



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Chile

Guzmán Brito, Alejandro

El derecho real de prenda sin desplazamiento

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXIV, 2010, pp. 101-159

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173616611003>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Revista de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
XXXIV (Valparaíso, Chile, 1^{er} Semestre de 2010)
[pp. 101 - 159]

EL DERECHO REAL DE PREnda SIN DESPLAZAMIENTO*

[“In rem Right on Pledge without Displacement”]

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO**

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

RESUMEN

La institucionalidad concerniente a la prenda sin desplazamiento, reformulada en el artículo 14 de la Ley N° 20.190, de 2007, se funda en el llamado contrato prendario y en el derecho real de prenda sin desplazamiento. El presente trabajo expone la completa disciplina del derecho real.

PALABRAS CLAVE: Prenda sin desplazamiento – Derecho real de prenda sin desplazamiento.

ABSTRACT

The institutional character regarding the pledge without displacement, recast by article 14 of Law No. 20.190, of 2007, is based on the so-called pledge contract and on the *in rem* right on pledge without displacement. The present article sets forth the complete discipline of the right *in rem*.

KEYWORDS: Pledge without displacement – *In rem* right on pledge without displacement.

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

** Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España; Profesor titular de Derecho romano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: aguzman@ucv.cl

I. INTRODUCCIÓN

La prenda sin desplazamiento diseñada en los nueve títulos componentes del artículo 14 de la Ley N° 20.190, de 2007, que debe entrar en vigencia noventa días después de la publicación en el *Diario Oficial*, del Reglamento del Registro de Prenda sin Desplazamiento creado por ella, está montada sobre dos figuras: la convención de prenda sin desplazamiento, que la ley denomina contrato y el derecho real de prenda sin desplazamiento. De la primera hemos tratado en otro lugar¹; y ahora nos proponemos exponer el régimen del derecho real. Régimen que se desprende, por cierto, del dictado de la propia ley, pero también de las normas del *Código Civil* sobre el contrato de prenda, atendido que ellas constituyen el Derecho supletorio de la prenda sin desplazamiento, por mandato del artículo 1 de la nueva ley; lo mismo que, en fin, de las reglas generales que gobiernan a los derechos reales.

II. CONSTITUCIÓN, ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN Y PRUEBA DEL DERECHO REAL DE PREnda

1. El inciso 1º del artículo 25 de la ley dice: “*El derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. [...]*”. La ley regula un llamado “contrato de prenda sin desplazamiento” en su título 1º. Como, según quedó dicho, de él hemos tratado en otro lugar², nada más diremos aquí a su respecto que no sea recordar que esa convención debe necesariamente celebrarse por medio de una escritura pública o, alternativamente, por medio de un instrumento privado. En este último caso, las firmas de las partes concurrentes al instrumento deben ser autorizadas por un notario y el instrumento convencional debe ser protocolizado en el registro del mismo notario que autorizó sus firmas (artículo 2). Cuando el artículo 25 habla de “*la inscripción del contrato de prenda*” se refiere, pues, a la inscripción, bien de la escritura pública, bien del instrumento privado protocolizado, a que acabamos de referirnos.

a) Esa misma disposición dice que por la inscripción se adquiere el derecho real de prenda. No dice, pues, que la inscripción lo constituye. Por el contrario, el uso del sustantivo “constitución” y del verbo “constituir”, muy profuso a lo largo de la ley, suele aparecer conectado con la

¹ Véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El llamado contrato de prenda sin desplazamiento*, en *Revista Chilena de Derecho Privado “Fernando Fueyo Laneri”*, 13 (Santiago, diciembre de 2009), pp. 161-236.

² Véase la nota anterior.

celebración del contrato antes que con su inscripción, lo cual podría querer implicar, ora que el derecho real ya está constituido por el contrato, aunque no adquirido por el pignoratario, ora que lo constituido por el contrato es algo distinto al derecho real.

En cuanto, pues, al uso legal de “constituir” y “constitución”, cabe observar, desde luego, que el título 1º de la ley se rubrica “*De la constitución y requisitos de la prenda sin desplazamiento*”. Su artículo 1 define que: “*El contrato de prenda sin desplazamiento tiene por objeto constituir una garantía [...], para caucionar obligaciones [...], conservando el constituyente la tenencia y uso del bien constituido en prenda*”. Así que, de acuerdo con esta norma, es el contrato el que constituye la prenda. En el resto, la ley frecuentemente habla de “constituir prenda”, o de “cosas sobre las que ésta se puede constituir”, o de “bienes constituidos en prenda”, etcétera, con referencia a veces exclusiva, a veces inclusiva, a un momento anterior al de la inscripción del contrato en el Registro de Prenda sin Desplazamiento, corroborando, así, la impresión de que la prenda se constituye merced al contrato, aunque el derecho real de prenda se adquiera solo merced a la inscripción de aquel, como dice el artículo 25.

La ley, pues, distinguiría entre constitución de la prenda y adquisición del derecho real de prenda. Que esto es así, no puede negarse. Pero no está dicho que la constitución de la prenda sea la del derecho real de prenda, que se constituiría, pues, mediante el contrato, aunque se adquiera sólo gracias a la inscripción. No está dicho pese a la engañosa norma contenida en el segundo segmento del inciso 1º del artículo 25: “*La prenda sólo será oponible a terceros a partir de esa fecha*”, con referencia a la fecha de la inscripción del contrato en el Registro de Prenda sin Desplazamiento, a que se acababa de referir el segmento primero del artículo 25 inciso 1º. En efecto, que la prenda sea oponible a terceros sólo a partir de la fecha de la inscripción del contrato, parece dar a entender que la prenda es oponible entre el pignorante y el pignoratario desde alguna fecha anterior, que, en todo caso, no podría ser sino que la del contrato mismo. Y si por “prenda” entendemos ahí el derecho real, quedaría confirmado que, entre las partes, el derecho real se constituiría por el contrato, aunque indiscutiblemente se adquiere sólo por la inscripción, particularmente frente a terceros.

Esta construcción lleva a la singular figura de un derecho que se constituye en un momento, sin adquirirse en ese mismo momento, y que se adquiere en otro, cuando el derecho ya está constituido; y obliga a preguntarnos de quién sea el derecho constituido antes de ser adquirido. Ahora bien, en la sola descripción de la figura y en esta pregunta va insito de que las cosas no pueden ser planteadas como se ha dicho, porque resultan algo absurdas y carentes de Lógica jurídica.

b) La situación cambia su aspecto cuando recordamos que la palabra “prenda” es multívoca³. Ella significa, desde luego, el contrato de prenda⁴; también la cosa que se pignora⁵; asimismo el derecho real de prenda⁶; y, finalmente, una garantía real mobiliaria⁷. Por consiguiente, necesario es discernir el sentido preciso con que esa palabra es usada en cada ocasión. Por lo general es el contexto el que permite tal discernimiento.

En el primer segmento del inciso 1º del artículo 25 de la nueva ley, empero, no hay lugar a confusión, porque ahí no se emplea el término “prenda” sin más, sino que se indica *expressis verbis* una de sus acepciones: el “derecho real de prenda”. Pero en la rúbrica del título 1º de la ley: “*De la constitución y requisitos de la prenda sin desplazamiento*”, la voz “prenda” mienta al contrato, así que de lo que ahí se trata es de su perfeccionamiento, aludido con la palabra “constitución”, y de sus requisitos. Cuando el artículo 1 define que: “*El contrato de prenda sin desplazamiento tiene por objeto constituir una garantía [...], para caucionar obligaciones [...], conservando el constituyente la tenencia y uso del bien constituido en prenda*”, la palabra “prenda” usada al final significa “garantía”, la constitución de la cual es declarado ser el objeto del contrato (“*tiene por objeto constituir una garantía*”); así que lo que se constituye es la garantía, no el derecho real; debido a lo cual el contrato constituyente o perfeccionante se llama de “prenda sin desplazamiento” o sea, “de garantía real mobiliaria sin desplazamiento”.

Ahora bien, es según la significación acordada al término “prenda” en cada caso que deben leerse las disposiciones que emplean el verbo “constituir” o el adjetivo “constituido/a”. Así, por ejemplo, en el artículo 5: “*Podrá constituirse prenda sobre todo tipo de cosas corporales o incorporales muebles, presentes o futuras*”, la expresión “*podrá constituirse*” significa “podrá celebrarse el contrato de prenda sin desplazamiento”, porque ahí “prenda” mienta precisamente al contrato, no al derecho real, lo cual obliga a leer “constituirse” con el significado de “celebrarse”.

Por cierto, el derecho real de prenda también se “constituye”. De hecho, la ley emplea ese verbo en dos ocasiones y en una el sustantivo “constitución”, en relación con tal derecho: i) en el artículo 9 inciso 2º,

³ Sobre este carácter del término “prenda”, véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La indivisibilidad de la garantía prendaria e hipotecaria*, en PIZARRO WILSON, Carlos (coordinador), *Estudios de Derecho Civil Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué, 2008* (Santiago, Legal Publishing, 2009), IV, cap. III, pp. 511-515

⁴ Así en el artículo 2384 inciso 1º CC.

⁵ Así está expresamente dicho en el inciso 2º del artículo 2384 CC.

⁶ Así en el artículo 577 inciso 2º CC.

⁷ Así en el artículo 2405 CC.

con referencia a los bienes o derechos futuros, que pueden pignorarse antes de que existan, aunque sólo una vez que existan: “[...] se entenderá constituido el derecho real de prenda desde la fecha de su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento”; ii) en el artículo 13 inciso 2º, si se constituyó prenda por quien no era el dueño de la cosa pignorada y acaece que el constituyente “adquiriere el dominio de la cosa o el dueño ratificare el correspondiente contrato de prenda, se entenderá constituido el derecho real de prenda desde la fecha de su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento”; y iii) en el inciso 2º del artículo 26, cuando se verifica haber habido errores manifiestos en la inscripción del contrato en el Registro de Prenda sin Desplazamiento, este mismo podrá rectificarlos sin necesidad de orden judicial; pero entonces “la fecha de la constitución del derecho real de prenda será siempre la de su inscripción original”. Por lo demás el uso de “constituir” o de “constitución” con respecto a los derechos reales en general y en especial, incluido el de prenda, es usual ya en el *Código Civil* mismo⁸.

c) Pero, sin perjuicio de lo anterior, la ley se abstuvo de usar “constituir” y “constitución” en el articulado de su título 4º, que es en donde, con todo, trata ella de la manera de constituir el derecho real. Particularmente, como vimos, el artículo 25 dijo: “El derecho real de prenda se adquirirá [...] por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento [...]”, en vez de haber dicho, como pudo haberlo hecho: “El derecho real de prenda se constituirá [...] por la inscripción [...].” Pero no es concebible que la adquisición del derecho real tenga lugar sin que éste sea constituido, lo mismo que él sea constituido sin que alguien lo adquiera. Así que podemos aceptar sin más que cuando el artículo 25 habla de la adquisición del derecho real supone su constitución; y que queda entonces consentido dar por correcto que ese derecho se constituye y adquiere por medio de la inscripción del contrato en el Registro de Prenda sin Desplazamiento.

d) Permanece un punto por resolver. Como vimos, el segundo segmento del inciso 1º del artículo 25 dice: “La prenda sólo será oponible a terceros a partir de esa fecha”, con referencia a la de la inscripción del contrato. Por su lado, el artículo 2, después de prescribir las solemnidades de la escritura pública o del instrumento privado con firmas autorizadas ante notario para el contrato de prenda sin desplazamiento, y de ordenar la protocolización del instrumento privado en el registro del mismo notario que autorizó

⁸Véanse, por ejemplo, los artículos 766, 768, 769, 770, 771, 772 CC., en materia de usufructo; 812 CC. para el uso y la habitación; 883 CC. para las servidumbres; 2388 CC. para la prenda y 2412 CC. para la hipoteca, etcétera.

las firmas de sus partes, añade en su segmento final: “*En este caso, respecto de terceros la fecha del contrato será la de su protocolización*”. Comparadas ambas disposiciones, resulta claro que, en la primera, la voz “prenda” no puede significar “contrato de prenda”, porque en tal caso se crearía una antinomia entre esa disposición y la segunda, concerniente expresamente a la fecha del contrato frente a terceros; así que en la primera norma transcrita esa voz tiene que significar el “derecho real”, y ella viene a decir que el derecho real de prenda sólo será oponible a terceros a partir de la fecha de la inscripción. De ello no debe deducirse que el derecho real sea oponible entre las partes antes de tal fecha, es decir, desde el contrato; porque eso, en contra de lo que dice el inciso 1º del artículo 25, implicaría que tal derecho ya habría sido adquirido por el pignoratario (y constituido para él) frente al pignorante desde antes de la inscripción. La norma, en sí misma superflua, tiene únicamente el sentido de aclarar que, no bien el contrato de prenda sin desplazamiento celebrado por instrumento privado con firmas autorizadas ante notario puede ser opuesto a terceros desde que se lo protocolice en el registro del mismo notario que lo autorizó, como dispone el artículo 2 en su segmento final, el derecho real, en cambio, sólo es oponible a terceros desde la fecha de la inscripción, que es lo que dice el segundo segmento del inciso 1º del artículo 25, aunque denomina simplemente como “prenda” al derecho real.

Ahora bien, el derecho real es oponible desde la fecha de su inscripción no sólo frente a terceros, sino también entre las partes, por el sencillo hecho de que antes no existe. Por ello dijimos que la norma del segundo segmento del inciso 1º del artículo 25 es superflua y añadimos ahora que incompleta, no bien se explique y comprenda su presencia merced a la previa existencia del segmento final del artículo 2, como quedó dicho.

e) En síntesis, pues, el derecho real de prenda sin desplazamiento se crea, vale decir, se constituye frente a las partes y a terceros por la inscripción del contrato en el Registro de Prenda sin Desplazamiento; y de la misma manera se adquiere por el pignoratario, también frente a todos. Entre el perfeccionamiento del contrato y la inscripción, derecho real no hay para nadie, aunque haya contrato para las partes del instrumento privado que lo contiene y para terceros, desde el mismo momento, en el caso de haberse celebrado por escritura pública, o desde la protocolización del instrumento privado. Estas son, por otro lado, las reglas generales, que pueden ser modificadas por la ausencia de requisitos de oponibilidad en ciertos eventos, a lo cual nos referiremos más adelante⁹.

⁹Véase, más abajo, el capítulo VI.

2. El mismo artículo 25 añade que la inscripción permite conservar el derecho real. Por regla general es así, pero hay casos en que, aún manteniéndose la inscripción, el derecho real no subsiste más. A ellos nos referiremos en los capítulos XII y XIII, sobre la extinción y el alzamiento de ese derecho. En todo caso, está claro que no se puede conservar sin la inscripción.

3. La disposición agrega que la inscripción es prueba de la existencia del derecho real (“*se probará [...] por la inscripción*”); lo cual es completamente lógico. Pero la norma significa algo más: que no es admisible la prueba de tal existencia por otro medio diferente al de la inscripción. El verdadero sentido de la norma es, pues, que la inscripción es el único medio admisible para probar la existencia del derecho real de prenda.

De acuerdo con lo expresado en el número 2, sin embargo, no vale decir que ninguna prueba sea eficaz en contra de la inscripción, porque insistimos, aunque del punto trataremos después, en ser posible demostrar la extinción del derecho real no bien la inscripción aún se encuentre formalmente en vigencia.

En contra de ésta, además, se puede alegar su nulidad o su falsificación, entendida como forjamiento indebido.

III. FORMA LEGAL DE EJECUTAR LA INSCRIPCIÓN DEL CONTRATO PRENDARIO

Proceder a la inscripción del contrato prendario no es una obligación ni una carga del pignorante ni una facultad del pignoratario. Ha sido diseñada como la ejecución de un deber de oficio del notario y del Servicio del Registro Civil e Identificación, a quien, por mandato del artículo 28 inciso 1º, corresponde administrar el Registro de Prenda sin Desplazamiento.

La materia está regulada en los artículos 24 y 28 de la ley.

1. *La inscripción en cuanto dependiente del oficio de un notario.*

a) El artículo 24 abre un plazo, expresado con forma de fatal¹⁰, de tres días hábiles, exceptuados los días sábados, contados, bien: i) desde la fecha de suscripción de la escritura pública en que consta el contrato de prenda; bien ii) desde la fecha de protocolización del instrumento privado que contiene ese contrato.

b) Dentro de ese plazo –dice la ley– el notario debe enviar: i) una copia

¹⁰ Aquél dice, en efecto: “*Dentro del plazo de*” y es aplicable, por ende, el artículo 49 CC.

autorizada del contrato de prenda; y *ii)* una copia de los documentos en que consten las obligaciones garantizadas que se hubieren protocolizado en su registro, si éstas no estuvieren indicadas precisamente en el contrato de prenda.

Se observará que el plazo de tres días es para el envío de las copias; no para la recepción por su destinatario.

Por lo que atañe al punto *i)*, la copia exigida enviar es bien de la escritura pública que contiene el contrato, bien del instrumento privado con firmas autorizadas por un notario que lo contiene y protocolizado en el registro de ese mismo notario.

En lo concerniente al punto *ii)*, téngase presente que el texto del inciso 1º del artículo 24 dice: “*una copia autorizada del contrato de prenda [...] y una copia de los documentos en que consten las obligaciones garantizadas [...]*”. Como se ve, exige copia “autorizada” del contrato de prenda, pero sólo “copia” de los documentos protocolizados de las obligaciones, vale decir, no pide que esté “autorizada”. De acuerdo con una interpretación literal, pues, bastaría una copia que suele ser llamada “simple”. Y teniendo presente que el documento original del cual se prescribiría enviar una copia simple puede ser privado, resultaría que la inscripción se podría practicar en fin de cuentas con el mérito de una copia simple de cierto instrumento privado, por ejemplo, de una fotocopia o de la simple transliteración de un contrato extendido en escritura privada; lo cual no parece ajustado a las reglas que rigen las operaciones propias de un registro público. Es claro, pues, que se echa de menos en esta disposición el adjetivo “autorizada” después de “copia” en la frase “*y una copia de los documentos*”. En ambos casos, de lo que se trata es que el notario de marras certifique con su firma y declaración que las copias que envía son fieles del original que ha tenido a la vista. Sin ello no hay manera directa de presumir que las copias ofrecen ese rasgo.

c) La ley señala cuál es el fin del envío de las copias del contrato y, en su caso, de los documentos obligacionales por el notario. El fin es, en efecto, la inscripción del contrato en el Registro de Prenda sin Desplazamiento; pero no dice a quién debe aquél enviar tales documentos (“*enviar para su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento*”).

El artículo 28 de la ley establece: “*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. [Inciso 2º] [...]. [Inciso 3º] El Servicio de Registro Civil e Identificación inscribirá en el mencionado Registro de Prendas sin Desplazamiento los documentos*

que al efecto reciba. Las inscripciones se realizarán por estricto orden de presentación”.

