

LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO
DE COSAS CORPORALES E INCORPORALES FUTURAS
[Security Without Displacement of Future Tangible and Intangible Objects]

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

La nueva *Ley de prenda sin desplazamiento*, contenida en la Ley N° 20.190, de 2007, ya en la definición de la figura que regula (artículo 1) admite la posibilidad de pignorar cosas corporales e incorporeales futuras, y enseguida ofrece algunas normas concernientes en sus artículos 9, 14 y 37. El presente trabajo ofrece una exposición completa del régimen de esta figura, fundada en los datos legislativos antes señalados y en la disciplina dogmática que, en general, presentan las cosas futuras y los actos sobre ellas.

PALABRAS CLAVE: Prenda sin desplazamiento – Cosa futura – Prenda de cosa corporal futura – Prenda de cosa incorporal futura – Prenda de inmuebles por adherencia o destinación.

ABSTRACT

The new *Law of security without displacement*, contained in law No. 20.190, 2007, already in the definition of the concept it regulates (article 1) admits the possibility of pledging as security future tangible and intangible objects, and immediately offers some pertinent norms in its articles 9, 14 and 37. This article offers a complete presentation of the system of this concept, based on the aforementioned legislative data and in the dogmatic discipline, which in general, present the future objects and the actions over them.

KEYWORDS: Security without displacement – Future Object – Security over future tangible object – Security over future intangible object Security of unmovable property by adherence or destination.

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

I. LA NUEVA “LEY DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO” EN GENERAL

La Ley N° 20.190, publicada en el *Diario Oficial* de 5 de junio de 2007, que *Introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continúa el proceso de modernización del mercado de capitales*, consta de veintitrés artículos permanentes y ocho transitorios. Su artículo 14 reza así: “*Dicta normas sobre prenda sin desplazamiento y crea el Registro de Prendas sin desplazamiento*”; y en él se contienen, a su vez, cuarenta y dos artículos permanentes, distribuidos en ocho títulos, más un artículo único transitorio, que forma el título 9°. Puede entonces decirse que el dicho artículo 14 de la Ley N° 20.190 envuelve el articulado de la que pudo ser una ley separada y única. En lo sucesivo, pues, cuando hablemos de la ley, sin otra especificación, o de la *Ley de prenda sin desplazamiento*, la referencia es al articulado que se despliega en el interior del artículo 14 de la Ley N° 20.190, aunque en la transcripción de sus normas en las notas siempre citaremos el dicho artículo 14 de esta última.

De acuerdo con el artículo 41 de la ley, sus disposiciones comenzarán a regir después de noventa días contados desde la fecha en que se publique el decreto supremo que contenga el Reglamento del Registro de Prendas sin Desplazamiento (creado por su artículo 28) en el *Diario Oficial*. A la fecha de haberse terminado este trabajo, tal decreto reglamentario no había sido emitido; lo cual no impide estudiar la ley misma, en lo que no dependa del contenido de ese reglamento.

Ahora bien, una de las novedades que ofrece la nueva *Ley de prenda sin desplazamiento* es la autorización expresa para conferir prenda de esa clase sobre cosas corporales e incorpóreas futuras. El tema aparece especialmente regulado en sus artículos 9 y 14, que forman, pues, la base textual dominante del presente estudio.

II. LA PRENDA DE COSAS FUTURAS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA PRECEDENTE

La posibilidad general de actos jurídicos sobre cosas futuras no es ciertamente nueva en el Derecho chileno. El inciso 1° del artículo 1461 CC. establece: “*No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan [...]*”. Por supuesto, la palabra “cosas”, usada sin adjetivos en esta norma, mienta tanto a las corporales como a las incorpóreas o derechos reales y personales, a tenor de las clasificaciones ofrecidas por los artículos 565 y 576 CC. En aplicación de esta doctrina, el propio *Código* declara válidos el legado de cosa futura (artículo

1113 CC.), la compraventa de cosa futura, o que no existe pero se espera que exista (artículo 1813 CC.) y la fianza de obligación futura (artículo 2339); y, en determinadas condiciones, hace responsable al donatario a título universal por las deudas futuras del donante, frente a sus acreedores en los mismos términos que los herederos (artículo 1418 CC.). También prohíbe algunos negocios de la clase que tratamos, como los pactos sucesorios sobre sucesión futura (artículo 1204 CC.; cfr. artículo 1204 CC.).

Pero la prenda con desplazamiento, o prenda ordinaria, no tolera recaer sobre cosas corporales futuras, atendido que ella se perfecciona con la entrega de su objeto (artículo 2386 CC.) y una cosa que no existe actualmente o de presente no puede ser entregada; de donde que el *Código* no la prevea. Ciertamente es que lo propio no necesariamente acaece con la prenda ordinaria de créditos. Ésta exige la entrega del título en que conste el derecho personal pignorado (artículo 2389 CC.), y un derecho personal futuro tanto puede como no tener título entregable; y el último es el caso de un derecho personal sometido a condición suspensiva que conste en un título, el cual, por ende, podría ser pignorado merced a la entrega de éste, por más que tal prenda se actualice al cumplirse la condición que suspendía el derecho empeñado.

Tampoco la Ley N° 4.097¹, sobre el contrato de prenda agraria, mencionó expresamente la posibilidad de pignorar los objetos especiales sobre que recae, en cuanto futuros, pese a que este contrato es solemne y no real y a que las cosas corporales futuras no son infrecuentes en el ámbito agropecuario, como las crías de animales esperadas o los frutos y productos futuros; sin embargo, al admitir la prenda sobre inmuebles por destinación o adherencia (artículo 4 L. N° 4.097²), de hecho la aceptó sobre algunos de estos en cuanto muebles futuros³.

Del mismo modo, la Ley N° 5.687⁴, sobre el contrato de prenda industrial, guarda silencio sobre su aplicación a cosas corporales futuras en el ámbito pertinente, pese a la también frecuencia de tales cosas en él; pero la omisión carece de importancia mayor, en cuanto, admitiendo la ley una pignoración directa de las materias primas, los productos agrícolas destinados a la industria y las maderas [artículo 24 letras a), e) y h) L. N° 5.687], en cuanto presentes, que son base de cosas futuras, por su transformación,

¹ Esta ley quedará derogada por el artículo 42 del artículo 14 de la Ley N° 20.190, cuando entre en vigor dicho artículo 42.

² El artículo 4 habla de inmuebles “*por naturaleza*”, pero se trata de un evidente error, y debe leerse el texto como si dijera “por adherencia”. Aquél será corregido en el artículo 14 de la nueva *Ley de prenda sin desplazamiento*.

³ Véase, más adelante, el párrafo XV de este trabajo.

⁴ Se aplica a esta ley lo dicho en la nota 1.

dispone la pignoración por el ministerio de la ley del producto elaborado con las materias primas previamente dadas en prenda (artículo 25 inciso 2º L. Nº 5.687), así que estos bienes, en cuanto futuros, no necesitan ser específicamente pignorados como tales.

Una vez más la Ley Nº 18.112⁵, sobre prenda sin desplazamiento, omite mencionar las cosas futuras, aunque se las podría entender incluidas en la amplia fórmula del inciso 2º de su artículo 4, que permite constituir esta prenda “*sobre toda clase de bienes corporales muebles*”. En todo caso, si bien la misma ley regula una prenda sobre existencias de materias primas, productos semielaborados y, en general, existencias “*de cualquier actividad de la producción o de los servicios*” (artículo 6 L. Nº 18.112), que también son base de cosas futuras, nada dice sobre la pignoración por el ministerio de la ley de éstas en cuanto elaboradas a partir de aquellas, cuando la operación transformadora se hace con autorización del pignoratario (artículo 6 inciso 2º L. Nº 18.112); y solo regula una subrogación prendaria de los bienes pignorados que salen del conjunto pignorado por los que ingresan posteriormente en él, lo que supone que sean de la misma clase de la de los salidos (inciso 3º del mismo artículo). Pero el artículo 8 inciso 2º de esta ley permite la prenda sin desplazamiento sobre naves menores en construcción, lo que en realidad implica la pignoración de la nave futura, porque no es que la construcción deba detenerse por el hecho de haber sido dada prenda lo que en cierto momento del proceso había.

Tampoco la Ley Nº 4.702⁶, sobre compraventa de cosa mueble a plazo con prenda, menciona las cosas futuras, y en este caso no parece ser ella posible, porque la ley discurre sobre la base de haberse entregado la cosa vendida que queda pignorada (artículo 3 L. Nº 4.702).

III. LA POSIBILIDAD GENERAL DE PIGNORACIÓN DE COSAS FUTURAS EN LA NUEVA “LEY DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO”

En la nueva *Ley de prenda sin desplazamiento*, en cambio, la posibilidad de pignorar cosas futuras es expresa, directa y, sobre todo, general. El inciso 1º de su artículo 5 establece: “*Podrá constituirse prenda sobre todo tipo de cosas corporales o incorporeales muebles, presentes o futuras*”. Por su parte, el artículo 9 declara: “*El contrato de prenda sobre bienes o derechos futuros será válido [...]*”. Esta última dicción, en cuanto referida a la validez del contrato, es un tanto exagerada o excesiva, porque una prenda sin desplazamiento de cosas futuras es algo dogmáticamente posible sin más, vale decir, no ofrece flancos débiles, al menos generales, a su corrección. Su

⁵ Se aplica a esta ley lo dicho en la nota 1.

⁶ Se aplica a esta ley lo dicho en la nota 1.

posibilidad dogmática de existir deriva, en efecto, de ser solemne el contrato (artículo 2 del artículo 14 de la Ley N° 20.190) y no, por supuesto, real, que lo tornaría en imposible con respecto a cosas futuras, tal cual acaece con la prenda ordinaria, según vimos; y su validez queda amparada por la general validación de actos sobre cosas futuras, contenida en el inciso 1° del artículo 1461 CC.

Se observará una leve variación en la nomenclatura de ambos artículos: el artículo 5 habla de “*cosas corporales o incorporeales muebles, [...] futuras*”, mientras que el artículo 9 dice “*bienes o derechos futuros*”. Pero esta diversidad de lenguaje no mueve a confusiones y ambas maneras dicen lo mismo, aunque la del artículo 5 es más propia: en definitiva se trata de cosas corporales muebles futuras y de derechos personales y reales (o sea, de cosas incorporeales) muebles futuros. En otras palabras, en el artículo 9, la voz “bienes” está por “cosas corporales”.

