

Contratos Reales.

I. CONTRATO DE COMODATO

A. Generalidades.

1. Definición:

Artículo 2174: El comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes **entrega** a la otra **gratuitamente** una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa.

• Partes del contrato:

Comodante: Persona que entrega la cosa.

Comodatario: Persona que recibe la cosa.

Hay otros actos jurídicos que importan el uso de una cosa: Usufructo, Uso y habitación, Arrendamiento.

Diferencia entre el uso y habitación con el comodato. En el comodato se transfiere el uso que emana de un contrato y confiere un derecho personal, porque de los contratos solo nacen derechos personales. El usufructo, uso y habitación confiere un derecho real, y necesitan de un modo de adquirir.

2. Características:

1. Contrato Real (1443):

De acuerdo a lo señalado en el artículo 2174 inciso 2, este contrato no se perfecciona (es decir, no nace a la vida del derecho) sino por **la tradición de la cosa**. La palabra tradición no está empleada como modo de adquirir el dominio, sino como simple entrega, ello toda vez que el comodato es un título de mera tenencia y no un título translativo de dominio.

La entrega de la cosa puede ser material o ficta, como se admite en una sentencia de la Corte Suprema, de fecha 4 de abril de 1995.

2. Es esencialmente Gratuito:

Este contrato tiene por objeto la utilidad de una de las partes soportando la otra el gravamen. La utilidad es del comodatario y el gravamen pertenece al comodante. En el evento de pactarse una remuneración el contrato de comodato va a degenerar en un contrato de arrendamiento de cosa.

La importancia de que este contrato sea gratuito radica en que será un elemento a considerar al momento de **graduar la responsabilidad del comodatario** (2178 y 1547).

La gratuidad se refiere a que **no puede existir una contraprestación económica**, pero sí puede existir por parte del comodante un interés en el contrato.

3. Contrato Unilateral:

En este caso quien se obliga únicamente es el comodatario, a conservar la cosa y a restituirla en especie.

La entrega no es una obligación sino un elemento del perfeccionamiento del contrato. Es decir, antes de la entrega no ha surgido ninguna obligación que

se extinga con ésta, antes de la entrega no hay contrato.

En este caso nos encontramos frente a un contrato **sinalagmático imperfecto** toda vez que pueden surgir obligaciones durante el curso del contrato, para el comodante. De todos modos, esta circunstancia no hace que el contrato pierda su naturaleza de contrato unilateral, porque son obligaciones eventuales y ellas emanan de la ley.

La doctrina se pregunta si cabe o no cabe pedir la resolución del contrato si es que el comodante no efectúa la entrega de la cosa. Se dice que no por tres razones:

- en primer lugar, que no hay contrato porque no se ha entregado la cosa,
- porque de haberlo es un contrato unilateral (1489 solo procede en los bilaterales).
- en todo caso no estamos en presencia de un incumplimiento de una obligación, por lo que no puede operar la acción resolutoria.

Si el comodante no entrega la cosa nos debemos situar en el iter contractual dentro de las **tratativas preliminares**, por lo que sería una hipótesis responsabilidad extracontractual, ya que se puede haber faltado a la información, haber actuado de mala fe, etc. desde la perspectiva del daño ver cuales fueron que pueden ser los gastos en que se incurrieron. Esto a menos que se haya celebrado un contrato preparatorio como un contrato de promesa de celebrar un comodato.

4. Contrato Principal.

5. Es un título de Mera Tenencia.

El Artículo 2176 señala que el comodante conserva sobre la cosa prestada todos los derechos que antes tenía, pero no su ejercicio, en cuanto fuere incompatible con el uso concedido al comodatario. Entonces el comodante conserva todos sus derechos sobre la cosa, pero limitados en su ejercicio por el comodato. El comodante no deja de ser poseedor; conserva el animus. Art. 725

Excepcionalmente, y según la postura a la que se adhiera, el comodatario podría ganar el dominio por prescripción adquisitiva, en el caso previsto en el artículo 2510, regla tercera.

6. Prueba del Comodato.

El contrato de comodato podrá probarse por testigos cualquiera sea el valor de la cosa prestada, es decir no se aplican las limitaciones de los artículos 1708 y siguientes. Relacionarlo con el art 1711.

B. Cosas susceptibles de ser dadas en comodato.

1. Toda cosa corporal; mueble o raíz. Debe ser en especie no un género.

2. Por regla general debe tratarse de una cosa no consumible y/o fungible toda vez que el comodatario debe restituirla en especie. Esta regla no es absoluta ya que en ciertos casos podrá estarse a la voluntad de las partes y a la naturaleza de la cosa. Pothier señalaba como ejemplo el de los cajeros de un banco que frente a una revisión del superior un cajero le pedía a otro una suma de dinero para hacer cuadrar su caja., luego de hecha la visita del supervisor se restituye el mismo dinero, los mismos billetes a su caja.

3. Que ocurre con la cosa ajena.

El comodato de cosa ajena vale sin perjuicios de los derechos del verdadero dueño. Es decir, es inoponible al verdadero dueño.

Cabe agregar que a diferencia de lo que acontece con la compraventa, en la cual el comprador evicto puede accionar contra el vendedor, el comodatario, por regla general, no tiene acción contra el comodante. Ello, porque la obligación de saneamiento de la evicción es propia de los contratos onerosos.

Excepcionalmente, el comodatario tendrá acción contra el comodante, cuando el último sabía que la cosa era ajena y no lo advirtió al primer. En este sentido el artículo 2188 señala que si la cosa no perteneciere al comodante y el dueño la reclamare antes de terminar el comodato no tendrá el comodatario acción de perjuicios contra el comodante; salvo que este haya sabido que la cosa era ajena y no lo haya advertido al comodatario.

El dueño debe ejercer la acción del ART 915 y no la acción reivindicatoria (recordemos que se discute si procede la reivindicatoria contra el mero tenedor). En este sentido, el comodatario no puede oponer al dueño el contrato de comodato celebrado con el comodante como fundamento de la tenencia de la cosa, porque no le es oponible, pero si puede utilizar otra figura que es el simple precario, con lo cual debería acreditar que ha tenido la tenencia de la cosa con tolerancia y conocimiento del dueño.

4. Cosa propia:

No hay comodato de cosa propia. 2185 inciso 1 señala que cesa la obligación de restituir desde que el comodatario descubre que es el verdadero dueño de la cosa prestada.

C. Efectos del comodato.

1. Obligaciones del comodatario:

Como es un contrato unilateral, en principio, solo surgen obligaciones para el comodatario.

- 1) Debe conservar la cosa.
- 2) Usar de la cosa en los términos convenidos.
- 3) Restituir la cosa.

1) Conservar la cosa:

A consecuencia de que el comodatario debe restituir deberá conservar la cosa y emplear el cuidado debido. En este sentido el Art.2178 señala que el comodatario es obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y responde hasta de la culpa levísima. Es decir, responde del máximo grado de culpa y ello porque el contrato es en su beneficio exclusivo (artículo 1547)

La regla anterior se modifica o altera cuando el contrato fuere en pro de ambas partes ya que en este caso la responsabilidad del comodatario no se extenderá sino hasta la culpa leve. Si el comodato es en pro del comodante el comodatario responderá de culpa lata (2179).

- Comodato es en interés de ambas partes si por ejemplo comodante presta al comodatario un perro de casa con la obligación de que lo restituya amaestrado, o cuando se presta una parcela de agrado con la obligación de efectuar ciertas innovaciones técnicas en el manejo de los frutales, de manera que éstos proporcionen en el futuro un mayor rendimiento).
 - Contrato de comodato es en interés del comodante si este le presta al comodatario su auto para que realice una gestión que le ha encomendado.
 - Deterioros de la cosa: Art.2178 inc.2, 3 y 4
 - Si el deterioro proviene de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa o por un caso fortuito no responde el comodatario.
 - El comodatario, en consecuencia, será responsable de los deterioros que provengan de un hecho o culpa suya o de sus dependientes.
 - Si el deterioro de la cosa es tal que ella ya no sea susceptible de emplearse en su uso ordinario **podrá el comodante exigir el precio anterior de la cosa abandonando su propiedad al comodatario (2178 inciso 2).** Este es el **único caso absolutamente excepcional** en que el comodato sirve como título translativo de dominio, es un caso de Constituto Posesorio. Otros sostienen que es un caso de venta forzada.
- Problema: Esto solo se refiere a una cosa mueble. Para hacer la tradición en caso de un inmueble se requiere de la inscripción del título, para lo cual debiera hacerse a través de la inscripción de la sentencia judicial, ya que el comodato no se otorga normalmente por escritura pública.

Entonces el comodatario no responderá del deterioro proveniente:

1º De la naturaleza de la cosa;

2º Del uso legítimo de la cosa;

3º De un caso fortuito: Excepción: En todo caso el comodatario responde del caso fortuito en los siguientes casos

- Cuando ha empleado la cosa en un uso indebido o ha demorado su restitución. Contra excepción: a menos que pruebe que el caso fortuito hubiere ocurrido de igual modo sin el uso ilegítimo o la mora (2178, 1547 inciso 2 y 1674 inciso 2).
- Cuando el caso fortuito ha sobrevenido por culpa suya, aunque levísima. Art. 2178.
- Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya ha preferido deliberadamente la suya. Art.2178. En otras palabras, la ley excluye la posibilidad de alegar por el comodatario el “estado de necesidad” como causal eximente de responsabilidad
- Cuando expresamente se ha hecho responsable de casos fortuitos.

2) Uso de la cosa Art. 2177

El comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención en el uso ordinario de las de su clase.

En caso de contravención podrá el comodante **exigir la reparación de todo perjuicio** y la **restitución inmediata**, aunque se haya estipulado un plazo para ello. Es decir, caduca el plazo de restitución.

A juicio de Pablo Rodríguez, en este art se configura una hipótesis de condición resolutoria tácita en un contrato unilateral.

3) Restitución de la cosa dada en comodato.