Como se puede apreciar, la ley crea un Registro de Prenda sin Desplazamiento y ordena que “lo lleve”, o sea, que lo administre y gestione, el Servicio de Registro Civil e Identificación. De acuerdo con esto, el Registro es al mismo tiempo: *i)* una cosa, en cuanto libro (físico o electrónico) en donde se estampán las inscripciones y que debe conservar y gestionar un ente, propiamente un servicio público, que es el aludido Servicio; y *ii)* una función puesta a cargo de este último, consistente en ejecutar las inscripciones. Se explica bien, en consecuencia, la redacción del inciso 3º del artículo 28: “*El Servicio de Registro Civil e Identificación inscribirá en el mencionado Registro de Prendas sin Desplazamiento [...]*”, que atañe a la función, porque es del todo congruente que el órgano (el Servicio) ejecute la función (la inscripción en el Registro). De acuerdo con ello, según el artículo 24, el notario debe enviar las copias de los documentos prescritos al Servicio del Registro Civil e Identificación para que éste inscriba el contrato en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.

Sin embargo, en otras disposiciones el Registro aparece personificado, como si fuera, no una función del Servicio de Registro Civil e Identificación, sino un órgano ya él en sí mismo, dejando al trasluz al Servicio. Así se ve en el inciso 2º del artículo 24: “*Excepcionalmente, tratándose de notarías que no cuenten con los medios tecnológicos necesarios para efectos de lo señalado precedentemente, el Registro de Prendas sin Desplazamiento podrá recibir copias físicas de los instrumentos requeridos [...]*”, pues aquí se pretende que es el Registro, y no el Servicio, el que “podrá recibir” directamente las copias físicas. También en el artículo 26 inciso 1º: “*Sólo un tribunal podrá disponer que una inscripción practicada por el Registro de Prendas sin Desplazamiento sea modificada o eliminada [...]*”, en donde se supone que la inscripción es practicada por el Registro y no por el Servicio. Asimismo en el artículo 26 inciso 2º: “*No obstante, de oficio o a requerimiento de cualquier interesado y dentro de un plazo de diez días hábiles [...] a contar de la fecha de la inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, éste podrá rectificar los errores manifiestos [...]*”, ya que ahora se supone que quien puede rectificar es el Registro y no el Servicio. En todos estos casos, pues, éste aparece sustituido por aquél.

Pero, en realidad, no debemos atribuir importancia a estas maneras de hablar, que no constituyen más que metátesis que atribuyen el órgano a la función que aquel ejecuta. El que recibe las copias, el que inscribe, el que rectifica una inscripción es el Servicio de Registro Civil e Identificación, no el Registro de Prenda sin Desplazamiento, que es una cosa custodiada y gestionada por aquél y una función suya, sin perjuicio de que el regla-

mento orgánico disponga la existencia de una sección o departamento en el Servicio, a cuyo personal quede especializadamente encargado el cuidado y administración del Registro en cuanto cosa y en cuanto función. Tal sección, departamento o como quiera que se llame sigue siendo el Servicio.

Concluimos, pues, que el notario debe enviar las copias prescritas al Servicio de Registro Civil e Identificación para que éste haga la inscripción del contrato en el Registro de Prenda sin Desplazamiento.

d) En cuanto a la manera de ejecutar el envío de las copias al Registro, menester es distinguir dos situaciones en que puede encontrarse el notario cargado con su remisión.

i) Una, que la ley supone ha de ser la regla general, es para el caso en que el notario cuente con medios tecnológicos en su oficio, que le permitan copiar textos de modo de poder trasladarlos a soportes magnéticos y comunicarlos por redes electrónicas. En otra terminología, se trata de que el notario disponga de computadores (“hardware”) con programas (“software”) de digitalización de textos escritos (para llevarlos a la forma de “pdf” u otras) que permitan su envío por correo electrónico (“e-mail”).

Cuando tal es el caso, el primer segmento del inciso 2º del artículo 24 dispone: “*Las copias de los actos y contratos a que se refieren los incisos anteriores deberán ser enviadas por medio de soportes magnéticos o a través de comunicaciones por redes electrónicas que aseguren la fidelidad y seguridad de los antecedentes acompañados*”. La manera más simple de ejecutar esta instrucción legal es elaborar un “scanner” en “pdf” de la matriz de la escritura pública o del instrumento privado que se ha protocolizado; y *i*) incorporar el archivo resultante en un disco CD, o en un disquete, o en un “pendrive” o en cualquier otro “soporte magnético” que se invente en el futuro; y enviar el soporte mediante correo postal ordinario, público o privado, al Servicio; o *ii*) remitir el archivo resultante de la copia tipo “scanner” mediante correo electrónico (“e-mail”) a la casilla o dirección electrónica del Servicio. En el primer caso, el Servicio recibe el soporte y debe incorporar su contenido, o sea, los archivos que contienen las copias, en su propio sistema electrónico. En el segundo caso, el Servicio recibe un correo electrónico conductor de un archivo que contiene las copias, que aquél debe incorporar en su sistema.

Cualquiera que sea la versión tecnológica empleada, la ley exige seguridad de “*la fidelidad y seguridad de los antecedentes acompañados*”.

ii) La segunda manera, que la ley supone excepcional, es para el caso en que el notario no cuente con los medios tecnológicos dichos. El segundo segmento del inciso 2º del artículo 24, en efecto, dice: “*Excepcionalmente, tratándose de notarías que no cuenten con los medios tecnológicos necesarios para efectos de lo señalado precedentemente, el Registro de Prendas sin Des-*

plazamiento podrá recibir copias físicas de los instrumentos requeridos, sin perjuicio de su derecho para cobrar por la digitalización de dichos documentos de conformidad con el inciso cuarto [quinto]¹¹ del artículo 28". El notario, pues, debe enviar copias autorizadas físicas, vale decir, en papel con caracteres impresionados con máquinas mecánicas o en "fotocopias", del contrato de prenda y de los documentos en que consten las obligaciones garantizadas que se hubieren protocolizado en su registro, si éstas no estuvieren indicadas precisamente en el contrato de prenda. Se supone que el envío mismo puede hacerse por correo postal ordinario, público o privado, o "por mano" de una persona que recibe del notario las copias y las entrega al Servicio.

e) Después de descritos los procedimientos que hemos comentado, el segmento segundo del inciso 2º del artículo 24 añade la siguiente importante disposición: "*La omisión de las diligencias señaladas en los incisos anteriores no afectará la validez del contrato de prenda ni la de su modificación o alzamiento, ni impedirá su anotación o inscripción, pero hará responsable al notario respectivo por los daños que se originen como consecuencia de la omisión, sin perjuicio de la sanción disciplinaria de que pudiere ser objeto según lo establecido en el artículo 440, inciso primero, del Código Orgánico de Tribunales. En este caso y sin perjuicio de lo señalado en este inciso, el interesado podrá concurrir directamente al Registro Civil y obtener la inscripción requerida conforme el Título V siguiente*".

La disposición es, como se aprecia, muy general y afecta a todo el precedente contenido del artículo 24, en cuanto se prescriba en él alguna "diligencia". El sentido de la norma es declarar que tales diligencias no son esenciales para la validez del contrato de prenda ni para su anotación o inscripción. Nosotros entendemos que, en consecuencia:

i) El plazo de tres días dado al notario para enviar las copias referidas en el inciso 1º del artículo 24 al Servicio, pese a haber sido expresado bajo la forma característica de los plazos fatales ("dentro de") no es fatal, así que el notario no queda jurídicamente impedido de remitir las copias después de transcurrido; y una inscripción practicada con copias enviadas después de vencido el plazo es tan válida como la ejecutada con copias enviadas dentro del mismo.

ii) Transcurrido el dicho plazo, el contrato de prenda sigue tan válido como antes, no caduca, ni queda impedida en modo alguno su inscripción o anotación.

iii) No queda afectada en manera alguna la validez del contrato o de la inscripción o anotación, ni impedidas una u otra, si las copias exigidas

¹¹ La referencia al inciso "cuarto" es errónea; la correcta es al inciso "quinto".

por la ley son enviadas al Servicio bajo forma física por correo ordinario, “por mano” u otro medio, por un notario que contaba con tecnología para la remisión electrónica; o, a la inversa, por los medios electrónicos descritos en la ley, por un notario que no contaba con ellos y los consiguió especialmente para el caso merced a arriendo, comodato u otro recurso.

Pero debe discernirse cuidadosamente lo que es “diligencia”, cuya omisión no acarrea nulidades, de lo que no es tal, cuya omisión o irregularidad si lleva consigo la sanción de nulidad o la que corresponda. Así, por ejemplo, si la copia del contrato enviada al Servicio no está autorizada, la inscripción no debe ser ejecutada; y no podría aceptarse lo contrario, porque la autorización no es una diligencia sino una formalidad esencial para dar carácter fehaciente a la copia.

¶ Si la omisión ha consistido en la falta de envío de las copias por el notario al Registro Civil, o en su envío imperfecto, por ejemplo, cuando las copias no fueron autorizadas, de modo de no haber podido aquél proceder a la inscripción del contrato, el inciso 3º del artículo 24 legitima al “interesado” para concurrir directamente a aquel servicio público en función de pedir y obtener dicha inscripción. La norma sujeta esta última operación a las reglas del título 5º de la ley; lo cual significa que se gobierna por las mismas reglas aplicables a la inscripción de oficio¹².

Por “interesado” debemos entender al interesado en la inscripción; y esto vale, desde luego y sin más, para el pignoratario (o su heredero, o legatario del crédito); pero también para el pignorante en cuanto la ausencia de inscripción, que impide la constitución del derecho real de prenda, le puede perjudicar de algún modo, por ejemplo, porque el acreedor se niegue a cursarle el crédito que estaba supeditado a la efectiva constitución o de ésta dependa la mantención del plazo concedido para el pago de una obligación, de modo que sin la inscripción se acelere la deuda.

También un cesionario del crédito garantizado con la prenda (o su heredero o legatario del crédito), cuando ésta no hubiera sido inscrita antes de la cesión, está interesado en la inscripción. Ello deriva del artículo 38 de la ley: “*La cesión de créditos caucionados con esta prenda se sujetará a las reglas que correspondan a su naturaleza. Sin embargo, para que la cesión comprenda el derecho real de prenda, manteniendo la prenda la preferencia que gozaba en virtud del crédito cedido, en el Registro de Prendas sin Desplazamiento deben constar expresamente el crédito garantizado y la posibilidad de cesión de la prenda*”. Sin inscripción, derecho real no hay; tampoco preferencia.

¹² Artículo 24 inciso 3º: “*La omisión de las diligencias señaladas en los incisos anteriores [...]. En este caso [...], el interesado podrá concurrir directamente al Registro Civil y obtener la inscripción requerida conforme el Título V siguiente*”.

Por consiguiente, interesa al cesionario la inscripción, en el supuesto de que al hacerse empezará a cumplirse con el requisito señalado en la última parte de la disposición¹³.

g) El mismo inciso 3º del artículo 24¹⁴ sujeta al notario omitente de cualquiera de las diligencias impuestas a su oficio en los incisos 1º y 2º del mismo artículo a dos efectos: i) a la responsabilidad extracontractual civil ordinaria derivada de los daños generados por la omisión; y ii) a la sanción disciplinaria de amonestación, censura o suspensión, según sea la gravedad del hecho, establecida por el artículo 440 inciso 1º COT.¹⁵, al cual el inciso 3º se remite.

2. La inscripción en cuanto dependiente del oficio del Servicio de Registro Civil e Identificación.

a) Las copias señaladas en el inciso 1º del artículo 24 pueden llegar al Servicio, pues, por haber sido enviadas por el correspondiente notario, o por haber sido presentadas al mismo por el interesado, cuando el notario omitió su oficio.

En uno u otro caso, el artículo 28 inciso 3º dispone: “*El Servicio de Registro Civil e Identificación inscribirá en el mencionado Registro de Prendas sin Desplazamiento los documentos que al efecto reciba. Las inscripciones se realizarán por estricto orden de presentación*”. El Servicio, pues, está obligado a ejecutar la inscripción en el Registro (“*inscribirá*” dice la ley, en modo imperativo).

Al efecto, se debe proceder según el “orden de presentación”. Pero esta manera de expresarse contiene un error. En la materia no hay necesariamente una “presentación”, como la que sí tiene lugar, por ejemplo, ante los Conservadores de Bienes Raíces, a los cuales los interesados, en efecto, presentan unos títulos para pedirles su inscripción en alguno de los registros que administran. Al Servicio, en cambio, por regla general no se le pide

¹³ No vemos obstáculos para que, si la inscripción es ejecutada con posterioridad a la cesión, tenga lugar el dispositivo del artículo 38. En todo caso, no se trata de ningún efecto retroactivo. La inscripción empieza a operar en su fecha y no hacia atrás.

¹⁴ Artículo 24 inciso 3º: “*La omisión de las diligencias señaladas en los incisos anteriores [...] hará responsable al notario respectivo por los daños que se originen como consecuencia de la omisión, sin perjuicio de la sanción disciplinaria de que pudiere ser objeto según lo establecido en el artículo 440, inciso primero, del Código Orgánico de Tribunales*”.

¹⁵ Artículo 440 inciso 1º COT.: “*El notario que faltare a sus obligaciones podrá ser sancionado disciplinariamente con amonestación, censura o suspensión, según sea la gravedad del hecho*”. La referencia de la ley a esta norma no excluye la aplicación de la sanción de exoneración en los términos del inciso 2º del mismo artículo 440, en su caso.

la inscripción de los contratos de prenda en el Registro; sólo le llegan las copias dispuestas por la ley, de parte de un notario; y de antemano se supone que tal llegada no hace esperar otra conducta que no sea la de proceder a la inscripción prendaria, que el Servicio debe ejecutar de oficio, sin instancia previa. Tal vez la cortesía institucional imponga a los notarios el deber de solicitar la inscripción cuando envíen las copias al Servicio; o de señalarle que se las envía para la pertinente inscripción. Pero eso no está previsto en la ley, la cual discurre sobre la base del cumplimiento de unos deberes *ex officio*. El único caso en que hay presentación –excepcional por lo demás–, es el previsto por el inciso 3º del artículo 24, ya examinado, cuando el notario omite su oficio y fuerce al interesado a solicitar directamente la inscripción al Servicio de Registro Civil e Identificación.

En consecuencia, la dicción legal “*por estricto orden de presentación*” debe leerse como si dijera: “*por estricto orden de llegada*”¹⁶, en el entendido que esta lectura cubre incluso el caso excepcional del inciso 3º del artículo 24, porque los documentos que se “presentan” también “llegan”, y llegan en el momento en que son presentados.

b) El inciso 2º del artículo 28 reservó al reglamento establecer “*las menciones que deberá contener la inscripción, los procedimientos para requerir y entregar la información contenida en el Registro, así como la organización, operación y requerimientos básicos del mismo*”; y tal reglamento aún no ha sido expedido a la fecha de licenciarse el presente trabajo.

c) El inciso quinto y final del artículo 28 faculta al Servicio para cobrar los derechos y valores de inscripción (y de otras operaciones) según el monto fijado por un decreto supremo del Ministerio de Justicia, previo informe favorable del Ministerio de Hacienda, que no podrá ser superior a una unidad tributaria mensual por actuación¹⁷. Tal decreto aún no ha sido emitido.

d) Hemos dicho que el Servicio está obligado a ejecutar la inscripción. Por cierto, puede acaecer que se niegue a ejecutarla, para lo cual debería afirmarse en alguna razón legal. Ante tal hecho, el inciso 4º del artículo 28 dispone: “*En caso de que se negare una inscripción, la persona perjudicada con*

¹⁶ El adjetivo “estricto” es superfluo. Si debe atenderse a algo por orden de llegada, y no hay excepciones, como es el caso, ese orden es siempre estricto.

¹⁷ Artículo 28 inciso 5º: “*El Servicio de Registro Civil e Identificación estará facultado para cobrar los derechos y valores de las inscripciones, anotaciones, modificaciones, cancelaciones, alzamientos, digitalizaciones, certificados, informes y copias de contratos de prenda que se efectúen u otorguen, cuyo monto, que no podrá exceder de 1 UTM por actuación, se determinará por decreto supremo del Ministerio de Justicia previo informe favorable del Ministerio de Hacienda. Los recursos provenientes de estos cobros constituirán ingresos propios del Servicio*”.

la negativa podrá ocurrir ante el juez de primera instancia del departamento, quien en vista de esta solicitud y de los motivos expuestos por el Servicio de Registro Civil e Identificación, resolverá por escrito y sin más trámite lo que corresponda. Si manda el juez hacer la inscripción, ésta tendrá la fecha y hora de la primera presentación al Registro. Si el juez la denegare, el decreto en que se niegue la inscripción será apelable en la forma ordinaria”.

i) La “persona perjudicada” con la negativa del Servicio de Registro Civil e Identificación a inscribir el contrato coincide con el “interesado” que, según el inciso 3º del artículo 24, puede pedir directamente la inscripción al mismo Servicio cuando el notario hubiera omitido enviarle las copias prescritas para ese efecto.

En primer lugar, pues, se trata sin más del pignoratario (o de su heredero o legatario del crédito), pues sin la inscripción le queda impedido adquirir el derecho real de prenda. En seguida, el cesionario del crédito garantizado con la prenda (o su heredero o legatario del crédito) que no había sido previamente inscrita, para poder adquirir el derecho real y la preferencia, en los términos del artículo 38 y supuesto que al inscribirse hayan de empezar a cumplirse los requisitos exigidos por la misma norma. En fin, también el pignorante cuando la ausencia de inscripción le perjudique de alguna manera, como si el acreedor rehusare ejecutarle el crédito que estaba sujeto a la perfección del derecho real, vale decir, de la inscripción o sin ésta se acelere la deuda.

ii) El perjudicado por la negativa del Servicio a inscribir, pues, tiene acción contra éste, para pedir que se le ordene ejecutar la inscripción rehusada. El conocimiento de esta acción, de clara naturaleza contencioso-administrativa, corresponde al juez de primera instancia en lo civil del departamento el Servicio de Registro Civil del cual se negó a inscribir. El procedimiento sólo incluye, aparte la demanda escrita del perjudicado, y su notificación al Servicio, una exposición también escrita de motivos de éste; y con el mérito de la demanda y la exposición el juez debe resolver por escrito sin más trámite entre negar lugar a la petición del perjudicado u ordenar al Servicio que ejecute la inscripción. En el primer caso, la resolución del juez es apelable en ambos efectos ante la Corte de Apelaciones competente (“en la forma ordinaria”). En el segundo caso, el Servicio no puede apelar y debe ejecutar la inscripción ordenada. En este caso –añade la norma– “ésta tendrá la fecha y hora de la primera presentación al Registro”. Lo cual significa que la fecha y hora de la inscripción finalmente ejecutada por orden judicial son las mismas que la inscripción hubiera tenido de no haber sido rehusada.

IV. MODIFICACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA DEL DERECHO REAL DE PREnda SIN DESPLAZAMIENTO

1. Modificación convencional de la inscripción.

La modificación convencional del régimen acordado para un cierto derecho real de prenda sin desplazamiento está sometida a la misma disciplina que su constitución.

