

LA REFORMA AL DERECHO DE LAS CAUCIONES EN FRANCIA:
PERSPECTIVAS PARA UN DEVENIR EN CHILE*

Bruno Caprile Biermann**

I. INTRODUCCIÓN¹

1. Mediante la Ordenanza N° 2006-346, de 23 de marzo de 2006, que entró en vigor el 25 del mismo mes, se introdujo una sustancial reforma al Derecho de las garantías en Francia, que significó introducir un libro IV al

* La ponencia corresponde a una profundización del tema que fuera abordado por el autor con ocasión del seminario sobre *Reformas en el Derecho Civil Francés y perspectivas para el Derecho Chileno*, seminario que constituyó una manifestación del Capítulo Chileno de la Asociación Henri Capitant, de los amigos de la Cultura Jurídica Francesa, cuyas actas constan en la separata a la revista *Actualidad Jurídica* 16 (dic. 2006), pp. 53 y ss.

** Magister por la Universidad de París II, Francia; Profesor de Derecho Civil de la Universidad del Desarrollo y de la Universidad Católica de la Santísima Concepción.

¹ Literaturas: 1. Tratados y manuales: AVINES, Laurent - CROCCQ, Pierre, *Les sûretés, la publicité foncière* (2ª edición, París, Defrénois, 2006); CABILLAC, Michel - MOUTY, Christian, *Droit des sûretés* (4ª edición, París, LITEC, 1997); DIEZ DUMET, Raul, *La hipoteca, estructura civil y procesal* (Santiago, ConoSur Ltda., 1997); FARCE, Michel, *Les sûretés* (Grenoble, PUG., 2007); HINZPETER, KIRBAEG, Rodrigo, *La hipoteca* (Santiago, La Ley, 1993); LECAROS SANCHEZ, José Miguel, *Las cauciones reales, prenda e hipoteca* (Santiago, Ediciones Metropolitanas, 2001); LEGIAS, Dominique, *Sûretés et garanties du crédit* (5ª edición, París, LGD), 2006); MERY BERUSSO, Rafael, *Derecho hipotecario* (Santiago, Ediciones Jurídicas et Techniques, 2006); POCOD, Yves - CROCCQ, Pierre, *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes* (Santiago, Edar ConoSur Ltda., s.d.). 2. Artículos de revistas: AVENA-ROBARDET, Valérie, *Reformes des sûretés*, en Dalloz 2006, Chron., p. 897; BECAR LABRANA, Emilio, *La proscription du pacte comissoire en los Contratos de Prenda e hipoteca en el derecho chileno: evolución histórica* (inédito); CROCCQ, Pierre, *La réserve de propriété*, en *Commentaire de l'Ordonnance du 23 mars 2006, relative aux sûretés*, en *La Semaine Juridique*, suplemento al N° 20 (17 de mayo de 2006); DELECCQUE, Philippe, *L'hypothèque*, en *Commentaire de l'Ordonnance du 23 mars 2006, relative aux sûretés*, en *La Semaine Juridique*, suplemento al N° 20 (17 de mayo de 2006); DUPUCHOT, Philippe, *L'anticipation*, en *Commentaire de l'Ordonnance du 23 mars 2006, relative aux sûretés*, en *La Semaine Juridique*, suplemento al N° 20 (17 de mayo de 2006); GRIMALDI, Michel, *L'hypothèque rechargable et le prêt usager hypothécaire*, en *Commentaire de l'Ordonnance du 23 mars 2006, relative aux sûretés*, en *La Semaine Juridique*, suplemento al N° 20 (17 de mayo de 2006); HEBERT, Sophie, *Le pacte comissoire après l'Ordonnance du 23 mars 2006*, Dalloz 2007, Chron., pp. 2052 y ss.; HOUTCHIFF, Dimitri, *La garantie autonome et la lettre d'intention*, en *Commentaire de l'Ordonnance du 23 mars 2006, relative aux sûretés*, en *La Semaine Juridique*, suplemento al N° 20 (17 de mayo de 2006); LEGIAS, Dominique, *Le gage de meubles corporels*, en *Commentaire de l'Ordonnance du 23 mars 2006, relative aux sûretés*, en *La Semaine Juridique*, suplemento al N° 20

*Código Napoleón*², el cual, bajo el epígrafe *De las cauciones*³, consolida la regulación de la generalidad de éstas.

