectiva y eficaz la institución de la nueva prenda sin desplazamiento para lograr los objetivos propuestos

durante su proceso de formación, describiendo con una mirada crítica las problemáticas detectadas en cada uno de los apartados de esta investigación.

CAPÍTULO I – LA FORMACIÓN DE LA NUEVA REGULACIÓN

1. HISTORIA DE LA PRENDA EN EL DERECHO NACIONAL

La prenda o empeño es definida en el artículo 2384 del Código Civil como el “contrato por medio del cual se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito”,² a su vez, según este mismo artículo, la cosa entregada recibe igualmente el nombre de prenda y el acreedor el de acreedor prendario. A lo largo de esta investigación me referiré igualmente a la figura del acreedor prendario como el “pignoratario” y a la del deudor como el “pignorante” o “constituyente”, previniendo que éste puede tratarse de un tercero que garantiza una obligación ajena.

El concepto de prenda es equívoco, debido a que no solamente identifica al contrato y a la cosa empeñada, sino que igualmente designa el derecho real que en virtud del contrato y de la entrega de la cosa se genera para la seguridad de un crédito, oponible por lo tanto *erga omnes*.³

² Artículo 2384 del Código Civil. Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito. La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario.

³ El Código define el derecho real adoptando un concepto que es considerado el clásico (artículo 577). Se concibe como una relación persona-cosa, inmediata, absoluta; un derecho en la cosa (*ius in re*). Puede entenderse como un “poder o señorío” que tiene un sujeto sobre una cosa.

La regulación del contrato de prenda contenida en el Código Civil se enmarca dentro de la clasificación de los contratos reales, los que, según el artículo 1443, son aquellos que se perfeccionan con la tradición de la cosa a que se refiere, entendiéndose en este caso la tradición como simple entrega,⁴ quedando, por lo tanto, la cosa en custodia del acreedor prendario, quien tiene la obligación de restituirla una vez se haya extinguido la obligación principal.

La entrega de la cosa dada en prenda al acreedor trae como consecuencia que ésta desaparezca para su dueño como un medio de producción y trabajo, reduciendo su utilidad solamente a una función de financiamiento al constituirse como garantía de la

Cuando ese poder es completo, total, se está en presencia del derecho real máximo, el dominio; pero puede ser parcial, incompleto, lo que acontece en los demás derechos reales (usufructo, prenda, hipoteca). Pero esa concepción del derecho real como una relación persona-cosa ha sido intrínsecamente discutida; se objeta que es impropio concebir una relación entre una persona y una cosa, en circunstancias que en Derecho las relaciones jurídicas se establecen entre sujetos, y es el objeto de esa relación el que podrá recaer sobre una cosa. Por la disconformidad con aquella noción han surgido numerosas proposiciones para la concepción del derecho real. (...) Se entiende que entre derecho real y personal no existe una diferencia substancial. En último término, el derecho real también importa una relación entre sujetos, pero mientras en el derecho personal dicha relación se produce entre acreedor y deudor; recayendo sobre la prestación, en el derecho real esa relación tiene lugar entre el titular y el resto de las personas, recayendo, desde luego, sobre la cosa de que se trata; de este modo, el titular tiene el derecho de que se respete por todos el ejercicio de sus facultades sobre la cosa, y todos los demás, la obligación de ese respeto, absteniéndose de perturbarlo. PEÑAILILLO A., Daniel. 2009. Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. páginas 31 y 32.

⁴ *Op. cit.*, p. 212.

obligación principal a la que accede,⁵ lo que se convierte en un desincentivo a la constitución de prendas sobre bienes productivos o fructíferos.⁶

La prenda con desplazamiento, tanto civil como comercial, fue la única modalidad de prenda que nuestra legislación conoció hasta la segunda década del siglo XX.⁷ Sin embargo, desde tiempos romanos y durante la edad media la prenda podía celebrarse con o sin entrega de la cosa, conociéndose la primera como *pignus datum* y la segunda como

⁵ El desplazamiento del mueble pignorado, que es efecto de su entrega al acreedor, resulta esencial en la prenda civil y en la mercantil. Tal fue el obstáculo para la obtención de crédito que ofreció la figura regulada en los códigos concernientes, y constituyó el rasgo que más contrastó con el régimen vigente en el antiguo Derecho castellano-indiano, que había sido modelado, como vimos, a partir de aquel del derecho romano. La adscripción de la prenda sólo a los muebles, que hizo imposible las hipotecas mobiliarias o prendas sin desplazamiento, fue un rasgo impuesto a la prenda por los Derechos consuetudinarios, al menos en Francia, que los codificadores de 1800/1804 no pudieron superar. Pero pronto las necesidades del crédito se impusieron y poco a poco empezaron a emerger, de manera empírica, casuística e inorgánica, unas figuras de prendas sin desplazamiento, que no eran otra cosa que un retorno al derecho romano común, aunque en su época parecieron revolucionarias y quebrantadoras de los cánones del Derecho codificado.” GUZMÁN B. Alejandro. *op. cit.* páginas 90 y 91. En este mismo sentido ALL, Paula M. 2007. Consideraciones sobre garantías mobiliarias desde la perspectiva del sistema argentino. Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades n° 7/8 (Garantías Mobiliarias). p. 3.

⁶ Es así que la prenda sin desplazamiento en el Derecho colombiano, regulada en los artículos 1207 y siguientes de su Código de Comercio, se encuentre circunscrita únicamente a los bienes necesarios para una explotación económica o que sean resultado de dicha explotación. Al respecto LEÓN ROBAYO señala que “Si se buscan argumentos a favor de esta adscripción, y al analizar la naturaleza jurídica de esta figura, los bienes que pueden ser dados en prenda sin tenencia deben ser susceptibles de producir frutos que permitan cumplir eficazmente con la obligación.” LEÓN ROBAYO, Edgar, 2005. EN: Tapia R., Mauricio, Gaitán M., José A., Juricic C., Daniel, *et al.* 2009. Estudio sobre garantías reales y personales. Libro en homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. páginas 450 y 451.

⁷ La garantía mobiliaria constituida sobre las naves mayores, cuya regulación se encuentra en Código de Comercio, es una hipoteca, tal como lo señala el artículo 839 de dicho cuerpo legal.

pignus conventum (o *pignus obligatum*), o hipoteca mobiliaria, diferenciándose ambos actos solamente por su nombre.⁸ Pero la flexibilidad de la institución de la prenda no sólo se circunscribía a los bienes muebles, ya que no sólo se permitía una prenda mobiliaria con desplazamiento, sino que también una prenda inmobiliaria con desplazamiento, por lo que dentro de las combinaciones posibles, teniendo en consideración la naturaleza de la cosa de la cual se trata y del desplazamiento de la misma, se podían constituir tanto hipotecas mobiliarias e inmobiliarias, como prendas mobiliarias e inmobiliarias.⁹ Es por lo mismo que al hablarse de garantía real mueble sin entrega de la cosa, la institución puede adoptar tanto la modalidad de hipoteca mobiliaria como de prenda sin desplazamiento, siendo el elemento determinante en nuestro Derecho, para fundamentar y mantener tal o cual denominación, el que la regulación especial se remita a la prenda o la hipoteca, contenidas en el Código Civil, como régimen supletorio.¹⁰⁻¹¹

Estos dos tipos de prenda se mantuvieron en nuestro país durante la colonia, recogidas en las Siete Partidas, no siendo incorporada la prenda sin desplazamiento dentro del

⁸ GUZMÁN B., Alejandro. *op. cit.*, p. 20.

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ *Ibid.* p. 63

¹¹ La prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190 se remite a la regulación del Código Civil en el inciso 2° del artículo 1°: En lo no previsto por la presente ley, se aplicarán las disposiciones del contrato de prenda del Código Civil.

Código Civil por la influencia de la costumbre contractual francesa, la cual despreció la constitución de prendas sin desplazamiento debido a la inseguridad que significaba que la cosa permaneciera en poder del deudor, por la naturaleza mueble de la misma y la alta posibilidad de que ésta desapareciera,¹² costumbre luego recogida por el *Code*¹³ en sus artículos 2114, 2119, 2071 y 2072.¹⁴ Esto produjo un sigma entre las garantías reales muebles e inmuebles, relegada la primera a la prenda y la segunda a la hipoteca, siendo uno de los elementos de su diferenciación el desplazamiento de la cosa entregada en garantía para la seguridad de la obligación principal.¹⁵

Esta situación cambio en nuestro país durante el siglo XX, con la regulación de contratos de prenda especiales que no desplazaban la cosa de la tenencia de su dueño, los cuales se encontraban enmarcados en las principales áreas de la economía de nuestro país durante

¹² GUZMÁN B. Alejandro. páginas 36 y siguientes.

¹³ Con el paso del tiempo estas garantías fueron sufriendo cambios en su naturaleza jurídica. Desde la antigüedad hasta el siglo XIX la utilización de la hipoteca fue generalizándose respecto de los bienes raíces, a pesar de que se trataba de una prenda sin desplazamiento. La prenda, por su parte, se otorgaba con bienes muebles, exigiéndose necesariamente la tenencia de la cosa por parte del acreedor. Esta aplicación dio lugar a que los códigos civiles decimonónicos utilizaran los términos hipoteca para referirse a la garantía que recae sobre inmuebles y prenda respecto de aquella que opera frente a muebles, siempre con tenencia del acreedor. LEÓN ROBAYO, Edgar, 2009. *EN*: Tapia R., Mauricio, Gaitán M., José A., Juricic C., Daniel, *et al. op. cit.* páginas 450 y 451.

¹⁴ GUZMÁN B., Alejandro. *op. cit.*, p. 52.

¹⁵ Esta diferencia es patente en la propia definición de la hipoteca, contenida en el artículo 2407 del Código Civil, en la cual se señala que “La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.”

la primera mitad del siglo pasado. En primer lugar, la Ley N° 4.097,¹⁶ sobre prenda agraria, en el año 1927, seguida por la Ley N° 5.687,¹⁷ sobre prenda industrial, en el año 1935; durante éste mismo periodo, pero sin enfocarse en un área específica de la producción, se dictó la Ley N° 4.702,¹⁸ de prenda sobre bienes muebles comprados a plazo, en el año 1929. Sin embargo, estos regímenes especiales tenían a lo menos tres grandes falencias desde el punto de vista del financiamiento: 1) la especificidad de los bienes que podían ser dados en prenda, 2) la especificidad de las obligaciones que podían ser caucionadas, y 3) la imposibilidad de constituir una prenda con cláusula de garantía general.

En el año 1982 se dicta la Ley N° 18.112,¹⁹ de prenda sin desplazamiento, que vino a solucionar estos tres problemas; ampliando el espectro de los bienes muebles que podían ser dados en prenda y de las obligaciones caucionables y permitiendo la caución de obligaciones futuras, es decir, se admitió desde ese momento la constitución de prendas sin desplazamiento con cláusula de garantía general. Sin embargo, esta nueva ley introdujo elementos que provocaron que la prenda sin desplazamiento no cumpliera de

¹⁶ Publicada en el Diario Oficial N° 14.581 del 25 de septiembre de 1926, y N° 14.855, de 25 de agosto de 1927.

¹⁷ Publicada en el Diario Oficial N° 17.271, del 17 de septiembre de 1935.

¹⁸ Publicada en el Diario Oficial del 06 de diciembre de 1929.

¹⁹ Publicada en el Diario Oficial del 16 de abril de 1982.

forma eficiente con su rol de medio para obtener financiamiento, principalmente debido a las solemnidades y formalidades requeridas para su existencia y publicidad, a saber: la necesidad de escritura pública y la publicación en el Diario Oficial, respectivamente. Esto provocó que la prenda sin desplazamiento regulada por la Ley N° 18.112 no se haya instaurado como la respuesta definitiva a la problemática de la regulación y coordinación de esta institución debido al costo de transacción y de la poca seguridad jurídica.

Es por lo anterior que dentro de la Ley N° 20.190,²⁰ del año 2007, que introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua el proceso de modernización del mercado de capitales, conocida como Ley de Mercado de Capitales II o simplemente como MKII, se introdujo, dentro de su artículo 14, una nueva regulación para la prenda sin desplazamiento, la cual entró en vigencia el día 20 de enero del 2011, 6 meses después de la publicación del Reglamento del Registro de Prendas Sin Desplazamiento en el Diario Oficial, el día 23 de octubre del 2010, regulado por el Decreto N° 722 del 8 de septiembre del 2010 del Ministerio de Justicia.²¹

²⁰ Publicada en el Diario Oficial el 05 de junio de 2007.

²¹ Publicado en el Diario Oficial el 23 de octubre del 2010.

Podría extrañarnos a primera vista la regulación de la prenda, cuyo estudio ha pertenecido tradicionalmente a la doctrina del derecho civil, dentro de una ley de mercado de capitales, sin embargo, y tal como se adelantó, la función principal de la prenda es la de servir como medio para obtener financiamiento, incluso para romper con el círculo de la pobreza,²² ofreciendo al acreedor una garantía certera y eficiente para el cumplimiento de la obligación principal.

En nuestro país han sido en total 42 las regulaciones que se han dictado sobre el contrato de prenda, ya sea con o sin desplazamiento, incluyendo las Siete Partidas,²³ siendo la prenda regulada por el artículo 14 de la Ley N° 20.190 el intento más reciente de establecer un régimen general de la prenda sin desplazamiento, derogando casi en su

²² Cualquiera que sean los estratos de pobreza que consideremos, y por muchas que sean las necesidades, las personas afectadas no pueden prescindir de algunas operaciones jurídicas (...) Por su puesto, que están aquí excluidas las fórmulas propias de una economía desarrollada. Automáticamente quedan marginadas instituciones como la hipoteca, el seguro y, en general, las sofisticadas instituciones válidas para aquel sector de la población que goza de una situación económica que, en una u otra forma, podemos calificar de “normal”: personas que tienen real acceso a los derechos fundamentales (...) Por lo pronto, no es infrecuente que los afectados recurran a la vieja prenda romana, entregando una cosa, aunque sea de escaso valor, al acreedor. Se da el caso, por ejemplo, que se acude a un vecino de buena voluntad dispuesto a prestar algún dinero; en otras situaciones, se trata con alguien dedicado habitualmente al préstamo (generalmente usurario). También hay caminos oficiales. Un ejemplo, en Chile, lo tenemos en la Dirección de Crédito Prendario, institución que continuó la trayectoria de la Caja de Crédito Popular, nacida el año 1920 para reemplazar negocios particulares de préstamo (“agencias”) donde fácilmente se originaban abusos. PEDRALES G. Antonio. 2005. En: Tapia R., Mauricio, Gaitán M., José A., Juricic C., Daniel, *et al. op. cit.* páginas 31 y 32.

²³ GUZMÁN B. Alejandro. *op cit.* p. 126.

totalidad las regulaciones anteriores sobre la misma materia,²⁴ pero conservando la dualidad de regulación en consideración a la entrega que se hace de la cosa al acreedor.²⁵

²⁴ Las siguientes prendas: i) la convencional sobre derechos de agua; ii) aquella sobre muebles de un establecimiento minero y sobre minerales; iii) la de los pequeños empresarios agrícolas a favor de ciertas instituciones de crédito; iv) la industrial de maquinarias o equipos mecanizados adquiridos por las Asociaciones de Canalistas y otros entes del género para el trabajo de la comunidad; v) la de bienes subastados como unidad económica en el interior de una quiebra; y vi) la de naves y artefactos navales menores; puesto que todas ellas se encontraban sometidas a algún régimen prendario que fue derogado por la misma ley; así que ellas sólo formal o teóricamente son prendas sin desplazamiento especiales y de hecho se han convertido en un caso más de la general prenda sin desplazamiento. Fuera de la ley, en cambio, conservarán en vigencia las siguientes dos prendas sin desplazamiento especiales: i) la legal sobre bienes enajenados como unidad económica en una quiebra y ii) la legal sobre derechos de aguas; a las que se añaden las hipotecas mobiliarias sobre naves y artefactos navales mayores y sobre aeronaves, cuyas leyes particulares el inciso 2º del artículo 5 (del artículo 14 de la ley 20.190) dejó en expresa subsistencia, y cuyo régimen subsidiario es el de la hipoteca. GUZMÁN B. Alejandro. *op. cit.* p. 129.

²⁵ Esta dualidad se mantiene en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, aprobado por la ley 26.994 (BO 08/10/2014) y promulgado según decreto 1795/2014 (BO 08/10/2014), en el que se establece en los artículos 2219 y 2220

ARTÍCULO 2219.- Concepto. La prenda es el derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados. Se constituye por el dueño o la totalidad de los copropietarios, por contrato formalizado en instrumento público o privado y tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes. Esta prenda se rige por las disposiciones contenidas en el presente Capítulo.

ARTÍCULO 2220.- Prenda con registro. Asimismo, puede constituirse prenda con registro para asegurar el pago de una suma de dinero, o el cumplimiento de cualquier clase de obligaciones a las que los contrayentes le atribuyen, a los efectos de la garantía prendaria, un valor consistente en una suma de dinero, sobre bienes que deben quedar en poder del deudor o del tercero que los haya prendado en seguridad de una deuda ajena. Esta prenda se rige por la legislación especial.

2. DISCUSIÓN PARLAMENTARIA EN TORNO A LA NUEVA REGULACIÓN

2.1. Objetivos de la Nueva Prenda Sin Desplazamiento

Desde sus inicios el fundamento principal de la nueva regulación de la prenda sin desplazamiento fue la de resolver las dificultades para acceder al crédito para la industria de capital de riesgo, es por este motivo que la normativa no fue concebida de manera independiente, sino que inserta dentro de la Ley de Mercados de Capitales II, expresándose en el mensaje presidencial lo siguiente:

“En primer lugar, el funcionamiento adecuado del mercado de capitales debiera extenderse a los proyectos de inversión emergentes o sin historia, pero con amplio potencial de crecimiento. Generalmente y dadas sus características propias, estos proyectos buscan financiarse con los recursos aportados por inversionistas especialistas en la denominada industria de ‘capital de riesgo’.

(...)

En segundo lugar, coincidente con el fortalecimiento de la industria y del financiamiento de proyectos de capital de riesgo, se ha verificado que la falta de modelos legales orientados a facilitar su financiamiento por la vía de la constitución de prendas o garantías. De ahí que el proyecto avance en este sentido, pues la prenda resulta ser uno

de los mecanismos más eficientes para acceder al financiamiento bancario por parte de la pequeña y mediana empresa. Esta es una vía de "apalancamiento" flexible que permite disminuir los costos de financiamiento.”²⁶

Aunque en nuestro país ya existía una regulación general de la prenda sin desplazamiento, contenida en la Ley N° 18.112, esta no resultaba satisfactoria para los objetivos de modernizar el mercado de capitales, debido a las rigideces e inseguridades de la antigua regulación, según se constata en el mensaje del ejecutivo:

“La Ley de prenda sin desplazamiento (18.112), que es la más moderna y amplia, contiene también ciertas rigideces y limitaciones. En efecto, la forma en que se realiza la publicidad de esta Ley es mediante la publicación de un extracto de la escritura del contrato en el Diario Oficial, los días 1° o 15 de cada mes, con lo cual el acreedor prendario debiera revisar la totalidad de la publicación antes mencionada para asegurarse que el bien no tenga otros gravámenes anteriores. Lo anterior se traduce en mayor incertidumbre para el acreedor prendario, y por ende, eleva el costo de financiamiento para los proyectos de inversión.”²⁷

La sola existencia de una regulación de la prenda sin desplazamiento no equivale necesariamente a un mecanismo moderno de garantías mobiliarias, la vetustez del

²⁶ Historia de la Ley 20.190, pp. 5 y 6. Recuperado el día 10 de septiembre del 2014, en <http://www.leychile.cl/Navegar?idLey=20190>.

²⁷ *Ibíd.* p. 26.

antiguo sistema era evidente y por lo mismo la propuesta del ejecutivo, desde un punto de vista general, fue recibida de manera positiva en la cámara de Diputados, así, por ejemplo, destacando la importancia de la nueva prenda sin desplazamiento, el Diputado Sr. Enrique Jaramillo manifestó lo siguiente en la Discusión en Sala del 30 de marzo del año 2004:

“En cuanto a las prendas, la iniciativa considera la creación de un registro único de prendas, que permitirá entregar más información al mercado respecto de su uso. La relevancia de esto radica en que las prendas son requisito indispensable para que pequeñas empresas puedan acceder a financiamiento. De este modo, se promoverá el acceso de muchos al crédito competitivo.”²⁸⁻²⁹

Podemos destacar también la opinión vertida por el Sr. Axel Buchheister, Director del Programa Legislativo del Instituto Libertad y Desarrollo, en el primer informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, de fecha 24 de octubre del 2003, quien:

²⁸ *Ibíd.*, p. 339.

²⁹ En el mismo sentido se refirió el Diputado Sr. Rodrigo Monckeberg, quien en la misma sesión señaló que “La prenda, como garantía simple, es tremendamente importante, en especial para los pequeños y medianos empresarios cuyos activos, por su bajo nivel de capitalización, están constituidos en gran parte por bienes muebles. Si no contáramos con esta prenda y esta garantía simple, gran parte del riesgo de pérdida, en caso de insolvencia del deudor, se traspasaría al acreedor.”

“Consideró un avance notable la normativa sobre prenda sin desplazamiento, que - aunque no tiene mucha relación con la reforma al mercado de capitales- viene a llenar una necesidad en orden a regular en forma simple y comprensiva una institución en la que hasta ahora existía un enorme retraso legislativo.”³⁰

Aunque el objetivo de reformar la institución de la prenda sin desplazamiento haya sido acogido favorablemente por la mayoría de los parlamentarios, fueron dos los aspectos del proyecto que más causaron controversia entre los miembros de la comisión: 1) la inclusión de la nueva ley de prenda sin desplazamiento en la Ley de Mercado de Capitales II, y 2) la derogación de las anteriores leyes de prenda sin desplazamiento. Así lo manifestó el Diputado Sr. Eugenio Tuma en el primer informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, quien sostuvo:

“Toda esta normativa no está directamente relacionada con el Mercado de Capitales, ya que se trata de un régimen general para la prenda sin desplazamiento. En consecuencia, le parece que sería mejor desglosar este nuevo estatuto y tramitarlo como una ley aparte.

³⁰ *Ibíd.*, p. 96.

Recordó que el Gobierno se ha comprometido a presentar un proyecto de ley que establezca un ‘banco de garantías’,³¹ lo que no se ha hecho hasta ahora. Estimó que en ese cuerpo legal podría incorporarse el nuevo régimen en estudio.”³²⁻³³

En cuanto a la derogación de las normativas anteriores, el Sr. Juan Pablo Román Rodríguez, representante de la Cooperativa de Vivienda CONAVICOOP, en la discusión en Sala de la Cámara de Diputados, Legislatura 350, Sesión 64, manifestó que:

“En cuanto al artículo 16 (actual artículo 14), que establece normas sobre nueva prenda sin desplazamiento y crea un Registro Único de Prendas, el señor Román señaló que

³¹ La idea de un banco de garantías va estrechamente ligada a la de las hipotecas y prendas independientes: MUÑIZ explica que la primera de estas cauciones “se caracteriza por su posibilidad de separar la garantía del crédito y actuar y circular de manera autónoma”, continúa diciendo que “puede existir antes la garantía que el préstamo o la relación de crédito, en este sentido el desembolso de la cantidad prestada lógicamente será inmediata o breve (...) Siendo de carácter independiente, cuando se ha reembolsado la cantidad prestada totalmente no es necesario cancelar la hipoteca, que puede servir para garantizar otra u otras obligaciones, de igual modo si se ha amortizado parcialmente el préstamo, el límite de reutilizaciones será exclusivamente el valor del inmueble (...) La garantía no accesoria puede utilizarse, pues, otra vez en cualquier momento para garantizar otras deudas del mismo o de otro acreedor, sin que sea necesario inscribir un nuevo asiento en el registro (...) Esto le aporta mayores ventajas económicas, ahorro de costes, pues permite evitar los inconvenientes inherentes a la constitución de una garantía y permite mayor versatilidad en la negociación y renegociación, es transmisible más fácilmente. MUÑIZ E., Esther. 2008. La propuesta de una hipoteca independiente en el derecho español. Madrid, J, San José S.A, páginas 38 a 42.