IV. EL CONCEPTO DE COSA FUTURA⁷

1. Si por cosa corporal –dejemos a un lado momentáneamente a las incorporeales– se entiende al ente compuesto de materia sensible; y si por futuro se entiende lo que no es o existe pero puede ser o existir, las cosas futuras, propiamente hablando, no son cosas, porque lo que aun no es o no existe, aunque pueda ser o existir, necesariamente carece de materia sensible. Así que la expresión “cosa corporal futura” es una manera abreviada de aludir, objetivamente, a la posibilidad de existencia futura de una cosa corporal; y, subjetivamente, a la actual previsión específica de tal existencia. Aunque el *Código Civil* emplea la expresión “cosa futura”, también usa la de “cosa que no existe pero se espera que exista”, y esta última manifiesta completamente la idea dicha, de la posibilidad objetiva de existir una cosa en el futuro y la actual y específica previsión subjetiva de su existencia.

a) Por ello no hay que confundir “cosa futura” con “cosa posible”. Esta última noción alude tan sólo a que cualquier cosa puede indeterminadamente existir en el tiempo futuro, si nada en las leyes de la naturaleza, habida consideración de la tecnología que puede modificarlas, lo impide,

⁷ Lit.: en general, BIONDI, Biondo, *Los bienes* (1956, traducción castellana, Barcelona, Bosh, s. d. [pero 1961]), pp. 255-261. Buena exposición dogmática en: ROGEL VIDE, Carlos, *La compraventa de cosa futura* (con prólogo de L. Díez-Picazo, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975). La historia del dogma, muy completamente trazada, hasta las codificaciones y la doctrina modernas, se ve en: CALONGE MATELLANES, Alfredo, *La compraventa de cosa futura (desde Roma a la doctrina europea actual)* (Salamanca, [Universidad de Salamanca], 1963).

como por ejemplo, una tableta que sane del cáncer o una aereobicicleta. Antes de ser inventados los aparatos capaces de captar y hacer ver imágenes coherentes, que hoy llamamos televisores, ellos eran posibles y así con tantos inventos difundidos en el siglo XX que en el anterior eran mirados o podían ser mirados como posibles. En síntesis, pues, cosa posible es la que no existe, pero puede existir; mientras que cosa futura es la que no existe y se espera que exista. Ahora bien, en Derecho, toda cosa futura tiene que ser posible, porque de no serlo con certeza, de antemano se sabe que el acto que las concierna ha de ser nulo por falta de objeto. Pero, con ser posible, puede que, en concreto, no llegue a existir; y por ello el acto, con ser válido, es condicional, pues queda supeditado a que la cosa futura llegue efectivamente a existir.

La razón de poderse esperar que una cosa aún no existente puede, empero, existir, proviene de que en la naturaleza o en la industria el género próximo al cual esa cosa se adscribe ya existe, de modo de caber esperar que ese género se reproduzca en nuevas especies, por así decirlo. Como en la naturaleza se da el trigo y de hecho existe trigo, entonces cabe esperar que en el futuro exista cierto trigo aun no existente como especie; y como en la industria existen los automóviles, también cabe esperar que en el futuro existan ciertos automóviles aun no existentes como especies. De esta manera, como se dijo, la existencia futura de ciertas especies depende de la existencia actual del género al que ellas pertenecen.

La existencia del género próximo permite que el inciso 1º del artículo 1461 CC. estatuya: *“No sólo las cosas que existen pueden ser objetos de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género”*. Dejemos aparte el requisito general de la comercialidad, para fijarnos en que esta norma también exige determinación para las cosas que se espera que existan, a lo menos en cuanto al género. Ahora bien, las cosas meramente posibles no pueden ser determinadas ni en cuanto a su género, como no se trate del producto de la imaginación. Pero las cosas futuras sí pueden, y deben ser determinadas en cuanto a su género, precisamente por el hecho antes anotado, de que el género ya existe, concretado en muchas especies también existentes, del cual género se espera que en el futuro empiecen a existir otras especies, aunque, en concreto, todavía no existen. Además, la determinación se puede completar con indicaciones particulares de cosas existentes, a partir de cuales las futuras suelen ser generadas: si se trata, por ejemplo, de la cosecha de naranjas de la próxima temporada, se añade: *“producida en tal fundo”*.

b) El *Código* conoce también la noción de “bienes futuros”. La leemos en los artículos 2419 CC., relativo a la hipoteca de tales bienes, que da

derecho al acreedor para hacerla inscribir sobre los inmuebles que el deudor adquiriera en lo sucesivo y a medida que los adquiriera; 1409 CC., en tema de donación a título universal, que no se extiende a los bienes futuros del donante; 1811 CC., que, entre otras, declara nula la venta de todos los bienes futuros.

En estos casos, los bienes mentados no son necesariamente cosas futuras en el sentido explicado anteriormente, y aunque lo sean, ello no interesa. Con “bienes futuros” solo se alude a los que alguien podría adquirir en el futuro. Entre ellos, es probable que algunos ya existen, como los predios, y que otros tal vez no, como si se tratara de cosas nuevas, que en el momento de la venta o donación efectivamente no habían llegado a existir. Sea como fuere, la ley mira a esos bienes, no como cosas que no existen pero se espera que existan, vale decir, no como cosas futuras, pues, aunque no existan, de su existencia no se hace una previsión y no se la espera; y sólo los mira desde la perspectiva de que podrían llegar al patrimonio de alguien en el futuro. No tiene nada de antidogmático que alguien done o venda sus bienes futuros, es decir, los que aun no son suyos, pero podrían llegar a serlo en el futuro, de modo que la donación o venta queden condicionadas a que ello efectivamente acaezca para que, no bien adquiridos algún día, al punto queden donados o vendidos a la contraparte. Sólo que, por razones de política jurídica, la ley prefirió negar eficacia o validez a tales negocios; al contrario de cuanto aceptó para la hipoteca de bienes futuros.

Así que también debemos distinguir entre cosas futuras y bienes futuros, en el entendido que entre los bienes futuros puede haber cosas futuras; sólo que no se hace caudal de ello y no se toma en consideración el hecho. De lo cual se sigue que los negocios sobre cosas futuras son distintos a aquellos sobre bienes futuros —como se aprecia ya en el hecho de que mientras la venta y la donación de bienes futuros son ineficaces, la venta y la donación de cosas futuras son plenamente eficaces—, aunque entre los segundo haya cosas futuras.

En especial, cabe anotar que las cosas que han sido objeto de un acto sometido a condición suspensiva no por ello son futuras, aunque pueden serlo: así, la donación de cierta pintura sometida a la condición de que el donatario se gradúe, tiene como objeto una cosa presente; pero la compra de una especie de un nuevo modelo de automóvil en construcción, que el comprador desea adquirir en sustitución del que actualmente tiene, sometida a la condición de que éste lo venda dentro de tal plazo, es sobre cosa futura. Por cierto, en estos casos, tanto la pintura como la especie del automóvil proyectado son bienes futuros para el donatario y el comprador respectivamente.

También conviene advertir que las cosas que son objeto de cualquier prestación obligacional, que necesariamente es futura con relación a la causa o fuente de la obligación, no por ello son futuras ellas mismas. La joya vendida, cuya entrega queda postergada hasta cierto día, no es futura. Lo futuro es la prestación de esa joya; aunque pueda ser de interés verificar que la misma es bien futuro para el comprador. Si lo vendido es la cosecha del próximo año, ahora la cosa vendida es futura y, desde luego, también su prestación; y también, por último, puede ser interesante tener presente que esa cosecha futura es, además, un bien futuro para el comprador.

c) Entre las cosas que frecuentemente son tratadas como futuras están los frutos naturales del agro aun no separados (cosecha, siega, zafra, cogida, colecta o recolecta, etcétera). Tales frutos pueden encontrarse en diferentes estados, pero desde la perspectiva de un acto jurídico que los tenga por objeto, son futuros mientras no estén separados a la fecha de aquél. Puede que ya estén completamente formados, pero mientras no se los haya separado son parte del cuerpo del vegetal fructuario y aun del inmueble al cual ese cuerpo adhiere; así que siempre son futuros en cuanto frutos, porque éstos realmente llegan a existir como cosas autónomas y distintas de la cosa fructuaria tan sólo desde su separación.

Esto que decimos de los frutos del agro es válido en general para todas las cosas que acepten la consideración de fruto natural, que también, pues, pueden ser futuras, como las crías de los animales, comúnmente de los mamíferos, pero también de otros; los huevos de ciertas aves; la lana de ciertos animales, como las ovejas, alpacas, guanacos, llamas, vicuñas, cabras de cachemira y de los conejos de angora, lo mismo que de otros laníferos; los pelos, cerdas o crines de varias especies de animales; la miel que se genera en el panal de las abejas; las flores, siempre que su corte no destruya la planta; y tantos otros. En el orden fabril están los frutos industriales, que no deben ser confundidos con los artículos fabricados en una industria, pues van identificados con ciertos productos (en sentido técnico-jurídico) de la naturaleza, que, por la regularidad de su elaboración y la indefinida reposición de sus fuentes, se consideran, no como productos, sino como frutos del predio: así las maderas del bosque industrializado, o las carnes de un predio ganadero, o los peces y mariscos faenados de un vivero, como los salmones de una salmonera, etcétera; todos los cuales suponen la destrucción de la base inicial (y por ello son en sí mismo productos), que va, empero, repuesta en el tiempo periódica e indefinidamente y permite la también indefinida reiteración de la elaboración, lo cual consiente tratarlos como frutos.

Desde luego, los productos propiamente tales, no ya considerados como base de frutos industriales, también pueden ser mirados como futuros; y

es el caso de los troncos de los árboles de un predio forestal no dedicado a la producción de madera elaborada o semielaborada; la carne y los cueros de los animales de un predio pecuario no dedicado a la producción de carnes o cueros elaborados o semielaborados; o los minerales de una mina o yacimiento (no la mina misma); etcétera.

Los productos muebles elaborados en serie por la industria, normalmente fungibles por ello, admiten, asimismo, ser considerados como futuros, en tanto no han sido elaborados aún, si su fabricación es prevista para el tiempo porvenir, atendido el indefinido funcionamiento de la fábrica en un mismo giro.

Las cosas singulares muebles y no fungibles también admiten la consideración de cosas futuras, como una escultura o pintura y todo tipo de obras de arte muebles específicamente proyectadas y, en general, cualquier objeto fabril, que específicamente aun no existe pero se espera que exista, según la determinación genérica que de él se haga.

2. Las cosas incorpóreas, vale decir, los derechos reales y personales, también admiten su miramiento como futuras. Así se las mienta cuando aun no existen en Derecho, pero se espera que existan, mas no sólo como algún día posibles, ni como bienes futuros, sino según cierta previsión concreta. No se trata del nuevo derecho real que algún día sea concebido por la ley, ni del usufructo que algún día se constituya ni del crédito que tal vez haya de adquirir, nada de lo cual admite determinación, aunque todos ellos puedan constituir bienes futuros; sino del derecho real o personal mueble que, dadas tales y cuales bases, se espera llegar a existir y que, en consecuencia, puede ser actualmente determinado; así el usufructo que se constituirá o el crédito que nacerá merced a una promesa de contrato constitutivo de ese derecho real o de tal contrato del que debe emanar el crédito de que se trata; lo mismo que el derecho de aprovechamiento de aguas o de concesión minera, cuyas constituciones administrativa o judicial, respectivamente, están en tramitación. Pero se excluye del horizonte al derecho real de herencia futuro, atendida la general prohibición de actos sobre sucesión futura (artículo 1204 CC.; cfr. artículo 1204 CC.).

A diferencia de lo que ocurre a las cosas corporales, que no por el sólo hecho ser objetos de un acto sometido a condición suspensiva son futuras, los derechos personales y reales sometidos a condición suspensiva son, en cambio, futuros, porque lo propio de un acto suspensivamente condicionado es precisamente suspender el nacimiento del derecho real o personal que ese acto es idóneo para generar, el cual derecho, en consecuencia, no existe mientras la condición penda; pero es manifiesto que se espera que exista o que puede preverse su existencia, por más que si la condición falla no vaya a existir. Esta verificación es independiente de que la cosa corporal o

incorporal que ha de ser objeto del derecho esperado sea presente e incluso futura. Así el legado que obliga al heredero a dar cierta estatuilla artística no fungible a alguien, sometido a la condición de que el legatario se gradúe, tiene como objeto una cosa presente, pero la cosa incorporal, o sea, el crédito sobre la estatuilla, a que da lugar este legado es en sí mismo cosa futura, porque pende de una condición aun no cumplida. Esto atendido, el legatario podría celebrar algún acto jurídico sobre el crédito, y él sería sobre cosa futura. Puede acaecer que el legado del ejemplo recaiga sobre la cosecha del año siguiente a la muerte del testador, y ahora tenemos dos cosas futuras: una es corporal: la cosecha; y la otra incorporal: el crédito condicional sobre esta última.