La génesis de la reforma está estrechamente vinculada a la Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. En efecto, fue por iniciativa de ésta y especialmente de su presidente, el Sr. Michel Grimaldi, que el año 2003 se conformó un grupo de trabajo, conocido como Comisión Grimaldi, que evacuó el año 2005 un anteproyecto de ley y una exposición de motivos.

El mismo profesor Grimaldi explicaba las causas de la reforma distinguiendo entre algunas profundas o estructurales y otras circunstanciales o coyunturales. Entre las primeras, subrayaba "la necesidad de devolver al Derecho francés de las cauciones las cualidades de legibilidad y de accesibilidad que son, para los ciudadanos como para los agentes económicos, las condiciones de la seguridad jurídica"⁴. Entre las segundas, se cuenta la celebración del bicentenario del *Código Civil* francés (1804-2004) y la convicción de que la codificación es un factor determinante para la difusión del Derecho francés en el extranjero. Los innegables progresos del Derecho galo

Continuación de la nota ¹

(17 de mayo de 2006); RÍOS LARREA, Sebastián, *La reforma del Derecho de Garantías en Francia. Puerta al día necesaria y fructuosa parcial de una reforma de conjunto*, en *Revista Chilena de Derecho Privado "Fernando Fajó Llanos"* 7 (2006), pp. 89 y ss.; SIMLER, Philippe, *Avant-projet et dispositions générales*, en *Commentaire de l'Ordonnance du 23 mars 2006, relative aux sûretés*, en *La Semaine Juridique*, suplemento N° 20 (17 de mayo de 2006); STOUTLET, Jean, *Le nazistement de meubles incorporés*, en *Commentaire de l'Ordonnance du 23 mars 2006, relative aux sûretés*, en *La Semaine Juridique*, suplemento al N° 20 (17 de mayo de 2006).

² Las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

³ El término "sûretés", empleado en el epígrafe del libro IV, puede ser traducido con mayor propiedad por "cauciones" en lugar de "garantías". En efecto, aun cuando en el lenguaje corriente ambas expresiones suelen utilizarse como sinónimas, la doctrina especializada las distingue, sosteniendo que existe entre ellas una relación de género a especie: toda caución es una garantía, mas no a la inversa. La dificultad surge a la hora de precisar el criterio de distinción entre ambas nociones, cuestión arduamente debatida en el Derecho galo. Se ha sostenido que la noción de garantía es funcional, en tanto que la de caución conceptual. Véase al respecto: CROCCO, Pierre, *Propriété et garantie* (Paris, Tesis, Biblioteca de Derecho Privado, LGD), 1995, núm. 264 s., pp. 217 y ss.). En Chile, con base en el artículo 46 CCCh., PEÑALILLO AREVALO, Daniel, *Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), p. 184, afirma que: "Se entiende por garantía todo acto o cualidad que se le agrega a un crédito para mejorar su eficacia, y por caución una obligación cuya función es asegurar el cumplimiento de otra". Así, constituyen garantía, mas no caución, la resolución por incumplimiento, particularmente en sus formas agravadas, como el pacto comisorio; la excepción de contrato no cumplido (artículo 1552); los privilegios (artículos 2470 y s.). En la frontera entre ambas nociones, la doctrina discute la calificación la reserva de propiedad, el derecho legal de retención, pues se tratan de garantías inherentes al vínculo obligatorio más que una obligación propiamente tal; el Code optó por regularlas en el libro IV. Para evitar equívocos, recuérdese que el "cautionnement" es la "fianza" y que la "caution" es el "fiador".

⁴ GRIMALDI, Michel, conferencia dictada en Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, septiembre 2005, inédita.

de las cauciones, fruto de sucesivas reformas legislativas, plasmadas muchas veces fuera del *Código*, y de una intensa actividad jurisprudencial, habían privado al Derecho francés de las garantías de buena parte de su claridad y coherencia, lo que también dificultaba su influencia en el extranjero.

