

## LA FIANZA.

### A. Generalidades.

#### 1. Definición:

Art. 2335: La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.

La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador.

- ¿La fianza es un contrato? Si bien la definición señala que es una obligación personal, ella es un contrato, no obstante que el artículo 2336 señala que la fianza puede ser convencional, legal o judicial. De la lectura del artículo 2336 pareciera que solo la fianza convencional es un contrato, pero la correcta interpretación de esta disposición es que el artículo 2336 establece cual es el origen que puede tener la obligación de constituir la fianza, pero la constitución misma de la fianza es siempre a través de un contrato.

- El fiador recibe el nombre de deudor subsidiario ya que solo va a responder en la medida que el deudor principal no cumpla su obligación.

- Partes del contrato: El contrato de fianza se **celebra entre acreedor y fiador**. El deudor es un tercero ajeno a esa relación y por ende puede **constituirse sin orden, sin consentimiento y aun contra la voluntad del deudor principal**. Art.2345.

#### 2. Características del contrato:

##### A. Contrato Consensual.

El consentimiento del fiador debe ser expreso ya que la fianza no se presume (Arts. 2347- 1443), sin perjuicio de la limitación de la prueba de testigos del art 1708 y siguientes.

Por excepción la fianza es solemne en los siguientes casos:

1. La que debe rendir los tutores o curadores ya que debe otorgarse por escritura pública (855 c.p.c.).
2. La fianza mercantil debe otorgarse por escrito (820 códigos de comercio).
3. La fianza que debe rendirse en la solicitud de medida prejudicial precautoria o de medida prejudicial innominada. Art.398 c.p.c.

##### B. Contrato unilateral.

De la definición del artículo 2335 se sigue que en este contrato **el único que se obliga es el fiador y se obliga a pagar**, en el evento que no lo haga el deudor principal.

Sin embargo, es posible que entre el fiador y el acreedor se pacte una remuneración, caso en el cual el contrato pasa a **ser bilateral** y por lo tanto la convención degenera en otra diversa, **degenera en un contrato de seguro** (En todo caso toda compañía de seguros requiere ser sociedad anónima)<sup>21</sup>, en el cual la prima sería la remuneración y el riesgo el no cumplimiento por parte del deudor.

##### C. Contrato Gratuito.

Persigue la utilidad para uno solo de los contratantes (acreedor), soportando la otra el gravamen (fiador).

- Se dice por Somarriva que la **gratuidad es de la esencia** de este contrato, incluso en el caso en que el fiador pacte con el deudor principal que el segundo pague al primero una remuneración o emolumento por el servicio prestado. En efecto, en este caso la fianza no pierde el carácter de contrato gratuito, puesto que en el pacto mencionado no interviene el acreedor, quien es parte sólo en el contrato de fianza, y no en la convención que vincula al deudor principal y al fiador. En este sentido, se razona, no debemos olvidar que el artículo 1440, al definir el contrato oneroso, exige que cada parte se grave a favor de la otra, lo que no ocurre si es un tercero ajeno al contrato quien se obliga a pagar una remuneración al fiador.

- López Santa María discrepa de la conclusión de Somarriva, poniendo el énfasis del contrato oneroso en la utilidad que obtengan ambos contratantes, aunque uno de ellos se beneficie por la prestación de un tercero y no de su contraparte.

Podría sostenerse que la fianza sería un contrato bilateral y además oneroso, cuando es el acreedor y no el deudor principal quien remunera al fiador por sus servicios, pero en verdad, opina Somarriva, en este caso no estaríamos frente a una fianza, a pesar de su carácter gratuito, la fianza no constituye donación, como lo deja en claro el artículo 1397.

- Alessandri: En el evento de que el fiador pacte con el deudor una remuneración estaremos en presencia de un contrato atípico, estaremos en presencia de un contrato distinto porque el deudor es un tercero ajeno al contrato de fianza.

- Pablo Rodríguez: Cree que la gratuidad es un elemento de la naturaleza del contrato y en consecuencia el fiador podría estipular con el deudor una remuneración pecuniaria por el beneficio que le presta. Lo anterior se encuentra en el artículo 2341.

#### **D. Contrato Accesorio:**

Tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal de manera que no puede subsistir sin ella.

#### **Consecuencias:**

- Extinguida la obligación principal, se extingue también la fianza. Así, si la obligación principal fuere nula, también lo será la obligación accesoria. Excepcionalmente, no ocurrirá lo anterior cuando la obligación principal es nula por incapacidad relativa del deudor principal, porque **el fiador no puede oponer al acreedor las excepciones personales de que goza el deudor principal, entre las que se encuentra la incapacidad de obligarse.**

- El fiador tiene la facultad para oponer al acreedor todas las excepciones que deriven de la obligación principal (artículo 2354): en otras palabras, lo que puede oponer el fiador al acreedor son las **excepciones reales**, pero no las personales del

deudor.

- La obligación del fiador no puede ser más gravosa que la obligación principal (artículo 2344): lo que sí puede ocurrir es que el fiador se obligue por menos, no sólo respecto a la cuantía de la obligación, sino también en cuanto al tiempo, lugar, modalidades de pago, cláusula penal, etc.:

**1º En cuanto al tiempo:** el fiador se obligaría en términos menos gravosos que el deudor principal, cuando dicha obligación sea pura y simple, mientras que la obligación del fiador estuviere sujeta a un plazo; también puede ocurrir que ambas obligaciones sean puras y simples o estén sujetas a idéntico plazo; lo que no podría ocurrir, es que la obligación del deudor principal estuviere sujeta a un plazo para su exigibilidad y la del fiador fuere pura y simple.

**2º En cuanto al lugar:** infringiría el artículo 2344 aquella estipulación en virtud de la cual el fiador esté obligado a pagar en el domicilio del acreedor, mientras que el deudor principal sólo esté obligado a pagar en su propio domicilio. Tal hipótesis, supondría una obligación más gravosa para el fiador.

**3º En cuanto a la condición:** sería más gravosa para el fiador la obligación, si la obligación del deudor principal está sujeta a una condición suspensiva, mientras que la obligación del fiador es pura y simple y por ende su cumplimiento se puede exigir de inmediato por el acreedor.

**4º En cuanto a la forma de pago:** la obligación del fiador sería más gravosa si está obligado a pagar en dinero efectivo o con un determinado tipo de moneda, mientras que el deudor principal no tiene dicha limitación.

**5º En cuanto a la pena:** en dos casos sería más gravosa la obligación del fiador:

**5.1.** si el fiador se sujeta a una pena para el cumplimiento de su obligación, pero dicha pena no afecta al deudor principal;

**5.2.** cuando ambos deudores, principal y fiador, se sujetan a una pena, pero la del fiador es más grave.

En todos los casos en que la obligación del fiador sea más gravosa que la obligación principal, la sanción correspondiente será la **reducción de la fianza a los mismos términos que la obligación principal.**

Nada impide, en todo caso, que el fiador se obligue en términos más eficaces que el deudor principal, cuando se constituye por ejemplo una fianza hipotecaria (o sea, una fianza y una hipoteca), aunque la obligación principal no la tenga.

#### **E. La fianza es pura y simple, pero admite modalidades (2340).**

Podría creerse que la fianza es condicional, y que la condición consiste en que el deudor no cumpla con lo pactado. Sin embargo, el fiador contrae su obligación directa e inmediatamente, de manera que nos encontramos ante un **contrato puro y simple.** Con todo, nada impide estipular una modalidad, como un plazo o una condición que afecten la exigibilidad, nacimiento o extinción de la fianza, pues todos los actos patrimoniales aceptan modalidades (artículo 2340). Además, cada vez que la obligación principal esté sujeta a modalidades, la fianza también lo estará

La fianza puede otorgarse hasta o desde día cierto, o bajo condición suspensiva o resolutoria.

#### **F. La fianza admite subcontratación (2335 inciso 2).**

El inciso 2º del artículo 2335 permite afianzar al que a su vez constituyó una fianza. Se trata de un subcontrato, y como tal, el subfiador se somete a las mismas reglas que el fiador.

La particularidad de este subcontrato, que lo distingue de los demás que pertenecen a igual categoría contractual, es que, extinguida la fianza por confusión de las calidades de deudor y fiador, persistirá sin embargo la subfianza (art. 2383), lo que se justifica porque la subfianza beneficia al acreedor, y el crédito aún no se ha extinguido, sin perjuicio que ahora, en lugar de tres personas obligadas (deudor, fiador y subfiador), sólo hay dos (deudor y subfiador).

#### **G. Es transmisible. (2352).**

Los derechos y obligaciones de los fiadores son transmisibles a sus herederos.

**H. Responsabilidad:** Hay una alteración, no obstante que el contrato de fianza va en interés exclusivo del acreedor y, que por tanto de acuerdo a las reglas generales del Art. 1547 deberá responder de culpa grave o lata, el fiador responde de culpa leve en todas las prestaciones a que fuere obligado.

Art. 2351 excepción a 1547

### **3. Clasificación de la fianza.**

#### **A. Legal, Convencional y Judicial.**

Esta clasificación no está referida al origen de la obligación del fiador, ya que ella siempre es convencional, sino más bien al origen de la obligación del deudor principal de rendir fianza, según ella tenga su origen en la convención, en un mandato del legislador o en un decreto del juez.

##### **- Ejemplos de Fianza legal:**

1. La del poseedor provisorio de los bienes del desaparecido.
2. Tutores y curadores. (374 y 376)
3. Usufructuario. (775 y 777).

##### **- Ejemplos de Fianza Judicial:**

1. Tratándose del fiduciario, a quien el juez ordena prestar caución de conservación y restitución, cuando el fideicomisario impetró una medida conservativa (artículo 755);
2. Tratándose del dueño de una obra ruinoso, cuando se le ordena rendir caución de resarcir todo perjuicio que sobrevenga por el mal estado del edificio, y siempre que el daño que se teme no fuere grave, pues en caso contrario se ordenará la demolición, no bastando con la caución (artículo 932);
3. Tratándose de aquellos que deban pagar especies legadas, el albacea podrá exigirles que rindan caución (artículo 1292);
4. Tratándose de la fianza que eventualmente se le puede exigir al albacea

fiduciario (artículo 1315)

¿Cuáles son las reglas aplicables a la fianza legal y judicial? Artículo 2336

Regla general: la fianza legal o judicial se sujetan a las mismas reglas de la convencional, no obstante, lo cual existen algunas excepciones:

1. En la fianza legal o judicial puede **substituirse a ella una prenda o hipoteca suficiente aun contra la voluntad del acreedor** (2337 inciso 2). Esto no es posible en la fianza convencional, pues en el último caso rige la ley del contrato, que impide sustituir la garantía sin la anuencia del acreedor.
2. Fianza judicial el fiador **no goza del beneficio de excusión** (2358 numero 4).
3. La fianza convencional es consensual, las otras dos deben contar por escrito.

## **B. Personal, Hipotecaria o Prendaria.**

1. Personal: Acreedor tiene acciones contra el deudor principal y fiador.
2. Hipotecaria o prendaria: El acreedor además de las dos acciones anteriores goza de una acción real para perseguir el bien hipotecado o empeñado por el fiador.

Mediante la fianza personal, el fiador obliga todos sus bienes al cumplimiento de la obligación principal. En la fianza hipotecaria o prendaria, además de obligar todos sus bienes al cumplimiento de la obligación principal, el fiador constituye una hipoteca o una prenda en favor del acreedor, casos en los cuales se constituirá simultáneamente una garantía personal y otra real, por la misma persona.

El artículo 2344 deja en claro que, si bien el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, sí puede obligarse de un modo más eficaz, por ejemplo, con una hipoteca.

En la fianza personal, llamada también simple, el acreedor goza de dos acciones personales:

- la primera acción, en contra del deudor principal;
- la segunda acción, en contra del fiador sobre sus bienes.

En el caso de las fianzas prendarias e hipotecarias, se agrega una tercera acción, de carácter real y además preferente, cuales son precisamente la acción prendaria o hipotecaria.

Si el acreedor ejerce una de estas acciones reales, se producen las siguientes consecuencias:

- el fiador no puede oponer el beneficio de excusión;
- el fiador tampoco puede oponer el beneficio de división, pues tanto la prenda como la hipoteca son indivisibles.

En todo caso hay que precisar lo siguiente. La prenda o hipoteca que otorga el fiador puede revestir dos formas. Ella puede garantizar la obligación del deudor principal, o bien asegurar su propia obligación de deudor subsidiario. Esta distinción importa para el beneficio de excusión, porque en el primer caso ( cuando asegura la obligación del deudor principal) si el acreedor persigue directamente la cosa afecta a la garantía real, el fiador no podría oponer beneficio de excusión ya que su situación es la misma del que hipoteca un bien propio para garantizar una deuda

ajena ( art 2429); en cambio en el segundo caso , si que podría valerse de él, pues la prenda o hipoteca está en este caso garantizando su obligación de fiador, y en su carácter de tal goza del beneficio de excusión.<sup>22</sup>

### **C. Limitada o ilimitada.**

#### **1. Limitada:**

En este caso se determina en el contrato las obligaciones concretas que el fiador toma sobre sí, o bien se limita su responsabilidad a una cantidad fija de dinero. A este respecto el artículo 2367 inciso 2 señala que el fiador que inequívocamente haya limitado su responsabilidad a una suma o cuota determinada no será responsable sino hasta concurrencia de dicha suma o cuota.

#### **2. Ilimitada:**

En ella no se han determinado las obligaciones del fiador ni el monto de la fianza. No obstante, lo cual la fianza no puede ser más gravosa que la obligación principal. (2343 y 2344).

La fianza ilimitada no está expresamente recogida en nuestro código sin perjuicio de ello se deduce de interpretar a contrario sensu el artículo 2367 inc. final. Algunos autores ven el reconocimiento de la fianza ilimitada en el Art. 2347.

### **D. Simple o Solidaria.**

Fianza simple es aquella que confiere al fiador los beneficios de excusión y de división.

En la solidaria se exige al fiador que además se obligue solidariamente con el deudor principal con lo cual pierde los beneficios de excusión y de división.

Algunos autores creen que el pactarse una fianza solidaria ese acto jurídico va a regirse por las normas relativas a la solidaridad, lo cual tiene especial importancia en la solidaridad pasiva de esos deudores (1522).

Alessandri cree que se siguen aplicando las disposiciones de la fianza ya que la solidaridad pactada solo tiene el carácter de una modalidad.

### **E. Civil o Mercantil.**

Esta clasificación va a depender de si la fianza accede a una obligación civil o mercantil. En este segundo caso estamos en presencia de un contrato solemne ya que debe otorgarse por escrito (820 código de comercio).

### **B. Requisitos del contrato.**

Además de los requisitos generales de todo acto jurídico (existencia y validez) la fianza exige:

#### **1. Consentimiento:**

a) **Fiador:** Debe ser expreso ya que la fianza no se presume. (2347)

b) **Acreeedor:** Puede ser expreso o tácito. Será tácito cuando hay un acto que supone la existencia del contrato, por ejemplo, el acreeedor requiere de pago al fiador.

La diferencia entre el fiador y el acreeedor, se explica porque la fianza es una carga para el primero y un beneficio para el segundo. Por ello, la ley adopta mayores precauciones tratándose de la manifestación de voluntad del fiador.

Cabe subrayar que para nada interviene la voluntad del deudor principal, al

<sup>22</sup> agregado diciembre 2018, Somarriva Tratado de las Caucciones.

perfeccionarse el contrato de fianza. Aún más, el artículo 2345 dispone que "Se puede afianzar sin orden y aun sin noticia y contra la voluntad del principal deudor".

- Si el deudor principal solicitó al fiador que asumiera tal condición, hay un mandato entre ellos.

- Si el deudor no supo que el fiador asumía tal condición, estamos ante una agencia oficiosa.

Cualquiera de estas hipótesis, sirve de fundamento a la acción de reembolso del fiador contra el deudor principal

## **2. Capacidad:**

El art.2350 inc. 1 contempla una regla general en orden a que el obligado a prestar fianza debe dar un fiador capaz de obligarse como tal. Dentro del título de la fianza no se contemplan normas específicas que se trate en particular la incapacidad por lo cual habrá que recurrir a las normas generales, así se desprende del Art.2342

Art. 2342 ubicado en la fianza nos remite en materia de capacidad a cada una de las situaciones que ahí aparecen:

**1) Pupilo:** Artículo 404: "El pupilo es incapaz de ser obligado como fiador sin previo decreto judicial, que solo autorizara esta fianza a favor de un cónyuge, de un ascendiente o descendiente, y por causa urgente o grave "

**2) Hijo sujeto a patria potestad:** De acuerdo con lo previsto en el artículo 260, los contratos del hijo no autorizados por el padre o la madre que lo tenga bajo su patriapotestad, le obligarán exclusivamente en su peculio profesional o industrial. Si el menor carece de tal patrimonio, el contrato adolecerá de nulidad relativa, conforme a las reglas generales.

### **3) Mujer casada:**

#### **A) Sociedad conyugal:**

**a)** Por regla muy general quien administra la sociedad conyugal es el marido y por lo tanto si el marido quiere constituirse en fiador y obligar los bienes sociales requerirá el consentimiento y autorización de su mujer. Si el marido no obtiene esta autorización ya no obliga los bienes sociales **sino solo los propios de él** (1749 y 1750), es decir, la sanción será la inoponibilidad.

**b)** Si la mujer quiere constituirse como fiador y actúa con la autorización del marido se entiende que hay un mandato y por lo tanto la mujer obligará los bienes sociales. En cambio, si la mujer actúa sin autorización **obligara sus bienes propios** (1751, 137 y 2151), es decir, la sanción será la inoponibilidad

#### **B) Participación en los gananciales.**

Durante El matrimonio se ven como separados de bienes y al separarse el matrimonio se forma una comunidad para compartir las ganancias. Para los efectos de formar la comunidad es necesario al momento de iniciar el régimen otorgar un inventario de los bienes que cada uno tenía al iniciar el régimen del cual se hace una compensación al finalizarlo. Art.1792 N° 3 y 4

Para constituirse en este caso en fiador se requiere del **consentimiento del otro**

### **cónyuge.**

Si falta, la sanción será la nulidad **relativa de la fianza (relativa porque es en relación a la calidad de la persona no porque falta consentimiento).**

La razón por la cual la ley es más drástica en el caso de participación en los gananciales, debemos buscarla en impedir que se abulte el pasivo de cualquiera de los cónyuges mediante deudas indirectas, de manera que, al finalizar el régimen, se alegue por el deudor ser un cónyuge "pobre" y por tanto sustraerse al pago del crédito de participación en los gananciales

**C)** Si la mujer está totalmente separada de bienes, separada judicialmente o si está actuando en ejercicio de su patrimonio reservado no requerirá de autorización alguna para constituirse en fiador.

### **3. Objeto:**

La obligación del fiador es **siempre la de pagar una suma de dinero aun cuando la obligación principal puede ser de dar, hacer o no hacer** (2343 inciso 2).

A raíz de esto la obligación de pagar una cosa que no sea dinero en lugar de otra cosa o de una suma de dinero, no constituye fianza; por este motivo si se afianza un hecho ajeno, se afianza solo la indemnización que de la inejecución del hecho resulte, no se obliga al hecho.

### **4. Causa:**

La causa de la fianza no debemos buscarla en el vínculo jurídico que liga al acreedor con el fiador, porque la obligación asumida por éste, es ante el primero abstracta o carente de causa. En efecto, la causa debemos buscarla en las relaciones existentes entre el fiador y el deudor principal. En otras palabras, responder a la siguiente interrogante: ¿qué motiva el otorgamiento de la fianza por el deudor? Distinguiamos al efecto entre la fianza gratuita y aquella otorgada mediando un pago o retribución.

- En la fianza gratuita, la causa de la obligación del fiador es la pura liberalidad.
- En la fianza remunerada, la causa se encuentra en el pago que se ofrece por el deudor al fiador.
- Ahora bien, podría ocurrir que no sea el deudor principal sino el propio acreedor quien ofrezca pagar una remuneración a una persona, para que ésta constituya la fianza. Pero en tal caso, si bien no estaríamos ante un acto abstracto, tampoco se trata de una fianza, sino de un contrato innominado que se asemeja al seguro.
- Si el fiador se obliga al hecho, no hay fianza (hay contrato atípico)

### **5. Existencia de una obligación principal a la cual la fianza accede.**

Notas:

- La obligación a la cual accede la fianza puede ser civil o natural, pero en el segundo caso, el fiador no gozará del beneficio de excusión ni tampoco del beneficio de reembolso (artículo 2358).
- Puede afianzarse no solo una obligación pura y simple, sino que también una obligación condicional y a plazo. Art. 2339 parte primera
- Pueden afianzarse obligaciones presentes o futuras.
- Es posible constituir la fianza antes de que exista la obligación principal. La obligación principal puede ser presente o futura (artículo 2339). Si la obligación

es futura, se otorga al fiador la facultad de retractarse hasta que llegue a existir la obligación principal, pero con una limitación: el fiador queda responsable frente al acreedor y frente a los terceros, en la medida que estos estén de buena fe (como en el caso del mandato, artículo 2173). Por lo tanto, si el fiador que se retracta no quiere incurrir en responsabilidad por el hecho de la retractación, debe notificar su decisión de retractarse publicando avisos y notificando al acreedor.

### **C. Fianza Forzosa** (2348 y 2349).

Se ve en los casos absolutamente prácticos y en los casos netamente procesales como por ejemplo en las medidas prejudiciales precautorias. La Regla general consiste en que el fiador se va a obligar para con el acreedor por un acto libre, pero en ciertos casos la ley impone al deudor la obligación de obtener un fiador. Ello sucede en los siguientes casos:

1. Si el deudor así lo estipuló en la obligación principal.
2. Cuando las facultades del deudor disminuyen en términos de poner en peligro manifiesto el cumplimiento de la obligación.
3. Cuando respecto del deudor exista motivo de temer que se ausente del territorio del Estado con ánimo de establecerse en otra parte mientras no deje bienes suficientes para la seguridad de sus obligaciones.
4. Cuando el fiador dado por el deudor cae en insolvencia.

#### Exigencias que en estos casos debe cumplir el Fiador.

- a) Debe ser capaz de obligarse como fiador
- b) Debe tener bienes más que suficientes para hacer efectiva la fianza
- c) Debe estar domiciliado o constituir domicilio dentro de la jurisdicción de la respectiva Corte de Apelaciones. esta se entiende que es aquella que corresponde al domicilio del deudor porque la regla general del ART 1587 es que las obligaciones se cumplen en el domicilio de este último.

Para calificar la suficiencia de los bienes del fiador se van a considerar los siguientes parámetros; (2350 inciso 2-4)

1. Solo se van a tomar en consideración los bienes inmuebles. Excepcionalmente, se tomarán en cuenta los bienes muebles del fiador:
  - fianza mercantil; y
  - cuando la deuda afianzada es módica.
2. No se van a tomar en consideración los siguientes bienes raíces:
  - a) Los embargados o litigiosos.
  - b) Los que no existan en el territorio del estado.
  - c) Los que se hayan sujetos a hipotecas gravosas.
  - d) Los que se hallen sujetos a condiciones resolutorias.
  - e) Si el fiador estuviere recargado de deudas que pongan el peligro aun los inmuebles no hipotecados a ellas, tampoco se contara con estos.

### **D. Efectos de la Fianza.**

Hay que distinguir tres situaciones:

- 1) **Efectos entre el acreedor y el fiador.**
- 2) **Efectos entre el deudor y el fiador.**
- 3) **Efecto entre los cofiadores.**

### 1) **Efecto entre el acreedor y fiador.**

Hay que distinguir dos momentos:

- a) Antes que el acreedor demande al fiador.
- b) Con posterioridad a la demanda.

#### a) **Antes del requerimiento:**

##### 1. **Derecho del fiador a anticipar el pago de la deuda.**

- Regla general: El Art. 2353 señala que el fiador podrá hacer el pago de la deuda **aun antes de ser reconvenido por el acreedor**, en todos los casos en que pudiese hacerlo el deudor principal. Hay una renuncia al plazo por el fiador. Art. 1497.
- El fiador que pagó antes de expirar el plazo de la obligación principal se subroga en el acreedor, pero no podrá reconvenir al deudor principal sino después de expirado el plazo. (2373). Se justifica lo anterior, porque la precipitación del fiador puede privar al deudor de interponer defensas ante la acción del acreedor.
- Obligación de dar aviso al deudor: Cuando el fiador anticipa el pago está obligado a dar aviso al deudor antes de efectuar el pago. Si el fiador omite este aviso se producen las siguientes consecuencias (2377):
  - Deudor podrá oponer al fiador todas las excepciones de que él mismo hubiera podido servirse contra el acreedor al tiempo del pago. (ejemplo: prescripción)
  - Si el deudor pagare de nuevo la deuda no tendrá el fiador recurso alguno contra él, pero podrá intentar contra el acreedor la acción del deudor por el pago indebido (se subroga en deudor)

##### 2. **Derecho del fiador para exigir al acreedor que proceda contra el deudor (2353):**

Cuando la obligación se hace exigible, el fiador tiene derecho a exigir al acreedor para que persiga al deudor (artículo 2356). Si el acreedor, después del requerimiento del fiador, no acciona oportunamente, y el deudor cae en el intertanto en la insolvencia, **el fiador no será responsable de dicha insolvencia sobreviniente.** Como señala Somarriva, este derecho es un verdadero beneficio de excusión anticipado, y tiene por objeto no responsabilizar al fiador por la negligencia del acreedor en perseguir al deudor.

Nada dice la ley acerca de la forma como ha de requerir el fiador al acreedor, de manera que parece prudente sostener que dicho requerimiento se realice a través de receptor judicial, previa orden judicial, en una gestión no contenciosa.

#### b) **Efectos posteriores al requerimiento.**

Fiador puede ser reconvenido judicialmente por el acreedor una vez que la obligación principal se ha hecho exigible aun cuando el deudor principal no esté en mora. El Profesor Pedro Celaya estima que el acreedor puede demandar al fiador solo si el deudor principal está en mora, solo si ha incumplido la obligación

Los efectos que se dan por la demanda del acreedor al fiador son una serie de excepciones típicas para oponer al acreedor, éstas son:

1. **Beneficio de excusión.**
2. **Beneficio de división.**
3. **Excepción de subrogación.**
4. **Excepciones Reales y Personales**

### **1. Beneficio de excusión.**

#### **A. Definición (2357):**

Es aquel de que goza el fiador reconvenido, y en virtud del cual podrá exigir al acreedor que antes de proceder contra él, se persiga la deuda en los bienes del deudor principal y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda.

Por regla general: el beneficio de excusión es facultativo para el fiador (oponer el beneficio).

Por excepción: Pero excepcionalmente, el acreedor estará obligado a respetar el beneficio de excusión, en los siguientes casos:

**1)** Cuando el fiador se hubiere obligado a pagar sólo la parte de la deuda que el acreedor no pudiese obtener del deudor principal (artículo 2365, inciso 2º). Se trata de una responsabilidad residual.

Para que opere la excepción, se requiere una estipulación expresa e inequívoca.

Si el fiador contrae su obligación en los términos indicados, no será responsable de la insolvencia del deudor, concurriendo dos circunstancias:

- que el acreedor haya tenido medios suficientes para hacerse pagar: cabe señalar que el deudor podría tener bienes insuficientes para obtener el acreedor un pago total, pero que permiten un pago parcial, caso en el cual quedará subsistente la responsabilidad del fiador por el remanente;
- que el acreedor haya sido negligente en servirse de los medios que tenía para hacerse pagar: la negligencia ha de corresponder a la de aquél que incurre en culpa leve (artículo 44, considerando que no se agrega ninguna otra calificación a la culpa o negligencia del acreedor).

**2)** Cuando las partes así lo hubieren estipulado.

#### **B. Requisitos del beneficio de excusión:**

**1) Que el fiador no esté privado de este beneficio**, lo está en los siguientes casos:

- Cuando lo hubiere renunciado expresamente. Aunque la renuncia del fiador principal no afecta al fiador subsidiario (2358 número 1 y 2360).
- Cuando el fiador se haya obligado como codeudor solidario con el deudor principal
- Cuando la obligación principal no produzca acción. (2358 N° 2) (obligación natural)

Como la obligación principal no produce acción el acreedor no puede dirigirse en contra del deudor.

- Cuando la fianza ha sido ordenada por el juez. (2358 N° 4)

## **2) Que se oponga en tiempo oportuno 2358 numero 5**

- Fiador demandado por acreedor en Juicio ordinario: El beneficio se hace valer como Excepción dilatoria (303 numero 5 c. p. c).
- Fiador demandado en Juicio ejecutivo: beneficio se hace valer en la oposición de excepciones (464 N° 5).
- Si el fiador es demandado por el acreedor y éste no tiene bienes en ese momento y los adquiere con posterioridad: Art. 305 c.p.c. progreso del juicio por vía de alegación o defensa. En este caso, la solicitud del fiador en la que alega la excusión se tramitará como incidente, y de acuerdo al Código de Procedimiento Civil, deberá promoverlo tan pronto como tenga conocimiento de que el deudor adquirió bienes, so pena de rechazarse de plano el incidente, si en el expediente hay antecedentes que prueben que el fiador sabía de la existencia de bienes en poder del deudor.