La modificación, pues, debe ser acordada en una escritura pública o por instrumento privado, las firmas de cuyas partes concurrentes deberán ser autorizadas por un notario y el instrumento deberá ser protocolizado en el registro del mismo notario que autoriza (artículo 2, referido expresamente a la modificación). Enseguida, la modificación debe ser inscrita por oficio del notario y del Servicio de Registro Civil e Identificación, en la misma manera que el contrato original (artículo 24, también referido expresamente a la modificación).

2. Modificación administrativa de la inscripción.

El inciso 2º del mismo artículo 26 estatuye: “*No obstante, de oficio o a requerimiento de cualquier interesado y dentro de un plazo de diez días hábiles, exceptuados los días sábado, a contar de la fecha de la inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, éste podrá rectificar los errores manifiestos en que se pudiere haber incurrido al practicarse la anotación. Con todo, la fecha de la constitución del derecho real de prenda será siempre la de su inscripción original*”.

Una inscripción debe ser el reflejo del contrato prendario. Puede acaecer que en los datos hechos constar en aquella se haya incurrido en errores, omisiones o excesos con relación a las constancias, declaraciones y acuerdos que las partes hicieron en el contrato prendario. Ello obliga a modificar el tenor de la inscripción para ponerlo de acuerdo con el tenor del contrato.

Un error, omisión o exceso contenidos en cierta inscripción (que la norma llama “anotación”) con respecto al contrato prendario puede ser “manifiesto”¹⁸, y este adjetivo vale tanto como patente, claro, notorio, ostensible, visible, palmario, evidente, perspicuo, al descubierto. Por lo general tal carácter derivará de la incongruencia que se observe con sólo la comparación entre el texto del contrato prendario y el de la inscripción, en el entendido que la primacía la tiene el primero. Cuando se trata de un

¹⁸ El artículo 26 inciso 2º habla de “errores manifiestos”; pero debemos entender que esa es una expresión genérica que incluye los errores propiamente tales, las omisiones y los excesos.

error así, pues, el Servicio de Registro Civil e Identificación de oficio, o a requerimiento “*de cualquier interesado*” –bajo la cual expresión debemos entender al pignoratario (o su heredero o legatario del crédito garantizado), al pignorante (o su heredero o legatario de la cosa pignorada) y al cesionario del crédito garantizado (o su heredero o legatario del crédito)¹⁹–, podrá rectificar el error, esto es, modificar la inscripción para eliminarlo. Este poder de rectificación, sin embargo, sólo puede ser ejercido por el Servicio dentro de un plazo de diez días hábiles, exceptuados los días sábado, contado desde la fecha de la inscripción que se pretende rectificar. El plazo es fatal (“*dentro de*”) y cumplido cesa, pues, el aludido poder. La rectificación o modificación administrativa no altera la fecha de constitución del derecho real, determinada por la de la inscripción original que ahora se modifica.

Por consiguiente, la modificación de una inscripción por errores no manifiestos y por errores manifiestos para ser hecha después del plazo de diez días señalado por el inciso 2º del artículo 26, no corresponde ejecutarla al Servicio; de hecho, pertenece al ministerio del juez.

3. Modificación judicial de la inscripción.

Dispone, en efecto, el inciso 1º del artículo 26: “*Sólo un tribunal podrá disponer que una inscripción practicada por el Registro de Prendas sin Desplazamiento sea modificada [...] de acuerdo a las normas generales*”. La norma dice que “sólo” un tribunal podrá disponer la modificación. Pese a estos términos tan absolutos, la modificación judicial es únicamente una regla residual vigente para cuando no hayan sido las partes las que modifican una inscripción como reflejo de la previa modificación del contrato prendario ni el Servicio de Registro Civil e Identificación dentro del plazo legal con respecto a errores manifiestos.

La modificación judicial implica una resolución judicial que debe indicar el sentido de la modificación y ordenar al Servicio de Registro Civil e Identificación que la ejecute. La norma contenida en el segmento final del inciso 2º del artículo 26, literalmente sólo válida para la modificación administrativa que antes estudiamos, tiene que valer también para la judicial que examinamos en este momento, porque la razón es la misma. Según ella, la modificación no altera la fecha de constitución del derecho real de prenda, fijada por la inscripción original que se modifica.

¹⁹ La regla es, pues, la misma que rige para los casos de los artículos 24 inciso 4º y 28 inciso 4º, como antes quedó dicho.

V. ADQUISICIÓN DEL DERECHO REAL DE PREnda SIN DESPLAZAMIENTO POR CESIÓN, SUCESIÓN Y PREScripción

El derecho real de prenda, una vez constituido merced a la inscripción del contrato prendario y adquirido por el pignoratario, puede ser adquirido por un tercero merced a cesión o sucesión por causa de muerte. Si hubo defectos en la constitución, la prescripción lo sanea para el pignoratario original o para el tercer adquirente.

1. Cesión del derecho real de prenda.

La prenda, en atención a su carácter accesorio, no puede ser cedida autónomamente o con independencia del crédito al cual accede como garantía. Por lo mismo, la cesión del crédito garantizado arrastra a la prenda y la comprende. El efecto deriva no del artículo 1906 CC. que lo produce respecto de las fianzas, privilegios e hipotecas, pero no de la prenda, porque el *Código Civil* sólo conoce aquella con desplazamiento, y cuando se cede un crédito garantizado con tal tipo de prenda, ésta no puede pasar al cesionario mientras no se le entregue la cosa pignorada²⁰. De ahí que se haya hecho necesario legislar sobre el punto; y al efecto, el artículo 38 de la nueva ley dispone: “*La cesión de créditos caucionados con esta prenda se sujetará a las reglas que correspondan a su naturaleza. Sin embargo, para que la cesión comprenda el derecho real de prenda, manteniendo la prenda la preferencia que gozaba en virtud del crédito cedido, en el Registro de Prendas sin Desplazamiento deben constar expresamente el crédito garantizado y la posibilidad de cesión de la prenda*”.

La cesión del crédito garantizado se sujeta a las reglas propias de la cesión, según el tipo de crédito, y nada adicional diremos aquí al respecto. El traspaso de la prenda al cesionario del crédito, sin embargo, no opera sin que previamente se cumplan dos requisitos: *i)* en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, vale decir, en la inscripción del contrato prendario en ese Registro, debe constar la posibilidad de cesión de la prenda; lo cual debe entenderse así: en el contrato prendario (o en acto posterior) debe haber un convenio, pacto o autorización de que la prenda constituida pueda ser cedida (no autónomamente, por cierto, sino con el crédito que

²⁰ De otra opinión: ABELIUK, René, *Las obligaciones* (3^a edición, Editorial Jurídica de Chile, 1993), II, núm. 1.063, p. 874, para quien, pues, la cesión incluye la prenda, aunque la norma no lo diga “pero la conclusión tiene que ser la misma”. Lo cual no es así, porque no es concebible que el derecho de prenda pase del cedente al cesionario sin el coetáneo traspaso de la cosa pignorada. Por esta razón, en la expresión “privilegios” empleadas por el artículo 1906 CC. se excluye el privilegio del artículo 2474 N° 3 CC.

garantiza) y de ese convenio, pacto o autorización se debe haber dejado constancia en la inscripción; todo lo cual deriva de no ser posible que se deje constancia en la inscripción de algo que no aparece en el contrato o en acto posterior; y *ii)* en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, esto es, también en la inscripción del contrato prendario en ese Registro, debe constar expresamente el crédito garantizado; lo cual asimismo debe entenderse en orden a que semejante constancia debe constar ya en el contrato prendario, de modo que ella pueda reflejarse después en la inscripción misma; adicionalmente, esta exigencia implica que la prenda debe tener carácter especial y no general.

Cabe insistir que ambos requisitos son para que la cesión del crédito comprenda la prenda; no para poder cederse el crédito; el cual puede ser cedido libremente por su titular, aunque sin la prenda cuando no se dan las constancias legalmente exigidas, que antes examinamos; en ese caso, pues, la prenda se extingue, porque no es aceptable pensar en su subsistencia separada del crédito cedido. Por el contrario, si se ha cumplido con las constancias dichas, la prenda se traspasa *ipso iure* al cessionario del crédito: la ley no exige un acto especial de traspaso ni una nueva inscripción, por más que sea aconsejable anotar la cesión a su margen²¹.

2. Sucesión por causa de muerte en el derecho real de prenda.

La sucesión por causa de muerte en el derecho real de prenda es una consecuencia de la misma sucesión en el crédito (y en la deuda) garantizado. La accesoriad de la prenda, en efecto, impide una sucesión separada.

Por consiguiente, el heredero del acreedor, junto con sucederle en el crédito, le sucede en la titularidad del derecho real. Desde el punto de vista pasivo, el heredero del dueño de la cosa pignorada le sucede en la sujeción de esa misma cosa al derecho real.

Lo propio acaece con el legatario (y el donatario por causa de muerte) del crédito garantizado con prenda, quien, además del crédito, adquiere la titularidad de la misma prenda. Viceversa, el legatario de la cosa gravada con prenda, la adquiere con ésta, como lo dice el artículo 1125 CC: “*La especie legada pasa al legatario con sus [...] cargas reales*”²².

Puede acaecer que los herederos o legatarios del crédito o de la deuda garantizados con prenda sean más de uno, caso en el cual aquél o ésta se

²¹ Para mayores detalles acerca de esta cesión, véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El llamado contrato de prenda sin desplazamiento*, en *Revista Chilena de Derecho Privado “Fernando Fueyo Laneri”*, 13 (Santiago, diciembre de 2009), pp. 161-236, cap. XI, núm. 4.

²² Cfr., además, el artículo 1135 inciso 2º CC.: “*La prenda [...] constituido[a] sobre la cosa legada, no extingue el legado, pero la grava con dicha prenda [...]*”.

dividen, sin que, empero, se divida la prenda activa ni pasivamente, merced al principio de indivisibilidad que la rige (artículo 2405 CC.)²³.

3. Prescripción adquisitiva del derecho real.

De acuerdo con el inciso 2º del artículo 2498 CC., el derecho real de prenda puede ser ganado por prescripción, porque no está exceptuado de ese modo de adquirir²⁴. Su fundamento es la posesión de ese derecho real, que llamamos cuasiposesión²⁵. Esta cuasiposesión se adquiere básicamente en dos hipótesis: *i)* cuando la inscripción del contrato prendario en el Registro de Prenda sin Desplazamiento no produjo su efecto normal de constituir y hacer adquirir el derecho real, por haber incidido algún defecto, ora en el contrato, ora en la inscripción misma. Supóngase, por ejemplo, que el instrumento privado con que se celebró el contrato prendario no fue protocolizado, o que lo fue, pero en el registro de un notario distinto a aquel que autorizó sus firmas, en contra de lo dispuesto por el artículo 2 de la ley; pero se practicó una inscripción. En el fondo, esta prescripción es la contrapartida de la prescripción extintiva de la acción de nulidad; *ii)* cuando la prenda fue constituida *a non domino*²⁶ o adquirida *a non domino* por un tercero después de constituida.

De acuerdo con el artículo 13, la prenda constituida sobre cosa ajena al constituyente vale, pero no es oponible al dueño de la cosa, quien, por ende, puede hacer valer su dominio por vía de acción o de excepción²⁷. Entretanto, el pignoratario cuasiposee el derecho; pero se hace su titular legítimo al cabo de dos años, si opera una prescripción ordinaria (artículo

²³ Sobre la materia: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La indivisibilidad de la garantía*, cit. (n. 3), pp. 509-548.

²⁴ Artículo 2498 inciso 2º CC.: “Se ganan de la misma manera [sc. por prescripción, definida en el inciso 1º] los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados”.

²⁵ La cuasiposesión es la posesión de las cosas incorporales o derechos, referida por el artículo 715 CC. Sobre ella, véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el Derecho positivo* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), pp. 153-175.

²⁶ Conforme: SOMARRIVA, Manuel, *Tratado de las cauciones* (2^a edición, Santiago, Contable Chilena, 1981), núm. 249, pp. 235-236.

²⁷ Artículo 13: “Sólo el dueño podrá alegar la inexistencia del derecho real de prenda invocando su derecho de dominio sobre la cosa pignorada, sin perjuicio de la validez del contrato”. Sobre esta materia, véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las prendas ordinaria y sin desplazamiento de la Ley N° 20.190 recaídas en cosa ajena*, en MANTILLA ESPINOZA, Fabrizio - PIZARRO WILSON, Carlos (coordinadores), *Estudios de Derecho privado en homenaje a Christian Larroumet* (Santiago de Chile - Bogotá, Fundación Fernando Fueyo - Universidad Diego Portales - Universidad del Rosario, 2008), pp. 401-422.

2508 CC.) o de diez años si opera la extraordinaria (artículo 2511 CC.); y entonces puede ser opuesto al dueño igual que si él mismo hubiese pignorado la cosa.

Puede acaecer que la prenda haya sido constituida *a domino*, pero transferida o transmitida (con el crédito) *a non domino*, así que su adquirente sólo la cuasiposee; pero la puede adquirir por prescripción, en el mismo modo antes dicho.

VI. OPONIBILIDAD E INOPONIBILIDAD DEL DERECHO REAL DE PREnda SIN DESPLAZAMIENTO

1. Una vez ejecutada la inscripción del contrato de prenda sin desplazamiento en el Registro de tal prenda, queda constituido el derecho real del mismo nombre y adquirido por el pignoratario o acreedor prendario. El segmento segundo del artículo 25 inciso 1º dice que la prenda, bajo la cual dicción entiende el derecho real de prenda, “*sólo será oponible a terceros a partir de esa fecha*”. En realidad esta oponibilidad a partir de la fecha de inscripción también es para las partes de la relación prendaria, el pignorante y el pignoratario, y no únicamente para terceros; por lo cual la disposición citada es incompleta, además de superflua. La oponibilidad predicada deriva de que sólo a partir de la fecha de inscripción existe el derecho real; no antes. Si es así, sólo a partir de la misma fecha es oponible a los terceros y, por supuesto, a las partes de la relación; en otras palabras, sólo a contar de la fecha de inscripción es oponibles *erga omnes*, como suele decirse en estas materias.

Pero como antes de la inscripción no hay derecho real constituido, nada de él es oponible, ni a las partes ni a terceros. Lo único que hay es un contrato prendario, que sin inscripción carece de efectos reales, y que los efectos personales que produzca son oponibles entre las partes desde que la escritura pública o el instrumento privado sean suscritos; y frente a terceros, desde la autorización de la escritura pública por el notario o desde la protocolización del instrumento privado del contrato por él mismo.

Pero la regla general de empezar a ser oponible el derecho real a los terceros a partir de la fecha de la inscripción del contrato en el Registro tiene algunas excepciones.

2. La primera excepción viene establecida por el inciso 2º del artículo 25, que expresa: “*En caso de bienes sujetos a inscripción obligatoria en algún otro registro, la prenda será inopponible a terceros, mientras no se anote una referencia del contrato de prenda al margen de la inscripción correspondiente*”. La expresión “*la prenda será inopponible*” de esta disposición, en efecto,

significa “el derecho de prenda será inoponible”. Por lo demás, el contexto de la disposición concierne a ese derecho. No atañe, en consecuencia, al contrato; cuya oponibilidad a terceros emana del segmento final del artículo 2 de la ley.

a) La disposición supone el caso de bienes que, con independencia de su pignoración sin desplazamiento, ya estén sujetos a una inscripción, siempre que sea obligatoria, en algún registro, sin distinguir si sea público o privado. La “obligación” de que habla la ley no hay que entenderla en el sentido de deber cuya transgresión queda extrínsecamente sancionada, sino en el sentido de carga, cuya inseguración perjudica al propio gravado. Son escasas, en efecto, las inscripciones obligatorias en el primer sentido. Ni siquiera puede decirse ser obligatoria la del título de dominio en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, que es el prototipo de las inscripciones. Cuando el artículo 52 del Reglamento del Registro conservatorio de bienes raíces dice que “deberán inscribirse” los títulos que enseguida enumera, no por ello impone una obligación, sino sólo una carga. Quien no inscribe, no infringe ningún deber, pero se perjudica así mismo al autoprivarse de los beneficios y las ventajas que implica la inscripción. Así que “inscripción obligatoria” en el inciso 2º del artículo 25 se opone a “inscripción completamente libre”.

La pignoración sin desplazamiento de tales bienes tiene lugar en la forma ordinaria y general, ya examinada aquí; pero con una adición, consistente, pues, en la “anotación de una referencia” del contrato de prenda al margen de la inscripción independiente. Debe remarcarse que, según el tenor literal de la norma, la referencia anotable es del contrato de prenda; no pues, de su inscripción en el Registro de Prenda sin Desplazamiento. Lo cual es extraño, porque el contrato de prenda no crea o constituye el derecho real, que es el que se trata de oponer a terceros; y mal se podría pretender oponer algo que aún no existe para nadie. Por otro lado, como el trámite tiene una función de publicidad a los terceros (por eso es que cumplido da oponibilidad frente a ellos), lo lógico es que se les notifique no sólo haber sido objeto el bien de que se trate de un contrato de prenda sino de un derecho de tal; lo cual supone publicidad de los datos de la inscripción, para que puedan ser verificados por cualquiera del público. Sólo publicar el hecho del contrato, sin el hecho de la inscripción, es una publicidad imperfecta o incompleta. Se echa de menos, pues, que la ley hubiera dicho algo así como: “[...] mientras no se anote una referencia de la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prenda sin Desplazamiento, al margen de la inscripción obligatoria correspondiente”. Anotada una referencia a la inscripción necesariamente se da publicidad también a la existencia del contrato inscrito. De acuerdo con esto, la anotación

prescrita debe ser ejecutada después de la inscripción del contrato. Según el tenor literal, esa anotación puede ser ejecutada una vez perfeccionado el contrato, antes de ser inscrito.

La expresión “anotar una referencia al margen de la inscripción correspondiente”, en fin, significa escribir una “nota” por el ente que gestione la otra inscripción en las márgenes del texto de esta misma, que exprese, o refiera, el hecho de haber sido pignorado el bien de que se trate, según un contrato y una inscripción cuyos datos se detallarán en la nota misma, en tal modo, que cualquier lector pueda localizar e identificar el contrato y su inscripción en las sedes que les correspondan.

b) Son bienes muebles sujetos a inscripción obligatoria en algún registro, la oponibilidad a terceros de cuya pignoración sin desplazamiento debe cumplir con lo establecido en la disposición comentada ahora, los siguientes, entre otros:

i) Los vehículos motorizados. De acuerdo con el artículo 39 de la Ley Nº 18.290: *del Tránsito*²⁸, al ser otorgada su patente única a un vehículo motorizado éste deberá ser inscrito en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados²⁹, cuya administración y gestión está encomendada al Servicio de Registro Civil e Identificación.

ii) Los remolques y semirremolques. El artículo 40 de la antes citada *Ley del tránsito* creó un Registro Especial de Remolques y Semirremolques, a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación, en el cual deben inscribirse los remolques y semirremolques cuyo peso bruto vehicular sea igual o superior a 3.860 kilogramos.

iii) Las naves menores, vale decir, aquéllas de cincuenta o menos toneladas de registro grueso³⁰, se inscriben en el Registro de Matrícula de Naves Menores de la Capitanía de Puerto escogida por el propietario de

²⁸ El texto refundido, coordinado y sistematizado de la *Ley del tránsito* se encuentra fijado en el Decreto con fuerza de ley Nº 1 de los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Justicia, publicado en el *Diario Oficial* de 20 de octubre de 2009.