- **Regla general:** 2180 inciso 1

El comodatario es obligado a restituir la cosa prestada en el tiempo convenido; o a falta de convención, después del uso para el que ha sido prestada.

- **Excepción:** Excepcionalmente el comodante podrá pedir la restitución aun antes de cumplirse el tiempo estipulado en las siguientes situaciones (2180 inciso 2).

1. Si muere el comodatario, a menos que la cosa haya sido prestada para un servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse.
2. Si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa. (reconocimiento de la teoría de la imprevisión)
3. Si ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa.
4. Cuando el comodatario ha hecho un uso indebido de la cosa (2177 inciso 2).

- Hay ciertos casos en que el comodatario puede negarse a restituir.

La regla general es que el comodatario no puede negarse a restituir la cosa para seguridad de lo que le debe el comodante ni alegando que la cosa prestada no pertenece al comodante (2182 y 2183).

No obstante, lo anterior en ciertas situaciones el comodatario puede y debe suspender la entrega y restitución de la cosa así ocurre en los siguientes casos:

1. Para seguridad de las indemnizaciones que el comodante le deba, lo cual constituye una manifestación del derecho legal de retención. (2182 y 2193)

2. Cuando la cosa ha sido embargada judicialmente en manos del comodatario (2183 inc. 1 y 1578 inciso 2).

3. Cuando la cosa ha sido perdida, hurtada o robada a su dueño, (2183inc.1).

- En este caso el comodatario que está en conocimiento de esta situación deberá denunciar al dueño quien tendrá un tiempo razonable para reclamarla.

- Si el comodatario no da noticia al dueño se hace responsable de los perjuicios que cause al dueño.

- Si el dueño no reclama la cosa en el plazo prudente la restitución se hará al comodante (2183 inciso 2 y 3).

- El dueño no puede exigir la restitución al comodatario directamente sin obtener el consentimiento del comodante o previo decreto judicial 2183 inciso 4, puesto que en caso contrario estaría haciendo justicia por su propia mano.

4. Cuando se trate de armas ofensivas y de toda otra cosa de que sepa se trata de hacer un uso criminal debiendo ponerlas a disposición del juez. Art.2184 inc.4

5. Cuando el comodante haya perdido el juicio (perdida de la razón) y carece de curador. Art.2184 inc.2

6. Cuando el comodatario descubre que él es el verdadero dueño de la cosa. (2185 inciso 1). Si el comodante le disputa el dominio, deberá restituírsela, sin embargo, a menos que el comodatario pudiese probar breve y sumariamente que la cosa

prestada le pertenece: art. 2185.

▪ A quien se debe restituir:

Artículo 2181 la restitución deberá hacerse:

- al comodante, o
- a la persona que tenga derecho para recibirla a su nombre según las reglas generales.
- Si la cosa ha sido prestada por un incapaz que usaba de ella con permiso de su representante legal, será válida su restitución al incapaz. Esta es una excepción a las reglas generales, ya que de acuerdo al artículo 1578 numero 1 el pago hecho al acreedor cuando este no tiene la libre administración de sus bienes adolecerá de nulidad, salvo que el pago sea útil según el art 1688.

▪ Acciones para exigir la restitución:

- i. Acción personal que emana del contrato de comodato. No es una acción resolutoria por lo que no se puede fundar en el ART 1489 pero si en el ART 2180 inc.2
- ii. Acción reivindicatoria: en todo caso no se recomienda esta acción porque el comodatario no es un poseedor, sino que un mero tenedor, salvo aquellos que estimen que procede la acción reivindicatoria en contra del mero tenedor. En todo caso, si la cosa sale de la tenencia del comodatario, si procederá la acción en contra del tercero.

▪ Responsabilidad solidaria de los varios comodatarios de una cosa. Artículo 2189.

- La obligación de restituir la cosa es indivisible y la consecuencia es que el comodante dirige acción contra quien tenga la cosa por lo tanto no hay obligación solidaria (1526 numero 2).
- Si la obligación es de indemnizar perjuicios, sí es posible reclamarla de acuerdo a las reglas de la solidaridad.

2. Obligaciones del comodante.

El contrato de comodato es un contrato unilateral y por lo tanto las obligaciones del comodante surgen de forma excepcional. Se trata de un contrato sinalagmático imperfecto por ende son obligaciones eventuales.

Obligaciones:

1) Pagar las expensas de conservación de la cosa.

El Art. 2191 dispone que el comodante es obligado a indemnizar al comodatario de las expensas que sin su previa noticia haya hecho para la conservación de la cosa, cumpliéndose los siguientes requisitos:

a) Que las expensas no hayan sido las ordinarias de conservación. (por ejemplo, alimentar un caballo; o cambiar aceite y filtros del motor de un automóvil, cada cierto kilometraje). A contrario sensu el comodante deberá concurrir a pagar las expensas extraordinarias de conservación.

b) Que las expensas hayan sido necesarias y urgentes de manera que no haya sido posible consultar al comodante y se presuma fundadamente que teniendo éste la

cosa en su poder no hubiere dejado de hacerlas.

Siendo entonces las expensas extraordinarias, necesarias y urgentes, el comodante deberá reembolsarlas al comodatario, aunque tales expensas se hubieren efectuado sin consulta previa al comodante.

2) Indemnizar perjuicios (2192 cc).

Esta obligación se refiere a la indemnización de los perjuicios que provengan de la mala calidad o condición del objeto prestado con tal que esa mala calidad o condición cumpla los siguientes requisitos:

- a)** Que hubiere sido de tal naturaleza que probablemente hubiese de ocasionar los perjuicios.
- b)** Que haya sido conocida y no declarada por el comodante.
- c)** Que el comodatario con mediano cuidado no haya podido conocerla o precaver los perjuicios.

3) Derecho de retención del comodatario.

Confiere la ley al comodatario el derecho para retener la cosa recibida en préstamo, en caso de que el comodante no satisfaga las obligaciones que eventualmente le puede imponer el contrato: art. 2193. En todo caso, cesará este derecho de retención, cuando el comodante caucione el pago de las indemnizaciones que adeude al comodatario.

D. Transmisibilidad de Derechos y Obligaciones.

Regla General: Art.2186 primera parte. Conforme a las reglas generales, las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contrayentes.

a) Muerte del comodante:

En esta situación el comodatario podrá seguir usando de la cosa dada en comodato toda vez que de acuerdo al artículo 2190 **el comodato no se extingue por la muerte del comodante.** En este caso el comodatario deberá efectuar la restitución a los herederos y serán éstos quienes en su caso deberán pagar las expensas de conservación o proceder a pagar los perjuicios.

b) Muerte del comodatario:

Desde el punto de vista del comodante, el comodato es intuitu persona. Entonces por regla general los herederos del comodatario **no tendrán derecho a continuar en el uso de la cosa prestada,** sino cuando esta haya sido facilitada para un servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse (artículo 2186 segunda parte y 2180 N.º 1).

¿Qué ocurre si los herederos del comodatario enajenan la cosa prestada? (2187).
Vamos a distinguir:

- a)** Herederos enajenan la cosa con conocimiento del comodato.
 - Herederos deberán resarcir todo perjuicio.
 - Pueden ser perseguidos criminalmente según las circunstancias del hecho.

b) Herederos enajenan la cosa sin conocimiento del comodato.

En esta hipótesis el comodante tiene distintas acciones:

- Acción reivindicatoria (893 c. c)
- Si no puede o no quiere o siendo la reivindicatoria ineficaz podrá el comodante exigir a los herederos del comodatario que le **paguen el justo precio de la cosa** prestada o **que le cedan las acciones** que a consecuencia de la enajenación les compete.

E. Comodato Precario (Arts. 2194 y 2195 inciso 1).

El comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la restitución de la cosa prestada en cualquier tiempo. Se entiende o presume precario cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución.

En consecuencia, el comodato precario es una excepción a la regla contemplada en el artículo 2180 en virtud de la cual la restitución debe efectuarse una vez terminado el uso o a la llegada del tiempo convenido.

Diferencia entre comodato y comodato precario en comodato precario la restitución es en cualquier tiempo. En los dos casos hay contrato.

Sintetizando, el comodato tendrá el carácter de precario:

cuando se estipula que el comodante podrá pedir la restitución en cualquier tiempo;

cuando no se presta la cosa para un servicio particular;

cuando no se fija un plazo para su restitución.

F. Precario o simplemente precario (2195 inciso 2).

Se trata de la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño. En ella, nos encontramos sencillamente ante un individuo que tiene la tenencia de una cosa ajena, sin mediar título, sin haber celebrado ningún contrato, de comodato o cualquiera otro, que lo faculte para retener la cosa. Se trata de una situación de hecho reconocida en la ley.

El juicio de simple precario se tramita de acuerdo a las normas del procedimiento sumario (680 N °6 del c. p. c)

Demandante dueño deberá probar:

- que es dueño
- que el demandado está en tenencia de la cosa.

Demandado, para defenderse de la demanda, debe probar que hay título que justifica la tenencia de la cosa.

Problema que se ha generado. ¿Qué se entiende por título?

La corte suprema ha fallado que el precario es una situación de hecho caracterizada por la **total ausencia de vínculo jurídico** entre el dueño de la cosa y el tenedor

demandado. Atendido lo anterior la misma corte ha fallado que para que exista precario deben concurrir los siguientes requisitos copulativos:

1. Demandante sea dueño de la cosa cuya restitución solicita.
2. Demandado ocupe ese bien.
3. Ocupación sea sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Hay otra sentencia de la CS de mayo de 2011 ha señalado que la expresión contrato debe entenderse como título, por ende, como un antecedente jurídico al que la ley le reconozca la virtud de justificar la ocupación. No cualquier título es suficiente para enervar la acción, sino que debe **tener la calidad y entidad necesaria para oponérsela al propietario y que este esté obligado a respetar la ocupación del inmueble.** En este caso el demandado había celebrado una promesa de compraventa con una empresa inmobiliaria y en virtud de dicha promesa se le hizo la entrega de la cosa antes de la celebración de la compraventa.