## **3) El fiador debe señalar al acreedor los bienes del deudor en los cuales pueda exigir el cumplimiento de la obligación (Se llaman bienes excutidos).**

Esta exigencia es de toda lógica, porque si pudiese alegarse la excusión sin señalar los bienes del deudor principal, significaría una burla al acreedor y un mero expediente dilatorio empleado por el fiador. Toda clase de bienes pueden señalarse por el fiador, muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, pero siempre y cuando se los indique con precisión, pero hay bienes que no se toman en cuenta para la excusión: (2359)

- a) Bienes existentes fuera del territorio del estado.
- b) Los bienes embargados o litigiosos, o los créditos de dudoso o difícil cobro.
- c) Los bienes cuyo dominio está sujeto a una condición resolutoria.
- d) Los hipotecados a favor de las deudas preferentes, en la parte que pareciere necesaria para el pago completo de estas.
- e) Alessandri agrega los bienes inembargables.

## **4) Beneficio de excusión solo puede oponerse una vez.**

Y por lo tanto si la excusión de los bienes designados por el fiador no produjere efecto o no bastare, no podrá señalar otros, salvo que ellos hayan sido posteriormente adquiridos por el deudor principal.

## **C. Costo de la excusión (2361).**

El acreedor tiene derecho para que el fiador le anticipe los costos de la excusión. El inciso primero del artículo 2361 confiere este derecho al acreedor. Si acreedor y fiador no se ponen de acuerdo acerca de la cuantía de la anticipación, ésta será fijada por el juez, nombrando además a la persona en cuyo poder se consignará; dicha persona puede ser el propio acreedor.

Eventualmente, el propio fiador podría estar interesado en hacer la excusión (o sea, dirigirse contra el deudor principal). Para ello, deberá proponer hacerlo en un "plazo razonable". Como la ley no indica que se entiende por tal, queda a la prudencia del juez fijarlo. En todo caso, no basta con la sola petición para que el fiador goce del

derecho, porque el juez podría rechazar la solicitud, considerando que el artículo 2361 dice que, para estos efectos, el fiador “será oído”.

**D. Caso de las obligaciones solidarias (2362).** Un acreedor con varios deudores solidarios y solo uno de ellos tiene fiador. Cuando varios deudores principales se han obligado solidariamente y uno de ellos ha dado fianza, el fiador reconvenido tendrá derecho para que sean excutidos no solo los bienes de este deudor, sino de sus codeudores.

Somarriva critica la norma, señalando que nuestro CC ha sido inconsecuente con respecto al principio establecido en el artículo 2372, porque en este artículo, que alude a la acción de reembolso de que goza el fiador que ha pagado, sólo se concede la acción contra el deudor solidario afianzado, y no contra los deudores solidarios no afianzados. Habría entonces disparidad de criterio para resolver dos casos que debieran tener idéntica solución.

#### **E. Efectos de la excusión:**

**1.** Nos encontramos ante una excepción dilatoria, suspende o retarda la entrada del juicio mientras se practica la excusión.

**2.** Si el acreedor es omiso o negligente en la excusión y el deudor entre tanto cae en insolvencia, no será responsable el fiador sino en lo que exceda al valor de los bienes que para la excusión hubiere señalado. (2365 inc1)

**3.** Si los bienes excutidos no produjeren más que un pago parcial de la deuda será el **acreedor obligado a aceptarlo** y no podrá reconvenir al fiador sino por la parte insoluta. (2364). Excepción al principio de integridad del pago (1591 inciso 1).

**4.** Si los bienes excutidos del deudor producen el pago total de la deuda se extinguirá la obligación principal y con ello la fianza.

#### **2. Beneficio de división**

##### **A. Definición (2367):**

Si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda que no se hayan obligado solidariamente al pago se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa.

##### **B. Requisitos:**

**1.** Que el fiador que lo invoca no haya renunciado al beneficio: nada impide renunciar al beneficio, considerando que está establecido en interés del fiador (artículo 12). Si el fiador renuncia al beneficio y paga el total de la obligación, es subrogado por la ley en los derechos del acreedor contra los restantes fiadores, en el exceso de lo pagado (artículo 2378).

**2.** Que no se trate de fiadores solidarios: el artículo 2367 deja en claro que el fiador solidario carece del beneficio de división; como codeudor solidario, está obligado al pago de toda la obligación (artículo 1511, inciso 2º).

**3.** Que se trate de fiadores de una misma deuda y de un mismo deudor: artículo 2368. No es obstáculo para que se invoque el beneficio de división, la circunstancia de que los fiadores se hubieren obligado separadamente; lo que importa es que sean

fiadores de una misma obligación.

### **C. Forma en que se efectúa la división**

Regla general: División se va a efectuar en partes iguales o viriles.

Excepciones:

**1)** 2367 inciso 2: El beneficio de división opera solo respecto de fiadores solventes y por lo tanto la insolvencia de un fiador gravará a los otros sin que se considere como insolvente a aquel cuyo subfiador no lo está. Es decir, los solventes deberán pagar la parte que el insolvente no puede solucionar por su insolvencia

**2)** 2367 inciso 3: Uno de los fiadores haya limitado inequívocamente su responsabilidad a una suma o cuota determinada. (Ejemplo fianza ilimitada)  
Ej. Deuda de 100, uno Responde solo por 30 y el otro deberá pagar 70

### **3. Excepción de Subrogación.**

**a.** Consiste en la facultad del fiador, para exigir que se rebaje de la demanda del acreedor todo lo que el fiador podría haber obtenido del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal o que se declare extinguida la fianza en todo o en parte, cuando el acreedor ha puesto al fiador en el caso de no poder subrogarse en sus acciones contra el deudor principal o los otros fiadores, o cuando el acreedor por hecho o culpa suya, ha perdido las acciones en que el fiador tenía derecho de subrogarse (artículos 2355 y 2381 número 2). Por ej.: opera en el caso de que se haga irrisoria la posibilidad de cobrar al deudor, ya que este se ha quedado sin bienes y no ha iniciado acciones el acreedor contra el deudor. Por esta negligencia del acreedor se hace imposible que el fiador pagando pueda subrogarse en los derechos del acreedor. Si esto se presenta y el acreedor demanda al fiador, este puede oponer esta excepción por el motivo de que no se podrá subrogar en los derechos del acreedor.

**b.** Fundamento de la excepción.

No hay un solo criterio en la doctrina, para determinar de dónde emana la obligación del acreedor de conservar las acciones que tenga contra el deudor, y de las que espera subrogarse el fiador.

- Para algunos, el acto en virtud del cual el acreedor imposibilita al fiador subrogarse de las acciones del primero, constituye un delito o al menos un cuasidelito civil. Sin embargo, no parece razonable tal postura, pues se olvida que hay un vínculo jurídico, el contrato entre acreedor y fiador, de manera que mal podría aludirse a la responsabilidad extracontractual.

- Con todo, es cierto que la obligación del acreedor de conservar las acciones tampoco podría tener por fuente el propio contrato de fianza, porque de dicho contrato sólo nacen obligaciones para el fiador.

- A juicio de Somarriva, cuando el acreedor no conserva las acciones la **fianza se transforma en un contrato sinalagmático imperfecto**, porque la obligación del acreedor no emana del contrato, **sino de un hecho posterior a su nacimiento, al que la ley le atribuye el carácter de generador de obligaciones.**

- Podríamos señalar también que se trata de una aplicación del principio

general consagrado en el artículo 1546 del Código Civil, que exige a las partes ejecutar el contrato de buena fe. Adicionalmente, podría fundarse en la teoría del abuso del derecho, en el que incurriría el acreedor que no conservó sus acciones contra el deudor principal.

c. Quienes pueden invocar la excepción de subrogación.

- Pueden invocarla **todos los fiadores**, tanto si la fianza es gratuita o remunerada, civil o mercantil, legal, convencional o judicial. Se estima incluso que podría invocarla el **fiador solidario**, porque a pesar de tal calidad, no pierde el carácter de fiador y se rige por las reglas de la fianza.

- Por el contrario, la doctrina mayoritaria **niega esta excepción al que sólo es codeudor solidario, porque ellos son deudores directos**.

- A los anteriores, Somarriva agrega también al **tercero garante hipotecario**, porque si bien no es fiador, su situación presenta muchas similitudes con la del fiador, ya que ninguno es deudor directo. Aún más, tal opinión podría sustentarse en el tenor del art. 2429, inciso 2º, al disponer que el tercero que paga, se subroga al acreedor en los mismos términos que el fiador.

d. Requisitos para que el fiador pueda oponer la excepción de subrogación. Son tales:

- **La pérdida de las acciones debe producirse por hecho o culpa del acreedor**. Así se establece en el art. 2381 N.º 2. Tal ocurriría, por ejemplo, si el acreedor cancela una hipoteca o alza una prenda, o si no inscribe una hipoteca o deja prescribir sus acciones.

- **Las acciones deben haber existido en manos del acreedor al momento de constituirse la fianza**.

Así piensa la mayor parte de la doctrina, basándose en la circunstancia de que el fiador sólo ha podido tener en vista para subrogarse las acciones existentes al momento de obligarse, y no las que aún no ingresaban al patrimonio del acreedor. Cabe señalar que dado los términos amplios del CC, cualquier derecho en que el fiador no pueda subrogarse motivaría el nacimiento de la excepción de subrogación.

- **Debe tratarse de acciones útiles para el fiador**.

Si el acreedor pierde una acción que de haberse conservado y subrogado el fiador ningún beneficio le hubiere reportado a éste, no hay perjuicio alguno y por ende no puede invocarse la excepción de subrogación. Por ejemplo, si el acreedor cancela una hipoteca de tercer grado, existiendo dos acreedores hipotecarios de grado preferente cuyos créditos eran de gran cuantía y que excedieron las resultas del remate.

e. Necesidad de alegar la excepción de subrogación

La liberación del fiador o la disminución de su responsabilidad no operan de pleno derecho, por la sola circunstancia de haber perdido el acreedor las acciones en contra del deudor principal. El fiador, en efecto, debe alegar la excepción de subrogación, y de no hacerlo, se entenderá que renuncia a su derecho, subsistiendo entonces íntegra su responsabilidad. Lo anterior se desprende de las palabras "el

fiador tendrá derecho” (art. 2355), lo que evidencia que se trata de una facultad que puede o no ejercer.

¿Qué ocurre si el fiador no alega la excepción, paga al acreedor y luego, al dirigirse en contra del deudor principal, se encuentra con que las acciones se habían extinguido por culpa del acreedor? En tal caso, Somarriva cree que el fiador **goza de la acción de in rem verso contra el acreedor, para que le restituya la parte en que no ha podido subrogarse.**

**f.** Efectos de esta excepción:

**1.** Fiador tendrá derecho para que se le rebaje de la demanda del acreedor todo lo que dicho fiador hubiere podido obtener del deudor principal o de los otros fiadores por medio de la subrogación legal (2355).

**2.** La excepción de subrogación podrá constituir una causal de extinción de la fianza cuando los derechos se han extinguido totalmente (2381 numero 2).

**g.** Peso de la prueba.

Mediante la excepción de subrogación, el fiador pretenderá que su obligación se extinga total o parcialmente. Por ende, aplicando la regla general del onus probandi en el CC, del art. 1698, corresponderá al fiador acreditar que concurren los requisitos pertinentes para que se acoja la excepción.

#### **4. Excepciones reales y personales (2354).**

El fiador puede oponer al acreedor cualesquiera excepciones reales, como las de dolo, violencia o cosa juzgada; pero no las personales del deudor, como su incapacidad de obligarse, cesión de bienes, o el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir.

- Son excepciones reales o comunes las inherentes a la obligación, es decir las que resultan de su naturaleza; ellas dicen relación exclusivamente con el vínculo jurídico mismo, con prescindencia absoluta de las personas que lo han contraído. Se dicen reales, porque guardan relación con la cosa, en este caso, la obligación; y se llaman comunes, porque pueden ser opuestas por cualquier persona, por cualquier deudor solidario y por el fiador.

- Son excepciones personales las que competen a uno o más deudores en atención a ciertas y determinadas circunstancias o la situación especial en que estos se hallan. Como no dicen relación con la obligación misma sino con ciertas circunstancias personales, sólo puede oponerlas la persona a quien favorecen.

Como se puede observar, la situación del fiador es semejante, en esta materia, a la del codeudor solidario (art. 1520).

Presentan características especiales los vicios del consentimiento, la compensación y la prescripción:

- Excepciones de dolo y violencia: el art. 2354 incluye entre las excepciones reales al dolo y la violencia (o fuerza, en la terminología usual) de que haya sido víctima el deudor. En realidad, **se trata de situaciones que, por regla general, permiten oponer excepciones personales.** Se diferencian en esto entonces la solidaridad y la fianza, porque en la primera se trata de excepciones personales que

sólo puede invocar el deudor víctima del dolo o de la fuerza, mientras que, en la fianza, **se trata de excepciones reales que puede oponer cualquier fiador.**

- **Excepción de compensación:** La regla en virtud de la cual las excepciones personales sólo pueden ser opuestas por aquellos a quienes amparan, no es absoluta; hay ciertas excepciones personales que, no obstante, su carácter, pueden ser opuestas por los demás deudores, que también se aprovechan de ellas. Estas son las llamadas excepciones mixtas y son dos: la remisión parcial de la deuda y la compensación.

La compensación de la deuda es una excepción personal, que también puede ser invocada por los otros codeudores, fiador incluido, cuando el acreedor -no obstante, la compensación parcial o total- demande a otro de los deudores subsidiarios o solidarios el total de la obligación. Una vez producida la compensación respecto de uno, extingue la obligación respecto de todos y se convierte en una excepción real o común que a todos los deudores aprovecha. Pero hay una diferencia entre la solidaridad y la fianza: en la primera, la compensación puede alegarse cuando uno de los codeudores hizo valer la compensación y el acreedor, no obstante, lo anterior, demanda a otro de los codeudores como si la compensación no hubiere operado. En la fianza, también puede operar cuando el deudor principal opuso al acreedor la compensación y el acreedor demanda después al fiador como si tal compensación no hubiere operado, y, además, y aquí está la diferencia, cuando el acreedor demanda al fiador antes que al deudor principal. **Es decir, el fiador puede oponer al acreedor, por vía de compensación, lo que éste deba al deudor principal (lo anterior se deduce de interpretar, a contrario sensu, el art. 1657, inciso 2º).**

- **Excepción de prescripción:** el fiador puede oponer al acreedor la prescripción, a pesar de haber renunciado a la misma el deudor principal (lo que sólo podrá hacerse una vez cumplida, como se recordará): art. 2496. Estamos ante una aplicación del principio según el cual la renuncia de un derecho es de efectos relativos y sólo afecta a quien la hace. **En cuanto al plazo de prescripción de la obligación subsidiaria del fiador, debemos atender al plazo en que prescriba la obligación principal (art. 2516).** Prescritas ambas obligaciones, la principal y la accesoria, pasarán a tener la calidad de obligaciones naturales. **Por lo tanto, si el fiador paga, y no alega por ende la prescripción, no podrá accionar en contra del deudor principal. Pero distinta será la situación cuando la fianza se constituye cuando la obligación principal ya tenía el carácter de natural, pues en tal caso la fianza será una obligación civil, de manera que el fiador requerido por el acreedor deberá pagar, aunque al igual que en la hipótesis anterior, no podrá entablar acción de reembolso contra el naturalmente obligado.**

En relación con esta materia, la doctrina se ha preguntado si la interrupción de la prescripción producida en el deudor o en el fiador, afecta mutuamente al otro. Revisemos por separado la situación:

**1º Interrupción que opera en el deudor:** algunos estiman -Meza Barros, por ejemplo-, que la interrupción de la prescripción que opera en el deudor principal, no afecta al fiador. Fundamentan tal opinión en los siguientes aspectos:

- el silencio del CC sobre el punto;

- la circunstancia de ser relativos los efectos de la interrupción;
- ser distinta la obligación del fiador que la del deudor principal; y que nada tiene de extraño que la prescripción de la obligación del fiador (o más bien de la acción en su contra) prescriba independientemente de la obligación principal, porque el art. 2381 establece que la fianza se extingue por los mismos medios que las otras obligaciones, y dentro de tales medios está la prescripción.

Otros en cambio –Somarriva entre ellos–, consideran que la fianza no prescribe independientemente de la obligación principal, sino conjuntamente con ella, por aplicación del art. 2516. Por lo tanto, mientras subsista la obligación principal, subsistirá también la fianza. Por lo tanto, si la prescripción se ha interrumpido en el deudor principal, afecta también al fiador.

**2º Interrupción que opera en el fiador:** en este caso, se aplica la regla general del efecto relativo de la interrupción de la prescripción, y por ende, el deudor principal podrá alegar la prescripción de las acciones, pues la notificación hecha al fiador no tuvo la virtud de interrumpir en su contra la prescripción. Si concluyéramos lo contrario, ocurriría que lo principal sigue la suerte de lo accesorio, lo que pugna con la lógica jurídica.

### **I. Efectos de la fianza entre fiador y deudor.**

Se distinguen dos momentos:

- A.** Antes de que el fiador haya efectuado el pago.
- B.** Con posterioridad al pago.

#### **A. Antes de que el fiador haya efectuado el pago.**

**1.** El fiador tendrá derecho para que el deudor principal le obtenga el relevo, o le caucione las resultas de la fianza, o consigne medios de pago en los casos siguientes: Art.2369

Notas previas:

- Que el deudor obtenga el relevo de la fianza: “relevar”, según el Diccionario de la RAE, significa, entre otras cosas, “exonerar de un peso o gravamen”; es decir, que el deudor principal realice las gestiones necesarias ante el acreedor, para que éste libere al fiador de la fianza; quien releva entonces es el acreedor, no el deudor principal, porque el segundo no es parte en el contrato de fianza, y ésta no podría alzarse sin el consentimiento del acreedor;
- Que el deudor principal le caucione las resultas de la fianza: vale decir, que se constituya una garantía por el deudor principal a favor del fiador, para el caso que el último pague al acreedor y exija el reembolso al deudor principal; las cauciones pueden ser reales o personales; si la garantía dada por el deudor principal fuere una fianza, la doctrina habla de “contrafianza”; y
- Que el deudor principal le consigne medios de pago: es decir, que el deudor principal le consigne judicialmente el dinero necesario para pagar al acreedor.

Casos en que procede:

- a)** Cuando el deudor principal disipa o aventura temerariamente sus bienes.
- b)** Cuando el deudor principal se obligó a obtenerle el relevo de la fianza dentro de

cierto plazo, y éste se ha vencido

**c)** Cuando se ha vencido el plazo o cumplido la condición que hace inmediatamente exigible la obligación principal en todo o en parte.

**d)** Si hubieren transcurrido 5 años desde el otorgamiento de la fianza. Esta última regla no se aplica en los siguientes casos:

1) Cuando la obligación principal se haya contraído por un tiempo determinado más largo.

2) Cuando la obligación principal sea de aquellas que no estén sujetas a extinguirse en tiempo determinado. Ejemplo: la de tutores o curadores, la del usufructuario.

**e)** Si hay temor fundado de que el deudor principal se fugue, no dejando bienes raíces suficientes para el pago de la deuda.

Este beneficio del fiador no se extiende a aquel que ha afianzado una deuda contra la voluntad del deudor. Art.2369 inc. final

## **2. Aviso mutuo entre fiador y deudor de efectuar el pago:**

Tanto el fiador como el deudor principal, deben dar aviso al otro del pago que pretenden efectuar. De no darse este aviso recíproco, se aplicará lo dispuesto en los artículos 2376 y 2377. Si falta este aviso se producen las siguientes consecuencias:

**a)** Deudor que paga sin dar aviso al fiador será responsable para con éste de lo que ignorando la extinción de la deuda pagare de nuevo. En este caso, si el fiador, ignorando que el deudor principal había pagado, paga a su vez nuevamente al acreedor, tendrá derecho para exigir al deudor principal que le reembolse lo pagado. En verdad, el mismo objetivo obtendría el fiador ejerciendo la acción de reembolso del art. 2370. El deudor principal, por su parte, podrá repetir en contra del acreedor, pues el último incurrió en un caso de pago de lo no debido, al recibir dos veces lo que se le adeudaba (una vez del deudor principal y otra del fiador); en estricto rigor, quien pagó lo no debido fue el fiador y no el deudor principal, pero como se observa, la ley permite al fiador dirigirse contra el propio deudor principal. En todo caso, no parece haber inconveniente para que el fiador se dirija contra el acreedor, por el pago de lo no debido (lo que se justificará, si el deudor principal fuere insolvente);

**b)** Si el fiador paga sin dar aviso se producen dos efectos (2377):

**1.** Deudor podrá oponerle al fiador todas las excepciones de que el mismo deudor hubiera podido servirse contra el acreedor al tiempo del pago.

**2.** Si el deudor pagare de nuevo la obligación principal el fiador no tendrá recurso alguno contra él (ni acción subrogatoria ni de reembolso), pero podrá el fiador ejerciendo la acción del deudor dirigirse contra el acreedor por el pago debido. (caso de acción oblicua)

## **B. Efectos posteriores al pago.**

Se le reconocen al fiador ciertas acciones que se agrupan bajo el nombre de "Acciones de repetición por el monto total de lo pagado". Toda vez que el fiador soluciona una deuda ajena. Fiador tiene 2 acciones por regla general:

**1) Acción de reembolso o Personal.**

**2) Acción Subrogatoria.**

Eventualmente, podrá interponer una tercera acción, cuando la fianza se hubiere otorgado por encargo de un tercero, pues entonces el fiador podrá dirigirse contra su mandante

### **1) Acción Personal o de Reembolso.**

**1. Definición:** (2370 inciso 1). Es aquella acción que la ley confiere al fiador, para obtener del deudor principal el reembolso de todo lo pagado por el primero al acreedor, gastos incluidos, a consecuencia de su calidad de fiador de una obligación contraída por el segundo. Fiador tendrá acción contra el deudor principal para el reembolso de lo que haya pagado por él con intereses y gastos, aunque la fianza haya sido ignorada por el deudor.

Se le denomina acción personal, porque ella emana directamente del contrato de fianza y es la acción propia de este contrato.

### **2. Fundamento de esta acción.**

¿Por qué el fiador puede exigir el reembolso? ¿A título de que el fiador demanda al Deudor?

#### **a) Si la Fianza se constituye por encargo del deudor.**

El deudor confiere mandato al fiador para que constituya la fianza y entonces habrá lugar a la "actio mandati contraria", recogida en el artículo 2158 N° 2, en virtud de la cual el mandatario puede exigir al mandante que le reembolse los gastos razonables causados por la ejecución del mandato.

#### **b) Si la fianza se otorga estando el deudor ignorante de ello.**

Se otorga la fianza en la ignorancia del deudor en este caso hay una agencia oficiosa, estaremos en presencia de la "Actio negotia gestorum contraria".

Acción en virtud de la cual el fiador puede exigir al deudor el reembolso siempre que el negocio hubiere sido bien administrado, es decir, siempre que del pago hubiera resultado la extinción de la obligación principal ya sea en todo o en parte.

#### **c) Fianza se celebra contra la voluntad del deudor.**

En este caso el fiador **no tiene acción de reembolso en contra del deudor, salvo que se haya extinguido la deuda.** Lo anterior es sin perjuicio del derecho del fiador para repetir contra quien hubiere lugar según las reglas generales. (2375 numero 2).

### **3. A que se extiende la acción de reembolso.** art 2370

Principio general de la acción: el fiador debe quedar completamente indemne y por lo tanto la acción de reembolso comprende los siguientes ítems:

- **El capital de la deuda;**
- **Los intereses de este capital;** los intereses que el fiador puede cobrar son los intereses corrientes, y ellos corren de pleno derecho desde el momento del pago.
- **Los gastos en que hubiere incurrido el fiador a consecuencia de la fianza;** estos gastos serán aquellos que el fiador ha debido pagarle al acreedor en conformidad al art. 2347, y los que se originen en la demanda interpuesta por el

fiador contra el deudor; pero dos limitaciones establecen el art. 2370 acerca del reembolso de los gastos:

**1º** no podrá pedirse el reembolso de gastos "inconsiderados" (o sea, exagerados, desproporcionados, cuestión que determinará el juez en caso de conflicto); y

**2º** no podrá pedirse el reembolso de gastos sufridos por el fiador antes de notificar al deudor principal la demanda intentada contra el fiador (porque el legislador presume que el deudor principal, de haber tenido conocimiento de la demanda en contra del fiador, habría pagado al acreedor, ahorrando al fiador los gastos pertinentes);

- **Los perjuicios de cualquiera otra naturaleza que el contrato hubiere provocado al fiador** (se trata de otros perjuicios, distintos de los "intereses", que como sabemos, son los perjuicios propios de una obligación de dinero; así, Somarriva proporciona el ejemplo siguiente: el fiador, para hacer honor a su palabra y pagar la deuda, se ve en la necesidad de vender un inmueble a un precio muy inferior al que tiene en el mercado, caso en el cual podría cobrar al deudor principal no sólo los intereses de lo pagado, sino también la diferencia entre el valor real del inmueble y el obtenido en la venta apresurada).

Si el fiador paga más de lo debido, no podría cobrar al deudor principal lo pagado en exceso, porque ninguna responsabilidad le asiste al último por la torpeza o error del fiador; éste podrá sin embargo repetir contra el acreedor, para que le restituya la parte indebidamente percibida

#### **4. Requisitos de la acción de reembolso.**

**A)** Fiador no se encuentre privado de ella. Se encuentra privado de ella en los casos de los artículos 2375 y 2377 inciso 2.

**1.** Cuando la obligación del principal deudor es puramente natural y no se ha validado por la ratificación o por el lapso del tiempo.

**2.** Cuando el fiador se obligó contra la voluntad del deudor principal; salvo en cuanto se haya extinguido la deuda, y sin perjuicio del derecho del fiador para repetir contra quien hubiere lugar según las reglas generales. Cabe notar, sin embargo, que en la fianza, el legislador se aparta de la solución establecida a propósito del pago, en el art. 1574, pues tal precepto niega el derecho al tercero que paga contra la voluntad del deudor, a repetir contra éste; también varía el criterio, respecto de la solución establecida a propósito del pago de la agencia oficiosa, porque en el art. 2291, el que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, sólo tiene acción contra el interesado cuando la gestión le hubiere resultado útil y exclusivamente para repetir lo pagado.

**3.** Cuando no ha quedado extinguida la deuda por no haber sido valido el pago del fiador

b) Que se haya efectivamente pagado la deuda por el fiador.

El pago debe importar para el fiador un empobrecimiento, un sacrificio pecuniario, por este motivo el artículo 2374 señala que el fiador a quien el acreedor ha condonado la deuda en todo o en parte, no podrá repetir contra el deudor, a menos

que el acreedor le haya cedido su acción al efecto. Lo mismo sucede con la prescripción o imposibilidad en la ejecución. Debe entenderse que también goza de la acción de reembolso el fiador que ha extinguido la obligación por un medio equivalente al pago, como por ejemplo la dación en pago, compensación o novación.

c) Pago debe ser útil.

Se entiende por tal aquél que ha extinguido total o parcialmente la obligación. Por ello, el art. 2375 N° 3 niega la acción de reembolso cuando el pago fue nulo, lo que se justifica porque en tal caso, el acreedor conserva su crédito y la acción pertinente para exigir al deudor principal el pago.

d) La acción debe interponerse en tiempo oportuno.

- De esta manera si el fiador pagó la obligación antes de que ella fuere exigible no podrá reconvenir al deudor sino después de expirado el plazo (2373).

- La acción de reembolso **prescribe en 5 años contados desde el pago efectuado por el fiador o desde que la obligación se hizo exigible en el caso del Art.2373**

#### **5. Contra quien se ejerce la acción de reembolso.**

- Hay un solo fiador y un solo deudor principal: el fiador sólo podrá demandar al segundo;

- Hay un fiador y varios deudores principales a los cuales afianzó, y se trataba de una obligación simplemente conjunta: el fiador podrá demandar a cada uno de los deudores principales, pero sólo por la cuota que les corresponda en la deuda;

- Hay un fiador y varios deudores principales, pero sólo uno de ellos fue afianzado: el fiador sólo podrá demandar a aquél de los deudores que afianzó (artículo 2372);

- Hay un fiador y varios deudores principales a los cuales afianzó, y se trata de una obligación solidaria: el fiador **podrá demandar por el total, a cualquiera de los deudores principales;** y

- Hay un fiador y varios deudores, pero sólo afianzó a uno de ellos y se trata de una obligación solidaria: **el fiador sólo podrá repetir por el todo, contra el codeudor afianzado.**

#### **2) Acción Subrogatoria Art. 1610 numero 3.**

- Es aquella que se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley respecto del que paga una deuda a que se halla obligado solidaria o subsidiariamente.