2. Ahora bien, mediante la Ley N° 2005-842, de 26 de julio de 2005, el Poder Legislativo delegó en el ejecutivo la potestad de dictar las normas tendientes a introducir la reforma, es decir, la reforma se introdujo por la vía de lo que en nuestro medio se conoce como un decreto con fuerza de ley. Es así como surgió la Ordenanza N° 2006-346, del 23 de marzo de 2006, que introduce la reforma.

El nuevo libro IV del *Code* consolida, como decíamos, la regulación de la totalidad de las cauciones. Sin embargo, ello no quiere decir que la reforma introduzca modificaciones en lo sustantivo respecto de todas ellas, ya que la ley delegatoria contuvo una serie de limitaciones que condujeron a que, mientras respecto de algunas garantías el nuevo libro IV se limita a reproducir los textos anteriores, en otras contiene auténticas innovaciones⁵.

En cuanto a su estructura, el libro IV contiene ciertas disposiciones generales y luego se divide en dos títulos: el primero destinado a las garantías personales y el segundo a las garantías reales. Las disposiciones generales regulan el derecho de prenda general de los acreedores (artículos 2284 y 2285 CCFr.)⁶, da ciertas reglas acerca del derecho de retención (artículo 2286 CCFr.)⁷ y, finalmente, concilian las reglas relativas a las cauciones con aquellas de los procedimientos colectivos de ejecución (artículo 2287 CCFr.)⁸.

⁵ La ley delegatoria excluyó la regulación de la fianza y las cauciones fiduciarias a título de garantía. Respecto de estas últimas, se tramitaba en la época un proyecto paralelo, que dio origen a la Ley N° 2007-211, del 19 de febrero de 2007, que instituyó la fiducia en el Derecho francés.

⁶ Estas reglas no hacen sino transcribir los antiguos artículos 2092 y 2093 CCFr., de los cuales se inspiró don Andrés Bello para los artículos 2465 y 2469 CCCh. Nótese que los antiguos artículos 2092 y 2093 CCFr. estaban ubicados entre las disposiciones generales del título 18°: *De los privilegios e hipotecas*, del libro III (criterio que también fue secundado por el *Código de Bello*). La actual ubicación ha sido aplaudida por SIMLER, Philippe, cit. (n. 1), núm. 2, p. 5: "El derecho de prenda constituye la regla que toda caución deroga: mediante la adición de otro u otros derechos de prenda general, como en las cauciones personales; o rompiendo la igualdad entre los acreedores y el principio contrario, como lo anuncia la fórmula del artículo 2285, para las garantías reales".

⁷ Antes de la reforma, el *Código* francés, al igual que el *Código* chileno, contenía sólo ciertas reglas ayudadas que concedían al acreedor un derecho de retención en casos específicos. A partir de esas reglas, la jurisprudencia gala había extraído un principio general, ampliando su aplicación a todos los casos en que se cumplieran las condiciones que la misma jurisprudencia fijaba, que no corresponde tratar aquí. La reforma del 2006 recogió esa evolución y reguló el derecho de retención en términos generales: la ubicación del artículo 2286, al inicio del Libro IV, confirma que se trata de una institución de aplicación general. El nuevo artículo 2286 CCFr. prescribe que: "Podrá pretenderse de un derecho de retención sobre la cosa! 1° La persona a la que la cosa hubiera sido entregada hasta el pago de su crédito; 2° La persona cuyo crédito impago se derive del contrato que la obliga a entregarlo; 3° La persona cuyo crédito impago se hubiera constituido con ocasión de la tenencia de la cosa! El derecho de retención se perderá con la renuncia voluntaria

3. En estas líneas no podemos tener la pretensión de abordar íntegramente la reforma. El objetivo de esta ponencia es simplemente un vistazo de ésta, pero con la mirada de un chileno. De esa forma creo que podemos destacar algunos rasgos que nos permitan, por una parte, comprender mejor nuestro sistema al contrastarlo con uno distinto que originalmente le sirvió de modelo y, a la vez, poder vislumbrar algunos grandes lineamientos que podrían orientar reformas futuras.