³² Historia de la Ley N° 20.190, p. 203

³³ La temática del Banco de Garantías fue reiterada por el Diputado Tuma en la Discusión en Sala de la Cámara de Diputados del 30 de marzo del 2004, antes mencionada: “No obstante, no queda resuelta la movilidad de los clientes de los bancos y sociedades financieras. Ello debería ser abordado en un proyecto de ley que el Ejecutivo ha anunciado y que está relacionado con la movilidad de las garantías prendarias. Es decir, se quiere tener una central de garantías para que un deudor sea fácilmente movable de una institución financiera a otra.” *Ibíd.*, p. 361.

comparte la idea de modificar la actual ley que regula esta materia, pero no la idea de dejar esta nueva prenda que se crea como la única posible de utilizar en el futuro. Explicó que, debido a la larga trayectoria de los cuerpos legales relativos a las prendas agraria, industrial y a la compraventa a plazo con prenda, y a la jurisprudencia que ellos han generado, es inconveniente que sea el legislador quien las sustituya y no la elección de los contratantes; a su juicio, el paso del tiempo debiera ser la fórmula para terminar con dichos sistemas de cauciones, modificándolos sólo en lo que se refiere al Registro Único.”³⁴

Más allá de las dudas expresadas sobre la incorporación de la nueva ley de prenda sin desplazamiento dentro de la Ley de Mercados de Capitales II y de la derogación virtualmente total de las normativas anteriores, el proyecto continuó su tramitación, sin mayores modificaciones en lo sustantivo, sobre las siguientes bases: 1) mayor flexibilidad en su constitución, 2) el registro como método de publicidad y oponibilidad, 3) la posibilidad de constituir prendas sobre valores y prendas flotantes,³⁵ y 4) la unidad de la regulación de la prenda sin desplazamiento:

³⁴ Historia de la Ley 20.190, p. 285.

³⁵ La prenda flotante recae sobre mercadería existente en una empresa, cuyo propietario puede venderla libre y legítimamente, con la condición de que la reemplace por otra igual o similar sobre la cual recaiga la prenda. En el caso de que se haya constituido una prenda como fija y desaparecieran los materiales preñados, el privilegio caduca por carecer de asiento, quedando a salvo el supuesto de subrogación real sobre el precio si puede individualizarse, o sobre el seguro de la mercadería o la indemnización que debería pagar el responsable de la pérdida. ALL, Paula M. 2007. *op. cit.* p. 12.

“En el artículo 39 (artículo 31 del proyecto aprobado por la Comisión de Hacienda), con la indicación aprobada por la Comisión de Constitución, se opta por utilizar la técnica de la derogación de normas, ampliando la derogación a aquellas que dicen relación con la prenda constituida sobre derechos de concesión, que se incorpora por indicación como artículo 6° por esta Comisión. El inciso segundo agrega que, no obstante ello, las normas que se propone derogar quedarán vigente para dos efectos: a) para regular las prendas sin desplazamiento constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley y, b) para el juzgamiento de hechos constitutivos de delitos tipificados en ellas acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley en cuanto fueren más favorables al imputado.”³⁶

“La nueva ley de prenda que se propone, tiene las siguientes características principales: se autoriza su constitución por escritura privada autorizada ante notario; se permite preñar inventarios y cuentas por cobrar (salvo letras o pagarés que mantienen el “endoso en garantía” como forma de constituir la prenda); se autoriza la posibilidad de preñar valores, derechos y contratos; se permite la denominada ‘prenda flotante’, y se establece un registro único de prenda a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación.

³⁶ *Ibíd.* p. 307.

De esta forma, la única formalidad aplicable para esta prenda es la inscripción de dicha garantía en el registro así creado, que se constituye en la forma mediante la cual se transferirá el derecho real de prenda.”³⁷

2.2. Principales cambios al proyecto de Ley

Diversas fueron las modificaciones que sufrió el proyecto presentado por el ejecutivo, el mayor cambio fue producto del boletín de indicaciones de fecha 30 de marzo del 2004,³⁸ redactado con posterioridad al Primer Informe de la Comisión de Hacienda³⁹ y el Informe Complementario de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia,⁴⁰ ambos de la Cámara de Diputados. Veremos a continuación las principales modificaciones que se introdujeron al proyecto, sin los cuales la nueva ley de prenda sin desplazamiento tendría un aspecto muy diferente al que actualmente presenta.

³⁷ Historia de la Ley N° 20.190, p. 701. Veremos más adelante las solemnidades y formalidades que finalmente se regularon por la Ley para la celebración e inscripción de la prenda sin desplazamiento, *infra* p. 63.

³⁸ *Ibíd.* páginas 385 y siguientes.

³⁹ *Ibíd.* páginas 82 y siguientes.

⁴⁰ *Ibíd.* páginas 281 y siguientes.

2.2.1. Naturaleza civil o mercantil de la prenda sin desplazamiento

El proyecto modificado por el Ejecutivo, con posterioridad al Primer Informe de la Comisión de Hacienda, proponía que la prenda sin desplazamiento tuviera siempre la naturaleza de civil:

“La prenda de que trata esta ley será siempre civil, aun cuando se haya constituido para garantizar obligaciones de carácter mercantil.”⁴¹

Esta mención fue suprimida por completo, pudiendo interpretarse este cambio de dos formas: 1) debido al principio de la accesoriedad la garantía sigue la suerte de lo principal,⁴² por lo tanto la prenda sin desplazamiento será de naturaleza civil o mercantil dependiendo del contrato al que acceda, o 2) debido al reenvío que realiza el artículo 1° de la ley a la regulación de la prenda contenida en el Código Civil, para su regulación subsidiaria, resulta redundante dicha mención, por lo que finalmente fue suprimida. Cualquiera sea la posición que adoptemos, las consecuencias de una u otra carecen de mayor relevancia, debido a que en sus particularidades la prenda sin desplazamiento contiene normas que regulan expresamente diferencias claves existentes entre la prenda civil y la comercial, así:

⁴¹ *Ibíd.* p. 292.

⁴² *Infra* p. 49.

1.- Constitución y prueba: La forma de constituir la prenda sin desplazamiento es por escritura pública o escritura privada protocolizada cuyas firmas hayan sido autorizadas ante el mismo notario, sin que pueda celebrarse y probarse de la misma forma que los demás contratos comerciales, como lo establece el artículo 813 del Código de Comercio.

2.- Oponibilidad de la prenda: El pignorante sin desplazamiento gozará del privilegio siempre que se cumplan la solemnidad establecidas para su celebración y se haya efectuado la inscripción en el registro, requisitos que en parte resultan ser más estrictos a los establecidos en el artículo 815 del Código de Comercio, al requerirse una forma solemne de realizar la tradición del derecho real de prenda sin desplazamiento.

3.- Desplazamiento de la prenda: Es de la naturaleza misma de la prenda sin desplazamiento que la cosa no se encuentre en el poder del pignorante, sin perjuicio de que las partes hayan designado de común acuerdo a un depositario, por lo que la aplicación de la mención hecha en el artículo 817 del Código de Comercio, al tercero elegido por las partes para la tenencia de cosa, resulta redundante.

Pero queda por determinar si como consecuencia del principio de accesoriedad también la prenda sin desplazamiento queda afectada por el principio de especialidad, contenido en el artículo 4° del Código Civil, en virtud del cual “las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código.” Así, de existir una antinomia entre la regulación de la prenda civil y la comercial, debiera preferirse la aplicación de la

segunda si el contrato principal caucionado con prenda sin desplazamiento es de naturaleza comercial. Así por lo menos lo considera GUZMÁN BRITO.⁴³

Si revisamos las diferencias relevantes que existen entre las obligaciones civiles y comerciales, a saber: 1) La prueba de las obligaciones (artículos 127, 128 y 129 del Código de Comercio), 2) La fuerza y prueba de la costumbres mercantiles (artículo 4 y 5 del Código de Comercio), 3) El plazo de prescripción de las obligaciones comerciales (artículo 822 del Código de Comercio). Según lo visto en el punto anterior, llegamos nuevamente a la misma conclusión, debido a que las particularidades de la prenda sin desplazamiento dejan sin efectos diferencias esenciales que se podrían producir de considerar el acto como civil o como comercial, especialmente considerando que en nuestro país no existen tribunales ordinarios especializados en materias de comercio. La falta de relevancia se encuentra incluso en lo referente a la diferencia en el plazo de prescripción entre las obligaciones civiles y las comerciales, debido a que la prenda sin desplazamiento, como el resto de las cauciones, no tiene un plazo de prescripción propio,⁴⁴ en consecuencia éste afecta solamente a la obligación principal siendo la prescripción de la prenda un efecto colateral de la extinción de la obligación principal,

⁴³ Guzman B. *op. cit.* p. 166.

⁴⁴ *Infra* p. 50.

que puede ser a su vez civil o comercial. Volveré sobre este punto al revisar las excepciones que admite el principio de accesoriedad.⁴⁵

2.2.2. Remisión a la prenda o la hipoteca

Durante la tramitación del proyecto se propuso en la Discusión en Sala de la Cámara de Diputados, de fecha 30 de marzo del 2004, que la regulación subsidiaria de la nueva prenda sin desplazamiento fuera en primer orden la de la prenda civil y en segundo orden la de la hipoteca:

“En lo no previsto por las disposiciones de esta ley, se aplicarán las normas generales del contrato de prenda y las del de hipoteca del Código Civil, siempre que las de este último contrato no sean contrarias a las de aquél.”⁴⁶

Pero en definitiva se decidió por omitir la referencia a la hipoteca, lo cual evita el reenvío que se produce desde la hipoteca a la prenda en el artículo 2424 del Código Civil.⁴⁷

⁴⁵ *Infra* p. 51.

⁴⁶ Historia de la Ley 20.190, p. 373.

⁴⁷ Artículo 2424 Código Civil. El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar sobre las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda.

2.2.3. Ultractividad de las legislaciones anteriores

Por último, el artículo 42 establece una derogación virtualmente total de las prendas sin desplazamiento anteriores:⁴⁸

“Artículo 42.- Deróganse las leyes N°s 4.097, 4.702, 5.687 y 18.112, el artículo 43 del decreto con fuerza de ley N° 164, de 1991, el artículo 15 de la ley N° 19.542, el artículo 3° de la ley N° 19.425, el artículo 62 B del decreto ley N° 1.939, el artículo 16 de la ley N° 19.865 y el artículo 60 de la ley N° 19.712, que regulan regímenes de prendas sin desplazamiento. Las referencias que se hacen en las leyes a las disposiciones aquí derogadas deberán entenderse efectuadas a las normas de esta ley.”

Al mismo tiempo, en el inciso segundo de este artículo, se establece la ultractividad de las normas derogadas, pero solamente “para el efecto de regular las prendas sin desplazamiento constituidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.”

Pero en el proyecto revisado la ultractividad se extendía a los efectos penales de las normativas anteriores:

“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. También

⁴⁸ Para una lista de las prendas que actualmente conviven con la prenda sin desplazamiento de la ley 20.190 ver nota al pie N° 25.

continuarán vigentes para el juzgamiento de hechos constitutivos de delitos tipificados en ellas, acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, en cuanto fueren más favorables para el imputado.”⁴⁹

Esta última parte fue eliminada del texto final, lo cual podría parecer ir en desmedro del principio *pro reo*, pero en realidad la nueva ley de prenda sin desplazamiento establece una pena menor a las contenidas en las anteriores legislaciones, al remitirse para su determinación a la del fraude residual (artículo 473 del Código Penal) y no a la de otra figura calificada de fraude, como lo hacían las anteriores regulaciones.

2.3 Historia de la Ley 20.855

La Ley N° 20.855, publicada en el Diario Oficial el día 25 de septiembre del 2015, introdujo modificaciones en el procedimiento de alzamiento de las hipotecas reguladas en la Ley N° 19.946, sobre Protección a los Derechos de los Consumidores, y sustituyó el art. 27 del art. 14 de la Ley N° 20.190. Esta reforma tuvo su origen en la moción de los Señores Diputados José Miguel Ortiz Novoa, Alberto Robles Pantoja, Felipe Harboe Bascuñán, Matías Walker Prieto, Jorge Tarud Daccarett, Joaquín Godoy Ibañez, Cristian Monckeberg Bruner, Aldo Cornejo González, Enrique Jaramillo Becker y Jorge Alfonso Burgos Varela, de fecha 30 de noviembre del año 2011. El contenido de dicha moción fue el siguiente:

“El presente proyecto de ley busca otorgar una herramienta efectiva que facilite a los deudores hipotecarios que han cumplido sus obligaciones disponer de sus inmuebles, sin necesidad de realizar trámites adicionales al pago total del crédito.

⁴⁹ *Ibíd.* p. 320.

Para ello se propone establecer, en estos casos, que la entidad bancaria sea la responsable de efectuar a su costo el alzamiento de la hipoteca constituida sobre la propiedad ante el Conservador de Bienes Raíces respectivo, sin necesidad de que medie requerimiento expreso del deudor y prohibiendo, expresamente, que mediante una cláusula contractual se modifique dicha obligación.

En virtud de lo expuesto vengo en presentar el siguiente proyecto de ley que regula el alzamiento de hipotecas que caucionen créditos hipotecarios, haciendo de cargo de la entidad bancaria dicha gestión:

‘Artículo único: La entidad bancaria que otorgue un crédito hipotecario, cualquiera sea su naturaleza, estará obligado a efectuar a su costo el alzamiento de la hipoteca constituida sobre la propiedad ante el Conservador de Bienes Raíces respectivo, una vez verificado el pago completo de la deuda o deudas contraídas, sin necesidad de que medie requerimiento expreso del deudor.

La obligación a que alude el inciso anterior subsistirá respecto del banco que otorgó el crédito hipotecario, aun cuando éste haya procedido a la venta de la cartera de créditos, letras de cambio u endoso del crédito y deberá verificarse dentro de los 30 días siguientes a la fecha del pago total de la deuda que garantizó la referida propiedad.

Los derechos que en este artículo se establecen a favor de deudor del crédito hipotecario son irrenunciables y cualquier estipulación en contrario será nula.’⁵⁰

Aunque la moción fue presentada cuando la nueva ley de prenda sin desplazamiento ya se encontraba vigente, ésta garantía no fue considerada en el proyecto y solamente se incluyó cuando se encontraba en el Senado y a raíz de la intervención realizada por el Senador Sr. Jaime Orpis:

“Por su parte, el Honorable Senador señor Orpis hizo presente que un consumidor puede garantizar de distintas maneras el pago del crédito con un proveedor financiero. Una de ellas es por medio de la hipoteca. Pero también existen la prenda y las garantías personales. Dentro de este contexto consultó si, tal como ocurre respecto de las hipotecas, existen normas expresas en materia de protección de los derechos de los

⁵⁰ Historia de la Ley 20.855, páginas 3 y 4. Recuperado el día 25 de septiembre del 2015, en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1082114&buscar=20855>.

consumidores que se refieran al alzamiento de las prendas o el levantamiento de los avales.

Al respecto le preguntó al representante del SERNAC que, de no existir disposiciones expresas sobre la materia, si considera que debería ser incluido este asunto dentro del proyecto de ley en discusión, toda vez que se trata de situaciones similares y correspondería aplicar el adagio de derecho según el cual “donde existe la misma razón cabe aplicar la misma disposición”. Al extinguirse la obligación que tuvo una prenda como garantía real de su cumplimiento, el dueño del bien pignorado también tiene derecho a liberarlo de ese gravamen. Una situación parecida presentan los avales, y en general, las garantías personales (...)

Respondiendo a la inquietud del Senador en cuanto a aprovechar esta instancia legislativa para incluir también la situación de la prenda y de las garantías personales, indicó compartir ese criterio, reiterando que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, hizo presente que uno de los principales problemas que genera la omisión del otorgamiento de la escritura de cancelación de la hipoteca y su posterior alzamiento es afectar el libre tráfico jurídico en la enajenación de bienes, situación que no se produce en el ámbito de las cauciones personales. Esto se deriva de la naturaleza jurídica distinta de las cauciones reales y personales. De este modo, procedería incluir al menos a la prenda en este proyecto, sin perjuicio que la posición del SERNAC es avanzar hacia una protección integral de los derechos de los consumidores, lo que, en la materia en debate, supondría incluir el alzamiento de todas las garantías constituidas para garantizar el cumplimiento de una obligación una vez que se produzca la total extinción de la misma, sea prenda con o sin desplazamiento y garantías personales.”⁵¹

En virtud de lo expuesto, se desechó ampliar el proyecto a las garantías personales, pero se extendió a la prenda sin desplazamiento, cuyo alzamiento tendría una regulación casi idéntica al de la hipoteca constituida para asegurar un crédito otorgado por un proveedor o institución financiera.

⁵¹ *Ibíd.* páginas 53 y 54.

La idea original del proyecto era simple: obligar a los bancos a que alcen las hipotecas de forma inmediata y a su costa una vez pagado en su totalidad la obligación principal. Por muy loable que fuera el objetivo que se pretendía lograr con esta ley, fue necesario pulir aquellos aspectos toscos que hubiesen dificultado, o llanamente hecho imposible, la reforma del alzamiento de las garantías hipotecarias enmarcadas dentro del derecho del consumidor, siendo mayormente tres los aspectos que fueron objetos de indicaciones: 1) la diferenciación entre garantías hipotecarias de carácter específico y general, 2) la causal de extinción de la obligación principal que gatille el procedimiento de alzamiento, 3) el plazo dentro del cual se debe concretar el alzamiento y cancelación,

1.- Garantía específica y garantía general: La diferenciación entre garantía hipotecaria general y específica, no contemplada en el proyecto, se encuentra fuertemente arraigada en la cultura jurídica nacional. Una de las diferencias de mayor relevancia entre ambas es su extinción, ya que la garantía general no está sujeta a un crédito determinado, sino que garantiza un ámbito de relaciones obligaciones entre un acreedor y un deudor, el cual puede extenderse por un largo periodo de tiempo, pudiendo existir interés tanto por parte del acreedor como del deudor en que la caución subsista aun cuando no existan obligaciones principales vigentes. Esto fue lo manifestado por el Diputado Fuad Chahín, en la discusión en sala del 20 de marzo del 2014:

“No obstante, voy a presentar una indicación al proyecto -pronto vamos a hacerla llegar a la Secretaría-, en el sentido de que el deudor tenga siempre la posibilidad -no a priori- de solicitar por escrito que se mantenga la garantía. Lo planteo porque el proyecto de ley establece que esta obligación es sin perjuicio de la garantía general hipotecaria para cubrir todos los créditos y, por lo tanto, se podría mantener la garantía real sobre los inmuebles.

Pero, muchas veces ocurre que un deudor hipotecario tiene una garantía solo respecto de un crédito, y después puede necesitar un segundo financiamiento; pero, si se alza inmediatamente esa garantía hipotecaria y debe constituirla nuevamente para solicitar otro crédito, se encarecerá el trámite, porque tendrá que pagar otra vez.”⁵²

⁵² *Ibíd.* p. 16. En el mismo sentido, lo expresado por el Senador Sr. Jorge Pizarro, en Discusión en Sala del 6 de mayo del 2015, en la cual señaló: “Por otra parte, está la hipoteca general, que es una garantía útil para el cliente que desea acceder a nuevos financiamientos. En consecuencia,

La explicación más didáctica y clara de las diferencias de estas dos modalidades de hipotecas la realizó el Presidente del Consejo Directivo del Banco Estado, Sr. Rodrigo Valdés, en la Discusión en Sala del 15 de mayo del 2014, Cámara de Diputados:

“1.- Hipoteca Específica. Constituye la regla general. Garantiza sólo el crédito hipotecario, es decir, pagado el crédito hipotecario es ineficaz como garantía.

Si no se alza y cancela, dificulta la transferencia del bien. Todas las viviendas con subsidio sólo poseen hipoteca específica. Diagnóstico: Es conveniente su alzamiento y cancelación de forma simple y económica, sin requerir el consentimiento del deudor.

2.- Hipoteca General: Requiere adicionalmente solicitud expresa del cliente, a contar de marzo de 2012. Garantiza el crédito hipotecario y toda otra obligación del deudor presente o futura con el banco. Pagado el crédito hipotecario conserva su eficacia como garantía para otras obligaciones crediticias. Para su alzamiento y cancelación requiere la extinción total de todas las deudas vigentes o en su defecto autorización especial del banco. Facilita el acceso a nuevos créditos, en mejores condiciones y sin nuevos costos para el cliente.

Diagnóstico: Esta garantía resulta útil para el cliente que desea acceder a nuevos financiamientos, por tanto, requiere de su voluntad expresa para alzar y cancelar.”⁵³

El diagnóstico proporcionado por el Sr. Rodrigo Valdés fue el que terminó por imponerse en la redacción final de la ley 20.855, contemplándose el alzamiento automático de las hipotecas y prendas específicas y el alzamiento previo requerimiento

se requiere la voluntad expresa de alzar y de cancelar. Y no solo garantiza un crédito hipotecario, sino también toda otra obligación del deudor. Puede tratarse de deudas actuales o futuras con el banco. Por eso es que una vez efectuado el pago sigue siendo útil como garantía para nuevos créditos. Y, de hecho, facilita el acceso a estos en mejores condiciones y sin costos adicionales para las personas. No creo, entonces, que podamos establecer un sistema automático de alzamiento de hipotecas generales, porque para tal efecto y para la cancelación se requiere la extinción total de las deudas vigentes o, en su defecto, una autorización especial del banco. Esta es la razón por la cual en la discusión particular tendremos que darles otro tratamiento.” *Ibíd.*, p. 69.

⁵³ *Ibíd.* p. 51

del deudor tratándose de las generales, diferencia que se repite tratándose de la prenda sin desplazamiento.⁵⁴

2.- Extinción del crédito principal: A raíz de una moción del Diputado Sr. René Zafiro, presentada en la Discusión en Sala del 20 de marzo del 2014, se terminó por sustituir la palabra “pago” por “extinción”, como la causal del alzamiento de la hipoteca:

“Si bien es cierto que en nuestra legislación hay distintos modos de extinguir las obligaciones, en este caso he presentado una indicación para agregar la frase ‘mediante el pago’ entre las palabras ‘Extinguidas’ y ‘totalmente’, porque podría ocurrir que la extinción de la obligación se produjera, por ejemplo, por efecto de la novación -que es el cambio de una obligación por otra-, donde el interés del deudor respecto del banco acreedor será mantener vigente la hipoteca para no tener que incurrir nuevamente en el costo de hacer una nueva escritura de hipoteca y proceder nuevamente al pago de los derechos en los conservadores de bienes raíces.”⁵⁵

Por lo tanto, en principio, cualquier modo de extinguir las obligaciones gatillarían el procedimiento de alzamiento de las hipotecas y prendas sin desplazamiento que introduce la Ley N° 20.855, sin embargo, tal aseveración merece algunos reparos, como lo veremos más adelante.⁵⁶

3.- Ampliación del plazo para efectuar el alzamiento: El proyecto contemplaba un plazo de 30 días para alzar la hipoteca, lo cual se hacía extensible también a la cancelación. Sin embargo, el Primer Informe de la Comisión de Economía del Senado, de fecha 4 de mayo del 2015, señaló:

⁵⁴ *Infra* p. 98.

⁵⁵ *Ibid.* p. 26. En el mismo sentido, Discusión en Sala del 15 de mayo del 2014, Diputada Sra. Maya Fernández: “Cabe precisar que la propuesta de exigir que la obligación se extinga exclusivamente mediante el pago fue desechada, para no restringir innecesariamente las posibilidades del deudor a ejercer el derecho que se le otorga, por ejemplo, en el caso de la prescripción, y que el alargamiento del plazo total dado al proveedor se explica por la imposibilidad de controlar el tiempo que los conservadores demoran en completar los trámites que se les solicitan.” *Ibid.*, p. 39.

⁵⁶ *Infra* p.96

“La extensión del plazo original dado al proveedor para efectuar el alzamiento (45 días) se explicaría por la imposibilidad de controlar el tiempo que los conservadores demoran en completar los trámites que se les solicitan.

En ese sentido, pareciera ser una indicación razonable. Sin embargo, es importante contar con mayor información a este respecto, a efectos de poder determinar con precisión el tiempo promedio que demoran los conservadores de bienes raíces en alzar las garantías hipotecarias. Estima pertinente señalar con claridad en el cuerpo del nuevo inciso sexto del artículo 17 D propuesto, que el referido plazo de 45 días se cuenta desde la extinción de la obligación caucionada con hipoteca, evitando así eventuales problemas de interpretación.”⁵⁷

Debido a que el acto de cancelación de las hipotecas y de las prendas sin desplazamiento no depende del acreedor, la Ley N° 20.855 establece en definitiva que éste solamente se encuentra obligado a suscribir el documento de alzamiento dentro del plazo de 45 días y de remitir los antecedentes al Conservador de Bienes Raíces para su inscripción, sin tener que cumplir con esta obligación tratándose de las prendas debido a que esta obligación recae en el notario autorizante.⁵⁸ A su vez, el Conservador de Bienes Raíces o el Servicio de Registro Civil e Identificación, según sea el caso, tienen el plazo de 10 días desde que recibieron los antecedentes para efectuar la cancelación de la garantía real.

⁵⁷ *Ibíd.* p. 50.

⁵⁸ *Infra* p. 101.

CAPÍTULO II - EL NUEVO CONTRATO DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

1. LA NUEVA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO ES UN CONTRATO

El inciso 1° del artículo 1° de la Ley establece: “El contrato de prenda sin desplazamiento tiene por objeto constituir una garantía sobre una o varias cosas corporales o incorporales muebles, para caucionar obligaciones propias o de terceros, conservando el constituyente la tenencia y uso del bien constituido en prenda.” La Ley se refiere al acto constitutivo de la garantía prenda como un contrato, sin embargo queda por establecer en este punto si verdaderamente se trata de un contrato o de una convención. Aunque el Código Civil asimila ambos conceptos en el artículo 1438, doctrinariamente podemos diferenciarlos, siendo la convención el acto jurídico por el cual se crean, modifican o extinguen obligaciones, mientras que mediante el contrato solamente se crean éstas, existiendo por lo tanto una relación de género a especie entre ambos.⁵⁹

⁵⁹ Aunque la diferencia entre contrato y convención se encuentra firmemente afianzado en nuestra doctrina y jurisprudencia, es evidente que el Código Civil utiliza dichas palabras como sinónimos, lo anterior debido que los conceptos son utilizados por los artículos 1437 y 1438 para clasificar las fuentes de las obligaciones, para profundizar sobre el tema véase CARVAJAL R., Patricio. 2007. Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. “Contrato” y “Convención” como sinónimos en materia de fuente de las obligaciones. Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 2. páginas 289 a 302.