- Ventaja respecto de la acción de reembolso: ello porque de acuerdo al ART 1612 quien se subroga pasa a ocupar el lugar jurídico del subrogado y pasa a ocupar de las hipotecas, prendas y privilegios.

- Requisitos que deben cumplirse para que el fiador goce de acción subrogatoria. Para que el fiador pueda subrogarse en los derechos del acreedor, es necesario que se cumpla con los siguientes requisitos:

**a.** Que el fiador haya pagado al acreedor. Igual como indicamos respecto de la acción de reembolso, también se entiende cumplido el requisito cuando el fiador hubiere

extinguido la obligación por otro medio que le signifique un sacrificio pecuniario.

**b.** Que el pago haya sido útil. Se entenderá por tal, aquél que extinguió total o parcialmente la obligación principal.

**c.** Que el legislador no haya privado al fiador de la acción. Excepcionalmente, el fiador no puede invocar la acción subrogatoria:

**1º** cuando la obligación afianzada fuere natural;

**2º** cuando el fiador paga, pero no da el aviso pertinente al deudor principal y éste paga nuevamente al acreedor (art. 2377). Igual que en el caso de la acción de reembolso, si el fiador paga anticipadamente, no podrá perseguir de inmediato al deudor principal, sino sólo una vez que la obligación se haya hecho exigible.

- Derechos en que se subroga el fiador.

Los efectos de la acción subrogatoria son los indicados en el art. 1612: el crédito pasa a manos del fiador con los mismos privilegios y garantías con que existía en el patrimonio del acreedor. En todo caso, la acción **subrogatoria comprende solamente el monto de lo que el fiador pagó al acreedor.** Mediante ella no podrá demandar el fiador el pago de los gastos, ni los intereses ni los perjuicios eventuales, conceptos que deberán reclamarse al interponer la acción de reembolso. Por ende, puede afirmarse que la acción subrogatoria es una acción más restringida que la acción de reembolso.

Si el pago efectuado por el fiador fuere parcial, la subrogación también lo será, gozando el acreedor de preferencia para obtener el pago del saldo insoluto, conforme al art. 1612. Por ende, podría ocurrir que el fiador no alcance a pagarse, si el deudor principal fuere insolvente y sólo pagare al acreedor el saldo de la deuda.

El subrogado, además de la acción subrogatoria, en muchas ocasiones tendrá una acción personal en contra el deudor, derivada de la relación que lo une a este (por ej. en el caso de la fianza). La subrogación no hace perder estas últimas, de manera que el solvens puede optar por una u otra. Ejercerá por ejemplo la acción personal propia si ella goza de garantías, y no el crédito en que se ha subrogado. O si, como la subrogación no interrumpe la prescripción que está corriendo, está prescrita la obligación que pago y en cambio se encuentra vigente la acción personal.

- Renunciabilidad de la acción subrogatoria: El solvens puede renunciar a la subrogación producida, incluso a la legal, puesto que está establecida en su propio beneficio. Las partes pueden de igual forma limitar sus efectos. El acreedor puede hacerlo por sí solo en la convencional y el solvens debe aceptarlo, puesto que puede el acreedor negarle totalmente la subrogación por el aforismo quien puede lo más puede lo menos. Sin embargo, en la legal no podría hacerlo el acreedor puesto que opera de pleno derecho y aun contra su voluntad, pero no hay inconveniente en que lo hagan de común acuerdo el solvens y el accipiens, puesto que, si el solvens puede renunciarla, con mayor razón pueden limitarla, por ej.: señalando que no se traspase una hipoteca.

- Sujeto Pasivo:

Podrá el fiador demandar, conforme al art. 1612:

- Al deudor principal;

- A los codeudores solidarios; distinguimos al efecto:

**1º** si afianzó a todos los codeudores solidarios: no cabe duda de que puede entablar la acción por el total contra cada uno de ellos (persiste aquí, entonces, la solidaridad);

**2º** si sólo afianzó a uno de los codeudores solidarios: podrá demandarle el total a éste, y a los demás sólo podrá exigirles su parte o cuota en la deuda (art. 2372, en relación al art. 1522); - A los cofiadores.

- Momento desde el cual comienza a contarse el plazo de prescripción de la acción subrogatoria.

i. Algunas sentencias, han concluido que el plazo comienza a correr desde que **el fiador haya hecho el pago**, fundamentándose los fallos en la circunstancia que, con anterioridad a dicho pago, el fiador no tenía el carácter de acreedor.

ii. Somarriva critica estas sentencias. Puntualiza que el crédito no sufre variación de ninguna especie por la subrogación que opera. Por ende, respecto a la prescripción del crédito, la subrogación no tiene influencia y continúa corriendo a pesar de ella. Así las cosas, para Somarriva la prescripción de la acción subrogatoria se empieza a contar no desde que el fiador hace el pago, sino **desde que el crédito se hizo exigible, aun cuando esto haya acontecido mientras pertenecía al acreedor**. Por lo demás, sería injusto que al fiador que pagó y se subrogó le corra plazo de prescripción antes del vencimiento del plazo para el pago de la deuda, en circunstancias que no puede aún demandar al deudor principal.

- Diferencias entre la acción subrogatoria y la acción de reembolso.

Desde el punto de vista de su conveniencia, no hay una regla absoluta. En algunos casos, convendrá deducir la acción subrogatoria, y en otros, la acción de reembolso:

Será más conveniente la acción subrogatoria, cuando el crédito gozare de privilegio o tuviere una garantía (en cambio, la acción de reembolso no es privilegiada y carece de cauciones);

Convendrá también interponer la acción subrogatoria, si se pretende perseguir a los cofiadores (lo que no puede hacerse a través de la acción de reembolso);

Será mejor deducir la acción de reembolso, cuando se pretenda obtener el pago del capital, los intereses, los gastos y otros perjuicios que la fianza hubiere ocasionado; en cambio, mediante la acción subrogatoria, sólo podrá exigirse el pago de la suma que el fiador enteró al acreedor.

También será más conveniente la acción de reembolso en caso de pago parcial, porque el fiador y el acreedor concurrirán con idénticos derechos para exigir el pago del saldo insoluto; en cambio, tratándose de la acción subrogatoria, el acreedor primitivo goza de preferencia frente al nuevo acreedor, para obtener el pago del saldo insoluto (art. 1612).

Finalmente, desde el punto de vista del plazo de prescripción de las acciones, convendrá interponer la acción de reembolso, pues el plazo se comienza a computar desde que el fiador hace el pago, mientras que el plazo de prescripción de la acción subrogatoria, según vimos, comienza a contarse, a juicio de Somarriva, desde que la obligación se hizo exigible. Podría ocurrir entonces que hubiere prescrito la acción subrogatoria y persistiere la acción de reembolso. Con todo, podría ocurrir que la acción de reembolso prescriba antes que la acción subrogatoria, si el fiador pagó anticipadamente la obligación.

- Acción del fiador contra su mandante (Caso especial),  
Artículo 2371: Cuando la fianza se ha otorgado por encargo de un tercero, el fiador que ha pagado tendrá acción contra el mandante; sin perjuicio de la que le compete contra el principal deudor.

A su vez, si el mandante demandado por el fiador le indemniza, podrá repetir contra el deudor principal, pues es éste quien en definitiva está llamado a soportar el pago de la deuda.

- Efecto respecto de los cofiadores:

i. Para que nos encontremos en esta situación es necesario que existan varios fiadores. Si así fuere y cada uno de ellos ha pagado su cuota en la deuda porque hicieron uso del beneficio de división entonces no habrá lugar a estos efectos.

ii. Se originarán los efectos entre los cofiadores cuando uno de los fiadores **ha pagado más de lo que proporcionalmente le corresponde**, situación en la cual se subrogará en los derechos del acreedor por el exceso dirigiéndose en contra de los demás fiadores. Cabe advertir que el cofiador no podría entablar la acción subrogatoria contra aquellos cofiadores a quienes el acreedor hubiere liberado de su obligación, porque si el acreedor no podía demandarlos, mal podría hacerlo el cofiador, pues está subrogándose en las acciones que tenía el acreedor. Pero en el caso anterior, el cofiador podría invocar ante el acreedor el derecho que le concede el art. 2355, es decir, la excepción de subrogación.

iii. Reglas especiales:

1. Los cofiadores no podrán oponer al que ha pagado las excepciones personales del deudor principal.

2. Tampoco podrá oponer al cofiador que ha pagado las excepciones puramente personales que correspondían a este contra el acreedor y de que no quiso valerse.

3. El subfiador, en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó es responsable de las obligaciones de éste para con los otros fiadores.

Artículos 2379 y 2380.

4. Nada dice la ley acerca de la posibilidad de interponer por el cofiador que paga en exceso, otras acciones contra los restantes cofiadores. Somarriva señala que nada impediría deducir la acción in rem verso, que evita que los otros fiadores se beneficien indebidamente al extinguirse la deuda a la cual ellos también estaban obligados.

## Extinción de la fianza.

### A. Por vía Consecuencial.

ART 2381 nº3 la fianza se extingue en todo o parte por la extinción de la obligación principal en todo o parte. Se menciona como excepción el caso en que la nulidad de la obligación principal derive de la incapacidad del deudor para obligarse, porque en tal caso al ser una excepción personal, no podría oponerla el fiador de acuerdo con el ART 2354.

a) El pago.

Si la obligación principal se extingue por el pago, también se extingue la fianza, pero siempre que el pago sea hecho por el deudor principal, pues si paga el un tercero, éste, como sabemos, se subroga en los derechos del acreedor, incluyendo entre ellos su derecho a dirigirse contra el fiador. Si quien paga es el fiador, se extinguirá obviamente la fianza, pero dicho fiador podrá accionar contra el deudor principal.

**b) La dación en pago.**

Establece el art. 2382 que al operar entre deudor principal y acreedor una dación en pago, en virtud de la cual la primera entrega al segundo un objeto distinto al primitivamente adeudado, **la fianza se extinguirá irrevocablemente**, aunque después sobrevenga evicción del objeto.

Algunos sostienen que este precepto demostraría que la dación en pago supone una novación por cambio de objeto, en la cual la segunda obligación tiene una existencia efímera. Y puesto que al haber novación se extinguió la obligación primitiva, igual suerte corrieron las obligaciones accesorias, entre ellas la fianza. Sin embargo, Somarriva previene que Bello no fundamentó la norma en la aludida y supuesta novación, sino en las ideas de Pothier, según se desprende de una nota marginal del principal redactor de nuestro Código, quien señala aludiendo al citado autor francés: "el fiador no debe sufrir perjuicios del arreglo por el cual el acreedor ha tomado en pago dicha heredad; pues el acreedor por este arreglo ha quitado el medio al fiador de poder, al pagar al acreedor mientras que el deudor era solvente, de repetir de ese deudor la suma de lo que se había hecho responsable". Como se observa, Pothier se funda en la equidad y no en la novación.

**c) La novación.**

El objeto propio de la novación es extinguir la obligación conjuntamente con sus accesorios y garantías, y entre ellas, la fianza (art. 1645). Con todo, la fianza subsistirá, si el fiador accede a la nueva obligación. Cabe recordar también que la simple ampliación del plazo, si bien no constituye novación, pone fin a la responsabilidad de los fiadores (art. 1649).

**d) La compensación.**

Si se extingue la obligación principal por compensación, la fianza corre igual suerte. Recordemos que excepcionalmente, el fiador puede oponer en compensación al acreedor lo que éste deba al deudor principal (es decir, a una excepción personal, se le da en la fianza el tratamiento de excepción real, favoreciendo al fiador).

**e) La remisión.**

Si el acreedor remite o condona la obligación principal, también se extinguirá la fianza. El relevo de la fianza, esto es la liberación de la fianza hecha voluntariamente por el acreedor, es una verdadera remisión, aunque no constituye donación, según lo dispuesto en el art. 1397, a menos que el deudor principal esté insolvente.

En cuanto a los restantes modos de extinguir las obligaciones, operan los principios generales relativos a la extinción de las obligaciones.

**B. Vía Principal:** Cuando se extingue la fianza, y subsiste la obligación principal. Los arts. 2381 a 2383 se refieren a la extinción de la fianza. El primero, después de asentar el principio de que la fianza se extingue por los mismos medios que las otras obligaciones, alude a tres situaciones:

- a) Artículo 2381 N<sup>o</sup> 1: Por el relevo de la fianza en todo o parte, concedido por el acreedor al fiador.
- b) Artículo 2381 N<sup>o</sup> 2: En cuanto el acreedor por hecho o culpa suya ha perdido las acciones en que el fiador tenía derecho de subrogarse (excepción de subrogación).
- c) Cuando se extingue la obligación principal total o parcialmente.

#### Regla especial de la Confusión: (2383)

Si se confunden las calidades de acreedor y deudor principal, se extinguirá la fianza. Pero en los siguientes casos, se extinguirá solo la fianza, subsistiendo la obligación principal:

- cuando se confunden las calidades de acreedor y fiador; en este caso, el fiador pasará a ser nuevo acreedor;
- cuando se confunden las calidades de deudor principal y fiador, caso en el cual la obligación principal subsiste, pero carente de garantía, salvo que hubiere subfiador (art. 2383), caso en el cual excepcionalmente el subcontrato subsistirá, no obstante haberse extinguido el contrato base (la fianza).

## CONTRATO DE PRENDA.

### A. Generalidades.

#### 1. Definición: Artículo 2384 inciso 1:

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

La doctrina considera incompleta esta definición y da la siguiente:

“Es un contrato de garantía en virtud de la cual se entrega una cosa mueble al acreedor para la seguridad de su crédito, otorgando al acreedor prendario la facultad de perseguir la cosa en manos de quien se encuentre, retenerla mientras no se haga un pago total, y pagarse preferentemente con el producto de su realización si el deudor no cumple con su obligación principal.

El término “prenda” tiene un triple significado:

- Como contrato de prenda.
- Derecho real de prenda.
- La cosa entregada.

### 2. Clases de Prenda:

#### A. Prenda civil:

También llamada Prenda Común, también Prenda con Desplazamiento. Es un contrato real y ésta es la que regula el código civil.

#### B. Prendas especiales:

Llamadas también Prendas sin desplazamiento. La cosa queda en poder del deudor, pero en garantía de la obligación. Son contratos Solemnes.

##### - Prendas Especiales:

- a) Prenda mercantil, regida por los arts. 813 a 819 del Código de Comercio;
- b) Prenda sobre warrants o especies depositadas en los almacenes generales de depósito;

- c) Prenda sin desplazamiento, de que trata la Ley N° 20.190
- d) Prenda de valores mobiliarios o acciones a favor de Bancos, a la que se refiere la Ley N° 4.287.

En general, las prendas especiales son prendas sin desplazamiento, es decir, la cosa prendada no se desplaza al acreedor, permaneciendo en poder del deudor o constituyente.

### **3. Características del contrato de prenda:**

#### **A. Es un contrato.**

Y por lo tanto requiere acuerdo de voluntades y a consecuencia de esto el artículo 2392 inciso 1 señala que no se podrá tomar al deudor cosa contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia.

No es indispensable, sin embargo, que el acuerdo de voluntades se produzca entre deudor y acreedor, porque puede ocurrir que la prenda no se constituya por el deudor, sino por un tercero (art. 2388).

#### Partes:

- Acreedor Prendario: 2384 inciso 3.
- Constituyente: Quien puede ser el deudor o un tercero quien garantiza una obligación ajena. Esta última situación está recogida en el artículo 2388 el que señala que la prenda puede constituirse no solo por el deudor sino por un tercero cualquiera que hace este servicio al deudor.

Entre la prenda que otorga un tercero y la fianza, existe gran similitud, pero también difieren en un aspecto esencial: el fiador responde con todos sus bienes, se obliga personalmente; en cambio, el tercero que constituye la prenda sólo compromete la cosa que afecta al cumplimiento de la obligación. En el primer caso, se contrae una obligación personal; en el segundo caso, una obligación real.

#### **B. Contrato Real o Solemne.**

Así lo reconoce el artículo 2386: "Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor".

En la prenda sin desplazamiento esta característica se ha perdido y se trata entonces de contratos solemnes.

#### **C. Contrato Unilateral:**

Se obliga al **Acreedor prendario a restituir la cosa (prenda) al deudor en el evento de pagar la obligación.** Se trata de un contrato sinalagmático imperfecto de manera que pueden surgir obligaciones para el constituyente durante el transcurso del contrato. El constituyente estará eventualmente obligado a pagar las expensas e indemnizar perjuicios.

En la prenda sin desplazamiento no nace la obligación del acreedor de restituir, el obligado es el constituyente y se obliga a conservar la cosa y a utilizarla sin menoscabarla.

#### **D. Contrato Accesorio:**

Artículo 1442: "El contrato es accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin

ella.". En términos similares el Art. 2385: "El contrato de prenda supone siempre una obligación principal a que accede".

De su carácter accesorio, surgen importantes consecuencias:

- Para calificar la prenda de civil o mercantil, hay que atender a la naturaleza de la obligación que se está garantizando;
- La nulidad de la obligación garantizada trae consigo la nulidad de la prenda, pero no a la inversa;
- Las acciones del acreedor prendario prescriben en el mismo tiempo que las acciones que emanan de la obligación garantizada. Sin embargo, son acciones distintas las que emanan de la prenda y las que derivan del contrato principal.

#### **E. Es un título de mera tenencia:**

Artículo 714: "Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño".

El Acreedor Prendario no se hace dueño de la cosa dada en prenda, sino por el contrario la ley señala que el acreedor estará investido de los derechos, deberes y responsabilidades de un depositario.

En consecuencia:

- No puede servirse de la prenda sin el consentimiento del deudor o constituyente (2395)
- No es dueño ni poseedor, por lo que no podría nunca adquirir el dominio por prescripción. El acreedor prendario, sólo podría adquirir el dominio de la cosa, en el caso previsto en el artículo 2510, regla 3ª, si se cumplen las dos circunstancias allí contempladas.

Excepcionalmente, en la prenda de dinero, el acreedor no sólo es mero tenedor del dinero, sino que se hace dueño de él, con la obligación de restituir igual cantidad a la recibida, una vez cumplida la obligación principal (situación similar a la del depósito irregular).

- En este contrato debemos distinguir:

\* La cosa misma: Constituyente sigue teniendo posesión o dominio.

\* El Derecho Real de Prenda: El artículo 577 lo incluye entre los derechos reales.

Tiene este carácter, porque el acreedor prendario ejerce su derecho sobre el bien dado en garantía sin respecto a determinada persona y está facultado para perseguirlo en manos de quien se encuentre. La eficacia de la prenda emana, entonces, no del contrato sino de su carácter de derecho real. Sin embargo, ambas características son inseparables porque al mismo tiempo que se perfecciona el contrato de prenda, ya sea por la entrega de la cosa o por el cumplimiento de las solemnidades, nace también el derecho real.

**F. Es un derecho mueble.** De acuerdo con el artículo 580, la prenda es un derecho mueble, porque siempre recae sobre bienes de esta naturaleza.

#### **G. Es un contrato oneroso o gratuito.**

- Se acostumbra calificar la prenda entre los contratos onerosos, porque reporta utilidad para ambas partes. El acreedor obtiene una seguridad para su crédito y el deudor recibe un préstamo que sin otorgar la garantía no habría conseguido.
- Sin embargo, puede ocurrir que el contrato de prenda no tenga el carácter de oneroso: tal ocurrirá cuando el deudor constituye la prenda con posterioridad al

nacimiento de la obligación principal; o cuando la garantía la otorga un tercero a quien el contrato no le reporta utilidad. En todo caso, en relación a las consecuencias jurídicas de calificar al contrato como oneroso o gratuito, el artículo 2394 establece que el acreedor prendario responderá como "buen padre de familia", es decir, de culpa leve; y el artículo 2468 equipara la prenda a los contratos onerosos para el efecto de la acción pauliana, exigiendo, por lo tanto, para que dicha acción proceda, mala fe tanto en el deudor como en el tercero, es decir, el acreedor.

#### **H. Constituye un principio de enajenación.**

La constitución de todo derecho real entraña un principio de enajenación. El dominio se compone de la suma de los derechos reales que se encuentran en estado latente en manos del propietario. Al desprenderse de cualquiera de ellos limita su dominio y hay un principio de enajenación. En la prenda lo anterior aparece con toda nitidez: tratándose de las prendas con desplazamiento el que la constituye se ve privado de dos de los atributos del dominio, como son las facultades de uso y goce, ya que por encontrarse la cosa en manos del acreedor se hace imposible su ejercicio; en las prendas sin desplazamiento, la limitación del dominio también es ostensible, porque su ejercicio queda sujeto a trabas tanto en la facultad de usar y gozar como en la de disponer, pues el deudor debe conservar la cosa en términos tales de continuar sirviendo de garantía. De la circunstancia de ser la prenda un principio de enajenación se desprende que la capacidad necesaria para constituirla es la de disposición y que en la constitución en prenda de un bien embargado habría, a juicio de algunos, objeto ilícito (punto en verdad discutible, pues la ley se refiere a la "enajenación", y por el contrato de prenda no la hay).

#### **4. Características del Derecho real de prenda.**

##### **1. Es un derecho real Mueble:**

Artículo 580: " Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse, o que se debe. "

##### **2. Concede al acreedor un Privilegio:**

Concede un privilegio de la segunda clase(2474 numero 3).

##### **3. El privilegio pasa a contra terceros poseedores o adquirentes de la cosa.**

(Derecho real)

**4. Es un privilegio especial**, el acreedor lo tiene solo respecto de la cosa dada en prenda y no sobre los demás bienes que conforman el patrimonio del deudor. Si hay saldo insoluto es un crédito valista (de la 5º clase)

##### **5. Indivisibilidad** Así lo señala el Art. 2405

La prenda es indivisible aun cuando la obligación principal admita división y a pesar que la cosa empeñada también pueda dividirse. Es decir, la indivisibilidad se refiere solo al derecho de prenda y no se extiende a la acción personal que emana del contrato que la prenda garantiza.

De esta característica surgen las siguientes consecuencias:

**a)** 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 incluyéndose

los gastos de conservación en que haya incurrido el deudor y la indemnización de los perjuicios que la tenencia le hubiere ocasionado. (2396 inc.1).

**b)** 1526 N° 1 inciso 2: El codeudor que ha pagado su parte de la deuda, no puede recobrar la prenda, ni aun en parte, mientras no se extinga el total de la deuda; y el acreedor a quien se ha satisfecho su parte del crédito, no puede remitir la prenda ni aun en parte, mientras no hayan sido enteramente satisfechos sus acreedores.

**c)** Finalmente, el artículo 2405 se refiere a un tercer aspecto de la indivisibilidad: se pone en el caso de que uno de los herederos del deudor haya pagado su parte de la deuda, y aun cuando la prenda sea de una cosa divisible, el precepto citado le niega el derecho a pedir la restitución de la parte de la prenda que a él le corresponda, mientras los otros herederos por su parte no hayan pagado su cuota en la deuda. También contempla el caso inverso, es decir, que fallezca el acreedor, prohibiendo la ley a uno de sus herederos que recibe su parte en el crédito remitir la prenda, aun parcialmente, mientras los demás herederos del acreedor no hayan sido pagados.

En consecuencia, la obligación que se garantiza podrá ser divisible o indivisible de acuerdo con sus caracteres propios. Si fuera divisible, el acreedor, ejercitando la acción personal, podrá cobrar a cada uno de los deudores o herederos del deudor su parte en la deuda, lo que no impedirá que retenga la garantía mientras los otros deudores o herederos no pagaren su parte, porque en este caso estaría haciendo uso de la acción real prendaria, y ella es indivisible. La indivisibilidad, con todo, no es de la esencia sino de la naturaleza de la prenda. Por ello, y por estar establecida en beneficio del acreedor, éste puede renunciarla.

## **6. Especialidad:**

### **A. Respetto de la cosa empeñada:**

La cosa dada en prenda debe encontrarse determinada como especie o cuerpo cierto con todos los datos necesarios para su individualización.

Sin embargo, el principio de la especialidad de la prenda tiene algunas excepciones en la prenda sin desplazamiento de la Ley N.º 20.190: prenda sobre universalidades de hecho o "rotativa", art. 11º de la ley.

### **B. Respetto de la obligación garantizada:**

Ella debe encontrarse determinada en cuanto a las partes y a su cuantía. Sin perjuicio de ello tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se aceptan **las cláusulas de garantía general prendaria por medio de las cuales se garantizarán obligaciones futuras que se tengan respecto de deudas y por lo tanto atendido a su futuridad son obligaciones indeterminadas.**

### **C. Indeterminación recogida en la ley:**

**1.** Prenda Tacita: 2401.

**2.** Obligación de los tutores o curadores de rendir fianza: 376 c. c. Esta obligación de constituir garantía es para responder de obligaciones que "pueden surgir", cuantía es indeterminada, no se sabe de qué se va a responder.

## **B. Requisitos propios del contrato de prenda:**

### **1. Capacidad:** Artículo 2387

“No se puede empeñar una cosa, sino por persona que tenga facultad de enajenarla”. Si el constituyente fuere un incapaz, en este caso se van a aplicar por analogía las reglas sobre enajenación de bienes muebles de incapaces.

Prenda constituida por mandatarios: El mandato para constituir o aceptar esta garantía no está sujeto a ninguna solemnidad, y de acuerdo al artículo 2123 puede otorgarse verbalmente y aún por la aquiescencia tácita del mandante. Con todo, para otorgar la prenda no basta el mandato general, porque ella entraña un acto de disposición, y las facultades del mandatario general son de mera administración. Tampoco sería suficiente para celebrar la prenda el mandato que una persona tuviera para vender, aplicando por analogía el artículo 2143, que excluye en tal caso la posibilidad de hipotecar. Lo anterior se refiere al mandato para constituir la prenda, porque la facultad de recibirla por parte del acreedor, no hay duda que está incluida dentro de los poderes del mandatario general.

### **2. Objeto:**

- Como regla general se pueden empeñar todas las cosas muebles corporales o incorporeales con algunas limitaciones:

**1.** No pueden empeñarse las cosas que **no son susceptibles de ser entregadas como por ejemplo las cosas futuras.** Distinta es la solución, tratándose de la prenda sin desplazamiento de la Ley número 20.190. Su artículo 5 dispone que podrá constituirse prenda sobre todo tipo de cosas muebles, sean corporales o incorporeales, presentes o futuras. Respecto de las cosas futuras, la ley altera el principio que opera en el Código Civil, que excluye la prenda sobre esta clase de bienes, habida cuenta que es necesario que se produzca la entrega de la cosa, para que el contrato de prenda civil se perfeccione. En cambio, tratándose de una prenda sin desplazamiento, **obviamente no se produce tal hecho, pues no estamos ante un contrato real, sino solemne.**

**2.** No pueden empeñarse las naves que tengan más de 50 toneladas de registro grueso. En este caso se constituirán como hipotecas.

**3.** Imposibilidad de constituir prenda sobre cosas embargadas. En la prenda, se requiere que los bienes sobre los cuales la primera recae estén en el comercio. Por ello, se ha señalado que deben quedar excluidos los bienes inembargables, así como también los embargados. Se fundamenta lo anterior en lo dispuesto en el artículo 1464, al establecer que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas, y en la circunstancia de que la jurisprudencia ha entendido la palabra “enajenación” en su sentido amplio, quedando incluida en ella la constitución de prendas.

- **Prenda de dinero.**

También el dinero es susceptible de darse en prenda. Pero en esta prenda, el acreedor no es mero tenedor sino dueño del bien dado en garantía, sin perjuicio que una vez cumplida la obligación deba restituir una suma igual a la recibida. **El contrato de prenda, en este caso, opera como un título traslativo de dominio.** Tal conclusión se ve corroborada por el artículo 2395 en relación el artículo 2221. La prenda de dinero y el depósito irregular son instituciones muy semejantes,

y a ellas tenemos que agregar el cuasiusufructo y el mutuo de dinero. **Un ejemplo de una prenda de dinero, encontramos en la garantía, usualmente equivalente a una renta mensual, que suele exigirse al arrendatario, para responder por los daños de la cosa arrendada, una vez expirado el contrato.**

- Prenda de cosa ajena.

El contrato será válido y por lo tanto se van a estudiar los efectos en este aspecto.