Continuación de las notas 7 y 8

ría: La regulación del derecho de retención en Francia difiere sustancialmente del estatuto de esta institución en Chile. En efecto: 1) En cuanto al ámbito de aplicación, en Chile se ha sostenido que el derecho de retención sólo procede en los casos en que la ley expresamente lo concede, v. gr.: artículo 662 CCCh.; especificación: artículo 756 CCCh.; fideicomiso: artículo 800 CCCh.; usufructo: artículos 890 y 914 CCCh.; poseedor vencido: artículos 1937 y 1942 CCCh.; arrendamiento: artículo 2193 CCCh.; comodato: artículo 2234 CCCh.; depósito: artículo 2162 CCCh.; mandatos: artículo 2401 CCCh.; prenda. Véase: ABELIUK MANASEVICH, René, *Las obligaciones* (2ª edición, Santiago, Ediar Editores, 1983), núm. 951, p. 605. En cambio, ya antes de la reforma se había resuelto que el derecho de retención constituía un principio general. En razón del carácter genérico de la institución, la doctrina francesa se había interrogado acerca del factor de conexión que autorizaba su aplicación; se había sostenido que debía distinguirse entre una conexión convencional, otra jurídica y finalmente una material, recogida en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 2286, respectivamente. Véase: RIOS LAURE, Sebastián, cit. (n. 1), núm. 20, p. 98; ANYES - CHOCQ, cit. (n. 1), núms. 447 y ss., pp. 182 y ss.; en Chile, véase: ABELIUK MANASEVICH, René, *precitado*, núm. 954, p. 606. 2) En cuanto a los efectos, en Francia el derecho de retención sólo autoriza a rehusar la restitución de la cosa; no confiere un derecho de preferencia ni de persecución, de tal suerte que si el beneficiario de la retención persigue la venta forzada de la cosa, queda privado del beneficio ("pierde la retención" pues ha perdido la "determinación") y no será pagado con preferencia a los demás acreedores. Lo anterior genera, en la práctica, ciertas dificultades. Así, si el crédito del retenedor es inferior al valor de la cosa, queda en una posición ventajosa para negociar con los demás acreedores la obtención de una indemnización a cambio de la renuncia al derecho de retención, que permita a estos últimos la venta forzada. En esta hipótesis, el derecho de retención conduce a una suerte de superprivilegio. Cfr. ANYES - CHOCQ, cit. (n. 1), núms. 451 y 452, p. 187. "Pero la garantía es mediocre si el valor de la cosa es inferior a su crédito; el -retenedor- será obligado entonces a retener la cosa, sin poder venderla, so pena de convertirse en un acreedor valista sobre el precio". En Chile, el *Código de Procedimiento Civil* regula los efectos del derecho legal de retención (artículos 545 a 548). El artículo 546 CPC dispone que: "Los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan". En consecuencia, en nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en Francia, el derecho no sólo permite al acreedor retener la cosa sino además instar por su realización para la obtención del pago de su acreencia (artículo 545 CPC) y le confiere también una causal de preferencia. Al igual que en Francia, no confiere derecho de persecución. 3) En cuanto a la naturaleza del derecho, en Francia se discute arduamente si debe calificarse como garantía o caución (cfr. supra nota 3), si confiere un derecho personal, real o incluso *in generalis*. Se ha sostenido también que el debate carece de interés, pues no existen consecuencias prácticas importantes que deriven de la calificación (cfr. ANYES - CHOCQ, cit. (n. 1), núm. 453, p. 188). En Chile, se suele estudiar la institución a propósito de los derechos auxiliares del acreedor, lo que parece coherente con los efectos que se le atribuyen, ya referidos; se le ha calificado de derecho personal, pues no confiere derecho de persecución. Véase: ABELIUK MANASEVICH, René, *precitado*, núm. 959, p. 609.