Ahora bien, como hemos visto, las cosas corporales e incorporales futuras pueden ser pignoradas sin desplazamiento; siempre, empero, que sean muebles.

V. LA PIGNORACIÓN DE COSAS FUTURAS COMO REFLEJO PARALELO DE LA PIGNORACIÓN DE COSAS PRESENTES

La noción de cosa futura, en oposición a la de cosa presente, propiamente hablando, no alude a un tipo sustantivo de cosas, que se pueda poner en la línea, por ejemplo, de las cosas muebles o inmuebles, simples o compuesta, fungibles o no fungibles, consumibles o inconsumibles, etcétera, sino a una previsión acerca de la existencia de cualquier cosa. Por consiguiente, puede haber una cosa simple futura y una cosa compuesta futura, una cosa fungible futura y una cosa no fungible futura, etcétera, de guisa que cualquier cosa, perteneciente al tipo sustantivo que se quiera, puede ser tanto presente, cuanto futura, según se la mire como existente o por existir. De ello fluye que una cosa futura, a efectos de su pignoración, puede ser la cosa de cualquier tipo sustantivo que, según la ley, es pignorable, cuando se la considera, no como presente sino como futura. Puesto que, para la ley, el objeto de la pignoración es de muy amplia cobertura, ya que, como vimos, puede consistir en cualquier cosa corporal mueble o cualquier cosa incorporal mueble, he ahí que cualesquiera de estas mismas cosas, en cuanto futuras, son también pignorables. Es, por lo demás, lo que dicen los artículos 5 inciso 1º y 9 de la ley. Esto no es ninguna novedad. Pero como la ley no se limita a pronunciar una declaración general, del tipo visto, sobre el objeto pignorable, sino que avanza hasta establecer regulaciones particulares para la pignoración de tipos específicos de cosas, es útil insistir en que, como también éstos pueden ser futuros, también son pignorables en cuanto futuros, aunque la ley no lo haya dicho expresamente. Al respecto, basta su declaración general sobre la pignorabilidad de cosas futuras.

La ley, en efecto, regula en especial la pignoración: i) de los derechos y sus bienes asociados específicamente enumerados en el artículo 6, que en su mayor parte son derechos de concesión, regidos por el Derecho administrativo; ii) de créditos nominativos (artículo 7); iii) de valores emitidos sin impresión física del título que los evidencia (artículo 8); iv) de las cosas que no han llegado al país (artículo 10); y v) de grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho, tales como existencias, inventarios, materias primas, productos elaborados o semielaborados o repuestos, o maquinarias, redes o sistemas (artículo 11). Lo que decimos, pues, es que todos estos objetos cuya pignoración regula especialmente la nueva ley, pueden ser conferidos en prenda, bien en cuanto presentes, bien en cuanto futuros, en la medida en que, por cierto, su estructura o naturaleza permitan considerar como futuro al objeto de que se trate⁸.

Por ello es que no fue acertado que la ley incluyera el artículo 9, sobre la pignoración de cosas corporales o incorporeales futuras, en medio de la secuencia de los demás artículos relativos a objetos especiales, que empieza con el 6 y termina con el 11, como si aquéllas fueran un tipo especial de cosa, cuando, como hemos dicho, se trata sólo de una consideración aplicable a cualquier cosa o tipo de cosa; por lo cual el régimen establecido por el dicho artículo 9 es general para todas.

VI. LA PIGNORACIÓN DE COSAS FUTURAS EN GARANTÍA DE DEUDAS PRESENTES O FUTURAS

Con la prenda de una cosa futura se puede caucionar cualquier clase de obligaciones presentes y determinadas a la fecha del contrato, o no determinadas a esa fecha (artículo 4⁹). Esto último significa que la prenda de

⁸ De la precedente enumeración hemos excluido al artículo 10 de la ley, que permite la pignoración de *“las cosas que no han llegado al país”*, porque exige que el pignorante sea *“titular del conocimiento de embarque, guía aérea, carta de porte o documento que haga las veces de cualquiera de los anteriores, conforme a las normas que regulan la circulación de tales documentos”*. Así que, en principio podría pensarse en la pignoración de cosas futuras que no han llegado al país; y sería el caso de ciertos productos encargados a una fábrica sita en el extranjero. Mas, como los documentos individualizados en la norma transcrita no se emiten sino en el momento del depósito de los objetos para su transportación (véanse los artículos 1014 C. de C. y 130 C.Aeron.), ello supone que la cosa ya existe y su pignoración es, por consiguiente, de cosa presente. Así que esto hace imposible la pignoración de cosas futuras aun no llegadas al país, aunque dogmáticamente ella sería posible, si no estuviera establecida la exigencia positiva de algunos de los documentos dichos.

⁹ Artículo 4º del artículo 14 de la Ley N° 20.190: *“Podrán caucionarse con esta prenda cualquier clase de obligaciones, presentes o futuras, estén o no determinadas a la fecha del contrato”*.

que hablamos también puede servir para garantía general de obligaciones presentes, por lo demás nominativamente permitida sin restricciones por el artículo 3 N° 2: “*El contrato de prenda deberá contener, a lo menos, las siguientes menciones: 2) La indicación de las obligaciones caucionadas o bien de que se trata de una garantía general*”.

La prenda de cosa futura también puede caucionar obligaciones futuras (artículo 4¹⁰), estén o no determinadas a la fecha del contrato, de modo de asimismo poder constituir, en este último caso, garantía general de obligaciones futuras, también cubierta por el artículo 3 N° 2, antes transcrito.

Si la prenda de cosa futura (cuyo contrato fue inscrito) garantiza una deuda futura y determinada, y la cosa pignorada llega a existir antes que la deuda, de modo de empezar a ser presente, el pignoratario adquiere el derecho (retroactivamente a la fecha de la inscripción, como veremos después), aunque la deuda todavía no llegue a existencia y siga como futura, sin tener que esperar, en otras palabras, a que la deuda misma llegue a existir. Se podría argumentar que la situación contraviene al principio de accesoriedad de la prenda sancionado por los artículos 46 y 2385 CC., porque habría prenda sin deuda. Pero la verdad es que la autorización legal general para garantizar deudas futuras con prenda sin desplazamiento de cosa presente ya debilitó ese principio, porque en tal caso se configura la situación de una prenda sin deuda; así que no puede hacerse invocación del mismo principio en un caso especial del general. Por lo demás, la hipótesis de cosa pignorada como futura llegada a existir antes que la deuda futura garantizada, se reconvierte en una de prenda sobre cosa presente para una deuda futura, perfectamente lícita. Por cierto, las partes podrían regular de otra manera el caso y establecer que mientras la deuda no llegue a existir, el derecho real de prenda queda suspendido aunque la cosa pignorada ella sí hubiera llegado a existir antes.

Lo afirmado acaece con mayor razón si la prenda de cosa futura (cuyo contrato fue inscrito) garantiza deudas futuras e indeterminadas, y la cosa pignorada llega a existir antes que alguna de las deudas caucionadas.

VII. EL CARÁCTER CONDICIONAL DE LA PIGNORACIÓN DE COSAS FUTURAS

1. Todo acto posible sobre cosa futura es por su naturaleza condicional, y la condición a que queda sometido consiste en que la cosa futura llegue a existir. El paradigma de actos sobre cosa futura es la compraventa que el *Código Civil* denomina de “cosas que no existen pero se espera que

¹⁰ Véase la nota anterior.

existan”. De ella, su artículo 1813 dice que: “*se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte*”. Esta condición no es necesario expresarla, pues deriva de la naturaleza misma del acto. Es, pues, una condición tácita.

Mientras la cosa mirada como futura en el acto no empiece a existir, los efectos de éste permanecen en suspenso; si la cosa no llega a existir, es decir, cuando falla la condición, tales efectos no empiezan a existir definitivamente y debe estarse a lo mismo a que debería estarse si el acto no hubiera sido celebrado; empezada existir la cosa, como entonces la condición se cumple, también comienzan a existir los efectos normales del acto.

Ahora bien, independientemente de que se acepte como regla general que la condición cumplida produce efecto retroactivo en el Derecho chileno¹¹, en el caso de los actos jurídicos sobre cosa futura no cabe pensar de otra manera; y esto significa que los efectos del acto sobre cosa futura, que real o históricamente empiezan a existir en el momento de cumplirse la condición, vale decir, de existir la cosa, son retrotraídos al momento de la celebración del mismo acto¹².

2. La prenda sin desplazamiento de cosa futura no se comporta de manera distinta. Pero debemos distinguir entre el contrato prendario y el derecho real de prenda.

a) Una vez perfeccionado el contrato prendario¹³, se lo mira como

¹¹ Como se sabe, que el efecto retroactivo de la condición suspensiva cumplida exista, al menos como regla general, en el Derecho civil chileno es algo que algunos discuten: véase, por todos, ABELIUK, René, *Las obligaciones* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993), I, núms. 496-501, pp. 397-400.

¹² De lo contrario el acto pierde mucho de su utilidad. En efecto, si, por ejemplo, una compraventa de la cosecha futura sólo produjera sus efectos desde que la cosecha empezara a existir, y no desde el momento de celebrada la compraventa, de modo de no poderse entender retroactivamente vendido y comprado ese objeto ya en el tiempo intermedio, supuesta la existencia actual de la cosecha, hace disminuir la utilidad de la operación, porque da lo mismo comprar la cosecha ya existente. Además, se crean problemas dogmáticos de importancia: el más grave es que los efectos del contrato no son del contrato sino del hecho en que consistía la condición, en este caso, de la existencia de la cosa vendida antes como futura, que adquiriría, pues, el carácter de fuente de obligaciones; a menos de suponerse que es el consentimiento de la compraventa de cosa futura el que queda suspendido al momento de existir la cosa, como si la compraventa se hubiera celebrado en ese momento, lo que obliga a buscar una buena explicación para lo que tuvo lugar antes, cuando se celebró el contrato, que entonces no sería un verdadero contrato. En el Derecho romano, la compraventa de cosa futura produce efecto retroactivo (Dig. 18, 1, 8 pr.).

¹³ La perfección del contrato exige: i) escritura pública o instrumento privado con las firmas de sus partes autorizadas por un notario (artículo 2); ii) la protocolización

condicional por el sólo hecho de recaer en cosa futura, aunque nada se diga acerca de su carácter condicional. En consecuencia, sus efectos permanecen en suspenso hasta que la cosa futura pignorada empiece a existir. Al acaecer esto último, se actualizan tales efectos, retroactivamente a la fecha del contrato prendario mismo. Desde que se haga cierto que la cosa futura pignorada no existirá, se considera como si el contrato no hubiese sido celebrado y, por consiguiente, ya no produce efecto alguno.

b) Por lo que atañe al derecho real de prenda ahora, menester es examinar un tema preliminar.