### **1. En relación con el dueño de la cosa.**

**Es inoponible al dueño** el contrato y por lo tanto puede reclamar la restitución (ejerciendo acción reivindicatoria en contra del acreedor prendario)<sup>23</sup> de la cosa en cualquier momento. El acreedor prendario no puede adquirir por prescripción la cosa dada en prenda, pero si podría adquirir por prescripción el derecho real de prenda, puesto que no ha podido adquirirlo por tradición, porque el que constituyó la prenda no era dueño del bien empeñado y nadie puede transferir más derechos de los que tiene. Pero si bien la tradición no habilita al acreedor para adquirir el derecho real de prenda, en cambio le sirve de título para poseer y llegar a adquirir porprescripción, de acuerdo al art. 683. Este artículo es aplicable en este caso, porque el legislador, en el art. 670, 2º, después de definir la tradición, agrega que lo que se dice del dominio, se extiende a todos los otros derechos reales. Además, no hay duda que el derecho real de prenda puede adquirirse por prescripción, porque el inciso 2º del art. 2498 señala que se ganan por este modo, de la misma manera que el dominio, los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados, excepción que en ninguna parte se consigna con respecto a la prenda. **En cuanto al tiempo y requisitos necesarios para adquirir por prescripción, rigen las mismas reglas generales que en el dominio (art. 2512): será de 2 años si el acreedor puede invocar la prescripción ordinaria y de 10 años en caso contrario.** En lo que respecta a la prenda sin desplazamiento de la Ley número 20.190, el artículo 13 ratifica también que la prenda constituida sobre cosa ajena es válida.

### **2. Entre las partes (2390):**

**1.** Va a subsistir el contrato mientras la cosa no es reclamada por su dueño, a menos que el acreedor prendario sepa que la cosa ha sido hurtada, tomada a la fuerza o perdida, en cuyo caso se aplicara a la prenda lo prevenido en el artículo 2183 c. c, por lo que está obligado a denunciar al dueño el gravamen que se ha constituido, dándole un plazo razonable para reclamar la cosa, bajo pena de tener que indemnizar los perjuicios si la restituye a quien constituyó la prenda; de modo que en este caso, el acreedor puede suspender la restitución de la cosa empeñada al constituyente para dar así tiempo al dueño a que ejercite sus derechos. Si éste no reclamare la cosa oportunamente, podrá hacerse la restitución al constituyente;

**2.** Si el dueño reclama la cosa empeñada sin su consentimiento y se verifica la restitución, el acreedor podrá exigir que se le entregue otra prenda de valor igual o mayor, o se le otorgue otra caución competente, y en defecto de una y otra, se le cumpla inmediatamente la obligación principal, aunque haya plazo pendiente para el pago (Caducidad del plazo, artículo 1496).

### **3. Existencia de una obligación principal garantizada por la prenda:**

#### **- Obligaciones susceptibles de ser garantizadas con prenda civil.**

**i.** En general, **cualesquiera clases de obligaciones pueden garantizarse con prenda civil.** Es indiferente su origen: pueden caucionarse con prenda civil las

---

<sup>23</sup> Agregado enero 2019, Manuel Somarriva Tratado de las Cauciones.

obligaciones que emanan de un contrato, de un cuasicontrato e incluso de un delito o cuasidelito civiles o de la ley. Asimismo, pueden caucionarse obligaciones de dar, hacer o no hacer. Con respecto a las últimas, no se garantiza la ejecución de la obligación, sino el pago de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento del deber de abstención. Puede otorgarse esta garantía para obligaciones principales o accesorias, como en el caso de la fianza prendaria. En fin, pueden caucionarse con prenda obligaciones líquidas o ilíquidas, puras y simples o sujetas a modalidades.

**ii.** La prenda puede ir anexa a una **obligación civil o a una obligación natural.** Respecto a la prenda que se constituye para garantizar obligaciones naturales, pueden presentarse distintos casos:

**a.** el propio deudor constituye la prenda para caucionar una obligación civil que después degenera en natural (por ejemplo, porque prescribieron las acciones conferidas por la ley para pedir su cumplimiento forzado), la prenda pasa también a tener el mismo carácter;

**b.** sí es un tercero el que ha otorgado la prenda mientras la obligación era civil y después degenera en natural, se sigue la misma regla anterior, degenerando la prenda en natural;

**c.** si el tercero constituyó la prenda cuando la obligación caucionada ya tenía el carácter de natural, y con conocimiento de ello, la obligación accesoria es civil (art. 1472). Por ejemplo, caucionar obligaciones emanadas de un contrato celebrado por un menor adulto.

#### **- Prenda sobre obligaciones futuras.**

##### **1) Prenda civil sobre obligaciones futuras.**

Se suscitó controversia en la doctrina, acerca de la validez de la prenda destinada a caucionar obligaciones futuras o indeterminadas. Somarriva, en su "Tratado de las Cauciones", se pronuncia negativamente, argumentando que al tratar la prenda el CC, guarda silencio respecto a la posibilidad de garantizar obligaciones futuras, mientras que al ocuparse de la fianza y de la hipoteca, permite dicha hipótesis expresamente, en los arts. 2339 y 2413. Agrega que este silencio debemos interpretarlo en el sentido que el legislador no acepta la prenda para garantizar tal clase de obligaciones, silencio que resulta más sugestivo si consideramos que en el Código, la prenda está ubicada entre la fianza y la hipoteca. Corrobora esta interpretación, dice Somarriva, el hecho de que el artículo 2385 diga que la prenda supone siempre una obligación principal a la cual accede, declaración que el Código no formula al referirse a la fianza y la hipoteca. Hay, entonces, una estrecha relación entre el silencio que guarda el Código en la prenda sobre la posibilidad de que garantice obligaciones futuras, y la expresa declaración de que ella supone una

obligación a la cual accede. En la fianza y la hipoteca, por el contrario, no se exige este requisito, y expresamente se acepta que ellas puedan garantizar obligaciones futuras.

La doctrina contraria, se inclina por considerar plenamente eficaz la cláusula de garantía general prendaria, argumentándose:

- La ley no prohíbe tal cláusula, y basta esta circunstancia para inclinarse a reputarla válida, considerando que, en derecho privado, puede hacerse todo lo que la ley no prohíbe;
- Para el discernimiento de las guardas (definido en el artículo 373), por ejemplo, es necesario que el guardador rinda previamente fianza. El artículo 376 indica que, en lugar de una fianza, podrá prestarse prenda o hipoteca suficiente. En este caso, la prenda garantiza obligaciones futuras e indeterminadas en cuanto a su monto;
- Caso de la llamada "prenda tácita": el artículo 2401 establece que, extinguida la obligación, deberá el acreedor restituir la prenda; pero podrá retenerla cuando tenga contra el mismo deudor otros créditos que reúnan los caracteres que señala la disposición. Si el legislador, interpretando la voluntad de las partes, establece que la prenda se hará extensiva a otras obligaciones de las mismas partes, es lógico que el mismo resultado pueda alcanzarse mediante un acuerdo expreso de los contratantes;
- Por último, la cláusula de garantía general no presenta en la prenda los inconvenientes que se observan en la hipoteca, puesto que, a diferencia de la última, no es posible constituir varias prendas sobre las mismas cosas.

## **2) Prendas especiales sobre obligaciones futuras.**

Tratándose de las prendas especiales, debemos analizar la ley respectiva, pues en algunos casos la cláusula de garantía general está autorizada expresamente y en otros casos está prohibida explícitamente, lo que implica que la prenda ha de ser específica:

- En la prenda de valores mobiliarios: se permite (artículo 5 de la Ley N.º 4.287): la cláusula de garantía general es de la naturaleza del contrato y, por ende, para excluirla se requiere estipulación expresa de los contratantes;
- En la prenda sin desplazamiento de la Ley N.º 20.190: se permite (artículo 4 de la Ley);
- En la prenda comercial: es inadmisibles (artículo 815 N.º 2 del Código de Comercio);
- En la prenda de la Ley de Warrants o almacenes generales de depósito: es inadmisibles (artículo 8 de la Ley N.º 18.690).

## **3) Obligaciones que pueden caucionarse con prendas especiales.**

- En la prenda mercantil: las obligaciones deben ser mercantiles. Por ello, la Corte Suprema ha resuelto que la prenda constituida para garantizar el pago de una letra de cambio es mercantil, porque este documento siempre supone la celebración de un acto de comercio;
- La prenda de warrants: nada dice la ley respectiva en cuanto a las obligaciones que ella puede caucionar, rigiendo en consecuencia los mismos principios que en la prenda civil;
-

La prenda de valores mobiliarios a favor de los Bancos: sólo tiene como particularidad, en cuanto a las obligaciones caucionadas, que el acreedor debe ser un Banco. Pueden por tanto garantizarse mediante esta prenda cualquier clase de obligaciones.

- La prenda sin desplazamiento de la Ley N.º 20.190: permite caucionar todo tipo de obligaciones (artículo 4).

#### **4. Entrega de la cosa:**

**a)** Es un requisito de perfeccionamiento del contrato.

La prenda civil es un contrato real, que se perfecciona con la entrega de la cosa empeñada al acreedor. El requisito de la entrega plantea la cuestión de saber si basta con que ella sea simbólica o si es necesario que se haga real y efectivamente. Algunos fallos establecen como suficiente la entrega ficta, aplicando el art. 684. Pero la jurisprudencia mayoritaria y la doctrina, consideran que la entrega debe ser real y efectiva, argumentándose:

- El legislador contempla en la prenda algunas obligaciones para el acreedor, tales como conservar y restituir la cosa, que presuponen su tenencia material;
- La entrega material es lo que viene a darle publicidad al gravamen, sobre todo en nuestro CC, porque en él la constitución de la prenda no está sujeta a ninguna formalidad. Si el deudor, no obstante, la prenda, pudiera conservar la cosa, los terceros podrían ser inducidos a error sobre la solidez de su patrimonio, ya que entenderían que el bien continúa exento de gravámenes, por permanecer en manos del deudor o constituyente.
- Confirma lo anterior la creación de las prendas sin desplazamiento, que nacieron por las dificultades que presenta la prenda civil, evitando que el deudor o el tercero garante se desprendan de sus medios de trabajo o de producción para obtener créditos.

Tratándose de la prenda que recae sobre cosas corporales, se reputa perfecta tanto entre las partes como respecto a terceros, por el solo hecho de la entrega. No obstante, en cuanto, a su prueba, rigen las reglas generales y en consecuencia las normas limitativas de la prueba de testigos (arts. 1708 y siguientes).

En esta materia, cabe preguntarse si puede entregarse la prenda a una persona distinta del acreedor. El Código francés, al igual que nuestro Código de Comercio (art. 817), autorizan expresamente para que la entrega de la prenda se haga a un tercero elegido de común acuerdo por las partes. El CC nada dispone al respecto, pero la doctrina y la jurisprudencia estiman que es posible la misma figura en la prenda civil. Lo que quiere el legislador es que la cosa empeñada salga de manos del deudor, para darle publicidad al gravamen, finalidad que se consigue al entregar la cosa a un tercero.

**b)** Papel que desempeña la entrega con relación a la cosa y respecto al derecho real de prenda.

La entrega de la cosa prendada juega un doble papel: el de simple entrega con relación a la cosa, pasando el acreedor a ser mero tenedor de la misma; y el de tradición con respecto al derecho real de prenda. Por eso, el acreedor llega a ser poseedor y propietario de su derecho.

**c)** Reglas especiales con respecto a la entrega:

#### **A. Prenda de créditos:**

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

Según el art. 2389, se puede dar en prenda un crédito entregando el título al acreedor, notificando al deudor y prohibiéndole que lo pague en otras manos. Dos requisitos deben cumplirse entonces para que se perfeccione la prenda entre el acreedor y el deudor:

- Entrega del título al acreedor prendario;
- Notificación al deudor del crédito, prohibiéndole que le pague a su acreedor.

Cabe precisar que la notificación al deudor del crédito, a diferencia de lo que acontece en la cesión de créditos, es indispensable para que la prenda se perfeccione aún entre las partes que celebran el contrato. La cesión de un crédito en cambio, perfecta entre las partes por la entrega del título, requiere de la notificación o aceptación del deudor para que se perfeccione respecto del deudor cedido y los terceros.

Sobre las cosas incorporales también puede radicarse una prenda. Tratándose de los derechos personales el legislador la reglamenta expresamente en el artículo 2389. Con respecto a estos derechos, se presenta la cuestión de saber si es posible dar en prenda un crédito no escriturado. Algunos estiman que no es posible, pues no habría forma de cumplir con el requisito de la entrega, que es necesaria para perfeccionar el contrato. Sin embargo, puede responderse que el legislador, al establecer la exigencia de la entrega, sólo se refiere a los créditos escriturados y no a los que no consten por escrito. Acontecería en este caso lo mismo que ocurre en la cesión de créditos, donde también es necesario, para que se perfeccione entre cedente y cesionario, la entrega del título. Sin embargo, recordemos que la doctrina ha concluido que los créditos no escriturados pueden cederse, porque de lo contrario tales créditos quedarían fuera del comercio. Por eso, se concluye que la cesión de estos créditos puede hacerse por una escritura pública suscrita por el cedente y por el cesionario. Ahora bien, si es posible la cesión de créditos no escriturados ¿qué razón habría para no permitir que ellos se den en prenda? Además, debemos considerar que la constitución de la prenda es un acto de menor trascendencia jurídica que la cesión, pues mientras la primera es un principio de enajenación, la segunda es derechamente una enajenación.

La posibilidad de dar en prenda un derecho real es una cuestión que ofrece más dificultades. Desde ya, debemos descartar los derechos inmuebles, tales como la servidumbre, el derecho de habitación y el de censo. Tampoco puede radicarse la prenda sobre la hipoteca o sobre la prenda misma, sin perjuicio que pueda otorgarse esta garantía sobre un crédito hipotecario o prendario.

Con respecto al derecho de herencia y al derecho de usufructo, siempre que recaigan sobre muebles, en teoría no se ve inconveniente para que puedan gravarse con prenda. No obstante, nuestro legislador no ha contemplado el caso, pues no consigna en el título de la prenda disposiciones análogas a los artículos 2417 y 2418 ubicados en la hipoteca, que expresamente se refieren a la hipoteca de cuota y a la hipoteca sobre el derecho de usufructo.

## **B. Constitución de las prendas especiales.**

Lo que caracteriza a las prendas especiales, es que a diferencia de lo que ocurre en la prenda civil, en las primeras no hay desplazamiento de la cosa. Por lo tanto, la

prenda deja de ser un contrato real y se transforma en un contrato solemne.

Las formalidades de las distintas prendas especiales son las siguientes:

**1) Prenda sobre warrants o mercaderías depositadas en almacenes generales de depósito.**

El almacenista entrega al depositante dos vales: **uno denominado certificado de depósito, que acredita el dominio de las mercaderías y otro que se denomina vale de prenda.** La prenda de las mercaderías depositadas en el almacén se constituye mediante el endoso del vale de prenda (artículo 1 de la Ley N.º 18.690). De esta manera, el dueño de los productos puede obtener créditos sin necesidad de vender apresuradamente las mercaderías depositadas. El endoso del vale de prenda debe contener: el nombre y el domicilio del cesionario; el monto del capital e intereses del o de los créditos y la fecha de sus vencimientos y sus modalidades; la fecha del endoso y la firma del endosante (artículo 8 de la Ley N.º 18.690).

Si se trata del primer endoso, es decir de la constitución de la prenda, es necesario, además, anotar dicho endoso en el Registro que lleva al efecto el almacenista, tomándose razón de tal anotación en el vale de prenda. Sin este requisito el endoso no produce efecto alguno, lo que significa que no hay prenda (artículo 10 de la ley). En los endosos posteriores no es necesaria la anotación mencionada. En realidad, sólo el primer endoso es la constitución de la prenda. Los endosos posteriores son más bien la cesión o transferencia del derecho real de prenda.

**2) Prenda de valores mobiliarios a favor de los Bancos.**

Distinguimos:

**Títulos al portador:** el contrato de prenda se perfecciona con la simple entrega del título al Banco;

**Títulos a la orden:** se perfecciona la prenda mediante el endoso en garantía, no siendo necesario notificar al deudor;

**Prenda de acciones nominativas de una sociedad anónima o en comandita por acciones:** se perfecciona por la escritura pública o privada, que, para producir efectos respecto de terceros, debe notificarse a la sociedad emisora mediante receptor judicial o Notario (artículo 3º de la Ley N.º 4.287).

Cabe advertir que esta prenda, sólo puede caucionar obligaciones propias, o sea, del dueño de las acciones, no obligaciones de terceros. Pero como las obligaciones propias pueden ser directas o indirectas, el dueño de las acciones podría constituir una fianza o codeuda solidaria, y simultáneamente la prenda sobre sus acciones.

**3) Prenda sin desplazamiento de la Ley N.º 20.190.**

**Es la prenda más utilizada hoy en día,** junto con la prenda mercantil. Conforme al artículo 2 de la Ley, la constitución de la prenda, admite dos posibilidades:

**a.** Por escritura pública, en cuyo caso la prenda será oponible a terceros desde la fecha de esta escritura; o

**b.** Por instrumento privado, cumpliéndose con dos requisitos adicionales:

**i)** las firmas de los concurrentes deberán ser autorizadas por un Notario Público; y

**ii)** el instrumento deberá protocolizarse en el registro del mismo Notario que autorice

las firmas. En este segundo caso, respecto de terceros, la fecha del contrato será la de su protocolización.

Se trata, por ende, en cualesquiera de los dos casos reseñados, **de un contrato solemne**. Estamos ante una solemnidad propiamente tal, de aquellas exigidas por la ley en atención a la especie o naturaleza del contrato, cuya omisión trae como consecuencia que éste no produzca ningún efecto civil (artículo 1443 del Código Civil). **Así las cosas, o habrá una hipótesis de inexistencia jurídica, o de nulidad absoluta, para quienes no admiten la primera en nuestro sistema jurídico.**

Dispone también el artículo 2 que la modificación del contrato o el alzamiento de la prenda, deberán asimismo efectuarse por algunos de los medios antes consignados para su celebración.

La sola celebración del contrato de prenda no otorga al acreedor prendario el derecho real de prenda, **siendo necesario que se inscriba el contrato en el Registro de Prendas sin Desplazamiento (artículo 25), a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación**. Esta inscripción también resulta necesaria para hacer oponible el contrato a terceros. En todo caso, la Ley no dispuso de un plazo fatal para practicar esta inscripción.

#### **4) Prenda mercantil.**

Se perfecciona entre las partes por la entrega de la cosa prendada, entrega que no sólo se puede hacer al acreedor, sino también a un tercero elegido de común acuerdo por los contratantes (art. 817 del Código de Comercio). Entre las partes, se siguen entonces las mismas reglas del Código Civil.

No acontece lo mismo frente a los terceros, ya que para invocar ante otros acreedores el crédito preferente que confiere la prenda, es necesario:

**1º** Que el contrato de prenda sea otorgado por escritura pública o privada, y en el último caso, protocolizada, previa certificación en la misma de la fecha de esa diligencia, puesta por el Notario respectivo;

**2º** Que la escritura o documento contenga 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. (artículos 814 y 815 del Código de Comercio).

Cuando la prenda mercantil recae sobre un crédito, debemos distinguir entre los créditos nominativos, a la orden y al portador:

**1º** créditos nominativos: rige la existencia del "conste" (vale decir, el señalamiento de la suma de la deuda que la prenda está garantizando) y también la notificación al deudor a que se refiere el art. 2389 del CC (art. 816 del Código de Comercio);

**2º** créditos a la orden: requieren para prendarse el endoso en garantía, sin necesidad de notificar al deudor;

**3º** créditos al portador: debe entregarse el título, pero no se requiere la notificación al deudor.

### **C. Efectos del contrato de prenda:**

#### **A. Derechos del acreedor prendario:**

**1. Derecho de retención.**

**2. Derecho de persecución**

**3. Derecho de realización o venta.**

**4. Derecho de preferencia.**

**5. Derecho de ser indemnizado.**

### **1. Derecho de retención:**

Consiste en el derecho que tiene el acreedor para conservar la prenda hasta que el deudor le haga pago íntegro de su crédito. El derecho de retención sólo opera tratándose de las prendas con desplazamiento. No existe en las prendas sin desplazamiento, pero en ellas, la ley otorga al acreedor una serie de derechos que tienden a evitar que se produzca el deterioro material o jurídico de la garantía.

Como contrapartida de este derecho una vez que el deudor paga íntegramente, la obligación del acreedor será restituir la prenda.

Se refiere al derecho de retención el art. 2396, inciso 1º. De acuerdo al precepto, el deudor no puede exigir que se le restituya el bien prendado, total o parcialmente, mientras:

- No haya pagado la totalidad de la deuda en capital e intereses;
- No haya pagado los gastos necesarios en que hubiere incurrido el acreedor prendario para la conservación de la prenda;
- No haya pagado los perjuicios que al acreedor le hubiere ocasionado la tenencia de la prenda. -

Como vemos, para que cese el derecho de retención, debe hacerse un pago total, lo que está en armonía con una de las reglas generales del pago, el art. 1591, inciso 2º. Por lo demás, que se exija un pago total es una consecuencia de la indivisibilidad de la prenda. En consecuencia, por insignificante que sea la parte insoluta del crédito, el acreedor prendario está autorizado a retener el bien pignorado (art. 2405).

Esta regla general tiene dos tipos de excepciones.

- a)** El acreedor puede estar obligado a restituir, no obstante, no haberse cumplido con la obligación caucionada.
- b)** El acreedor puede retener el bien prendado, no obstante haberse pagado íntegramente el crédito caucionado.

Dichas excepciones, en uno u otro sentido, son las siguientes:

**i)** Solicitud del deudor para sustituir la cosa prendada. El artículo 2396, inciso 2º, establece este derecho para el deudor. Si bien es cierto que el derecho de retención se ejerce sobre la cosa que se ha dado en garantía, la disposición citada autoriza al deudor para sustituir la prenda cuando de ello no se sigue perjuicio al acreedor. La norma dice que el deudor "será oído" en esta pretensión. Por lo tanto, no se trata de un derecho absoluto, que opere automáticamente a solo pedimento del deudor. Pero es evidente que, si el cambio de la cosa prendada no perjudica al acreedor, el juez accederá a la petición.

El precepto es interesante en dos aspectos:

- porque va contra el principio de que el contrato es ley para las partes, principio que de aplicarse rigurosamente dejaría al deudor sin el derecho en cuestión;
- porque hasta cierto punto, está inspirado en la doctrina de la relatividad de los derechos, que repudia el ejercicio abusivo de los mismos, abuso que existiría de parte del acreedor si se le permitiera, a todo evento, negarse a la sustitución de la prenda, aun cuando de ello no se le siguiera perjuicio alguno.

**ii) Pérdida del derecho de retención por el uso de la cosa prendada por el acreedor.** La retención no autoriza al acreedor, por regla general, para servirse de la cosa prendada. Lo anterior es tan evidente, que el artículo 2396, inciso 3º, dispone que si el acreedor abusa de la cosa prendada pierde su derecho. Se ha estimado que el mero uso, cuando el acreedor no esté facultado para ello, constituye un "abuso", para estos efectos. Si estuviere autorizado para usar la cosa prendada, habría "abuso" si le da un uso que no corresponda a su naturaleza o destino.

Excepcionalmente, el acreedor puede usar de la cosa prendada:

- cuando el deudor lo autoriza;
- tratándose de una prenda de dinero, porque en ella, el acreedor pasa a ser dueño del dinero dado en garantía;
- si la cosa empeñada fuere fructífera, el acreedor podrá apropiarse de los frutos para imputarlos al pago de la deuda, dando cuenta de ellos y restituyendo los que sobraren (artículo 2403).

**iii) Caso de la prenda tácita. Artículo 2401.**

**A. Concepto:**

Es aquella en virtud de la cual aun cuando se encuentre satisfecho el crédito en todas sus partes el acreedor puede retener la prenda si tuviera contra el mismo deudor otros créditos que cumplan los siguientes requisitos:

- 1.** Que sean ciertos y líquidos, es decir, que además de existir, sepamos a cuánto asciende el crédito y que no esté sujeto a plazo o condición;
- 2.** Que se hayan contraído después que la obligación principal para la cual se ha constituido la prenda.
- 3.** Que se hayan hecho exigibles antes del **pago** de la obligación anterior.

El legislador la establece interpretando la voluntad del acreedor. Si éste ha exigido al deudor una garantía para otorgarle crédito, es lógico presumir que, de sobrevenir otra obligación entre ellos, si el acreedor es titular de un nuevo crédito en contra del deudor, acontece lo anterior debido a la garantía ya otorgada. Por esta razón, no se aplica la prenda tácita cuando la garantía se ha dado por un tercero; además, en tal caso no sería justo que éste permaneciera ligado por las nuevas obligaciones contraídas por el deudor.

Asimismo, para que se aplique la prenda tácita es necesario que el segundo crédito tenga por origen un contrato celebrado entre el acreedor y el deudor. Por lo tanto, no cabría aplicar el art. 2401 si el nuevo crédito se hubiere adquirido por cesión, subrogación o tuviere su origen en la responsabilidad extracontractual del deudor.

**Casos en que no procede la Prenda Tácita:**

- 1.** Si el acreedor pierde la tenencia de la cosa y esta llega a poder del deudor quien paga la totalidad de la deuda (2393 inciso3).
- 2.** Cuando el deudor vende la prenda o constituye un derecho. En estos casos el primer acreedor no podrá excusarse de la restitución alegando otros créditos. (Artículo 2404). "Si el deudor vendiere la cosa empeñada, el comprador tendrá derecho para pedir al acreedor su entrega, pagando y consignando el importe de la deuda por la cual se contrajo expresamente el empeño. Se concede igual derecho a la persona a quien el deudor hubiere conferido un título oneroso para el goce o tenencia de la prenda.

En ninguno de estos casos podrá el primer acreedor excusarse de la restitución alegando otros créditos, aun con los requisitos enumerados en el artículo 2401”.

## **2. Derecho de Persecución:**

- Consiste en la facultad del acreedor prendario de reclamar la tenencia de la prenda que ha perdido contra toda persona. Art. 2393 inc. 1: Si el acreedor pierde la tenencia de la prenda, tendrá acción para recobrarla, contra toda persona en cuyo poder se halle, sin exceptuar al deudor que la ha constituido.
- Excepción al derecho de persecución: “Pero el deudor podrá retener la prenda pagando la totalidad de la deuda para cuya seguridad fue constituida. “. Art. 2393 inc. 2.
- Este Derecho es una consecuencia de que el acreedor prendario es dueño del derecho real de prenda y por lo tanto puede reivindicarlo. Art. 891. Entonces, como la posesión del derecho real de prenda implica tenencia misma, en la práctica el ejercicio de la acción busca recuperar cosa prendaria.

## **3. Derecho de realización de la prenda. Código Civil y DL 776 año 1925**

Art. 2397 inciso 1 parte primera:

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. Este derecho no priva al acreedor prendario la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación en otros bienes del deudor y ello en ejercicio del derecho de prenda general (artículo 2465) Lo anterior, salvo si la prenda fue constituida por un tercero, pues en tal caso, no podrán perseguirse los demás bienes de este tercero, que sólo contrajo una obligación real.

**El derecho de venta que tiene el acreedor es de la esencia de la prenda y no puede renunciarse** (artículo 2397, inciso 1º). Pero el hecho de que esta facultad sea irrenunciable no significa que el acreedor esté obligado a ejercitarla, porque puede conformarse con retener la cosa empeñada (lo que no significa que se transforme en dueño, artículo 2397 inciso 2º) y el deudor no lo podría compelera que iniciara el procedimiento de realización. La realización se efectúa mediante el remate de la prenda, facultando el artículo 2398 al acreedor **y al deudor para concurrir a la subasta**. Somarriva apunta que la autorización al deudor para participar en la subasta contraría lo dispuesto en el artículo 1816, cuando dispone que la compra de cosa propia no vale, pues tal ocurrirá si el deudor era dueño de la cosa prendada y se la adjudica en la subasta. Otros estiman que lo que aquí acontece es simplemente que el deudor paga la obligación, e impide la venta forzada.

El artículo 2402 reglamenta la imputación del producto de la subasta, cuando no alcanza a cubrir la totalidad de lo adeudado:

- primero, debe imputarse a los intereses y costas;
- después, al capital; y
- si fueren varias las obligaciones caucionadas con la prenda, hay que atenerse a las normas generales relativas a la imputación del pago (artículos 1595 a 1597).

El artículo 2397 otorga al acreedor dos derechos:

- 1º** Uno principal, el derecho de hacer vender la prenda en remate;
- 2º** Otro derecho accesorio, el de adjudicarse el bien empeñado hasta concurrencia

de su crédito a falta de posturas admisibles y previa tasación de peritos. Con la vigencia del DL N.º 776, se planteó la interrogante de saber si el acreedor prendario conservaba el segundo derecho, pues el citado decreto no lo contemplaba. La doctrina se inclinó por estimar que no lo conserva.

### **Forma como se realiza la prenda.**

- Art. 2397

- DL 776

**1.** La prenda se realiza en pública subasta luego de que el tribunal cite al deudor y al acreedor a un comparendo.

**2.** Es necesario que conste en un título ejecutivo tanto la obligación principal como la prenda.

**3.** El artículo 2397 inciso primero parte segunda señala que si la cosa es sacada a la venta y no hubiere posturas admisibles la prenda será tasada por un perito y podrá ser adjudicada en pago al acreedor sin que valga estipulación en contrario.