⁶ En la terminología francesa, parafraseando el artículo 2287 CCFr.: "procedimiento de salvaguarda, de recuperación judicial o de liquidación judicial o incluso en caso de apertura de un procedimiento de tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento de los particulares".

La máxima dice que debemos huir de las comparaciones, puesto que hay siempre uno que sale perdiendo. No es ese naturalmente el espíritu que me anima, sino, como dije, poder comprender mejor nuestro sistema y eventualmente extraer las orientaciones que inspiran las reformas emprendidas en el Derecho galo⁹.

En esta visión sinóptica, seguiré el mismo orden que el nuevo libro IV del *Code* y abordaré en una primera parte las garantías personales y en una segunda parte las garantías reales.

I. LAS GARANTÍAS PERSONALES

El texto de la Ordenanza de 23 de marzo de 2006 no recogió la definición de garantía real que contenía el anteproyecto de la Comisión Grimaldi, cuyo artículo 2288 CCFr. disponía:

"La caución personal es el compromiso adquirido para con el acreedor por un tercero no obligado a la deuda".

En el título 1º del libro IV, bajo el epígrafe *De las cauciones personales*, se regulan la fianza, la garantía autónoma y la carta de intención.

En este trabajo no abordaremos la regulación de la fianza pues, como expliqué anteriormente, debido a las limitaciones establecidas por la ley delegatoria, la reforma no alteró la sustancia de esa garantía, pese a que un sector autorizado de la doctrina lo consideraba necesario. Los artículos 2288 a 2320 del libro IV CCFr. se limitan entonces a transcribir, con una nueva numeración, los antiguos artículos 2011 a 2043 CCFr.¹⁰

⁹ Con posterioridad a la ponencia, se aprobó la Ley Nº 2007-211, del 19 de febrero de 2007, que instituyó la fiducia en Francia, la que ha sido incorporada en los artículos 2011 y siguientes y que permite al constituyente la transferencia de bienes, derechos o garantías a un fiduciario, que los mantiene separados de su patrimonio, para actuar en pos de un fin determinado a favor del beneficiario.

¹⁰ La Ordenanza del 23 de marzo de 2006 pasó, sin embargo, una "reforma de contrabando" (RIOS LAURE, Sebastián, cit. (n. 1), núm. 31, p. 102) relativa a la denominada "fianza real". Durante algún tiempo la jurisprudencia gala resolvió que el tercero que otorgaba una prenda para asegurar una obligación ajena, no sólo se constituía garante en razón de la caución real, sino también resultaba personalmente obligado (Cass. 1ª Civ., 15 de mayo de 2002, JCP G 2002, II, 10109; nota S. PREDERRE; JCP G 2002, I, 162, Nº 3, obs. Ph. Simler). Se trataba entonces de una garantía híbrida, en que "el garante estaba obligado tanto real como personalmente, con el doble límite del monto de la obligación del deudor principal y del valor de los bienes comprometidos al día de la ejecución de la garantía" [HOUTIEFF, Dimitri, cit. (n. 1), núm. 3, p. 8]. Esta visión fue recientemente desechada por la Corte de Casación (Sala Mixta, 2 de diciembre de 2005, JCP G 2005, 10183; nota Philippe SUTER; Dalloz 2006.722, nota L. Aynès) y confirmada por el artículo 2234 de la Ordenanza del 23 de marzo de 2006, que prescribe: "La prenda puede ser otorgada por el deudor o por un tercero; en este último caso el acreedor sólo tiene acción sobre el bien dado en garantía". Recordemos que en nuestro medio se denominaba fianza hipotecaria o prenda aquella en que el fiador constituye, además, una prenda o hipoteca.

Abordaremos en un primer momento las garantías autónomas y luego diremos dos palabras acerca de las cartas de intención.