En la doctrina nacional GUZMÁN BRITO califica este acto como una convención, debido a que no se crearían obligaciones, descartando los vínculos y obligaciones que con mayor certeza podríamos calificar como propiamente tal de la siguiente manera:⁶⁰

1.- Obligación de alzamiento de la prenda ante el pago de la obligación principal. El antiguo artículo 27 de la ley establecía:

“El deudor prendario tendrá derecho a exigir a su acreedor que suscriba el acto de alzamiento a que se refiere el artículo 2° de esta ley, efectuado que sea el pago íntegro de las obligaciones caucionadas. Si el acreedor prendario se negare, el deudor podrá solicitar judicialmente su alzamiento de conformidad con el procedimiento prescrito en el Título IV, Párrafo 2° del Libro III del Código de Procedimiento Civil.”

GUZMÁN BRITO descarta esta obligación de alzar la prenda, una vez que se haya efectuado el pago, como propia del contrato debido a que se trataría solamente de un deber que nace de la ley:

“La prenda civil y mercantil ofrecen un claro carácter contractual, sobre todo derivado de la obligación que asume el pignoratorio de restituir la cosa empeñada al pignorante, una vez extinguida la obligación que ella caucionaba. En la prenda de que aquí tratamos tal obligación no existe, debido a que el pignorante conserva la tenencia de la cosa

⁶⁰ Para una completa revisión de las razones vertidas por el profesor Guzmán para calificar a este acto como convención véase GUZMÁN B. Alejandro. *op. cit.* pp. 211 a 216.

pignorada, que no pasa, pues, al pignoratario, de guisa que éste nada debe restituir. Ciertamente es que, de acuerdo con el (antiguo) artículo 27 (del artículo 14 de la ley 20.190), el pignoratario tiene el deber de alzar el derecho real de prenda inscrito, una vez pagada íntegramente la obligación que éste caucionaba; y que tal deber podría ser visto como subrogante de la obligación de restituir la cosa en la prenda civil. Pero ese deber no emana del contrato, sino de la ley, es decir, del artículo 27 mismo.”⁶¹

La postura del profesor GUZMÁN BRITO merece observaciones, ya que en este caso la ley no es la fuente inmediata de la obligación, sino simplemente su fuente mediata. Como explica VODANOVIC H.:

“Es cierto que suele decirse que la fuente de todos los derechos es la ley. Con ello quiere significarse que, en último término, los derechos siempre surgen de la ley porque sin el reconocimiento de ésta no podrían existir. Pero cuando se habla de fuentes de los derechos subjetivos se alude a las directas o inmediatas, y no a la indirecta o mediata. La ley es fuente inmediata de los derechos cuando por su voluntad los establece sin mediación de la de los particulares.”⁶²

⁶¹ GUZMÁN B. Alejandro. *op. cit.* p. 214.

⁶² VODANOVIC H., Antonio. 2006. Manual de Derecho Civil Tomo I Parte Preliminar y General. Santiago. Editorial Lexis Nexis Chile. p. 192.

Por lo tanto, en base a lo señalado anteriormente, considero que el contenido del antiguo artículo 27 de la Ley es una obligación que formaría parte de la esencia del contrato,⁶³⁻⁶⁴ ya que aún sin que las partes la incluyan explícitamente ésta se entiende contenida en el acto, sin que los contratantes puedan disponer de la misma so pena de invalidarse el acto o la cláusula por ausencia de causa.⁶⁵ Lo anterior se explica por la excesiva regulación que ha sufrido el derecho privado desde fines del siglo pasado, mediante la cual se tiende a regular cada vez más el contenido de los contratos, allí donde antiguamente existía libertad negocial, reconociéndose que en realidad pocas veces existe igualdad entre los contratantes,⁶⁶ lo cual se ve reforzado por el nuevo artículo 27 de la Ley, introducido por la Ley N° 20.855, el cual amplía y especifica el contenido de la obligación cuando la prenda sin desplazamiento se ha constituido dentro del ámbito del Derecho del Consumidor.

⁶³ Véase, VIAL DEL RÍO. Víctor. 2003. Teoría General del Acto Jurídico. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. páginas 31 a 34.

⁶⁴ Aunque la Ley N° 20.855 modifica el artículo 27, la obligación del pignoratario que no es proveedor es la misma que se contemplaba originalmente, tal como se verá en *infra* p. 98.

⁶⁵ *Infra* p. 62.

⁶⁶ Los nuevos fenómenos contractuales tienen como característica que limitan y condicionan la contratación; además propenden a que siempre una de las partes pueda abusar de la otra o que se presenten desigualdades que limitan la autonomía de la voluntad. De los nuevos procesos económicos han nacido nuevas formas de contratar en las que ya no son eficientes las formas clásicas de contratación, pues no es suficiente que las partes sean libres para contratar y que se hallen en igualdad de condiciones. CABREARA P. Karen. 2011. El derecho de consumo, Desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos. Revista de Derecho, Universidad del Norte. Barranquilla. p. 71.

Como argumento adicional del patente carácter obligatorio del contenido del artículo 27 de la Ley, podemos contrastarlo con lo establecido en el artículo 2334 del Código Civil, en el cual se consagra la cancelación de la hipoteca como modo de extinguirla, acto que en esencia es idéntico al alzamiento.⁶⁷ Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre la cancelación regulada para la hipoteca y el alzamiento de la prenda sin desplazamiento, así el inciso 1° del artículo 2434 establece que:

“La hipoteca se extingue junto con la obligación principal”, y en su inciso 3° que: “Y por la cancelación que el acreedor otorgare por escritura pública de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva.”

La diferencia, por lo tanto, está dada en el derecho que tiene el deudor para exigir judicialmente que se otorgue el alzamiento o cancelación de la prenda sin desplazamiento una vez que se haya extinguido la deuda, derecho cuya existencia no queda del todo clara en el Código Civil.⁶⁸ Este derecho es asimilable al que le asiste al

⁶⁷ GUZMÁN B. Alejandro. *op. cit.*, p. 356.

⁶⁸ Vs. El legislador nada ha dicho sobre quienes pueden pedir la cancelación judicial de la inscripción, pero aplicando las reglas generales llegamos a la conclusión que pueden hacerlo todo los que tengan interés en ello, esto es, el deudor personal o sus herederos que al mismo tiempo sean poseedores de la finca, el tercer poseedor de ella; los acreedores hipotecarios de grado posterior, y, aún los no hipotecarios porque su situación mejora al desaparecer la hipoteca. SOMARRIVA U., Manuel. 1981. Tratado de Las Caucciones. Santiago. Contable Chilena Ltda. Editores. p. 499 y 500.

pignorante con desplazamiento a que se le restituya la cosa entregada en garantía ante la extinción de la obligación principal, presente en el artículo 2401 del Código Civil.

2.- Derecho de perseguir y licitar la cosa dada en prenda, y pagarse con preferencia con el producto del remate. El profesor GUZMÁN BRITO dice al respecto que el derecho de perseguir y licitar la cosa dada en prenda, pagándose con preferencia con el producto del remate, no es un derecho o facultad que nace del contrato mismo, sino que es propio del derecho real de prenda:

“De más está decir que los derechos que puedan constituirse a favor del pignoratario, como los de perseguir el objeto de manos de terceros, incluso del dueño (artículos 891 y 2392 Código Civil), vender el objeto pignorado (artículos 29 del artículo 14 de la ley 20.190 y 2397 del Código Civil) y pagarse preferentemente con el precio de su venta (artículos 15 del artículo 14 de la ley 20.190 y 2474 del Código Civil), no derivan de la convención y son inherentes al derecho real.”⁶⁹

En esta oportunidad es el propio profesor GUZMÁN BRITO quien da los argumentos para contradecir la postura anterior, ya que en la misma obra, refiriéndose a los efectos de la “convención” prendaria, señala que:

“El primer efecto de la convención prendaria sí es dejar afecta a empeño la cosa. Pero como sin la inscripción del mismo contrato no hay derecho real de prenda (artículo 25

⁶⁹ GUZMÁN B. Alejandro. *op. cit.* p. 215.

inciso 1° del artículo 14 de la ley 20.190), la pignoración creada por aquél es sólo entre las partes, más no frente a terceros. Lo cual significa negativamente que el pignoratario no puede: i) perseguir la cosa con la acción prendaria real, en los pocos casos en que ello se hace necesario en materia de prenda sin desplazamiento, porque sin la inscripción no puede probar tener derecho; ii) ni oponer el privilegio de pago de que goza la prenda a los demás acreedores y sólo puede hacer valer su crédito sobre el sobrante de la subasta una vez satisfechos aquéllos. Pero sí puede el pignoratario: i) ejecutar la prenda y hacerla vender en pública subasta, si el deudor del crédito garantizado entra en mora (artículo 29 del artículo 14 de la ley 20.190); ii) pagarse (sin preferencia) del total del monto del crédito, incluidos los intereses, gastos y costas, si los hubiere (artículo 15 del artículo 14 de la ley 20.190); y iii) eventualmente hacer funcionar la prenda tácita a su favor.”⁷⁰

Por lo tanto, si bien en virtud del contrato de prenda sin desplazamiento no nace derecho real alguno, lo cual constituye la regla general en nuestro ordenamiento,⁷¹ sí nacen obligaciones y derechos personales, debido a que, tal como lo indica el artículo 1° de la Ley, el contrato tiene el efecto de constituir una garantía sobre una o varias cosas corporales o incorporales muebles, para caucionar obligaciones propias o de terceros.

⁷⁰ *Ibíd.* p. 253.

⁷¹ PEÑAILILLO A. Daniel. *op. cit.* p. 187

3.- Obligación de conservación de la prenda.⁷² Esta obligación nace desde la convención y no es consecuencia de la inscripción. El profesor GUZMÁN BRITO, aunque la identifica como la única posible excepción a la falta de contenido obligacional del acto, dice al respecto que:

“Se ve que en vez de una obligación propiamente tal se trata de cierta responsabilidad que afecta al pignorante.”⁷³

Pero la responsabilidad y la obligación son dos estados jurídicos distintos, siendo la primera consecuencia de la segunda, así:

“Cuando un sujeto incumple un deber o una obligación o cuando causa un daño, es responsable siempre que el incumplimiento o el daño le sea imputable.

La responsabilidad contractual tiene su presupuesto en el incumplimiento (o en el cumplimiento inexacto o parcial) de las obligaciones derivadas de un contrato, a consecuencia de lo cual queda insatisfecho el derecho de crédito y además, y eventualmente, es causa de un daño o perjuicio suplementario para el acreedor.”⁷⁴

⁷² *Infra* p. 85.

⁷³ GUZMÁN B., Alejandro. *op. cit.* p. 215.

⁷⁴ REGLERO CAMPO, L. Fernando (Coordinador). 2008. Tratado de Responsabilidad Civil. Navarra. Editorial Aranzadi. páginas 52 y 136.

Por lo tanto, el pignorante es responsable porque sobre él pesa una obligación, no un mero deber de cuidado. Esta obligación nace de la convención y debe ser cumplida con el deber de diligencia correspondiente⁷⁵ desde el momento de su celebración.

Por los motivos antes señalados podemos concluir que el acto mediante el cual se constituye la prenda sin desplazamiento es un contrato propiamente tal.⁷⁶ Habiéndome referido a la naturaleza del acto, queda la tarea de encasillarlo dentro de las categorías contractuales contenidas en los artículos 1439 a 1443 del Código Civil.

2. Características del Contrato: La ausencia de impacto de categorías clásicas

Dedicaré los siguientes párrafos para referirme sobre las siguientes características del contrato: unilateralidad y bilateralidad, gratuidad y onerosidad, accesoriedad e indivisibilidad. Sobre el carácter solemne del contrato me referiré más adelante.⁷⁷

⁷⁵ *Infra* p. 89.

⁷⁶ En este mismo sentido, ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. 2011. La Nueva Prenda sin Desplazamiento. Santiago. Abeledo Perrot. páginas 9 y siguientes.

⁷⁷ *Infra* p. 63.

2.1. Unilateralidad y Bilateralidad

Según lo visto en el subtítulo anterior, el contrato de prenda sin desplazamiento se trataría de uno bilateral, ya que ambas partes se obligarían en virtud del acto,⁷⁸ el pignorante a la conservación de la cosa y el pignoratario al alzamiento de la prenda. Sin embargo, GUZMÁN BRITO, sobre la base de que el acto es una convención y no un contrato, considera que carece de sentido indagar si éste es bilateral o unilateral.⁷⁹ Por otro lado ELORRIAGA considera que es un contrato unilateral, debido a que “en este negocio jurídico sólo el constituyente de la prenda asume determinadas obligaciones, tales como las de usar la cosa prendada sin menoscabarla, custodiarla, mantenerla en el lugar convenido, no enajenarla, no gravarla, etc., el acreedor prendario, en cambio, no contrae obligaciones respecto del constituyente.”⁸⁰ Para resolver este asunto primero debemos determinar la utilidad de tal calificación, al respecto ABELIUK señala:

“Para la teoría clásica de la causa, en los contratos bilaterales la obligación de una de las partes es la causa de que la otra se obligue a su vez. Sea cual fuere la opinión que se tenga al respecto, en todo caso una cosa es evidente: hay una marcada interdependencia en las obligaciones de las partes, lo cual no ocurre en los contratos unilaterales, en que

⁷⁸ Artículo 1439 Código Civil. El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

⁷⁹ GUZMÁN B., Alejandro. *op. cit.* páginas 216 y siguientes.

⁸⁰ ELORRIAGA D., Fabián, *op. cit.* p. 11.

hay una deuda para una sola de ellas. La subsistencia y exigibilidad de la obligación de uno de los contratantes está muy ligada a la suerte que corra la obligación de su contraparte. Esto se refleja fundamentalmente en tres aspectos:

1° La condición resolutoria tácita. En todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria tácita de no cumplirse por la otra parte lo pactado (artículo 1489 Código Civil), y en tal caso el acreedor de la obligación no cumplida puede solicitar o el cumplimiento de ella o la resolución del contrato, esto es, dicho en términos muy generales, que se le deje sin efecto, y en ambos casos con indemnización de perjuicios.

2° La excepción del contrato no cumplido. También puede ocurrir que la contraparte no haya cumplido su obligación (...) En tal caso el acreedor de esta obligación puede negarse a cumplir la suya (...).

3° La teoría de los riesgos. Puede ocurrir que la obligación de una de las partes se extinga por caso fortuito (...) La obligación de éste queda extinguida por la pérdida fortuita de la cosa debida; la teoría de los riesgos tiende a determinar qué ocurre en el caso propuesto con la obligación de la contraparte (...) En principio, por la interdependencia que existe entre las obligaciones de las partes, el acreedor de la obligación que se ha vuelto imposible, quedará igualmente liberado de la suya.”⁸¹

⁸¹ ABELIUK M., René. 2008. Las Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. páginas 75 y 76.

Ahora, aplicando estos aspectos al contrato de prenda sin desplazamiento:

1.- La condición resolutoria tácita: Como se verá más adelante⁸² la sanción establecida por la ley para el incumplimiento de la obligación de custodia es la aceleración de la deuda y la consecuente licitación de la prenda, sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles y penales que correspondan al caso; se trataría de un caso de cumplimiento forzado. En cuanto a la obligación del pignoratario de alzar la prenda, el pignorante puede perseguir judicialmente su cumplimiento, junto con la indemnización de perjuicios que la inactividad del acreedor prendario le haya producido.⁸³ Ambos casos, entonces, se tratarían de cumplimiento forzado, ya que se solicita judicialmente que se cumpla efectivamente con el contenido del contrato, más no de resolución, la que resulta improcedente por las consecuencias lógicas que ésta traería aparejada, en el primer caso la pérdida de una garantía mientras que la deuda principal sigue vigente, y, en el segundo, la extinción del contrato y consecuente alzamiento de la prenda, el cual es el mismo efecto que se busca con el cumplimiento forzado.

2.- La excepción de contrato no cumplido. Al estar condicionada la obligación de alzar la prenda al pago efectivo de la obligación principal, el pignorante, ante la demanda que persigue la aceleración obligación principal por haber incumplido con su obligación de conservación, no podría oponer como excepción el incumplimiento del acreedor

⁸² *Infra* p. 90.

⁸³ *Infra* p. 101.

prendario a su obligación de alzamiento, primero debe oponer la excepción de pago de la obligación principal, para que consecuentemente se declare extinta la obligación accesoria y se ordene el alzamiento de la prenda. De la misma forma, no podría el pignoratario, ante la demanda de alzamiento, oponer la excepción de no haberse cumplido con la obligación de custodia, lo que deberá oponer es que la deuda principal se encuentra vigente, y, de existir efectivamente una infracción al deber de custodia, conjuntamente exigir la aceleración de la obligación principal. Por lo tanto, no existe una interdependencia de las obligaciones propias del contrato de prenda, sino que estas se relacionan con la obligación principal debido a que ésta es la causa del contrato.⁸⁴

3.- La teoría de los riesgos. Al igual que en el caso anterior, al no existir una interdependencia entre las obligaciones de las partes, la imposibilidad fortuita del cumplimiento de una de éstas no determina la exigibilidad de la otra, aún más, ante la destrucción fortuita de la cosa constituida en prenda el contrato se extingue⁸⁵ (sin perjuicio de los derechos que le correspondan al acreedor prendario en el valor del seguro o la indemnización pagada por terceros, sobre el cual el pignoratario conservará su preferencia de pago de segunda categoría conforme al artículo 15 de la Ley), y en consecuencia se haría actualmente exigible la obligación de alzamiento de la prenda.

⁸⁴ *Infra* p. 62.

⁸⁵ GUZMAN B., Alejandro, *op. cit.* p. 285.

Visto lo anterior, cabe concluir que aun cuando podamos identificar obligaciones tanto por parte del pignorante como del pignoratario, al no existir una interdependencia entre ellas sino más bien respecto del contrato principal, el contrato de prenda sin desplazamiento entraría en la clasificación de los contratos unilaterales, salvo por la procedencia de la indemnización ante el incumplimiento, lo que se revisará más adelante.⁸⁶

2.2. Gratuidad y Onerosidad

El clasificar el contrato dentro de una de estas dos categorías, como en el caso anterior, tiene la utilidad de determinar ciertos efectos, sin embargo en este caso no existe mayor trascendencia, esto debido a que la propia ley se ocupa de regular los aspectos que normalmente quedarían determinados por esta clasificación, en este sentido se refiere GUZMÁN BRITO:

“Como ha sido hecho notar, la calificación de gratuito u oneroso que se reconozca al contrato prendario deja de tener interés práctico debido a que la determinación de las consecuencias que se seguirían de considerarlo de una u otra clase no fueron entregadas a la deducción del intérprete por el Código, y él mismo se encargó de fijarlas; lo propio

⁸⁶ *Infra* p. 101.

hizo la nueva ley. Tales consecuencias atañen al grado de responsabilidad que rige en ese contrato y a la procedencia de la acción pauliana para rescindirlo.”⁸⁷

Así el artículo 18 de la Ley se refiere a la obligación del pignorante respecto de la conservación de la cosa remitiéndose al artículo 2222 del Código Civil para regular el deber de diligencia debida de acuerdo a lo establecido por el Código para el depositario.⁸⁸ Por su parte en virtud de la remisión general que hace la ley al contrato de prenda civil, la procedencia de la acción pauliana o revocatoria se verifica en virtud del número 1º del artículo 2468 del Código Civil, en el cual se comprenden, además de los actos oneroso, las prendas, hipotecas y anticresis celebradas estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero.

2.3. Accesoriedad: ¿Lo accesorio sigue siempre la suerte de lo principal?

Como contrato, la prenda sin desplazamiento al igual que la prenda civil, es accesorio en el sentido que lo señala el artículo 1442 del Código Civil, ya que su objeto es garantizar el cumplimiento de un contrato principal. La conjunción de los artículos 46, 1442, 2384 y 2385 del Código Civil determinan la accesoriedad del contrato de prenda, tal como lo

⁸⁷ GUZMÁN B. Alejandro. p. 218

⁸⁸ *Infra* p. 88.

señala la Corte Suprema en “Rojas Aguirre Ernesto con Banco de Chile”, 16 de octubre del 2008:

“Que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 2384 del Código Civil, por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito.

El artículo 2385 del mismo Código agrega que el contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede.

De las normas anteriores se desprende que la prenda es una caución, esto es -en los términos del artículo 46 del citado cuerpo legal-, una obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena, y, asimismo, un contrato accesorio, esto es -al tenor de la segunda parte del artículo 1442 del Código Civil, aquel celebrado para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.”⁸⁹

Las consecuencias de que el contrato de prenda sin desplazamiento sea accesorio, como lo explica DOMÍNGUEZ, son por lo menos cuatro:

“Si la hipoteca y la prenda son obligaciones accesorias, el principio de lo accesorio a que están sometidas, como obligaciones de garantía que son, manda que: a) no exista un plazo de prescripción propio de las acciones respectivas; b) la acción hipotecaria y la

⁸⁹ Corte Suprema, 16 de octubre del 2008, Rojas Aguirre Ernesto con Banco de Chile, ROL 5699-2007, Considerando TERCERO.

acción prendaria prescriben junto con la obligación principal; c) por ello, mientras no prescriba la obligación principal, no hay posibilidad alguna de prescripción independiente de las acciones hipotecarias o prendarias; d) y como última consecuencia, todo lo que ocurra a la prescripción de la obligación principal tiene igual consecuencia en la prescripción de las acciones hipotecaria y prendarias; pero también lo que ocurra a éstas ocurre como si sucediera a aquéllas.”⁹⁰

En definitiva, el principio de accesoriedad se resume en el brocardo “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, máxima que en nuestro sistema conoce excepciones especiales contempladas solamente para los casos en que una razón mayor de equidad o protección hacen ceder este principio a favor de la persona beneficiada por la norma. Así, por ejemplo, la no extensión de las garantías constituidas por un tercero sobre un contrato de arrendamiento cuyo plazo se ha extendido, ya sea tácita o expresamente, contemplado en el artículo 1957 del Código Civil, o la validez de las caucionas constituidas sobre una obligación natural, igualmente por un tercero, contenida en el artículo 1472 del mismo cuerpo legal. Existe, sin embargo, una excepción general, la cual dice relación con la naturaleza jurídica de los actos principal y accesorio, sobre ello se refirió la Corte Suprema en “Cubillos Espinoza con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria”, 23 de marzo del 2012:

⁹⁰ DOMÍNGUEZ A., Ramón. EN: TAPIA R., MAURICIO, GAITÁN M., JOSÉ A., JURICIC C., DANIEL, et al. *op. cit.* p. 41.

“Pero lo que se viene consignando, es sin perjuicio de reconocer que lo principal no necesariamente transmite su naturaleza jurídica a lo accesorio, ya que la hipoteca mantiene siempre sus propios caracteres. La idea que la hipoteca seguía incluso la naturaleza del crédito, sostenida por algunos, no es ya seguida por nadie puesto que, como se ha dicho, la hipoteca mantiene su individualidad frente al crédito. Así, entonces, el principio de lo accesorio no manda que la hipoteca o la prenda, en su caso, queden por entero sometidas a lo principal, de forma que en tal principio pudiere fundarse categóricamente que todo aquello que suceda a lo principal repercuta ineludiblemente en lo accesorio, como si se produjese una verdadera fusión entre la obligación caucionada y la prenda o la hipoteca (Ramón Domínguez Águila, "Notas sobre la prescripción de las acciones de garantía, en especial la acción hipotecaria frente al principio de lo accesorio", Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, año 2008, Legal Publishing, Universidad Diego Portales, páginas 399 y siguientes).”⁹¹

⁹¹ Corte Suprema, 23 de marzo del 2012, Cubillos Espinoza con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, ROL 6742-2011, considerando SÉPTIMO.

CAPÍTULO III – LA NUEVA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DESDE LA ÓPTICA DE LA TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO

1. ELEMENTOS DEL CONTRATO

Se analizarán a continuación los elementos del contrato de prenda sin desplazamiento siguiendo el esquema de la teoría general de las obligaciones, identificando por lo tanto el objeto, causa y formalidades del contrato, como también los principales derechos y obligaciones que de éste emanan, enfocándome especialmente en las problemáticas que pueda presentar la nueva regulación.

1.1. El Objeto: Universalidad vs. Certeza.

El objeto del contrato de prenda sin desplazamiento lo constituye tanto la cosa pignorada como la obligación caucionada,⁹² ambos se encuentran regulados en el Título II de la Ley, denominado “De las Obligaciones Caucionadas y los Bienes Prendados”. El artículo 5° de la Ley establece:

“Artículo 5°.- Podrá constituirse prenda sobre todo tipo de cosas corporales o incorporales muebles, presentes o futuras.