Sin embargo, la misma Corte Suprema ha sostenido en otros fallos que el contrato de promesa sería título justificativo que permitiría defender al demandado en juicio de precario, y, por lo tanto, no se reúnen los requisitos del artículo 2195 del Código Civil, por cuanto aquélla está provista de un título que justifica su ocupación.

Si no es posible iniciar la acción del art 2195, quedaría a salvo la posibilidad de utilizar la acción del art 915 contra el injusto detentador.

II. CONTRATO DE MUTUO O PRÉSTAMO DE CONSUMO.

A. Generalidades.

1. Definición:

Art. 2196. El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.

Partes:

- **Mutuante:** Entrega la cosa en mutuo
- **Mutuario:** quien la recibe.

2. Características:

1) Contrato Real: Art. 2197.

- Código civil. Se perfecciona con la entrega.
- El contrato de mutuo que corresponde a una operación de crédito de dinero puede **ser un contrato real o consensual (artículo 1 de la Ley número 18.010).**

2) Contrato Unilateral:

- Código civil: Solo se obliga el mutuario a restituir otras tantas cosas del mismo género y calidad.

- En el caso del mutuo de dinero regido por la Ley número 18.010, el contrato puede ser unilateral o bilateral, según si el mutuante entrega la suma de dinero al momento de contratar (en cuyo caso el contrato será unilateral –pues se obligará sólo el mutuario- y además real) o se obliga a proporcionar la suma de dinero en un cierto plazo (en cuyo caso el contrato será bilateral y además consensual)

3) Contrato gratuito:

- En el código civil es naturalmente gratuito. Gratuidad elemento de la naturaleza del contrato (Art. 1444). Si nada se dice se entiende que el mutuo es gratuito y por lo tanto para que sea oneroso será menester que expresamente se estipule el pago de intereses, por esta razón el comienzo del artículo 2205 dice “se puede”.
- En el mutuo mercantil la regla es inversa, es **naturalmente oneroso**, la gratuidad no se presume, ya que el mutuo mercantil genera intereses legales salvo pacto en contrario (Art.798 código de comercio)
- Operaciones de Crédito de dinero: A este respecto no deben olvidarse las disposiciones de la ley 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero. Artículo 1 incisos 1 y 2 de esta ley define estas operaciones como aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención. Constituyen también operación de crédito de dinero el descuento de documentos representativos de dinero, sea que lleve o no envuelta la responsabilidad del cedente. En relación con la característica que estamos estudiando el artículo 12 de la ley establece que **la gratuidad no se presume en las operaciones de crédito de dinero salvo disposición de la ley o pacto en contrario.**

4) Contrato Principal.

Esta característica no se altera por la circunstancia de que el mutuo se otorgue con algún tipo de garantía.

5) Título Translativo de dominio.

Mutuario se hace dueño de la cosa entregada en mutuo (en el mismo momento que se perfecciona el título opera el modo de adquirir tradición).

Por lo general en el tiempo es posible distinguir entre el título traslativo de dominio y el modo de adquirir (por ejemplo, c/v de un bien raíz). En el mutuo ambos se confunden en el tiempo ya que para que exista contrato (título) es necesario que se verifique la tradición y en este caso la tradición transfiere el dominio.

3. Principales diferencias entre el comodato y el mutuo.

A. En cuanto al objeto:

- **Comodato:** Cosa no fungible.
- **Mutuo:** Recae sobre cosas fungibles.

B. Efectos:

- **Comodato:** Título de mera tenencia.
- **Mutuo:** Título traslativo de dominio.
-

C.

- **Comodato:** Esencialmente gratuito.
- **Mutuo:** Puede ser gratuito u oneroso.

D. Riesgos:

- **Comodato:** Lo sufre el comodante.
- **Mutuo:** Lo sufre el mutuario.

4. Diferencias entre el Mutuo y arrendamiento.

- a)** El mutuario se hace dueño de la cosa recibida. El arrendatario nunca deja de ser mero tenedor.
- b)** La obligación del mutuario es de género. La obligación del arrendatario consiste en devolver la misma cosa dada en arrendamiento.
- c)** En el mutuo, el riesgo es del mutuario, pues la pérdida de la cosa no lo exonera de su obligación de restituir, ya que el género no perece. En el arrendamiento, el riesgo recae en el arrendador.
- d)** El mutuo es un contrato real, por regla general. El arrendamiento es un contrato consensual, por regla general.

5. Diferencias entre el Mutuo y cuasiusufructo.

- a)** El mutuo es siempre un contrato. El cuasiusufructo puede tener su origen en un contrato o en un testamento.
- b)** En el mutuo, el mutuario no debe rendir caución para recibir la cosa. El cuasi usufructuario, como usufructuario que es, debe rendir caución.
- c)** Los derechos y obligaciones que emanan del contrato de mutuo, se transmiten a los herederos de las partes. En el cuasiusufructo, los derechos y obligaciones del cuasi usufructuario se extinguen con su muerte.

6. Diferencias entre mutuo y Operación de crédito de dinero.

- a)** Difieren en cuanto a las normas que los regulan.
- b)** En cuanto al objeto del contrato: en un caso, recae sobre cosas muebles consumibles y fungibles que no sean dinero; en el otro, sobre una suma de dinero.
- c)** En cuanto a los intereses:
 - En un caso, deben pactarse (elemento accidental); en el otro, se deben en el silencio de los contratantes (elemento de la naturaleza).
 - En un caso, si se pagan intereses no pactados, estaremos ante una obligación natural; en el otro caso, los intereses pagados siempre corresponderán al cumplimiento de una obligación civil.
 - En un caso, pueden corresponder a dinero u otra cosa; en el otro caso, sólo dinero.
- d)** En cuanto al anatocismo: en un caso, no procede; en el otro, opera por el solo ministerio de la ley, salvo que se pacte algo distinto.
- e)** En cuanto a la posibilidad de prepagar: en un caso, es improcedente, rigiendo la ley del contrato; en el otro, se admite en ciertos casos.
- f)** El contrato de mutuo del Código Civil siempre será un contrato real. El contrato de mutuo regulado en la Ley número 18.010 puede ser real o consensual.
- g)** El contrato de mutuo del Código Civil siempre será unilateral. El contrato de mutuo regido por la Ley número 18.010, puede ser unilateral o bilateral.

B. Requisitos del contrato de mutuo.

Además de los requisitos generales de todo acto jurídico (validez y existencia).

1. Objeto:

Debe ser una cosa fungible, es decir aquellas que en concepto de las partes puedan substituirse unas con otras ya que tienen el mismo poder liberatorio.

En todo caso, el legislador distingue entre cosas fungibles (y consumibles) que no son dinero, caso en el cual se aplicarán las normas del Código Civil, y el mutuo sobre dinero, que se regirá por la Ley N.º 18.010.

2. Capacidad de las partes.

- Mutuante:

Debe ser **capaz de enajenar y dueño** de las cosas dadas en mutuo.

- Debe ser capaz de enajenar: si estamos ante un título traslativo de dominio, es lógico que el tradente tenga la facultad para disponer de la cosa. Si el mutuante no tiene capacidad de enajenar, el contrato adolece de un vicio de nulidad (artículo 2202, inciso 1º). Lo anterior guarda armonía con lo dispuesto en los artículos 670 (definición de tradición), 1464 (objeto ilícito en la enajenación) y 1575 (en el pago).

- Debe ser dueño de la cosa dada en mutuo: si el mutuante no es dueño, el contrato y la tradición son válidos, pero esta última no producirá su efecto natural, cual es de transferir el dominio, y el mutuario no se hará, por tanto, dueño de la cosa dada en mutuo. Además, el dueño podrá interponer la acción reivindicatoria, pues para él, el mutuo le es inoponible (artículo 2202, inciso 1º). La reivindicación de las especies será posible "mientras conste su identidad", es decir, mientras no se hayan confundido con otras cosas de la misma especie. Si desaparece la identidad, cabe distinguir según si quien recibió las cosas estaba de buena fe o de mala fe (artículo 2202, inciso 2º):

i) El mutuario recibió de buena fe: será obligado al pago sólo después de expirar el término previsto en el artículo 2200, esto es, transcurridos diez días posteriores a la entrega; además, sólo deberá pagar los intereses estipulados (por ende, si nada se estipuló, no se pagarán);

ii) El mutuario recibió de mala fe: será obligado al pago inmediato; y con el máximo de intereses que la ley permite estipular.

Entendemos que estará de buena fe el mutuario, cuando desconocía la circunstancia de ser ajenas al mutuante las cosas entregadas, y de mala fe si sabía que las cosas no le pertenecían al mutuante.

- Mutuario:

La ley solo exige que deba ser capaz de obligarse so pena de nulidad del contrato. Sin embargo, el mutuante no podrá pedir la suma prestada sino en cuanto se pruebe haberse hecho más rica la persona del incapaz (1688)

C. Efectos del Contrato de mutuo.

I. Obligaciones del Mutuario.

Son dos básicamente:

1. Restituir otras tantas cosas del mismo género y calidad. **A. Cosas fungibles que no son dinero (2198).** En este caso el mutuario deberá restituir igual cantidad de cosas del mismo género y calidad, sea que el precio de ellas haya bajado o subido en el intervalo. Si lo anterior no fuere posible o no lo exigiere el acreedor, **podrá el mutuario pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago.** En el fondo el ART 2198 contempla una obligación facultativa del ART 1505 siempre y cuando el acreedor no lo exija.

El mutuario al pagar a su vez le está transfiriendo el dominio al mutuante, ese pago es tradición. El título es el mismo mutuo, es decir, el título subsiste hasta la época de la restitución, pago es a su vez modo de adquirir el dominio.

2. Pagar intereses si corresponde. El código civil en el Art. 2205 señala que el interés puede estipularse **en dinero o en frutos.** Es decir, son un elemento accidental del contrato.