La ley, como regla general, vale decir, no sólo para la prenda de cosas futuras, sino para toda prenda sin desplazamiento, prevé una inscripción del contrato prendario en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, que no es una formalidad necesaria para la validez del contrato mismo, sino sólo menester para la adquisición del derecho real de prenda (que únicamente puede probarse mediante la inscripción); y también para la oponibilidad de la prenda a terceros; por lo demás, desde la fecha de la inscripción¹⁴.

Ahora bien, cuando el contrato de prenda recae sobre cosa futura no es forzoso esperar a que ésta empiece a existir, vale decir, a que se cumpla la condición tácita de existir la cosa pignorada, para inscribirlo. Por consiguiente, aquél puede ser inscrito de inmediato, en la época y forma generales previstas para la prenda de cosas existentes o presentes, como se regula en el artículo 24 de la ley, cuyo examen omitimos por no contener normas aplicables especialmente a la prenda de cosa futura¹⁵.

de una copia simple de la escritura o del instrumento privado en el momento de la celebración del contrato (artículo 2); iii) la protocolización, en el momento de la celebración del contrato, de una copia simple del documento en que conste las obligaciones garantizadas, si él no estuviere incorporado en un registro público (artículo 3 N° 2). La inscripción del contrato en el Registro de Prendas sin Desplazamiento no es solemnidad para la validez del contrato.

¹⁴ Artículo 25 del artículo 14 de la Ley N° 20.190: *“El derecho real de prenda se adquirirá, probará y conservará por la inscripción del contrato de prenda en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. La prenda sólo será oponible a terceros a partir de esa fecha”*. Aunque el contrato esté inscrito, el derecho real de prenda no es oponible, empero, contra *“el tercero que adquiriera el bien empeñado por venta al detalle en una fábrica, feria, bolsa de productos agropecuarios, casa de martillo, tienda, almacén u otros establecimientos análogos en que se vendan cosas muebles de la misma naturaleza”*.

¹⁵ Artículo 24 del artículo 14 de la Ley N° 20.190: *“Dentro del plazo de tres días hábiles, exceptuados los días sábado, contado desde la fecha de suscripción de la escritura pública en que consta el contrato de prenda, su modificación o su alzamiento o, tratándose de instrumentos privados, desde su fecha de protocolización, el notario deberá enviar para su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, una copia autorizada del contrato de prenda, de su modificación o su alzamiento y una copia de los documentos en que consten las obligaciones garantizadas que se hubieren protocolizado en su registro,*

Esta conclusión no está expresamente declarada en la ley; pero deriva claramente del artículo 9: “[...] *pero mediante su inscripción [del contrato] no se adquirirá el derecho real de prenda sino desde que los bienes o derechos empeñados lleguen a existir.* [inciso 2º] *Una vez que los bienes o derechos señalados en el inciso anterior existan, se entenderá constituido el derecho real de prenda desde la fecha de su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento*”. El inciso 1º supone manifiestamente que el contrato de prenda sin desplazamiento de una cosa futuro que aun no ha llegado a existir ha sido inscrito, puesto que dispone no adquirirse el derecho real de prenda “mediante su inscripción”. Si, por el contrario, sólo pudiere inscribirse después de empezar a existir la cosa dada en prenda, carecería de sentido esa dicción. El inciso 2º también supone inscrito ese contrato, cuando, para la hipótesis de que la cosa futura pignorada llegue a existir, establece que el derecho real se entiende constituido “desde la fecha de su inscripción”, la ejecución de la cual, en consecuencia, tuvo que haber precedido a la existencia de la cosa, es decir, cuando ésta aún era futura.

Por otra parte, el artículo 24 de la ley establece que el notario dispone de un plazo de tres días hábiles (exceptuados los días sábado), contado desde la fecha de suscripción de la escritura pública o de protocolización del instrumento privado, en que conste el contrato de prenda, para enviar una copia del mismo en función de su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. Pero la ley no contiene excepciones relativas al contrato de prenda sobre cosa futura. Ahora bien, supuesta la celebración de un tal contrato y dado que la cosa futura en que recayó por lo general llegará a existir mucho tiempo después de celebrado, casi nunca se podría cumplir

si éstas no estuvieren indicadas precisamente en el contrato de prenda. [inciso 2º] *Las copias de los actos y contratos a que se refieren los incisos anteriores deberán ser enviadas por medio de soportes magnéticos o a través de comunicaciones por redes electrónicas que aseguren la fidelidad y seguridad de los antecedentes acompañados. Excepcionalmente, tratándose de notarías que no cuenten con los medios tecnológicos necesarios para efectos de lo señalado precedentemente, el Registro de Prendas sin Desplazamiento podrá recibir copias físicas de los instrumentos requeridos, sin perjuicio de su derecho para cobrar por la digitalización de dichos documentos de conformidad con el inciso cuarto del artículo 28. La omisión de las diligencias señaladas en los incisos anteriores no afectará la validez del contrato de prenda ni la de su modificación o alzamiento, ni impedirá su anotación o inscripción, pero hará responsable al notario respectivo por los daños que se originen como consecuencia de la omisión, sin perjuicio de la sanción disciplinaria de que pudiere ser objeto según lo establecido en el artículo 440, inciso primero, del Código Orgánico de Tribunales. En este caso y sin perjuicio de lo señalado en este inciso, el interesado podrá concurrir directamente al Registro Civil y obtener la inscripción requerida conforme el Título V siguiente”.*

con el plazo legal de tres días antes referido, si es que ese contrato sólo pudiera inscribirse una vez que la cosa futura haya empezado a existir.

Por último, la inscripción es un acto jurídico ella misma y, por consiguiente, cabe su ejecución sobre cosas futuras; así que debería poder procederse a la inscripción bajo las mismas condiciones en que procede cualquier otro acto jurídico sobre tales cosas. En este caso, el efecto de la inscripción es la constitución del derecho real de prenda (artículo 25); de modo que cabría esperar que ella se pudiera ejecutar, sometido su efecto propio a la condición de que las cosas futuras lleguen a existir. Y es esto precisamente lo que dispone el artículo 9.

c) El mismo artículo 9 aplica la doctrina general de los actos sobre cosas futuras a la adquisición del derecho real de prenda sobre una tal cosa.

Ese artículo dispone que mediante la inscripción del correspondiente contrato *“no se adquirirá el derecho real de prenda sino desde que los bienes o derechos empeñados lleguen a existir”*. Una vez inscrito el contrato de prenda sobre cosa corporal o incorporea futura en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, pues, no por ello se adquiere el derecho real de prenda, debido a que la condición pendiente de existir la cosa, deja su nacimiento en suspenso.

Mas, una vez que se cumpla la condición tácita del contrato, esto es, desde que la cosa pignorada como futura en él llegue a existir, ahora también puede existir el derecho real. Es lo que quiso decir el inciso 1º del artículo 9, aunque imperfectamente: “[...] *no se adquirirá el derecho real de prenda sino desde que los bienes o derechos empeñados lleguen a existir”*. Es inexacto, en efecto, que tal derecho se adquiera “desde”, vale decir, desde el momento en que los bienes o derechos empeñados lleguen a existir, porque el inciso 2º dice otra cosa, en aplicación del efecto retroactivo de la condición cumplida.

d) El inciso 2º del artículo 9, en efecto, expresa: *“Una vez que los bienes o derechos señalados en el inciso anterior existan, se entenderá constituido el derecho real de prenda desde la fecha de su inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento”*. Así que, en realidad, el derecho no puede existir ni ser adquirido antes de que lleguen a existir las cosas pignoradas como futuras; pero una vez que éstas empiecen a existir, el derecho se adquiere, no desde ese momento (como había dicho el inciso 1º), sino, como dice el inciso 2º, desde la fecha de inscripción del contrato prendario en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, que la ley supone y permite haber tenido lugar antes. De lo cual se deduce no requerirse ni ser necesaria una nueva inscripción, que, por lo demás, la ley no pide.

Esta construcción, como se ve, no resulta más que de la aplicación de la doctrina del efecto retroactivo de la condición cumplida a la especie.

e) Va de suyo que si la cosa pignorada como futura no llega a existir, el derecho real no llega a existir ni se adquiere, y que la situación entera debe ser mirada como si no se hubiere celebrado ni inscrito el contrato.

3. La distinción que hemos establecido entre el contrato prendario y el derecho real de prenda, viene a implicar, en consecuencia que, cumplida la condición de existir la cosa pignorada como futura, la retroacción tiene dos fechas de fijación en el pasado: la del contrato y aquella de la inscripción. Lo cual significa que, en el dicho evento, se debe considerar que el contrato empezó a producir sus efectos desde la fecha en que fue celebrado; mientras que, en el mismo evento, el derecho real de prenda empezó a existir y a afectar desde su inscripción; que, por cierto, normalmente no coinciden.

VIII. PRENDA DE COSAS FUTURAS Y CONTRATO DE PROMESA DE PRENDA. UTILIDAD DE LA PRENDA DE COSAS FUTURAS

Los efectos de la prenda sin desplazamiento de cosas futuras pueden ser funcionalmente alcanzados merced a un contrato de promesa de prenda sin desplazamiento de la misma cosa.

Cabe, en efecto, que el contrato de prenda sin desplazamiento de que trata la nueva ley, sea hecho objeto de una promesa de contrato, ceñida a los términos del artículo 1554 CC.¹⁶ Y, como de costumbre, la prenda prometida puede referirse a cosas presente o a cosas futuras. Ahora bien, si la prenda prometida va referida a cosas futuras y la condición de la promesa (artículo 1554 N° 3) es que tales cosas lleguen a existir, la celebración efectiva de la prenda prometida tendrá lugar cuando tales cosas ya existan y ahora la prenda será de cosas presentes. Si, en cambio, la condición de la promesa es una condición de contenido diverso o un plazo, puede entonces acaecer que, cuando deba celebrarse la prenda prometida, las cosas sobre que deba recaer aun sean futuras. Este contrato queda fuera de nuestro interés, porque no hace más que anteponer una promesa de prenda de cosas futuras a un contrato de prenda de las mismas cosas. Así que nos interesa el primer contrato.

Cuando tal tiene lugar, entonces el contrato de promesa de prenda de cosas futuras equivale funcionalmente al directo contrato de prenda de cosas futuras. Ilustremos la afirmación con un ejemplo: en el día 1

¹⁶ Sobre la promesa de prenda, véase el, bajo tantos respectos, encomiable libro de OSUNA GÓMEZ, José, *Del contrato real y de la promesa de contrato real*, Santiago, Nascimento, 1947, N°s 227 (pp. 186-187), 228 (p. 187), 240 (pp. 195-196) y, sobre todo, 254-255 (pp. 205-208).

dos personas prometen celebrar prenda sobre cierta cosecha, y someten la promesa a la condición de que la cosecha llegue a existir. Cuando esto último ocurra, que es el día 2, deben proceder a celebrar el contrato prometido, que es, como adelantamos, de cosa presente. Pero el hecho es que, suscrito el documento del contrato e inscrito, el acreedor adquiere el derecho de prenda sobre la cosecha presente a partir del día 2 (dejemos a un lado que, de hecho seguramente han de transcurrir algunos días entre el contrato y la inscripción). Ahora bien, si las mismas partes, en vez de una promesa de prenda de cierta cosecha futura, en el día 1 celebran directamente una prenda sobre esa cosecha futura y el contrato es inscrito, bastará que la cosecha llegue a existir en el día 2 para que el acreedor adquiera el derecho de prenda sobre la misma, pero desde el día 1. Así que, si en el día 1 las partes, en vez de celebrar promesa, celebran prenda, en el día 2 nada tienen que celebrar, en circunstancias que, en la primera situación, debían celebrar otro contrato, o sea, el de prenda. Entretanto, con la prenda de cosa futura, el acreedor se aseguró, ya desde el día 1, que la pignoración, aunque futura, se retrotraerá a ese mismo día 1, mientras que en la hipótesis de promesa, el derecho real, que no nacerá antes del día 2, no se retrotraerá al día 1.