⁹² GUZMÁN B. Alejandro. *op. cit.* p. 251.

Las naves y aeronaves se registrarán por sus leyes particulares.”

La amplitud de las cosas que pueden darse en prenda sin desplazamiento es casi absoluta, con excepción de los bienes muebles que la ley expresamente excluye:⁹³ aeronaves, naves y artefactos marítimos (mayores), sobre las cuales solamente se pueden constituir hipotecas mobiliarias.⁹⁴ La ley incluso permite constituir prenda sin desplazamiento sobre algunos bienes incorporales inmuebles, en el artículo 6, en el que

⁹³ Dentro de los bienes sobre los cuales no puede constituirse prenda sin desplazamiento ELORRIAGA añade los bienes inembargables, ya que “a pesar de la generalidad del artículo 5.1 del artículo 14, lo cierto es que no puede sino concluirse que las cosas inembargables no pueden ser dadas en prenda. Respecto de ellas, la pignoración es simplemente ineficaz”, ELORRIAGA D. Fabián. *op. cit.* p. 92. Sin embargo, el autor pareciera confundir los bienes inembargables con las cosas inenajenables, las cuales se encuentran fuera del comercio y por lo tanto no pueden ser enajenadas ni gravadas. Así dentro del catálogo de bienes inembargables contenido en el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil, encontramos: 9° Los libros relativos a la profesión del deudor hasta el valor de cincuenta unidades tributarias mensuales y a elección del mismo deudor, y 10° Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección; bienes los cuales pueden ser enajenados y gravados en su totalidad por parte de su dueño y que sólo son excluidos del derecho de prenda general por razones humanitarias; por el contrario, no es el caso de las pensiones alimenticias forzosas o de los sueldos y remuneraciones, cuya enajenación además constituye objeto ilícito en el sentido del artículo 1464 del Código Civil, y será solamente sobre este tipo de bienes inembargables que la constitución en prenda, como cualquier otro negocio jurídico, esté prohibida.

⁹⁴ La hipoteca mobiliaria sobre aeronaves se encuentra regulada en el Capítulo IV del Código Aeronáutico, “De la Hipoteca y de los Privilegios”, mientras que la hipoteca sobre las naves y artefactos marítimos mayores se encuentra regulada en el título III del Capítulo III del Código de Comercio, “De los Privilegios y de la Hipoteca Naval”.

se regula la prenda sobre ciertas concesiones administrativas y los bienes asociados a ellas, las que según su propia naturaleza recaen sobre bienes inmuebles.⁹⁵

También es posible constituir prenda sin desplazamiento sobre universalidades de hecho o inventarios (artículo 11), sobre bienes que no han llegado al país (artículo 12) y sobre bienes muebles futuros, incluyéndose dentro de estos los inmuebles por destinación y adherencia (artículo 14).

En cuanto a las obligaciones que pueden ser caucionadas por medio del contrato de prenda sin desplazamiento las posibilidades son ilimitadas, así su artículo 4° establece que:

“Artículo 4°.- Podrán caucionarse con esta prenda cualquier clase de obligaciones, presentes o futuras, estén o no determinadas a la fecha del contrato.”

Al igual que en la Ley N° 18.112, se permite la constitución de una prenda sin desplazamiento sobre una obligación futura y con cláusula de garantía general prendaria, posibilidad que no se encuentra regulada en el Código Civil respecto de la prenda con desplazamiento. Si existieron dudas en el pasado sobre la legalidad de la cláusula de garantía general en la hipoteca, éstas no tuvieron ocasión de presentarse tratándose de las prendas sin desplazamiento de las leyes 18.112 y 20.190, como puede apreciarse en

⁹⁵ Así, por ejemplo, la prenda sin desplazamiento de la concesión de recintos deportivos, contemplada en el número 7 del artículo 6, o del derecho de concesión de construcción y explotación del subsuelo, contemplada en el número 3 del artículo 6.

la sentencia de la Corte Suprema en “Sociedad Big Blue Ltda. con Pesquera El Golfo S.A.”, 9 de julio del 2012, en la cual se señala:

“Que la posibilidad de convenir cláusulas con garantía general prendaria, es decir, respecto de una pluralidad de obligaciones presentes o futuras, sean determinadas o no la fecha del contrato, se encuentra prevista en la nueva Ley N° 20.190, de 5 de junio de 2007, cuyo artículo 14 "Dicta normas sobre la prenda sin desplazamiento y crea el Registro de Prendas sin Desplazamiento" (artículo 3° número 2 y en su artículo 4°), como asimismo, se hallaba contemplada en el artículo 4° de la Ley N° 18.112 del año 1982, derogada por la antedicha pero, como se sabe, por aplicación del artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, vigente para regir los contratos de prenda sin desplazamiento acordados antes de la entrada en vigencia de la nueva ley. Pese a los cuestionamientos que pueden surgir acerca de la pertinencia de una cláusula como la referida a propósito de un contrato pignoraticio – dado que podría existir la caución sin que exista la correlativa obligación principal garantizada –, los que se condice con que algunas antiguas leyes de prenda prescribieran la aptitud de ésta sólo en relación a obligaciones de cierta naturaleza u origen (Leyes N° 4072, N° 5687 y N° 4097, sobre Compraventa de cosas muebles a plazo, Prenda Industrial y Prenda Agraria,

respectivamente), lo cierto es que el legislador especial la estatuyó en la Ley N° 18.112 y, la ha vuelto a normar expresamente.”⁹⁶

Sin embargo, el casi ilimitado espectro de cosas muebles que pueden ser otorgadas en prenda sin desplazamiento presenta un problema que ni la ley ni el reglamento abordan, se trata de los bienes corporales muebles no sujetos a registro, debido a que la normativa se encarga de regular en detalle solamente la forma de identificar la cosa dada en prenda para los efectos de que no exista duda del objeto sobre el cual recae el contrato y el derecho real,⁹⁷ mas no regula la prueba del dominio o posesión sobre el bien. Explicando lo anterior, debido a que el contrato de prenda sin desplazamiento es solemne no existe necesidad que el constituyente justifique o pruebe de manera alguna la posesión sobre la cosa, quedando el verdadero dueño expuesto a se empeñe un bien suyo mediante un acto del cual nunca tuvo conocimiento, y que probablemente nunca llegue a tenerlo, pudiendo incluso perder su legítimo derecho sobre el bien ante la eventual prescripción adquisitiva del derecho real de prenda y posterior licitación de la cosa por parte del acreedor prendario.

Ejemplificaré esta situación: Juan entrega en comodato a Pedro un equipo computacional valorado en \$ 3.000.000, durante un periodo de 6 meses. Durante este

⁹⁶ Corte Suprema, 09 de julio del 2012, Sociedad Big Blue Ltda. con Pesquera El Golfo S.A., ROL 11426-2011, Considerando SÉPTIMO.

⁹⁷ Artículo 3 n° 3 de la Ley y artículo 5° del Reglamento, en el cual se contienen 16 formas de individualizar la especie dependiendo del género al que pertenezca.

lapso Pedro celebra un mutuo de dinero con Luis por la suma de \$ 5.000.000 pagaderos en el plazo de 36 cuotas mensuales, y para garantizar esta obligación Pedro constituye una prenda sin desplazamiento sobre el equipo, cumpliendo con todas las solemnidades exigidas por la ley para la validez del acto. Como Pedro es quien ostenta la tenencia del equipo computacional, y actúa como dueño de la cosa sin serlo,⁹⁸ Luis no debería menos que presumir que Pedro es el dueño del bien.⁹⁹ Una vez transcurrido el plazo de 6 meses pactado para la duración del comodato, Pedro devuelve a Juan el equipo computacional, y continúa pagando de forma oportuna las cuotas del crédito hasta que llega a la cuota 24, la cual no paga. Ante el incumplimiento Luis decide ejercer su derecho de acelerar el total del crédito, convirtiéndose el remanente en una obligación vigente. Luis ha poseído regularmente¹⁰⁰ el derecho real de prenda sin desplazamiento durante el lapso de 2 años, por lo que lo adquirió por vía de prescripción, haciéndolo oponible incluso al legítimo dueño de la cosa.¹⁰¹

⁹⁸ El ánimo de dueño (el *animus*) es un elemento intelectual, psíquico, que consiste en tener la cosa como dueño, como propietario de ella; pero conviene precisar que no se trata de la convicción de titularidad, es decir, de ser efectivamente el dueño (convicción que más bien constituye la buena fe), sino simplemente de comportarse como dueño. PEÑAILILLO A., Daniel. *op. cit.* p. 325.

⁹⁹ *Ibid.* p. 333.

¹⁰⁰ *Ibid.* páginas 337 y siguientes. Según lo establece el artículo 25 de la Ley, “el derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.”

¹⁰¹ GUZMAN B., Alejandro. *op. cit.* p. 314 y 315, y ELORRIAGA D., Fabián. *op. cit.* p. 140.

La situación anteriormente descrita no sucede con los bienes sujetos a registro¹⁰² debido a que el certificado de inscripción presentado por el constituyente está respaldado con la suficiente fe pública para hacer presumir a cualquiera que el dueño del bien es la persona a cuyo nombre se encuentra inscrito, y debido a que mientras no se realice la subinscripción de la prenda en el registro correspondiente esta no será oponible a terceros (artículo 25).

En segundo lugar, tampoco sucede este problema tratándose de los bienes futuros sino desde el momento en que estos llegan a existir, como es el caso de los inmuebles por adherencia y destinación, debido a que respecto de estos la inscripción no produce la adquisición del derecho real sino desde que efectivamente existen, considerándose como tal desde el momento en que estos son separados del predio.

En tercer lugar, tratándose de bienes que se empeñan en relación a la ubicación física en la que se encuentran, como es el caso de los depósitos de almacenes generales, tampoco se presenta el problema comentado, debido a que el empeño y tradición de estos se realiza mediante el endoso del comprobante,¹⁰³ el cual hace presumir el dominio sobre aquellos bienes.

¹⁰² Para una lista de los bienes muebles sujetos a registro en el Derecho chileno véase GUZMAN B., Alejandro. *op. cit.*, pp. 316 a 324, y ELORRIAGA D., Fabián. *op. cit.* pp. 50 a 55.

¹⁰³ Artículo 1° Ley N° 18.690 sobre Almacenes Generales de Depósitos, publicada en el Diario Oficial el 02 de febrero de 1988.

Por último, tratándose del empeño de inventarios o universalidades de hecho, al recaer la prenda en una cantidad de bienes más que en especies o cuerpos ciertos, no se presenta la deficiencia señalada.

En mi opinión, para evitar que se constituyan prendas sin desplazamiento fraudulentas sobre bienes inmuebles no sujetos a registro no es necesario llegar al extremo de excluirlos de la regulación, tal como se encuentra regulado en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina,¹⁰⁴ esto debido a tres razones: 1) la ley salvaguarda el derecho del verdadero dueño del bien, a quien no le es oponible la prenda otorgada *non dominio*, pudiendo alegar la inexistencia del derecho real de prenda (artículo 13), con el límite que el pignoratario adquiera el derecho real por medio de la prescripción adquisitiva; 2) la ley tipifica como delito la constitución de prenda sobre bien ajeno como si fuera propio (artículo 39 N°1), imponiéndole al constituyente la pena de la estafa residual, contemplada en el artículo 473 del Código Penal, de presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días) y multa de 11 unidades tributarias mensuales,

Esta situación deja en evidencia una diferencia fundamental existente entre la validez de la venta de cosa ajena (artículo 1815 del Código Civil) y el problema que he relatado en los párrafos anteriores, esto debido a que el comprador en ese caso debe detentar la tenencia física del bien como requisito de la posesión útil que eventualmente le permitirá

¹⁰⁴ Ver nota al pie N° 25.

adquirir el dominio por prescripción. Existen, por lo tanto, en la prenda sin desplazamiento constituida *non dominio* dos posesiones que se solapan, la del verdadero dueño, sobre la propiedad del bien, y la del pignoratario, sobre el derecho de prenda sin desplazamiento, lo cual es imposible que ocurra en la venta de cosa ajena cuando se ha realizado la tradición de la cosa y la entrega material, ya que la nueva posesión interrumpe a la anterior (artículo 2502 N° 2 del Código Civil), lo que deja al verdadero dueño en el caso de la prenda sin desplazamiento en una situación de indefensión si extendemos de manera idéntica el criterio de la compraventa, ya que el primero se encuentra en total ignorancia del plazo de prescripción adquisitiva que corre en su contra.

Por las razones anteriores sería recomendable que, para poder ejercer la acción de desposeimiento en contra del verdadero dueño, se incluyera dentro de los requisitos para la constitución de la prenda sin desplazamiento sobre bienes muebles no sujetos a registro que se demuestre el dominio o posesión sobre estos, y que esto no quede relegado a las buenas prácticas contractuales, tomándose como referente lo establecido en el artículo 522 del Código de Procedimiento Civil, respecto de la tercería de posesión, es decir, presentado el pignorante antecedentes que puedan ser considerados como constitutivos a lo menos de presunción grave de la posesión sobre la cosa. Por lo tanto, el requisito de demostrar el dominio sobre bienes inmuebles no sujetos a registro no estaría establecido para la validez del acto, sino que para los efectos de poder ejercer

la acción de desposeimiento en contra del verdadero dueño cuando el pignoratario haya adquirido por prescripción adquisitiva el derecho de prenda sin desplazamiento.

1.2. La Causa: Sin obligación principal, no existe prenda

La causa del contrato de prenda sin desplazamiento es garantizar la obligación principal a la que accede, la cual resulta ser idéntica en todo contrato de garantía, ya sea personal o real, ya que como señala DOMINGUEZ A.:

“Si se alude a la idea de causa es porque ésta expresa la necesidad de una finalidad perseguida por la voluntad negocial y precisamente, en las cauciones, éstas son convenidas para el fin de asegurar la obligación principal, que por tanto, las justifican, hasta el punto de no poder concebirlas independientemente.”¹⁰⁵

La causa por lo tanto queda determinada por un acto externo al mismo contrato de prenda sin desplazamiento, como lo es la obligación a la que accede, ya sea que su existencia sea contemporánea, anterior o incluso futura,¹⁰⁶ la cual a su vez puede tratarse

¹⁰⁵ DOMINGUEZ A., RAMÓN. 2009. En: Tapia R., Mauricio, Gaitán M., José A., Juricic C., Daniel, *et al. op. cit.* pp. 41 y 42.

¹⁰⁶ La existencia de la obligación caucionada determina la caución. Así, aunque pudiera pactarse la hipoteca o la prenda antes que exista la obligación principal, ésta ha de ser al menos una obligación futura, de forma que, en cierto modo, la existencia de la caución en ese evento, queda sujeta a la condición que exista la obligación principal. *ibíd.* p. 42

de un negocio causal o abstracto, como dice GUZMÁN BRITO: “si lo hay, la prenda tiene causa; si no lo hay, carece de tal; si es declarado nulo o se extinguen el o sus efectos, su causa cesa; si el acto o hecho causales son ilícitos, por ser contrarios a la ley, a las buenas costumbres o al orden público, la causa de la prenda es ilícita.”¹⁰⁷ Es por lo mismo que el pacto que permita la persistencia de una prenda sin desplazamiento, y la subsistencia de la inscripción en el registro, sin que esta se encuentre garantizando una obligación principal, presente o futura, no produciría efectos por ser dicha cláusula nula, de nulidad absoluta, conforme a lo establecido en el inciso tercero del artículo 1467 del Código Civil.

1.3. Solemnidades

El contrato de prenda sin desplazamiento es solemne, y dentro de esta solemnidad podemos distinguir entre las solemnidades internas, que son las menciones que necesariamente se deben incluir en el contrato, y las solemnidades externas, que son los requisitos de forma que se deben cumplir para que el contrato sea válido.¹⁰⁸ Ambas constituyen solemnidades en el sentido del artículo 1682 del Código Civil, ya que estas

¹⁰⁷ GUZMÁN B., Alejandro. *op cit.* p. 251.

¹⁰⁸ *Ibid.* páginas 277 y 278.

están establecidas por la ley en forma perentoria para la validez del acto y su omisión se sanciona con la nulidad absoluta.

1.3.1. Solemnidades Externas: Escrituración y Protocolización

El artículo 2° de la Ley establece:

“Artículo 2°.- El contrato de prenda sin desplazamiento es solemne. El contrato, su modificación y su alzamiento, deberán otorgarse por escritura pública o por instrumento privado, en cuyo caso, las firmas de las partes concurrentes deberán ser autorizadas por un notario y el instrumento deberá ser protocolizado en el registro del mismo notario que autoriza. En este caso, respecto de terceros la fecha del contrato será la de su protocolización.”

En primer lugar, la ley solamente señala el requisito de la escritura pública, sin indicar la competencia territorial del notario ante el cual se suscriba el acto. Tampoco se establece competencia especial del notario que autoriza las firmas del instrumento privado, ni un plazo dentro del cual se deba protocolizar el instrumento privado luego de que se hayan autorizado las firmas, pero realizado el acto de autorización solamente puede

protocolizarse el contrato en el registro del notario autorizante.¹⁰⁹ En cuanto a la publicidad del acto, la escritura pública o la protocolización del instrumento privado dan fecha cierta de la celebración de éste frente a terceros, en el primer caso, de acuerdo al artículo 1700 del Código Civil en concordancia con los artículos 405 y 426 del Código Orgánico de Tribunales, será la fecha en que el primero de los comparecientes firme, fecha en que igualmente se le otorgará un número en el repertorio, debiendo firmar la totalidad de los comparecientes dentro de los 60 días siguientes so pena de perder el acto su calidad de escritura pública; en el segundo caso la fecha cierta respecto de terceros se contará desde la fecha de la protocolización.¹¹⁰ La fecha cierta respecto de terceros aquí tratada mira al acto, más no al derecho real de prenda ya que según el artículo 25 de la Ley éste se adquiere desde la fecha de la inscripción en el registro, es desde esa misma fecha que se considera la preferencia entre los acreedores de un bien respecto del cual se han constituido más de una prenda (artículo 16) y determina la fecha antes de la cual el arrendatario puede ejercer el derecho legal de retención respecto de los bienes que el arrendatario ha introducido en el inmueble (artículo 22). Por lo que no es respecto de los efectos propios del contrato de prenda sin desplazamiento donde deben buscarse los

¹⁰⁹ La ley no ha prescrito la *unitas actus* para la ejecución de las distintas solemnidades ordenadas para la celebración y perfección de la convención de prenda sin desplazamiento mediante instrumento privado. GUZMÁN B., Alejandro. *op. cit*, p. 226.

¹¹⁰ En esta hipótesis, la convención solemne ofrece dos fechas: i) frente a terceros, y es la de su protocolización y ii) entre las partes, y ahora es la que se registre en el instrumento mismo, si éste es mandado a tener por reconocido en los términos del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil. *Ibíd.* p. 226.

efectos de la oponibilidad ante terceros de la fecha cierta del contrato, sino que es dentro del ámbito de las relaciones entre las partes del contrato y los terceros que se relacionen con éstas.¹¹¹

Existe una tercera oponibilidad de la prenda sin desplazamiento que no se produce por la celebración del acto, inscripción del contrato en el Registro Nacional de Prendas Sin Desplazamiento ni con la subinscripción de la prenda en el registro en el cual se encuentre inscrito el bien mueble, que es la preferencia que el pignoratario goza ante el acreedor hipotecario sobre los bienes muebles que devienen en inmuebles por destinación o adherencia con posterioridad a que se haya perfeccionado el contrato y la inscripción de la prenda, así el artículo 14 de la Ley dispone:

“Artículo 14.- 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, entendiéndose que las cosas llegan a existir cuando son separadas del inmueble al que acceden o cesa la

¹¹¹ Esto dice relación con el llamado efecto expansivo de los contratos, según explica LÓPEZ, “Al margen de la voluntad de las partes contratantes, a veces un contrato puede ser invocado por un tercero en su favor u opuesto a un tercero en su detrimento. En alguna medida, en cuanto el contrato es un hecho, que como tal existe para todos, en sus efectos reflejos puede alcanzar a terceros absolutos: no para crear directamente un derecho o una obligación en el patrimonio de ellos, sino en cuanto es factible traerlo a colación, o formular una pretensión basada en el contrato ajeno. Esto es lo que se llama *efecto absoluto de los contratos*, o *efecto expansivo o efecto indirecto o efecto reflejo de los contratos*. LÓPEZ S., Jorge, 2001. Los Contratos, Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. p. 360.

afectación a un predio, por la voluntad o el hecho de su dueño y el consentimiento del acreedor hipotecario, si fuere el caso.

La prenda sin desplazamiento constituida sobre bienes corporales muebles que posteriormente se transformen en inmuebles por destinación o adherencia, subsistirá sin que sea necesario el acuerdo del acreedor hipotecario y gozará de preferencia sobre la hipoteca, si se anotare al margen de la correspondiente inscripción hipotecaria. Si no se practicare esta anotación, la ejecución de la hipoteca producirá la purga de la prenda, sin necesidad de notificación al acreedor prendario.”

La ley reconoce la preferencia que tiene el pignoratorio por sobre el acreedor hipotecario, pero solamente si la prenda consta mediante una nota marginal en la inscripción de la hipoteca, como consecuencia el pignoratorio deberá revisar constantemente si el pignorante ha constituido hipotecas sobre los bienes raíces de los cuales tenga conocimiento, o si ha adquirido nuevas propiedad inmuebles, y en todo caso si el bien pignorado ha sido adherido o se ha destinado al provecho y beneficio de estos predios. Se podría decir que los derechos del acreedor prendario se ven salvaguardados por la obligación de buena fe que pesa sobre el pignorante, de comunicar las situaciones antes descritas, ya que la infracción de tal obligación no sólo tiene consecuencias civiles, sino que también penales, según el tipo establecido en el artículo 39 n° 1) de la Ley, que castiga a quien “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”, siempre y cuando podamos incluir el “gravar” dentro del “disponer”. Sin embargo, no son suficientes los argumentos para mantener la disposición tal como se presenta hoy en día, sino que sería recomendable que si el acreedor hipotecario quiere extender su garantía a los bienes inmuebles por adherencia y destinación, pese sobre él la carga de asegurarse que éstos no se encuentra ya gravados con prenda sin desplazamiento, por dos razones: 1) el perjuicio que sufre el pignoratario es mayor que el sufrido por el acreedor hipotecario en caso de que se aplique una u otra preferencia sobre los mismo bienes, debido a que la hipoteca se extienda a los inmuebles por adherencia y destinación, el pignoratario pierde completamente su garantía, en cambio si estos simplemente se excluyen de la hipoteca, el acreedor hipotecario conservará su privilegio sobre el inmueble en sí, sólo que disminuido en el valor que representaban los bienes excluidos, y 2) porque resulta mucho más sencillo para el acreedor hipotecario consultar sobre las prendas sin desplazamientos que ha constituido su contraparte, debido a que el Registro de Prendas Sin Desplazamiento es nacional y electrónico,¹¹² en cambio si el pignoratario quisiera consultar las hipotecas constituidas sobre los predios de propiedad del pignorante, debe consultar todos los registros conservatorios en los cuales éste tenga conocimiento que existan bienes inscritos a nombre del pignorante, lo que no excluye que el deudor prendario adquiera nuevos bienes raíces con posterioridad,

¹¹² *Infra.* p. 77.

lo que torna esta labor en inútil debido a las variables que se deben satisfacer para tener plena seguridad de que no se han constituido nuevas hipotecas en desmedro de la prenda sin desplazamiento. Volveré sobre este punto al exponer las conclusiones del presente trabajo.

1.3.2. Solemnidades Internas: Menciones Obligatorias

Para el análisis de las solemnidades internas del contrato seguiré una a una las menciones obligatorias establecidas en el artículo 3° de la Ley, el cual señala que el contrato de prenda deberá contener, a lo menos, las siguientes menciones:

1) “La individualización de sus otorgantes;”

En principio la forma en que se identifique a los otorgantes dependerá del instrumento mediante el cual se celebre el contrato, debido a que esta materia solamente está regulada respecto de las escrituras públicas en el artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales, debiendo indicarse el nombre, nacionalidad, estado civil, domicilio, profesión y cédula de identidad o número de pasaporte, tratándose de extranjeros o chilenos radicados en el extranjero. Respecto de las escrituras privadas será necesario indicar sólo las primeras 4 menciones, debido a que estas constituyen atributos de la personalidad, y será necesario igualmente indicar el número de cédula nacional de identidad para que el notario examine y contraste las firmas estampadas en el documento

de identidad, cédula de identidad o pasaporte según sea el caso, con las presentes en el contrato. Adicionalmente el artículo 9 letra a) del Reglamento ordena que en el formulario de inscripción el notario indique:

“Nombres, apellidos o razón social y número de Rol Único Tributario, en adelante RUT, o número de Rol Único Nacional, en adelante RUN, según corresponda, de las partes del contrato. Para las personas extranjeras que no cuenten con RUN o RUT, se consignará sólo la razón social tratándose de personas jurídicas, y el o los nombres y apellidos, así como el número de pasaporte o documento de identidad, en el caso de personas naturales. Tratándose de comuneros, se indicarán los mismos datos respecto de cada uno de ellos, sin perjuicio de agregar los propios de la comunidad si los tuviere.”