²⁹ Ley Nº 18.290, artículo 39 inciso 3º: “*La inscripción de un vehículo se efectuará al otorgarse la patente única. Los documentos que autoricen dicha inscripción serán incorporados en el Archivo Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación*”.

³⁰ Artículo 4º del Decreto-ley Nº 2.222, de la Subsecretaría de Marina del Ministerio de Defensa, publicado en el DO. de 31 de mayo de 1978, que contiene la actual *Ley de Navegación*; artículo 51 del Decreto supremo de la Subsecretaría de Marina del Ministerio de Defensa Nº 163, que contiene el *Reglamento del Registro de naves y artefactos navales*, publicado en el DO. de 13 abril 1981. Esta última disposición precisa que la definición vale sea que la nave se dedique a la movilización de pasajeros, de carga, al remolque, el recreo o a la pesca.

la nave³¹. El mandato general del inciso 2º del artículo 25 de la ley está previsto en especial para la prenda de naves menores en el artículo 57 bis del Reglamento del Registro de Naves y Artefactos Navales, como sigue: “*Toda prenda que se constituya sobre una nave menor deberá ser anotada al margen de su inscripción en el registro de matrícula pertinente, debidamente fechada y numerada.* [Inciso 2º] *Efectuada la inscripción, la Autoridad Marítima retendrá un ejemplar del título en que conste el gravamen, en el Archivo de Documentos señalado en el artículo 13 de este reglamento*”. El artículo 881 del C. de C. también dispuso la misma anotación, con sanción expresa de inoponibilidad a terceros; pero con un añadido: “*Las naves menores podrán ser gravadas con prenda... Cualquiera que sea la naturaleza de ésta, debe ser anotada al margen de la inscripción de la nave en el Registro de Matrícula, sin lo cual es inoponible a terceros. Esta anotación sustituye, además, a cualquier inscripción y publicación exigidas por las normas que regulen la clase de prenda de que se trate. La anotación debe ser fechada y numerada*”. El añadido consistió, pues, en disponer que la anotación sustituya a cualquier publicación o inscripción de la prenda exigidas por las leyes. De acuerdo con esto, la prenda sin desplazamiento de naves menores según la Ley N° 20.190 no requeriría su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, y bastaría la mera anotación del contrato al margen de la inscripción de la nave en el Registro de Matrícula de Naves Menores. Pero no parece que deba ser así. El artículo 881 C. de C. es anterior a la ley N° 20.190, así que debe entenderse derogado por ella en el punto. En cuanto al fondo, aceptar su vigencia implicaría aceptar que prendas sin desplazamiento, para las cuales fue especialmente creado el Registro, no hayan de estar registradas en él, con lo cual su finalidad queda un tanto obstaculizada.

La prenda de naves menores no se inscribe en el Registro de Hipotecas, Gravámenes y Prohibiciones, que administra y gestiona la Jefatura de la Dirección General del Territorio Marítimo y de la Marina Mercante, el cual está destinado a recibir la inscripción de cargas reales que afectan sólo a las naves y artefactos navales mayores³².

iv) Los artefactos navales menores. Se denominan así aquellos destinados “*a cumplir en el agua funciones de complemento de actividades marítimas o de explotación de los recursos marítimos, tales como diques, grúas, gabarras, gánguiles, chatas, pontones, plataformas fijas o flotantes y las balsas*

³¹ Artículo 52 del Decreto supremo N° 163, citado en la nota anterior. Esta inscripción está especialmente regulada en el título 6º (artículos 51 a 57 bis) de dicho decreto.

³² Artículos 20 de la *Ley de Navegación* y 2, 3 y 34 del Decreto supremo N° 163, citado en la nota 30.

*y boyas*³³. Son mayores los que tengan un desplazamiento liviano de un casco superior a las cincuenta toneladas³⁴; los demás son menores. Pero no todos los menores se inscriben, mas sólo aquellos habilitados para mantener vida humana permanente a bordo, o aquellos que ordene inscribir la Dirección General del Territorio Marítimo y de la Marina Mercante³⁵. Esta inscripción tiene lugar en el Registro de Artefactos Navales Menores de una Capitanía de Puerto. También para estos objetos el contenido del mandato general del inciso 2º del artículo 25 de la ley está previsto en especial para su prenda en el artículo 50 bis del *Reglamento del Registro de naves y artefactos navales*, así: “*Toda prenda que se constituya sobre un artefacto naval menor, deberá ser anotada al margen de su inscripción en el registro de matrícula pertinente, debidamente fechada y numerada.* [Inciso 2º] *Efectuada la inscripción, la Autoridad Marítima retendrá un ejemplar del título en que conste el gravamen, en el Archivo de Documentos señalado en el artículo 13 de este reglamento*”. Lo mismo se deduce del inciso final del artículo 881 C. de C., que ordena aplicar las normas relativas a la prenda de naves menores a la de los artefactos navales menores, entre las cuales está la del inciso 1º de ese mismo artículo, que ordena la anotación.

Tampoco la prenda de estos artefactos se inscribe en el Registro de Hipotecas, Gravámenes y Prohibiciones de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante.

v) Las naves y artefactos navales menores en construcción. La ley autoriza que una nave o un artefacto naval menores en actual construcción puedan ser objeto de prenda³⁶; y es precisamente para tal efecto que ordena la inscripción de la nave o del artefacto en construcción en el Registro de Matrículas de Naves en Construcción, que gestiona y administra la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante³⁷. En consecuencia, la prenda sin desplazamiento de estos objetos debe ser anotada al margen de su inscripción en ese Registro para poder ser oponible a tercero, mas por mandato directo del artículo 25 inciso 2º de la nueva ley de prenda, porque una disposición semejante a la de los artículos 50 bis y 57 bis no existe concerniente a las naves y artefactos navales en construcción en el Reglamento.

vi) Los títulos-valores regidos por la Ley Nº 18.045, de 1981, sobre

³³ Artículo 44 del Decreto supremo Nº 163, citado en la nota 30. Véase también el artículo 826 inciso 2º del C. de C.

³⁴ Artículo 45 inciso 3º del Decreto supremo Nº 163, citado en la nota 30.

³⁵ Artículo 45 inciso 4º del Decreto supremo Nº 163, citado en la nota 30.

³⁶ Artículo 16 de la *Ley de Navegación*.

³⁷ Al Registro y a la inscripción se refiere especialmente el título 3º (artículos 32 a 33) del Decreto supremo Nº 163, citado en la nota 30.

*Mercado de valores*³⁸, vale decir, las acciones, opciones de compra y venta de acciones, los bonos y “debentures”, las cuotas de fondos mutuos, los planes de ahorro, efectos de comercio y, en general, todo título de crédito e inversión (artículo 3). Las emisiones de oferta pública de estos valores, los valores mismos y las acciones a que se refiere el inciso 2º del artículo 1 de la Ley N° 18,045³⁹ deben ser inscritos en un Registro de Valores que administra y gestiona la Superintendencia de Valores y Seguros (artículo 5). Por su parte, los valores extranjeros y los certificados de depósito de tales se inscriben en un Registro de Valores Extranjeros que administra la misma Superintendencia (artículo 183).

vii) Las acciones en especial. Éstas, independientemente de su sujeción a la Ley N° 18.045, están sujetas a inscripción en el Registro de Accionista de cada sociedad emisora⁴⁰. Por ende, su pignoración sin desplazamiento, en función de oponibilidad a terceros, debe anotarse al margen de esta inscripción.

El artículo 23 de la Ley N° 18.046, de 1981, sobre *Sociedades anónimas*⁴¹, dispone: “*La constitución de gravámenes y de derechos reales distintos al del dominio sobre las acciones de una sociedad, no le serán oponibles a ésta, a menos que se le hubiere notificado por ministro de fe, el cual deberá inscribir el derecho o gravamen en el Registro de Accionistas*”. El segmento final del inciso 1º del artículo 13 del *Reglamento de sociedades anónimas*⁴² repite la exigencia de inscripción.

El citado artículo 23 merece los siguientes comentarios en lo que interesa al tema de este trabajo: *i*) entre otros, se aplica a la prenda sin desplazamiento de acciones, que es al mismo tiempo gravamen y derecho real distinto al dominio; *ii*) lo que la norma establece no es en función de oponibilidad general, o sea, frente a terceros, sino de oponibilidad especial, sólo frente a la sociedad anónima emisora (“*oponibles a ésta*”); la cual oponibilidad especial exige *iii*) notificación de la prenda a la sociedad emisora por un ministro de fe; y *iv*) inscripción de la prenda en el Registro de Accionista de la sociedad, pedida por el mismo ministro de fe (sentido

³⁸ DO. 22 de octubre de 1981.

³⁹ Se trata de las acciones de sociedades anónimas y en comanditas en las que a lo menos el 10% de su capital suscrito pertenezca a un mínimo de cien accionistas, excluidos los que excedan dicho porcentaje o que tengan quinientas acciones o más.

⁴⁰ Este registro es, pues, de personas, o sea, de accionistas, y real, es decir, de acciones: véase el artículo 13 del *Reglamento de sociedades anónimas*, contenido en el Decreto supremo N° 587 del Ministerio de Hacienda, publicado en el DO. de 13 de noviembre de 1982.

⁴¹ DO. de 22 de octubre de 1981.

⁴² Contenido en el Decreto supremo N° 587, publicado en el DO. de 13 de noviembre de 1982.

en el cual debe entenderse la expresión “*el cual deberá inscribir*”) y ejecutada por la sociedad emisora, que es la que lo “lleva”, o sea, administra y gestiona (artículos 13 y 14 del *Reglamento de sociedades anónimas*).

En consecuencia, la oponibilidad general de la prenda sin desplazamiento de acciones, en rigor, exige, como quedó adelantado, la anotación al margen de la inscripción de las acciones en el Registro de Accionistas, de una referencia a la prenda, como lo manda el inciso 2º del artículo 25, además, pues, de la inscripción antes examinada para efectos del artículo 23 de la Ley N° 18.046.

viii) Los títulos de deuda emitidos por las sociedades securitizadoras, que deben ser inscritos en el Registro de Valores de acuerdo con el artículo 134 inciso 1º de la Ley N° 18.045, de 1981, sobre *Mercado de valores*⁴³.

ix) Los derechos de propiedad industrial. Los derechos sobre diversos objetos que constituyen la llamada propiedad industrial, como marcas, invenciones, modelos de utilidad, dibujos, diseños industriales, esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados, indicaciones geográficas o denominaciones de origen, actualmente regida por la Ley N° 19.039⁴⁴, están sujetos a inscripciones o registros.

x) Los derechos de la llamada propiedad intelectual, regidos por la Ley N° 17.336⁴⁵, están sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual (artículos 72 a 77 de la ley citada).

3. El inciso 3º del artículo 25 agrega la siguiente hipótesis de inoponibilidad de la prenda a terceros: “*Sin embargo, el derecho de prenda no será oponible contra el tercero que adquiera el bien empeñado por venta al detalle en una fábrica, feria, bolsa de productos agropecuarios, casa de martillo, tienda, almacén u otros establecimientos análogos en que se vendan cosas muebles de la misma naturaleza*”. La disposición repite el artículo 10 de la Ley N° 18.112, de 1882, sobre *Prenda sin desplazamiento*, con el añadido de la expresión importante “*por venta al detalle*” y de otras dos modificaciones lexicales intrascendentes. En último término está inspirada por el artículo 890 incisos 2º y 3º CC., que modalizan la acción reivindicatoria de muebles contra el actual poseedor que las compró en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase.

⁴³ DO. de 22 de octubre de 1981.

⁴⁴ Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue establecido por el Decreto con fuerza de ley N° 3 del Ministerio de Economía, publicado en el DO. de 20 de junio de 2006. La Ley N° 19.039 ha sido modificada por la Ley N° 20.160, publicada en el DO. de 26 de enero de 2007.

⁴⁵ DO. de 2 de octubre de 1970.

La disposición supone que un pignoratario haya de alegar tener prenda sin desplazamiento sobre muebles actualmente poseído por un tercero, contra él (lo más probablemente que con ocasión de ejercer en su contra la acción de desposeimiento para realizar la prenda que alega tener). En general, esta alegación debería ser eficaz; pero si el tercero expone y prueba que el bien del cual se trata fue adquirido por él bajo las siguientes circunstancias: *i*) a título de compraventa y sólo a ese título; *ii*) que la compra haya sido la contrapartida de una venta al detalle, vale decir, de la que se celebra objeto por objeto, aunque sean varios, en oposición a la de muchos en universalidad o conjunto (“a granel”); *iii*) que la compra se haya celebrado 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: de guisa de quedar excluida la compraventa de particular a particular o civil de ambas partes, que generalmente es ocasional.

Debe tenerse presente que la expresión “*muebles de la misma naturaleza*” debe interpretarse estrictamente, en el sentido de fungibles según su naturaleza. La *ratio* legal descansa precisamente en esta última circunstancia: es la homogeneidad de un bien con respecto a otros que la naturaleza o la industria humana crean en serie (en lo cual consiste, en final de cuentas, la fungibilidad), la que impone inoponibilidad de una prenda contraída sobre tales cosas, cuando su actual poseedor las compró en los locales enumerados por la norma, pero a condición de que en ellos se vendan muchas homogéneas o fungibles, porque entonces no hay cómo saber si la prenda recae sobre la comprada o sobre otra. De esto se desprende que si la cosa pignorada está completamente individualizada, no cabe alegar esta disposición. Tal es el caso normal de los vehículos motorizados. Por lo regular ellos se compran al detalle en tiendas destinadas a su venta; y aunque antes de la compra en ellas hay muchos fungibles (por ejemplo, automóviles del mismo modelo y marca y año), una vez vendidos se los suele desfungibilizar cuando quedan individualizados por el número del motor y, en todo caso, cuando se les impone la patente y se los inscribe en el Registro de Vehículos Motorizados. Si con posterioridad son objetos de prenda sin desplazamiento, resultare inaceptable que el actual poseedor del vehículo (tal vez el pignorante) invoque el artículo 25 inciso 3º para rechazar la prenda por vía de inoponibilidad, en circunstancias de que su objeto está perfectamente individualizado.

El alcance de esa norma, pues, queda limitado a que en los locales que enumera se vendan fungibles y que la cosa comprada haya permanecido en el mismo estado una vez comprada. Si de la manera que sea recibió

la condición de infungible y como tal fue pignorada, no cabe invocar la disposición y la prenda será siempre oponible.

4. El tercer caso de inoponibilidad se encuentra descrito en el artículo 7⁴⁶: “*La prenda de créditos nominativos deberá ser notificada al deudor del crédito pignorado, judicialmente o por medio de un notario con exhibición del título, prohibiéndole que lo pague en otras manos, salvo que mediare su aceptación por escrito; y en caso contrario, le será inoponible. [...]. [Inciso 2º] Las obligaciones contenidas en este artículo no serán aplicables a las prendas constituidas sobre los derechos señalados en el artículo 6*”.

La hipótesis literal cubre sólo la prenda sin desplazamiento de créditos nominativos; no, pues, la de créditos a la orden ni al portador.

La norma exige que lo notificado al deudor del crédito pignorado sea la prenda misma (“*La prenda [...] deberá ser notificada*”). Se le debe notificar, pues, el hecho de la prenda. Mas no el hecho nudo, sino circunstanciado, de modo de incluir los datos del contrato y de la inscripción. Notificar a un deudor que el crédito de que es tal ha sido pignorado sin más no es, en efecto, notificarle la prenda.

La notificación puede ser judicial; y ella supone: *i*) decreto de juez competente que ordene notificar la prenda, el cual, por ende, implica una previa petición de hacerlo, normalmente presentada por el pignorante, pero que también podría ser presentada por el pignoratario, pues la ley nada exclusivo dice al respecto; *ii*) notificación propiamente tal ejecutada por un receptor judicial; que debe ser personal, como ordena el artículo 40 y también el 41 CPC., o de la forma subsidiaria dispuesta por el artículo 44 CPC.; *iii*) la notificación incluirá entrega de copia de la petición para que se haga la notificación, de copia del decreto judicial que la ordena, de los datos del contrato de prenda y de su inscripción (que normalmente irán en la petición de notificación); y de una indicación de que queda prohibido al deudor pagar el crédito pignorado en otras manos que no sean las del pignoratario (la cual indicación también irá normalmente en el petitorio de la instancia de notificar); *iv*) exhibición (no entrega) en el momento de la notificación, del título del crédito pignorado al deudor que se notifica. La indicación de los datos concernientes al contrato prendario y a su inscripción y la prohibición de pagar el crédito en manos distintas a las del pignoratario, si no se las incluyó en la petición o instancia de notificación

⁴⁶ Sobre los diversos problemas que ofrece esta norma, véase: ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *La prenda de créditos nominativos en la nueva normativa de la prenda sin desplazamiento*, en PIZARRO WILSON, Carlos (coordinador), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué, 2008* (Santiago, LegalPublishing, 2009), IV, pp. 548-561.

dirigida al juez, pueden ir contenidas en una memoria escrita aparte que se debe entregar al notificado.

La notificación también puede ser ejecutada por un notario. En tal caso no es necesaria una instancia previa al juez ni un decreto de éste; y basta que el pignorante o el pignoratario encarguen a algún notario competente practicar la notificación; la cual, por otro lado, debe ser personal, con entrega de una memoria escrita que contenga los datos del contrato de prenda y de su inscripción y también la indicación de que queda prohibido al deudor pagar el crédito pignorado en otras manos que no sean las del pignoratario; con exhibición coetánea del título del crédito pignorado. Si se dan las circunstancias descritas en el inciso 1º del artículo 44 CPC., para sustituir la notificación personal del notario es necesario que un juez autorice la notificación subsidiaria ahí descrita, con el mérito del certificado del notario de no haber sido habida la persona del deudor; y entonces la notificación misma puede ser ejecutada por un receptor o por un notario.

Queda consentido prescindir de la notificación judicial y de la notarial si el deudor del crédito pignorado hubiera aceptado, por escrito, la pignoración del crédito de que es deudor. Esta aceptación escrita puede ser ejecutada de alguno de estos modos: *i)* concurriendo o compareciendo al contrato prendario y manifestando su aceptación del empeño; o *ii)* expresando por escrito unilateral posterior al contrato, y, por ende, separado de éste, que acepta la pignoración. En estos casos, por cierto, no es necesario que el contrato haya sido previamente inscrito.

Si, pues, la pignoración de un crédito fue notificada judicial o notarialmente a su deudor, o si éste aceptó por escrito la pignoración, ésta le es oponible; no en cualquier caso contrario.