Las funciones, pues, son las mismas, pero las ventajas de la prenda de cosa futura sobre la promesa de prenda de cosa futura son manifiestas. Con aquélla, el acreedor se asegura desde el comienzo un derecho de prenda, que no es realmente actual, por cierto, pues no puede serlo, pero que se hará retroactivamente actual, si así podemos decirlo, al llegar a existir la cosa ahora futura, de modo de asegurarse de antemano el derecho real, cuya existencia retroactiva posterior, una vez que lleguen a existir, permite postergar en la preferencia a cualquier otro gravamen a que el pignorante las haya sometido en el tiempo intermedio y dejar inmunes esas mismas cosas frente a las enajenaciones operadas en el mismo tiempo. En la hipótesis de promesa, como no existe un derecho real retroactivo, entretanto el promitente pignorante podría vender las cosas futuras de que se trata, sin riesgo de responder por la evicción a su comprador y sin necesidad de atender a los reclamos del promitente pignoratario, al que sólo responde en los términos de la promesa, según las reglas generales; y también podría pignorar dichas cosas, con preferencia sobre la que constituirá después.

IX. LA PIGNORACIÓN DE COSAS INCORPORALES MUEBLES FUTURAS: DERECHOS REALES

La prenda sin desplazamiento de cosas corporales muebles futuras es un caso ordinario. Pero ella también puede recaer sobre cosa incorporal mueble futura y su funcionamiento reviste un interés especial.

1. En el concepto de cosa incorporal mueble ingresan los derechos reales y personales muebles (artículos 576, 580 y 581 CC.). Ahora bien, los únicos derechos reales que toleran la calificación de muebles son: el usufructo, el uso y el aprovechamiento de aguas, aparte de los de dominio y prenda. Todos los demás son inmuebles¹⁷.

No nos referiremos al dominio, porque éste nos conduce, en realidad, a la cosa corporal sobre la que recae: no decimos, en efecto, que pignoramos el dominio de tal cosa, sino tal cosa directamente (que es mía). En lo relativo a los derechos de aprovechamiento de aguas, que pueden ser muebles, en cuanto las aguas sobre que recaen, por su naturaleza son muebles, se reputan, sin embargo, como inmuebles si las aguas que son su objeto han sido destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble (artículo 4 CA.). Ahora bien, la ley no atiende a esta distinción de aguas muebles e inmuebles ni a su consecuente distinción de derechos de su aprovechamiento muebles o inmuebles, para abrir paso a una prenda en el primer caso y a una hipoteca en el segundo, y declara simplemente que los derechos de aprovechamiento inscritos pueden ser hipotecados, independientemente del inmueble al cual su propietario tuviere destinadas las aguas (primera parte del artículo 110 CA.¹⁸), o conjuntamente con el inmueble, si se tratare de derechos de aprovechamiento no inscritos (segunda parte del mencionado artículo). Aunque, pues, el *Código de Aguas* parece pensar en los derechos inmuebles de aprovechamiento de aguas, y por ello estatuye sobre su hipoteca, nada dice de una prenda de tales derechos cuando son muebles. Pero si atendemos ahora a la naturaleza de las cosas, la hipoteca de derechos inscritos de aprovechamiento de aguas, por más que sea inmueble, funciona como una prenda sin desplazamiento sobre derechos muebles. Sea como fuere, en todo caso el gravamen sobre ellos se rige por el *Código de Aguas* y no por la nueva *Ley de prenda sin desplazamiento*.

En lo concerniente al derecho real de uso mueble, puesto que él es inembargable (artículo 445 N° 15 CPC.), no se lo puede pignorar, ya que nunca se lo podría realizar.

2. Nos restan, pues, la prenda del derecho real de usufructo mueble y la prenda del derecho real de prenda (siempre mueble).

a) En lo tocante al primero nada especial hay que decir. El usufructuario, puesto que puede ceder, vale decir, enajenar, su derecho a título gratuito u oneroso (artículo 793 CC.), también puede pignorarlos sin desplazamiento mediante el respectivo contrato previsto por el artículo 3 de la ley, que

¹⁷ Véase GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el Derecho positivo* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006), pp. 98-101.

¹⁸ En realidad, este artículo dice "tuviere destinados" los derechos.

debe ser inscrito como lo manda su artículo 24¹⁹; y si la obligación garantizada no es cumplida, en final de cuentas el usufructo mueble deberá ser subastado, de modo de ser pagado su crédito al acreedor pignoratario. El asunto no presenta problemas dogmáticos estructurales.

Ahora bien, lo que decimos del usufructo mueble presente, también lo diremos de un usufructo mueble futuro. Un ejemplo puede aclarar la figura: supóngase que entre dos personas se ha celebrado una promesa de contrato, por la cual se obliga a constituir a otra un usufructo sobre cierto rebaño de ovejas (que, entre otras, da la facultad de aprovechar la lana y las crías, como frutos naturales que son). El promitente usufructuario podría pignorar el usufructo sobre el rebaño que espera a un acreedor suyo, celebrando con éste el contrato prendario descrito en el artículo 3 de la ley e inscribirlo en el Registro de Prendas sin Desplazamiento como se dice en el artículo 24. Una vez que el promitente nudo propietario constituya el usufructo (por entrega del rebaño al promitente usufructuario), al punto queda constituido el derecho real de prenda sobre ese usufructo, desde la fecha de la inscripción del contrato prendario, a favor del acreedor del usufructuario, quien, en el caso de mora, puede hacer subastar el usufructo del rebaño, cuya titularidad pasará al que lo compre en la subasta. La figura, pues, tampoco presenta problemas dogmáticos estructurales.

b) Lo contrario acaece con la posibilidad de pignorar sin desplazamiento un derecho real de prenda preconstituido. La figura tendría que operar de esta manera: supuesta una prenda del tipo dicho, supongamos que sobre un automóvil, debidamente inscrita a favor de cierto acreedor, se trataría de que ese acreedor-pignoratario, para caucionar una deuda suya, ofreciese pignorar la dicha prenda del automóvil; para lo cual tendría que celebrar el contrato prendario señalado en el artículo 3 de la ley e inscribirlo. Si

¹⁹ El inciso 2º del artículo 25 de la ley dispone: *“En caso de bienes sujetos a inscripción obligatoria en algún otro registro, la prenda será inoponible a terceros, mientras no se anote una referencia del contrato de prenda al margen de la inscripción correspondiente”*. Es el caso de los vehículos motorizados, porque su inscripción en el Registro de Vehículos Motorizados es obligatoria (artículo 34 de la Ley N° 18.290, publicada en el DO. de 7 de enero de 1984), aunque no para la adquisición y transferencia del dominio, que se rigen por el Derecho común (artículo 33 de la ley citada). El artículo 35 de esa misma ley, modificado por el artículo 1 N° 13 de la Ley N° 20.068 (DO. de 10 de diciembre de 2005) dispone: *“En el Registro de Vehículos Motorizados se inscribirán, además, las variaciones de dominio de los vehículos inscritos. [inciso 2º] No serán oponibles a terceros ni se podrán hacer valer en juicio los gravámenes, prohibiciones, embargos, medidas precautorias, arrendamientos con opción de compra u otros títulos que otorgan la tenencia material del vehículo, mientras no se efectúe la correspondiente anotación en el Registro”*. Vale decir, la inscripción del usufructo de un vehículo motorizado tampoco es obligatoria y sólo es requisito de oponibilidad.

incurre en mora, su acreedor tendría que hacer subastar el derecho real de prenda sobre el automóvil, y, adquirido por alguien, éste se haría su titular. En consecuencia, el primer pignoratario dejaría de ser tal y su crédito se quedaría sin caución.

Ahora bien, estos resultados no son tolerados por el Derecho prendario chileno. Porque, en primer lugar, si el deudor que confirió originalmente la prenda, en vez de caer en mora, paga oportunamente su deuda, tiene derecho a que le sea aquélla alzada; lo cual no sería posible, porque su pignoratario ya no sería titular del derecho real de prenda, que fue adquirido por un tercero en pública subasta. Porque, en segundo lugar, la figura descrita supone que un pignoratario pueda vender, o en general, ceder o enajenar su derecho de prenda con independencia del crédito al que éste accede, única manera de que se le permita algo menos que enajenar, como es pignorar; lo cual contraviene la regla de la accesoriedad de la prenda (artículos 46 y 2385 CC.). Y porque, en tercer lugar, el que adquiriera el derecho real de prenda en pública subasta, adquiriría también en contravención a la dicha regla, ya que no habría un crédito suyo al que la prenda adquirida accediese; a menos, por cierto, que se exigiese ser acreedores a los postores en la subasta, de modo que, al adquirir la prenda, la pudiesen hacer acceder a algún crédito suyo. O que se les exigiese ser incluso deudores, para poder ceder, a su vez, la prenda adquirida en garantía a sus acreedores. No negaremos a priori la posibilidad de estudiar la creación de un verdadero mercado de garantías prendarias que circularen con independencia del crédito garantizado, que es un supuesto para la autorización de enajenar autónomamente el derecho de prenda. Pero sí negaremos que una tal circulación sea posible en el actual estado de nuestro Derecho.

Ahora bien, lo concluido con relación a la prenda de derechos reales de prenda presentes, vale lo mismo para la prenda de derechos reales de prenda futuros.

En tales circunstancias la autorización general para constituir prenda de derechos reales muebles futuros queda reducida sólo a la del derecho de usufructo mueble futuro.

X. LA PIGNORACIÓN DE COSAS INCORPORALES MUEBLES FUTURAS: DERECHOS PERSONALES O CRÉDITOS

1. Algo totalmente diferentes acaece con los derechos personales o créditos muebles futuros, la posibilidad de cuya pignoración es regla general, con sólo el límite de la inenajenabilidad del derecho por ley o porque su naturaleza no la permite. Así, por ejemplo, no pueden pignorarse los derechos de alimentos constituidos (por sentencia o transacción), porque no se pueden enajenar (artículo 334 CC.), y porque, además, cuando

revisten la forma de pensiones, son inembargables (artículo 445 N° 3 CPC.). Pero tampoco podría pignorararse el derecho del arrendador de un servicio inmaterial, pues no habría cómo realizarlo.

La ley regula ciertos aspectos de la prenda sin desplazamiento de créditos muebles nominativos, complementarios del contrato prendario sobre ellos, en el artículo 7²⁰; y del procedimiento de su realización, en los artículos 31 y 32²¹. El primero de los citados es perfectamente aplicable a la prenda de créditos futuros.