En cuanto a la indicación de la profesión de los intervinientes, si bien esta no sería necesaria para los efectos de la validez del acto celebrado mediante escritura privada, es una mención necesaria dentro de los requisitos de la demanda, contemplados en el número 3° del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, cualquiera que sea el instrumento que las partes elijan para celebrar el contrato, y más allá de las recomendaciones prácticas sobre la forma de identificar a los contratantes, la identificación de los otorgantes se deberá realizar, a lo menos, mediante las indicaciones del artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales, ya señaladas.

2) “La indicación de las obligaciones caucionadas o bien de que se trata de una garantía general. En caso que sólo se refieran los documentos donde constan las obligaciones

garantizadas y éstos no estuvieren incorporados en un registro público, deberán ser protocolizados en copia simple al momento de la celebración del contrato de prenda;”

Existen tres modalidades para indicar las obligaciones caucionadas cuando estas son presentes:

a) Simplemente referirse al registro público en el que estas se encuentran,¹¹³ sin necesidad de otro tipo de mención; esta modalidad crea una dificultad adicional en relación al conocimiento del contenido de la obligación que puedan tener los terceros interesados en contratar con posterioridad con alguna de las partes del contrato de prenda sin desplazamiento, igualmente crea un costo adicional para las partes en caso de perseguir judicialmente el cumplimiento de algunas de las obligaciones contenidas en la convención, sin embargo el beneficio es evidente tratándose de obligaciones que consten en documentos de gran extensión, como es el caso de las concesiones administrativas contenidas en el artículo 6° de la Ley, evitando de este modo duplicar los costos notariales cuando la obligación principal y la caución no sean coetáneas.

b) Indicar la obligación caucionada sin señalar su contenido en el contrato de prenda, constando la primera en un documento distinto el cual no se encuentra inscrito en ningún

¹¹³ La previa incorporación en un registro público no necesariamente es en el registro de un notario; y con su manera de expresarse la ley alude a cualquier depositario de documentos por incorporación que tenga carácter de público, aunque sea en sí mismo privado, sino en el sentido de estar ordenado por la ley y puesto a cargo de un oficial o de un funcionario público. GUZMÁN B., Alejandro. *op. cit.* p. 240.

tipo de registro público. En este caso será necesario protocolizar en el mismo acto de constitución de la prenda una copia simple del documento en que conste la obligación principal. Esta modalidad, igual que en el caso anterior, permite abaratar los costos de transacción al tratarse de contratos de gran extensión celebrados con anterioridad a la constitución de la prenda y que hayan sido celebrados mediante instrumento privado. Adicionalmente la protocolización del acto principal le otorga fecha cierta, según lo dispuesto en el artículo 1703 del Código Civil. Sin embargo, ésta resulta ser la modalidad menos recomendada debido a las consecuencias que conlleva en la ejecución de la prenda, como se verá más adelante.¹¹⁴

c) Indicar de manera completa la obligación caucionada, señalando según lo establecido en el inciso 2° del artículo 4 del reglamento “el objeto de ellas, el plazo de su cumplimiento o si se trata de obligaciones futuras o con cláusula de garantía general.” Se debe indicar igualmente el monto al que asciende la obligación,¹¹⁵ y si ésta es determinada o determinable, y siendo el segundo caso la forma en que ésta se pueda

¹¹⁴ *Infra* p. 121.

¹¹⁵ Según lo indica el inciso 3° del artículo 4° del Reglamento “En el caso de garantizarse obligaciones de dar una suma determinada o determinable de dinero, para efectos de la inscripción del contrato en el registro, esta podrá expresarse en moneda nacional o extranjera. También podrá expresarse en alguna unidad convertible en dinero u otro sistema de ajuste, en cuyo caso deberá indicarse la forma del ajuste y el momento o plazo en el cual se llevará a efecto la conversión o determinación.” A su vez, el inciso 5° del mismo artículo señala “En el caso de obligaciones de género que no sean en dinero, deberá expresarse la cantidad de individuos del género de que se trate. Tratándose de obligaciones de hacer o no hacer, las partes deberán indicar el valor mínimo en dinero de la respectiva obligación o su forma de determinación.”

determinar; si se trata de una obligación reajutable, indicándose el índice o factor usado para la reajustabilidad, si la obligación genera intereses, y según que tasa,¹¹⁶ el número de cuotas y el periodo en que estas deben ser pagadas, si existe más de un deudor personal, si se trata de una obligación simplemente mancomunada, solidaria o indivisible, etc. Esta modalidad es especialmente conveniente de adoptar en los casos en que el contrato principal y la prenda se celebren en una misma operación, debido a que de esta manera los costos de transacción se ven ampliamente reducidos. También es conveniente en el caso que se intente garantizar una obligación anterior que conste en un instrumento privado de poca extensión, ya que de esta forma no será necesaria la protocolización del referido documento.¹¹⁷

Tratándose de la prenda constituida con cláusula de garantía general, la indicación solamente deberá ser referida a ésta, sin otro tipo de mención adicional. Sobre la definición y contenido de la cláusula de garantía general y sobre las obligaciones futuras,

¹¹⁶ Aunque el inciso 4° del artículo 4° del Reglamento señala que “A menos que las partes expresen lo contrario, las obligaciones de dinero devengarán intereses de conformidad con lo establecido en la Ley N°18.010, debiendo las partes indicar el valor de los intereses pactados, si los hubiere”, los intereses no son un elemento de la naturaleza de toda obligación de pagar una suma de dinero, como señala ELORRIAGA, “Pareciera que se confundió aquí el concepto de operación de crédito de dinero con el de obligación de dinero, ya que no todas las obligaciones de dinero son operaciones de crédito de dinero.” ELORRIAGA D., Fabián. *op. cit.* p. 28. Por lo tanto, y en virtud del principio de jerarquía, se debe considerar lo estipulado en la ley N° 18.010 y el Código Civil por sobre los indicado en el Reglamento.

¹¹⁷ ELORRIAGA D., Fabián. *op. cit.* p. 27

la Corte Suprema en “Sociedad de Transportes Torres y otro con Banco de Chile”, 03 de julio de 2008, señaló:

“Que cabe tener presente al efecto, en primer lugar, que nuestra legislación no define la cláusula de garantía general y que ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han tratado de crear un concepto explicativo que aborde las singularidades de este tipo de estipulación contractual. Sobre este particular, el profesor Manuel Somarriva expresa que ‘en los préstamos que conceden los bancos, es frecuente que se estipule lo que se denomina la cláusula de garantía general hipotecaria, y que consiste en que el deudor hipoteca un predio como garantía, no sólo de las obligaciones que actualmente contrae, sino de todas sus deudas futuras a favor del banco.’ (Manuel Somarriva, Tratado de Las Cauciones, Editorial Nacimiento, 1943, N° 349, página 314). Así, se puede afirmar que la cláusula de garantía general es una estipulación efectuada por las partes contratantes, en el sentido que el bien gravado por este concepto, no sólo resguardará las obligaciones actualmente existentes, sino también las futuras, cuyo monto y naturaleza se desconocen, y todas aquellas en las que el deudor pueda tener una responsabilidad directa o indirecta.

Que a lo anterior cabe agregar que el legislador no se ha referido tampoco al concepto de obligaciones futuras. El Código Civil, en su Libro IV, Títulos IV y V, trata de las modalidades más especiales, como son el plazo y la condición, pero no se remite a lo que se debe entender por obligación futura. En el Libro IV, Título XXXVI, al tratar de la fianza, el artículo 2339 dispone que ‘podrá también afianzarse una obligación futura.’

Sobre el particular el tratadista español Puig Peña expresa que la obligación futura ‘es aquella que no ha surgido plenamente todavía a la vida pero que está prevista en lo que pudiéramos llamar previsibilidad normal de los contratantes.’ Al efecto, esta Corte Suprema ha reconocido, a modo ejemplar, la validez de la hipoteca otorgada en garantía de obligaciones que tienen la potencialidad de existir; es así como ha expresado que “nada importa que la obligación se origine mucho tiempo después, siempre que la hipoteca esté vigente, porque la ley autoriza que se otorguen para asegurar obligaciones futuras y por cantidades no determinadas.”¹¹⁸

3) “La individualización o la caracterización de las cosas empeñadas;”

El Reglamento se ocupa en su artículo 5° de especificar la forma en que se debe efectuar la individualización de la cosa empeñada estableciendo 15 casos específicos y uno genérico, estos son: 1) animales, 2) granos, semillas, o plantas frutales, 3) frutos, 4) vehículos motorizados, 5) remolques y semirremolques, 6) maquinarias o partes de las mismas, 7) líquidos, 8) alimentos sólidos o líquidos, 9) gases, 10) fármacos, cosméticos y alimentos de uso médico, 11) fármacos de uso exclusivo veterinario, 12) minerales o sustancias minerales, 13) programas computacionales o bases de datos, 14) derechos personales distintos a los títulos de crédito, 15) derechos sociales. Para todo otro tipo de bienes se establece que “deberá individualizarse o singularizarse la o las cosas que se

¹¹⁸ Corte Suprema, 03 de julio de 2008, Sociedad de Transportes Torres y otro con Banco de Chile, ROL 1544-2007, Considerandos QUINTO y SEXTO.

constituyan en prenda, de manera tal que puedan distinguirse de cualquier otra, atendida su calidad o especie.”

4) “La suma determinada o determinable a la que se limitare la prenda o la proporción en que debiere caucionar diversas obligaciones, si fuere el caso;”

Aunque se trata de una mención obligatoria, si las partes simplemente manifiestan que el bien X se constituye en garantía para el pago de la obligación Y, se debe entender que no existe limitación del monto por el cual la prenda responde por la obligación principal. Conviene, en todo caso, señalar en este caso que la prenda se otorga para garantizar el total o la totalidad de la obligación principal.

2. EL REGISTRO NACIONAL DE PRENDAS SIN DESPLAZAMIENTO: EL CHOQUE DE DOS ÉPOCAS

El inciso 1° del artículo 28 de la Ley establece:

“Artículo 28.- 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.”

Por su parte el artículo 1° del reglamento establece:

“Artículo 1°.- El Servicio de Registro Civil e Identificación se encargará de la organización, operación y administración del Registro de Prendas sin Desplazamiento, en adelante ‘el Registro’, a que se refiere el artículo 14 de la Ley N° 20.190, que dicta Normas Sobre Prenda sin Desplazamiento y Crea el Registro de Prendas sin Desplazamiento, en adelante ‘Ley de Prenda sin Desplazamiento’ o ‘Ley’.

El Registro de Prendas sin Desplazamiento, en adelante ‘el Registro’, será público, electrónico, nacional y único. Su función esencial será registrar y mantener las inscripciones de contratos de prenda, sus modificaciones y alzamientos e informar los hechos y actuaciones que consten en él.”

Dicho registro, como ya se mencionó, fue creado por el Decreto N° 722 del 8 de septiembre del 2010 del Ministerio de Justicia, publicado el día 23 de octubre del 2010.

Nuestro país no es ajeno a la regularización a través de registros, ya sea que estos sirvan como requisito y/o prueba del dominio o posesión que una persona tenga sobre un determinado bien, en especial si éste es inmueble, o para la identificación indubitada de un determinado individuo dentro de la sociedad, papel que antes ocupaba el nombre como atributo de la personalidad y que ahora ha sido reemplazo por el número de cédula nacional de identidad otorgado por el Servicio de Registro Civil e Identificación. Don Andrés BELLO expresó en el Mensaje del Código Civil los beneficios de contar con un registro, tratándose de los bienes inmuebles, señalando que mediante éste:

“La posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos; la propiedad territorial de toda la Republica a la vista de todos, en un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas, la hipoteca cimentada sobre base sólida; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse.”¹¹⁹

Las palabras del ilustre codificador decimonónico reflejan la realidad de sus tiempos, en que la propiedad raíz era aquella de mayor valor en una economía principalmente agraria, donde una nación emergente se levantaba sobre las cenizas de lo que un día fue un territorio ultramarino del Imperio Español. Dentro del caos que representa la estructuración de una joven república, el registro de propiedad se presentó como un cimiento para organizar los recursos económicos de nuestro país.

Para que un registro logre hacer oponible *erga omnes* un derecho real, ya sea éste el dominio que se tiene sobre un bien inmueble o la prenda sin desplazamiento sobre un mueble, éste debe ser, como explica FUEYO LANERI, “visible, indeleble, de solidez a perpetuidad, y cuya contextura tiene todas las características necesarias para que por

¹¹⁹ Mensaje del Código Civil, párrafo 22°.

medio de su conservación se haga historia de hechos, actos, organizaciones, controles, políticas, y, en general, de relaciones jurídicas de toda índole.”¹²⁰

El registro nacional de prendas sin desplazamiento es as su vez un reflejo de nuestros tiempos ya que existe solamente como datos computacionales, tal cualidad era algo impensado para FUEYO LANERI en el año 1982, cuando escribió que:

“La extraordinaria y espectacular informática por computadores tiene varios inconvenientes que a su vez constituyen otros tantos riesgos. Lo que allí se fija o imprime está expuesto a cambios, eliminaciones, sustituciones, etc., precisamente por tratarse de un método dinámico y evolutivo. Justamente, contra el principio de la fijación indeleble, indefinida, segura, que es de la esencia del Registro.

Como consecuencia, la computación es valioso apoyo en los sentidos que conocemos; pero el sistema registral no puede descansar sólo en la computación, lo cual sería lisa y llanamente un disparate. Así es como se ha estimado unánimemente.”¹²¹

Los avances tecnológicos han permitido que aquello que FUEYO LANERI consideraba como un “disparate” sea posible, ya que la capacidad de almacenamiento de los actuales equipos computacionales, como la velocidad de transmisión de datos mediante la fibra óptica y el espectro radioeléctrico, permiten que el resguardo de la información sea aún

¹²⁰ FUEYO L. Fernando. Teoría General de los Registros. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. p. 208.

más confiable que en los registros físicos, ya que resulta enormemente más sencillo y económico realizar copias de seguridad, mientras que los protocolos de papel están constantemente expuestos a desaparecer como consecuencia de un evento fortuito, como un incendio o un terremoto.

El registro es público, lo que no equivale a gratuito,¹²² por lo que el interesado en aprehender y hacerse de copia autentica de lo contenido en los protocolos respectivos debe pagar por los derechos correspondientes, cualidad que comparte con la mayoría de los otros registros públicos existentes en el país. Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre los registros físicos, como lo son los registros conservatorios de bienes raíces o los libros de los notarios, a la situación en la que se encuentra el registro nacional de prendas sin desplazamiento. Según la regulación actual, al no existir un protocolo físico al que podamos concurrir a consultar sobre los contratos de prenda sin desplazamiento celebrados en el país, ya sea que tal indagación se haga con un interés científico, estadístico, o simplemente por curiosidad, toda consulta que se quiera hacer en el registro debe ser previo pago de los derechos respectivos. En el marco de la presente investigación, y con la finalidad de recopilar la mayor cantidad de información posible, se requirió al Servicio de Registro Civil e Identificación con la finalidad de consultar el contenido de los contratos de prendas sin desplazamiento inscritos en el registro, su respuesta fue la siguiente:

¹²² GUZMAN B. Alejandro. *op. cit.* p 308.

“El Registro de Prendas Sin Desplazamiento, es un registro público en el cual se ingresan y mantienen las inscripciones de contratos de prenda, sus modificaciones y alzamiento, y mediante el cual se informan los hechos y actuaciones que constan en él.

Con todo, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 20.285, el detalle de las características y las copias de los contratos requeridos, se debe obtener a través del correspondiente Certificado de cada uno de ellos, directamente desde la página web www.srcei.cl, cancelando los derechos de rigor por cada certificado.”¹²³

El registro nacional de prendas sin desplazamiento tiene en consecuencia de dulce y de agraz, por una parte la digitalización permite que los contratos se inscriban de forma rápida, eficiente y fidedigna, los cuales pueden ser consultados por los interesados mediante solicitud efectuada en el sitio *web* del servicio, lo que sumado a la integración de la firma electrónica avanzada disminuye drásticamente el tiempo que se requiere para obtener dicha información; pero, por otra parte, se limita su conocimiento a aquellos que conocen con certeza aquello que están buscando, como por ejemplo el conocer el número de cédula de identidad de su deudor o eventual deudor, dejando rezagados a las personas que buscan consultar un registro público por el puro interés científico que ello significa.

¹²³ Ver Anexo 3.

Habiendo dedicado los párrafos anteriores a la descripción general del Registro, analizaré a continuación el modo en que se realiza la inscripción de los contratos de prenda sin desplazamiento.

La inscripción de los contratos de prenda sin desplazamiento está encomendada al notario que autoriza la escritura pública por medio de la cual este se celebra o en cuyos registros se haya protocolizado la escritura privada cuyas firmas anteriormente él mismo autorizó, ya que conforme al artículo 24 de la Ley éste debe realizar la inscripción de los contratos, como de sus modificaciones y alzamiento. El plazo que tiene el notario para realizar la inscripción es de tres días contados desde la fecha en que se otorgó la escritura pública¹²⁴ o en que se haya protocolizado el instrumento privado. El retardo en el envío no anula la inscripción, pero hace responsable al notario de las responsabilidades civiles y disciplinarias que nazcan de este hecho (artículo 24 inciso final de la Ley).

La inscripción se hace mediante envío de copia autorizada del contrato de prenda sin desplazamiento y de los instrumentos en los que conste la deuda, a través de las comunicaciones por redes electrónicas (que será lo habitual) o por medio de soporte magnéticos (el envío físico del disco o dispositivo de memoria en que se haya guardado copia de los documentos digitalizados). Al requerir la ley que aquello que es enviado al

¹²⁴ Con mayor precisión, y de conformidad a lo visto en *supra* p. 65, desde la fecha en que han firmado todos los otorgantes.

Servicio de Registro Civil e Identificación sea la copia digital, necesariamente esta deberá contener una firma electrónica avanzada, caso contrario cualquier respaldo digital no sería más que una copia simple, por lo mismo el Reglamento incluyó este requisito, en su artículo 8°, al establecer que “Los notarios aplicarán a estos envíos su firma electrónica avanzada referida en la Ley N° 19.799.”¹²⁵

Ante el requisito de firma electrónica avanzada cobra más sentido lo establecido en el inciso 3° del artículo 24 de la Ley, que permite que los notarios que no cuenten con los medios tecnológicos para hacer envío digital de los instrumentos mencionados, lo puedan hacer de forma física. Incluimos no solo en esta categoría a aquellos notarios que no cuenten con una conexión de internet y a los que no cuenten con dispositivos para realizar copias masivas de documentos de manera digital, sino que también a los que no cuenten con una firma electrónica avanzada.¹²⁶

¹²⁵ Artículo 2° letra g) de la Ley 19.799 “Firma electrónica avanzada: aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.” En la práctica los notarios, conservadores, archiveros y el Servicio de Registro Civil incorporan la firma electrónica avanzada a sus documentos y certificados mediante la inclusión de un número de verificación en el portal *web* respectivo junto a un código de barras o un código de respuesta rápida (QR).

¹²⁶ Para más información sobre la forma en que los notarios deben proceder a realizar el envío de los documentos por medio de internet, consultar el instructivo de inscripción de prendas sin desplazamiento, disponible en http://www.munitel.cl/eventos/seminarios/html/documentos/2011/SEMINARIO_GESTION_MUNICIPAL_EN_TRANSITO_Y_TRANSPORTE_CHILLAN/PPT01.pdf [Consulta: 14 de julio del 2015].

El Servicio de Registro Civil e Identificación puede negarse a realizar una determinada inscripción si el acto mediante el cual se otorgó adolece de errores u omisiones manifiestos en las menciones esenciales, determinadas por la propia Ley y el Reglamento,¹²⁷ ante lo cual el interesado podrá recurrir a la Justicia Ordinaria para que se determine si es o no procedente dicha inscripción.

Por último, la posibilidad de que sean los propios otorgantes los que directamente requieran la inscripción es solamente eventual y puede darse en dos situaciones: 1) ante el retardo en que incurra el notario en el envío de las copias autorizadas, y 2) cuando así lo ordene el Tribunal que conoció el reclamo interpuesto por el interesado ante la negativa del Servicio a realizar una inscripción.

¹²⁷ A lo que podríamos agregar también los vicios manifiestos que el propio Servicio se encuentre en la facultad de certificar, como es la constitución de prenda sobre un vehículo motorizado que ya no aparece inscrito a nombre del pignoratario a la fecha en que la inscripción es requerida, pero que si lo estaba al momento en que se celebró el contrato.

CAPÍTULO IV – LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS QUE NACEN DEL CONTRATO DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

1. PRINCIPALES OBLIGACIONES

Al hablar de las obligaciones que nacen como consecuencia de la prenda sin desplazamiento hay que distinguir de las que son propias del contrato y las del derecho real. Como contrato la prenda sin desplazamiento genera derechos personales, tanto para pignorante como para pignoratario; sin embargo, como derecho real, el titular de las obligaciones no es solamente el pignorante, sino que todos los individuos de la sociedad. En este título se analizarán las obligaciones que nacen del contrato en sí, dejando el análisis de las obligaciones que se generan en virtud del derecho real para más adelante.¹²⁸

1.2. Obligaciones del Pignorante: Conservación Material y Jurídica

Como consecuencia inmediata del contrato, el constituyente queda obligado a la conservación de la cosa, aún antes de que se efectúe la inscripción en el registro de prenda sin desplazamiento, y desde luego antes de que se realice la subinscripción de la

¹²⁸ Ver *infra* p. 102.

prenda tratándose de los bienes sujetos a registro.¹²⁹ Así, si se revisan las obligaciones esenciales y las accidentales que pueden recaer sobre el pignorante, se puede llegar a la conclusión que todas estas apuntan a un solo contenido, la conservación, tanto material como jurídica, de la cosa constituida en prenda sin desplazamiento. La primera apunta a la existencia material y utilidad de la cosa, mientras que la segunda a la conservación de los derechos que el pignorante tiene sobre la misma. La conservación material es del contenido esencial del contrato cuando el bien entregado en prenda es corporal, pudiendo ser ampliado en virtud de los pactos accesorios que las partes introduzcan, mientras que la conservación jurídica, en principio, solo se trataría de un contenido esencial respecto de los bienes incorporales, siendo para los corporales un contenido accesorio que las partes introducen mediante obligaciones como la de no enajenar o no gravar.

En primer lugar, respecto de la conservación material, la ley indica en su artículo 18 inciso 1°:

“Artículo 18.- 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. Sus deberes y responsabilidades en relación con la

¹²⁹ GUZMÁN B., Alejandro. *op. cit.* p. 255. Sin perjuicio de que el autor considere que desde la celebración del contrato el pignorante es responsable por los daños producidos como consecuencia de su infracción al “deber” de cuidado, y no que exista una obligación desde ese momento propiamente tal.

conservación de la cosa dada en prenda serán los del depositario, sin perjuicio de las penas que más adelante se establecen. Con todo, los deberes, responsabilidades y penas mencionadas no serán aplicables en el caso que legítimamente se haya procedido conforme al artículo 11 precedente.”¹³⁰

Las partes pueden introducir obligaciones accesorias que apunten a la conservación material de la cosa, la ley indica en su artículo 19, por ejemplo, las de mantener la cosa en un lugar determinado o utilizar la cosa de una forma específica.¹³¹ Pero las partes pueden introducir otro tipo de obligaciones que digan relación con la conservación material, como por ejemplo que será el pignoratario quien responda por los gastos de conservación y custodia de la cosa, o que el pignorante se obligue a mantener vigente la obligación contractual con una empresa de mantención determinada, o que mantendrá vigente un seguro sobre la prenda, etc.

¹³⁰ Sólo respecto de la prenda sobre universalidades e inventarios no existe tal obligación de conservación, debido a que al tratarse de una obligación genérica se está obligado a un valor, el que deberá ser especificado en el contrato, y no a la conservación de cada una de las especies del conjunto.

¹³¹ El uso específico es uno distinto a su uso o destino natural, debido a que éste último se encuentra comprendido en la obligación de ejecutar el contrato de buena fe, contenida en el artículo 1545 del Código Civil, mediante la cual se incorpora al contenido del contrato “todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”.

En cuanto a la conservación jurídica como elemento esencial del contrato, el inciso 3° del artículo 18 establece que si el bien que se constituye en prenda se trata de una cosa incorporal la conservación del derecho consistirá en “evitar su menoscabo o extinción”.

La conservación jurídica accidental del bien corporal la introducen las partes principalmente mediante la cláusula de no enajenar, contenida en el artículo 17 de la Ley.

Como se había adelantado,¹³² en virtud del artículo 18 de la ley el pignorante responde en la conservación de la cosa de acuerdo a los niveles de culpa contemplados para el depositario en el artículo 2222 del Código Civil, esto es:

“Artículo 2222. Las partes podrán estipular que el depositario responda de toda especie de culpa.

A falta de estipulación responderá solamente de la culpa grave.