La ley contiene una contra excepción a la oponibilidad, en el inciso 2º del artículo 7: “*Las obligaciones contenidas en este artículo no serán aplicables a las prendas constituidas sobre los derechos señalados en el artículo 6º*”.

El artículo 6 ofrece un elenco de derechos de concesión, a los que se añaden los derechos que para el participante emanen del contrato de participación conforme con la Ley N° 19.865; todos los cuales admiten ser pignorados sin desplazamiento. En cuanto la pignoración de las concesiones o de aquellos derechos de participación incluya créditos, el inciso 2º del artículo 7, antes transscrito, expresa que no serán exigibles las cargas, que llama “obligaciones”, impuestas en el inciso 1º del mismo artículo, vale decir, la notificación notarial o judicial de la prenda al deudor, con exhibición del título e indicación de quedarle prohibido pagar el crédito en manos diversas a las del pignoratario. Así que la prenda es oponible al deudor aunque no se desahoguen dichas cargas.

5. Otro caso de inoponibilidad está configurado en el artículo 22: “*El arrendador podrá ejercer su derecho legal de retención sobre especies dadas en prenda, sólo cuando el contrato de arrendamiento conste en escritura pública otorgada con anterioridad a la correspondiente inscripción de la prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. El decreto judicial que declare procedente la retención deberá inscribirse en el Registro de Prendas sin Desplazamiento*”.

De acuerdo con el artículo 1942 inciso 2º CC., para seguridad del pago de la renta de arrendamiento y de las indemnizaciones a que tenga derecho, un arrendador puede retener los frutos existentes en la cosa arrendada y los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto y que le pertenecieren. Puede acaecer que el arrendatario constituya prenda sobre esos frutos de la cosa arrendada o sobre los objetos (muebles) con que la ha amoblado, guarnecido o provisto. De esta manera se hace posible una concurrencia de un derecho legal de retención y de una prenda sin desplazamiento sobre unos mismos objetos muebles. De acuerdo con el artículo 22, *i*) si el contrato de arrendamiento consta en escritura pública; y *ii*) si ésta fue otorgada con anterioridad a la inscripción de la prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, el arrendador puede ejercer el derecho legal de retención que le acuerda el artículo 1942 inciso 2º CC. sobre los frutos u objetos del arrendatario introducidos en la cosa arrendada, y sobre los que éste constituyó prenda posterior. En otras palabras, la prenda es inoponible al arrendador.

Por el contrario, cuando el contrato de arrendamiento no consta en escritura pública o si consta en ella, pero fue otorgada después de la inscripción de la prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, el derecho real de prenda prevalece sobre el derecho legal de retención o, lo que es igual, el contrato de arrendamiento es inoponible a la prenda.

6. El artículo 8 de la nueva ley contiene un caso singular de inoponibilidad. Dice: “*Los valores emitidos sin impresión física del título que los evidencie, podrán ser prendados bajo las disposiciones de la presente ley, en cuyo caso la prenda deberá anotarse en el registro de anotaciones en cuenta que se lleve para estos efectos. /Tratándose de valores depositados en una empresa de depósito de valores constituida de acuerdo a la ley N° 18.876, el acreedor prendario podrá solicitar la anotación de la prenda directamente a dicha empresa./ Lo dispuesto en los incisos anteriores es sin perjuicio de la obligación establecida en el Título IV de la presente ley*”. El primer inciso de la ley, como se ve, ordena directamente la anotación de la prenda sin desplazamiento de los valores emitidos sin impresión física del título que los evidencie, en el registro de anotaciones en cuenta que se lleve para estos efectos. Así que

este caso no cae bajo la regla general del artículo 25 inciso 2º, por tener prescripción directa. Pero se observará que el artículo 8 no señala sanción por la ausencia de anotación. Sin embargo, en aplicación de los principios, creemos que la sanción es la inoponibilidad de la prenda a terceros.

7. El mismo artículo 8, en su inciso segundo, alude a la prenda de valores depositados en una empresa de depósito de valores constituida en los términos de la Ley N° 18.876, de 1989, que *Establece el marco legal para la constitución y operación de entidades privadas de depósito y custodia de valores*⁴⁷. Debe tenerse presente que el artículo 14 de esa ley ya regula una prenda de valores depositados; pero es distinta a la supuesta en el artículo 8, que es sin desplazamiento, por cierto, mientras que aquella opera merced a un vale de prenda emitido por la empresa de depósito, en manera similar a la prenda de mercaderías depositadas en almacenes generales de depósito.

Ahora bien, la prenda sin desplazamiento de valores depositados en empresas de depósito de valores, que se constituye en la manera ordinaria de tal prenda y se inscribe en el Registro de Prenda sin Desplazamiento (a lo cual atañe la referencia del segmento tercero del artículo 8 al “*Título IV de la presente ley*”), debe ser anotada en el registro de valores depositados, que gestiona la empresa misma. El inciso segundo del mismo artículo lo da por supuesto, en función de autorizar al pignoratario para solicitar la anotación directamente a la empresa. Tampoco nada dice la norma sobre la sanción del defecto de anotación; y hasta podría abrigarse dudas sobre que ahora esa sanción fuere la inoponibilidad de la prenda a terceros, atendida la existencia de otro requisito, que veremos enseguida, cuya sanción es expresamente la inoponibilidad, porque entonces la prenda de estos valores estaría sometida a dos formalidades de oponibilidad; lo cual parece excesivo. Pero la disfuncionalidad con que ha sido diseñado el aludido requisito con respecto a terceros, inclina finalmente a pensar en que la omisión de anotación debe ser la inoponibilidad a aquéllos.

8. El inciso 5º del artículo 14 de la Ley N° 18.876, de 1989, antes citada⁴⁸, contiene, en efecto, una regla especial sobre oponibilidad, no consistente en la exigencia de alguna anotación o inscripción. Dice: “*Cualquiera que sea la clase de prenda o de derecho real, no será oponible a la empresa de depósito ni a terceros, mientras no haya sido notificada a esa empresa por un notario, sin perjuicio de las demás formalidades que procedan de acuerdo a la*

⁴⁷ DO. de 21 de diciembre de 1989.

⁴⁸ Véase la nota anterior.

ley". Ya hicimos notar que el artículo 14 de la Ley Nº 18.876 regula una prenda particular de valores depositados. El dictado general del inciso 5º: "*Cualquiera que sea la clase de prenda*" la cubre sin duda; pero también la excede y se extiende, por consiguiente, a la prenda sin desplazamiento. A la fecha de la Ley Nº 18.876, de 1989, tal era la regida por la Ley Nº 18.112, de 1982; pero cuando ésta resulte derogada y entre en vigencia la nueva ley de la misma materia, ha de ser la regida por ella. Así que, en síntesis, la prenda sin desplazamiento de valores depositados en cuenta en sociedades de depósito esta sometida a la formalidad de oponibilidad descrita en el inciso 5º, consistente en una notificación de la prenda a la empresa misma por un notario. Tal notificación hace oponible la prenda a la empresa misma, pero también a terceros, como dice la norma. Esto último resulta algo incomprensible, ya que no se ve cómo la notificación a la empresa de depósito sea funcional al conocimiento de la prenda por parte del público, o sea, de los terceros. La única manera de hacerla funcional es suponer que la empresa debe anotar la prenda que se le notifica en la registración de los valores depositados. Por otro lado, como vimos, el inciso segundo del artículo 8 de la nueva normativa sobre prenda sin desplazamiento supone una anotación de la pignoración de estos valores en el registro en cuenta que gestiona la empresa de depósito, que puede ser solicitada directamente por el pignoratario. De esta manera, la anotación debe ser ejecutada por la empresa de depósito ante una petición directa del pignoratario, o de oficio, por así decirlo, una vez que le sea notificada por un notario la pignoración.

Ante la ineptitud con que ha sido tratada esta materia en la ley, lo aconsejable es siempre, pues, notificar y obtener la anotación.

9. En fin, el derecho de prenda es siempre inoponible al dueño del objeto pignorado si no fue él quien lo pignoró, aunque sea oponible a terceros. Esta consecuencia emana del inciso 1º del artículo 13 de la ley, que expresa: "*Sólo el dueño podrá alegar la inexistencia del derecho real de prenda invocando su derecho de dominio sobre la cosa pignorada, sin perjuicio de la validez del contrato*".

VII. CONTENIDO DEL DERECHO REAL, A): POR REGLA GENERAL NO HAY RETENCIÓN NI PERSECUCIÓN DEL OBJETO PIGNORADO

1. La prenda sin desplazamiento no contiene el tránsito de la cosa pignorada al pignoratario, como lo indica su nombre y recalcan los artículos 1 y 18 de la ley. En tales condiciones, la retención y persecución con que está dotada la prenda real, civil y comercial, en los términos de los artículos

2396 y 2393 CC., desaparecen en la prenda sin desplazamiento. Mientras el deudor no haya incurrido en mora, no se puede exigir al pignorante la entrega de la cosa pignorada; y una vez que aquel haya incurrido en aquélla o se haya acelerado la deuda garantida, lo que cabe es la ejecución, que ciertamente conducirá al embargo de la cosa pignorada y a su eventual retiro para efectos de la licitación; lo cual no es manifestación especial de persecución merced al derecho real, sino mera aplicación de las normas generales sobre ejecución.

2. El único relicto de persecución merced al derecho real es el desposeimiento del tercero que actualmente posee la cosa pignorada a título dominical.

a) En principio, la prenda sin desplazamiento no impide la enajenación del objeto pignorado, porque la enajenación no afecta aquélla atendido precisamente su carácter real. Si hubo enajenación del objeto empeñado y llega el caso de tener que ser realizada la garantía, entonces es preciso desposeer a su actual poseedor (supuesto que le sea oponible el gravamen, lo que es la regla general⁴⁹). En tal caso, el artículo 35 de la ley dispone: "*La acción de desposeimiento contra el tercero poseedor que no sea deudor personal, se sujetará a las normas del Título XVIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, en lo que no sean contrarias a la naturaleza de la cosa prendada o del contrato de prenda*". El título ahí mencionado se rubrica: "*De la acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada*". Como se ve, el artículo 35 aplica el procedimiento ahí diseñado para predios hipotecados o acensuados poseídos por terceros a muebles pignorados sin desplazamiento en la misma situación; y con toda razón, atendida la similitud en que se encuentran la hipoteca o el censo y la prenda sin desplazamiento en el punto concerniente al no desplazamiento y a la eventualidad, por ende, de que la posesión de la cosa objeto del gravamen haya podido lícitamente pasar a terceros, que, sin embargo, no pueden oponerse a su realización.

En este caso, pues, el derecho real despliega completamente la posibilidad persecutoria que ofrece.

b) Excepcionalmente, el objeto pignorado sin desplazamiento no debe ser enajenado, si en el contrato prendario, o en una convención posterior, el pignorante y el pignoratario pactaron la no-enajenación; y si, en ambos casos, se hizo mención al pacto en la inscripción del contrato o de su modificación posterior en el Registro de Prenda sin Desplazamiento, en seguimiento de lo que dispone el artículo 17 de la ley⁵⁰. Ahora bien, aún

⁴⁹ Artículo 17: "salvo en la situación prevista en el inciso tercero del artículo 25".

⁵⁰ El artículo 17 sólo exige que deba mencionarse "en el Registro" haberse conve-

así la enajenación del objeto pignorado en transgresión al pacto de su no-enajenación no conduce a la nulidad de la enajenación misma; porque la ley impone la aceleración de la deuda garantizada como sanción única a la transgresión, sin perjuicio de deber indemnizarse los perjuicios causados por la transgresión. Puesto que la aceleración supone la mora, el resultado final es el mismo que si no hubiese habido transgresión al enajenar y sólo después se produjere la mora; vale decir, es el desposeimiento al actual poseedor (normalmente el tercer adquirente). Por ello, el segundo segmento del artículo 17 dispone para el caso de aceleración: "*El desposeimiento del adquirente se efectuará conforme al artículo 35 [...]*"

c) Puede acaecer que la cosa pignorada se encuentre, no en la posesión, sino en la mera tenencia de un tercero, porque de suyo la prenda sin desplazamiento tampoco impide la celebración de actos que impliquen el traspaso del objeto pignorado en mera tenencia a terceros, como en depósito, comodato, arrendamiento, constitución de usufructo, pignoración real y otros. Si tal había sido el caso y llegare el momento de la realización de la garantía, no es necesario, por cierto, una acción especial semejante a la de desposeimiento, antes vista; y basta aplicar el artículo 454 CPC: "*Cuando la cosa embargada se halle en poder de un tercero que no se oponga a la entrega alegando el derecho de gozarla a otro título que el de dueño, no se hará alteración en este goce hasta el momento de la enajenación, ejerciendo mientras tanto el depositario sobre la cosa los mismos derechos que ejercía el deudor.* [Inciso 2º] *Lo cual se entiende sin perjuicio del derecho que corresponda al tenedor de la cosa embargada para seguir gozándola aún después de su enajenación*". El tercero, pues, está legitimado para mantenerse en la mera tenencia mientras llegue el momento de la enajenación y la calidad activa que el ejecutado tenía sobre el bien (depositante, comodante, arrendador, nudo propietario, pignorante) es atribuida por la ley al depositario judicial. Una vez enajenada la cosa, el mero tenedor puede seguir en su tenencia y goce si su título lo habilita para ello. No será el caso del depositario ni del comodatario, que no pueden oponer sus respectivos títulos de mera tenencia frente al nuevo dueño (o sea, frente al adquirente de la cosa pignorada en su licitación ejecutiva), ante los cuales son sólo precaristas (artículo 2195 inciso 2º). Tampoco será normalmente el caso del arrendatario, para quien, por haberse extinguido el derecho de su arrendador, cesa el arrendamiento (artículos 1950 Nº 3 y 1958-1961 CC.).

d) La ley no prevé, ni para aceptarla ni para rechazarla, la posibilidad de

nido que las cosas dadas en prenda no puedan enajenarse; pero es evidente que antes de poder mencionarse en el Registro un tal convenio, es necesario que él haya sido adoptado en el contrato prendario o en una convención posterior que la modifica, suscrita con sus mismas solemnidades.

un pacto de prohibición de traspasar la mera tenencia de la cosa pignorada a un tercero, o sea, de no depositarla, entregarla en comodato, arrendarla, darla en usufructo o en prenda real, etcétera., adoptado en el contrato prendario o en un convenio aparte posterior, con las mismas formalidades de aquel. Sin embargo, no hay razones para negar la licitud de un convenio así. Independientemente de que se inscriba con el contrato o con su modificación, en el Registro de Prenda sin Desplazamiento, a imitación de lo que dispone el artículo 17, es claro que el convenio de que hablamos no puede afectar al contrato de mera tenencia celebrado en transgresión; así que las partes deberán prever otra sanción, que bien puede ser, empero, la aceleración de la deuda garantizada.

e) Debemos hacer dos observaciones finales en esta última materia.

La primera es que en el artículo 17 se considera expresamente un pacto de no-imposición de gravámenes a la cosa que se pignora, además de aquel de su no-enajenación; y lo somete a las mismas exigencias a que somete éste; así que cuando el traspaso de la mera tenencia va envuelto en la constitución de un gravamen, como típicamente acaece si se constituye un usufructo o una prenda real, el tránsito de la mera tenencia queda indirectamente impedido por el pacto de no-imposición de gravámenes; y las consecuencias son las mismas que en el caso de contravención al pacto de no-enajenación; vale decir, la aceleración de la deuda.

La segunda es que también el traspaso de la mera tenencia puede quedar indirectamente impedido si las partes del contrato prendario celebraron el pacto previsto en el artículo 19 de la ley: *“Si se ha convenido un lugar en donde deba mantenerse la cosa empeñada, ésta no podrá trasladarse. Asimismo, si se ha convenido que la cosa empeñada se utilice de una forma especificada en el contrato, ésta no podrá utilizarse de forma distinta a lo pactado. Las prohibiciones anteriores rigen salvo que el acreedor consienta en ello o que el tribunal competente del lugar de suscripción del contrato decrete su traslado o uso distinto para su conservación. En caso de infracción a lo dispuesto precedentemente, el acreedor podrá exigir la inmediata realización de la prenda, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido”*. Este efecto indirecto puede tener lugar sobre todo en el caso de haberse celebrado un convenio de mantener la cosa empeñada en determinado lugar. Cuando haya sido tal lo acordado, pues, como la cosa no puede ser trasladada, no puede ser entregada en tenencia a terceros para que se la lleven a otro lugar, como será la aspiración normal del que la recibe. La sanción por la transgresión del acuerdo es la aceleración de la deuda.

Con esto damos por terminado el examen de las débiles manifestaciones a que da lugar la persecución merced al derecho real de prenda sin desplazamiento.

VIII. CONTENIDO DEL DERECHO REAL, B): DERECHO DE PEDIR LA
LICITACIÓN DE LA COSA PIGNORADA O LA ATRIBUCIÓN DOMINICAL
DE LA QUE NO PUDO SER LICITADA

El artículo 2397 CC. contiene una disposición de Derecho prendario común, que reza así: “*El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague, o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios.* [Inciso 2º] Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados””. La norma, como se ve, atribuye un derecho de pedir la venta en pública subasta de la cosa pignorada, en caso de mora del deudor; y un derecho de pedir su adjudicación en el propio favor si no es adquirida en la licitación. La *Ley de prenda sin desplazamiento* no repite esta norma; pero se acopla con ella cuando dice en su artículo 29: “*Para el cobro judicial de la obligación caucionada, la prenda será realizada de acuerdo con las reglas del juicio ejecutivo en las obligaciones de dar establecidas en el Título I del Libro III del Código de Procedimiento Civil, con las modificaciones que se señalan en los artículos siguientes*”. La disposición, como se ve, se refiere a que “la prenda”, vale decir, la cosa pignorada, “será realizada”, y esto último significa que ha de ser finalmente vendida, en un juicio que contiene pública subasta, y por cierto, tiene que iniciar el pignoratario.

Así que, en síntesis, ante la mora del deudor con respecto a la obligación principal garantizada, de la cual la generada por la aceleración de la deuda es nada más que un caso especial, el pignoratario puede, al ejecutar la dicha obligación, pedir: *i)* la venta de la cosa pignorada en pública subasta, y todo ello con recurso a las reglas del juicio ejecutivo en las obligaciones de dar establecidas en el título 1º del libro III del *Código de Procedimiento Civil*, con las modificaciones que se señalan en los artículos siguientes al 29; o *ii)* si no hubo postores en la licitación, que se le atribuya dominicalmente dicha cosa en pago de la deuda por un valor igual a los dos tercios del de la tasación que antes hubo que ejecutar para la licitación, como dispone el artículo 499 1ª CPC. y hasta concurrencia de su crédito, como señala el artículo 2397 inciso 1º CC.⁵¹

⁵¹ Artículo 2397 inciso 1º CC: “*El acreedor prendario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y*

El inciso 2º del artículo 2397 prohíbe pactar que el pignoratario pueda disponer de la cosa pignorada de una manera distinta a las señaladas de pedir su venta o su atribución al mismo; o de apropiársela de una manera que no sea la dicha atribución (en lo cual está reflejada la clásica prohibición de la *lex commissoria*).