II. Obligaciones del Mutuante.

1. Mutuante es responsable de los perjuicios que experimente el mutuario por la mala calidad o los vicios ocultos de la cosa prestada bajo las condiciones expresadas en el artículo 2192

2. Si los vicios ocultos eran tales que conocidos no se hubiera probablemente celebrado el contrato podrá el mutuario pedir que se rescinda.

D. OPERACIÓN DE CRÉDITO DE DINERO.

Mutuo sobre dinero.

i) Aspectos generales.

La Ley N.º 18.010 del 27 de junio de 1981, regula de manera orgánica a todas las operaciones de crédito de dinero, y entre ellas, el mutuo de dinero.

La Ley N.º 18.010 persigue:

1º Salvaguardar el principio de la autonomía de la voluntad (lo que se manifiesta en proteger los pactos que establezcan el pago de reajustes e intereses, por ejemplo);

2º Salvaguardar el debido equilibrio entre acreedor y deudor, que, para algunos, habría morigerado el Código Civil, toda vez que se entendía que el mutuo regulado en dicho Código favorecía exageradamente al deudor, en perjuicio del acreedor (por ejemplo, al prohibir en el Código Civil el anatocismo, o sea el interés sobre interés, en el artículo 2210, hoy derogado).

ii) Concepto de operaciones de crédito de dinero.

Son aquellas por las cuales una de las partes **entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquél en que se celebra la convención.** Constituye también operación de crédito de dinero el descuento de documentos representativos de dinero, sea que lleve o no envuelta la responsabilidad del cedente (artículo 1, de la Ley N.º 18.010).

iii) Características del mutuo de dinero.

1) Es un contrato naturalmente oneroso. A diferencia del Código Civil, que establece la gratuidad del mutuo (hoy circunscrito al préstamo de cosas fungibles que no consistan en dinero), el mutuo de dinero es oneroso, según el artículo 12 de la Ley N.º 18.010, ya que no se presume la gratuidad. En el silencio de las partes, debe el mutuario pagar intereses.

2) Algunos señalan que **la reajustabilidad es un elemento accidental.**

Se entiende por reajuste toda suma que el acreedor reciba o tenga derecho a recibir por sobre el capital y los intereses.

No debemos confundir la reajustabilidad con los intereses. La reajustabilidad es la forma utilizada para que la moneda no se desvalorice o deprecie, por inflación u otra causa. El interés es el valor que se paga por el uso del dinero, es la ganancia legítima que obtiene el acreedor por prestar una suma de dinero.

Si bien el artículo 2199 estaba ubicado en el mutuo, la doctrina con algunas excepciones, entendía que era de aplicación general.

Es importante consignar que en esta materia Bello tuvo sus vacilaciones, como lo demuestra el que en el proyecto de 1853 que claramente se optaba por un criterio valorista. Pero ello se abandonó siguiéndose en definitiva el camino nominalista. La jurisprudencia estuvo siempre con la tesis nominalista.

El DL 455, del año 1974, que reguló por primera vez en Chile las obligaciones de crédito de dinero, derogó el artículo 2199. Sin embargo, ello no ha significado que se pase del sistema nominalista al sistema valorista. Seguimos en el primero. Si bien se han dictado normas que para ciertas deudas han establecido la reajustabilidad, atenuándose, de esa forma, los inconvenientes del nominalismo. Así, ha ocurrido, por ejemplo, con la ley 18.802, del año 1989, que cambió el criterio para el pago de las recompensas generadas en el caso de cónyuges casados en régimen de sociedad conyugal, al establecer en el artículo 1734 que "Todas las recompensas se pagarán en dinero, de manera que la suma pagada tenga, en lo posible, el mismo valor adquisitivo que la suma invertida al originarse la recompensa". La disposición agregó "el partidor aplicará esta norma de acuerdo a la equidad natural". Hay muchos otros buenos ejemplos de cómo el legislador va incorporando el valorismo con el objeto de evitar los graves inconvenientes del nominalismo. Así, por ejemplo:

- 1.** Las deudas tributarias son reajustables de acuerdo al índice de Precios al Consumidor.
- 2.** Las rentas de arrendamiento de inmuebles urbanos no pagadas con oportunidad, se reajustan en la misma proporción en que hubiere variado el valor de la Unidad de Fomento entre la fecha en que debieron pagarse y aquella en que efectivamente se pagan (art 21 ley 18.101).

En definitiva, el principio nominalista sigue siendo la regla general en materia de

obligaciones, aplicándose algún sistema de reajuste cuando a la ley, la convención o la resolución judicial así lo establecen. De consiguiente, la conclusión es que pueden las partes acordar cláusulas de reajustabilidad, adoptando al efecto las que juzguen adecuadas.

Las partes, en principio, pueden convenir libremente el sistema de reajustabilidad. Si se hubiere pactado alguno de los sistemas de reajuste autorizados por el Banco Central y éste se derogare o modificare, los contratos vigentes continuarán rigiéndose por el sistema convenido, salvo que las partes acuerden sustituirlo por otro. Son tales sistemas, por ejemplo, la variación del IPC, o la Unidad de Fomento. De hecho, es muy común que los créditos hipotecarios se pacten en Unidades de Fomento debido al plazo de restitución (10, 20 años).

3) Es un contrato real o consensual. Dispone el artículo 1 de la Ley número 18.010 que son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes “entrega” (en cuyo caso el contrato será real) “o se obliga a entregar” (en cuyo caso el contrato será consensual) una cantidad de dinero.

4) Es un contrato unilateral o bilateral. Si el contrato es real, será al mismo tiempo unilateral, pues sólo se obligará el mutuuario. Si el contrato es consensual, será al mismo tiempo bilateral, pues ambas partes resultaran obligadas.

iv) Época de la restitución: Art 2200y Art.13 ley 18010

- La regla general: La restitución se verificará en la época fijada en la convención.
- A falta de convención: solo podrá exigirse la entrega después de los 10 días subsiguientes a la fecha de perfeccionamiento del contrato. Esta regla no es aplicable a los documentos u obligaciones a la vista o que de alguna manera expresen ser pagados a su sola presentación.

Después de entrada en vigencia la ley 18010 surge un problema de interpretación:

- Art. 2201: Si se hubiere pactado que el mutuuario pague cuando le sea posible, podrá el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término. En este caso el juez podía fijar cualquier plazo para la entrega.
- Artículo 13 Ley 18.010: “En las operaciones de crédito de dinero sin plazo sólo podrá exigirse el pago después de 10 días contados desde la entrega. ”

Los autores concluyen que estamos en presencia de una derogación tacita del ART 2201 por el ART 13 de la ley porque el juez no puede decretar menos de 10 días desde la entrega.

v) Pago Anticipado: Artículo 10 ley 18.010. Establece como regla general que los pagos anticipados de una operación de crédito de dinero serán convenidos libremente entre acreedor y deudor.

No obstante, lo anterior el deudor **tiene derecho a pagar anticipadamente aun contra la voluntad de su acreedor cumpliéndose los siguientes requisitos:**

- Que el monto del capital de la operación no exceda de 5.000 U. F.

- Que el deudor no sea una institución fiscalizada por la superintendencia de bancos, el Fisco o Banco Central de Chile.

Si el deudor cumple estos requisitos y quiere pagar anticipadamente debe cumplir las siguientes obligaciones:

A. Operaciones Reajustables: Debe pagarse el capital que se anticipa y los intereses pactados hasta la fecha de pago efectivo más la comisión del prepago, dicha comisión no podrá exceder el valor de un mes y medio de intereses pactados sobre el capital que se prepaga.

B. Operaciones no reajustables: Debe pagarse el capital que se anticipa y los intereses pactados a la fecha de pago efectivo más la comisión de prepago, dicha comisión no podrá exceder el valor de un mes de intereses pactados sobre el capital que se prepaga.

Características de este derecho a pagar anticipadamente la deuda:

1. Los pagos anticipados que sean inferiores al 20 % (antes de la ley 20.715 era un 25%) del saldo de la obligación requerirán siempre del consentimiento del acreedor.
2. El Derecho a pagar anticipadamente en la forma prevista por el artículo 10 constituye un derecho irrenunciable.

vi) Obligación de Pagar intereses.

A. Definición de Interés: (Art.2) Es toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, por sobre el capital. Se entiende por tasa de interés de una operación de crédito de dinero no reajutable, la relación entre el interés calculado en la forma definida en este inciso y el capital.

En las operaciones de crédito de dinero reajustables, constituye interés toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor por sobre el capital reajustado. Se entiende por tasa de interés de un crédito reajutable, la relación entre el interés calculado en la forma definida en este inciso y el capital.

En ningún caso, constituyen intereses las costas personales ni las procesales. Jurídicamente se trata de un fruto civil. (Artículo 647).

Desde un punto de vista doctrinario, es el precio por el uso del dinero. Desde un punto de vista jurídico, es el beneficio o utilidad del mutuante, como precio por el préstamo que otorga al mutuario.

B. Clases de Interés:

1. El código civil en el Art. 2205 señala que el interés puede estipularse **en dinero o en frutos**. En cambio, el Art. 11 de la ley 18010 establece que el interés solo puede pactarse en dinero.

2. Interés corriente y máximo convencional: Artículo 6 y 19 ley 18.010:

1) **Interés Corriente:** se definía como el interés promedio cobrado por bancos e

instituciones financieras establecidas en Chile en las operaciones que realicen en el país con exclusión de las comprendidas en el artículo 5º. Ahora el artículo 6 lo define como el promedio ponderado por montos de las tasas cobradas por los bancos establecidos en Chile (se suprime las instituciones financieras de la definición), en las operaciones que realicen en el país, con exclusión de las comprendidas en el artículo 5º.