Pero será responsable de la leve en los casos siguientes:

1. ° Si se ha ofrecido espontáneamente o ha pretendido se le prefiera a otra persona para depositario.

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

¹³² *Supra* p. 49.

GUZMÁN BRITO, analizando los niveles de culpa establecidos por el Código Civil y contrastándolos con su aplicación en la prenda sin desplazamiento, llega a la siguiente conclusión:

“Una vez perfeccionada la convención prendaria, el pignorante empieza a responder limitadamente a la culpa leve. Pero añadimos que debe responder limitadamente a la culpa grave o lata si la constitución de prenda fue exigida por el acreedor al pignorante (caso contrario al N° 1 del inciso 3° del Artículo 2222 del Código Civil) y si éste carece de todo interés en la pignoración, como cuando no le queda permitido usar la cosa ni obtener ningún beneficio de ella (caso contrario al del N° 2).”¹³³

Esta interpretación de la aplicación de los niveles de culpa establecidos para el depositario resulta ser una solución equitativa en relación a la utilidad obtenida por el pignorante en virtud del contrato.

Para asegurar el cumplimiento de la obligación de conservación de la cosa dada en prenda, al pignoratario le asiste el derecho de inspeccionarla. Para tales efectos el artículo 20 de la Ley señala:

“Artículo 20.- El acreedor prendario tiene derecho para inspeccionar en cualquier momento, por sí o por delegado, los efectos dados en prenda. Si con las visitas se irrogaren daños o graves molestias al constituyente de la prenda, a falta de acuerdo entre

¹³³ GUZMÁN B., Alejandro. *op. cit.* p. 256

las partes, podrá el tribunal competente del lugar de suscripción del contrato de prenda regularlas con la sola audiencia de las partes. Para designar delegado que ejerza este derecho, bastará una simple comunicación escrita del acreedor prendario.”

La sanción establecida por la ley para el incumplimiento de la obligación de conservación, incluyéndose la infracción a la prohibición de enajenar, como para la negativa a que el pignoratario ejerza su derecho de inspección, es la aceleración de la deuda,¹³⁴ por lo tanto, la obligación principal se hace actualmente exigible pudiéndose ejecutar la prenda, si la cosa o derecho constituido en garantía todavía es susceptible de licitarse.

La aceleración del crédito es un mecanismo frecuente en los contratos de financiamiento, la cual, sin ser de la naturaleza de éstos, son introducidos por las partes indicándose cuáles serán las causales para que ésta se haga efectiva. En sentencia del 03 de noviembre del 2014 la Corte Suprema, en “Tanner Servicios Financieros S.A. Con Zarhi Medina Miguel Ángel”, dilucidó una interrogante concerniente a la cláusula de aceleración, en cuanto si la naturaleza de esta era facultativa u obligatoria para el acreedor; así, sostuvo lo siguiente:

“Aun cuando la cláusula de aceleración se estatuya en beneficio del acreedor, no es posible entender que esa parte quede facultada para hacer efectivo el cobro del total a su

¹³⁴ Artículo 17, artículo 18 inciso 1º, 2º y 3º, artículo 19 y artículo 20 del artículo 14 de la Ley N° 20.190.

mera voluntad, lo que dejaría en suspenso lo pactado y haría inaplicable la institución de la prescripción, dejando bajo su discrecionalidad las reglas contenidas en los artículos 2514 y 2515 del Código Civil.

Que en cuanto al primer reproche de la impugnante, esta Corte Suprema ha venido sosteniendo regularmente que la denominada cláusula de aceleración puede extenderse valiéndose de formas verbales imperativas o facultativas, de manera que en el primer caso, verificado el hecho del retardo o la mora, la obligación se hará íntegramente exigible independientemente de que el acreedor manifieste su voluntad en orden a ejercer el derecho que le confiere la estipulación y, en el segundo, esa total exigibilidad dependerá del hecho que el titular de la acreencia exprese su intención de acelerar el crédito.

Así, del modo en que las partes la han formulado, puede colegirse que tal convención tiene un carácter facultativo y no imperativo para el ejecutante, por cuanto más allá de la potestad del acreedor para deducir la acción de cobro -lo que, en cualquier caso, sólo constituye el mero ejercicio de un derecho- la exigibilidad anticipada de la totalidad de la obligación ha sido entregada a su arbitrio, autorizándolo para demandar el pago íntegro en el evento de la mora, como es lo que ha sucedido en autos.”¹³⁵

¹³⁵ Corte Suprema, 03 de noviembre del 2014, Tanner Servicios Financieros S.A. Con Zarhi Medina Miguel Ángel, ROL 20282-2014, Considerandos QUINTO, SÉPTIMO y OCTAVO.

Cabe preguntarse ahora sobre si la aceleración regulada por la nueva ley de prenda sin desplazamiento es de naturaleza obligatoria o facultativa. Tratándose de los casos contemplados en los artículos 17, 18, 19 y 20 de la Ley, no cabe duda que se trata de una facultad del acreedor, ya que el crédito se acelera en virtud de la infracción a la obligación de conservación o la negativa injustificada al ejercicio del derecho de inspección; ahora, si las partes han convenido que el crédito se acelerará por el no pago de una de las cuotas en que se haya dividido el total de la obligación caucionada con la prenda sin desplazamiento, habrá que analizar la forma en que ésta cláusula ha sido redactada, aplicándose por lo tanto la regla establecida por la Corte Suprema en la sentencia comentada.

Con todo, aun ejerciendo el acreedor su derecho de acelerar la obligación, la posibilidad de ejecutar efectivamente la cosa dada en prenda va a depender de si se trata de un bien corporal o incorporal y si el incumplimiento fue meramente formal o sustancial. Tratándose de los bienes corporales el incumplimiento de la obligación de conservación material de la cosa puede traer aparejada la disminución o pérdida total de su valor de mercado, dependiendo del daño efectivo que como consecuencia sufrió la cosa, pudiendo ir desde la destrucción total hasta una infracción meramente formal, como por ejemplo la que acontece cuando un bien que debía contar con custodia de personal de seguridad de manera permanente haya pasado un periodo sin ésta, aunque no haya sufrido daño material alguno. En el primer caso, el pignoratario no podrá ejecutar la

prenda debido a que ésta dejó de existir físicamente, sin perjuicio de poder perseguir el “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”, como lo establece el artículo 15 de la Ley, en el segundo, la cosa no ha sufrido daño alguno, sin embargo el constituyente incumplió la obligación de custodia impuesta por la naturaleza misma del contrato (en relación con el nivel de culpa) o en virtud de una cláusula accesoria.

Esto no significa que se prescinda del daño para la determinación de la procedencia de la responsabilidad contractual, sino que el sólo hecho del incumplimiento de las obligaciones de conservación por sí constituye un perjuicio a los intereses del pignoratario. En consecuencia, ante la demanda que persiga el incumplimiento de la obligación de conservación, y consecuente aceleración de la obligación principal, el pignorante deberá probar que se cumplió con la obligación de conservación determinada por el deber de cuidado que le correspondía de acuerdo a lo establecido al artículo 2222 del Código Civil. Lo anterior cobra una gran importancia cuando se considera que las cosas corporales tienden a la corruptibilidad, ya sea que se considere como tal el desgaste natural que puedan sufrir en virtud del mero transcurso del tiempo¹³⁶ o por el uso natural en que se las emplee¹³⁷. Por lo tanto, una disminución de valor que sea

¹³⁶ *vg.* Envejecimiento de un animal.

¹³⁷ *vg.* Desgaste del motor debidamente mantenido de una maquinaria pesada o automóvil.

consecuencia del desgaste natural de la cosa no es suficiente causal para la exigibilidad inmediata de la obligación principal debido a que las partes tuvieron que haber previsto ésta al momento de contratar,¹³⁸ y por lo tanto ésta no es imputable a la acción del pignorante.

En una primera etapa ésta sería la única consecuencia frente al incumplimiento de la obligación de conservación, pero el inciso 4° del artículo 18 de la Ley establece que:

“Lo anterior es 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.”

Cabe preguntarse entonces si la posibilidad de exigir la indemnización de perjuicios es aplicable sólo en el caso de que se abandone la cosa o si es un régimen general para el caso de la infracción de la obligación de conservación. Si aplicamos al caso la teoría general de la responsabilidad civil no cabe duda que si el pignorante infringió su deber de cuidado de manera culpable, y como consecuencia de su acción u omisión el acreedor prendario resultó perjudicado en sus intereses, entonces se debe responder por aquellos daños.

¹³⁸ *vg.* Si se constituye una prenda sobre un caballo de carreras, el acreedor prendario debe saber de antemano que la utilidad de la garantía se mantendrá vigente mientras dure la utilidad económica del semoviente.

1.2. Obligaciones del Pignoratario: Alzamiento Forzado de la Prenda

Como se vio anteriormente, la obligación principal del pignoratario es la de alzar la prenda una vez que se haya pagado íntegramente la obligación principal. Así lo indicaba el artículo 27 original de la Ley:

“El deudor prendario tendrá derecho a exigir a su acreedor que suscriba el acto de alzamiento a que se refiere el artículo 2° de esta ley, efectuado que sea el pago íntegro de las obligaciones caucionadas. Si el acreedor prendario se negare, el deudor podrá solicitar judicialmente su alzamiento de conformidad con el procedimiento prescrito en el Título IV, Párrafo 2° del Libro III del Código de Procedimiento Civil.”

Al respecto vimos que el contenido de esta disposición es la de un derecho subjetivo y no una mera facultad,¹³⁹ en especial debido a la posibilidad de accionar para obtener el cumplimiento forzado de la obligación, y porque los términos en que ésta se contempla son claros en cuanto al contenido obligacional, situación que se hace manifiesta cuando se lo contrasta con la cancelación de la hipoteca.

El original artículo 27 de la Ley contemplaba el caso del pago íntegro de la obligación principal como causal de procedencia de la acción de alzamiento forzado. El nuevo artículo 27 condiciona el nacimiento de la obligación de alzamiento a la extinción del crédito asegurado, pero debemos preguntarnos si la procedencia de ésta puede

¹³⁹ *Supra* p. 36.

extenderse a todos los modos de extinguir las obligaciones, contemplados en el Título XIV del Libro IV del Código Civil.¹⁴⁰

Considero que sólo cabe hacer dicha extensión respecto de los modos de extinguir las obligaciones que son consecuencia de un acto voluntario de las partes,¹⁴¹ como lo son la resciliación, novación, transacción y la remisión, agregando a ésta lista la confusión y la compensación cuando su antecedente se encuentra en un acto voluntario. En cuanto a la pérdida de la cosa que se debe, la nulidad y rescisión, el evento de la condición resolutoria y la prescripción, añadiéndose a esta lista la resolución por incumplimiento contractual, se debe estar a lo contemplado en el inciso 1° del artículo 26 de la Ley:

“Sólo un tribunal podrá disponer que una inscripción practicada por el Registro de Prendas sin Desplazamiento sea modificada o eliminada, de acuerdo a las normas generales.”

Por lo tanto, tratándose de éstos modos de extinguir las obligaciones, será necesario iniciar un procedimiento ordinario para que se declare como efectiva la causal que se

¹⁴⁰ Artículo 1567 Código Civil. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o parte: 1° Por la solución o pago efectivo; 2° Por la novación; 3° Por la transacción; 4° Por la remisión; 5° Por la compensación; 6° Por la confusión; 7° Por la pérdida de la cosa que se debe; 8° Por la declaración de nulidad o por la rescisión; 9° Por el evento de la condición resolutoria; 10° Por la prescripción.

¹⁴¹ Infra p. 106.

invoca para determinar la extinción de la obligación principal, y consecuentemente se ordene la cancelación de la inscripción respectiva.¹⁴²

La Ley N° 20.885 modifica el artículo 27 de la nueva ley de prenda sin desplazamiento con el objetivo de precisar y extender la responsabilidad del acreedor prendario en el cumplimiento de su obligación de alzar la prenda una vez que el crédito caucionado se haya extinguido, pero considero que dicha modificación solamente es aplicable respecto de las prendas sin desplazamiento constituidas dentro del ámbito del Derecho del Consumidor, esto debido a la propia historia de la ley¹⁴³ y del lenguaje utilizado, al referirse al pignoratario como “proveedor”.¹⁴⁴ Se debe distinguir, por lo tanto, si el acreedor prendario es o no un proveedor y si la prenda es específica o se constituyó con cláusula de garantía general:

1) Pignoratario Proveedor y Garantía Específica: Una vez verificada la extinción del crédito el proveedor deberá alzar la prenda sin desplazamiento, y demás prohibiciones que se hayan constituido junto a la prenda, en el plazo de 45 días. El alzamiento se

¹⁴² vs. GUZMÁN B., Alejandro. op. cit. páginas 357 y 358.

¹⁴³ *Supra* p. 28.

¹⁴⁴ Artículo 1° N° 2 de la Ley N° 19.946. La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias. Para los efectos de esta ley se entenderá por: 2.- Proveedores: las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa. No se considerará proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente

deberá realizar ante el mismo notario que autorizó la constitución y a través del mismo modo, es decir por escritura pública o por instrumento privado protocolizado. El proveedor del crédito deberá comunicar al deudor por escrito y por cualquier medio idóneo al efecto de la extinción del crédito y del alzamiento, dentro del plazo de 30 días de haberse realizado la cancelación en el registro nacional de prendas sin desplazamiento. La ley exige que tal comunicación se haga por cualquier medio físico o tecnológico idóneo al efecto, al último domicilio del deudor que se tenga en los registros del proveedor, por lo tanto, y de conformidad a lo dispuesto en el Título V del Decreto 42 del año 2012 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, podemos concluir que tal comunicación debe realizarse por escrito, ya sea por medio de carta o correo electrónico. Los comprobantes de pago de las tres últimas cuotas pactadas harán presumir el pago íntegro de la obligación caucionada.

La ley no exige que sea el proveedor quien asuma los costos asociados al alzamiento, como si lo hace en el caso de la hipoteca específica¹⁴⁵ o de la garantía general prendaria, por lo que lo usual será que estos se incluyan en los gastos operacionales al momento de contratar el crédito.

2) Pignoratario Proveedor y Garantía General: Debido a la naturaleza de la garantía general prendaria, el alzamiento de la caución se condiciona a la voluntad del deudor. Una vez pagadas íntegramente las obligaciones vigentes, ya sea por parte del deudor

¹⁴⁵ Nuevo artículo 17 D inciso sexto de la ley N° 19.496, introducido por la Ley N° 20.855.

principal, codeudor, fiador o avalista, el proveedor deberá informar de tal situación al deudor por escrito y por cualquier medio idóneo al efecto (correo electrónico o carta enviada al último domicilio registrado con el proveedor) dentro del plazo de 20 días. Ante tal comunicación el deudor tiene la alternativa de que la prenda sin desplazamiento permanezca o que ésta se alce y cancele. En el primer caso no será necesario que el deudor realice una comunicación formal al proveedor, en el segundo el deudor debe manifestar su voluntad por cualquier medio físico o tecnológico idóneo al caso. La ley no establece un plazo en el cual se deba manifestar la decisión de alzamiento de la prenda, por lo que se debe entender que el deudor podrá comunicar su decisión mientras se mantengan las condiciones que dieron nacimiento a esta facultad, es decir, mientras no nazcan nuevas obligaciones dentro del ámbito caucionado por la garantía general prendaria. Sin perjuicio de lo anterior, el deudor no deberá esperar la comunicación por parte del proveedor del pago íntegro de las obligaciones caucionadas, pudiendo exigir el respectivo alzamiento y cancelación por cualquier medio físico o tecnológico idóneo al efecto.

Ante la comunicación por parte del deudor de su decisión de que se alce y cancele la prenda sin desplazamiento, el proveedor deberá alzar, a su costa, la prenda sin desplazamiento ante el mismo notario que autorizó su constitución y del mismo modo en que ésta se haya celebrado, es decir por escritura pública o instrumento privado protocolizado, dentro del plazo de 45 días. El proveedor deberá comunicar el hecho del

alzamiento y de la cancelación de la inscripción en el registro nacional de prendas sin desplazamiento en el plazo de 30 días desde que se haya producido el segundo.

3) Pignoratario no Proveedor: Si la prenda sin desplazamiento se constituye fuera del ámbito del Derecho del Consumidor, sin diferenciar si ésta es específica o general, entonces la única obligación que tiene el pignorante es la comprendida en el inciso final del nuevo artículo 27, por lo que ante la extinción del crédito garantizado deberá alzar la prenda, y las prohibiciones que se hayan constituido junto a esta, por medio del mismo instrumentos a través del cual ésta se constituyó y ante el mismo notario, para que se proceda a su cancelación en el Registro de Nacional de Prendas Sin Desplazamiento. Dado que la obligación del pignoratario que no es proveedor no está sujeta a plazo, la exigibilidad de ésta quedará determinada por el acaecimiento de la condición suspensiva del cual depende su nacimiento, es decir la extinción total de la deuda garantizada.

4) Reglas Comunes:

a) Tratándose de los proveedores, tanto para el caso de prendas específicas como de garantías generales prendarias, se establece la posibilidad de realizar los alzamientos de forma masiva por medio de un solo instrumento, ya sea escritura pública o instrumento privado autorizado y debidamente protocolizado en el registro del mismo notario que lo autorizó, que contenga un listado o nómina de gravámenes y prohibiciones, individualizando los bienes pignorados y su número de inscripción en el registro de

prendas sin desplazamiento, sea que tales gravámenes o prohibiciones se refieran a uno o más deudores.

b) Ya sea que se trate de un proveedor o no, una vez suscrito el alzamiento de la prenda sin desplazamiento, el notario autorizante deberá enviar copia autorizada del instrumento al Servicio de Registro Civil en el plazo de tres días, según lo establece el artículo 24 de la Ley, a su vez el Servicio deberá cancelar la inscripción en el plazo de diez días desde el ingreso de dichos instrumentos.

Cabe recordar en este apartado que el incumplimiento de esta obligación puede traer aparejados perjuicios al pignorante, por ejemplo, si la negativa del acreedor a suscribir el acto de alzamiento le impida al pignorante obtener financiamiento en condiciones más ventajosas, al encontrarse el bien gravado con una prenda que en el registro aún se mantiene vigente, ya que es la información obtenida a través del registro la que los terceros van a tener como cierta y segura. Por lo tanto, la situación anteriormente descrita puede resultar en que el pignorante sufra un daño emergente, como puede ser una mayor tasa de interés por ofrecer un bien en prenda sobre el cual ya pesa otro gravamen, o un lucro cesante, como, por ejemplo, si derechamente perdió la oportunidad de concretar el negocio por no haber sido aceptada la garantía ofrecida. El inciso final del nuevo artículo 27 de la Ley extiende el ámbito de responsabilidad del pignoratario proveedor a las que establece la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

3. EL DERECHO REAL DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

Según lo definen ALESSADRI, SOMARRIVA y VODANOVIC el derecho real es:

“El Poder directo e inmediato sobre una cosa, poder o señorío que, dentro de los márgenes de la ley, puede ser más o menos amplio. La mayor o menor amplitud depende del contenido del derecho de que se trate, Por ejemplo, el dominio o propiedad es el derecho más amplio, porque contiene el cúmulo máximo de facultades, en contraste, el derecho real de habitación es uno de los más limitados, pues se reduce sólo a la facultad de morar en una casa.”¹⁴⁶

Continúan los autores señalando que “El número de estos –se afirma con energía- es cerrado. ¡No hay más derechos reales que los establecidos por la ley! Ellos son típicos; con estas palabras se quiere significar que todos los derechos reales están fijados en los esquemas o tipos previstos de anteaño por la ley; las partes sólo pueden actuar, poner en movimiento esos esquemas y jamás nunca modelar otros. Por eso, conforme a esta tesis,

¹⁴⁶ ALESSANDRI R., ARTURO, SOMARRIVA U., MANUEL y VODANOVIC H., ANTONIO. 1997. Tratado de los Derechos Reales: Bienes. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Tomo II. p. 14.

si se tiene un poder inmediato sobre una cosa y oponible a todos, ese derecho no puede ser sino uno de los derechos reales creado por la ley.”¹⁴⁷

El derecho real de prenda sin desplazamiento nacerá, por regla general, con la inscripción del contrato (artículo 25 de la Ley). Como derecho real de garantía la prenda sin desplazamiento confiere al pignoratario tres facultades: 1) la oponibilidad casi universal de la prenda, con excepción del verdadero dueño de la cosa y del 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; lo que significa que se podrá hacer efectiva la garantía en manos de quien se encuentre el bien, mediante la acción de desposeimiento (artículos 13, 25 y 35), 2) el derecho de licitar la cosa para que con los fondos obtenidos se pague la obligación garantizada, incluyéndose el capital, intereses, gastos y costas, mediante las reglas del procedimiento ejecutivo de las obligaciones de dar, modificado por las reglas especiales introducidas por el artículo 14 de la Ley N° 20.190 (artículo 15 y Título VI de la Ley), y 3) gozar del privilegio de segunda categoría establecido en el artículo 2474 del Código Civil en la suma obtenida por la venta forzada de la cosa prendada, lo que le permitirá pagarse con preferencia a los acreedores de menor categoría, quirografarios y los demás acreedores prendarios de

¹⁴⁷ *Ibíd.* p. 241.

menor derecho en atención a la fecha de la inscripción de las respectivas prendas (artículos 14, 15, 17, 22 de la Ley).

De las facultades antes descritas la oponibilidad (casi) universal de la prenda sin desplazamiento es la más importante en cuanto derecho real, importancia que se ve resaltada si consideramos que la posesión de los bienes muebles se prueba, en primer lugar, a través de la tenencia física de éstos.

Sin embargo, la calidad de derecho real de la prenda, como el de la hipoteca, es debatida por algunos autores, tal como lo señalan ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC:

“Un sector doctrinario, con el gran jurista italiano Francisco Carnelutti a la cabeza, sostiene que la prenda y la hipoteca no son derechos reales, sino instituciones de derecho procesal, pues dichas garantías atribuirían una acción ejecutiva de carácter particular, que se distinguiría de la acción ejecutiva común por ser especial y forzada.

En contra, la opinión mayoritariamente hace ver que la sujeción de la cosa al poder de expropiar del acreedor (es decir, al poder de pedir a la justicia que se desposea al deudor de la cosa garante para ser vendida y con el precio pagarse del crédito) existe desde el momento de la constitución de la prenda o hipoteca y por tanto antes del proceso. En cuanto al tercero adquirente, desde que adquiere la cosa queda expuesto a la eventualidad de la acción de ejecución forzada y tiene la obligación de no disminuir la

garantía de deudor, como en la hipoteca, (Código Civil artículo 2427). De estas razones fluye también que la prenda y la hipoteca pertenecen al derecho sustantivo y que su naturaleza es real.”¹⁴⁸

Aun cuando la opinión que niega la calidad de real del derecho de prenda es minoritaria, en algo si podemos concordar con ésta, que las facultades otorgadas solamente se revelarán ante el ejercicio de la acción que busque el cumplimiento forzado de la obligación caucionada. En este sentido se refiere TAPIA:

“En efecto, si todo pasa como se sostiene en la promesa del deudor, la garantía va a desaparecer sin cumplirse. Si los objetos no tienen vicios; si la cosa es conforme al contrato; si la deuda es pagada por el deudor principal, sin necesidad de perseguir al fiador; la prenda o la hipoteca; si la filial paga la deuda y la matriz no debe materializar su promesa de solventar sus obligaciones impagas, etcétera; en todos estos casos, la garantía no se habrá materializado, es decir, la obligación de garantía es eminentemente condicional, sólo nace cuando ocurre el suceso asegurado. Y esto incluso ocurre para el contrato de seguro, donde la obligación de indemnizar no opera sino ocurre el siniestro.”¹⁴⁹

¹⁴⁸ *Ibid.* páginas 82 y 83.

¹⁴⁹ TAPIA R. Mauricio. EN: TAPIA R., Mauricio, GAITÁN M., José, JURICIC C., Daniel. *Op cit.* páginas 26 y 27.

CAPÍTULO V – EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

1. MODOS DE EXTINGUIR VOLUNTARIOS Y NO VOLUNTARIOS.

Para el análisis de los modos de extinguir las obligaciones que derivan del contrato de prenda sin desplazamiento nos resulta útil la división que realiza RODRÍGUEZ GREZ, quien explica:

“Existen casos en que el vínculo jurídico se disuelve porque se ejecutó la conducta debida o una conducta equivalente, o porque la obligación no pudo cumplirse o estaba afectada de un vicio que la invalidaba u otra circunstancia especial enunciada en la ley.”¹⁵⁰

“La clasificación más importante de los modos de extinguir las obligaciones es la que distingue entre aquellos que operan por el ministerio de la ley y aquellos que operan por voluntad de las partes. Así, por ejemplo, la compensación, la confusión, la pérdida de la cosa que se debe, la nulidad y rescisión, el evento de la condición resolutoria, la prescripción y la muerte del deudor o del acreedor producen el efecto de desligar a las

¹⁵⁰ RODRÍGUEZ G., Pablo. 2006. Extinción Convencional de las Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. T I. p. 76.

partes por mandato expreso de la ley, aun contra la voluntad de los vinculados por la obligación. No ocurre lo mismo con la resciliación, el pago, la novación, la transacción, la remisión y la revocación, en que la desvinculación se produce por la actividad de aquellas (las partes).”¹⁵¹

La distinción de los modos de extinguir las obligaciones entre aquellos que actúan por voluntad de las partes y aquellos que operan en virtud de un mandato de la ley¹⁵² da cuenta de la posición privilegiada en que se encuentra el pago con respecto a los demás modos, ya que mediante éste se satisface de manera total el interés del acreedor mediante una convención que busca finiquitar un vínculo jurídico que mantiene atado al deudor. Por lo mismo, dedicaré las siguientes páginas a analizar el pago como modo preferente de extinguir las obligaciones, para luego hacer una revisión sucinta de la aplicación de los demás modos al contrato de prenda sin desplazamiento.