Ilustremos la figura con un ejemplo: supóngase que dos personas celebran una promesa de compraventa, en la que se fija un precio de 1.000 para la compra prometida, pagadero en cierto plazo contado desde la celebración de la misma. Para el promitente vendedor, la deuda del precio prometido por el comprador es un crédito futuro, que empezará a existir una vez que se celebre la compraventa prometida. Podría, en consecuencia, pignorararlo a un acreedor suyo, si celebra con él el contrato prendario previsto en el artículo 3 de la ley, y contemporáneamente protocoliza el título del crédito futuro, que es la promesa y hace mención de la protocolización en el mismo contrato, como manda la segunda parte del artículo 7²²; notifica

²⁰ Véase la nota 22.

²¹ Artículo 31 del artículo 14 de la Ley N° 20.190: “*Tratándose de prenda sobre créditos, podrá el ejecutante pedir que el embargo se notifique por cédula al deudor del crédito pignorado, a fin que retenga y consigne en la cuenta corriente del Tribunal la suma que éste determine. La resolución deberá identificar el crédito respecto del cual se solicita el pago e incluir instrucciones para que el deudor del mismo pueda cumplir con lo ordenado. Si el obligado a la retención no cumpliere con lo ordenado, el Tribunal, a solicitud del acreedor prendario, despachará en su contra mandamiento de ejecución y embargo.*” [inciso 2°] *En caso que el deudor del crédito prendado no pudiese cumplir con lo ordenado en el inciso primero, deberá comunicar al Tribunal, dentro del tercer día, las causas que le impiden acatar dicha resolución. Puesta dicha comunicación en conocimiento del ejecutante, éste tendrá un plazo de cinco días para objetarla o exponer lo que convenga a su derecho. El tribunal dará a la objeción tramitación incidental y, en caso de ser rechazada, por la sola solicitud del acreedor prendario despachará en contra de aquél mandamiento de ejecución y embargo.*” Artículo 32: “*Si la prenda recayere sobre créditos con flujos periódicos, el mandamiento de ejecución que se despache para el primero de los pagos se considerará suficiente para el pago de los restantes, sin necesidad de nuevo requerimiento.*”

²² Artículo 7 del artículo 14 de la Ley N° 20.190: “*La prenda de créditos nominativos deberá ser notificada al deudor del crédito pignorado, judicialmente o por medio de un notario con exhibición del título, prohibiéndole que lo pague en otras manos, salvo que mediare su aceptación por escrito; y en caso contrario, le será inoponible. Una copia del título que consigne el crédito nominativo que se otorgue en prenda será protocolizada al tiempo de suscribirse el contrato de prenda y en éste deberá hacerse mención de la protocolización de aquél.*” No se entiende por qué esta norma aparece restringida a los créditos nominativos y excluye, por ende, a aquellos a la orden y al portador.

la pignoración al futuro deudor, en los términos de la primera parte del mismo artículo 7; y después inscribe el contrato en el Registro de Prendas sin Desplazamiento. Una vez que la compraventa prometida resulte perfeccionada, llega a existencia el crédito del precio para el vendedor; y en ese momento, pero retroactivamente desde la fecha de la inscripción del contrato prendario, tal crédito empieza a quedar pignorado a favor del acreedor del vendedor²³. Si la deuda garantizada no es pagada, su acreedor podría hacer subastar el crédito del precio de la compraventa; y, adquirido por alguien en la subasta, puede cobrarlo el adquirente, cuando corresponda; entretanto, se pagará su crédito al acreedor prendario con el precio obtenido por la venta del crédito pignorado en la subasta.

2. Debe advertirse que como de los actos y contratos que recaen sobre derechos reales inmuebles pueden derivarse derechos personales muebles, la pignoración de estos como futuros (y también, por supuesto, como presentes) es completamente posible. Tal ocurre, en especial, en el caso de los derechos mineros, de aprovechamiento de aguas, intelectuales (de la llamada propiedad intelectual) e industriales (de la llamada propiedad industrial).

Así, por ejemplo, aunque el derecho de explotación minera –presente o futuro– no se puede pignorar, porque es inmueble (artículo 2 CM.) y, por ello, sólo se puede hipotecar (artículo 217 ss. CM.), el crédito –presente o futuro– por el precio de su venta o de su arrendamiento se puede pignorar, porque, recayendo sobre dinero, es mueble. Lo propio acaece con los créditos presentes o futuros muebles derivables de la explotación de las obras amparadas por la Ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual, o por la Ley N° 19.039, sobre privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad intelectual. En el ámbito de la primera, no se puede pignorar el derecho intelectual mismo, o sea, el derecho moral o el derecho patrimonial, que son inmuebles, pero sí los créditos que se deriven de su explotación, en la medida en que sean muebles, que normalmente lo son por recaer sobre dinero; y lo propio cabe decir de los derechos industriales.

²³ Este es el procedimiento que se desprende de los artículos citados, que fueron, empero, escritos con la mente puesta en la pignoración de los créditos presentes, pero con tal generalidad, que son aplicables a la de créditos futuros, porque no distinguen. Es evidente, con todo, que se echa de menos algo: en el Registro de Prendas con Desplazamiento no alcanza a quedar registrado el título del crédito ahora presente (la compraventa en nuestro ejemplo), que antes fue pignorado como futuro, porque es posterior. Tal vez el reglamento del registro prevea el caso e introduzca una oportuna regla.

XI. ACTOS JURÍDICOS SOBRE UNA COSA FUTURA PIGNORADA PERMITIDOS AL PIGNORANTE

1. Como el artículo 16 permite constituir una o más prendas sobre un mismo bien, en régimen de preferencias por el orden de sus inscripciones en el Registro de Prendas sin Desplazamiento (artículo 16), nada obsta ni la ley lo prohíbe que, una vez celebrado un contrato prendario sobre cierta cosa futura por la primera vez, se vuelva a pignorar la misma cosa, aún como futura, por segunda y ulteriores veces. Es claro que, no bien empiece a existir lo pignorado, los pignoratarios adquieren sus respectivos derecho reales y pueden ejercer sus derechos prendarios, en especial, el de pagarse, con sujeción al orden de sus inscripciones

2. Si la cosa futura pignorada admite ser objeto de un contrato traslativo del dominio, como, por ejemplo, el de compraventa (artículo 1813 CC.), puede el pignorante celebrarlo en las condiciones ordinarias antes de que llegue a existir la cosa, a menos que le esté prohibido (artículo 17). El contrato traslativo, por cierto, también se entiende celebrado con la condición de que la cosa futura llegue a existir. Ahora bien, supuesto que la inscripción del contrato prendario haya tenido lugar antes del contrato traslativo, el tercero que adquiere por tradición la cosa una vez que ésta llegue a existencia, la adquiere con el gravamen de la prenda, que retroactivamente quedó constituida antes de la adquisición. Si la cosa futura fue hecha objeto de un contrato traslativo antes de hacerla objeto de otro prendario, que fue inscrito, se sigue el mismo efecto. Aunque se suponga que la tradición de las cosas primeramente vendidas y después pignoradas se haga en el mismo instante histórico en que ellas lleguen a existir (cosa por lo demás difícil de hecho), de todos modos el gravamen habrá quedado retroactivamente constituido antes, y, por ende, la tradición recaerá sobre cosas ya pignoradas.

XII. CESIÓN DEL CRÉDITO GARANTIZADO CON PRENDA DE COSA FUTURA

1. El titular de un crédito garantizado con prenda de cosa futura puede hacerlo objeto de cesión,

a) El acto se rige por las reglas generales aplicables al modo de hacer la cesión según sea la naturaleza nominativa, a la orden o al portador del crédito garantizado que se cede. No lo dice en estos mismos términos la ley, pues la primera parte de su artículo 38 se limita a declarar: *“La cesión de créditos caucionados con esta prenda se sujetará a las reglas que correspondan a su naturaleza”*; pero esta declaración significa lo antes dicho y la expresión

“con esta prenda”, que contiene, envuelve, en su generalidad, a la prenda de cosa futura tanto como a aquella de cosa presente.

b) Ahora bien, la cesión del crédito garantizado con cosa futura (y lo mismo acaece cuando lo está con cosa presente) no transfiere automáticamente el derecho de prenda ni la preferencia prendaria, pese a ser ambos un accesorio de aquél. Para que la cesión comprenda el derecho real de prenda y la preferencia prendaria, la segunda parte del artículo 38 de la ley exige que en el Registro de Prendas sin Desplazamiento consten expresamente: i) el crédito garantizado; y ii) la posibilidad de cesión de la prenda²⁴.

Por lo que atañe a la constancia del crédito garantizado, debemos advertir que el artículo 3 N 2º de la ley ordena que ya el contrato prendario deba contener: “La indicación de las obligaciones caucionadas o bien de que se trata de una garantía general”. En consecuencia, la constancia del “crédito garantizado”, que es lo mismo que decir de la “obligación caucionada”, ahora exigida en el Registro es nada más que un reflejo de la indicación que antes se expresó en el contrato. Es cierto que podría acaecer que la indicación aparezca en el contrato y que, por error, se haya omitido su constancia en el Registro. Y también podría darse la inversa, que aparezca una constancia en el Registro y no una indicación en el contrato, lo que también sólo puede deberse a un error. Ahora bien, como ambos errores son, por su naturaleza, manifiestos, pues basta comparar el contrato con la inscripción, pueden ser subsanado, de oficio o a petición de cualquier interesado, por el Servicio de Registro Civil e Identificación, a cuyo cargo la ley puso el Registro, en los términos del inciso 2º del artículo 26²⁵. En todo caso, pues, lo cierto es que la cesión del crédito garantizado alcanza a la prenda sólo si se dejó constancia en la inscripción, de la indicación de aquél en el contrato.

En lo tocante a la constancia de la posibilidad de cesión de la prenda, el discurso es, en parte, otro. La cláusula pertinente a este punto, contenida en la segunda parte del artículo 38, carece de referencias en el resto de

²⁴ Artículo 38 del artículo 14 de la Ley N° 20.190: “La cesión de créditos caucionados con esta prenda se sujetará a las reglas que correspondan a su naturaleza. Sin embargo, para que la cesión comprenda el derecho real de prenda, manteniendo la prenda la preferencia que gozaba en virtud del crédito cedido, en el Registro de Prendas sin Desplazamiento deben constar expresamente el crédito garantizado y la posibilidad de cesión de la prenda”.

²⁵ Artículo 26 inciso 2º del artículo 14 de la Ley N° 20.190: “No obstante, de oficio o a requerimiento de cualquier interesado y dentro de un plazo de diez días hábiles, exceptuados los días sábado, a contar de la fecha de la inscripción en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, éste podrá rectificar los errores manifiestos en que se pudiere haber incurrido al practicarse la anotación. Con todo, la fecha de la constitución del derecho real de prenda será siempre la de su inscripción original”.

la ley. Es, pues, algo sorpresivo. Esa cláusula significa que las partes del contrato prendario pueden pactar, no, por cierto, que la prenda pueda ser autónomamente cedida, esto es, sin que al mismo tiempo lo sea el crédito que ella garantiza, porque tal no es posible en el Derecho chileno, como antes vimos²⁶, sino que la cesión del crédito caucionado no envuelva la de la prenda que lo garantiza. Ahora bien, como se exige una “constancia”, no basta el silencio sobre el punto, porque tal silencio implica que no consta que la cesión del crédito abarca la de la prenda y no se podrá, por ende, traspasar ésta al cesionario; así que es menester una autorización expresa de traspaso o cesión. Por consiguiente, esta materia pertenece al contrato: si nada se dice en él acerca del destino de la prenda en caso de cesión del crédito caucionado o si se establece que dicha cesión no envuelve la de la prenda (caso en el cual seguramente se dejará una constancia refleja en la inscripción), entonces, en efecto, la cesión del crédito no abraza la de la prenda; si, en cambio, se acuerda lo contrario, en orden a que la cesión alcance a la prenda y se deja constancia de este acuerdo en la inscripción, ahora será lo inverso, es decir, la prenda será precisamente arrastrada por la cesión del crédito y pasará a su cesionario.