Este interés es determinado por la Superintendencia de bancos e instituciones financieras. (Art. 6 inc. 1, 2 y 3). Las tasas respectivas se publican en el Diario Oficial durante la primera quincena del mes siguiente, y tienen vigencia hasta el día anterior a la próxima publicación. Este inciso se modificó agregando además que se publican en la página web de la Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras. A partir de junio de 2019, ha asumido la Comisión para el Mercado Financiero (Comisión) las atribuciones y competencias de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), le corresponde cumplir con la tarea que la Ley N°18.010 sobre Operaciones de Crédito de Dinero le asignaba a la ex SBIF, en orden a determinar y publicar mensualmente las tasas de interés corriente¹⁹.

2) Interés Máximo Convencional:

- Antes de la modificación: Límite máximo de interés que se permite estipular el que no puede exceder del 50% del interés corriente que rija al tiempo de la convención (Art. 6 inc. 4), es decir, **este es aquél que excede en un 50% al interés corriente que rige al momento de la convención, o sea, el interés corriente más su 50%.** Interés corriente es 1%, el máximo convencional será 1,5%. ¿qué sucede si en los hechos las partes estipulan un interés superior al máximo convencional?

De acuerdo al Art. 8 se **tendrá por no escrito** todo pacto de intereses que exceda del máximo convencional y en tal caso los intereses se reducirán al interés corriente que rija al tiempo de la convención (Lo que hay es una conversión del acto jurídico nulo, y para otros la sanción es la inoponibilidad), y penalmente se configura el delito de usura.

En todo caso, cuando corresponda **devolver intereses** en virtud de lo dispuesto en esta ley, las cantidades percibidas en exceso deberán reajustarse en la forma señalada en el artículo 3º, inciso primero.

- Después de la modificación:

Régimen General de Interés Máximo Convencional: No podrá estipularse un interés que exceda el producto del capital respectivo y la cifra mayor entre: **1)** 1,5 veces la tasa de interés corriente que rija al momento de la convención, según determine la Superintendencia para cada tipo de operación de crédito de dinero, y **2)** la tasa de interés corriente que rija al momento de la convención incrementada en 2 puntos porcentuales anuales.

Régimen Especial de Interés Máximo Convencional para Operaciones de hasta 200 UF: Para las operaciones de crédito de dinero por montos de hasta 200 UF (\$4.600.000 aprox.), por plazos igual o superior a 90 días, no podrá estipularse un interés cuya tasa exceda a la tasa de interés corriente que rija al momento de la convención para las operaciones de crédito de dinero denominadas en moneda

nacional no reajutable por montos mayores a 200 e inferiores a 5.000 unidades de fomento y por plazos mayores o iguales a noventa días, incrementada en un término aditivo cuyo valor será de:

a) 14 puntos porcentuales sobre base anual, en las operaciones superiores a 50 unidades de fomento.

b) 21 puntos porcentuales sobre base anual, en aquellas operaciones por montos iguales o inferiores a 50 unidades de fomento.

Régimen Especial de Interés Máximo Convencional para Pensionados con créditos con descuento por Planilla:

En las operaciones de crédito de dinero cuyo mecanismo de pago consista en la deducción de las respectivas cuotas directamente de la pensión, el interés máximo que podrá estipularse será la tasa de interés corriente para operaciones en moneda nacional no reajutable por montos mayores a 200 e inferiores a 5.000 unidades de fomento y por plazos iguales o mayores a 90 días, incrementada en 7 puntos porcentuales sobre base anual.

Este régimen especial rige para aquellos créditos cuyo descuento por planilla se efectúa de acuerdo a la ley N°18.833 o por un acuerdo, ya sea: (i) por existir entre la entidad pagadora de pensión y la entidad otorgante de crédito un convenio para efectuar las referidas deducciones y siempre que el descuento haya sido autorizado por el pensionado; y (ii) por ser la misma entidad pagadora de pensión la que actúa en calidad de acreedor en la respectiva operación de crédito de dinero (caso de los créditos de las Compañías de Seguros a pensionados de renta vitalicia).

3) Interés legal: es el interés corriente. El interés legal es una concepción antigua con ocasión al ART 1559 que regula la indemnización de perjuicios tratándose de obligaciones que se debe pagar una cantidad de dinero.

Otras clasificaciones de intereses:

- Estipulados por las partes o fijados por ley: Intereses estipulados por las partes o fijados por ley. Los intereses por regla general no se presumen; tienen que ser convenidos por las partes o estar establecidos por la ley. Existen numerosos casos en que la ley es la fuente de los intereses, por ejemplo, artículo 12 de la ley 18010, artículo 1559, 2156, 2158, etc.

- Intereses por el uso y penales. Los primeros se devengan durante la vigencia del crédito, y los penales o moratorios por la mora del deudor en pagar una obligación de dinero.

Tanto los intereses por el uso o penales pueden tener su fuente en la ley o en la voluntad de las partes. Los moratorios los fija la ley en el caso del artículo 1559. También pueden ser fijados por las partes por medio de una cláusula penal, y así es frecuente que en una compraventa se diga: el saldo de precio devengará un interés del 15% anual (por el uso) y un 18% también anual en caso de mora (como indemnización de perjuicios si no se paga oportunamente).

C. Pacto de intereses:

Art.14 de la ley.

La estipulación de intereses o la que exonera de su pago debe constar por escrito y sin esta circunstancia será ineficaz en juicio. En consecuencia, la sanción por falta de escrituración del pacto es la inoponibilidad.

Como el pacto no va a adolecer de nulidad de acuerdo al artículo 2208 c. c si se han pagado intereses, aunque no estipulados ellos no podrán repetirse ni imputarse al capital.

Si no consta por escrito es válido el pacto, pero ineficaz en juicio. Acreedor no tiene acción para reclamar, por eso se dice que es un caso de obligación natural no recogido expresamente en el Art.1470.

D. Límite de los intereses. Art. 2206 c.c., Art. 6 ley 18.010

El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por ley especial, es decir, el interés máximo convencional.

¿Qué sucede si en los hechos las partes estipulan un interés superior al máximo convencional? Si se estipula un interés superior al interés máximo convencional este interés será reducido por el juez al interés corriente (8 inc.1 de la ley 18.010).

Artículo 8º- Se tendrá por no escrito todo pacto de intereses que exceda el máximo convencional, y en tal caso los intereses se reducirán al interés corriente que rija al momento de la convención o al momento en que se devenguen los respectivos intereses, en el caso de las operaciones a que se refiere el inciso primero del artículo 6º ter, sin perjuicio del delito de usura sancionado en el artículo 472 del Código Penal.

En todo caso, cuando corresponda devolver intereses en virtud de lo dispuesto en esta ley, las cantidades percibidas en exceso deberán reajustarse en la forma señalada en el artículo 3º, inciso primero.

Artículo 472 del c. penal tipifica el delito de usura cuando se estipula un interés superior al interés máximo convencional

E. Anatocismo.

Es el interés calculado sobre interés. *“Es la cláusula en que las partes convienen que los intereses atrasados produzcan nuevos intereses”.*

Antiguamente se encontraba prohibido por el artículo 2210, hoy está expresamente autorizado por artículo 9 de la ley 18.010.

El artículo 9 autoriza capitalizar los intereses, siempre que se trate de períodos no inferiores a 30 días. Así, por ejemplo, si la tasa de interés es de un 3% mensual y se adeudan \$ 100.000.-, a 30 días, al vencimiento y en caso de no pagarse ni el capital ni los intereses, se deberán \$103.000.- por concepto de capital, calculándose ahora la tasa sobre el capital así incrementado. Aún más, la ley capitaliza los intereses impagos en el silencio de las partes, pues el último inciso del artículo 9 establece que los intereses correspondientes a una operación vencida que no hubiesen sido pagados se incorporarán a ella, a menos que se establezca expresamente lo contrario.

De esta forma, el anatocismo constituye hoy día un elemento de la naturaleza de las operaciones de crédito de dinero, pero dicho anatocismo se refiere sólo a los intereses devengados entre el otorgamiento de la operación y su vencimiento, y no

a los intereses que se devenguen durante la mora. Cabe hacer presente que la norma del anatocismo es propia de las “operaciones de crédito de dinero”. No se aplica a las obligaciones de dinero en general, a menos, que se haya pactado. Por lo tanto, si se conviene una cláusula penal, que consiste en el pago de una multa, en caso de mora en el pago de ella, no hay lugar al anatocismo, a menos que se haya pactado expresamente²⁰.

F. Prueba del pago de los intereses:

- Art. 2209: Si se han estipulado intereses y el mutuante ha dado carta de pago por el capital, sin reservar expresamente los intereses, se presumirán pagados.

- Artículo 17 y 18 ley 18.010: Estos artículos se refieren a pruebas indirectas que el deudor puede presentar para acreditar el pago de capital, reajustes o intereses, y que la Ley considera suficientes para acreditarlas.

☐ Si se da recibo de pago del capital, se presumen pagados los reajustes e intereses.

☐ Un recibo de pago de intereses de 3 períodos, hace presumir que los anteriores han sido cancelados.

☐ Un recibo de pago de capital, cuando éste se ha dividido en cuotas, correspondientes a 3 períodos de pago presume que los anteriores han sido cancelados.

Todas estas presunciones son simplemente legales, lo que significa que el acreedor puede demostrar lo contrario.

G. Intereses por retardo o mora (Art. 16).

El deudor que retarda el cumplimiento de su obligación debe o adeuda intereses corrientes desde la fecha del retardo y a las tasas que rigen durante el retardo, salvo que se le exime de intereses o se parte un interés superior.

H. Síntesis de las reglas acerca del interés en las operaciones de crédito de dinero:

☐ Sólo pueden pactarse en dinero (en materia civil, en cambio, pueden pagarse en dinero o en especie);

☐ Se devengan día a día.

☐ Pueden pagarse intereses sobre intereses.

☐ Se presumen por la ley. Si nada se pacta, se entenderá que rigen los intereses corrientes.