2. EL PAGO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL Y ACCESORIA.

¹⁵¹ *Ibíd.* páginas 76 y 77.

¹⁵² Si no fuera por la remisión, la cual es un acto unilateral del acreedor, la distinción podríamos realizarla entre actos convencionales y no convencionales. También existe un conflicto con la compensación y la confusión, las cuales se encuentran en la penumbra ya que estas operan por dos actos separados, los cuales pueden ser o no voluntarios, sin embargo, la voluntad de las partes no es relevante para que se produzcan sus efectos.

Siendo el contrato de prenda sin desplazamiento uno accesorio, es necesario diferenciar entre los efectos que produce el pago de la obligación principal al de la accesoria, debiendo a su vez distinguirse entre las obligaciones del pignorante y del pignoratario.¹⁵³

1) Si el deudor paga la obligación principal, la obligación de conservación se extinguirá consecuentemente, así como la de permitir la inspección de la cosa. En principio el pago de la obligación principal torna en ineficaz la prenda que la asegura, pero puede pasar que la prenda sea constituida con una cláusula de garantía general, lo que significa que aunque el constituyente pague la deuda que actualmente existe, la prenda persistirá de manera material, y no solamente formal, mientras que ésta no sea alzada.

Las obligaciones que se caucionan con éste tipo de cláusula por lo general se extienden a lo largo del tiempo, como es el caso del contrato de cuenta corriente bancaria, por lo que el ejercicio de la acción destinada al alzamiento de la prenda sin desplazamiento debe fundamentarse no en el pago de una obligación determinada, sino en que no existen obligaciones actualmente vigentes, sin perjuicio que de haber existido obligaciones específicas que se enmarcaron dentro de éste negocio se deba probar igualmente la extinción de las mismas, por lo que es el acreedor quien debe probar que existen obligaciones que justifiquen la mantención de las garantías. En este sentido se pronunció la Corte Suprema en “Corpbanca con Chávez Benítez María”, sentencia del 14 de marzo del 2007:

¹⁵³ Ver *supra* p. 85.

“Cuando del proceso consta que la obligación caucionada con la garantía se encuentra extinguida o que ésta se constituyó sin adscribirse a una determinada obligación, sino con cláusula de garantía general -cuyo es el caso de autos-, corresponde probar al acreedor la existencia de esas otras obligaciones vigentes que justifiquen la pervivencia de la obligación accesoria

La vigencia de ésta cláusula va a quedar determinada por la subsistencia de la obligación principal a la que accede la prenda, por lo que la garantía general prendaria constituida por un tercero subsiste aún después de la muerte de éste;

Que, el artículo 2406 del Código Civil, se infringe puesto que no contempla como causal de extinción de la prenda la muerte del constituyente prendario, y sólo menciona tres modos directos de su extinción, a saber, primero, la destrucción completa de la cosa empeñada, segundo, cuando la propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor por cualquier título y, finalmente, cuando en virtud de una condición resolutoria se pierde por el constituyente prendario el dominio que tendía sobre la cosa prendada.

En cuanto al artículo 1442 del Código Civil, el fallo atacado lo infringe desde que se desentendió del carácter accesorio que en esencia tiene la prenda, y que en razón y como consecuencia de este carácter accesorio ella naturalmente se extingue conjuntamente con la obligación principal que cauciona, a lo que cabe agregar el carácter también indivisible que tiene la prenda, de acuerdo con lo que dispone el artículo 2405 del citado cuerpo legal.

Que no está de más señalar que la conclusión anterior de manera alguna importa desconocer la existencia y eficacia de las prendas o hipotecas con cláusula de garantía general, pues éstas subsistirán, por de pronto, cuando el deudor prendario o hipotecario mantenga vigentes deudas para con su acreedor y, de no tenerlas, se extenderán a las nuevas que se contraigan, resultando beneficioso para ambas partes su subsistencia: para el acreedor, pues ante nuevos créditos que conceda al deudor tendrá garantizado el pago en virtud de la prenda o la hipoteca, y para el deudor, por cuanto la existencia de la garantía le facilitará el acceso al crédito.”¹⁵⁴

Este razonamiento, sin embargo, resulta abusivo para los intereses del tercero constituyente, debido a que la cosa empeñada queda sujeta indeterminadamente al cumplimiento de la obligación principal, incluso después de su muerte, siendo la única posibilidad para liberar el empeño que él, o sus herederos, accione en contra del acreedor, o solicite el alzamiento por cualquier medio idóneo tratándose de un acreedor-proveedor, oportunamente una vez que no existan obligaciones principales vigentes y antes que se generen otras nuevas.

2) El pignorante pagará las obligaciones que nacen del contrato de prenda sin desplazamiento mientras que la cosa siga sujeta al cumplimiento de la obligación

¹⁵⁴ Corte Suprema, 14 de marzo del 2007, Corpbanca con Chávez Benítez María, ROL 1252-2005, considerandos SEXTO Y SÉPTIMO.

principal. De esta forma, deberá conservar y permitir el examen de la cosa mientras que la prenda se encuentre vigente.

3) La obligación del pignoratario nace justamente con la extinción de la obligación principal efectuada mediante el pago.¹⁵⁵ Esta obligación es fundamental para que se finiquite la sujeción de la cosa al pago de una obligación que ya no existe, ya que, tal como lo establece el artículo 25 de la Ley, el derecho real de prenda se adquiere, prueba y conserva por la inscripción del contrato de prenda en el registro de prendas sin desplazamiento. En consecuencia, aun cuando materialmente la prenda sin desplazamiento no se encuentre garantizando obligación alguna, formalmente el bien mueble sigue gravado por ésta, y los terceros interesados deben acatar lo que se diga en el registro por sobre cualquier aseveración efectuada por el pignorante, incluso si ésta se sustenta en una escritura pública, ya que sin inscripción del alzamiento, la prenda es aun oponible *erga omnes*.

3. OTROS MODOS DE EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES

A continuación se realizará una breve referencia a las particularidades de los demás modos de extinguir las obligaciones contempladas en el artículo 1567 del Código Civil,

¹⁵⁵ Y de los otros modos análogos como se vio en *supra* p. 96.

comenzando con los modos voluntarios (resciliación, novación, remisión transacción) y luego los no voluntarios (compensación, confusión, pérdida de la cosa que se debe, nulidad, rescisión, evento de condición resolutoria y prescripción).

1) Resciliación.¹⁵⁶ En sí la obligación principal deberá cumplir con los requisitos establecidos para resciliar el contrato celebrado, y a falta de regla expresa se deberá deshacer el contrato de la misma forma que se celebró. No existirán problemas si la prenda sin desplazamiento y la obligación principal se celebraron en el mismo acto, ya que las partes le darán término siguiendo las mismas formalidades a que se ciñeron para su constitución; pero siendo el caso contrario, aun cuando la obligación principal se haya extinguido por el mutuo disenso otorgado consensualmente o mediante instrumento privado, será necesario que el acto mediante el cual se pretenda alzar la prenda sin desplazamiento conste en escritura pública o instrumento privado protocolizado cuyas firmas hayan sido autorizadas ante notario, de lo contrario, ante la negativa del pignoratario de alzar la garantía, será necesario perseguir judicialmente el ejercicio de este hecho.

¹⁵⁶ Artículo 1567 Código Civil. Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula.

2) Novación.¹⁵⁷ Para que la nueva obligación sea garantizada por la prenda sin desplazamiento es necesario que las partes convengan expresamente dicha reserva, según lo establecido en el artículo 1642 del Código Civil, y si el pignorante es un tercero será necesario contar con su consentimiento igualmente. Se trata pues de una modificación de la inscripción en la cual consta la prenda sin desplazamiento que aseguraba la obligación primigenia, por lo que para los efectos de hacer valer la reserva de la garantía habrá que distinguir entre las siguientes situaciones: a) si la prenda sin desplazamiento garantizaba una obligación específica y presente, ya sea ésta determinada o determinable, sin o con cambio de deudor, esta deberá constar en escritura pública o instrumento privado protocolizado cuyas firmas hayan sido autorizadas ante notario, para que el Servicio de Registro Civil proceda a inscribir dicha modificación, b) la misma situación se da cuando existe cambio de deudor en una prenda sin desplazamiento otorgada con cláusula de garantía general, y c) si la prenda contiene una cláusula de garantía general, sin que exista cambio de deudor, no será necesario cumplir con las formalidades exigidas para la modificación de la inscripción, ya que la prenda actualmente se encuentra garantizando las obligaciones futuras que se generen entre el deudor y acreedor.

¹⁵⁷ Artículo 1628 Código Civil. La novación es la substitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.

3) Transacción.¹⁵⁸ Lo mismo que se dijo sobre la resciliación puede ser aplicado a la transacción, solamente es necesario agregar que debido a que ésta se sujeta al cumplimiento de prestaciones mutuas, la parte acreedora podrá perseguir la resolución del acto ante el incumplimiento, con lo que, en principio, la prenda sin desplazamiento resurgiría.

4) Remisión.¹⁵⁹ Idéntico es el caso de los efectos producidos entre la remisión y la resciliación, para los efectos del alzamiento de la prenda sin desplazamiento. Aunque, siendo la remisión un acto unilateral del acreedor, cobra mayor fuerza la prevención de que ésta se otorgue por medio de escritura pública o instrumento privado protocolizado cuyas firmas hayan sido autorizadas ante notario.

5) Compensación.¹⁶⁰ Suponiendo que se cumplen los requisitos para que este modo de extinguir las obligaciones opere, y si el acto compensatorio es consensual, entonces la deuda que compensa a aquella que se encuentra asegurada por la prenda deberá cumplir

¹⁵⁸ Artículo 2446 Código Civil. La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

¹⁵⁹ Artículo 1652 Código Civil. La remisión o condonación de una deuda no tiene valor, sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella.

¹⁶⁰ Artículo 1655 Código Civil. Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.

con los mismos requisitos que se vieron tratándose de la resciliación, bajo el riesgo de atenerse a las mismas consecuencias.

6) Confusión.¹⁶¹ La confusión puede actuar de dos formas en el contrato de prenda sin desplazamiento: a) el pignorante puede adquirir el crédito principal, situación que será más común si el constituyente es un tercero, b) el pignoratario puede adquirir el bien prendado. En el segundo supuesto ya que es el mismo acreedor prendario quien adquiere la cosa, no existirán problemas en que el alzamiento sea otorgado por medio de las formalidades antes revisadas. Pero el pignoratario que adquiera la prenda debe precaver que mediante la confusión se extinguen no sólo las obligaciones que nacen del contrato, sino que también las facultades que son propias del derecho real, impidiéndose en consecuencia que éste los haga valer ante terceros acreedores de menor derecho, razonamiento que podemos encontrar en la sentencia de la Corte Suprema en “BankBoston N.A. con Melgar Orellana Manuel y Carrasco Flores Felipa”, 27 de marzo del 2007:

“Que así las cosas, Bankboston N.A. concurrió en calidad de postor particular al remate, y se adjudicó el bien raíz en cuestión, de manera que se ha producido la extinción del derecho de hipoteca por vía principal, al consolidarse el dominio del inmueble en manos del acreedor hipotecario.

¹⁶¹ Artículo 1665 Código Civil. Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago.

En efecto, se ha verificado en la especie la confusión de derechos, esto es la reunión en una misma persona de la hipoteca y del dominio del inmueble hipotecado, situación que extingue dicho gravamen, pues nuestro sistema legal relativo a la materia, no admite la hipoteca sobre cosa propia.

Consecuentemente con lo razonado, la decisión adoptada por la sentencia recurrida es acertada, en cuanto rechaza las tercerías de prelación y pago deducidas por el Banco acreedor hipotecario, por ser ellas improcedentes, a la luz de la situaciones jurídicas que se concretaron en un procedimiento no ajustado a las normas procesales pertinentes, sin que se haya reclamado o recurrido oportunamente a su respecto por el interesado, no siendo ellas factibles de ser modificadas por la vía de la casación en el fondo.”¹⁶²

7) Pérdida de la cosa que se debe.¹⁶³ Hay que distinguir en este modo si lo que se destruye es la cosa que se debe en virtud de la obligación principal o si se trata del bien prendado. Si el caso es el primero la prenda se extinguirá de manera consecucional, pero en el segundo la prenda subsistirá siempre que la cosa se encuentre asegurada, la pérdida se deba a una acción imputable a la culpa o dolo de un tercero o por la expropiación por afectación a utilidad pública, sustituyéndose el objeto de la prenda por el valor pagado

¹⁶² Corte Suprema 27 de marzo del 2007, BankBoston N.A. con Melgar Orellana Manuel y Carrasco Flores Felipa, ROL 2358-2007, Considerandos SÉPTIMO y OCTAVO.

¹⁶³ Artículo 1670. Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes.

por concepto de seguro, indemnización de perjuicios, o por el valor que el Estado pague de manera compensatoria, respectivamente (artículo 15).

8) Nulidad y Rescisión.¹⁶⁴ La particularidad de la nulidad y rescisión se dará en los requisitos especiales establecidos por la ley y el reglamento para la validez del acto, pero se debe señalar en este apartado que el verdadero dueño de la cosa podrá oponer la inexistencia de la prenda constituida sobre su bien, lo que en verdad se trataría más bien de la inoponibilidad del acto y la facultad de exigir la cancelación de la inscripción

9) Condición resolutoria.¹⁶⁵ Ya que el cumplimiento de la condición resolutoria pone fin *ipso facto* a la obligación,¹⁶⁶ por lo general no se contará con un título para el alzamiento salvo que la condición consista en un acto jurídico que el acreedor tenga que realizar, caso en el cual convendrá que éste se realice cumpliendo las formalidades ya revisadas.

10) Prescripción.¹⁶⁷ Por último, en todos los casos vistos anteriormente se puede distinguir entre el modo que extingue la obligación principal del que extingue la

¹⁶⁴ Artículo 1681 Código Civil. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

¹⁶⁵ Artículo 1487 Código Civil. Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere

¹⁶⁶ ABELIUK M., René. *op. cit.* p. 461.

¹⁶⁷ Artículo 2492 Código Civil. La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido

accesoria, pero tratándose de la prescripción no cabe realizar tal distinción, ya que los contratos de garantía no tienen un plazo de prescripción propio y éste se determina por el principio de accesoriedad. En este sentido se refirió la Corte Suprema en “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile con Ponce Manivet Luz”, 15 de diciembre del 2012:

“Que, consecuentemente, si la obligación contraída por el deudor personal, suscriptor de la escritura pública aludida "título ejecutivo invocado en autos de restituir el total del dinero entregado en préstamo, se hizo exigible, al menos en el mes de agosto del año 1996, según se concluye de la falta de controversia a este respecto, la acción ejecutiva derivada del referido instrumento para perseguir su cumplimiento, se extinguió por prescripción transcurridos tres años desde esa fecha, suerte que igualmente corrió la acción ejecutiva hipotecaria que accedía a la anterior.

Sobre el particular, debe consignarse que la hipoteca no puede extinguirse por prescripción liberatoria independientemente de la obligación que garantiza, pues, según afirman los artículos 2434 inciso primero y 2516 del Código Civil, la acción hipotecaria prescribe conjuntamente con la obligación principal a que accede, en aplicación del principio que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de manera que, como reiteradamente se ha sostenido por esta Corte, no existe un plazo fijo y propio de

dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción

prescripción para las acciones hipotecarias porque dependerá del plazo de prescripción de la obligación principal.

Por lo mismo, mientras no prescriba la obligación principal no puede entenderse prescrita extintivamente la obligación accesoria hipotecaria ni la acción que persigue esta última.

Si la prescripción extintiva de la acción propia de la obligación principal se ha interrumpido en perjuicio del deudor personal, ello ha surtido efectos jurídicos en detrimento del tercer poseedor o garante hipotecario, interrumpiéndose, asimismo, la acción hipotecaria de desposeimiento incoada en su contra.

Así, la acción de desposeimiento no puede entenderse autónoma en relación con las acciones impetradas contra el deudor principal y, consecuentemente, la interrupción de éstas, en la medida que producen la interrupción de la prescripción de la acción principal, impiden la extinción de la acción accesoria.

En efecto, los preceptos citados precedentemente no hacen distinción alguna, de manera tal que la acción hipotecaria contra el tercer poseedor es inseparable de la acción contra el deudor directo o personal, razón por la cual la primera no prescribe extintivamente de forma independiente de la obligación a la que accede, prescribiendo las acciones

hipotecarias y demás accesorias en forma simultánea con las acciones a las que acceden.”¹⁶⁸

¹⁶⁸ Corte Suprema, 15 de diciembre del 2012, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile con Ponce Manivet Luz, ROL 719-201, Considerando VIGÉSIMO.

CAPÍTULO VI – ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES

1. EJECUCIÓN DE LA PRENDA: CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LEY AL JUICIO EJECUTIVO

Como la prenda sin desplazamiento tiene la finalidad esencial de asegurar el pago de una obligación principal, y para hacer efectiva dicha afectación la ley se remite a lo regulado en el Código de Procedimiento Civil en el juicio ejecutivo de las obligaciones de dar (art 29) introduciendo modificaciones que buscan brindarle agilidad a la ejecución. A continuación, se revisaran cuáles son las modificaciones introducidas por la nueva ley de prenda sin desplazamiento:

1) Se añade un nuevo título ejecutivo, la escritura privada protocolizada cuyas firmas hayan sido autorizadas por el mismo notario en cuyos registros se insertó el instrumento, sin necesidad de reconocimiento de firma, el cual será perfecto si la obligación principal se celebró en el mismo acto o se indica con precisión su monto, plazo e interés. En caso contrario se deberá acompañar el título ejecutivo en el que ésta conste (artículo 30 inciso 1°). El pignoratario contará siempre con un título ejecutivo desde el principio, ya sea que éste sea simple o compuesto, salvo en el caso del instrumentos privado protocolizado en que conste la obligación principal y al cual las partes solo hayan hecho referencia en el

contrato de prenda sin desplazamiento, caso en el cual será necesario el reconocimiento de firma previo de aquel instrumento.

Junto al título ejecutivo, como lo señala LECAROS, conviene acompañar otros documentos:

“Por ejemplo, si lo dado en prenda fuere un vehículo motorizado, deberá acompañarse el certificado de anotaciones más o menos vigente. Además, es conveniente acompañar una tabla de desarrollo del crédito a objeto que aparezca la liquidez de la deuda. De lo contrario se corre el riesgo que el tribunal provea: previo a proveer, aclárese las operaciones aritméticas que permitieron llegar a la cantidad que se demanda, o alguna resolución parecida.”¹⁶⁹

2) La notificación de la demanda y el requerimiento se harán de la forma establecida en el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, es decir, de la forma establecida para la querrela posesoria. En consecuencia la notificación personal subsidiaria procederá aun cuando el demandado no se encontrare en el lugar del juicio (artículo 30 inciso 2°).

3) Una vez notificados el deudor y el constituyente, si estos fueren distintas personas, se podrá pedir que se proceda inmediatamente a la realización de la prenda, aun cuando se hayan opuesto excepciones (artículo 30 inciso 3°). Esta solicitud se resolverá con

¹⁶⁹ LECAROS S., José Miguel. 2011. La realización de la prenda sin desplazamiento. Ciclo de Charlas Los Martes al Colegio, Colegio de Abogados de Chile A.G. p. 12.

citación del deudor y del constituyente, y el juez podrá exigir que el acreedor rinda fianza de resultas.

4) Se admitirán como excepciones todas las del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil (artículo 30 inciso final), salvo las contenidas en los numerales 2ª, 4ª, 8ª y 15ª: a) la falta de capacidad del demandante o de personería o representación, b) la ineptitud de libelo por falta de algún requisito legal en el modo de formular la demanda, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, c) el exceso de avalúo en los casos de los incisos 2º y 3º del artículo 438 del Código de Procedimiento Civil, d) la pérdida de la cosa debida; la última inadmisibilidad debe entenderse referida sólo a la pérdida del bien prendado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley, debido a que si lo que se persigue es el cumplimiento de una obligación de dar, y la cosa se destruye fortuitamente, la prenda se extingue de manera consecencial.

5) Si lo que se ha prendado es un crédito, la ley establece un modo especial para su ejecución, a solicitud del ejecutante (artículos 31 y 32):

a) El embargo se notificará 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 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.

- b) Si el obligado a la retención no cumpliere con lo ordenado, el Tribunal, a solicitud del acreedor prendario, despachará en su contra mandamiento de ejecución y embargo.
- c) En caso que el deudor del crédito prendado no pudiere cumplir con lo ordenado en el inciso primero, deberá comunicar al Tribunal, dentro del tercer día, las causas que le impiden acatar dicha resolución. Puesta dicha comunicación en conocimiento del ejecutante, éste tendrá un plazo de cinco días para objetarla o exponer lo que convenga a su derecho. El tribunal dará a la objeción tramitación incidental y, en caso de ser rechazada, por la sola solicitud del acreedor prendario despachará en contra de aquél mandamiento de ejecución y embargo.
- d) 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.
- 6) La Ley establece reglas particulares para la ejecución de las concesiones administrativas en su artículo 33, esto debido a su regulación de Derecho Público según la cual se requiere, entre otros requisitos, que el adjudicatario cumpla con ciertos requisitos para poder convertirse en concesionario.
- 7) El desposeimiento se regirá por las reglas establecidas en el título XVIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, siempre que estas no sean contrarias a la naturaleza del contrato y el derecho real de prenda sin desplazamiento.

8) En la realización de la prenda, junto con la notificación al deudor y al constituyente, deberá notificarse, del mismo modo (conforme al artículo 553 del Código de Procedimiento Civil), 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 (artículo 37 inciso 1°). La Corte de Apelaciones de Concepción en “Servicio de Tesorerías Regional De Concepción con Badilla Illanes Alfredo”, 8 de octubre del 2007, dijo al respecto:

“Nada obsta a que sobre una misma cosa mueble se constituya más de una prenda, ni que producido el incumplimiento de la obligación caucionada, la prenda sea vendida en pública subasta; en este caso, por disposición del artículo 2428 del Código Civil, aplicable por remisión que hace el artículo 492 del de Procedimiento Civil, deben ser informados con anticipación los demás acreedores prendarios de esta venta forzada.

En efecto, su artículo 37 (del artículo 14 de la ley 20.190), ordena notificar a todos los acreedores prendarios que tengan derecho sobre el bien prendado, para que sean cubiertos sobre el precio del remate en el orden que les corresponda.”¹⁷⁰

Cuando se trate de la realización de inmuebles por destinación o adherencia a que se refiere el inciso final del artículo 14 de la Ley, el acreedor hipotecario ejecutante deberá citar a los acreedores prendarios de conformidad con el artículo 2428 del Código Civil,

¹⁷⁰ Corte de Apelaciones de Concepción, 08 de octubre del 2007, Servicio de Tesorerías Regional De Concepción con Badilla Illanes Alfredo, ROL 4744-2005, Considerandos SEGUNDO y TERCERO.

teniendo lugar lo previsto en los artículos 492 y 762 del Código de Procedimiento Civil, en la medida que resulten aplicables (artículo 37 inciso 2°).

9) La cesión del crédito principal se realizará siguiendo las reglas establecidas en consideración a su naturaleza, pero el artículo 38 de la Ley establece 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”. El orden de los enunciados da cuenta de que la cesibilidad debe constar en la inscripción de la prenda para que el derecho real sea cedido junto a la obligación principal, y no solo para los efectos de mantener el cesionario la misma preferencia que tenía el cedente.

8) Estas reglas sólo serán de aplicación para la sustanciación de las ejecuciones de las prendas sin desplazamiento constituidas con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 14 de la Ley 20.190. Esto puede parecer evidente, pero producto del prolongado periodo de *vacatio legis* se produjeron conflictos precisamente por la aplicación de la ley procesal en consideración al factor tiempo, como puede apreciarse en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta en “Comercial Automotora Prime Ltda. con Banco Scotiabank”, 14 de abril del 2011:

“Que en los autos Rol 6205-2009 del Primer Juzgado de Letras de Antofagasta se tramita desde el 23 de octubre del año 2009 un procedimiento ejecutivo especial regido

por la Ley 4.702, procedimiento que se regula estrictamente por la ley 4.702, el cual a la fecha de presentación de la demanda y de su tramitación incluido el remate del bien con prenda estaba plenamente vigente.