El artículo 5 del decreto ley 776 dispone que los bienes empeñados sin fijación de un mínimo para las posturas en consecuencia el artículo 2397 inciso primero es inoperante ya que si no se necesita un mínimo siempre habrá postura admisible. Habría una derogación tacita.

**4.** La venta se efectúa por orden del juez.

**5.** Artículo 14 señala que no serán aplicable esta ley a las prendas cuya realización se rige por otras leyes especiales. De esta manera el DL se aplica solo a la prenda común o prenda mercantil las demás prendas especiales se regulan de acuerdo a su normativa propia.

### **6. Intervención del deudor:**

**A.** A la licitación de la prenda que se subasta podrán ser admitidos el acreedor y el deudor.

**B.** Mientras no se ha consumado la venta o la adjudicación el deudor ser admitido para pagar la deuda, con tal que el pago sea completo y se incluyan en el los gastos que la venta o la adjudicación hubieren ocasionado (artículos 2399 y 7 del DL 776).

En doctrina se llama derecho de rescate a lo anterior.

**7.** Improcedencia del pacto comisorio (No tiene relación alguna con el pacto comisorio que hemos estudiado en la cv). En materia de prenda e hipoteca es aquel en virtud del cual **se autoriza al acreedor para apropiarse o para realizar la prenda de una forma distinta a la prevista en la ley.** Al respecto el artículo 1 inciso 3 del decreto ley 776 y el artículo 2397 inciso 2 señala **que tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda de apropiársela o de realizarla en otra forma que la prescrita en la ley.** En nuestro derecho no tiene cabida el pacto comisorio de forma tal que el legislador

repudio la llamada *lex comisoriana* en virtud de la cual si el deudor no cumplía con la obligación el acreedor adquiere *ipso iure* el dominio de la cosa. Solo se puede realizar la prenda en la forma establecida en el D.L 776. Este pacto se ha prohibido en los códigos modernos, pues favorece la usura, quedando el deudor colocado a merced del acreedor. El DL 776 ratifica su prohibición, tanto al celebrarse el contrato principal como posteriormente. Infringirían esta prohibición y serían nulos los siguientes pactos:

- Cuando se estipula que el acreedor se pagará con la cosa prendada, en caso de incumplimiento de la obligación;
- Cuando se estipula que el acreedor estará facultado para vender la cosa empeñada en venta privada;
- Cuando se estipula que el producto íntegro de la venta de la cosa empeñada pertenecerá al acreedor, aunque supere el monto del crédito.

Por el contrario, no se verán afectadas por la prohibición figuras como la dación en pago o la propia compraventa, compensando el pago del precio con la deuda.

#### **8. Caso especial de la prenda sobre créditos (artículo 12 D.L 776)**

Si la prenda consistiere en un crédito por suma de dinero, el acreedor prendario deberá cobrarlo a su vencimiento y para este efecto se le considera como representante legal del deudor prendario, sin perjuicio de la obligación de rendir cuenta al deudor

Las cantidades que perciba las aplicara al pago de su propio crédito si este fuere de igual naturaleza. (Excepción 2397 inciso 2 y 1 inciso 3 D.L 776).

#### **9. Imputación del pago. (2402).**

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; y si la prenda se hubiere constituido para la seguridad de dos o más obligaciones, o, constituida a favor de una sola, se hubiere después extendido a otras, según el artículo precedente, se hará la imputación en conformidad al artículo 1595.

#### **4. Derecho al pago preferente.**

- La prenda confiere al acreedor prendario un privilegio de la segunda clase, artículo 2374 número 3, en virtud del cual con el producto de la realización de la prenda se paga con preferencia a los otros acreedores.

- Al igual que acontece con el crédito preferente de la tercera clase del acreedor hipotecario, el crédito del acreedor prendario es especial, porque se hace efectivo sobre el bien dado en garantía, sin que pueda invocarse la preferencia en el resto del patrimonio del deudor. Por lo tanto, si parte del crédito queda sin pagarse con el producto de la realización de la prenda, el saldo insoluto no goza de la preferencia, sino que debe considerarse como un crédito común o valista (artículo 2490).

- El acreedor prendario goza del privilegio cuando persigue la cosa empeñada invocando su calidad de tal. Pero el solo título de acreedor prendario no le confiere privilegio alguno, si ejercita sobre los otros bienes del deudor el derecho de prenda general.

- Lo normal será que el acreedor haga valer su privilegio sobre el producto del remate de la cosa dada en garantía, pero también puede ejercitarlo sobre el monto del seguro en caso de siniestro de la cosa empeñada o sobre el valor de la

expropiación si ésta fuere expropiada.

- De acuerdo a lo expuesto, el acreedor prendario se paga preferentemente a todo otro acreedor con el valor de la cosa prendada, con la sola excepción consignada en el artículo 2476, esto es, cuando tiene que soportar la prioridad de los créditos de primera clase cuando éstos no alcanzaren a pagarse con los demás bienes del deudor. En todo caso, las normas sobre la quiebra permiten que el acreedor prendario pueda ser pagado sin esperar los resultados de la quiebra, siempre que asegure lo necesario para pagar los créditos de primera clase, si los demás bienes de la masa no parecieren suficientes para satisfacerlos.

### **5. Derecho a ser indemnizado.**

- En cuanto a los gastos de conservación, el acreedor sólo puede demandar del deudor las expensas necesarias, pero no las útiles y menos las voluptuarias.

- Además, el deudor está obligado a indemnizar al acreedor los perjuicios que la tenencia de la cosa prendada le hubiere ocasionado. El legislador no da reglas respecto a esta indemnización, de manera que tenemos que aplicar los principios generales que rigen la indemnización de perjuicios en la responsabilidad contractual, consignados en los artículos 1556 a 1558.

- Para compeler al deudor a que le reembolse e indemnice los gastos y perjuicios, el acreedor puede hacer uso del derecho de retención a que se refiere el artículo 2396. Aunque no hay norma expresa en nuestro Código Civil, Somarriva estima que el privilegio de la prenda también se extiende al cobro de los gastos y perjuicios

### **B. Obligaciones del acreedor prendario.**

**1. Obligación de restituir:** 2401 inciso 1. Es una obligación de la esencia.

- Acreedor prendario deberá restituir la prenda satisfecha el crédito en todas sus partes. el art 2403 señala que la restitución de la prenda se hará con los aumentos que haya recibido de la naturaleza o del tiempo. Si la prenda ha dado frutos, podrá imputarlos al pago de la deuda dando cuenta de ellos y respondiendo del sobrante.

- La obligación de restituir cesa si el bien empeñado se destruye por caso fortuito o fuerza mayor, en virtud del principio según el cual las cosas producen y perecen para su dueño. Cesa también la obligación cuando la acción prendaria directa se extinga por prescripción. Dicha acción es la acción personal de que dispone el deudor para recuperar la prenda.

- Indirectamente, el acreedor puede verse libre de la obligación de restituir la cosa, en caso que adquiera el dominio de la cosa por prescripción. Es cierto que el acreedor prendario es mero tenedor, y que la mera tenencia no muda en posesión, como indica el artículo 716, pero el mismo precepto consigna la excepción contemplada en la regla 3ª del artículo 2510.

### **2. Obligación de conservar la prenda:**

2394: El acreedor es obligado a guardar y conservar la prenda como buen padre de familia, y responde de los deterioros que la prenda haya sufrido por su hecho o culpa. Esta disposición hay que relacionarla con el artículo 1549.

### **3. Obligación no usar la cosa:**

Artículo 2395: El acreedor no puede servirse de la prenda, sin el consentimiento del deudor. Bajo este respecto sus obligaciones son las mismas que las del mero depositario.

Si llegare a infringir la ley, el constituyente de la prenda podrá exigir que se le restituya anticipadamente la cosa pignorada.

Excepcionalmente, el acreedor puede servirse de la cosa prendada:

- si el deudor lo autoriza;
- si se trata de una prenda que recae en una suma de dinero (artículo 2395 en relación al artículo 2221).
- Si la cosa empeñada es fructífera, pues en tal caso, el acreedor puede percibir los frutos e imputarlos a la deuda (artículo 2403);
- Si el bien dado en prenda es un crédito de dinero, el acreedor no sólo está facultado, sino que obligado a cobrarlo a su vencimiento.

### **C. Derechos del deudor o constituyente.**

Son más importantes y visibles en las prendas con desplazamiento, porque en ellas resulta obligado el acreedor, a diferencia de lo que ocurre en las prendas sin desplazamiento, donde es el deudor quien contrae obligaciones.

**1.** Deudor tiene derecho a que se le restituya la cosa empeñada una vez que ha pagado la totalidad de la deuda, capital e intereses y más los gastos en que ha incurrido el acreedor y la indemnización de perjuicio a que haya lugar. (2396 inciso **1**). En el evento que no obtenga la restitución de la cosa el deudor goza de 2 acciones:

#### **A. Acción prendaria o pignoratia.**

Acción personal que emana del contrato de prenda y por lo tanto solo puede ejercerla contra el acreedor prendario.

La acción prendaria directa es personal, porque emana del contrato de prenda que vincula al acreedor y al deudor. Por ello, no puede interponerse contra el tercero que estuviere en posesión de la cosa, y prescribe en 5 años, contados desde que la obligación de restituir sea exigible, es decir, desde que el deudor haya pagado íntegramente la deuda. La ventaja de esta acción, es que el demandante no está obligado a probar su dominio sobre la cosa, sino sólo la existencia del contrato y que en él actuó como constituyente de la prenda.

#### **B. Acción reivindicatoria:**

El deudor también dispone de la acción reivindicatoria, en caso que sea dueño de la cosa empeñada. Obviamente, tal acción puede interponerse contra el acreedor como también contra terceros, debiendo el deudor probar su dominio. En cambio, si interpone la acción personal, le será suficiente acreditar la existencia del contrato de prenda.

**2.** Puede pedir la restitución inmediata de la prenda si el acreedor abusa de ella (2396 inciso 3).

**3.** Puede pedir la sustitución de la prenda (2396 inciso 2).

**4.** Puede pedir que se le indemnice los deterioros que la prenda haya sufrido por

hecho o culpa del acreedor prendario.

**5.** El deudor o constituyente puede vender la prenda o constituir a favor de terceros derechos o al goce o tenencia de esta. (2404). El artículo 2404 establece estas facultades. Para que operen, tanto el tercero que compre la cosa como aquél a quien se confiera un título oneroso para el goce o tenencia de la cosa pignorada, tendrán que pagar la obligación que originó la constitución de la prenda. Es importante consignar que, en estos casos, el acreedor no podrá negarse a restituir alegando la existencia de una "prenda tácita" en los términos del artículo 2401. Así las cosas, si el deudor quiere eludir que opere tal hipótesis, debiera vender la cosa o ceder su uso y goce a un tercero a título oneroso.

**6.** Puede el constituyente acudir a la subasta de la cosa empeñada (2398). Tal como se indicó, el artículo 2398 confiere al deudor este derecho, originándose la posibilidad de que el propio dueño de la cosa prendada se adjudique la misma en la subasta, lo que constituye una excepción a la prohibición de comprar una cosa propia, en opinión de algunos (artículo 1816, inciso 1º).

**7.** Mientras no se haya enajenado la prenda el deudor tiene derecho a impedir el remate pagando la deuda (2399). Derecho de rescate.

#### **D. obligaciones del deudor (eventuales).**

La prenda es un contrato unilateral, porque de él sólo nacen obligaciones para una de las partes. En las prendas que se perfeccionan con la entrega de la cosa, se obliga el acreedor. Por el contrario, en las prendas sin desplazamiento, el obligado es el deudor.

**1.** Pago de los gastos de conservación.

**2.** Indemnización de perjuicios a que haya lugar.

Para hacer efectiva estas obligaciones, el acreedor goza de la acción prendaria contraria y del derecho legal de retención.

En las prendas especiales la situación es diversa ya que en esos casos el deudor tiene una obligación genérica de conservar y mantener la cosa debiendo incluso en algunos casos aceptar la inspección de la misma por parte del acreedor. En estos casos el deudor responde de culpa leve.

#### **E. Extinción de la prenda.**

La prenda, como consecuencia de su carácter accesorio, se extingue conjuntamente con la obligación principal. Pero como al mismo tiempo la prenda es una obligación distinta de la obligación principal, puede también extinguirse independientemente de la obligación garantizada.

Cabe señalar que el artículo 2406, que indica las causales de extinción del derecho de prenda, es incompleto, porque no se refiere a los modos de extinguir por vía consensual ni enumera todos los modos de extinguir por vía principal.

### **1. Vía consecuencial:**

Si se extingue la obligación principal, se extinguirá entonces la obligación accesoria. La obligación principal puede extinguirse por cualquiera de los medios contemplados en el artículo 1567 y con ello, igual suerte corre la prenda, dado que por su carácter accesorio necesita ir anexa a otra obligación cuyo cumplimiento garantice.

De los modos de extinguir, presentan algunas peculiaridades en relación a la prenda la novación, el pago y la nulidad.

En cuanto al pago: el pago de la obligación principal acarrea la extinción de la prenda, salvo que lo haga un tercero y se subroga en los derechos del acreedor, porque entonces subsiste la prenda, garantizando ahora la obligación de la cual es titular el nuevo acreedor (artículo 1612);

Respecto a la novación: extinguida por novación la obligación cuyo cumplimiento garantiza la prenda, ésta también se extingue, conforme al artículo 1642. Pero esta misma disposición autoriza a las partes para hacer reserva de las prendas, de manera que esta garantía continúe en pleno vigor asegurando la nueva obligación. En este caso, si bien conserva la prenda su carácter accesorio, presenta la particularidad de que se independiza de la obligación que garantizó en un comienzo y accede ahora a otra obligación. La reserva tiene sin embargo ciertas limitaciones:

**1º** Si la cosa empeñada pertenece a terceros, éstos deben consentir en la reserva;

**2º** No vale la reserva en lo que la segunda obligación exceda a la primera;

**3º** No es posible hacer la reserva en los bienes del nuevo deudor ni aún con su consentimiento;

**4º** Tratándose de codeudores solidarios, la reserva sólo puede afectar a los codeudores que han consentido en la misma (arts. 1642 y 1643).

Además, cabe agregar que, si bien la mera ampliación del plazo de la obligación no constituye novación, en conformidad al artículo 1649 se extingue la prenda que haya constituido un tercero.

En lo que respecta a la nulidad de la obligación principal, declarada que sea extinguirá tanto la obligación principal como la obligación accesoria. Podría ocurrir sin embargo que la prenda se hubiera constituido por un tercero para asegurar la obligación de un menor adulto. En este caso, a pesar de la declaración de nulidad, subsiste la prenda, porque ella está garantizando una obligación natural, siendo la prenda una obligación civil perfecta.

### **2. Vía Principal:**

Cuando se extingue directamente la prenda va a subsistir la obligación principal y va el acreedor a perseguir el pago de la obligación en el patrimonio del deudor principal. Por vía principal las causales de extinción de la prenda son las siguientes:

**A.** Destrucción completa de la cosa dada en prenda.

¿Acreedor debe o no restituir? No debe restituir, porque estamos en un problema de riesgo y la pérdida de la cosa es para su dueño, artículo 1550. Acreedor prendario queda exonerado de restituir la cosa ya que las cosas perecen para su dueño, el riesgo será para el constituyente.

**B.** Confusión:

Se extingue asimismo la prenda cuando la propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor por cualquier título.

**C.** Cuando en virtud de una condición resolutoria se pierde el dominio que el que dio la cosa en prenda tenía sobre ella.

En este caso, la prenda **se extingue esté de buena o mala fe el acreedor**: nos encontramos ante una excepción a los efectos de la condición resolutoria cumplida ante terceros (artículo 1490). Para que el problema que trata el art. 1490 se plantee es necesario que la cosa mueble “se enajene”. En este artículo, la palabra “enajenación” debemos entenderla sólo en su acepción restringida de transferencia total o parcial del dominio, y no en su sentido amplio de constitución de cualquier derecho real sobre la cosa.

En efecto, el art. 1490 es inaplicable a la prenda: arts. 2406 y 2396. **La prenda se extingue si se resuelve el derecho del constituyente de la misma, esté o no de buena fe el acreedor prendario, sin perjuicio de otros derechos que éste puede ejercer, conforme lo establecen las dos disposiciones citadas y el artículo 2391**, (fundamentalmente, pedir primero que se reemplace la prenda o en su defecto, el pago anticipado de la obligación).

**D.** Se refiere al caso en que el acreedor prendario haya abusado de la cosa constituida en prenda.

**E.** Cuando se da en prenda una cosa ajena, y el verdadero dueño la reclama: art. 2390.

#### **F. Transferencia y transmisión del derecho de prenda.**

Consecuencia del carácter accesorio que tiene el derecho de prenda, es que siga al crédito donde quiera que se radique. Por ello, la transferencia y transmisión del derecho de prenda no puede efectuarse aisladamente, sino conjuntamente con el crédito que está garantizando.

Nada dice el Código Civil, al regular la prenda, sobre la manera de transferir o transmitir el derecho de prenda. En consecuencia, dichos actos quedan sujetos a las reglas generales, y se efectuarán por la cesión del crédito prendario, por el pago con subrogación y por la sucesión por causa de muerte.

- Por sucesión por causa de muerte, pasan a los herederos los derechos y las obligaciones transmisibles. Dentro de los primeros, se incluye el derecho de prenda. También por este modo puede adquirir el legatario, cuando se le deja en legado el crédito caucionado con la prenda.

- Por acto entre vivos el cambio de titular de un derecho se efectúa cuando un tercero paga el crédito y se subroga en los derechos del acreedor, caso en el cual pasa al nuevo acreedor el crédito con sus privilegios, prendas e hipotecas (artículo 1612).

- Otra forma de traspasar por acto entre vivos el derecho de prenda, es la cesión del crédito prendario (artículo 1906).

- Tratándose de las prendas especiales, la transferencia operará en algunos casos por cesión del crédito, como en la prenda sin desplazamiento de la Ley N° 20.190, y en otros casos mediante endoso, como en la prenda de Warrants.

## **CONTRATO DE HIPOTECA.**

### **A. Generalidades:**

#### **1. Definición:**

Artículo 2407 "La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor ". La última frase ("que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor ") es para diferenciarlo de la prenda civil, ya que la cosa se entrega al acreedor prendario.

#### **Críticas a la definición:**

1. Se trata de una definición referencial.
2. No se mencionan cuáles son los efectos de la hipoteca.

La explicación histórica a la definición referencial del artículo 2407, en la antigüedad en del derecho griego la **HYPOTHECA** era una forma especial de prenda que recaía sobre inmuebles y que la tenencia material de la cosa no pasaba al acreedor.

#### **Definición doctrinaria:**

La hipoteca es un derecho real que grava a un inmueble el que no deja de permanecer en poder del constituyente y que está destinado a asegurar el cumplimiento de una obligación principal otorgando al acreedor la facultad de perseguir la finca en manos de quien se encuentre y de pagarse preferentemente con el producto de su realización.

**Definición que da Pablo Rodríguez Grez:** La define como un derecho real inmueble de garantía que confiere al titular la facultad de perseguir la finca hipotecada, subastarla y pagarse preferentemente de su crédito.

En términos generales no resulta conveniente el definir la hipoteca como un contrato porque como veremos más adelante el origen de la hipoteca no es siempre contractual, sino que a veces puede ser legal.

Además, más correcto es señalar que el inmueble permanece en poder del "constituyente" antes que en poder del "deudor", pues bien puede ocurrir que la garantía emane de un tercero.

De todas las cauciones, tanto reales como personales, ninguna ofrece mayor seguridad al acreedor que la hipoteca, siendo la principal fuente de crédito. Ello, porque los bienes raíces tienen un valor estable, más o menos elevado, resultando posible obtener créditos más cuantiosos. También la hipoteca presenta ventajas para el deudor, porque no obstante la constitución del gravamen, no se ve desposeído del inmueble, pudiendo valerse de él para obtener utilidades.

Para que conserve su eficacia, la hipoteca debe gozar de la publicidad general, lo que se consigue mediante la inscripción en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces.

## **2. Característica de la hipoteca:**

**A. Es un derecho Real:** Artículo 577 c. c. Como consecuencia de este derecho el acreedor hipotecario tiene la facultad de perseguir la finca hipotecada en manos de quien ella se encuentre.

Artículo 2428 inciso 1: "La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido. "

Se dice en doctrina que la hipoteca es un derecho real de segundo grado ya que recae sobre otro derecho real que puede ser el dominio o el usufructo. No existe entonces una relación directa entre la hipoteca y la cosa misma, sino que es necesario pasar previamente sobre otro derecho real. En la hipoteca, la forma de ejercitar el derecho se materializa en la facultad que tiene el acreedor de pedir la venta de la cosa hipotecada en caso de que el deudor no cumpla la obligación.

### **B. Derecho real inmueble:**

No se trata de una característica absoluta toda vez que por excepción la hipoteca puede recaer sobre naves o aeronaves mayores. Artículo 580

De esta característica se siguen consecuencias importantes: su tradición se efectúa por la inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces (artículo 686 del Código Civil); su posesión puede ser amparada mediante las acciones posesorias (artículo 916 del Código Civil)

**C.** De la definición del artículo 2407 se desprende que la cosa hipotecada permanece en poder del deudor, no se traslada al acreedor.

### **D. Es un derecho Accesorio: (Artículo 1442).**

- A consecuencia de esta característica la hipoteca se extinguirá conjuntamente con la obligación principal (2434 inciso 1), y también a consecuencia de esta característica en la cesión de un crédito se comprenderá también las hipotecas (1906).

- La obligación principal a que nos estamos refiriendo puede ser de cualquier naturaleza: sea de dar, hacer o no hacer; pura y simple o sujeta a modalidades (como se desprende del artículo 2427 del Código Civil); determinada o indeterminada (art. 2427); actual o futura (artículo 2413 del Código Civil); emanada de cualquiera de las fuentes de las obligaciones.

- Hipoteca de obligaciones naturales. Son susceptibles de garantizarse con hipoteca no sólo las obligaciones civiles, sino también las naturales. Con respecto a la garantía hipotecaria de estas obligaciones, debemos distinguir:

**1.** Si la hipoteca se constituye por el deudor o un tercero para garantizar una obligación civil que después pasa a ser natural, subsiste la hipoteca con este mismo carácter (lo accesorio sigue la suerte de lo principal);

**2.** Pero si la garantía la otorga un tercero cuando la obligación ya es natural, dicha obligación accesoria es civil (artículo 1472 del Código Civil).

- Sin perjuicio de que la hipoteca es un derecho accesorio ella presenta cierta independencia de la obligación principal la cual queda de manifiesto en los siguientes puntos:

**1.** Puede garantizarse con la hipoteca obligaciones futuras: Artículo 2413 inciso 3: "Podrá asimismo otorgarse en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que acceda, y correrá desde que se inscriba". En este caso, no existe obligación principal al momento de constituirse la hipoteca.

**2.** Puede garantizarse la hipoteca con bienes propios para la seguridad de una obligación ajena, caso en el cual el constituyente de la hipoteca no se verá afectado por la acción personal que emana del contrato que garantiza la hipoteca a menos que haya accedido a ella expresamente (2414 inciso 2). En esta hipótesis, la obligación principal se separa de la hipoteca: las acciones -la personal y la real- deben dirigirse contra personas diferentes. Lo mismo ocurre cuando la finca hipotecada es adquirida por un tercero.

**3.** Artículo 1642 c. c: "Aunque la novación se opere sin la sustitución de un nuevo deudor, las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no pasan a la obligación posterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan expresamente en la reserva. Pero la reserva de las prendas e hipotecas de la obligación primitiva no vale cuando las cosas empeñadas o hipotecadas pertenecen a terceros, que no acceden expresamente a la segunda obligación.

Tampoco vale la reserva en lo que la segunda obligación tenga de más que la primera. Si, por ejemplo, la primera deuda no producía intereses, y la segunda los produjere, la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses. "

**4.** Es de carácter jurisprudencial y que se aceptan las cláusulas de garantía general hipotecaria. No solo constituye constituyo hipoteca para garantizar obligaciones actuales, sino también las futuras.

**5.** Hipoteca de obligaciones indeterminadas.  
La materia ha sido discutida en la doctrina. Somarriva apunta las siguientes razones, para sostener la validez de estas hipotecas

**1°** El tenor del artículo 376 del Código Civil: la hipoteca sustituye a la fianza que está obligado a rendir el guardador. Forzosamente en este caso la hipoteca es de un monto indeterminado, ya que no se sabe si al terminar la guarda afectará responsabilidad al guardador, ni menos a que suma alcanzará tal responsabilidad.

**2°** El tenor del artículo 2427 del Código Civil: se pone en el caso que la deuda garantizada "fuere ilíquida, condicional o indeterminada".

**3°** El tenor del art. 2431 del Código Civil: "la hipoteca **podrá** limitarse a una determinada suma, con tal que así se exprese inequívocamente." Nótese que la ley emplea la voz podrá, y no la expresión deberá. Por ello, interpretando el precepto a contrario sensu, cabe concluir que éste acepta que pueda estar indeterminado el monto de las obligaciones garantizadas. Por eso, el artículo 81 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, al enunciar los requisitos que debe contener la inscripción hipotecaria, se refiere a la suma de la obligación "en el caso de haberse limitado a determinada cantidad", lo que indica también que es perfectamente

posible que dicha suma sea indeterminada. La indeterminación de las obligaciones caucionadas no se ciñe exclusivamente al monto, sino también a la naturaleza de las obligaciones.

- **Efectos del carácter accesorio de la hipoteca.**

Del carácter accesorio de la hipoteca se derivan consecuencias de gran importancia, que se traducen en el principio general de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal:

1. Extinguida la obligación, también se extingue la hipoteca;
2. A la nulidad de la obligación se sigue la nulidad de la hipoteca;
3. Toda modalidad que afecta a la obligación principal se refleja en la hipoteca;
4. En conformidad al artículo 2516 del Código Civil, la acción hipotecaria prescribe conjuntamente con la acción que emana de la obligación principal; y
5. Donde quiera que vaya el crédito lo sigue la hipoteca. Tal acontece con la cesión o subrogación del crédito hipotecario, con la transmisión que de éste se haga al heredero o legatario, etc.

**E. Estamos en presencia de un Derecho preferente.**

La hipoteca concede al acreedor la facultad de pagarse preferentemente con el producto de la realidad del inmueble hipotecado. A su vez, una misma finca puede hipotecarse varias veces y por tanto la primera hipoteca será de primer grado, la segunda de segundo grado y así sucesivamente. La importancia está en la forma en que concurren los diversos acreedores hipotecarios según el artículo 2477.<sup>24</sup>

**F. Derecho indivisible:** Artículo 2408 inciso 1: " la hipoteca es indivisible". Esto se analiza desde dos puntos de vista:

**1) Con relación al Inmueble gravado con la hipoteca:** 3 artículos:

**A.** Artículo 2408 c. c: Cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella.

**B.** Artículo 1526 numero 1 La acción hipotecaria se dirige contra aquel de los codeudores que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada.

**C.** Artículo 1365 inciso 1: Si varios inmuebles de la sucesión están sujetos a una hipoteca, el acreedor hipotecario tendrá acción solidaria contra cada uno de dichos inmuebles. Si bien dice solidaria se entiende como consecuencia de la indivisibilidad.

**2) Obligación que garantiza la hipoteca.**

El Artículo 1526 numero 1 inciso 2 recoge dos situaciones:

**A.** Codeudor que ha pagado su parte de la deuda, no puede obtener la cancelación de la hipoteca, ni aun en parte, mientras no se extinga el total de la deuda.

**B.** Acreedor a quien se ha satisfecho su parte del crédito, no puede cancelar la hipoteca, ni aun en parte, mientras no hayan sido enteramente satisfecho sus coacreedores.

## **G. Especialidad o Determinación de la Hipoteca:**

Se estudia desde dos puntos de vista:

### **a) Bien raíz hipotecado:**

En este sentido el artículo 2432 número 3 dispone que la inscripción de la hipoteca debe contener la situación de la finca hipotecada y sus linderos con lo cual quiere significarse que el inmueble debe singularizarse como especie o cuerpo cierto.

### **2) Obligación garantizada:**

Ella debe encontrarse determinada en cuanto a su naturaleza y monto sin perjuicio de lo señalado en los casos de independencia.

## **H. Publicidad:**

La hipoteca está sujeta a un régimen de publicidad registral, debe inscribirse en un registro público y en concreto en el conservador de bienes raíces, en el registro de hipotecas y gravámenes (artículo 32 del reglamento del registro conservatorio de B. Raíces).

## **I. Constituye un principio de enajenación.**

Desde el momento que el propietario, al gravar su inmueble con hipoteca se desprende de parte del dominio, es evidente que ella encierra un principio de enajenación, o como decía Andrés Bello, una enajenación condicionada. Por ello, para hipotecar se requiere capacidad para enajenar y no pueden darse en hipoteca los bienes embargados, porque su enajenación trae consigo objeto ilícito y por ende nulidad absoluta.