I. De las obligaciones en Moneda Extranjera o expresadas en Moneda Extranjera. Artículo 20.- Las obligaciones **expresadas** en moneda extranjera serán solucionadas por su equivalente en moneda chilena según el tipo de cambio vendedor del día del pago. En el caso de obligaciones vencidas, se aplicará el tipo de cambio del día del vencimiento si fuera superior al del día del pago. Para los efectos de este artículo, se estará al tipo de cambio vendedor que certifique un banco de la plaza.

Tratándose de **obligaciones cuyo pago se ha pactado en moneda extranjera en virtud de autorización de la ley o del Banco Central de Chile**, el acreedor podrá exigir su cumplimiento en la moneda estipulada, o ejercer los derechos que para el deudor se originan de la correspondiente autorización.

Este artículo distingue entonces entre las obligaciones que se hayan pactado en moneda extranjera, en cuyo caso deberá restituirse en moneda chilena. En cambio, las obligaciones cuyo pago se haya acordado en moneda extranjera, solo procederá a extinguirse por moneda extranjera si la ley o el Banco Central lo autorizan.

Artículo 21.- En los juicios en que se persiga el cumplimiento de alguna de las obligaciones señaladas en el artículo anterior, **basta un certificado otorgado por un banco de la plaza referido al día de la presentación de la demanda o a cualquiera de los diez días precedentes**, para los efectos de lo dispuesto por los artículos 116° y 120° del Código Orgánico de Tribunales.

Artículo 22.- En los **procedimientos ejecutivos** de cualquiera naturaleza en que se persiga el cumplimiento forzado de algunas de las obligaciones señaladas en el artículo 20 el acreedor deberá indicar en su demanda o solicitud la equivalencia en moneda corriente al tipo de cambio vendedor, de la cantidad líquida en moneda extranjera por la cual pide el mandamiento, acompañando al efecto el certificado a que se refiere el artículo 21 y el tribunal ordenará despacharlo por esa equivalencia, sin que sea necesario proceder a una evaluación previa y sin perjuicio de las reglas siguientes:

1.- Se considerará justo motivo para solicitar la ampliación del embargo, el mayor valor que experimente en el mercado la moneda extranjera adeudada.

2.- El ejecutante que ejercitare los derechos que le conceden los artículos 499°, N° 1 y 500°, N° 1, del Código de Procedimiento Civil, deberá pedir que se le liquide su crédito en moneda nacional, al tipo de cambio que proceda en conformidad al artículo 20.

3.- El pago se hará en moneda corriente al tipo de cambio referido en el número anterior.

4.- Las cuestiones relativas a la equivalencia de la moneda extranjera no podrán servir de fundamento para la oposición a la demanda y se ventilarán por la vía incidental al momento en que se ejerciten los derechos señalados en los dos números precedentes, según corresponda.

Artículo 23.- Para los efectos del pago por consignación de alguna de las obligaciones comprendidas en el artículo 20, el deudor acompañará a la minuta exigida por el artículo 1.600, N° 5, del Código Civil, **un certificado de un banco de la plaza otorgado con no más de dos días de anterioridad** a aquél en que se efectúe la oferta, en el cual conste la equivalencia en moneda nacional, al tipo de cambio vendedor, de la moneda extranjera adeudada, a la fecha del certificado. El deudor podrá en todo caso, consignar en la moneda extranjera adeudada.

Artículo 24.- En las obligaciones expresadas en moneda extranjera para pagarse en moneda nacional **no podrá pactarse otra forma de reajuste que la que llevan implícita**. Esto se fundamenta ya que la moneda extranjera tiene su propio

reajuste. Ej.: El valor del dólar hoy es distinto al de ayer.

J. Otras disposiciones de la ley.

Artículo 25.- En los juicios de cobro de cualquier obligación de dinero reajutable el pago se hará en moneda corriente liquidándose el crédito a esa fecha, por el valor que tenga el capital reajustado según el índice pactado o la Unidad de Fomento, según corresponda.

Si el juicio fuere ejecutivo, no será necesaria evaluación previa.

Artículo 26.- Lo dispuesto en los artículos 2º, 8º y 10 será también aplicable a las obligaciones de dinero constituidas **por saldos de precio de compraventa de bienes muebles o inmuebles.** (relacionado con la novación por cambio de causa)

Artículo 30.- Las operaciones de crédito de dinero o aquellas operaciones de dinero a que se refiere el artículo 26 que tengan vencimiento en dos o más cuotas y contengan **cláusula de aceleración** deberán liquidarse al momento del pago voluntario o forzado o de su reprogramación con o sin efecto novatorio, conforme a las siguientes reglas:

1.- Las obligaciones no reajustables considerarán el capital inicial o el remanente al cual se añadirán los intereses corrientes o convencionales según sea el caso y las costas hasta el instante del pago o de la reprogramación.

2.- Las obligaciones reajustables considerarán el capital al momento de contraer la obligación y éste o su remanente se pagará debidamente actualizado según la reajustabilidad pactada en su equivalente en moneda corriente al instante del pago o reprogramación, más los intereses y costas a que se refiere el número anterior. En caso de prepago, éste se ajustará a lo previsto en el artículo 10.

En aquellas operaciones de crédito de dinero cuyo capital **sea igual o inferior a 200 unidades de fomento (\$4.500.000 aprox.)** no podrá en caso alguno hacerse exigible la obligación en forma anticipada, **sino una vez cumplidos sesenta días corridos desde que el deudor incurra en mora o simple retardo en el pago.** Esta excepción también se aplicará a las operaciones de crédito de dinero que cuenten con garantía hipotecaria de vivienda cuyo capital sea igual o inferior a 2.000 unidades de fomento. Todo pacto en contravención a esta disposición se tendrá por no escrito.

Los derechos que en este artículo se establecen en favor del deudor, son irrenunciables.

Artículo 36.- Las leyes actualmente en vigencia o que se dicten en el futuro, que hagan referencia a tasas de interés corriente, interés máximo convencional o a tasas de interés máximo convencional, se entenderá que hacen referencia a las disposiciones de la presente ley.

III. CONTRATO DE DEPÓSITO Y SECUESTRO.

A. Generalidades:

1. Concepto: Art. 2211. Llámese en general depósito el contrato en que se **confía** una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie. La cosa depositada se llama también depósito.

- Partes:

- Depositante: Quien entrega la cosa.
- Depositario: Quien la recibe

2. Características:

A. Contrato Real: 2212

Esta entrega puede hacerse de cualquier modo que transfiera la tenencia de lo que se deposite, incluso las partes pueden convenir en que una de ellas retenga como depósito lo que estaba en su poder por otra causa. (2213) (Constituto posesorio)

B. Es un Título de Mera Tenencia:

Esta es la que se ejerce sobre una cosa no como dueño, sino que a nombre y en lugar del dueño. (714). En consecuencia, por el depósito no se transfiere al depositario el dominio de la cosa ni éste se transforma en poseedor de la misma.

C. Contrato Unilateral:

Una parte se obliga para con otra que no contrae obligación alguna. En este contrato es el depositario quien se obliga a cuidar la cosa y luego a restituirla en especie. Sin perjuicio de ello estamos frente a un contrato sinalagmático imperfecto y durante el curso del contrato pueden surgir obligaciones para el depositante como pagar las expensas e indemnizar los perjuicios.

D. Contrato Esencialmente Gratuito:

Por lo tanto, va en utilidad de uno solo de los contratantes soportando el otro el gravamen. Este contrato va en utilidad del depositante (acreedor) y quien va a soportar el gravamen será el depositario razón por la cual responderá de culpa grave o lata.

De acuerdo con el artículo 2219 si se estipula remuneración por la simple custodia de una cosa el depósito **degenera en arrendamiento de servicios** y el que presta el servicio es responsable hasta de la culpa leve. (1547). En todo lo demás el contrato y el deudor están sujetos a las obligaciones y derechos del depositario (cuando es remunerado), salvo graduación de la culpa.

Esta característica no se aplica al secuestro el que puede ser remunerado. Debe tenerse presente que la gratuidad dice relación con un contenido o significado patrimonial, ya que el contrato puede ir en interés de ambas partes, por ejemplo, si el depositario puede usar la cosa, pero la convención sigue siendo igualmente gratuita.

E. Contrato Principal.

F. Es un contrato intuitu personae.

Igual que acontece con el art. 2116, que define al mandato, en el art. 2211 se deja en claro que el depósito es un **contrato de confianza**, y, por ende, resulta determinante la persona del otro contratante. En efecto, el depositante, por regla general, tomará en consideración las aptitudes personales, la rectitud y la honestidad del depositario, para confiarle la custodia de algunos bienes. Excepcionalmente, no será posible calificar al depositario, tratándose del depósito necesario. Desde otro punto de vista, el contrato de depósito también supone que el depositario acepte custodiar gratuitamente las cosas, en consideración a la persona del depositante.

En relación con lo anterior, si bien es cierto que el art. **2226 impide al depositante pedir que se declare la nulidad del contrato, cuando verba acerca de la identidad del depositario, el art. 2226 le permite pedir la restitución de las cosas depositadas en cualquier tiempo, subsanando por esta vía la equivocación en que incurrió al ponderar los atributos personales del depositario.** El mismo artículo, en todo caso, si admite el error en que pueda incurrir el depositario, en la persona del depositante.

3. Clasificación. 2214. El depósito es de dos maneras: depósito propiamente dicho, y secuestro.

Regular o Irregular.

A. Regular: A su vez:

A.1) Propiamente dicho
Voluntario.
Necesario.

A.2) Secuestro:
Convencional
Judicial

B. Irregular.

Depósito propiamente dicho Voluntario.

1. Definición:

Art. 2215. El depósito propiamente dicho es un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante.

Si comparamos la definición de depósito en general (artículo 2211) con el depósito propiamente dicho (artículo 2215), observamos desde ya dos diferencias:

1º En el depósito en general, la cosa que se confía es una cosa "corporal", y, por ende, podría ser mueble o inmueble; en el depósito propiamente dicho, la cosa ha de ser "corporal y mueble";

2º En el depósito propiamente dicho, la restitución debe efectuarla el depositario "a voluntad del depositante", o sea, cuando éste la requiera; en el depósito en general, la restitución podría no depender de la voluntad del depositante.