1. Las garantías autónomas

- a) La reforma introduce al Code la regulación de las garantías autónomas. El nuevo artículo 2321 CCFr. prescribe que:

"La garantía autónoma es el compromiso por el que el garante se obliga, en consideración a una obligación sujeta por un tercero, a desembolsar una cantidad sea a primer requerimiento, sea según las modalidades convenidas. En caso de abuso o fraude manifestados por parte del beneficiario o de colusión de éste con el ordenante, el garante no estará sujeto a dicho compromiso. El garante no podrá oponer ninguna excepción respecto de la obligación garantizada. Salvo convenio en contrario, la garantía autónoma no seguirá a la obligación garantizada".

La regla contiene, en primer término, una definición de las garantías autónomas y más adelante avanza la principal característica de éstas, como es la inoponibilidad de excepciones derivadas del contrato base o contrato garantizado, esto es, que no puede pretender obstaculizarse el pago por excepciones fundadas en la ineficacia, nulidad o cualquier otro vicio del contrato garantizado.

No olvidemos que la generalidad de las cauciones tienen un carácter accesorio, de tal suerte que la extinción del contrato garantizado acarrea la extinción de la garantía. Las garantías autónomas son, en cambio, independientes del contrato garantizado, de modo que la ineficacia del contrato principal no las afecta.

Estas garantías son prácticamente desconocidas en nuestro medio y se las suele identificar con una de ellas, de mayor aplicación práctica en nuestro Derecho interno, como es la boleta bancaria de garantía.¹¹

b) Es sólo en fecha reciente que la doctrina chilena reconoció la verdadera naturaleza jurídica de la boleta bancaria de garantía, calificándola como una garantía autónoma. De hecho, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras acogió dicha calificación mediante modificación al capítulo 8-11 de su Recopilación de normas introducida en octubre de 2002 (circulares N° 3.195, de fecha 4 de octubre de 2002, y N° 3.199, de 21 de octubre de 2002).

¹¹ Pueden consultarse CAPRILE, Bruno, *La boleta bancaria de garantía: una garantía a primer requerimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002); y *Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria: incidencias de las modificaciones recientes a la recopilación de normas de la superintendencia de bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución*, en *Revista Actualidad Jurídica* 8 (Universidad del Desarrollo, 2003), pp. 95 y ss.

Nótese también que la definición admite que la garantía autónoma puede tener varias modalidades: la más conocida es la pagadera a primer requerimiento o primera demanda (como es el caso de la boleta bancaria de garantía), pero también existen otras, tales como la garantía documentaria, en que la solicitud del beneficiario que hace efectiva la garantía debe ir acompañada de la presentación de ciertos documentos, previamente establecidos (copia por ejemplo); o la garantía a primera demanda justificada, en que el beneficiario debe expresar las razones que a su entender justifican el cobro, aun cuando no deba probarlo, lo que facilitará hacer efectiva su responsabilidad, en caso de cobro indebido¹².

c) La regla del artículo 2321 CCFr. recoge el límite establecido por la doctrina comparada para deslindar aquellos casos en que la garantía debe pagarse de aquellos en que puede detenerse legítimamente el pago: el fraude o abuso manifestado. El mismo problema se plantea para separar los casos en que se puede detener legítimamente el pago de la boleta bancaria de garantía de aquellas hipótesis en que debe pagarse y luego repetir¹³.

d) La reforma estableció expresamente la prohibición de otorgar garantías autónomas en el ámbito de los créditos inmobiliarios o mobiliarios otorgados a consumidores (artículo 313-10 del *Código del Consumo* francés) y para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del arrendatario en los contratos de arrendamiento, exceptuadas las que se otorguen en reemplazo del depósito de garantía, conocido en nuestro medio como "mes de garantía" (artículo 22-1-1 de la ley de 6 de julio de 1989, que tiende a mejorar las relaciones locativas).

Se trata de una regla que revela un peligro que, al parecer, aún no ha sido vislumbrado en nuestro medio. ¿Podrá un particular otorgar una garantía autónoma? Naturalmente, ya no se trataría de una boleta bancaria de garantía sino sencillamente de una boleta de garantía. Parece evidente que esa garantía no quedaría regida por el artículo 69 N° 13 de la *Ley General de Bancos* ni por el capítulo 8-11 de la *Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras*. En principio, deberíamos admitir su validez, fundada en el principio de autonomía de la voluntad¹⁴.