No debió, por lo tanto, aplicarse al procedimiento de autos ningún artículo de la Ley 20.190 en lo concerniente a la nueva regulación de la Prenda sin Desplazamiento por no encontrarse vigente como se ha señalado.”¹⁷¹

En la ejecución de las prendas sin desplazamiento constituidas durante la vigencia de las antiguas regulaciones se deberán seguir las reglas de procedimiento establecidas para cada una de los cuerpos legislativos particulares, en virtud de la ultractividad establecida por el inciso segundo del artículo 42 de la Ley:

“Artículo 42. 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.”

2. LA RETROACTIVIDAD EN EL PROCESO PENAL: TRES ALTERNATIVAS PARA UN MISMO PROBLEMA.

¹⁷¹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 14 de abril de 2011, Comercial Automotora Prime Ltda. con Banco Scotiabank, ROL 51-2011, Considerando NOVENO.

El artículo 39 de la Ley establece tres tipos penales, a los cuales les asigna la pena del fraude residual contenida en el artículo 473 del Código Penal, de presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días) y multa de 11 unidades tributarias mensuales, estos son los que siguen:

“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;

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

3) El deudor prendario que, tratándose de prendas de créditos o de cualquier otra clase de derechos constituidos en prenda en conformidad a esta ley, defraude al acreedor prendario, ocasionando la pérdida o el menoscabo de los derechos otorgados en garantía.”

Respecto de los números 2) y 3) se debe tener en cuenta que no cualquier disposición o menoscabo producido por culpa del pignorante quedan cubiertas por el tipo, sino que se debe tratar de una alteración, sustitución, traslado, disposición, pérdida o menoscabo fraudulento, es decir, debe existir una maquinación dolosa destinada a burlar al acreedor en su derecho, como se podría concluir de la venta realizada de forma consensual a personas cuya identidad y paradero se desconocen o el traslado que se haga de la cosa

fuera del territorio de la República con el ánimo de que ésta permanezca en el extranjero.

Los antiguos estatutos de la prenda sin desplazamiento contemplaban conductas similares, pero debido a que el artículo 39 de la Ley derogó las regulaciones anteriores, se derogaron igualmente los tipos penales establecidos en éstas, por lo tanto, las conductas típicas descritas en las regulaciones especiales después de su entrada en vigencia, como las que se cometieron mientras que el estatuto especial seguía vigente pero cuya imputación de cargos se produjo estando ya derogado, no pueden ser juzgadas conforme a las antiguas leyes de prenda sin desplazamiento, sin infracción de la garantía constitucional de prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal, establecida en el artículo 19 número 3 inciso 7° de la Constitución Política de la República.

Debemos entonces solucionar el problema de qué ley aplicar para sancionar los hechos delictivos cuya conducta típica se describía en las leyes especiales ya derogadas. En principio se nos presentan tres alternativas: 1) no aplicar ninguna, debido a que las conductas típicas se encuentran descritas en leyes derogadas, 2) aplicar la pena establecida en la Ley N° 20.190 debido a que ésta es más beneficiosa al reo por ser menor, y 3) aplicar la pena de la estafa residual debido a que la conducta descrita en ésta absorbe a la que se describía en los estatutos especiales.

La Corte de Apelaciones de Concepción en “Claudio Salazar Zencovich con Cristian Jesus Salinas Robles”, 26 de agosto del 2011, optó por aplicar la segunda alternativa:

“Que en el artículo 14 de la Ley N° 20.190, en el epígrafe Delitos y Penas, en el artículo 39 de dicho epígrafe se establecen nuevos tipos penales, o sea, se tipifican en verdad cinco delitos prendarios, en cuanto se cometen con ocasión de una prenda, aunque no de cualquier prenda sino precisamente de aquella sin desplazamiento, que en todos los tipos es referida con el giro "prenda en conformidad a esta ley".

Estos delitos están sujetos a una pena única, la del artículo 473 del Código Penal, referida a la denominada "estafa residual". Los tipos del artículo 39 del artículo 14 de la ley mencionada, aun cuando no existiera dicha norma, quedarían incluidos en la generalidad del artículo 473 del Código punitivo (Alejandro Guzmán Brito. Delitos cometidos con ocasión de una Prenda sin Desplazamiento. Universidad Austral de Chile. Revista de Derecho (Valdivia). Volumen XXIII N° 2. Diciembre 2010. Página 132).

Con todo, el legislador ha creído oportuno configurar delitos en concreto o especialmente en el artículo 39 del artículo 14 que contiene la Nueva "Ley de prenda sin desplazamiento".

Que la nueva "Ley de prenda sin desplazamiento", contenida íntegramente en el artículo 14 de la Ley N° 20.190, por su propio articulado especial 42 derogó expresamente la Ley N° 5.687, y por ende el delito especial contemplado en el artículo 50 de dicha ley.

El ilícito consagrado en el artículo 50 de la Ley N° 5.687 fue derogado a contar del día 22 de enero de 2011.

Que, en la especie, la aplicación retroactiva de la nueva ley, que es obligatoria al tenor del artículo 18 del Código Penal, no ofrece dudas, por cuanto ella derogó expresamente el artículo 50 de la Ley N° 5.687 bajo cuyo imperio fue formalizado el imputado, de modo que es evidente que la nueva ley, al suprimir el carácter delictivo a la conducta que dicha norma describía, resulta más favorable o benigna que la anterior.”¹⁷²

De la misma forma razonó la Corte de Apelaciones de Valdivia en “Leniz Mezzano Francisco y Musre Parra Patricio con Ministerio Público”, 11 de diciembre del 2012:

“a) El Banco Security dedujo querrela criminal en contra de los acusados antes mencionados, con fecha 30 de julio de 2008, en calidad de autores del delito tipificado en el artículo 19 de la ley 18.112, sobre Prenda sin Desplazamiento, sin perjuicio de la calificación jurídica de los hechos que resulte una vez concluida la investigación del Ministerio Público.-

b) La audiencia de formalización se llevó a efecto el 9 de agosto de 2010 y en ella los imputados Leniz Mezzano y Musre Parra fueron formalizados como autores del delito previsto en el artículo 19 N° 2 de la ley 18.112, en relación con el artículo 467 N° 1 del Código Penal.

¹⁷² Corte de Apelaciones de Concepción, 26 de agosto de 2011, Claudio Salazar Zencovich con Cristian Jesus Salinas Robles, ROL 344-2011, Sala Penal, Considerandos DÉCIMO PRIMERO, DÉCIMO SEGUNDO y DÉCIMO SÉPTIMO:

Que de lo expresado precedentemente la cuestión a dilucidar es si efectivamente existió aplicación del artículo 39 N° 2 de la ley 20.190 con efecto retroactivo para establecer si ello constituye infracción de derecho por impedirlo los artículos 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución Política de la República, como señalan los recurrentes.

Como bien lo hace presente la parte querellante los recurrentes pretenden que no se aplique ningún delito a sus representados, ni el de la antigua ley ni el de la nueva ley, pese a que ambos tipos delictivos sancionan la misma conducta típica acreditada por la sentencia.

En efecto, en lo relativo a la pena con que deberían ser sancionados los imputados señaló que el artículo 39 de la ley 20.190 que se remite al artículo 473 en cuanto a la penalidad (y no al artículo 467 como lo hacía la ley 18.112) resulta ser más beneficiosa para aquellos en atención a lo que señala el artículo 18 del Código Penal que en su inciso segundo dispone: “Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”, lo que también se ajusta a derecho, por cuanto el artículo 467 contiene penas de mayor intensidad.

Que al imponerse a los acusados una pena menor que la contemplada en el antiguo artículo 19 de la ley 18.112, estima este tribunal que no se han infringido los artículos 39 N° 2 de la ley 20.190 y 18 del Código Penal.

En razón de todo lo expuesto se rechazarán los recursos de nulidad que interpusieron los condenados respecto de la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, en lo que dice relación con las normas legales que se enunciaron precedentemente.”¹⁷³

Las Cortes adoptan la segunda alternativa, aplicar la pena establecida en la Ley N° 20.190 debido a que ésta es más beneficiosa al reo por ser menor, lo que en principio es correcta, pero por las razones equivocadas. Ya sea que optemos por la segunda o la tercera alternativa se llegará a la misma consecuencia, ya que la Ley N° 20.190 hace aplicable la pena de la estafa residual a los tipos penales contemplados en ésta. Sin embargo, los delitos tipificados por la nueva ley de prenda sin desplazamiento solamente pueden ser cometidos en el contexto de las prendas constituidas “de conformidad a esta ley”, por lo que como consecuencia lógica la conducta típica sería imposible de cometer por aquellas personas que hayan contratado en virtud de los antiguos estatutos, y, en segundo lugar, las leyes de prenda sin desplazamiento anteriores ya se encuentran derogadas, por lo que no corresponde que siquiera entren en la discusión sobre la ley penal aplicable. En consecuencia, se debería aplicar directamente la pena de la estafa residual del artículo 473 del Código Penal, ya que la conducta descrita en este tipo es de una generalidad tal que absorbe a aquellas que contemplaban las regulaciones

¹⁷³ Corte de Apelaciones de Valdivia, Leniz Mezzano Francisco y Musre Parra Patricio con Ministerio Público, 11 de diciembre del 2012, ROL 548-2012 Reforma Penal, Considerandos QUINTO, SÉPTIMO, NOVENO y DÉCIMO

especiales, sin tener que llegar a éste por la referencia realizada en el artículo 39 de la Ley.

CONCLUSIÓN

Cabe preguntarse, luego de esta investigación, si la “Nueva Ley de Prenda Sin Desplazamiento” cumple con los objetivos que se buscaban lograr según el mensaje presidencial con el cual se acompañó el proyecto, los cuales se mantuvieron pese a los cambios introducidos en su tramitación, como pudimos apreciar en el Capítulo Primero, antes de poder convertirse en el Art. 14 de Ley N° 20.190. Estos objetivos los podemos resumir en: 1) la diversificación de las garantías disponibles para el acceso al crédito y el financiamiento de proyectos de inversión, 2) la creación de una prenda sin desplazamiento eficaz y eficiente desde el punto de vista de su constitución, publicidad y ejecución.

Con estos objetivos en miras se reguló el contrato de una manera tal que éste escapa en cierta medida al estudio clásico del derecho civil, como vimos en el Capítulo Segundo. Pero la nueva prenda sin desplazamiento no se encuentra en una situación particular, sino que justamente responde a un fenómeno de nuestra época: la sobreabundancia de regulación en materia contractual. El limitado espacio de libertad dejada a las partes en la regulación del contrato trajo como consecuencia que el propio profesor ALEJANDRO GUZMÁN BRITO negara el carácter contractual del acto,¹⁷⁴ lo que es comprensible si

¹⁷⁴ *Supra* p. 36.

se mira a la nueva prenda sin desplazamiento desde la óptica de la teoría clásica y no desde la contratación moderna. Si consideramos que la ley es solamente la causa mediata de las obligaciones que nacen del acto y que es la voluntad de las partes el elemento inmediato que da origen a su existencia, entonces no podemos negar que del nuevo contrato de prenda sin desplazamiento nacen obligaciones propiamente tales, independientes del derecho real de prenda, como se vio en el Capítulo Cuarto.

En el Capítulo Tercero vimos como efectivamente la nueva prenda sin desplazamiento logra agilizar y abaratar los costos de transacción al introducirse dentro de las modalidades para su celebración el del instrumento privado protocolizado, cuyas firmas hayan sido autorizadas ante Notario, lo cual no es sino una señal de lo anticuado que resulta ser el sistema notarial en Chile, cuya regulación no ha ido acorde a los avances tecnológicos de la computación, que permiten la producción ilimitada de copias de un documento, el cual es confeccionado sin el temor constante de cometer errores insalvables, lo que permite que sean las propias partes las que resguarden la corrección del contrato que celebran, relegando el papel del Notario al de custodio del registro público en el cual se protocolizará el instrumento confeccionado, hasta el más mínimo detalle, por los otorgantes. Sin embargo, el Notario es protagonista en el proceso de inscripción del contrato, lo cual es una garantía que los contratos celebrados produzcan realmente sus efectos, evitando el problema análogo que se produce al de aquellas ventas de bienes raíces o hipotecas que nunca llegan a inscribirse o que lo hacen con una

fecha muy posterior al nacimiento del título. Fuera del ámbito contractual convendría que se les otorgaran facultades a los Tribunales de Justicia para que éstos puedan ordenar directamente la inscripción de prendas que se constituyan judicialmente para garantizar el resultado de ciertos procedimientos, como es el caso de la prenda presente en la Ley N° 14.908, sobre Sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, en su artículo 10°.

Pero dentro de la agilidad con que se celebra el contrato de prenda sin desplazamiento convendría desacelerar un poco, y que se incluyera por vía legislativa o reglamentaria requisitos mínimos mediante los cuales el pignorante pruebe el dominio o posesión sobre la cosa cuando se trate de bienes muebles no sujetos a registro.

Por otra parte, el registro nacional de prendas sin desplazamiento se levanta como un mecanismo eficaz para los objetivos de publicidad perseguidos por la ley, más cercano a nuestra tradición jurídica que la publicación en el Diario Oficial que contemplaba la Ley N° 18.112. La destacable implementación del registro permite que cualquier persona pueda conocer los contratos de prenda sin desplazamiento celebrados por un individuo determinado, debido a que dentro de los campos de búsqueda que ofrece el portal *web* del Servicio de Registro Civil¹⁷⁵ para obtener la información que el interesado busque, se puede obtener, a cambio de una módica suma, un certificado “Histórico de Prendas”

¹⁷⁵ <https://www.registrocivil.cl/OficinaInternet/ventaCertificadoPrenda.do>, [Consulta: 28 de julio del 2015]

de los constituyentes, ya sea persona natural, jurídica o extranjera, mediante la sola indicación del número de cédula nacional de identidad o rol único tributario, según sea el caso, o con la indicación del número del Repertorio y año en que fue inscrito el contrato que se quiere consultar. En vista de lo anterior, vuelvo a insistir sobre la necesidad de reforma del artículo 14 de la Ley, en el sentido de que la prenda sin desplazamiento constituida con anterioridad a la hipoteca siempre goce de preferencia, sin necesidad de que ésta sea inscrita al margen de la inscripción hipotecaria posterior.

Pero la digitalización total del registro, y la rapidez y comodidad que conlleva, viene aparejada de un precio, el cual es la imposibilidad de estudiar las inscripciones y contratos sino con el pago previo de los derechos correlativos a la obtención de copia autorizada de los instrumentos. Es cierto que la digitalización y almacenamiento conlleva un costo, pero podría llegarse a un punto intermedio, en que el Servicio de Registro Civil publicase en su página *web* con cierta periodicidad los contratos de prenda sin desplazamiento celebrados en el territorio nacional durante ese periodo, con la indicación de las partes otorgantes y los números de repertorio asignados.

Pero la agilidad y eficacia de la nueva prenda sin desplazamiento no acaba en su constitución e inscripción, sino que ésta se extiende a su extinción y ejecución, como se vio en los Capítulos Cinco y Seis, respectivamente. En primer lugar no sólo es efectiva para resguardar los intereses del acreedor, sino que también para velar por que el deudor obtenga de forma oportuna el alzamiento de la garantía, ya sea judicialmente, mediante

requerimiento al proveedor de un mutuo con garantía prendaria general o automáticamente, tratándose de un proveedor de un mutuo de garantía prendaria específica. En el aspecto procesal, aunque en teoría se persiga lograr agilidad mediante las modificaciones que la ley hace al juicio ejecutivo de las obligaciones de dar, en la práctica, ésta puede verse entorpecida por el aletargamiento intrínseco existente en nuestros tribunales de justicia.

En conclusión, la ley logra casi en su totalidad los objetivos planteados, pero su utilidad como medio para fomentar el financiamiento es una cuestión que debe aún comprobarse mediante el estudio de los tipos de contratos de prenda sin desplazamiento que se otorguen en el país y las finalidades que las partes persigan mediante estos. Pese al gran espectro de bienes que pueden ser dados en prenda sin desplazamiento, podemos anticipar que no todos serán atractivos para obtener financiamiento mediante esta garantía, pero entre los bienes que efectivamente lo serán podemos mencionar: 1) los bienes corporales productivos, debido a que por su uso natural son capaces de generar los recursos necesarios para solventar la obligación caucionada, 2) los bienes corporales que, no siendo necesariamente productivos, poseen un valor elevado, por lo que su compra se realiza a plazo, como son los vehículos motorizados, y 3) los bienes incorporeales, los que pueden llegar a un valor astronómico y gran sofisticación, como pueden ser los títulos de crédito o las concesiones administrativas, lo que los relega a un sector pequeño de la población. Respecto de ésta última categoría de bienes es que se

mantiene de manera indubitada la cercanía de la nueva prenda sin desplazamiento con el fomento del mercado de capitales que busca la Ley N° 20.190.

La “Nueva Prenda Sin Desplazamiento” es, en definitiva, un mecanismo eficaz para ampliar el acceso al mercado crediticio formal, pero es necesario continuar la tarea comenzada por la Ley N° 20.190 y buscar la instauración de un Banco Nacional de Garantías, mediante el cual tanto las garantías mobiliarias como inmobiliarias pertenezcan de manera independiente a sus constituyentes, quienes con posterioridad al término de la obligación principal a las que accedían, o incluso pudiendo haberlas constituidas con anterioridad, las pongan a disposición de otro acreedor para garantizar una obligación nueva, lo que abarataría aún más los costos de transacción al no ser necesario que se constituya una nueva prenda o hipoteca para cada una de los créditos que se celebren en distintos periodos.

ANEXOS

1.- Cuadro Informativo de las Sentencias Consultadas

FALLO	AÑO	CORTE	ROL	2ª INS	1ª INS
Servicio de Tesorerías Regional De Concepción con Badilla Illanes Alfredo	2007	Concepción	4744-2007		C-3552-2005 2° JLC Concepción
Corpbanca con Chávez Benítez María	2007	Suprema	1252-2005	1618-2004 La Serena	C-3171-2003 1° JLC La Serena
BankBoston N.A. con Melgar Orellana Manuel y Carrasco Flores Felipa	2007	Suprema	2358-2005	61-2005 Arica	61-2005 Arica
Sociedad de Transportes Torres y otro con Banco de Chile	2008	Suprema	1544-2007	1096-2006 Antofagasta	C-1653-2005 4° JLC Antofagasta
Rojas Aguirre Ernesto con Banco de Chile	2008	Suprema	5699-2007	655-2007 La Serena	C-1242-2005 3°JLC La Serena
Banco Bilba Vizcaya Argentaria Chile con Ponce Manivet Luz	2011	Suprema	719-2011	1180-2010 Santiago	C-32353-2008 10° JLC Santiago
Comercial Automotora Prime Ltda. con Banco Scotiabank	2011	Antofagasta	51-2011		C-6205-2009 1° JLC Antofagasta
Cubillos Espinoza con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria	2011	Suprema	6742-2011	363-2011 Valparaíso	C-1951-2007 1°JLC Valparaíso
Salazar Zencovich Claudio con Salinas Robles Cristian	2011	Concepción	344-2011 Reforma Penal		O-361-2010 JG Talcahuano
Sociedad Big Blue Ltda. con Pesquera El Golfo S.A.	2012	Suprema	11426-2011		C-23977-2009 27° JLC Santiago
Mario Infante e Hijas con Valdemosa S.A	2012	Suprema	5446-2012	5207-2010 Santiago	C-7178-2004 1° JLC Santiago
Leniz Mezzano Francisco y Musre Parra Patricio con Ministerio Público	2012	Valdivia	548-2012 Reforma Penal		O-714-2008 JG La Unión
Tanner Servicios Financieros S.A. con Zarhi Medina Miguel Ángel	2014	Suprema	20282-2014	10151-2013 Santiago	C-9037-2013 28° JLC Santiago

2.- Respuesta RVM. T. N° 0111-2014, de fecha 21 de noviembre del 2014



RVM. T. N.º: 0111-2014

Santiago, 21 NOV 2014

Sr. Sebastián Jesús Cornejo Aguilera
Modo de Contacto: **Email- scorejo88@ug.uchile.cl**
General Jofré # 100, departamento N° 308.
Santiago
Región Metropolitana
PRESENTE

El Jefe (s) del Subdepartamento del Registro de Vehículos Motorizados del Servicio de Registro Civil e Identificación, "por orden del Director Nacional", de acuerdo a lo resuelto mediante Resolución Exenta N°988, de 1° de marzo de 2012, y en relación a su requerimiento de información enviado a este Servicio y cuyo contacto es el N° AK002W0004670, mediante el cual se solicita; **"Vengo en solicitar la siguiente información de vuestra Institución: - Copia digital de los contratos de prenda sin desplazamiento inscritos en el registro en la Región Metropolitana durante el mes de octubre del 2014; o, en su defecto, la cantidad prudencial de dichas copias, durante ese mismo periodo, que no entorpezcan el buen funcionamiento del Servicio.,"** informa a usted lo siguiente:

El Registro de Prendas Sin Desplazamiento, es un registro público en el cual se ingresan y mantienen las inscripciones de contratos de prenda, sus modificaciones y alzamientos, y mediante el cual se informan los hechos y actuaciones que constan en él.

Con todo, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 20.285, el detalle de las características y las copias de los contratos requeridos, se debe obtener a través del correspondiente Certificado de cada uno de ellos, directamente desde la página web www.srcei.cl, cancelando los derechos de rigor por cada certificado.



SEBASTIÁN SIBILLA PIZARRO
Abogado
Jefe Subrogante Registro
Vehículos Motorizados

SEBASTIÁN SIBILLA PIZARRO
Jefe Sub-departamento de Registro de Vehículos Motorizados (S)

POR ORDEN DE LA DIRECTORA NACIONAL (TP)

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ABELIUK MANASEVICH, RENÉ. 2008. Las Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.
2. REGLERO CAMPO, L. FERNANDO (Coordinador). 2008. Tratado de Responsabilidad Civil, Navarra. Editorial Aranzadi. T. I. 1594 pp.
3. ELORRIAGA DE BONIS, FABIÁN. 2011. La Nueva Prenda sin Desplazamiento, Santiago. Abeledo Perrot. 240 pp.
4. FUEYO LANERI, FERNANDO. 1982. Teoría General de los Registros. Buenos Aires. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 248 p.
5. GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. 2011. Tratado de la Prenda sin Desplazamiento según el Derecho Chileno. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 780 p.
6. LÓPEZ SANTA MARÍA, JORGE. 2001. Los Contratos, Parte General. Editorial Jurídica de Chile. T.II.
7. MUÑIZ ESPADA, ESTHER. 2008. La propuesta de una hipoteca independiente en el Derecho español. Madrid. J, San José S.A. 411 p,

8. ORREGO ACUÑA, JUAN ANDRÉS. 2008. La Prenda sin Desplazamiento de la Ley N° 20.190. En: Vargas Miranda, Rafael, Cauciones Reales, Prenda e Hipoteca, Editorial Metropolitana.
9. PEÑAILILLO AREVALO, DANIEL. 2009. Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 604 p.
10. RODRÍGUEZ GREZ, PABLO. 2006. Extinción Convencional de las Obligaciones. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. T 1.
11. SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL. 1981. Tratado de Las Cauciones. Santiago. Contable Chilena Ltda. Editores. 611 p.
12. TAPIA R., MAURICIO, GAITÁN M., JOSÉ A., JURICIC C., DANIEL, *et al.*. 2009. Estudio sobre garantías reales y personales. Libro en homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.
13. VIAL DEL RÍO, VÍCTOR. 2003. Teoría General del Acto Jurídico. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 407 p.
14. VODANOVIC H., ANTONIO. 2006 Manual de Derecho Civil Parte Preliminar y General. Santiago. Editorial Lexis Nexis Chile. Tomo I.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

1. ALL, PAULA M. 2007. Consideraciones sobre garantías mobiliarias desde la perspectiva del sistema argentino. Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades n° 7/8 (Garantías Mobiliarias).
2. CABREARA PEÑA. KAREN. 2011. El derecho de consumo, Desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos. Revista de Derecho, Universidad del Norte. Barranquilla. pp. 55 a 95.
3. CARVAJAL R., PATRICIO. 2007. Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. “Contrato” y “Convención” como Sinónimos en Materia de Fuentes de las Obligaciones. Revista Chilena de de Derecho, vol. 34 N° 2. Santiago. pp. 289-302.
4. LECAROS SÁNCHEZ, JOSÉ MIGUEL. 2011. La realización de la prenda sin desplazamiento. Ciclo de Charlas Los Martes al Colegio, Colegio de Abogados de Chile A.G.

LEGISLACIÓN

1. Historia de la Ley N° 20.190, Biblioteca del Congreso Nacional, 5 de junio de 2007.

2. Historia de la Ley N° 20.855, Biblioteca del Congreso Nacional, 25 de septiembre del 2015.
3. Ley 20.190, Introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua el proceso de modernización del mercado de capitales, D.O. 05 de junio del 2007, actualizada al 7 de enero del 2014.
4. Decreto N° 722 del 8 de septiembre del 2010 del Ministerio de Justicia, Aprueba reglamento del registro de prendas sin desplazamiento, D.O. 23 de octubre del 2010, sin actualizaciones.
5. Código Civil, actualizado al 21 de junio del 2013.
6. Código de Comercio, actualizado al 10 de octubre del 2014.