2. Objeto del contrato:

- Debe tratarse de una cosa corporal y mueble y en consecuencia se excluyen los derechos y bienes raíces.
- Debe tratarse de una especie o cuerpo cierto ya que el depositario deberá restituir la misma especie dada en depósito.
- Nada impide sin embargo que las partes acuerden un depósito de inmueble, pero en tal caso estaremos ante un contrato innominado o atípico, al que en todo caso habría que aplicarle, supletoriamente de la voluntad de las partes, las normas del depósito.

3. Capacidad: Artículo 2218

a) Como regla general digamos que este contrato no puede tener pleno efecto sino entre personas capaces de contratar.

b) Si el depositante fuere incapaz, contraerá sin embargo el depositario todas las obligaciones de tal. **Es decir, la incapacidad del depositante no invalida el contrato (porque el contrato va únicamente en utilidad del depositante).** Hay otros autores que sostienen que el contrato adolecerá de nulidad, pero esta nulidad aprovecha solo al incapaz, debiendo el depositario cumplir sus obligaciones.

c) Si el Depositario fuere incapaz, el depositante tendrá distintas acciones.

- El depositante puede reclamar la cosa depositada, sólo mientras esté en poder del depositario;
- Si el depositario hubiere enajenado la cosa, sólo tendrá acción el depositante contra el depositario, hasta el monto en que por el depósito se hubiere hecho más rico el depositario (norma similar a la del artículo 1688);
- El depositante puede interponer las acciones correspondientes contra los terceros que hubieren adquirido del depositario o que tuvieran la cosa en su poder.
- Todo lo anterior es sin perjuicio de la pena que las leyes le impongan al depositario en caso de dolo. El delito es una especie de estafa por abuso de confianza, regulado en el ART 470 n°1 del CP

4. Error: Artículo 2216. El error acerca de la identidad personal de uno de los contratantes, o acerca de la sustancia, calidad o cantidad de la cosa depositada, **no invalida el contrato.**

El art. 2226 le franquea una vía más expedita, cual es la de pedir derechamente la restitución de la cosa.

Tampoco invalida el contrato el error acerca de la sustancia, calidad o cantidad de la cosa depositada. Dicho error, afectará ciertamente al depositario.

En dos casos, sin embargo, la ley autoriza al depositario para restituir de inmediato la cosa depositada:

- ☐ cuando padece error acerca de la persona del depositante;
- ☐ cuando descubre que la guarda de la cosa depositada le acarrea peligro.

5. Prueba (2217 c. c).

Cuando según las reglas generales deba otorgarse el contrato por escrito y se hubiere omitido esta formalidad será creído **el depositario sobre su palabra, sea**

en orden al hecho mismo del depósito, sea en cuanto a la cosa depositada, sea en cuanto a su restitución.

Por lo tanto, el contrato deberá constar por escrito, cuando la cosa depositada sea de un valor superior a 2 Unidades Tributarias Mensuales, de acuerdo a la regla general de los arts.

1708 y 1709;

6. Obligaciones del Depositario.

1. Guardar la cosa con la debida fidelidad

1) Depositario responde de culpa grave o lata. Arts. 2222 inciso 2 y 1547.

En todo caso podrá responder de culpa leve en las siguientes situaciones:

- Si se ha ofrecido espontáneamente o ha pretendido se le prefiera a otra persona para depositario.
- Si tiene algún interés personal en el depósito, sea porque se le permita usar de él en ciertos casos, sea porque se le conceda remuneración.
- Las partes están facultadas para estipular que el depositario responda de toda clase de culpa. Las partes, en todo caso, no podrán estipular que el depositario queda exonerado de toda culpa, pues la culpa grave equivale al dolo en materia civil (art. 44), y por ende estaríamos ante una condonación del dolo futuro y por tanto ante objeto ilícito (art. 1465).

2) El depositario no tiene la facultad de usar la cosa depositada sin el permiso del depositante (2220 inciso 1). Este permiso puede ser expreso o tácito y en ciertos casos puede incluso presumirse quedando al arbitrio del juez calificar las circunstancias que justifiquen la presunción, como las relaciones de amistad y confianza entre las partes, como por ejemplo relaciones de amistad o confianza entre las partes. Se presumirá más fácilmente este permiso en las cosas que no se deterioran por el uso.

3) La obligación de guardar la cosa comprende la de respetar los sellos y cerradura del bulto que la contiene (2223). Si se han roto estos sellos o forzado las cerraduras se distingue (2224):

- Si fue con culpa del depositario: se estará a la declaración del depositante en cuanto al número y calidad de las especies depositadas. Se presume culpa del depositario en todo caso de fractura o forzamiento.
- Si no hubo culpa del depositario en caso de desacuerdo se requerirá de prueba.

4) Si el depósito es de confianza el depositario no debe violar el secreto ni podrá ser obligado a revelarlo. Es aquel en el cual el depositante instruye al depositario para no revelar a terceros el contenido del depósito o incluso la circunstancia de haberse celebrado el contrato.

2. Restituir la cosa a requerimiento del depositante.

a) ¿Cómo se debe hacer?

- Debe restituirse la misma cosa o cosas individuales que se han confiado en depósito, aunque consistan en dinero o en cosas fungibles, **salvo el caso del depósito irregular del Art. 2221.**

- La cosa depositada debe restituirse con todos sus accesorios y frutos (2229).
- El depositario que no se ha constituido en mora de restituir no será responsable del caso fortuito fuerza mayor, pero si a consecuencia del accidente recibe el precio de la cosa depositada, u otro en lugar de ella, será obligado a restituir el depositante lo que se le haya dado. Art. 2230. Si el depositario estaba en mora de restituir, será responsable del caso fortuito o fuerza mayor (aplicación del art. 1672: la obligación del depositario subsiste, pero varía de objeto, pues deberá restituir, en lugar de la cosa depositada, su precio más indemnización de perjuicios, o sólo la última).
- Los costos de transporte que sean necesarios para la restitución del depósito serán de cargo del depositante. Art. 2232

b) Herederos: La obligación de restituir pasa a los herederos. Si los herederos han enajenado la cosa depositada se distingue Art. 2231

1. Si no tenía noticia del depósito o estaba de buena fe. El depositante tiene underecho alternativo:

- si no puede o no quiere interponer la acción reivindicatoria o ésta es ineficaz, puede exigir a los herederos que le restituyan lo que recibieron por la cosa;
- que los herederos le cedan las acciones que les competan en virtud de la enajenación.

2. Los herederos conocían del depósito.

Herederos estarán obligados a indemnizar todo perjuicio e incluso pueden ser sujetos pasivos de una acción penal por estafa.

c) ¿Cuándo debe restituirse? La regla general que se desprende de los artículos 2215 y 2216 inciso 1; la restitución es a voluntad del depositante.

Si se ha fijado en el contrato un plazo para efectuar la restitución esta cláusula será solo obligatoria para el depositario, quien en consecuencia no podrá restituir el depósito antes del tiempo estipulado.

Por excepción el depositario puede restituir anticipadamente en los casos que señala la ley como, por ejemplo:

- cuando el depósito pelagra en poder del depositario
- cuando el depósito cause perjuicio al depositario.

Si el depositante rechaza la restitución podrá ser consignada con las formalidades legales.

d) Artículo 2233:

Se aplican al depósito las reglas de los artículos 2181- 2185 (normas en materia de comodato y son casos en los cuales el comodatario puede suspender la restitución de la cosa).

7. Obligaciones del Depositante.

Se trata este de un contrato unilateral, razón por la cual, en principio, no surgen obligaciones para el depositante. No obstante, lo anterior se trata de un contrato sinalagmático imperfecto de manera que pueden surgir obligaciones para el depositante durante el curso del contrato.

Estas obligaciones están el Art.2235 y son:

- a) El depositante debe indemnizar al depositario de las expensas que haya hecho para la conservación de la cosa, y que probablemente hubiera hecho el mismo teniendo la cosa en su poder.
- b) Indemnizar al depositario de los perjuicios que sin culpa de él (depositario) le haya ocasionado el depósito.

8. Derecho de retención del depositario (artículo 2234). La regla general es que el depositario no puede sin consentimiento del depositante retener la cosa dada en depósito a título de compensación o en seguridad de lo que el depositante le deba. Por excepción el depositario puede retener el depósito en razón de las expensas y perjuicios de que habla el artículo 2235.

B. Depósito Irregular: Se encuentra recogido en el Artículo 2221:

“En el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda”.

Es aquel en que el depositario en lugar de la misma cosa que ha recibido se obliga a restituir otras tantas del mismo género y calidad. En concreto debe restituir en la misma moneda. **El depositario se hace dueño de la cosa (dinero) y en consecuencia estamos frente a un título translativo de dominio motivo por el cual no se restituye la misma cosa dada en depósito y además se permite emplearla.**

Para estos efectos el legislador presume que cuando concurren las circunstancias del artículo 2221 se ha conferido al depositario la facultad de usar de la cosa depositada.

Del artículo 2221 se desprende que estamos en presencia del depósito irregular cuando se ha dado en depósito dinero y el mismo no se ha entregado en arca cerrada cuya llave tiene el depositante o con otras precauciones que impida tomar el dinero sin fractura.

A contrario sensu si el dinero se deposita en arca cerrada, la llave la tiene el depositante y se toman precauciones para evitar que se pueda tomar con fractura estamos en presencia de un depósito regular propiamente dicho.

Este es el caso de los depósitos de dinero hechos en Bancos, forma mucho más usual que el depósito ordinario.