IX. CONTENIDO DEL DERECHO REAL, C): DERECHO DE RECIBIR PREFERENTEMENTE EL PAGO DEL CRÉDITO GARANTIZADO

1. Esta materia pertenece a la que el *Código Civil* trata bajo el concepto de “*Prelación de créditos*” (título 41º del libro IV).

a) Un crédito garantizado con prenda civil con desplazamiento, goza, según el artículo 2474 Nº 3 CC., de una preferencia consistente en un privilegio de pago de segunda clase; lo cual significa que el precio de venta de la cosa pignorada se aplica, con la preferencia que significa pertenecer a la segunda clase de créditos, a pagar aquel que ella garantiza, totalmente, si el precio alcanza para ello, o en la parte que alcance. El exceso sobre el precio, que resultó insoluto, pasa a integrar la quinta clase de créditos, que no goza de preferencia alguna (artículo 2489 CC.) y debe concurrir con los demás de su especie sobre el resto de los bienes del deudor⁵²; no del tercero constituyente de la prenda, por cierto, que no era deudor personal.

El artículo 814 C. de C. también confiere preferencia al crédito garantizado con prenda mercantil; y se ha interpretado, con razón, que la preferencia concedida es la misma del artículo 2474 Nº 3 CC.; vale decir, que el *Código de Comercio* no modificó en el punto al *Civil*⁵³.

Pero sí lo modificó en otros aspectos. El goce del privilegio prendario exige: *i*) que el contrato prendario haya sido otorgado por escritura pública o por documento privado protocolizado, con certificación de la fecha de protocolización estampada en el documento mismo por el notario (artículo 815 Nº 1 C. de C.); y *ii*) que la escritura pública o el documento privado protocolizado contengan la declaración de la suma de la deuda y la especie y naturaleza de las cosas empeñadas, o que lleve anexa una descripción de su calidad, peso y medida (artículo 815 Nº 2 C. de C.).

b) En la prenda civil y mercantil, el privilegio de pago de extiende

sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios".

⁵² Artículo 2474 CC.: “A la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran: / Nº 1 [...]. / Nº 2 [...]. / Nº 3: El acreedor prendario sobre la prenda”. El privilegio se confiere, pues, al crédito del acreedor prendario, vale decir, al crédito garantizado con una prenda, pero sólo para pagarse con preferencia en cuanto cubierto por esa prenda.

⁵³ SOMARRIVA, M., *Tratado de las cauciones*, cit. (n. 26), núm. 301, pp. 278-280.

al capital de la deuda, los intereses, los gastos necesarios en que hubiera incurrido el acreedor para la conservación de la prenda, los perjuicios que le hubiera ocasionado la tenencia (artículo 2396 CC.⁵⁴) y los costos de la ejecución o realización (artículo 2402 CC.⁵⁵).

2. Por lo que atañe a la prenda sin desplazamiento, el artículo 15 expresa: “*El acreedor prendario tendrá derecho a pagarse, con la preferencia establecida en el artículo 2474 del Código Civil, del total del monto del crédito, incluidos los intereses, gastos y costas, si los hubiere. Este privilegio se extenderá, además, al valor del seguro sobre la cosa dada en prenda, si lo hubiere, y a cualquier otra indemnización que terceros deban por daños y perjuicios que ella sufriere*”.

Como se ve, el primer segmento de esta norma mantiene para el crédito garantizado con prenda sin desplazamiento la preferencia dada al crédito garantizado con prenda con desplazamiento, confiriéndole, pues, un privilegio de segunda clase; en efecto, la referencia general al artículo 2474 CC. que hace la norma es, sin duda, específicamente al artículo 2474 N° 3 CC.

Ella añade que esta preferencia de pago cubre: *i)* el total del monto del crédito, es decir, su capital; *ii)* sus intereses; *iii)* los gastos; y *iv)* las costas, se entiende que de la ejecución, y tanto las personales como las procesales, pues no se distinguen; todo lo cual es igual en la prenda con desplazamiento.

Pero con razón no se mencionan aquí dos rubros sí mencionados en el artículo 2396 CC. “[...] los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia”, porque en una prenda sin desplazamiento el acreedor no tiene gastos de conservación de la cosa empeñada ni ésta puede ocasionarle perjuicios por una tenencia que aquel no ostenta.

La enumeración de rubros del artículo 15 más se parece a la que ofrece el artículo 2402 CC.: “*Si vendida o adjudicada la prenda no alcanzare su precio a cubrir la totalidad de la deuda, se imputará primero a los intereses y costos [...]*”. Aquí “totalidad de la deuda” significa el capital; se añaden los intereses y bajo la expresión “costos” podemos entender los “gastos y costas” del artículo 15. En éste, la expresión “costas” tiene el significado técnico ya aceptado de costas personales y procesales. Nos queda

⁵⁴ Artículo 2396 CC. “*El deudor no podrá reclamar la restitución de la prenda en todo o en parte, mientras no haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses, los gastos necesarios en que haya incurrido el acreedor para la conservación de la prenda y los perjuicios que le hubiere ocasionado la tenencia*”.

⁵⁵ Artículo 2402 CC.: “*Si vendida o adjudicada la prenda no alcanzare su precio a cubrir la totalidad de la deuda, se imputará primero a los intereses y costos [...]*”.

la expresión “gastos” (los otros “costos” del artículo 2402 CC.); y como tales debemos considerar toda otra expensa causada por la realización o ejecución de la prenda, como, por ejemplo, los honorarios del martillero o del tasador y otros.

El segundo segmento del artículo 15 extiende el privilegio del crédito garantizado con prenda sin desplazamiento “*al valor del seguro sobre la cosa dada en prenda*”, otra manera de referirse de nuevo a la indemnización pagada por el asegurador de esa cosa en el caso de su pérdida total o parcial; y “*a cualquier otra indemnización que terceros deban por daños y perjuicios*” sufridos por la cosa.

En materia de prenda con desplazamiento no hay una norma semejante directa; pero sí con respecto a la hipoteca en lo relativo a la indemnización de los aseguradores (artículos 2422 CC. y 555 C. de C.). Pero el artículo 555 C. de C. atañe indirectamente a la prenda, porque él menciona no sólo las hipotecas sino los “privilegios”⁵⁶ y los créditos prendarios, como ya vimos, gozan de privilegio para pagarse sobre la cosa pignorada, de modo que, en final de cuentas, el acreedor prendario puede aplicar su privilegio también a la que el artículo 555 llama “cantidad asegurada” que es lo que el artículo 2422 CC. llama “indemnización debida por los aseguradores”.

3. En la aplicación del privilegio prendario, hay un punto que no se presenta cuando de prendas con desplazamiento se trata, como es el de la concurrencia de varias de ellas, que no puede darse en dichas prendas, porque la cosa entregada una vez a alguien, ya no puede volver a ser entregada después a otro, sin que antes la haya perdido el primero. Todo lo contrario acaece en tema de prendas sin desplazamiento, puesto que, como lo dice el artículo 16: “*Se podrá constituir una o más prendas sobre un mismo bien, prefiriéndose por el orden cronológico de sus respectivas inscripciones en el Registro de Prendas sin Desplazamiento*”; así que bien pueden concurrir dos o más prendas sin desplazamiento sobre un mismo objeto, lo cual ofrece un problema de concurrencia de preferencias. La misma norma ofrece el criterio para resolverlo, pues las diversas prendas se prefieren unas a las otras según el orden cronológico de sus respectivas inscripciones en el Registro de Prendas sin Desplazamiento; así que el crédito garantizado con la prenda más la antigua, en el sentido dicho, debe ser pagado en primer lugar en todos los rubros que, según vimos, exigen pago (capital, intereses, costas y gastos); si algo sobra, se paga el que está garantizado con la prenda

⁵⁶ Artículo 555 C. de C.: “*La cosa que es materia del seguro es subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitarse sobre ésta los privilegios e hipotecas constituidos sobre aquélla*”.

siguiente en antigüedad; y así sucesivamente hasta que se agote el precio de venta de la cosa pignorada conseguido en la licitación; acaecido lo cual, los créditos o partes de créditos insolutoS permanecen como de quinta clase, sin preferencia alguna sobre los bienes del deudor garantizado.

X. PROTECCIÓN DEL DERECHO REAL DE PREnda SIN DESPLAZAMIENTO

La ley concede algunas facultades al pignoratario en función de proteger la subsistencia del derecho real de prenda merced a la protección de la subsistencia de la cosa pignorada misma, puesto que el deterioro de ésta menoscaba la eficacia garantizadora de aquél (en cuanto la cosa vale menos) y su destrucción, la extingue (artículo 2406 CC.).

1. Fijación convencional de un lugar para mantener la cosa empeñada.

El artículo 19 de la ley establece: “*Si se ha convenido un lugar en donde deba mantenerse la cosa empeñada, ésta no podrá trasladarse. Asimismo, [...]. Las prohibiciones anteriores rigen salvo que el acreedor consienta en ello o que el tribunal competente del lugar de suscripción del contrato decrete su traslado o uso distinto para su conservación. En caso de infracción a lo dispuesto precedentemente, el acreedor podrá exigir la inmediata realización de la prenda, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido*”.

La disposición merece los siguientes comentarios:

a) El pignorante, que, como bien sabemos, conserva la tenencia de la cosa empeñada, no tiene la obligación ni la carga legales de mantenerla en algún lugar sin poder trasladarla a otro; así que es completamente libre al respecto.

b) Pero las partes pueden convenir un lugar en donde deba mantenerse la cosa empeñada y ahora ésta no puede ser trasladada a otro. Este convenio o pacto puede ser acordado en el contrato prendario original o en acto posterior, que cumpla, empero, con los requisitos formales de aquél, porque equivale a una modificación del mismo.

Él pertenece, pues, a la noción de cosa accidental de la convención prendaria (artículo 1444 CC.).

La función de fijar un lugar para mantener la cosa es doble: *i*) por un lado, favorecer la conservación de la cosa: pactando un lugar para la mantención de la cosa, se evita que el pignorante, en uso de su libertad natural, puede mantenerla en cualquier lugar peligroso para ella; y pactando un determinado lugar para dicha mantención, la aprobación dada a él por el pignoratario, supone que está exento de todo peligro o amenaza para la cosa; *ii*) por otro, facilitar el ejercicio de la facultad de inspeccionar la cosa, acordada al pignoratario por el artículo 20, que ya veremos, porque así

aquél sabe de antemano en dónde puede esperar encontrarse con la cosa para inspeccionarla, sin tener que indagar previamente y en cada oportunidad, cuál es el lugar destinado en ese momento para la mantención de la cosa por el pignorante (quien, sin el pacto, puede mudarlo cuantas veces quiera).

De esta forma, el interesado en este pacto es el pignoratario.

c) Pese a haber acordado el convenio o pacto fijador de un lugar de mantención de la cosa empeñada, el pignoratario (“acreedor” lo llama la ley), como interesado en el pacto, según acabamos de ver, puede consentir en que ella sea trasladada a otro lugar, se entiende que por el pignorante⁵⁷.

El consentimiento del pignoratario no está sujeto a formalidades por la ley. En consecuencia, puede ser dado incluso verbalmente; aunque convenga al pignorante preconstituirse una prueba de ese consentimiento, pidiendo concederlo por escrito al pignoratario.

d) A falta de asentimiento del pignoratario para el traslado de la cosa pignorada a otro lugar, el tribunal competente del lugar de suscripción del contrato prendario, a petición del pignorante, puede decretar el traslado para la conservación de la cosa en él.

e) Puede darse el caso de que resulte ser el pignoratario el interesado en el cambio de lugar, si es que el lugar fijado convencionalmente se mostrara o llegara a ser peligroso para la integridad de la cosa. Como él no puede obligar al pignorante a que la cambie de lugar, ni le es posible proceder de propia iniciativa y acción al traslado, puede solicitar al mismo tribunal antes indicado que decrete el traslado. Esta conclusión deriva no sólo de la posibilidad de que el pignoratario adquiera interés en el traslado, sino también de que la ley no determina al sujeto activo de la petición de traslado al juez, pues se limita a decir: “*que el tribunal [...] decrete su traslado*”; sin predeterminar al sujeto activo de tal petición.

f) La infracción del convenio que fijó un lugar para la mantención de la cosa empeñada, que se produce cuando el pignorante la traslada a otro, sin consentimiento del pignoratario ni autorización decretada por el juez, puede ser civilmente sancionada con la aceleración de la deuda a solicitud

⁵⁷ La ley expresa esta idea de manera inepta, pues dice: “*salvo que el acreedor consienta en ello*”. Pero, ¿qué mienta con “ello”? Gramaticalmente mienta que la prohibición rija, y la dicción queda así: “Las prohibiciones anteriores rigen salvo que el acreedor consienta en que rijan”. Pero es claro que se quiso aludir a un consentimiento del acreedor en orden a poder ser trasladada la cosa. La ineptitud se debe a que el legislador compuso el artículo 19 sobre la base del artículo 16 de la Ley N° 18.112, de 1982, primera *Ley de prenda sin desplazamiento*, en donde la expresión “*a menos que el acreedor consienta en ello*” si tenía sentido autónomo; y lo interpoló, dejando sin sustento el “ello”.

del pignoratario; vale decir, se considera a la deuda como de plazo ya vencido y queda habilitada la realización de la prenda, que es cuanto dice el segmento final del artículo 19. Penalmente, la infracción del convenio podría dar lugar a la tipificación del delito del artículo 39 Nº 2⁵⁸.

2. Fijación convencional de una forma de utilización de la cosa empeñada.

El mismo artículo 19 establece: “[...] Asimismo, si se ha convenido que la cosa empeñada se utilice de una forma especificada en el contrato, ésta no podrá utilizarse de forma distinta a lo pactado. Las prohibiciones anteriores rigen salvo que el acreedor consienta en ello o que el tribunal competente del lugar de suscripción del contrato decrete su traslado o uso distinto para su conservación. En caso de infracción a lo dispuesto precedentemente, el acreedor podrá exigir la inmediata realización de la prenda, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido”.

Puesto que el artículo 18 atribuye al pignorante no sólo la tenencia de la cosa empeñada, mas también su uso y goce, aquel es libre para aplicar aquella cosa al fin, natural o no, siempre que no sea consuntivo (uso), según cómo y en la medida que estime conveniente; y de extraerle a voluntad los frutos, naturales, civiles o industriales, que la cosa sea capaz de generar (goce). Ahora bien, esta latitud legal de uso y goce concedida al pignorante puede envolver un peligro o amenaza de pérdida o deterioro de la cosa, de los que no responderá civilmente el pignorante si no estuvieron presentes en él el dolo o la culpa grave (que prácticamente se confunde con el dolo), ya que sólo de eso es de lo que responde el pignorante en cuanto a la conservación de la cosa⁵⁹; ni penalmente si no hubo dolo o culpa penales ni defraudación, que, en caso contrario, tipifiquen a su respecto el delito del artículo 39 Nº 2⁶⁰. De ahí que, nuevamente en interés del pignoratario, quede consentido pactar entre las partes que la cosa empeñada “se utilice de una forma especificada”, cuyo efecto inmediato es implicar una pro-

⁵⁸ Artículo 39: “Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 473 del Código Penal: 1) [...] 2) El deudor prendario y el que tenga en su poder la cosa constituida en prenda en conformidad a esta ley que, defraudando al acreedor prendario, la [...] oculte, sustituya, traslade [...]”. Pero obsérvese que el delito se comete aun cuando no haya habido convenio, si hubo defraudación. Por otro lado, si hubo convenio, no basta el traslado, pues tiene que haber habido defraudación.

⁵⁹ El artículo 18 le impone la responsabilidad de depositario; y la de este se limita a la culpa grave según el artículo 2222 inciso 2º CC.

⁶⁰ Artículo 39: “Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 473 del Código Penal: 1) [...] 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”.

hibición dirigida al pignorante, en orden a utilizar la cosa de una forma distinta a la pactada.

Como es posible apreciar, la ley deja una amplia libertad a las partes para especificar la forma de utilización de la cosa pignorada, en cuanto al tiempo, al lugar, a las personas, al tipo y a otras circunstancias que las partes fijen. La ley define al convenio como destinado a que la cosa “se utilice” de una forma determinada. El significado de este verbo no debe limitarse a “usar”, sino extenderse también a “gozar” y “disponer”. Debe entenderse, pues, en el sentido de “extraer utilidades”, y el goce y disposición son tan utilidades como el uso.

Los comentarios ofrecidos en las letras c), d) e) y f) del número anterior valen como referidos ahora al convenio sobre la forma de utilizar la cosa pignorada.

3. Facultad del pignoratario para inspeccionar la cosa empeñada.

El artículo 20 de la ley concede al pignoratario una facultad (que llama derecho”) para inspeccionar la cosa empeñada, en los siguientes términos: “*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 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. [Inciso 2º] En caso de oposición del constituyente para que se verifique la inspección, el acreedor podrá exigir la inmediata realización de la prenda, siempre que, requerido judicialmente el constituyente insistiere en su oposición, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido*”.

Esta facultad nuevamente fue establecida en función de proteger el derecho real de prenda merced a la protección de la integridad de las cosas en que recae (denominadas “efectos dados en prenda” por la disposición), cuando algo la amenaza. Ahora bien, para conocer que algo amenaza la integridad de cierta cosa, menester es percibir la cosa en su circunstancia amenazante; de donde la necesidad de inspeccionarla; que es lo facultado por la ley al interesado en la integridad, vale decir, al pignoratario.

El verbo “inspeccionar” que usa esta norma debe ser entendido ampliamente. Se trata de visitar el lugar en donde se encuentren los objetos pignorados y de introducirse y adentrarse en él en orden a reconocerlos, examinarlos u observarlos y de revisar, verificar y probar su estado físico y su funcionamiento.