2. Larvadamente, pero no por ello de manera poco claro, el artículo 38 viene también a decir que si la prenda fue constituida como garantía general, la cesión de un crédito por el acreedor prendario no la comprende, aunque en el contrato prendario se haya acordado algo diverso. Lo dicho se desprende de que el mencionado artículo exija constancia expresa del “*crédito garantizado*” que es objeto de la cesión, en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, lo que supone su indicación ya en el contrato –según vimos–; así que si la prenda se constituyó como garantía general, vale decir, para una multitud de créditos indeterminados, presentes, futuros, o presentes y futuros, va de suyo ser imposible cumplir con el requisito de una constancia del “*crédito garantizado*” primero en el contrato y después en el mencionado Registro.

Pero este régimen es, además, del todo lógico. Porque si la prenda fue constituida como garantía general, una de dos: o bien pasa como tal garantía general al cesionario merced a la cesión de cualesquiera de los créditos garantizados al cedente, y entonces éste se queda sin garantía por el resto indeterminado de créditos, y el pignorante empieza a ser garante general de un tercero con el cual no contrató semejante garantía; o bien pasa al cesionario como garantía especial de ese crédito y el cedente mantiene su garantía general por el resto indeterminado, lo que no parece posible, porque semejante desdoblamiento y división de la garantía prendaria no

²⁶ Véase, más arriba, el párrafo IX, 2, b).

está establecida en la ley y resulta atentar contra el principio de indivisibilidad de la prenda; así que lo coherente es que la garantía general no pase al cesionario, ni como general ni como especial del crédito cedido, ni que se desdoble en una garantía general, que permanece en el cedente y una especial, que pasa al cesionario; sino que permanezca como general en el cedente, para el resto de sus créditos, y no pase al cesionario bajo ningún respecto, el cual, por ende, adquiere el crédito sin caución. Esta misma conclusión es válida para el caso que en el contrato prendario y en la inscripción en el registro se haya indicado y dejado constancia de un crédito determinado y que la garantía se haya constituido además como general; y lo cedido fue el crédito determinado; el cual, por cierto, puede ser cedido, pero sin prenda.

El resumen de lo dicho aquí es que sólo la prenda especial es traspasable como accesorio de un crédito cedido.

3. Supuestas, en fin, las dos constancias de que habla el artículo 38, el cesionario de un crédito determinado garantizado con prenda especial de cosa futura adquiere de presente el crédito, pero en relación con el derecho de prenda queda en la misma posición en que estaba el cedente, vale decir, lo adquiere desde la fecha de la inscripción original del contrato prendario (celebrado en su momento por el acreedor-pignoratario-cedente y el pignorante), en el momento en que la cosa pignorada como futura llegue a existir.

XIII. RESPONSABILIDADES CIVILES DEL PIGNORANTE DE COSAS FUTURAS MUEBLES

1. De acuerdo con la ley, el pignorante queda sujeto a varias obligaciones y responsabilidades dirigidas a la preservación de la cosa pignorada. Pero la ley piensa por lo general en las cosas presentes. Ahora bien, en todo acto jurídico sobre cosa futura, la existencia de ésta en condiciones normales suele depender del comportamiento, incluso técnico, de la parte que queda obligada con respecto a ella a favor de su contraparte; esto se aplica al pignorante en el caso de la prenda. Así, por ejemplo, si se trata de la cosecha, su viabilidad depende del regadío y de la fertilización, poda y desinfección oportuna y eficazmente administrados por cuenta del pignorante, que es el dueño del predio en que se encuentra la correspondiente plantación o siembra; y si se trata de las crías de un ganado, su viabilidad depende de la alimentación y atención veterinaria de las hembras preñadas, por cuenta del dueño del ganado, etcétera.

2. Aunque, como acabamos de decir, por lo general la ley no pensó ni estatuyó sobre estas materias, no por ello el pignorante está inmune a responsabilidades por su conducta dolosa o culposa que afecte a la normal

existencia de la cosa futura que pignoró. Desde luego, está efecto a responsabilidades penales, a la que dedicaremos una sección especial²⁷.

a) Pero en lo estrictamente civil, queda, desde luego, sujeto al deber de comportarse según la buena fe, de acuerdo con la regla general establecida en el artículo 1546 CC. El contrato de prenda de cosa futura es fértil en concreciones de ese deber. De hecho, las obligaciones que la ley impone al pignorante de cosa presente, merced al principio señalado se convierten en obligaciones del pignorante de cosa futura con respecto a las cosas y circunstancias materiales de que depende la normal existencia de lo pignorado por él, que debe custodiar y conservar, a su cargo, con la responsabilidad de los depositarios (artículo 18); si las abandona, procede aplicar el inciso 2º del artículo 18²⁸.

b) Si se toma como modelo lo dispuesto por el artículo 19 de la ley²⁹, las partes del contrato prendario pueden convenir un lugar donde se deban mantener las cosas de que depende la existencia de las futuras, como el ganado, del que se espera crías; y acordar una forma específica de uso de las mismas cosas, como, por ejemplo, que no se emplee en labores agrícolas trabajosas, intensas o agotadoras a las equinas hembras, cuyos potrillos esperados se pignoró.

c) Merced a la general autorización dada a los acreedores condicionales para impetrar medidas conservativas durante el período de pendencia de una condición, concedida por el inciso 3º del artículo 1492 CC., el pignoratario, que, siendo acreedor en la relación principal garantizada, podemos considerar como acreedor en el contrato de prenda, puede, por ende impetrarlas también con relación a las cosas y circunstancias de que depende la normal existencia de la esperada. Entre otras posibles, al efecto puede solicitar la inspección prevista por el artículo 20: *“El acreedor prendario tiene derecho para inspeccionar en cualquier momento, por sí o por delegado, los efectos dados en prenda”*. Así que, por ejemplo, el pignoratario

²⁷ Véase, más abajo, el párrafo XIV.

²⁸ Artículo 18 inciso 2º del artículo 14 de la Ley N° 20.190: *“Si se abandonaren las especies prendadas, el tribunal podrá autorizar al acreedor, para que, a su opción, tome la tenencia del bien prendado, designe un depositario o proceda a la realización de la prenda, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido”*.

²⁹ Artículo 19 del artículo 14 de la Ley N° 20.190: *“Si se ha convenido un lugar en donde deba mantenerse la cosa empeñada, ésta no podrá trasladarse. Asimismo, si se ha convenido que la cosa empeñada se utilice de una forma especificada en el contrato, ésta no podrá utilizarse de forma distinta a lo pactado. Las prohibiciones anteriores rigen salvo que el acreedor consienta en ello o que el tribunal competente del lugar de suscripción del contrato decrete su traslado o uso distinto para su conservación. En caso de infracción a lo dispuesto precedentemente, el acreedor podrá exigir la inmediata realización de la prenda, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido”*.

podría solicitar una inspección del sembradío cuya cosecha se espera, o de los animales preñados, si se trata de las crías futuras, etcétera.

d) Con respecto a los derechos pignorados, el inciso 3º del artículo 18 de la ley establece, sin distinguir entre presentes o futuros: *“Tratándose de derechos, el constituyente estará obligado a evitar su menoscabo o extinción. En caso de infracción a lo dispuesto precedentemente, la obligación caucionada se considerará como de plazo vencido. Lo anterior es sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles o penales que correspondan como consecuencia del abandono de las especies, así como del menoscabo o extinción de los derechos prendados”*. En esta forma, el pignorante no podría, por ejemplo, remitir o novar el crédito futuro que dio en prenda.

e) La sanción general prevista por el inciso 2º del artículo 1481 CC., en orden a tener por cumplida la condición que de hecho no se cumplió, debido a que el obligado se valió de medios ilícitos para hacerla fallar, aunque en teoría es aplicable al caso de pignoración de cosas futuras, en la práctica se hace inaplicable. La condición consiste en que la cosa futura llegue a existir; si no llegó a existir debido a ciertos medios ilícitos empleados por el pignorante para impedir su existencia, la sanción es tener por cumplida la condición; ahora bien, tener por cumplida la dicha condición significa dar por existente la cosa; pero la cosa de hecho no existe y no hay cómo darla por existente. Si, por ejemplo, el pignorante hizo maliciosamente abortar a las hembras preñadas, cuyas crías habrían sido pignoradas como futuras o esperadas, es imposible tener a los fetos muertos por crías vivas.

XIV. RESPONSABILIDADES PENALES DEL PIGNORANTE Y DEL PIGNORATARIO DE COSAS FUTURAS MUEBLES

El pignorante o el pignoratario de cosa incorporal futura, aun durante la pendencia de la prenda, también puede cometer los delitos de defraudación³⁰ tipificados en el artículo 39 de la ley.

1. En el N° 1 de ese artículo se dice: *“Serán castigados con las penas*

³⁰ Una amplia discusión acerca del concepto de defraudación se ve en MERA FIGUEROA, Jorge, *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta* (2ª edición, Santiago, LexisNexis, 1994), pp. 83-102. En general, “defraudar” es causar perjuicio patrimonial a otro mediante fraude. El fraude, que es, pues, un medio para el perjuicio, puede, a su vez, consistir en un engaño o en un abuso de confianza. Pero, a veces, “defraudar” sólo significa el perjuicio, si el medio para causarlo aparece tipificado en la ley misma, como es el caso de los delitos de los N°s 1 y 2 del artículo 39 que examinaremos, en donde “defraudar” va seguido de la descripción de la conducta fraudulenta que lo causa. En el delito del N° 3, tal no acaece, sino, al revés, se describe el perjuicio, de donde que “defraudar” alude genéricamente a algún engaño o abuso de confianza que debe concurrir.

señaladas en el artículo 473 del Código Penal: 1) *El que defraudare a otro disponiendo de las cosas constituidas en prenda en conformidad a esta ley, sin señalar el gravamen que las afecta o constituyendo prenda sobre bienes ajenos como propios, o alzando la prenda que haya cedido*. La indicación del sujeto activo es muy amplia: “*el que*”; también la del sujeto pasivo del delito lo es: “*otro*”. El verbo rector es “defraudar”, que aquí significa “perjudicar, lesionar o dañar patrimonialmente”, ya sea: i) “*disponiendo de las cosas constituidas en prenda sin señalar el gravamen que las afecta*”; o ii) “*constituyendo prenda sobre bienes ajenos como propios*”; o iii) “*alzando la prenda que haya cedido*”. Preliminarmente, advertimos que esta última fórmula hay que entenderla como si se hubiera escrito: “alzando la prenda que garantizaba el crédito cedido”; porque la prenda no puede ser cedida autónomamente, como da a entender la dicha fórmula, sino como accesorio del crédito garantizado que se cede. En los tres casos se mienta la prenda tanto sobre cosas corporales como incorporales, bien presentes, bien futuras. Por cierto, nos interesan estas últimas.