El depósito irregular y el mutuo se identifican prácticamente. El Banco que recibe depósitos de dinero se encuentra en la práctica en igual situación que si los hubiere recibido en préstamo, con mayor razón si debe restituir capital más intereses. En teoría, existe una diferencia: en el mutuo, se estipula un plazo pendiente el cual no puede demandarse la restitución; en el depósito, el depositante puede exigir la restitución “a su voluntad”. Sin embargo, esta diferencia es meramente accidental

y en la práctica no existe en los depósitos de ahorro a días determinados (por ejemplo, un depósito a 35 días). Son tan semejantes que incluso hay autores que señalan que el depósito irregular es una forma de operación de crédito de dinero.

Diferencias entre Depósito Irregular y Operación de Crédito de Dinero.

1. Beneficio:

- Mutuo: Resulta beneficiado el mutuuario.
- Depósito: Resulta beneficiado depositante.

2. Culpa:

- Mutuo: Mutuario responde de culpa levísima.
- Depósito: Depositario responde de culpa lata Art.1547

3. Restitución de la cosa.

- Mutuo: Plazo estipulado por las partes o término de 10 días
- Depósito: A requerimiento depositante.

Hay autores que señalan que estas tres diferencias son solo de carácter accidental y, por lo tanto, en el fondo, el depósito irregular es solo una especie dentro del género "operaciones de crédito de dinero ". Solo el depósito irregular puede considerarse operación de crédito de dinero ya que el depósito propiamente dicho es esencialmente gratuito y las operaciones de crédito de dinero esencialmente onerosas.

Depósito Necesario.

1. Definición Art. 2236.

"El depósito propiamente dicho se llama necesario, cuando la elección de depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina, saqueo, u otra calamidad semejante". De todos modos, estamos frente a un contrato; aunque la voluntad del depositante está condicionada a las circunstancias de hecho.

2. Características:

1. Es admisible toda clase de prueba, incluso la de testigos. Art.2237. Se relaciona con el art 1711.
2. Se eleva la responsabilidad del depositario; responde de culpa leve.
3. Capacidad: 2238:
El depósito necesario de que se hace cargo **un adulto que no tiene la libre administración de sus bienes, pero que está en su sana razón** (algunos creen que se comprende al menor adulto, otros al interdicto por disipación) constituye un cuasi contrato que obliga al depositario sin la autorización de su representante legal. Puesto que el depositante no puede cerciorarse de la capacidad del depositario, sería injusto aplicarle el art. 2218. Por imposición de la ley, el incapaz, sin autorización de su representante legal, contrae las obligaciones propias del depositario.
4. En lo demás se aplican las normas del depósito voluntario. Art.2240

Depósito de efectos en hoteles y posadas.

La ley asimila al depósito necesario a el que hace un pasajero de sus efectos en poder del posadero o de sus dependientes. También se asimila otros establecimientos semejantes. Arts. 2241,2248

Reglas especiales del depósito en hoteles.

1. El código establece la responsabilidad del posadero por los daños que sufren las cosas depositadas. Esta responsabilidad se extiende **al hecho suyo, al de sus dependientes y al de terceros incluso por robo o hurto**, pero no se extiende al caso fortuito o fuerza mayor salvo culpa o dolo del posadero. Art.2242

En materia contractual no hay regla general en orden a que una persona responda por sus dependientes. Hay normas como el Art. 1679 y esta disposición.

2. Obligación respecto de la seguridad de los efectos del pasajero. (2243).

3. ART 2244 sobre la carga de la prueba; que la tiene el alojado. Deberá acreditar el número, calidad y valor de los efectos desaparecidos. El mismo ART 2244 dice que el juez está facultado para despreciar la prueba testimonial cuando las circunstancias le parezcan sospechosas o no le inspire confianza

e. ART 2245 sobre una obligación al alojado que ande con especies preciosas

f. ART 2246 y ART 2247 que tiene normas de exoneración de responsabilidad del posadero que son en primer lugar cuando hay negligencia del alojado y en segundo lugar cuando se conviene exonerarlo de ella. Si comete una falta grave o dolo, la cláusula de exoneración no es suficiente por la gran falta de negligencia.

4. Recordemos que, sobre estos bienes, puede alegarse una preferencia de segunda clase, para el pago del crédito del hotelero o posadero (artículo 2474, número 1).

El Secuestro:

1. Definición:

Art. 2249

El secuestro es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor. El depositario se llama secuestre y el **secuestro es una medida precautoria**.

2. Clasificación:

Artículo 2252: "El secuestro es convencional o judicial.

a) Convencional: se constituye por el solo consentimiento de las personas que se disputan el objeto litigioso.

b) Judicial: se constituye por decreto de juez y no ha menester otra prueba.

3. Reglas Aplicables: (2250).

Las reglas del secuestro son las mismas que las del depósito propiamente dicho, salvo las disposiciones especiales que contiene este párrafo y lo dispuesto en los artículos 290 y 291 del c.p.c.

4. Objeto del secuestro: (2251).

Pueden ponerse en secuestro no solo cosas muebles, sino también bienes raíces. De

acuerdo con el Artículo 2215 el depósito propiamente dicho solo puede tener por objeto una cosa corporal y mueble.

El Art. 2251 señala que pueden ponerse en secuestro no solo cosas muebles, sino también bienes raíces. Se ha discutido si procede **el secuestro judicial (por resolución judicial)** de un inmueble.

Opinión mayoritaria: no procede el secuestro judicial de un inmueble no obstante que el Art. 2251 expresamente contempla esta posibilidad. Para llegar a esta conclusión se sostiene que el Art. 291 del CPC, que es posterior al c.c., modificó las reglas que éste contiene acerca del secuestro, así el Art. 291cpc contempla el secuestro solo respecto de los bienes muebles circunstancia que incluso quedó recogida en la historia fidedigna del establecimiento del CPC. Adicionalmente esta postura señala que es el Art. 901, referido a los muebles, el que trata el secuestro en cambio en el Art. 902, relativo a los inmuebles, se guarda silencio acerca de su procedencia.

Opinión minoritaria: estima que sí procede el secuestro judicial de un inmueble, ya que así lo reconoce el Art. 2251 y porque el Art. 902 faculta al demandante para solicitar "todas las providencias necesarias", sin excluir el secuestro.

5. Derechos y facultades del secuestre:

1. Derecho de persecución: (2254).

Perdiendo la tenencia de la cosa depositada podrá el secuestre reclamarla contra toda persona, incluso contra cualquiera de los depositantes que la haya tomado sin consentimiento del otro o sin decreto del juez.

2. El secuestre de un inmueble relativamente a su administración tiene las facultades de un mandatario. Art. 2255

6. Obligaciones del Secuestre:

1. El secuestre no puede exonerarse de su cargo, sino por necesidad imperiosa de que dará aviso a los depositantes, si el secuestro fuere convencional, o por decreto del juez, en el caso contrario para que disponga su relevo.

2. El secuestre de un inmueble relativamente a su administración tiene las facultades y deberes de mandatario y deberá dar cuenta de sus actos al futuro adjudicatario.

3. Pronunciada y ejecutoriada dicha sentencia, debe el secuestre restituir el depósito al adjudicatario. Art. 2257 inc. 1.

7. Obligaciones del depositante: Artículo 2253:

Los depositantes contraen para con el secuestre las mismas obligaciones que el depositante respecto del depositario en el depósito propiamente dicho en lo que se refiere a expensas y perjuicios.

8. Terminación del secuestro:

- Por sentencia de adjudicación pasada en autoridad de cosa juzgada.
- Por una necesidad imperiosa del secuestro.
- Antes de la dictación de la sentencia por voluntad unánime de las partes (si es convencional) o por decreto de juez en su caso.

Secuestro Judicial (290 N.º 1, 291 y 292 c.p.c.).

Es una medida precautoria que tiene lugar en los siguientes casos:

1. Cuando se ejerce una acción reivindicatoria respecto de cosa mueble en los términos del artículo 901.
2. Cuando se entablen otras acciones con relación con una cosa mueble determinada y haya motivo de temer que se pierda o deteriore en manos de la persona que, sin ser poseedora de dicha cosa la tenga en su poder.
3. Son aplicables al secuestro las disposiciones del código de procedimiento civil relativas al depositario de bienes embargados. Art.292 C.P.C.

De lo anterior se desprende que el secuestro judicial solo recae sobre cosas corporales muebles y en cambio el convencional puede recaer sobre muebles e inmuebles

CONTRATOS DE GARANTÍA O ACCESORIOS.

Aquellos que complementan la solvencia del deudor y garantizan el eficaz ejercicio del derecho de prenda general (Art. 2465)

Desde el momento que se contrae una obligación el acreedor es titular del derecho de prenda general. No obstante, ello nada le garantiza que el deudor no caiga en insolvencia y que, por lo tanto, no pueda hacer frente a las obligaciones que contrajo. Por ello los contratos de garantía cobran importancia.

Estos contratos en términos amplios son una caución, es decir, **cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena** (Art.46).

Las cauciones pueden clasificarse del modo que sigue:

1. Personales:

Se caracterizan porque el acreedor tiene otro patrimonio distinto al del deudor para perseguir el cumplimiento de una obligación. En otras palabras; el derecho de prenda general no solo se ejerce en el patrimonio del deudor, sino que también en el de otra persona.

Ejemplos:

- Fianza.
- Cláusula penal
- Solidaridad Pasiva
- Arras en la c/v y arrendamiento.
- Indivisibilidad pactada por el causante respecto de los herederos.

2. Garantías Reales:

Se caracteriza porque se afectan determinados bienes al cumplimiento de una obligación.

Ejemplos:

- Hipoteca.
- Prenda.
- Anticresis
- Derecho legal de retención.

En un caso tengo un patrimonio y en otro un bien determinado

3. Privilegios: Consisten en la facultad o derecho del acreedor de pagarse en forma preferente respecto de otros. Por regla general estos privilegios son personales, salvo la penda e hipoteca.

Recordemos que, en términos generales, garantía y caución no son sinónimos, puesto que estas últimas son “contraídas” por las partes, y en cambio las garantías se encuentran en la ley. (ej.: derecho legal de retención)



Tutores Derecho