La norma admite los siguientes comentarios:

- a) La facultad de inspeccionar no es convencional sino legal; por

consiguiente, no necesita ser acordada expresamente en el contrato pren-dario.

b) Pero puede ser renunciada por el pignoratario (artículo 12 CC.), en el contrato o en acto posterior que se adapte a las formas legales esta-blecidas para aquél.

c) La facultad puede ser ejercida personalmente por el pignoratario o por medio de un delegado de aquél. La designación del delegado no exige nada más que no sea “*una simple comunicación escrita del acreedor prendario*”. La “comunicación escrita” implica notificar al pignorante un escrito del pignoratario que contenga la designación de su inspector delegado, por cualquier manera eficaz para el efecto legal de “comunicar” el contenido de ese escrito, ya que la ley no ha exigido formas especiales de comunicación.

d) La inspección puede ser ejecutada “*en cualquier momento*”; vale decir, de día o de noche, en día hábil o inhábil, y a cualquier hora y cuantas veces se quiera en el día, la semana, el mes o el año.

e) El pignoratario (“llamado “*constituyente de la prenda*” por la ley) puede reclamar contra el ejercicio práctico de la facultad inspectiva, ale-gando que las visitas le irrogan “*daños o graves molestias*”. Ello exige una regulación, que puede ser alcanzada, bien por común acuerdo entre las partes, perfeccionado sin forma exigida legalmente; bien por resolución regulatoria del “*tribunal competente del lugar de suscripción del contrato de prenda*”, emitida con solo la previa “*audiencia de las partes*”, vale decir, con la reclamación escrita del pignoratario y la contestación también escrita del pignorante.

f) La oposición de hecho del pignorante a la verificación o ejecución de una inspección del pignoratario (o de su delegado) atrae la necesidad de un posterior requerimiento judicial a él dirigido, ante el cual debe declarar si acepta la inspección o si insiste en su oposición a ella.

g) En el caso en que el pignorante requerido insistiere en su oposición a la inspección, la obligación principal garantizada se acelera por el sólo ministerio de la ley; vale decir, es considerada como de plazo vencido, lo cual deja expedita la realización de la prenda en la forma ordinaria o la ejecución en el patrimonio del deudor en la forma también ordinaria.

4. *Convenio de no enajenar o no gravar la cosa empeñada.*

a) Que el pignorante enajene la cosa empeñada a terceros, que por lo mismo ahora empiezan a poseerla, o que la grave con derechos reales muebles que exijan el traspaso de la tenencia al titular, como un usufructo o prenda con desplazamiento, eso no afecta al derecho de prenda pre-constituido atendida su naturaleza real. Llegado el momento de realizar la

garantía, el actual poseedor de la cosa empeñada será desposeído de ella, para su venta en pública subasta, y si es mero tenedor, como lo son su usufructuario o un acreedor prendario con desplazamiento, su tenencia les será retirada para los efectos de la enajenación; todo lo cual vimos en su momento⁶¹.

b) Pero la enajenación y el gravamen con derechos reales muebles no implica la transición a los terceros poseedores o tenedores, de las cargas convenidas originalmente en el contrato prendario o impuestas por la ley al pignoratario, destinadas a proteger la cosa empeñada; y esto sí pone en peligro al derecho real, que entonces se ve desprovisto de la protección que aquéllas conferían. Ello explica, pues, que la ley haya permitido cortar en su raíz esta amenaza, con la posibilidad de pactar la no-enajenación y el no-gravamen de la cosa empeñada. Al respecto, dice el artículo 17: “*Si se ha convenido que las cosas dadas en prenda no pueden gravarse o enajenarse, deberá mencionarse en el registro y su infracción dará derecho al acreedor para exigir la inmediata realización de la prenda, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido. El desposeimiento del adquirente se efectuará conforme al artículo 35, salvo en la situación prevista en el inciso tercero del artículo 25*”.

La norma, pues, en su hipótesis misma autoriza convenir no enajenar ni gravar, vale decir, que el pignorante no enajenará o no gravará, o que no hará ninguna de ambas cosas. Pero exige, con apresuramiento, que uno y otro convenio deban mencionarse en el registro. Esto significa, en realidad, que uno u otro convenio deben adoptarse en el contrato prendario mismo y luego, al inscribirse éste en el Registro de Prenda sin Desplazamiento, mencionárselo en la inscripción. También puede acaecer que los convenios sean adoptados con posterioridad al contrato, pero debe ser con sus mismas formalidades e inscribirse la modificación en el Registro. La inscripción es un reflejo del contrato y de sus modificaciones; así que nada que no aparezca previamente en uno o en otras puede aparecer en la inscripción, por más que el artículo 17 diga directamente que el convenio “deberá mencionarse en el registro”.

Supuestos, por consiguiente, el pacto de no-enajenar la cosa empeñada o el de no-gravarla y la mención de ambos en la inscripción del contrato o de las modificaciones al contrato que las contiene en el Registro de Prenda sin Desplazamiento, el pignorante no debe enajenar la cosa empeñada ni gravarla con derechos reales muebles. Si lo hace, la obligación principal garantizada se acelera, vale decir, se la considera como de plazo vencido, lo cual autoriza la inmediata realización de la prenda. Como se supone

⁶¹ En el capítulo VII,2, c).

que ésta fue enajenada e ingresó en la posesión de un tercer adquirente, el segmento final de la norma autoriza el ejercicio de la acción de desposeimiento de la cosa pignorada contra el actual poseedor en función de realizarla.

c) Nos resta un punto de esta norma por examinar. Ella permite un convenio de no gravar la cosa empeñada; lo cual significa de no gravarla con derechos reales muebles. Ahora bien, estos sólo podrían ser un usufructo, una prenda con desplazamiento o una prenda sin desplazamiento. Que se pueda pactar no gravar la cosa empeñada con los dos primeros se entiende, por cuanto en ambos casos aquella pasa a la tenencia del titular del derecho sin las cargas de no mudarla de lugar o de no utilizarla mas que de una manera especificada, así que en verdad el derecho real podría verse amenazado por el manejo que de la cosa empeñada haga el tercer tenedor. Pero en la imposición de una nueva prenda sin desplazamiento a la cosa ya pignorada de esa misma manera no existe el peligro dicho, precisamente porque no hay traspaso de tenencia, que permita al posterior pignoratario un manejo peligroso de la cosa. Es por ello que, en una situación similar de ausencia de desplazamiento, el artículo 2415 CC. autoriza al dueño de la finca hipotecada enajenarla o rehipotecarla siempre, “*no obstante cualquiera estipulación en contrario*”. En presencia del artículo 16: “*Se podrá constituir una o más prendas sobre un mismo bien, prefiriéndose por el orden cronológico de sus respectivas inscripciones en el Registro de Prendas sin Desplazamiento*”, pues, el pacto de no gravar la cosa empeñada, permitido por el artículo 17, ¿puede comprender no gravarla con nuevas prendas sin desplazamiento? Dicho en otros términos, ¿vale el pacto de no repignorar sin desplazamiento la cosa ya empeñada de esa misma manera? La letra legal ampara la respuesta positiva, de ser completamente lícito el pacto que hemos explicado, porque la ley no evita la sanción de aceleración al caso de transgredirlo, vale decir, no contiene una excepción al respecto. Pero es claro que la ley carece ella misma de razón para permitir que la transgresión del pacto dicho acelere la deuda, porque esa transgresión, como ha quedado dicho, no contiene amenaza alguna al derecho real.

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

A diferencia de los anteriores, este convenio no es de aplicación general, pues únicamente atañe a un tipo de prenda caracterizada por su objeto. Pero también está dirigido a proteger el derecho real merced a la protección de la cosa.

El artículo 11 inciso 1º de la ley, en efecto, considera la pignoración sin

desplazamiento de grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho, tales como existencias, inventarios, materias primas, productos elaborados o semielaborados o repuestos, o maquinarias, redes o sistemas; los componentes de los mismos podrán ser utilizados, reemplazados, transformados o enajenados, en todo o en parte. La misma norma autoriza que los componentes de tales grupos o universalidades puedan “ser utilizados, reemplazados, transformados o enajenados, en todo o en parte” y añade: “salvo pacto en contrario”. Si los contratantes, en consecuencia, nada dicen sobre aquellas actividades aplicadas a los componentes, el pignorante puede libremente ejecutarlas; y lo mismo es si las autorizan expresamente en la convención. Pero también les queda expedido pactar no ejecutarlas o prohibir la ejecución de todas o algunas, respecto del todo o de una parte de los componentes. Con mayor razón podrían acordar que sean ejecutadas de alguna manera determinada. En todos los casos, la prenda “no podrá utilizarse de forma distinta a lo pactado”. La sanción por el incumplimiento de tales pactos también se encuentra contenida en el artículo 19, con un régimen similar a aquel establecido para el caso de haberse pactado un lugar para la localización de la prenda; así que, en síntesis, de contravenirse el pacto, la deuda se acelera y el acreedor puede exigir la realización de la prenda. De todos modos, el acreedor puede después consentir en derogar o modificar el pacto; y el juez, pero sólo en función de conservar la prenda, es competente para autorizar un uso distinto al pactado.

XI. CARÁCTER PERSONAL DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO REAL

1. Los convenios examinados en el capítulo anterior, es decir, los de fijación de un lugar para mantener la cosa pignorada, de fijación de una forma de utilizarla, de no enajenarla o gravarla y de no utilizar, reemplazar, transformar o enajenar los componentes de un grupo de bienes de una misma clase o universalidades de hecho, precisamente porque son convenios celebrados entre el pignorante y el pignoratario en el contrato prendario o en acto posterior, no afectan a terceros poseedores o tenedores de la cosa pignorada, merced al general efecto relativo de toda convención, que la ley no ha derogado en el caso de las varias que es posible celebrar en el marco de la prenda sin desplazamiento. Las cargas impuesta por cada convenio, pues son personales y no reales. Por ello la ley ni siquiera exige que sean mencionadas en la inscripción del contrato prendario en el Registro de Prenda sin Desplazamiento, que sería la manera idónea de hacer saber a los terceros adquirentes de la cosa empeñada que con ella al mismo tiempo adquieren ciertas cargas que deben desahogar, so pena

de ver realizada la prenda. Algo semejante hay que decir en lo relativo a la carga legal de tolerar la inspección de la cosa empeñada de parte del pignoratario, pues tampoco afecta a terceros poseedores o tenedores. En este caso, la ley misma la mienta como transgresor sólo al pignorante, pues el artículo 20 dice: “*En caso de oposición del constituyente [sc. de la prenda] para que se verifique la inspección*”; pero bien pudiere ser que el opositor fuera un tercer poseedor o tenedor.

Así que cuando, por ejemplo, se pignora un automóvil y se acuerda que no podrá ser utilizado como taxi y que deberá ser guardado en tal recinto; y acaece que el pignorante lo vende y entrega al comprador, o lo entrega en usufructo a alguien, aquél ni éste se encuentran obligados a observar aquellos convenios, en que no participaron.

2. El efecto relativo de los dichos convenios se ve compensado indirectamente en algunos casos.

a) Cuando existe un convenio de mantener la cosa pignorada en un determinado lugar, si el pignorante debe traspasar la posesión o tenencia a terceros por enajenación o gravamen, sigue en pie que el convenio no alcanza al tercero, pero él resulta desconocido por quien sí se ve alcanzado, es decir, por el pignorante, con la tradición o entrega que haga al tercero quien, con toda razón, pretenderá llevársela como suya o como titular de un derecho real mueble para localizarla donde le parezca.

b) Como en su momento vimos, habiendo convenio de no-enajenar o gravar la cosa pignorada, en los términos del artículo 17, aunque él no haya de afectar a los terceros, eso carece de importancia porque la enajenación o el gravamen del pignorante lo transgreden por sí mismos sin más.

3. Pero una cosa es que los convenios a que nos venimos refiriendo y la carga legal de permitir la inspección de la cosa pignorada sean puramente personales y no reales, de modo de no afectar a terceros, y otra distinta es que su inobservancia se aprecie objetivamente.

a) Salvo en el caso de la carga de tolerar la inspección de la cosa empeñada, en los demás casos no está dicho que los actos contrarios al convenio deban provenir del pignorante que lo celebró. La ley mira tales actos como hechos y que acaezcan es suficiente para desencadenar el efecto previsto, que, como sabemos, es la aceleración de la deuda. Esto, por ende, significa en concreto que es suficiente que se traslade la cosa a un lugar distinto a aquel que se convino para mantenerla, sin interesar si el traslado lo hizo el pignorante o bien un tercero en uso de su derecho, o incluso un tercero sin derecho (como un ladrón), para que se acelere la deuda. Lo propio acontece si la cosa empeñada es utilizada de una manera

distinta a la que se especificó en el contrato, sea que la utilización distinta la haya ejecutado el pignorante o bien un tercero en uso de su derecho o un tercero sin derecho. Y es lo mismo cuando hay un convenio de no utilizar, reemplazar o transformar los componentes de un grupo de bienes de una misma clase o universalidades de hecho, sin que sea relevante si las actuaciones contrarias al contenido del convenio provinieron del pignorante o bien de un tercero en uso de su derecho, o de un tercero sin derecho. Lo decisivo es, pues, que la cosa haya sido trasladada, utilizada de otra manera o que los componentes del conjunto o universalidad hayan sido utilizados, reemplazados o transformados; no es importante el punto de quién ejecutó los respectivos actos. Al pignoratario, en efecto, lo que le interesa es que se mantenga la cosa en un determinado lugar o que no se utilice más que de determinada manera y que los componentes del conjunto o universalidad no sean utilizados, reemplazados o transformados; no le interesa quien hizo lo contrario.

b) Este régimen estricto, aunque pueda parecer severo, no deja de fundarse en una buena razón. El convenio de que se trata genera una carga y una responsabilidad para el pignorante. Si éste traspasa legítimamente la cosa empeñada a terceros, que ya no se ven alcanzados por la carga ni la responsabilidad, y esos terceros actúan sobre la cosa en modo objetivamente contrario al convenio, es ecuó imputar eso al pignorante porque por el sólo hecho del traspaso dejó de cuidar que el contenido del convenio resultara observado. Lo propio cabe decir si las actuaciones contrarias al convenio o a la facultad de inspeccionar provienen de terceros sin derecho, porque estuvo en su poder cuidar que aquello no acaeciera. Por cierto, podemos imaginar algún caso en que el pignorante no es culpable en absoluto. Eso, empero, no debe obstar a la aceleración de la deuda, aunque obste si se trata de exigirle indemnizar los perjuicios causados.

c) Tratándose de la facultad acordada por el artículo 20 al pignoratario para inspeccionar la cosa, que no se funda en algún convenio sino en la ley misma, hay alguna dificultad para reconocer el mismo efecto objetivo de la oposición a la inspección proveniente, no del pignoratario, sino de un tercer poseedor o tenedor, pues el inciso 2º de ese artículo dice: “*En caso de oposición del constituyente para que se verifique la inspección, el acreedor podrá exigir la inmediata realización de la prenda [...]*”; así que la ley parece restringir el acto contrario a la facultad que ella misma otorga al proveniente del constituyente de la prenda o pignorante, no de terceros. Pero aun es posible salvar la objetividad de la oposición de la siguiente manera: cuando la cosa pignorada ha pasado a manos de terceros, que se oponen a la inspección, si el pignoratario requiere judicialmente al pignorante poder inspeccionarla y éste no consigue que tal demanda sea

satisficha de inmediato, eso quiere decir que se ha colocado él mismo en la hipótesis prevista en la última parte del inciso 2º, a saber, la de insistir en su oposición. No debe ser considerada como excusa válida su alegación de no tener el control de la cosa, porque sigue en verdad que él tiene la carga de franquear la inspección.

d) Lo anterior no significa que no haya cierta diferencia entre que la inobservancia de alguno de los convenios de que tratamos o de la facultad de inspeccionar la cosa pignorada provenga del pignorante o que provenga de terceros poseedores o tenedores. En el primer caso, el pignorante responde del perjuicio que cauce con su transgresión personal del convenio o de la dicha facultad, en cuanto obligado a cumplirlos, si actuó con culpa o dolo. El tercer poseedor o tenedor, en cambio, no responde absolutamente por su actuación personal contraria al convenio o al artículo 20 de la ley, porque ni uno ni otro le alcanzan. Por cierto, en este mismo caso, la indemnización de los perjuicios causados por el tercero puede ser demandada al pignorante, en cuanto le sea imputable no haber cuidado de que el convenio o la facultad no resultaren contrariados de hecho.

4. En esta materia, por último, debe observarse el siguiente fenómeno: el convenio o la facultad legal, al ser transgredidos por el pignorante, afectan al deudor en cuanto ve acelerada la deuda; aunque también al pignorante mismo, en cuanto ve realizada anticipadamente la prenda. Esta observación tiene importancia cuando el pignorante y el deudor son personas distintas, porque aquel caucionó una deuda ajena. Es entonces cuando el acto del pignorante repercute en otro, como es el deudor, que acaso deba tener que pagar la deuda con anticipación a lo previsto (si el acreedor opta por no realizar la prenda). Si, en cambio, el pignorante había caucionado su propia deuda, el desdoblamiento visto no se produce, por cierto.

Ahora bien, cuando el deudor es conducido al trance de sufrir el perjuicio consistente en tener que pagar con anticipación su deuda, merced a la aceleración causada, no por su culpa sino por culpa del pignorante, aquél dispone de la acción aquiliana ordinaria contra el culpable, si su transgresión fue dolosa o culposa, para indemnizarle todo el daño que le ocasionó la aceleración resultante.

XII. EXTINCIÓN DEL DERECHO REAL DE PREnda SIN DESPLAZAMIENTO

1. Las causas por las cuales se extingue el derecho real de prenda sin desplazamiento, en cuanto tal, son las siguientes:

a) La extinción completa de la obligación especial (singular, particular, determinada) que garantizaba la prenda, desde luego cuando aquella es

pagada en el todo por el deudor, pero también en cualquier otro caso en que se extinga íntegramente. Esta insubsistencia, o extinción del derecho real de prenda al advenir la extinción completa de la obligación garantizada, es un efecto esencial del carácter accesorio que él ofrece (artículos 2385, 1442 y 46 CC.).

La extinción parcial, por consiguiente, no extingue el derecho ni siquiera en una parte proporcional a la extinción de la obligación principal garantizada, merced a la indivisibilidad de que goza la garantía prendaria (artículo 2405 CC.).

Conviene tener presente las siguientes advertencias:

i) Si la obligación garantizada se extinguío por pago que hizo un tercero y éste se subrogó en los derechos del acreedor pagado, la prenda no se extingue, mas subsiste a favor del pagador, para garantizarle el reembolso contra el deudor (artículo 1612 CC.).

ii) Si la deuda garantizada fue extinguida por novación, sus partes pueden evitar la natural extinción de la prenda (artículo 1642 inciso 1º CC.), conviniendo expresamente su reserva a favor de la nueva obligación (*ibidem*). Si la cosa pignorada pertenece a un tercero que no es el deudor, la reserva exige su consentimiento expreso (artículo 1641 inciso 2º CC.). Además, la reserva queda limitada a la parte de la nueva obligación coincidente con la antigua y no se extiende a lo que aquella tenga de más (artículo 1642 inciso 3º). Cuando la novación consistió en el cambio del deudor por uno nuevo, la reserva no puede tener lugar sobre bienes del nuevo deudor, aunque consienta (artículo 1643 inciso 1º)⁶². En la hipótesis de haberse operado la novación entre el acreedor y uno de sus codeudores solidarios que había constituido prenda, la reserva queda limitada a ésta y no afecta a las prendas constituidas por los demás codeudores (artículo 1643 inciso 2º CC.).

iii) Cuando la prenda haya sido contraída como general o genérica, la extinción de una de las obligaciones incluidas en el género garantizado no extingue, sin embargo, la prenda, mientras subsistan las demás obligaciones del mismo género. Sólo una vez extinguida la última de ellas se extingue la prenda.

b) Por la destrucción completa de la cosa pignorada (artículo 2406 CC.), debida o no a un caso fortuito o fuerza mayor, independientemente de las responsabilidades civiles que pueda generar si advino por culpa o dolo de alguien (título 19º del libro IV CC.) y de la responsabilidad penal si la destrucción fue obra del pignorante o del que tiene la cosa pignora-

⁶² De hecho, una operación así implica una nueva prenda, no la reserva de la preexistente.

da en su poder (artículo 39 Nº 2)⁶³. Téngase presente que en la idea de “destrucción” puede quedar incluida su especificación⁶⁴.