**J. Constituye una limitación al dominio:** a pesar de que el art 732 no enumera a la hipoteca entre las limitaciones del dominio, es evidente que tiene este carácter a juicio de Somarriva. En virtud de su constitución, el propietario del inmueble no puede ejercer su derecho de dominio en forma absoluta; no puede destruir el inmueble, ni gozar de él en término que lesionen los derechos del acreedor hipotecario porque entonces recibiría aplicación el art 2427.

## **Clases de Hipotecas:**

### **1. Legislación extranjera:**

En ella, como sucede en el derecho francés, se reconoce 3 tipos de hipotecas, dependiendo de la fuente de la cual emana la obligación de constituir la hipoteca:

- Legal.
- Judicial.
- Convencional.

**2. Ordenamiento Jurídico Chileno:** Se reconocen solo dos tipos de hipotecas.

- Legal.
- Convencional.

Para el Código Civil Chileno **todas las hipotecas son convencionales.** Posteriormente, el Código de Procedimiento Civil creó una hipoteca legal, en el caso

previsto en los arts. 660 y 662: en las particiones, para garantizar los alcances que puedan resultar contra un adjudicatario. Pero al decir que esta hipoteca es legal no significa que exista de pleno derecho, sino que con ello se alude al título que da nacimiento al derecho de hipoteca, que no es la convención de las partes sino la ley; pero siempre es necesario para su existencia inscribirla en el Conservador de Bienes Raíces.

En cuanto a la hipoteca judicial, nuestra legislación no contempla ningún caso. Si bien en nuestra legislación no podemos hablar de hipotecas convencionales, legales y judiciales porque sólo existen las primeras con la salvedad de los excepcionales casos de hipoteca legal, en cambio la obligación de constituir hipoteca puede emanar del acuerdo de las partes, de la ley o de una resolución judicial. Bajo este aspecto, aunque no con toda propiedad, podría decirse que la hipoteca es convencional, legal o judicial. Acontece aquí lo mismo que en la fianza, donde el artículo 2336 dice que puede ser convencional, legal o judicial, queriendo con ello referirse a que la obligación de rendirla puede emanar de las fuentes indicadas; pero la fianza en sí misma es siempre un contrato.

- Ejemplos en que la obligación de constituir hipoteca emana de la ley: artículo 89 (muerte presunta); artículos 374 y 375 (en las guardas); artículo 775 (usufructo).
- Ejemplos en que la obligación de constituir hipoteca tiene su origen en una resolución judicial: artículo 755 (fideicomiso); artículo 1315 (albaceas fiduciarios). Respecto a estas hipotecas cabe observar que el juez no puede ordenar su constitución a su simple arbitrio, sino que es necesario que un texto legal lo autorice: de ahí que la fuente remota de la hipoteca ordenada por el juez viene a ser la ley. En todo caso, la diferencia que se aprecia entre las hipotecas legales y las judiciales, estriba en que, en las primeras, el juez debe ordenarlas, mientras que, en las segundas, el juez puede ordenarlas.

### **3. En cuanto a los créditos caucionados, la hipoteca puede ser:**

- **Específica:** cuando cauciona determinadas obligaciones (se garantiza la obligación documentada en tal pagaré, por tal monto, con vencimiento en tal fecha, etc.);
- **General:** cuando cauciona todas las obligaciones del deudor, presentes o futuras, de cualquier índole. Estas, a su vez, pueden ser limitadas (cuando a pesar de ser generales, se limitan a caucionar obligaciones hasta por cierto monto) e ilimitadas. En relación con esta clasificación, cabe prevenir que la Ley número 20.555, publicada en el Diario Oficial de fecha 5 de diciembre de 2011, modificó la Ley número 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, disponiendo en su artículo 17 D, inciso 5º, aplicable a los proveedores de servicios financieros (entre ellos, Bancos y Financieras), que **"En el caso de créditos hipotecarios, en cualquiera de sus modalidades, no podrá incluirse en el contrato de mutuo otra hipoteca que no sea la que cauciona el crédito que se contrata, salvo solicitud escrita del deudor efectuada por cualquier medio físico o tecnológico"**. De esta manera, se restringe la práctica, usual en la Banca, de incorporar, junto con la hipoteca específica que garantiza el préstamo otorgado al cliente, una segunda hipoteca, con cláusula de garantía general. La ley

no la prohíbe, pero exige una petición expresa del deudor.

### **1. Hipoteca Legal:**

**I- Hipoteca Legal del C.p.c:** Contemplada en los artículos 660 al 662 del c.p.c.

#### **A. Concepto:**

Artículo 660 del c.p.c señala que, salvo acuerdo unánime de los interesados, los comuneros que durante la partición reciban bienes en adjudicación, por un valor que exceda del 80 % de lo que les corresponda percibir, pagaran de contado dicho exceso.

Si lo que se adjudica es un bien raíz por el solo ministerio de la ley se entiende constituida una hipoteca sobre dicho inmueble a fin de garantizar el pago de los alcances que resulten en contra de los adjudicatarios, siempre que no se pague de contado el exceso antes referido. En todo caso el comunero puede otorgar otra caución diferente.

Los alcances: En el reparto de los bienes no puede siempre llenarse la cuota de los distintos comuneros con bienes de valor idéntico al de la respectiva cuota. A veces uno recibirá una cosa de mayor valor que el de su cuota y otro una de menor valor. Ejemplo: a dos herederos por partes iguales se les dejan dos casas, una de cuatro millones de pesos y otra de cinco millones, y el valor líquido de la cuota de cada heredero es de cuatro millones quinientos mil pesos, el que se adjudique la casa de cinco millones excede en \$500.000 su cuota y deberá pagar esta suma al otro para equilibrar las adjudicaciones. Esto recibe el nombre de alcance y es la parte de una adjudicación, valorada en dinero, que excede la cuota o haber definitivo del adjudicatario. El consignatario alcanzado debe pagar el exceso y para garantizar este pago la ley contempla la hipoteca legal.<sup>25</sup>

#### **Conforme a lo expuesto, los requisitos de la hipoteca legal son los siguientes:**

- 1.** Debe adjudicarse un bien raíz;
- 2.** El valor de la adjudicación debe exceder del 80% del haber probable del adjudicatario;
- 3.** Que el adjudicatario no pague el exceso de contado.

De esta manera, por ejemplo, al realizarse la partición, se le adjudica a Juan un inmueble avaluado en \$ 90.000.000.- Ahora bien, ocurre que la cuota de Juan ascendía a \$ 100.000.000.- En este caso, el valor del inmueble excede del 80% del haber probable del adjudicatario, de manera que se entiende hipotecado, en favor del resto de los comuneros. ¿Por qué, podríamos preguntarnos, queda hipotecado el inmueble, si ocurre que de todas maneras éste no excede la cuota total de Juan? La respuesta la encontramos en la expresión "haber probable". En efecto, pues bien podría ocurrir que con posterioridad a la adjudicación aparezcan obligaciones del causante de las que no se tenía noticia, y, por ende, disminuir la cuota de cada uno de los comuneros.

Además, como en la práctica ordinariamente no se calcula el haber probable de los copartícipes, cada vez que se hacen adjudicaciones de bienes raíces y hay dudas sobre si existe o no exceso, se declara legalmente hipotecada la propiedad para responder de los posibles alcances que resulten en contra del adjudicatario al término de la partición. Estos alcances sirven al partido para enterar la parte de los

demás comuneros, los cuales reciben por cuenta de sus correspondientes asignaciones un crédito en contra del copartícipe alcanzado, de cuyo pago responde la hipoteca legal.<sup>26</sup>

### **B. Características:**

- 1. Especial:** Solo recae sobre el inmueble adjudicado.
- 2. Siempre determinada:** Solo se constituye esta hipoteca para garantizar el exceso del 80 % referido con anterioridad, es decir no le sirve como cláusula de garantía general hipotecaria.
- 3.** Requiere de inscripción, 662 inciso 1 parte final. Al inscribir el conservador el título de la adjudicación inscribirá a la vez la hipoteca por el valor de los alcances.

### **II- Hipoteca legal del Código de Aguas.**

Conforme a lo dispuesto en el Código de Aguas, quienes sean comuneros en comunidades de aguas, deben concurrir a los gastos de mantención de la comunidad, a prorrata de sus derechos (artículo 212 número 3). Agrega el citado Código que los derechos de aprovechamiento de aguas quedarán gravados de pleno derecho, con preferencia a toda prenda, hipoteca u otro gravamen constituido sobre ellos, en garantía de las cuotas de contribución para los gastos que fijan las juntas y directorios. Los adquirentes a cualquier título de estos derechos, responderán solidariamente con su antecesor de las cuotas insolutas al tiempo de la adquisición (artículo 214). Finalmente, el artículo 258 del Código de Aguas, establece que las disposiciones citadas, referidas a las comunidades de aguas, son aplicables también a las asociaciones de canalistas.

### **2. Hipoteca Convencional:**

El derecho real de hipoteca necesita para nacer, como todo derecho real, que opere un modo de adquirir el dominio. Originariamente, en la constitución de la hipoteca existe tradición de la misma. Con posterioridad, también pueden actuar otros modos: la prescripción en caso que el gravamen se haya constituido sobre cosa

---

<sup>26</sup> agregado diciembre 2018

ajena, pues entonces la tradición no sirve al acreedor para adquirir el derecho, sino como título para llegar a adquirirlo por prescripción, o la sucesión por causa de muerte, mediante la cual el heredero o legatario adquiere el derecho de hipoteca conjuntamente con el crédito. Ahora bien, si en la generación del derecho de hipoteca siempre existe tradición, tendrá también que existir un título que la anteceda (artículo 675 del Código Civil), es decir, un contrato que coloque a una persona en la obligación de transferir el derecho de hipoteca. Este título, no es otro que el contrato hipotecario, que podemos definir como aquél en que el deudor o un tercero se obliga con respecto al acreedor a darle o transferirle el derecho de hipoteca sobre un inmueble de su propiedad y a conservar éste en condiciones idóneas para asegurar el pago de los créditos garantizados.

### **A. Características del contrato hipotecario.**

a) Puede celebrarlo el acreedor no sólo con el deudor personal sino también con un tercero (llamado garante hipotecario).

b) Es un **contrato unilateral**, en opinión de la mayoría, o bilateral, según algunos:

- **la mayoría estima que el contrato de hipoteca es unilateral**, porque en él solo resulta obligado el constituyente, a transferir al acreedor el derecho real de hipoteca; y también a conservar el inmueble en condiciones aptas para asegurar el pago del crédito garantizado (so pena que opere una caducidad del plazo de la obligación, conforme a los artículos 2427 y 1496 del Código Civil).

- Sin embargo, no es de la esencia el carácter unilateral de la hipoteca, la que bien puede **ser bilateral, lo que sucederá cuando el acreedor a su vez contraiga obligaciones**: por ejemplo, si se estipula que pagará al tercero una remuneración a cambio de que este acceda a constituir el gravamen, o si concede al deudor rebaja de intereses o prórroga del plazo.

- Otra doctrina, sostiene que el contrato hipotecario **sólo genera obligaciones para el acreedor hipotecario**, quien debe alzar la hipoteca, cuando la obligación caucionada se ha extinguido (en este sentido, ocurriría lo mismo que en la prenda civil, donde el único obligado es el acreedor prendario). Se descarta para esta doctrina que el constituyente de la hipoteca se obligue a transferir el derecho real de hipoteca a favor del acreedor, porque ello no sería una obligación derivada del contrato, sino un requisito para que nazca el contrato. Esta doctrina, sin embargo, es discutible por dos razones:

i) La obligación de concurrir a cancelar la inscripción hipotecaria (en rigor, a alzar, pues es el Conservador de Bienes Raíces quien cancela) cuando el derecho real de hipoteca se haya extinguido, no es una obligación que nazca del contrato sino de la ley. En efecto, si la hipoteca se extinguió por haberse extinguido la obligación principal caucionada por aquella, ya no hay contrato de hipoteca, y por ende no puede haber obligaciones vigentes.

Pero, como es razonable, quien era acreedor hipotecario debe otorgar la escritura de alzamiento de la hipoteca, para que en su virtud el Conservador de Bienes Raíces proceda a cancelar la inscripción. Con ello, se cumplirá una obligación que emana de la ley. Y de no ocurrir lo anterior, el juez lo ordenará a requerimiento del propietario de la finca hipotecada. Lo expuesto se refrenda por lo demás en la Ley número 19.496, citada, al disponer en su artículo 3º, inciso 2º, entre los derechos del consumidor de productos o servicios financieros, el obtener " c) **La oportuna liberación de las garantías constituidas para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, una vez extinguidas éstas**"; agregando el artículo 17 D, inciso 6º: **"En el caso de créditos caucionados con hipoteca específica, una vez extinguida totalmente la obligación garantizada, el proveedor del crédito deberá, a su cargo y costo, otorgar la escritura pública de alzamiento de la referida hipoteca y de los demás gravámenes y prohibiciones que se hayan constituido al efecto e ingresarla para su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces respectivo, dentro de un**

**plazo que no podrá exceder de cuarenta y cinco días contado desde la extinción total de la deuda.”<sup>27</sup>.**

La obligación del acreedor hipotecario, entonces, en orden a proceder al alzamiento de la hipoteca, no sólo tiene su fuente en la ley, sino que ésta ha señalado un plazo perentorio para cumplirla, cuando se trate de proveedores de servicios financieros (Bancos y financieras, entre otros). Respecto de un acreedor hipotecario que no tenga la calidad de proveedor de servicios financieros, como ocurriría con cualquier particular, estará en mora de cumplir con la obligación legalde alzar la hipoteca una vez interpelado judicialmente (artículo 1551, número 3 del Código Civil), momento a partir del cual, además, el que solicite el alzamiento podría exigir que se le indemnicen los perjuicios que acredite haber experimentado a consecuencia del incumplimiento de la referida obligación (artículo 1557 del Código Civil).

ii) Esta doctrina no se hace cargo de la segunda obligación que pesa sobre el constituyente de la hipoteca, cual es conservar la cosa en condiciones idóneas para que sirva efectivamente de garantía al cumplimiento de las obligaciones caucionadas, y cuya fuente se encuentra en el artículo 2427 del Código Civil.

- Por su parte, algunos sostienen derechamente que el contrato de hipoteca sería **bilateral**: el constituyente asumiría las dos obligaciones que ya enunciamos, y el acreedor hipotecario la obligación de alzar la hipoteca.

**c) Es un contrato accesorio:**

d) Puede ser tanto **gratuito como oneroso**: en los casos en que la hipoteca es un acto bilateral, es evidente que es oneroso. Pero lo más corriente es que la hipoteca sea un contrato unilateral, en cuyo caso debemos distinguir si la hipoteca se constituye por el propio deudor o por un tercero garante.

1) La hipoteca se **constituye por el deudor**: distinguimos a su vez, si se constituye antes que nazca la obligación principal, simultáneamente con la obligación principal o con posterioridad:

- La hipoteca se constituye antes que nazca la obligación principal: el contrato será oneroso, pues el constituyente espera recibir a cambio un préstamo, que, de no mediar la garantía, no obtendrá; y el acreedor obtendrá una garantía que asegura el pago del futuro crédito.

- La hipoteca se constituye simultáneamente con la obligación principal a la que garantiza: el contrato de hipoteca será oneroso, por la misma razón precedentemente indicada;

- La hipoteca se constituye con posterioridad al nacimiento de la obligación principal: en este caso, el contrato de hipoteca podrá ser gratuito u oneroso:

i) Será gratuito: si la hipoteca se constituye sin que el deudor obtenga nada a cambio del acreedor;

ii) Será oneroso, si el acreedor, a cambio de la constitución de la hipoteca, ofrece al

deudor una rebaja en los intereses, una prórroga en el plazo de servicio de la deuda, etc.

**2) La hipoteca se constituye por un tercero garante:** también distinguimos:

- La hipoteca se constituye a cambio de una remuneración o pago ofrecido por el acreedor: será oneroso el contrato, y además bilateral;

- La hipoteca se constituye a cambio de una remuneración o pago ofrecido por el **deudor principal**: el contrato de hipoteca será unilateral, porque el que se obliga a pagar es un tercero ajeno al contrato de hipoteca, el deudor principal; pero también podríamos aceptar –siguiendo a López Santa María - que, en este caso, el contrato es oneroso, en cuanto efectivamente reporta utilidad para ambos contratantes. Con todo, para Somarriva, aún en este caso el contrato sigue siendo gratuito, pues para ser oneroso, las partes deben **gravarse recíprocamente**, y no un tercero (la discrepancia entre los dos autores citados, se resume en lo siguiente: para concluir si estamos o no ante un contrato oneroso, basta, para López Santa María, que el contrato reporte utilidad para ambas partes, aunque dicho beneficio lo obtenga uno de los contratantes de un tercero ajeno al contrato; en cambio, para Somarriva, además, es necesario que las dos partes se graven recíprocamente, según se desprende del artículo 1440 del Código Civil).

- La hipoteca se constituye sin que medie pago alguno, ni del acreedor ni del deudor principal: el contrato será gratuito.

Cabe advertir, en todo caso, que, para los efectos prácticos, es decir para ver la procedencia de la acción pauliana, el artículo 2468 equipara la hipoteca a los actos onerosos (lo mismo ocurre con la prenda).

**e)** Es un contrato solemne: artículos 2409 y 2410 del Código Civil. Debe otorgarse por escritura pública y debe además ser inscrita en el Registro Conservatorio.

**B. Quien puede hipotecar:** Artículo 2414 inciso 1.

Puede ser constituido por cualquier persona que sea capaz de enajenar y por lo tanto en el evento que estemos en presencia de un incapaz deberá cumplirse las formalidades habilitantes como, por ejemplo:

**1.** Si la hipoteca va a ser constituida por un hijo sujeto a patria potestad debe obtenerse autorización judicial (254).

**2.** Pupilos o personas sujetas a tutela o curatela requiere obtener autorización judicial y esta solo podrá darse en caso de necesidad o de utilidad manifiesta (393 c .c).

**3.** Si la mujer está casada en sociedad conyugal, para que el marido pueda gravar sus bienes propios con hipoteca se requerirá de la voluntad de la mujer compareciendo en el acto o contrato.

**C. Constitución de la hipoteca:**

Se puede hablar con más propiedad de un contrato y será un contrato solemne, y en consecuencia se va a perfeccionar una vez que se haya cumplido con las solemnidades señaladas por la ley. En caso de la hipoteca hay dos disposiciones:

**1.** Artículo 2409 c. c: "La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública y que puede ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que accede."

**2.** Artículo 2410 c. c: "La hipoteca deberá además ser inscrita en el registro conservatorio, sin este registro no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción."

#### Rol de la inscripción:

Corresponde este tema a responder si la inscripción de la hipoteca es una solemnidad de esta o es la tradición del derecho real de hipoteca.

- Fernando Alessandri Rodríguez: Inscripción es una solemnidad del contrato. Lo anterior se desprende del examen gramatical del artículo 2410: ". Deberá además..." requisito copulativo, la inscripción cumpliría dos roles: Solemnidad del contrato, tradición del derecho real.

- Para la mayoría, a la cual adhiere Pablo Rodríguez Grez: Inscripción solo juega el rol de tradición del derecho real de hipoteca.

#### Razones:

**1.** Mensaje del código civil) se señala que la constitución de todo derecho real exceptuando las servidumbres exige una tradición y la única forma de tradición que para estos actos corresponde es la inscripción en el registro conservatorio.

**2.** De los contratos no surgen derechos reales, si no que los derechos reales requieren de un modo de adquirir el cual en este caso es la inscripción.

**3.** artículo 2419 c. c: "la hipoteca de bienes futuros sólo da al acreedor el derecho de hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiriera en lo sucesivo y a medida que los adquiriera". Si el contrato confiere un derecho como es el de inscribir el título significa que la convención ya existe, y ello porque se cumplieron las solemnidades sin que la inscripción tenga ese carácter.

**4.** artículo 767 c. c: Se da una situación análoga a la de la hipoteca. No cabe duda de que la inscripción solo tiene por finalidad la tradición del derecho real de usufructo.

**5.** artículo 2410: Sin la inscripción lo que no tendrá efecto alguno será el derecho real de hipoteca y no incluye el contrato de hipoteca.

**6.** artículo 2411: Contratos hipotecarios otorgados en país extranjero darán hipoteca sobre bienes situados en Chile, con tal que se inscriban en el competente registro.

**7.** Una sentencia de la CS del día 2 de marzo de 2011 donde se consideró que el derecho real de hipoteca se puede adquirir por diversas vías, por tradición, por prescripción adquisitiva, por sucesión por causa de muerte, por cesión del crédito garantizado con hipoteca y por subrogación en el crédito hipotecario entendiéndose constituido desde la inscripción conservatoria en el registro de hipotecas y gravámenes.

Contrato de hipoteca otorgado por escritura pública es válido, **pero el derecho real**

## **de hipoteca solo surge cuando se inscribe en el registro conservatorio.**

### **Contrato de hipoteca otorgado en el extranjero:**

Se regula en el ART 2411 y señala que los contratos hipotecarios celebrados en país extranjero darán hipoteca sobre bienes situados en Chile, con tal que se inscriban en el competente registro. Es una manifestación del ART 16 del CC, en el sentido de reconocerle validez a los contratos otorgados legalmente en país extranjero y también en tanto estos contratos, para producir efectos en Chile, deben sujetarse a la ley chilena.

Debe tenerse presente lo dispuesto en el ART 18 y 1701 del CC en el sentido de que en los casos en que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efectos en Chile, no valdrán las escrituras privadas, cualquier que sea la fuerza de estas en el país donde hubieren sido otorgadas. Por lo que siempre la hipoteca debe constituirse por escritura pública que se deberá sujetar al proceso de legalización del CPC

### **Contenido Inscripción:**

La ley no contempla requisitos especiales del contrato de hipoteca, sino que ella regula es el contenido de la inscripción hipotecaria. Artículo 2432 (el artículo 81 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces reproduce los requisitos, y el artículo 82 señala que **de faltar alguna de las designaciones en términos absolutos, deberá otorgarse nueva escritura pública complementaria**):

- 1) Individualización de quien va a constituir la hipoteca.
- 2) Fecha y la naturaleza del contrato a que accede la hipoteca. Lo anterior, salvo que estemos ante una hipoteca con cláusula de garantía general
- 3) La situación de la finca hipotecada y de sus linderos.
- 4) La suma determinada a la que se extienda la hipoteca, si las partes la limitan a una determinada cantidad, con tal que así se exprese inequívocamente de acuerdo al artículo 2431, parte inicial (principio de la especialidad de la hipoteca en cuanto a la obligación). Sobre el particular, las hipotecas se pueden constituir conforme a los siguientes formatos:
  - Hipoteca específica: que garantiza una o algunas obligaciones determinadas (tal pagaré, por tal suma, con tal fecha de vencimiento, etc. Por ej.: Se otorga una hipoteca señalándose expresamente su límite hasta \$ 100.000. En este caso, la garantía por capital e intereses no puede exceder de dicha suma);
  - Hipoteca con cláusula de garantía general, pero limitada a un monto máximo.
  - Hipoteca con cláusula de garantía general, sin limitación. (si la hipoteca garantiza obligaciones indeterminadas, en virtud del art 2431 el deudor puede solicitar en cualquier momento que se limite la hipoteca al duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal a esa fecha. De ese modo, si el deudor tiene para con un banco una deuda de \$30.000 por mutuo y constituyó hipoteca, y además \$20.000 por sobregiros en la cuenta corriente, podrá pedir que se limite la

hipoteca a \$100.000, a pesar de haberse estipulado cláusula de garantía general hipotecaria.

### **5) La fecha de la inscripción y la firma del conservador.**

Cabe señalar que este es el único requisito que no puede omitirse bajo respecto alguno. Si se omiten los restantes requisitos, la inscripción no será nula, pero siempre y cuando de su contexto o del contrato o contratos citados por ella, se desprendan aquellos antecedentes omitidos en la inscripción: artículo 2433.

### **Cosas que pueden hipotecarse:**

Artículo 2418 señala que la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo, o sobre naves o aeronaves mayores.

Vamos a ver distintas situaciones:

- Inmuebles que se posean en propiedad: Absoluta o fiduciaria, plena o nuda. Es decir, lo que es susceptible de hipotecarse es el dominio sobre los bienes raíces. Dentro de la expresión "inmuebles" quedan comprendidos aquellos que lo son por naturaleza. En cuanto a los inmuebles por adherencia y por destinación, no pueden hipotecarse independientemente del inmueble al que acceden, pero se ven afectados por la hipoteca constituida sobre éste, como expresamente lo establece el art. 2420 respecto de los inmuebles por destinación. Sin embargo, estos bienes, muebles por naturaleza, pueden enajenarse por separado del inmueble, en cuyo caso, dejan de quedar afectados por la hipoteca. Por ello, resulta conveniente que, simultáneamente con la hipoteca, se constituyan prendas sobre tales bienes, especialmente cuando pueden ser valiosos, como por ejemplo tratándose de ganados o maquinaria agrícola. Lo mismo conviene hacer en el caso de los inmuebles por adherencia, como las plantaciones; en este caso, a pesar de tratarse de inmuebles, son prendables, anticipándose su futura condición de muebles.

### **A. Fideicomiso:**

Este plantea una situación especial, porque el dominio del propietario fiduciario estaba sujeto a una condición resolutoria de pasar al fideicomisario, por lo que no resulta lógico que el legislador acepte la hipoteca sin tomar ciertos resguardos. La situación se asimila a la de los pupilos y por ese motivo, que para constituir la hipoteca de acuerdo con el ART 393 se requiere de decreto judicial previo, fundado en una necesidad manifiesta o causa de utilidad. En el evento que se halle impuesto ese gravamen, sin autorización judicial previa, no será el fideicomisario obligado a reconocer la hipoteca. ART 757 (inoponibilidad).

Podría ocurrir, en todo caso, que el constituyente del fideicomiso hubiese prohibido enajenar la propiedad fiduciaria (artículo 751 del Código Civil), entendiéndose dentro de dicha prohibición, de la constituir gravámenes.

### **B. Nuda propiedad:**

En este caso el dominio está desmembrado en nuda propiedad y en usufructo, por lo que se puede constituir hipoteca de la nuda propiedad y cuando se extinga el usufructo se consolidará la nuda propiedad y en este momento el acreedor hipotecario resultará beneficiado (acrecimiento del objeto de la hipoteca)

### **C. Inmuebles que se posean en usufructo:**

No se trata de que el usufructuario hipoteque el inmueble en sí, porque sólo es mero tenedor del mismo, sino que se le permite gravar su derecho de usufructo. La hipoteca del usufructo no significa que su sola constitución de al acreedor la facultad para percibir los frutos. **Será el usufructuario quien continuará percibiéndolos.** El acreedor hipotecario tendrá derecho a ellos, cuando ejercitando su derecho de tal, embargue **el usufructo, sin que se extienda su derecho a los frutos percibidos por el usufructuario** (artículo 2423).

Cabe precisar que no son hipotecables el derecho de uso sobre inmuebles y el derecho de habitación, no obstante, su semejanza con el usufructo. Nada dice respecto a los primeros el artículo 2418, y por lo demás, se trata de derechos personalísimos, intransferibles, intransmisibles e inembargables.

La hipoteca sobre el usufructo ofrece al acreedor una seguridad relativa e incierta, ya que, extinguido el usufructo, igual suerte corre la hipoteca; pero esta regla admite excepciones, porque si se extingue el usufructo por:

- renuncia del usufructuario;
- por consolidación del dominio -ya sea en manos del usufructuario o del nudo propietario-; o
- por sentencia judicial en el caso del artículo 809,

En estos casos subsistirá la hipoteca (artículo 803). La solución contraria equivaldría a entregar la eficacia del derecho del acreedor hipotecario en manos del usufructuario. De cualquier forma, lo aconsejable sería hipotecar simultáneamente, si se puede, la nuda propiedad y el derecho de usufructo, pues en tal caso, extinguido el usufructo, subsistirá la hipoteca, ahora gravando la propiedad plena. Al igual que la propiedad fiduciaria, puede ocurrir que el constituyente del usufructo prohíba gravarlo

### **D. Naves:**

Se puede dar en hipoteca las naves mayores. DL 222, artículos 866 y 868 del código de comercio. No obstante, su condición de bienes muebles, las naves son susceptibles de hipoteca, siempre y cuando tengan más de 50 toneladas de registro. La hipoteca naval se inscribe en el registro respectivo, que se lleva en la Dirección de territorio Marítimo y Marina Mercante Nacional. Como lo dijimos en su oportunidad, pueden hipotecarse incluso las naves que se encuentran en construcción en un astillero. Las aeronaves de cualquier tonelaje, también se hipotecan, inscribiéndose la hipoteca en la Dirección General de Aeronáutica Civil.

### **E. Pertenencias mineras:**

Artículo 217 y 218 del código de minería. Artículo 2423 c. c. señalan que la hipoteca sobre minas y canteras no se extienden a las sustancias minerales, una vez separadas del suelo.