La conducta del caso i) podría ser ejecutada por el pignorante de cosa futura, puesto que, sin perjuicio de la prenda, él conserva la facultad de enajenar y gravar, vale decir, de disponer jurídicamente en forma total (enajenación) o parcial (gravamen) de lo pignorado, salvo que se haya pactado lo contrario en el contrato prendario y se haya dejado constancia del pacto en la inscripción del contrato en el Registro de Prendas sin Desplazamiento, como lo establece el artículo 17 de la ley³¹. Pero el delito se comete independientemente del pacto de no enajenación y gravamen y basta con no dar a conocer la existencia del gravamen al tercero a quien se enajena o grava la cosa pignorada, si quedó defraudado. En cuanto a los gravámenes, no se incluye a una nueva prenda entre ellos, porque las prendas ulteriores ceden en preferencia a las anteriores³², así que el pignoratario de la anterior nunca es perjudicado por las prendas sucesivas. De esta manera, por ejemplo, si el pignoratario de una cosecha futura, la vende cuando aun es futura o la vuelve a pignorar, sin advertir al comprador o al segundo pignoratario que lo vendido o pignorado estaba en prenda, comete el delito de que tratamos. La situación no varía, si el objeto de prenda fue un crédito futuro.

³¹ Artículo 17 del artículo 14 de la Ley N° 20.190: “*Si se ha convenido que las cosas dadas en prenda no pueden gravarse o enajenarse, deberá mencionarse en el registro y su infracción dará derecho al acreedor para exigir la inmediata realización de la prenda, considerándose la obligación caucionada como de plazo vencido. [...]*”.

³² Artículo 16 del artículo 14 de la Ley N° 20.190: “*Se podrá constituir una o más prendas sobre un mismo bien, prefiriéndose por el orden cronológico de sus respectivas inscripciones en el Registro de Prendas sin Desplazamiento*”.

La conducta del tipo ii), puesto que la expresión “*bienes*” incluye a las cosas corporales, e incorporales, presentes y futuras, la puede ejecutar un pignorante que constituye prenda de derechos futuros ajenos como propios. Si el derecho futuro no es propio, pero tampoco de alguien determinado, debido a que es falso, no se puede hablar de “ajeno”; y la constitución de prenda sobre él no se subsume en el tipo que examinamos, sino en el general de la defraudación prevista en el artículo 473 CP., si se dan todos los elementos de este tipo.

La conducta del tipo iii) la comete el pignorante que cede el crédito garantizado a él con prenda, si la alza dolosamente un instante antes de perfeccionarse la cesión, de modo que el cesionario adquiere el crédito sin garantía. Todo ello, supuesto que la cesión del crédito hubiera podido llevar consigo la de la prenda, en los términos de la segunda parte del artículo 38 de la ley³³; porque si la cesión fue inhábil para comprender la prenda, el cedente puede legítimamente alzarla. El delito también lo comete el cesionario que vuelve a ceder el crédito.

2. El N° 2 del artículo 39 también castiga a: “*El deudor prendario y el que tenga en su poder la cosa constituida en prenda en conformidad a esta ley que, defraudando al acreedor prendario, la altere, oculte, sustituya, traslade o disponga de ella*”. Un sujeto activo del delito es, esta vez, el “*deudor prendario*” (y su heredero); y se escapó al redactor de la norma que la conducta que deseó sancionar también la puede ejecutar el pignorante que no sea deudor (y su heredero), porque caucionó la deuda de un tercero, si bien se los podría dejar incluidos en la segunda frase, que ahora analizaremos. Otro sujeto activo es “*el que tenga en su poder la cosa constituida en prenda*”, o sea, cualquier tercero que, como es perfectamente posible en una prenda sin desplazamiento, haya la tenencia del objeto pignorado, por ejemplo, un arrendatario³⁴, o un comodatario, o un depositario, o incluso la posesión, como el tercer adquirente. Dentro del concepto que examinamos quedan incluidas aquellas personas que no lo están en la noción de “deudor prendario”, como el pignorante no deudor y su heredero.

El sujeto pasivo del delito es el acreedor prendario, pero también su heredero o su cesionario, pues también éstos son acreedores prendarios. El verbo rector consiste en “defraudar”, o sea, “perjudicar, lesionar o dañar patrimonialmente”, al “alterar, ocultar, sustituir, trasladar o disponer” la cosa pignorada, a la que se mienta con la expresión “*de ella*”. Con “dis-

³³ Véase más arriba, el párrafo XII.

³⁴ Cfr. el artículo 22 que discurre sobre la base del arrendatario de cosas pignoras.

poner” se piensa mejor en la disposición física, que en la jurídica, puesto que esta última ya cabe en el tipo del N° 1, como vimos.

Cuando se trata de cosas corporales futuras, la posibilidad de cometer estas conductas es más restringida, porque una cosa que no existe no puede, en sí misma, ser alterada, ocultada, sustituida, traslada ni dispuesta físicamente. Pero de todos modos se puede afectar a la cosa futura mediante conductas que impiden que llegue a existir o hacen que llegue a existir de manera dañada. Si lo pignorado es, por ejemplo, una cosecha y se arrancan los retoños sembrados o plantados, o no se los fertiliza o riega apropiada y oportunamente, es claro que se perderá la cosecha o llegará a existir con defectos graves; y si lo pignorado es el conjunto de las crías de un rebaño, y se hace abortar a las madres, o se las golpea, también habrá defectos en lo nacido, etcétera. Literalmente, empero, no parece que estas conductas sean subsumibles en el tipo legal; y estamos en presencia de un vacío; sin perjuicio, por cierto, de la responsabilidad extracontractual que afecte al que las ejecute.

Por lo que atañe a las cosas incorporales futuras, el tipo de este N° 2 es aplicable, porque las conductas ahí previstas revisten un carácter material incompatible con la incorporalidad de los derechos. Pero, en este caso, su afectación queda subsumida en el número siguiente, como veremos.

3. El N° 3 del artículo 39 sanciona asimismo a: *“El deudor prendario que, tratándose de prendas de créditos o de cualquier otra clase de derechos constituidos en prenda en conformidad a esta ley, defraude al acreedor prendario, ocasionando la pérdida o el menoscabo de los derechos otorgados en garantía”*.

El sujeto activo del delito es el “*deudor prendario*” (o su heredero), no el pignoratario si no es deudor y caucionó deuda ajena. El sujeto pasivo es el “*acreedor prendario*” o pignoratario, su heredero y su cesionario, pues también son tales en su caso. Pero se los mienta en cuanto el primero constituyó “*prendas de créditos o de cualquier otra clase de derechos constituidos en prenda*”³⁵. Así que se trata del deudor prendario que confirió prenda de cosas incorporales: el primer miembro denota expresamente a los créditos o derechos personales y el segundo no puede más que referirse a los derechos reales. El verbo rector, como en los casos anteriores, es siempre “defraudar”, que aquí no significa “perjudicar, lesionar o dañar” patrimonialmente al pignoratario, sino engañarlo o abusar de su confianza. Pero debe haber un perjuicio, que se hace consistir en “ocasionar una pérdida o el menoscabo de los derechos otorgados en garantía” al pignoratario. Con

³⁵ La expresión “*constituidos en prenda*” es redundante, pues ya se había dicho: “prenda de”

esto último no se alude al derecho real de prenda sino a los derechos reales o personales que fueron objetos de la prenda, lo cual, por cierto, acarrea una lesión de la prenda. Ahora bien, este tipo no distingue entre prenda de cosas incorporales presentes y prenda de cosas incorporales futuras. En consecuencia, abraza a ambas.

Las conductas del deudor prendario (o del pignorante, aunque no sea deudor) que sobre todo lesionan al pignoratario son aquellas que tienen por resultado la extinción total o parcial del crédito o del derecho real pignorado por él, porque correlativamente se extingue o se rebaja la prenda. Podría acaecer, en efecto, que el pignorante de un crédito suyo lo novara, transara o remitiera, o bien que resciliara el negocio jurídico del cual emana el crédito; o que lo dejara prescribir a sabiendas; o que se hiciera dolosamente deudor de su deudor a fin de compensar el crédito pignorado; o, en fin, que recibiera de su deudor el pago después de habersele notificado la pignoración, como ordena el artículo 7 de la ley. También podría ocurrir que el pignorante de un usufructo lo renunciara o dejara prescribir.

Ahora bien, la situación no varía si algunas de estas conductas tienen lugar cuando lo pignorado fue un crédito o un usufructo futuros, si la naturaleza de esta modalidad lo tolera. Un crédito futuro, en efecto, se puede novar, transar y remitir, mediante los actos apropiados, que quedan condicionados a que el crédito llegue a existir; también se puede resciliar el negocio jurídico básico en que se funda la futureidad del crédito, etcétera; y en el caso de usufructo futuro al menos podría haber una renuncia anticipada.

XV. LA PIGNORACIÓN DE INMUEBLES POR DESTINACIÓN O ADHERENCIA CONSIDERADOS COMO MUEBLES FUTUROS. REMISIÓN

El inciso 1º del artículo 14 de la ley viene dedicado a la prenda de inmuebles por destinación o adherencia. Dice: *“La prenda sobre las cosas que la ley reputa como inmuebles por destinación o adherencia no tendrá otro efecto que ser una prenda sobre bienes futuros. En consecuencia, se le aplicarán las reglas del artículo 9º anterior, entendiéndose que las cosas llegan a existir cuando son separadas del inmueble al que acceden o cesa la afectación a un predio, por la voluntad o el hecho de su dueño y el consentimiento del acreedor hipotecario, si fuere el caso”*. Como se ve, una prenda de los que actualmente son inmuebles por destinación o adherencia es, en realidad, de muebles futuros, que se hace eficaz, por ende, cuando aquellos se conviertan en muebles por su separación o su desafectación de la finca a la que se unen o a la que están destinados.

Este carácter que asume la prenda de tales inmuebles haría que de ella

hubiéramos debido tratar en el presente trabajo. Pero nos abstendremos, porque su examen exige una extensión considerable y es mejor trasladarlo, pues, a un trabajo especial³⁶.

[Recibido el 29 de agosto y aprobado el 10 de octubre de 2008].

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK, René, *Las obligaciones* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993).
- BIONDI, Biondo, *Los bienes* (1956, traducción castellana, Barcelona, Bosh, s. d. [pero 1961]).
- CALONGE MATELLANES, Alfredo, *La compraventa de cosa futura (desde Roma a la doctrina europea actual)* (Salamanca, [Universidad de Salamanca], 1963).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La pignoración de grupos de bienes de una misma clase o universalidades de hecho en la nueva "Ley de prenda sin desplazamiento"*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 30 (Valparaíso, 1^{er} semestre de 2008).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el Derecho positivo* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).
- MERA FIGUEROA, Jorge, *Fraude civil y penal. El delito de entrega fraudulenta* (2ª edición, Santiago, LexisNexis, 1994).
- OSUNA GÓMEZ, José, *Del contrato real y de la promesa de contrato real* (Santiago, Nascimento, 1947).
- ROGEL VIDE, Carlos, *La compraventa de cosa futura* (con prólogo de L. Díez-Picazo, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975).
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones* (Santiago, Contable Chilena Editores, 1981).

³⁶ Véase: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La prenda sin desplazamiento de inmuebles por adherencia o destinación y su concurrencia con otras prendas o con una hipoteca*, en el libro en homenaje a Pablo Rodríguez Grez (en prensa).