Cuando la cosa destruida estaba amparada por seguros o su destrucción dio lugar a indemnizaciones de terceros, el pignoratario puede ejercer su derecho prendario sobre el monto asegurado, sobre la indemnización o sobre ambos (artículo 15).

Si la destrucción es parcial, la prenda subsiste sobre la cosa en el estado en que queda, sin perjuicio de poderse hacer procedente lo dispuesto en el artículo 1496 Nº 2 CC.

c) Por la renuncia del pignoratario, que toma el nombre de remisión de la prenda. La ley no regula nada al respecto; pero menciona la remisión prendaria en los artículos 1645 inciso 2º y 1397 CC.; por lo demás, que el derecho real de prenda puede ser renunciado es una consecuencia natural del dispositivo del artículo 12 CC. Como la renuncia o remisión de la prenda no importa donación (artículo 1397 CC.), no se somete en nada a los requisitos de ésta.

La remisión debe ser operada mediante escritura pública o instrumento privado, las firmas de cuyas partes concurrentes deberán ser autorizadas por un notario y el instrumento deberá ser protocolizado en el registro del mismo notario que autoriza (artículo 2: “y su alzamiento”); uno u otro documento debe ser inscrito en el Registro de Prenda sin Desplazamiento (artículo 24: “o su alzamiento”).

d) Por la confusión completa de las calidades de pignorante y pignoratario en una misma persona (artículo 2406 inciso 2º CC.), como si el primero hereda al segundo o viceversa. Cuando la prenda había sido constituida por el deudor, la confusión afecta a doble título a la prenda: pues aquella de suyo extingue la obligación garantizada y tal extinción ya es bastante para extinguir su garantía; pero, simultáneamente, la confusión extingue de manera directa esta última, porque nadie puede sostener una prenda sobre lo propio.

Si, en cambio, el pignorante no era el deudor de la obligación garan-

⁶³ El artículo 39 Nº 2 dice: “Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 473 del Código Penal: [...] / 2º 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 [...]”. El pignorante que, para defraudar al pignoratario, destruye completamente la cosa “dispone” de ella y comete, pues, el delito.

⁶⁴ Sobre este punto, véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Destrucción y especificación de una cosa corporal*, en EL MISMO (editor científico), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho civil, Valparaíso, 2007* (Santiago, LegalPublishing, 2008), III, pp. 281-297, en especial, su núm. 7, pp. 291-294.

tizada, puede haber confusión y extinción del derecho sin confusión ni extinción de la deuda; como cuando el pignoratario sucede al pignorante o viceversa, pues la obligación cuyo deudor era un tercero que no pignoró, subsiste.

Si la confusión es parcial, en una cuota de la cosa, hay extinción parcial de la prenda y no obsta a ella su indivisibilidad. Supóngase que Ticio pignoró sin desplazamiento un automóvil suyo a favor de Cayo, para garantizarle un crédito contra Mevio. Ticio legó una mitad de dicho automóvil a Cayo y la otra mitad a Sempronio y después murió. La prenda queda reducida a la mitad cuotativa del automóvil que empezó a pertenecer a Sempronio y se extingue sobre la mitad que empezó a pertenecer a Cayo, porque si bien la prenda es indivisible pese a la división de la cosa en que recae, nadie puede tener prenda sobre lo propio en su favor.

e) Por el evento de la condición resolutoria expresa a que haya podido someterse la garantía (artículo 1567 Nº 9 y título 4º del libro IV CC., en lo aplicable). Nada impide, en efecto, pactar tal condición, siempre que ello tenga lugar en el contrato prendario, o en acto posterior suscrito con las mismas formalidades del contrato, para que pueda afectar a las partes; y que de la existencia de la condición se haya dejado constancia en la inscripción del contrato o de su modificación en el Registro de Prenda sin Desplazamiento, para ser oponible a terceros.

f) Por el cumplimiento del plazo resolutorio con que las partes hayan acordado la prenda, siempre que se cumplan los mismos requisitos descritas en el caso de la inserción de condiciones resolutorias.

g) Por la resolución del dominio del pignorante sobre la cosa empeñada, porque se cumplió la condición resolutoria que lo afectaba (artículo 2406 inciso 3º); caso en el cual el pignoratario de buena fe podrá exigir al pignorante que no le hizo saber la condición resolutoria, la constitución de otra prenda de igual o mayor valor, o de otra caución suficiente; si el pignorante no accede, se acelera la deuda garantizada (artículos 2406 inciso 3º y 2391 CC.).

h) Por la mera ampliación del plazo de una deuda, si la prenda que la garantizaba había sido constituida por un tercero, vale decir, no por el deudor, a menos que el constituyente acceda expresamente a la ampliación (artículo 1649 CC.).

i) Por la cesión de un crédito garantizado con prenda especial sin desplazamiento, cuando en el Registro de Prendas sin Desplazamiento no consten el crédito garantizado o la posibilidad de cesión de la prenda (artículo 38 de la nueva ley), porque en tal caso la prenda no pasa al cessionario, que empieza a ser el acreedor; así que la prenda nada garantiza y no puede subsistir.

j) Por el mutuo disenso o resciliación del contrato prendario, que debe someterse a las mismas formalidades prescritas para la convención, a saber, o escritura pública o instrumento privado, caso en el cual las firmas de sus otorgantes deben ser autorizadas por un notario y el instrumento debe ser protocolizado en el registro del mismo notario que autorizó las firmas (artículo 2).

k) Si la prenda fue constituida *a non domino*, caso en el cual el contrato constitutivo vale (artículo 13 inciso 1º), y el dueño alega su dominio y –dice la ley– la inexistencia del derecho real de prenda, propiamente no se extingue ese derecho, precisamente porque no existió, pero sí se extingue su cuasiposesión o apariencia del derecho.

l) En cuanto a la prescripción extintiva del Derecho real, derivada de su no ejercicio después de la mora incursa por el deudor de la obligación garantizada, ella no cabe como modo extintivo autónomo y directamente predictable del derecho real mismo. Cuando se da el caso dicho de mora sin que el acreedor (y pignoratario) ejerza su acción personal (la declarativa o la ejecutiva, según tenga o no título) contra el deudor dentro del plazo de prescripción, lo que acabe alegar si la ejerce después es la prescripción de la obligación principal ahora exigida; y una vez declarada la pertinente prescripción, por vía de consecuencia queda extinguido el derecho real (artículo 2516 CC.).

m) Por la nulidad del contrato prendaria o de su inscripción en el Registro de Prenda sin Desplazamiento.

XIII. EXTINCIÓN DEL DERECHO REAL Y ALZAMIENTO DE LA INSCRIPCIÓN DEL MISMO EN EL REGISTRO DE PREnda SIN DESPLAZAMIENTO

La extinción del derecho real, advenida por alguna de las causas examinadas en el capítulo precedente, es un efecto que opera por el sólo ministerio de la ley. Pero el derecho emanaba formalmente de una inscripción en el Registro de Prenda sin Desplazamiento, la existencia de la cual no queda afectada por el sólo ministerio de la ley, y es necesario, pues, un alzamiento, como lo denomina la ley, pero que también admite ser llamado cancelación. Ambas expresiones mientan un acto jurídico y un efecto.

Excepcionalmente, es el alzamiento mismo el que extingue materialmente el derecho, y no sólo formalmente, en los casos de renuncia o remisión de la prenda y de resciliación del contrato prendario. En estos casos, pues, el alzamiento se confunde con la remisión o con la resciliación; o, si se quiere, ambas se ejecutan mediante el alzamiento; y asumen carácter bilateral, por ende.

1. El alzamiento como acto puede ser voluntario o judicial.

a) El alzamiento voluntario es el *actus contrarius* al de la inscripción misma. Es, pues, el acto jurídico consistente en una declaración unilateral⁶⁵ de voluntad del pignoratario (o de su heredero, legatario del crédito o cesionario o heredero de éste o legatario del crédito) por la cual deja sin efecto una precedente inscripción de cierto contrato prendario. Su consecuencia inmediata –el alzamiento como efecto, antes aludido– es la extinción formal del derecho real de prenda sin desplazamiento. Pero no debe perderse de vista que el documento de aquella declaración –llamado “acta de alzamiento” por el artículo 27– se inscribe también; así que el alzamiento o cancelación en cuanto acto se reconduce, en final de cuentas, a una inscripción, no constitutiva del derecho sino extintiva del mismo, sentido en el cual vale como contra-inscripción (*actus contrarius*).

i) Como es propio de tales actos, el alzamiento queda sometido a la misma disciplina que rige para aquel del cual es contrario, o sea, para la constitución. El artículo 2, con referencia expresa al alzamiento, exige escritura pública o instrumento privado (y una u otra constituyen, pues, el “acta de alzamiento” mentada por el artículo 27), las firmas de cuyas partes⁶⁶ sean autorizadas por un notario y el instrumento sea protocolizado en el registro del mismo notario que autoriza. El artículo 24 inciso 1º, también con referencia expresa al alzamiento, dispone la inscripción de la escritura pública o del instrumento privado en el Registro de Prenda sin Desplazamiento como oficio compartido del notario y del Servicio de Registro Civil e Identificaciones, en los mismos términos que la del contrato prendario. El inciso 3º de aquella misma disposición aplica al alzamiento la inanidad de la omisión de las diligencias previstas en los incisos 1º y 2º para su validez, hace responsable civil y disciplinariamente al notario omitente y permite al interesado concurrir directamente al Servicio de Registro Civil e Identificación en demanda de la inscripción del alzamiento.

ii) El pignoratario (o su heredero, legatario o cesionario) tiene la obligación de suscribir el acta de alzamiento toda vez que el derecho real de prenda se haya extinguido por alguna causa legal. El artículo 27 alude a esta obligación –que mira desde el punto de vista del pignorante (aunque se refiere literalmente al deudor), como un derecho suyo– para el sólo

⁶⁵ La unilateralidad es aceptada por SOMARRIVA, M., *Tratado de las cauciones*, cit. (n. 26), núm. 490, p. 499. El artículo 2 de la nueva ley parece creer que es, en cambio, bilateral (“*las firmas de las partes concurrentes*”). Por cierto, puede ser pronunciada en acto bilateral; pero en esencia es el acto de un único autor.

⁶⁶ Se trata de “partes” cuando al acto concurra también el pignorante; si sólo comparece el pignoratario, únicamente su firma es la que debe ser autorizada. Véase la nota 65.

caso de haberse pagado íntegramente las obligaciones caucionadas: “*El deudor prendario tendrá derecho a exigir a su acreedor que suscriba el acto de alzamiento a que se refiere el artículo 2º de esta ley, efectuado que sea el pago íntegro de las obligaciones caucionada*”. Esta limitación se debe a que la ley pensó en el caso más normal y frecuente de extinción de la prenda. Pero eso no debe evitar que se acepte la existencia de la misma obligación del pignoratario y del mismo derecho de pignorante, en orden a otorgarse el acta de alzamiento, siempre que el derecho real se haya extinguido por causas distintas al pago completo de las obligaciones caucionadas⁶⁷.

Por otra parte, no sólo el deudor puede pedir el alzamiento, como limita la norma. En realidad, todos los que tengan interés en el alzamiento pueden hacerlo; y tales son el pignorante, sea o no deudor; el deudor que no sea pignorante (porque podría responder al pignorante que le hizo el servicio de dar prenda por él); los pignoratarios de grado ulterior, porque mejoran su rango; los acreedores con créditos de tercera o ulterior clase, que mejoran su preferencia; los terceros poseedores de la cosa pignorada; y desde luego los que tengan título de heredero o legatario de alguno de los anteriores, si es procedente.

b) Si el derecho real de prenda se extinguío por cualquier causa y el pignoratario (o su heredero, legatario o cesionario) se niega a suscribir el acta de alzamiento, el mismo artículo 27 confiere una acción al cual llama deudor para pedir el alzamiento a un juez. Dice el segundo segmento de aquel artículo: “*Si el acreedor prendario se negare [sc. a suscribir el acta de alzamiento], el deudor podrá solicitar judicialmente su [sc. el] alzamiento de conformidad con el procedimiento prescrito en el Título IV, Párrafo 2º del Libro III del Código de Procedimiento Civil*”. Por cierto, esta acción queda expedita no sólo al deudor, más a todos los que pueden exigir el alzamiento, y que antes vimos.

La última referencia es al procedimiento de las querellas posesorias en particular (artículos 551 a 564 CPC.). El procedimiento está destinado a demostrar que el derecho real se extinguío por alguna causa legal, que normalmente es contestada o desconocida por el pignorante, de donde su negativa a suscribir el acta de alzamiento. Si el interesado demuestra su causa, aquel procedimiento debe culminar con una sentencia del juez que ordena el alzamiento por la causa que sea; y ella debe ser inscrita en el Registro de Prenda sin Desplazamiento, en sustitución de una inexistente acta de alzamiento, pero con su misma función, de extinguir formalmente el derecho inscrito.

⁶⁷ Acerca de la extinción del derecho real, véase el capítulo XII del presente trabajo.

2. Puede preguntarse si es posible alegar la extinción del derecho real sin que previamente haya sido cancelada su inscripción, no para pedir ésta, porque ello está expresamente admitido en el artículo 27, como acabamos de ver, sino para enervar alguna acción contra el pignorante. En otras palabras, si es posible alegar la extinción sin previa cancelación por vía de excepción.

Supóngase, en un primer ejemplo, que intervino novación de la obligación garantizada con cierta prenda con desplazamiento y no hubo reserva de la prenda en beneficio de la nueva obligación; pero que el acreedor de la primitiva obligación demanda la realización de la prenda por incumplimiento de la misma obligación.

Todavía, como segundo ejemplo, considérese el caso de la cesión de un crédito garantizado con prenda especial sin desplazamiento, cuando en el Registro de Prendas sin Desplazamiento no consta el crédito garantizado o la posibilidad de cesión de la prenda (artículo 38 de la nueva ley), así que ésta no pudo pasar al cessionario, y como ya nada garantiza no puede subsistir. Pero el cessionario pide su realización en función del crédito que había adquirido.

Suponemos que en ninguno de ambos ejemplos hubo acta de alzamiento de la prenda inscrita en el Registro de Prendas sin Desplazamiento.

Ahora bien, en el primer ejemplo, es claro que el deudor y pignorante o el pignorante no deudor pueden oponer la excepción de novación prevista por el artículo 464 N° 12 CPC., no excluida en el artículo 30 de la nueva ley.

En el segundo ejemplo, cabría oponer la excepción genérica del artículo 464 N° 7 CPC., porque parece evidente que para realizar una prenda las leyes exigen que ella esté vigente y la decadencia de la prenda, en ese ejemplo, es lo contrario a su vigencia.

Concluimos, pues, que la extinción de un derecho real sin previa cancelación de su inscripción igual puede ser alegada por el pignoratario, a quien la demanda ejecutiva debe ser notificada aunque no sea el deudor (artículo 30), merced, a la alegación, bien de la excepción típica que corresponda de las del elenco del artículo 464 CPC., bien de la excepción genérica de su N° 7, en defecto de una típica.

[Recibido el 1 y aprobado el 19 de marzo de 2010].

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK, René, *Las obligaciones* (3^a edición, Editorial Jurídica de Chile, 1993), II.
Código Civil (Chile).
Código de Comercio (Chile).

- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, *La prenda de créditos nominativos en la nueva normativa de la prenda sin desplazamiento*, en PIZARRO WILSON, Carlos (coordinador), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué, 2008* (Santiago, LegalPublishing, 2009), IV, pp. 548-561.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Destrucción y especificación de una cosa corporal*, en EL MISMO (editor científico), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho civil, Valparaíso, 2007* (Santiago, LegalPublishing, 2008), III, pp. 281-297.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El llamado contrato de prenda sin desplazamiento*, en *Revista Chilena de Derecho Privado "Fernando Fueyo Laneri"*, 13 (Santiago, diciembre de 2009), pp. 161-236.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La indivisibilidad de la garantía prendaria e hipotecaria*, en PIZARRO WILSON, Carlos (coordinador), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué, 2008* (Santiago, Legal Publishing, 2009), IV, pp. 509-548.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorpórales en la doctrina y en el Derecho positivo* (2^a edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las prendas ordinaria y sin desplazamiento de la Ley N° 20.190 recaídas en cosa ajena*, en MANTILLA ESPINOZA, Fabricio - PIZARRO WILSON, Carlos (coordinadores), *Estudios de Derecho privado en homenaje a Christian Larroumet* (Santiago de Chile - Bogotá, Fundación Fernando Fueyo - Universidad Diego Portales - Universidad del Rosario, 2008), pp. 401-422.
- Ley de Navegación*: texto fijado en el Decreto-ley N° 2.222, de la Subsecretaría de Marina del Ministerio de Defensa, en DO. de 31 de mayo de 1978.
- Ley del tránsito*: texto fijado en el Decreto con fuerza de ley N° 1 de los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Justicia, en DO. de 20 de octubre de 2009.
- Ley N° 17.336, sobre *Propiedad intelectual*, en DO. de 2 de octubre de 1970.
- Ley N° 18.045, de 1981, sobre *Mercado de valores*, en DO. 22 de octubre de 1981.
- Ley N° 18.046, de 1981, sobre *Sociedades anónimas*, en DO. de 22 de octubre de 1981.
- Ley N° 18.112: *Dicta normas sobre prenda sin desplazamiento*, en DO. 16 de abril de 1982.
- Ley N° 18.876, de 1989, que *Establece el marco legal para la constitución y operación de entidades privadas de depósito y custodia de valores*, en DO. de 21 de diciembre de 1989.
- Ley N° 19.039, sobre *Propiedad industrial*: texto refundido, coordinado y sistematizado fue establecido por el Decreto con fuerza de ley N° 3 del Ministerio de Economía, en DO. de 20 de junio de 2006.
- Ley N° 20.160, sobre modificaciones a la *Ley de propiedad industrial*, en DO. de 26 de enero de 2007.
- Ley N° 20.190, artículo 14: *Dicta normas sobre prenda sin desplazamiento y crea el Registro de Prendas sin Desplazamiento*, en DO. de 5 de junio de 2007.
- Reglamento de sociedad anónimas*, contenido en el Decreto supremo N° 587 del Ministerio de Hacienda, en DO. de 13 de noviembre de 1982.
- Reglamento del Registro de naves y artefactos navales* contenido en el Decreto supremo de la Subsecretaría de Marina del Ministerio de Defensa N° 163, en DO. de 13 abril 1981.
- SOMARRIVA, Manuel, *Tratado de las cauciones* (2^a edición, Santiago, Contable Chilena, 1981).