### **F. Bienes futuros:** Artículo 2419.

La hipoteca de bienes futuros sólo da al acreedor el derecho de hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiera en lo sucesivo y a medida que los adquiera. La futureidad, aquí, está referida a que el inmueble aún no ingresa al patrimonio del constituyente. En rigor, se está hipotecando algo que por el momento

es ajeno al constituyente.

## **G. Casos especiales:**

### **1. Hipoteca de cuota:** Artículo 2417.

Comunero antes de la división de la cosa común, puede hipotecar su cuota. Una vez verificada la división la hipoteca solo afectara los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen y siempre que sean hipotecables, en caso contrario caducara la hipoteca. De todas maneras, la hipoteca puede subsistir sobre los bienes hipotecados a otros partícipes de la comunidad, siempre que ellos consientan en la hipoteca, y constara en escritura pública de la que se tomara razón al margen de la inscripción hipotecaria.

Si el legislador permite que el comunero hipoteque su cuota, es porque considera que sobre ella tiene el derecho de dominio, como se desprende del artículo 1812 del Código Civil, que lo autoriza para vender la cuota, y del artículo 892 del Código Civil que lo faculta para reivindicarla. Manifestación del efecto declarativo de la partición: 1344, comunero a quien se adjudica bien se entiende dueño durante todo el tiempo que se mantuvo la comunidad.

En cambio, si el inmueble hipotecado es adjudicado a otro comunero, en principio caduca el gravamen. La razón es la misma que dábamos para el caso de adjudicarse el inmueble a quien había hipotecado su cuota: si el inmueble se adjudica a otro comunero, quiere decir que aquél que hipotecó su cuota jamás tuvo derecho alguno sobre el inmueble, y, por ende, mal podría haberlo gravado. Estamos aplicando nuevamente el efecto declarativo de la adjudicación.

Puede acontecer por otro lado que el inmueble cuya cuota se hipoteca no se adjudique a ninguno de los comuneros, sino que pase a poder de un tercero. En este evento, la doctrina y la jurisprudencia, estiman que **la hipoteca subsiste y no caduca porque con respecto al tercero no se presenta la causal de caducidad que opera respecto a los comuneros y además porque la hipoteca es un gravamen real que sigue al inmueble.**

En la práctica, la hipoteca de cuota suele rechazarse por los acreedores como garantía idónea, quienes exigen que la constituyan todos los comuneros. Al hipotecarse el cien por ciento de los derechos de dominio que se tengan sobre el inmueble, no hay riesgo de caducidad al operar la partición.

### **2. hipoteca respecto de un bien de que se tiene un derecho eventual, limitado o rescindible (2416).**

**Situación general:** el que solo tiene sobre la cosa que se hipoteca un derecho eventual, limitado y rescindible, no se entiende hipotecarla sino por las condiciones y limitaciones a que está sujeto el derecho, aunque así no lo exprese.

**Condición resolutoria:** si el derecho está sujeto a una condición resolutoria, tendrá lugar a lo dispuesto en el ART 1491, es decir que la condición resolutoria operara en contra del acreedor hipotecario de mala fe, es decir cuando la condición constaba en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública.

**Donación:** ART 1432 señala que la resolución, rescisión y revocación de la

donación, no importará la extinción de la hipoteca constituida sobre las cosas donadas, sino en los siguientes casos:

- Cuando en la escritura pública de donación, se ha prohibido al donatario enajenarlas o se ha exonerado la condición.
- Cuando antes de las enajenaciones o de la constitución de los referidos derechos, se ha notificado a los terceros interesados que el donante u otra persona a su nombre, se propone intentar la acción resolutoria, rescisorio o revocatoria contra el donatario.
- Cuando se ha procedido a enajenar los bienes donados o a constituir los referidos derechos después de intentada la acción.  
A su vez, tratándose de la hipoteca de un derecho de usufructo, la hipoteca se extinguirá en el plazo de duración del usufructo.

### **3. Hipoteca sobre cosa ajena:**

No está expresamente regulada en la ley, pero se ha estimado que en este caso el contrato de hipoteca va a ser válido. No obstante, lo cual no se va a constituir el derecho real de hipoteca, ello por aplicación de la regla estudiada en la tradición.

- Hay sentencias que han declarado nulo absolutamente el contrato de hipoteca fundado en el artículo 2414 inciso 1 (... "sus bienes..."), constituyente debe ser dueño de la cosa dada en hipoteca. En el mismo sentido se ha fundado esta nulidad en el artículo 2418 inciso 1 ("propiedad o usufructo).
- Pablo Rodríguez adhiere a la jurisprudencia, sobre la base de que el acreedor hipotecario **no tiene posesión sobre su derecho de hipoteca y por lo tanto nunca podría ganar por prescripción tal derecho,** lo que pone de manifiesto la inutilidad de una hipoteca constituida por quien no sea dueño de la finca. Señala los siguientes argumentos:

**a)** La sola circunstancia de ser la hipoteca un derecho real no implica que sobre él pueda haber posesión. En efecto, hay casos en los que se excluye la posesión, como ocurre tratándose de las servidumbres discontinuas e inaparentes.

**b)** Es cierto que el Mensaje señala que el que no es poseedor del dominio puede ser poseedor de otro derecho real, como la hipoteca (literal XXIV). Pero esta declaración – además de ser errónea- está antecedida por un párrafo que dice: "Toda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o la apariencia del dominio; no es poseedor de una finca sino el que la tiene como suya, sea que se halle materialmente en su poder, o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella". Agrega Rodríguez Grez que, en esta parte del Mensaje, Bello reconoce que la posesión tiene una apariencia, una realidad física que trasunta socialmente. Sin embargo, el acreedor hipotecario está distante de la cosa, no tiene con ella relación alguna y su contacto opera una vez que la obligación que garantiza se hace exigible y no se

cumple por el principal obligado. Sólo entonces puede perseguirla, realizarla a través del juez competente y pagarse con la preferencia respectiva.

**c)** Se desprende de los artículos 2414 y 2418 del Código Civil que la hipoteca sobre cosa ajena es absolutamente nula, porque es un requisito de la esencia del contrato hipotecario que la cosa sea de dominio del constituyente. Se desprende lo anterior de los artículos citados: del 2414, pues alude a "sus bienes"; del 2418, que dispone en su inciso 1º: "La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo..."

**d)** Es cierto que la venta de cosa ajena es válida, pero al respecto existe norma expresa que así lo declara (artículo 1815 del Código Civil), mientras que respecto de la hipoteca no existe una norma similar. Además, la constitución de una hipoteca sobre cosa ajena sólo puede ser consecuencia de un error del Conservador de Bienes Raíces.

**e)** Le parece a este autor una extrema injusticia e inmoralidad imponerle a un propietario una hipoteca por el solo transcurso del tiempo. Agrega Rodríguez Grez que no faltará quien se pregunte qué sucede cuando han transcurrido más de diez años y no se ha demandado la nulidad absoluta. En tal caso, como el acreedor no ha adquirido posesión del derecho real de hipoteca, no estará en situación de prescribir en su favor, de modo que será indiferente que el contrato no pueda anularse, porque, en cuanto al derecho hipotecario, éste no existe. La inscripción que se hubiere practicado es de papel y no tiene consecuencias para el verdadero dueño.

De todos modos, la doctrina mayoritaria estima que esa jurisprudencia es errada y que lo correcto es que la hipoteca de cosa ajena vale, sin perjuicio que no se transfiera el derecho real de hipoteca.

#### **Razones:**

**a.** Artículo 2414 inciso 1, no es una norma prohibitiva si no que solo una referencia de carácter general ya que lo normal es que la hipoteca sea constituida por el dueño de la cosa.

**b.** Tradición de la cosa ajena es válida, aunque no se va a transferir el derecho de que se trate. (Artículos 682 y 670 inciso 2.)

**c.** Artículo 2390 señala que la prenda sobre cosa ajena es válida.

**d.** Artículo 2498 señala que los derechos reales como la hipoteca se pueden adquirir por prescripción del mismo modo que el dominio. Significa en otros términos que puede adquirirse por prescripción ordinaria o extraordinaria y si se estima que la hipoteca de cosa ajena adolece de nulidad, de acuerdo con el art. 704 del Código Civil sería un título injusto, que daría origen a la posesión irregular y ésta a la prescripción extraordinaria, resultando así que la hipoteca jamás se podría adquirir

por prescripción ordinaria, con lo que no se respetaría lo dispuesto en el art. 2512 del Código Civil.

**e.** Si la hipoteca fuera absolutamente nula no cabría la ratificación por que la nulidad absoluta se sana solo por el transcurso del tiempo (2417 y 672).

**f.** Caso del art. 2417 del Código Civil: la hipoteca constituida por el comunero, a quien en definitiva no se le adjudica el inmueble, subsiste si los otros comuneros adjudicatarios consienten en ello. Es decir, la hipoteca constituida por quien no es dueño y se considera no haberlo sido jamás, tiene pleno valor si es ratificada por el dueño

#### F. **Obligaciones susceptibles de caucionarse con hipoteca:**

La regla general es que la hipoteca puede caucionar todo tipo de obligaciones, como ocurre en los siguientes casos:

**1)** Presentes o futuras: (2413 inciso 3).

**2)** Pura y simple o sujeta a modalidad: (2413 inciso 1 y 2).

**3)** Civil o natural

**4)** Determinación obligación caucionada:

Por aplicación característica de la especialidad en principio debería encontrarse determinado el monto del crédito que es garantizado por la hipoteca. En el evento que ello no ocurra el artículo 2431 inciso 1 parte 2º señala que **la hipoteca no se extenderá en ningún caso a más del duplo del importe conocido o presente de la obligación principal.** Inciso 2º agrega que el deudor tendrá derecho para que se reduzca la hipoteca a dicho importe; y reducida, se hará a su costa una nueva inscripción, en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda.

**5)** Cláusula de garantía general hipotecaria.

Usualmente estipulada entre los Bancos y los deudores, para garantizar el cumplimiento de cualquiera obligación, presente o futura, directa o indirecta. La jurisprudencia ha reconocido plena validez a esta cláusula, atendiendo fundamentalmente:

**1º** Art. 2413 del CC, en cuanto la hipoteca puede constituirse antes que exista la obligación principal.

**2º** En cuanto a lo dispuesto en los arts. 2432 número 2 del CC y 81 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, se sostenía por quienes negaban validez a la hipoteca con cláusula de garantía general, que dado que la inscripción hipotecaria debe contener la fecha y la naturaleza del contrato a que acceda, requisito con el cual no podría cumplirse al existir la cláusula de garantía general, se demostraría que esta es improcedente, carece de validez. Sin embargo, quienes aceptan la hipoteca con cláusula de garantía general, refutan lo anterior señalando que el art. 2432 del CC debe interpretarse racionalmente, en el sentido que debe cumplirse con

las exigencias indicadas cuando el contrato que se garantiza se haya celebrado antes o coetáneamente con la hipoteca, pero no cuando aquél sea un contrato futuro. En otras palabras, y aplicando las reglas de interpretación del art. 22 del CC, debe concluirse que la exigencia del art. 2432 N° 2 se refiere únicamente a los casos en que sea posible cumplirla, o sea, cuando la hipoteca se otorgue simultáneamente o con posterioridad al contrato principal.

Agrega Somarriva que en el caso que se constituya una hipoteca bajo condición y desde o hasta cierto día, la hipoteca valdrá desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día, pero su fecha se contará desde la inscripción, en conformidad al 2413. En realidad, la hipoteca que garantiza contratos futuros es verdaderamente condicional, porque su eficacia depende en definitiva del valor de estos contratos; pero una vez celebrados, opera con efecto retroactivo y su fecha será la de la inscripción.

Estas cláusulas se usan en los préstamos bancarios en que el deudor hipoteca un predio para garantizar no solo la restitución del préstamo, sino también todas las deudas futuras que tenga ese deudor con el banco por ejemplo los sobregiros del deudor.

### **Efectos:**

#### **I. En relación al Inmueble hipotecado:**

1. A que se extiende:

a) **El bien raíz hipotecado:** o sea, el inmueble por naturaleza, sobre el cual se constituye la garantía. En la práctica, el derecho real de hipoteca termina ejercitándose sobre una suma de dinero, correspondiente al producto de la subasta del inmueble.

b) **Inmueble por destinación o adherencia:**

Es indiferente que los bienes muebles que se reputan inmuebles por destinación hayan existido al momento de constituirse la hipoteca o que pasen a tener dicho carácter con posterioridad. En ambos casos, los afecta el gravamen. Naturalmente que es necesario que los inmuebles por destinación pertenezcan al dueño del inmueble gravado (por ejemplo, no se ven afectados con el gravamen los animales de propiedad del arrendatario del fundo hipotecado).

- Los bienes muebles que están destinados permanentemente al uso, cultivo o beneficio del inmueble pasan a tener el carácter de inmuebles por destinación por la voluntad del dueño que los destina al fin indicado. Por ello, esa misma voluntad puede quitarles tal carácter, enajenándolos a terceros, y desde ese momento deja de afectarlos la hipoteca. **Cabe dejar en claro que la hipoteca se extiende a los inmuebles por destinación, aunque ninguna referencia a ellos se haga en el contrato de hipoteca y aunque la inscripción, por la misma razón, no aluda a ellos.**

- En cuanto a los inmuebles por adherencia (art. 568 del CC), también quedan comprendidos en la hipoteca, como una consecuencia de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, e indiferentemente de que existan o no al momento de constituirse la hipoteca. Con todo, si el dueño del suelo enajena separadamente los inmuebles por adherencia, éstos, en conformidad al art. 571 del CC, pasan a ser muebles por anticipación y dejan de estar afectos a la hipoteca. Pero, para ello, no basta con que se vendan, sino que es necesario que pasen a pertenecer a terceros,

es decir, que se haga tradición de los mismos.

**c)** Se extiende a todos los aumentos o mejoras que reciba la cosa hipotecada, artículo 2421.

Quedan comprendidos los aumentos o mejoras que se produzcan por la mano del hombre -por ejemplo, el edificio que se construye en el terreno hipotecado-, o por la naturaleza -como los terrenos que se adquieren por accesión, aluvión, avulsión, etc. También se beneficia el acreedor hipotecario con la extinción de los derechos reales que gravaren el fundo hipotecado. Por eso, si se hipoteca la nuda propiedad y después se consolida el dominio, la hipoteca afecta a la propiedad plena y no únicamente la nuda propiedad. En síntesis, se puede tratar de un aumento material o de un aumento jurídico.

**c)** Se extiende la hipoteca a las pensiones devengadas por el arrendamiento de los bienes hipotecados (2422).

Esta disposición es curiosa porque no quiere significar que las rentas sean percibidas por el acreedor hipotecario, porque no es el efecto de la hipoteca. Se interpreta el artículo que en el evento de incumplirse la obligación principal va a poder embargar las rentas de arrendamiento, transferirse su preferencia y luego pagarse de su crédito. Es necesario precisar que la hipoteca no es sobre la renta, sino que sobre el inmueble arrendado.

**d)** Se extiende a la indemnización debida por las aseguradoras de los mismos bienes. Artículo 555 c. comercio y artículo 2422 parte final del código civil. 555 Código de Comercio dispone que "La cosa que es materia del seguro es subrogada por la cantidad asegurada para el efecto de ejercitar sobre ésta los privilegios e hipotecas constituidos sobre aquella". El acreedor hipotecario va a poder ejercer su preferencia sobre la suma de dinero que en concepto de la indemnización el dueño reciba de la cosa siniestrada.

**E.** Precio de la expropiación del bien inmueble. ART 924 CPC que señala que, si el Estado expropia un bien hipotecado, el dinero de la indemnización se extiende a la hipoteca.

## **II. Efectos respecto del constituyente:**

### **1. Límites a la facultad de disposición:**

Regla general: la hipoteca no limita las facultades de disposición. Así lo dice expresamente el artículo 2415: **El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante, cualquiera estipulación en contrario.**

La enajenación que haga el dueño del inmueble dado en garantía en nada perjudica al acreedor, porque éste en virtud del derecho de persecución de que está investido, puede hacer efectivo su derecho aun encontrándose el inmueble en manos de terceros.

El art. 2415 del CC también faculta al dueño para que constituya una nueva hipoteca sobre el inmueble, sin que valga estipulación en contrario. Tampoco perjudica al acreedor que se constituya un nuevo gravamen, porque en conformidad al art. 2477 del CC las hipotecas prefieren por orden de fecha de inscripción, de manera que el

primer acreedor hipotecario va a tener preferencia sobre los demás para pagarse de su crédito.

La ley guarda silencio sobre la posibilidad de constituir otros derechos reales sobre el inmueble hipotecado, tales como las servidumbres y el usufructo. ¿Es ello posible? En principio podría contestarse afirmativamente, atendiendo al principio de quien puede lo más, puede lo menos. Pero semejante conclusión sería errada, porque si el legislador autoriza al propietario para enajenar o hipotecar el bien dado en garantía, es porque de ello no se sigue perjuicio alguno al acreedor hipotecario; no acontece lo mismo con la constitución de un usufructo, de una servidumbre o de un derecho de uso o de habitación, ya que con ello se cercena el valor de la garantía, causándole al acreedor un perjuicio evidente. Por eso, los **autores unánimemente estiman que la constitución de estos derechos no empece al acreedor hipotecario, quien siempre podrá ejercer las facultades que le da el carácter de tal con prescindencia de ellos.**

Corroborar la conclusión anterior lo dispuesto en los artículos 1368 y 1366 del Código Civil. El usufructo constituido sobre la finca **no es oponible** al acreedor hipotecario. A contrario sensu, la hipoteca sí afecta al usufructuario; éste debe pagar subrogándose así en los derechos del acreedor contra los herederos, si la deuda era del testador, salvo que el último haya expresamente querido gravar al usufructuario con la deuda en cuestión.

Por lo demás, el artículo 9 de la Ley número 14.908, sobre "Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias", establece que el juez que esté conociendo del correspondiente juicio de alimentos "podrá fijar o aprobar que la pensión alimenticia se impute total o parcialmente a un derecho de usufructo, uso o habitación sobre los bienes del alimentante, quien no podrá enajenarlos ni gravarlos sin autorización del juez. Si se tratare de un bien raíz, la resolución judicial servirá de título para inscribir los derechos reales y la prohibición de enajenar o gravar en los registros correspondientes" (inciso 2º). Agrega la disposición que "La constitución de los mencionados derechos reales no perjudicará a los acreedores del alimentante cuyos créditos tengan una causa anterior a su inscripción" (inciso 3º). Por lo tanto, si la hipoteca se encontraba inscrita, no le será oponible el derecho real constituido en favor del alimentario.

## **2. Limitación facultad de uso y goce:**

Dueño conserva estas atribuciones del dominio, pero el ejercicio de estos derechos no puede afectar al acreedor hipotecario. Y por este motivo la ley confiere al acreedor ciertos derechos para el evento que la finca se **perdiere o se deteriorare** en términos de no ser suficientes para la seguridad de la deuda (artículo 2427).

- Se comprenden las pérdidas o deterioros que se originen por actos materiales o por actos jurídicos (por ejemplo, si se tala un bosque y revende la madera, si se demuele una edificación y se venden los materiales, si se destruye un edificio por un incendio, inundación o terremoto, etc.).

- A su vez, es **indiferente que la pérdida o deterioro se deba a un caso fortuito o a un hecho culpable o doloso del propietario.** Así lo reconoce la doctrina y lo deja entrever el artículo 2427 del Código Civil, ya que tal norma no distingue, a diferencia, de lo que hace el art 1496, número 2, del Código Civil. Se trata por ende de un caso excepcional, en que la ley pone de cargo del deudor, el caso fortuito o la fuerza mayor. Este mismo principio rige en la fianza: artículo 2349 del Código Civil. Si el fiador cae en insolvencia, el acreedor puede exigir un nuevo

fiador.

- También se aplica el artículo 2427 del Código Civil, sea que la pérdida o deterioro lo haya sufrido el inmueble encontrándose en manos del deudor o en manos de un tercero. Sin embargo, no obstante, la amplitud de la disposición, hay casos en que no recibe aplicación:

**a.** Por ejemplo, si el deterioro existe al momento en que se constituye la hipoteca, porque si el acreedor aceptó la garantía en estas condiciones es lógico que no pueda después deducir reclamo. Además, las expresiones “perdiere o deteriorare”, indican el futuro hipotético.

**b.** Tampoco el acreedor podría reclamar los derechos que le confiere la norma citada, si explícita o implícitamente se ha previsto en el contrato el deterioro o pérdida. Explícitamente si el acreedor renuncia a los derechos que le confiere el artículo 2427 del Código Civil. Implícitamente si se hipoteca una cuota que se tenga en el inmueble y ésta caduca por no adjudicarse al comunero el bien hipotecado o si con conocimiento del acreedor se da en garantía un bien sobre el cual el constituyente tiene un derecho eventual, condicional, limitado o rescindible, que después se extingue. Lo mismo ocurre, si se hipoteca un predio forestal, y el acreedor hipotecario está en conocimiento del programa de explotación del bosque.

- Como es lógico, no basta cualquier deterioro de la finca hipotecada, sino que debe ser de tal magnitud que ella no sea suficiente garantía para la seguridad de la deuda. Determinar esta circunstancia es un hecho que queda entregado al criterio del Tribunal. De manera entonces que nada podría objetar el acreedor si a pesar de su deterioro, su derecho está suficientemente garantizado. Carecería de interés para ello y sin interés no hay acción.

Derechos del acreedor hipotecario frente a estas situaciones:

**A.** Puede pedir que se le mejore la hipoteca. (ej. que se le dé una nueva hipoteca)

**B.** Puede solicitar otra garantía equivalente. (ej. una prenda o una fianza)

**C.** En defecto de los dos números anteriores se distingue:

- Si la deuda es líquida: Acreedor podrá demandar el cumplimiento inmediato de la obligación aun cuando exista un plazo pendiente. Caso de caducidad legal del plazo, pero con una modalidad, artículo 1496 número 2 que regula la caducidad legal del plazo exige un hecho o culpa del deudor, excepción que no hace el artículo 2427.

- Si la deuda es ilíquida, condicional o indeterminada: el acreedor solo tendrá derecho para implorar las providencias las providencias conservativas que el caso admita. Estas medidas podrán consistir en la prohibición de celebrar actos o contratos con respecto al inmueble; nombramiento de un interventor, retención de las rentas de arrendamiento que produzca el inmueble, etc.

### **III. Acreedor Hipotecario:**

#### **Derechos del acreedor hipotecario:**

##### **I. Derecho de venta:**

- En el título de la hipoteca no está expresamente regulado este derecho, pero el artículo 2424 señala que el acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar sobre

las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda. De este artículo se concluye que el acreedor tiene derecho a realizar la hipoteca. En ello no se aplica D.L 776 sobre realización de la prenda, sino que **se regula en conformidad de las normas del juicio ejecutivo y por lo tanto la venta se hace en pública subasta ante el juez que conoce del litigio o en cuya jurisdicción se encuentra el bien raíz.**

Previo al remate será necesario tasar el bien raíz, según el avalúo fiscal vigente, o si este avalúo es objetado, por el informe de un perito. Dentro de este procedimiento de remate puede participar el acreedor hipotecario en dos oportunidades:

**1.** El acreedor hipotecario tiene derecho a concurrir a la subasta y adjudicarse el bien raíz, con cargo a su crédito. Para que esta oportunidad sea efectiva, es necesario que ella haya quedado recogida en las bases de remate.

**2.** ART 499 CPC: ella se gatilla cuando no concurren interesados a la subasta. En ese momento el acreedor hipotecario puede adjudicarse el bien raíz, en un valor equivalente a las dos terceras partes de la tasación.

- En esta materia se prohíbe el pacto comisorio (no confundir con el pacto comisorio de la condición resolutoria expresada), ello porque el artículo 2424 nos remite al artículo 2397. Este pacto comisorio puede definirse como el pacto por el cual las partes convienen que si el deudor, dentro de cierto tiempo, no retira la cosa que da en prenda, pagando la deuda, la cosa pasa, transcurrido el plazo, de pleno derecho e irrevocablemente, al dominio del acreedor, en pago de la deuda. Al prohibir la ley tal hipótesis, se impide que la hipoteca, al igual que respecto de la prenda, se transformen en ventas condicionales, y que el acreedor pueda quedarse con la cosa en virtud de estipulaciones preexistentes y por acto de su propia voluntad, es decir, sin el consentimiento del deudor. Cabe enfatizar que el legislador considera de orden público los derechos establecidos en el artículo 2397 del Código Civil. Son en consecuencia irrenunciables y cualquiera estipulación que viniera a suprimir o entorpecer su ejercicio adolecería de nulidad absoluta. Por la misma razón, el acreedor hipotecario no puede disponer de la cosa hipotecada o apropiársela por medios distintos a los señalados por la ley.

- El ejercicio de la acción hipotecaria no priva al acreedor hipotecario del derecho de prenda general y en consecuencia podrá perseguir el pago de su crédito en los demás bienes no hipotecados del deudor sin que transfiera a esos otros bienes los privilegios o transformaciones que antes tenía. (2425). El acreedor hipotecario es titular de dos acciones: la personal que emana del vínculo jurídico cuya obligación se está garantizando (la obligación principal) y la acción real que deriva de la hipoteca. En realidad, mientras el inmueble hipotecado esté en poder del deudor personal, ambas acciones se confunden; pero en cambio ellas se diferencian nítidamente cuando el bien dado en garantía pasa a manos de un tercero, porque entonces contra éste sólo se puede ejercitar la acción real y contra el deudor, únicamente la acción personal. Esta, que permite al acreedor perseguir bienes que el deudor no ha dado en garantía, no es entorpecida en lo más mínimo por el ejercicio de la acción hipotecaria: así lo refrendan los artículos 2397 y 2425 del Código Civil.

Por ende, **no siendo incompatibles las acciones, no es aceptable la excepción**

**de litis pendencia opuesta por el deudor personal o por el tercer poseedor, fundada en que el acreedor a accionado contra el tercer poseedor o el deudor personal respectivamente, al mismo tiempo. Claro está que al ejercer el acreedor la acción personal, no goza de un derecho preferente sobre los otros bienes del deudor, pues en este caso está sólo amparándose en el derecho de prenda general. Los alcances anteriores, se vinculan también con el distingo entre "obligaciones personales" y "obligaciones reales", que hicimos al clasificar las obligaciones atendiendo a sus efectos, y que arranca del artículo 2465 del Código Civil.**

- Si bien el acreedor hipotecario goza del derecho real de hipoteca este solo lo puede ejercer en los bienes del deudor y no podrá dirigir la acción personal que emana del contrato en contra del tercero que constituyo la hipoteca para garantizar una deuda ajena.

## **II. Derecho de persecución**

### **A. Concepto**

Si la hipoteca fue constituida por el deudor la acción personal y la acción real se confunden y ambas se dirigen en contra del deudor. Por el contrario, si la hipoteca fue constituida por un tercero, o constituida por el deudor, pero enajenada a un tercero, entonces ambas acciones se separan y la acción hipotecaria por el hecho de ser un derecho real va a perseguir la finca hipotecada en manos de quien ella se encuentre así lo establece el artículo 2428 inciso 1. La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca sea quien fuere el que la posea y a cualquier título que la haya adquirido.

### **B. Quien puede ser el tercer poseedor de la finca hipotecada.**

Concepto: Es toda persona que detenta a título no precario la finca que se halle gravada con la hipoteca **sin que se haya obligado personalmente** al cumplimiento de la obligación garantizada.

#### Casos:

**1)** Adquiriente de la finca gravada (2429 inciso 1).

- Cabe indicar que el adquirente, para quedar obligado sólo "Propter rem" (es decir, sólo con el inmueble adquirido) debe ser un adquirente a título singular: por compra, donación o legado, por ejemplo.

- En caso de fallecimiento del deudor hipotecario, debemos distinguir:

1º) Si el inmueble se adquiere a título de herencia, el heredero, al igual que el causante, es **un deudor personal**, pues se confunden los patrimonios de ambos. Por lo demás, no debemos olvidar lo dispuesto en el artículo 1097 del Código Civil, en cuanto a que los herederos "representan la persona del testador (o en general, del causante) para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles." En algunos casos, sin embargo, el heredero no será deudor personal, sino sólo tercer poseedor, obligándose exclusivamente Propter rem;

- si el asignatario hereda con beneficio de inventario (artículos 1247 - 1259 del Código Civil);

- cuando el heredero paga su cuota en las deudas hereditarias y se le adjudica el inmueble, sólo puede ser perseguido como tercer poseedor. En efecto,

de conformidad al artículo 1354 del Código Civil las deudas de la herencia se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas. Por ello, en el heredero adjudicatario se reúnen dos calidades: la de deudor personal por la parte de la deuda que corresponde a su cuota hereditaria y la de tercer poseedor por el resto.

2º) En cuanto al legatario del bien hipotecado, de acuerdo con el artículo 1366 del Código Civil, puede encontrarse en dos situaciones, según que el testador haya querido o no gravarlo expresamente con la deuda:

- En el primer caso, es evidente que no puede considerársele como tercero poseedor, desde el momento que está obligado personalmente a la deuda;
- En cambio, en el segundo sí, y procedería con ello iniciarle juicio de desposeimiento.

**2)** Cuando un tercero constituye la hipoteca sobre bienes propios para garantizar una deuda ajena (2414 inciso 2 y 2430 inciso 1). Se trata de un tercero que sólo tiene una obligación real, y no personal, y, por ende, el acreedor no puede ejercer en su contra el derecho de prenda general. Se obligará personalmente, sin embargo, en el caso del fiador hipotecario: artículo 2430, inciso 3º del Código Civil.

### **C. Acción de desposeimiento:**

- El legislador no establece una forma especial para deducir la acción hipotecaria contra el deudor personal. Se tramitará entonces de acuerdo a las reglas generales del juicio ordinario si se carece de título ejecutivo o si se tiene, de acuerdo a las normas del último, procediéndose al embargo del inmueble y posterior subasta, previa tasación y publicaciones de rigor.

- No acontece lo mismo con la acción hipotecaria que se dirige contra el tercer poseedor, pues el CPC reglamenta expresamente el procedimiento a que está sujeta: arts. 758 a 763 del Código de Procedimiento Civil. De manera entonces que el derecho de **persecución de que goza el acreedor, la acción hipotecaria contra terceros poseedores y la acción de desposeimiento son términos que corresponden a una misma idea.** Entonces la acción de desposeimiento corresponde a aquella que ejerce el acreedor hipotecario en contra del tercer poseedor. La acción de desposeimiento tiene desde el punto de vista procesal algunos hitos que resultan fundamentales:

#### **1) Notificación del desposeimiento** (758 c.p.c).

Se trata de una gestión preparatoria regulada en los ART 758 y siguientes del CPC. En la notificación el acreedor hipotecario comunica al tercer poseedor que ha ejercido la acción hipotecaria y lo requiere para que, dentro del plazo de 10 días contados desde la notificación, pague la deuda o abandone la propiedad.

#### **2) Actitudes del poseedor:**

**a) Pagar la deuda:** habrá una subrogación en los derechos del acreedor en los mismos términos que la fianza. 2429 inciso 2. Es un caso de subrogación legal, que para algunos queda comprendido en el artículo 1610 número 2 del Código Civil y para otros en el número 3 del mismo precepto. Cabe indicar que si el tercer poseedor ha adquirido el inmueble hipotecado pagando el precio reconociendo la hipoteca, como usualmente ocurre, no podrá deducir acción alguna contra el deudor personal, quien a su vez fue su vendedor.

El artículo 1366 del Código Civil se refiere al mismo caso, tratándose del legatario:

**i.-** Si la obligación era del testador, el legatario tiene derecho a dirigirse en contra de los herederos (a menos que el testador lo hubiere gravado con el pago).

**ii.-** Si la obligación no era del testador, el legatario no puede dirigirse contra los herederos, sino contra el deudor personal, respecto del cual el testador era garante.

### **b) Abandonar la finca:**

Artículo 2426. Este abandono no significa que el acreedor se haga dueño de la cosa, no es un título traslativo de dominio, tampoco una dación en pago y en consecuencia el dominio de la cosa hipotecada sigue siendo del tercero poseedor, de lo cual se derivan algunos efectos:

- 3º poseedor puede recobrar la finca antes del remate pagando la deuda.
- si el producto de la subasta supera el monto de la deuda y las costas, la diferencia pertenece al tercer poseedor.
- De lo dicho se concluye que el único objeto del abandono es poner a disposición del tribunal la finca hipotecada para que este lo saque a remate.
- Abandonada la finca por el tercer poseedor, en conformidad con el inciso final del art. 2429 del CC, puede repetir contra el deudor para que lo indemnice plenamente, incluso de las mejoras que hubiere hecho en el inmueble. Adviértase sí que a diferencia del caso en que el tercer poseedor paga la deuda, **en el abandono no se subroga en los derechos del acreedor**; y mal podría subrogarse ya que la subrogación supone que ha habido pago de la deuda, y en el abandono no hay pago alguno. La acción de indemnización es entonces una acción personal.

**c) Guarda silencio:** Se inicia entonces su contra el juicio de desposeimiento. Tal acción se someterá a las reglas del juicio ordinario o a las del juicio ejecutivo, según fuere la calidad del título en que se funda, procediéndose contra el poseedor en los mismos términos en que podría hacerse contra el deudor personal.

### **Características del procedimiento:**

- 3º poseedor no goza de beneficio de excusión, no puede el tercero poseedor excepcionarse exigiéndole al acreedor que primero haya perseguido el pago en el deudor principal. (Artículo 2429 inciso 1).

- Si en definitiva el tercero poseedor es desposeído de la cosa tendrá derecho para ser indemnizado por deudor. Indemnización que comprende las mejoras que sé que se hubiera efectuado a la finca. 2429 inciso 3.

Casos en que no procede el derecho de persecución:

1. Respecto del tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el juez.
2. El adquirente de una finca a consecuencia de una expropiación.

### **III. Derecho de pago preferente:**

### **A. Concepto:**

La hipoteca pertenece a la 3<sup>o</sup> clase de créditos y es una preferencia que se caracteriza por su especialidad, en el sentido que solo recae sobre el inmueble hipotecado y por qué pasa contra terceros. La preferencia se hace efectiva sobre el producto de la resulta de la realización del inmueble y sobre la finca hipotecada esta preferencia se extiende a las indemnizaciones que provengan de un seguro, a las indemnizaciones que se paguen por una expropiación, a las rentas de arrendamiento y en general a todo aquello a que se extiende la hipoteca de acuerdo a los artículos 2420-2422 c.c.

### **B. Pluralidad de hipotecas:**

De acuerdo al artículo 2415 el dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante, cualquiera estipulación en contrario. ¿Hay que determinar cómo concurren los distintos acreedores hipotecarios?

La solución a esta pregunta la da el artículo 2477 inciso 3, en el caso que se hubiere constituido dos o más hipotecas respecto de una misma finca se preferirán unas a otras según la fecha en que se han constituido, y si son de la misma fecha, según el orden de su inscripción.

### **C. Posposición de hipotecas:**

Se trata del acto mediante el cual un acreedor de grado preferente acepta que una hipoteca posterior prefiera a la suya. Para el perfeccionamiento se requiere de escritura pública y de inscripción.

**D. Ampliación de la hipoteca:** en virtud de esta figura, sin constituir una nueva hipoteca, se modifica la que esté vigente, de manera que pase a caucionar otras obligaciones, no previstas al momento de celebrarse el contrato. Ampliada que sea la hipoteca, se pedirá al Conservador de Bienes Raíces competente que practique una nota al margen de la inscripción hipotecaria.

### **E. Extinción de la hipoteca.**

#### **1. Vía Consecuencial:**

- Ello es una aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y que por lo tanto extinguida la obligación principal se extingue también la hipoteca. La extinción de la obligación principal sólo acarrea la extinción de la hipoteca cuando ella es total y definitiva. Total, porque en virtud del principio de la indivisibilidad, no obstante quedar insoluta una ínfima parte de la deuda, la hipoteca subsiste en su integridad; y definitiva, porque si la extinción de la obligación queda sin efecto, revive la hipoteca.
- Hay un caso de excepción que no obstante extinguirse la obligación principal subsistirá la hipoteca ello sucede en la novación con reserva de hipoteca recogida en el artículo 1644.
- Una manifestación de la que de lo que hemos señalado con respecto a la accesoriedad está en el artículo 2516 que señala que la acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesorio, prescriben junto con la obligación

a que acceden.

- El pago: por regla general, hecho el pago se extingue la hipoteca. Pero si el pago lo hace un tercero que se subroga en los derechos del acreedor, la hipoteca subsiste garantizando el crédito en manos del tercero.

- La dación en pago: si extingue la obligación principal, también acarrea consigo la extinción de la hipoteca. Puede acontecer que, con posterioridad a la dación en pago, el acreedor sea evicto en la cosa recibida en pago. ¿Revive en este caso la hipoteca? Una parte de la doctrina estima que no, pues considera la hipoteca como definitivamente extinguida, fundándose en el artículo 2382 del Código Civil, que da esta solución para la fianza, y en que se ve en la dación en pago una novación por cambio de objeto, que extingue la obligación primitiva garantizada con hipoteca. Para otra parte de la doctrina, que ve en la dación en pago una simple modalidad de pago y no una novación por cambio de objeto, la hipoteca debe entenderse que no se extinguió, pues la obligación principal tampoco corrió la misma suerte

## **2. Vía directa:**

**A. Se extingue por la resolución del derecho del que la constituyó.** Opera aquí el principio general del artículo 1491 del Código Civil. La hipoteca se extinguirá, salvo que el acreedor pueda alegar que desconocía la condición resolutoria, es decir que se encontraba de buena fe, lo que no podrá invocarse si la condición resolutoria constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.

**B. Se extingue por el evento de la condición resolutoria o la llegada del día hasta el cual fue constituida.**

**C. Prórroga del plazo,** extingue las hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor salvo que el dueño acceda expresamente a la ampliación (artículo 1469).

**D. Confusión, esto es cuando recae en una misma persona las calidades de dueño de la finca y de acreedor hipotecario.** Excepción: Si es un tercero el que constituye la caución y esta paga al acreedor hipotecario no opera la confusión, el tercero se subroga y va a exigir el cumplimiento al deudor.

**E. Cancelación que el acreedor otorgare por escritura pública, de que se tome razón el margen de la inscripción respectiva.**

**F. Caso de expropiación por causa de utilidad pública,** en este caso se extingue la hipoteca, los derechos del acreedor se van a hacer valer sobre el precio de la indemnización.

## **G. Purga de la hipoteca**

**1. Concepto:** Artículo 2428 inciso 2.

Establece que cesa el derecho de persecución respecto del tercero que ha adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el juez.

## **2. Requisitos:**

**a.** Que la venta se haga en pública subasta, ordenada por el juez.

- b. Que se cite personalmente a los acreedores hipotecarios que tengan constituidas hipotecas sobre la finca (artículo 2428 inciso 3).
- c. Que desde la notificación a los acreedores se deje transcurrir el término de emplazamiento.

### **3. Efectos:**

- a. Precio de la subasta se va a consignar a la orden del juez.
- b. Cesara el derecho de persecución.
- c. Los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca serán cubiertos sobre el precio del remate en el orden que corresponda.

### **4. Consecuencias de la falta de citación oportuna a los acreedores.**

En este caso la subasta es válida y por lo tanto tendrá el dominio del bien raíz, pero van a subsistir las hipotecas de los acreedores que no fueron citados y consecuentemente con ello su derecho de persecución.

Una vez que el tercero adquiere el bien raíz subastado, ese dinero está destinado a pagarle al acreedor y por lo tanto va a operar un pago por subrogación (1610 numero 2) y en consecuencia el tercero se va a entender subrogado en los derechos de ese acreedor.

De esta manera si los acreedores no citados ejercieren su derecho de persecución y rematará el inmueble el tercero podrá ejercer sus derechos como acreedor, de modo que va a perder el inmueble, pero va a poder salvar el precio que había pagado.

### **5. Modificaciones introducidas por el c. p. c en esta materia.**

Artículo 492 c. p c el que establece que los acreedores de grado preferente al crédito del subastador, tienen una opción y que consiste en que podrá exigir el pago de sus créditos o conservar la hipoteca sobre el inmueble siempre que sus créditos no estén devengados.

### **Requisitos para que sea procedente esta facultad.**

- A.** La finca debe perseguirse en manos del deudor personal, no contra un tercero poseedor ni contra el tercero que haya constituido la hipoteca para garantizar una obligación ajena.
- B.** Quien inicio la ejecución debe ser un acreedor de grado posterior.
- C.** Debe citarse personalmente a los acreedores de grado preferente.
- D.** El crédito de los acreedores de grado preferente no debe estar devengado.
- E.** Los acreedores de grado preferente deben manifestar su voluntad dentro del término de emplazamiento y si nada se dice se entenderán que optan por ser pagados sobre el precio de la subasta.

Concurriendo todos estos requisitos y optando el acreedor por conservar su hipoteca la subasta o venta del bien hipotecado se hará con el gravamen y por lo tanto no

habrá operado la purga de la hipoteca.

### **MUTUO HIPOTECARIO CON LETRAS DE CREDITO.**

Se encuentra reglamentado en la Ley General de Bancos, arts. 91 al 111. Presenta las siguientes características particulares:

**a)** El Banco, requerido judicialmente el deudor y transcurrido el plazo de 10 días, puede pedir el remate del inmueble hipotecado o su entrega en prenda pretoria al Banco acreedor.

**b)** El deudor podrá oponerse al remate o a la entrega en prenda pretoria, dentro del plazo de 5 días. Su oposición sólo será admisible cuando se funde en alguna de las siguientes excepciones:

- Pago de la deuda;
- Prescripción; y
- No empecer el título al ejecutado.

La oposición se tramitará como incidente.

**c)** Las apelaciones de las resoluciones que se dicten en contra del demandado, se concederán en el solo efecto devolutivo.

**d)** Ordenado el remate, se anunciará por 4 avisos publicados en días distintos, debiendo mediar 20 días entre el primero y la subasta. Las publicaciones se efectuarán en un periódico de la comuna en que se sigue el juicio, y si allí no lo hubiere, en uno de la capital de la provincia (en el juicio ejecutivo común, además deben efectuarse las publicaciones en un periódico correspondiente al lugar en que se ubica el inmueble). Cuando haya de procederse a nuevo remate, el número de avisos y el plazo que debe mediar entre la primera publicación y la subasta, se reduce a la mitad.

**e) En las enajenaciones que se efectúen en estos juicios, no tendrá aplicación lo dispuesto en los números 3 y 4 del artículo 1464 del Código Civil: no se requiere pedir autorización previa para subastar, lo que sí debe hacerse en el juicio ejecutivo común.**

**f)** El procedimiento reseñado se seguirá tanto en el caso de cobro al deudor personal, como en el caso del artículo 1377 del Código Civil y 758 del Código de Procedimiento Civil.

### **ANTICRESIS:**

#### **A. Generalidades:**

##### **1. Definición:**

Artículo 2435 "La anticresis es un contrato por el que se entrega al acreedor una cosa raíz para que se pague con sus frutos".

##### **2. Características del contrato:**

###### **1) Contrato Real:**

Artículo 2437; se perfecciona por la tradición del inmueble. Se entiende el concepto de tradición **como simple entrega** ya que la anticresis no es un título traslativo de

dominio y entonces la tradición no opera como modo de adquirir, sino que solo al acreedor anticrético como un mero tenedor.  
Confirma esta afirmación artículo 2438 inciso 1: "La anticresis no da al acreedor, por si sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada.

## **2) Contrato unilateral:**

Esta convención va a generar obligaciones para el acreedor anticrético y ello consiste en conservar la cosa y restituirla una vez que se ha satisfecho el crédito. Vamos a estar en presencia de un sinalagmático imperfecto, en que van a surgir obligaciones para el deudor de pagar los gastos de conservación e indemnizar perjuicios.

## **3) Contrato Accesorio:**

Artículo 2436 c. c: "La cosa raíz puede pertenecer al deudor, o a un tercero que consienta en la anticresis.

## **4) Indivisible:**

Artículo 2444 c. c: "El deudor no podrá pedir la restitución de la cosa dada en anticresis, si no después de la extinción total de la deuda."  
Como excepción a este punto el mismo artículo señala que el acreedor en cualquier tiempo puede restituir el inmueble y perseguir el pago de su crédito por los otros medios legales.

## **5) Es un contrato oneroso o gratuito.**

- Si el predio pertenece al deudor, se trata de un contrato que reporta utilidad para ambos contratantes. El acreedor anticrético, obtiene frutos que abona al pago de su crédito. El propietario del inmueble, obtiene en definitiva la extinción de su obligación.
- Si el predio pertenece a un tercero, cabe hacer las mismas distinciones que hicimos a propósito de la hipoteca constituida por un garante hipotecario:
  - La anticresis se constituye a cambio de una remuneración o pago ofrecido por el acreedor: será oneroso el contrato, y además bilateral;
  - La anticresis se constituye a cambio de una remuneración o pago ofrecido por el deudor principal: el contrato de anticresis será gratuito, porque el que se obliga a pagar es un tercero ajeno al contrato de anticresis: el deudor principal;
  - La anticresis se constituye sin que medie pago alguno, ni del acreedor ni del deudor principal: el contrato será gratuito.

Por lo demás, se desprende del artículo 2440 que el acreedor anticrético responde de culpa leve.

## **3. Bienes que pueden darse en anticresis:**

De acuerdo al artículo 2435 la anticresis que regula nuestro código civil solo puede recaer sobre **bienes raíces** y estos deben tener la aptitud de **producir frutos civiles o naturales**.

El deudor tiene ciertos límites para entregar un inmueble en anticresis ya que no vale la anticresis constituida en perjuicio de los derechos reales ni de los arrendamientos anteriormente constituidos sobre la finca.

En todo caso el artículo 2439 c. c permite dar al acreedor en anticresis el inmueble anteriormente hipotecado al mismo acreedor y viceversa. Podrá asimismo

hipotecarse al acreedor el inmueble que se le ha dado en anticresis cumpliendo con las formalidades legales.

Por último, según artículo 2436 "La cosa raíz puede pertenecer al deudor, o a un tercero que consienta en la anticresis. "

#### **4. No es un derecho real:**

Se desprende del artículo 2438 c. c inciso 1: "La anticresis no da al acreedor por sí sola, ningún derecho real sobre la cosa entregada. Artículo 577 c. c no incluye en su enumeración a la anticresis como derecho real.

De lo anterior se sigue en consecuencia que el contrato de anticresis solo genera un derecho personal, y por lo tanto el acreedor no tiene derecho de persecución ni de pago preferente (Artículo 2441).

Así mismo como solo genera derechos personales la anticresis no será oponible a los terceros que adquieran el bien raíz, salvo que se hayan cumplido los requisitos o situaciones previstas en el artículo 1962 para el contrato de arrendamiento.

#### **B. Efectos.**

##### **1. Derechos del Acreedor:**

##### **a. Derecho de Retención:**

Acreedor anticrético tiene derecho de retener la finca hasta el pago total de la deuda, ello a consecuencia de la indivisibilidad contemplada en el artículo 2444

##### **b. Derecho de goce:**

Acreedor tiene a pagarse con los frutos que la cosa produzca sin que pueda considerarse este como un derecho preferente, salvo que hubiere hipoteca. (2441). A raíz de esta característica se dice que la anticresis es **una forma de dación en pago** ya que se recibe algo distinto a lo debido, la deuda era una suma de dinero y se recibe en pago una cantidad de frutos.

De acuerdo al artículo 2442 si el crédito produjere intereses, el acreedor podrá hacer imputación de los frutos primeramente a ellos. Además, las partes pueden estipular que los frutos se compensen con los intereses en su totalidad o solo en parte (2443 inciso 1).

De todas maneras, si se hubieren estipulado intereses ellos podrán reducirse aplicando las normas del contrato de mutuo.

##### **c. Carece del derecho de venta:**

Acreedor anticrético no tiene el derecho de enajenar la finca y de pagarse con su producido. Artículo 2441 se encarga de recalcar la idea de que el acreedor no se hace dueño del inmueble a falta de pago, toda estipulación en contra es nula; se concluye que no se acepta el pacto comisorio.

##### **d. Abono:**

Derecho a que se le abonen las mejoras, gastos y los perjuicios, se desprende del artículo 2440 c. c, acreedor goza de los mismos derechos que el arrendatario en las materias mencionadas y está sujeto a las mismas obligaciones que el arrendatario con respecto a la conservación de la cosa.

## **2. Obligaciones del acreedor:**

- a. Acreedor debe restituir la cosa una vez que se ha hecho pago íntegro de la obligación.
- b. Mismas obligaciones del arrendatario en lo que se refiere a la conservación de la cosa (artículo 1939).

## **3. Derechos del constituyente:**

- a. Constituyente puede disponer libremente de la cosa y no debe olvidarse que la anticresis no es oponible a terceros sino en caso del artículo 1962.
- b. Constituyente puede exigir la restitución de la cosa una vez que ha pagado íntegramente el precio.
- c. puede reclamar y se le indemnizaran los perjuicios que se le han ocasionado a la cosa por un hecho o culpa del acreedor.

## **4. Obligaciones del constituyente:**

- a. Debe pagar gastos y mejoras que ha efectuado el acreedor.
- b. Indemnizar los perjuicios que la cosa le haya irrogado al acreedor.

## **5. Lesión enorme en la anticresis.**

Señala el inciso 2º del artículo 2443 que "Los intereses que estipularen (las partes) estarán sujetos en el caso de lesión enorme a la misma reducción que en el caso del mutuo". Corresponde por ende aplicar las reglas estudiadas en ese contrato, de manera que deberán rebajarse los intereses hasta el monto máximo convencional, tolerado por la ley, conforme a lo dispuesto en la Ley número 18.010, si el mutuo recae en una suma de dinero, y al artículo 2206, si recae en cosas consumibles que no sean dinero.

## **C. Prenda Pretoria o Anticresis Judicial.**

Artículo 2445

"En cuanto a la anticresis judicial o prenda Pretoria, se estará a lo prevenido en el Código de Enjuiciamiento ", es decir los artículos 500 al 508 del código de procedimiento civil.

Artículo 500 regla 3º del c.p.c establece que si no hubiere postores en un segundo llamado puede el acreedor solicitar que se le entreguen los bienes en prenda Pretoria. Si el acreedor ejerciere este derecho el deudor puede pedir que los bienes se pongan por última vez en remate sin un mínimo para las posturas (artículo 501 c.p.c).

## **Reglas aplicables a la Prenda Pretoria.**

1. Entrega de los bienes se hace bajo inventario solemne (503 c.p.c).
2. El acreedor a quien se entreguen bienes muebles o inmuebles en prenda pretoria, deberá llevar cuenta exacta, y en cuanto sea dable documentada, de los productos de dichos bienes.
3. Las utilidades líquidas que se obtengan se aplicaran al pago del crédito en la medida que se perciban.

4. Para determinar estas utilidades líquidas se considerarán los gastos legítimos en que se hubiere incurrido, los intereses corrientes que el acreedor hubiera invertido y la cantidad que el tribunal fije como remuneración por la administración.
5. Acreedor debe rendir cuenta de su administración, cada año si son bienes raíces y cada 6 meses si se trata de bienes muebles bajo el apercibimiento de perder la remuneración que le habría correspondido.

De estas reglas se desprende una diferencia sustancial entre la anticresis del código civil con la prenda Pretoria.

La primera solo recae sobre bienes raíces y en cambio la prenda pretoria puede recaer sobre bienes raíces o muebles. En este último caso el acreedor tendrá los mismos derechos y preferencias que el acreedor prendario

#### **D. Diferencia entre la hipoteca y la anticresis.**

1. La hipoteca es un contrato solemne.  
La anticresis contrato real.
2. Bien dado en anticresis se entrega al acreedor.  
El bien constituido en hipoteca permanece en poder del constituyente.
3. La anticresis por si sola genera un derecho personal.  
La hipoteca un derecho real.
4. El acreedor hipotecario tiene derecho de persecución y de pago, ninguna de las cuales goza el acreedor anticrético.

#### **E. Distinciones entre la prenda y la anticresis.**

1. Anticresis recae sobre bienes raíces  
Prenda recae sobre bienes muebles.
2. Acreedor anticrético puede gozar de la cosa, no así el acreedor prendario.
3. Acreedor prendario tiene derecho de persecución y pago preferente, no así el acreedor anticrético.
4. La anticresis por si sola genera un derecho personal, la prenda un derecho real.

### **IV. DERECHO LEGAL DE RETENCIÓN.**

#### **A. Generalidades.**

##### **1. Definición:**

La facultad concedida por la ley al detentador de una cosa que debe entregar o restituir para rehusar legítimamente la entrega o restitución y conservar la cosa mientras no se le satisface un crédito que tiene relacionado con ella.

##### **2. Características:**

- a. Garantía.
- b. Similar a la compensación:  
La diferencia es que la compensación extingue la obligación y el derecho legal de retención actúa como una garantía que no extingue la obligación.
- c. Similar a la excepción de contrato no cumplido.
- d. Derecho accesorio: Supone la existencia de una obligación principal.
- e. Indivisible: En el sentido de que la persona favorecida podrá retener la cosa aun

cuando se le hubiera hecho un pago parcial.

**f.** ¿Es un derecho real o personal?:

- Hay autores que estiman que estamos en presencia de un derecho real, ello porque el artículo 546 c.p.c: **“Los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan. El decreto judicial que declare procedente la retención de inmuebles deberá inscribirse en el registro de hipotecas”**

- No obstante, ello la mayoría de la doctrina estima que se trata de un derecho personal por los siguientes motivos:

**A.** Retencionario carece del derecho de persecución.

**B.** En ciertos casos como los del vendedor el derecho legal de retención va a operar sobre una cosa propia.

**C.** Derecho legal de retención no está mencionado en el artículo 577 c. c.

#### **B. Requisitos:**

**1.** Debe existir la tenencia de una cosa ajena en poder del titular del derecho legal de retención. Por excepción no se necesita que el retencionario se encuentre en poder de la cosa, en el caso del arrendador quien podrá retener los bienes con que el arrendatario haya amoblado el inmueble arrendado.

**2.** Debe existir la obligación de restituir la cosa.

**3.** Debe existir una obligación que se trate de asegurar; cual es el crédito de que goza el detentador contra la persona a quien debe restituir.

**4.** Debe existir una cierta relación entre el crédito del retencionario y la obligación de restituir

**5.** Se necesita de texto expreso de ley que lo conceda (545 c. p. c). Derecho legal de retención confiere un privilegio y ellos son de derecho estricto, y por lo tanto requiere siempre de texto de ley.

**6.** Necesita de declaración judicial, así lo establece el artículo 545 c. p. c. Adicionalmente si el derecho legal de retención recae sobre inmuebles la resolución que lo declara deberá inscribirse en el registro de hipoteca y gravamen. Artículo 546 c.p.c

#### **C. Efectos:**

**1.** Acreedor retencionario tiene la facultad de rehusar la entrega o restitución y de conservar la cosa hasta que se efectúen en su beneficio determinadas prestaciones.

**2.** Acreedor retencionario tiene la facultad de realizar o ejecutar los bienes retenidos lo que se hará de acuerdo al procedimiento de la prenda o hipoteca según cual fuere

la naturaleza del bien. (546 c. p. c).

**3.** Acreedor retencionario goza de la preferencia que corresponda a la prenda o hipoteca según cual fuere la naturaleza del bien.

**4.** ¿Es oponible a terceros el derecho legal de retención?

**A.** No cabe duda alguna que es oponible al deudor de la obligación que se garantiza.

**B.** Existe acuerdo en que va a ser oponible a **los acreedores del dueño de las especies retenidas**. Esta afirmación se funda en el artículo 71 de la ley de quiebras: "Cuando a algún acreedor corresponda el derecho de retención, en los casos señalados por las leyes, no podrá privársele de la cosa retenida sin que previamente se le pague o se le asegure el pago de su crédito. "

**C.** Es discutible si el derecho legal de retención es oponible al tercero que adquiere la especie retenida. **En general se estima que no por:**

- Tercero que adquiere no es el deudor del acreedor retencionario y porque el derecho que tiene el Acreedor retencionario de ejecutar la cosa retenida solo puede hacerlo efectivo en contra del deudor de la obligación garantizada y no respecto de un tercero ajeno a ella.

- Se estima que el derecho legal de retención solo será oponible al tercero que adquiere cuando la retención se solicita como medida precautoria 290 n3 c.p.c

#### **D. Casos que se contempla el derecho legal de retención.**

**1.** Usufructuario: Quien puede retener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones a que, según los artículos precedentes, es obligado el propietario.

**2.** Propietario fiduciario: artículos 754 y 800.

**3.** Cuando el poseedor vencido tuviere un saldo que reclamar en razón de expensas y mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o se le asegure a su satisfacción.

**4.** Vendedor puede retener la cosa si el comprador no paga o no está llano a pagar (1826 inciso 3).

**5.** vendedor puede rehusar la entrega de la cosa si después del contrato disminuye la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio.

**6.** Arrendatario no puede ser privado de la cosa mientras se le adeuden indemnizaciones.

**7.** Podrá el arrendador, para seguridad del pago de la renta, y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada, y todos los objetos con que el arrendatario la haya amoblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren.

**8.** El mandatario puede retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte.

**9.** Comodatario puede retener la cosa prestada mientras no se efectúa indemnización a que tenga derecho

**10.** Depositario: artículo 2234 y 2253 c. c.

**11.** Acreedor prendario: Puede retener la prenda si contra el mismo deudor tiene otros créditos ciertos y líquidos contratados después de la obligación garantizada y que se han hecho exigible con anterioridad.

**12.** Acreedor anticrético: artículo 2440 c. c