En Francia, algunas instituciones bancarias pretendieron escapar a la protección legal establecida en favor del fiador exigiendo al garante que consti-

¹² CAPRILE, Bruno, *La boleta bancaria*, cit. (n. 11), núm. 151 y ss., pp. 121 y ss.

¹³ *Ibid.*, núm. 238 y ss., pp. 179 y ss.

¹⁴ *Ibid.*, núm. 178 y ss., pp. 137 y ss.

tuviera una garantía autónoma. La jurisprudencia de la Corte de París las anuló tempranamente (fallos de Corte de París de 1990 y 1992)¹⁵.

En nuestro medio, no seña de extrañar que un acreedor versado procediera del mismo modo. Naturalmente, la eficacia de la garantía quedará sujeta a la solvencia del garante, pero lo relevante es que éste quedaría privado de toda excepción que emane del contrato garantizado. De esa forma, se le podría exigir el cumplimiento de un contrato nulo, resuelto, etc.

Contribuye a agravar estas aprensiones el que en nuestro medio se exige al garante constituirse en fiador y codeudor solidario y nuestra jurisprudencia ha entendido que éste es un codeudor solidario que manifiesta que carece de interés en la deuda¹⁶. En Francia, en cambio, se utiliza la fianza.

c) Finalmente, el último inciso del artículo 2321 CCFr. dispone que: "*Salvo convenio en contrario, la garantía autónoma no seguirá a la obligación garantizada*". Luego, por regla general, la transferencia de la obligación garantizada no trae aparejada el traspaso de la garantía, regla perfectamente lógica, dado el rigor de la obligación y su carácter *intuitu personae*. En todo caso, nada se opone a la transferencia en caso de sucesión a título universal, como en el caso de fallecimiento o de fusión-absorción del garante (artículo 236-3 del *Código de Comercio* francés)¹⁷.

2. La carta de intención

a) Se trata de una caución prácticamente desconocida en nuestro medio y que me parece interesante al menos mencionarla. Está regulada en el capítulo 3º del título 1º del Libro IV, bajo el epígrafe *De la lettre d'intention*, cuya única disposición, el artículo 2322 CCFr., prescribe que:

"La carta de intención es el compromiso de hacer o no hacer algo, cuyo objeto es el apoyo a un deudor en la ejecución de su obligación hacia su acreedor".

Esta garantía surgió en la década de 1960 en la práctica financiera anglosajona y hoy día está difundida no sólo en los usos bancarios internacionales sino también en el ámbito interno de muchos países¹⁸. Se trata, entonces, de una manifestación del poder creador de la voluntad y de la libertad contractual. Se las conoce también como "comfort letter", "lettre de

¹⁵ *Ibid.*, núm. 181, p. 140.

¹⁶ Cfr. SOMARRIVA UNDUERRAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones*, cit. (n. 1), núm. 120, p. 129.

¹⁷ Para la transferencia o transmisión de la boleta bancaria, *ibid.*, núm. 166 y ss., pp. 130 y ss.

¹⁸ Para su aplicación en la práctica bancaria chilena, consúltese la excelente memoria de ALCALDÍNG SILVA, Jaime, *Las "comfort letters": criterios dogmáticos para su aplicación en Chile* (Memoria, Pontificia U. Católica de Chile, 2007, dirección Patricio Carvajal Silva), pp. 13 y ss.

comfort" o carta de intención, "lettre de patronage" o cartas de patrocinio. En Francia, la Ordenanza de 23 de marzo de 2006 retuvo la denominación "lettre d'intention" (carta de intención), que no es sino la traducción de la expresión de la "intent letter" angloamericana. Se ha criticado esta elección puesto que induce a equívoco con otro instrumento preparatorio propio de la fase precontractual, también conocido y aplicado en Chile, a saber, el documento mediante el cual las partes manifiestan su intención de proseguir las negociaciones con miras a llegar a un acuerdo¹⁹.

b) La aplicación de la carta de intención está estrechamente ligada al fenómeno de los grupos empresariales; la situación más frecuente es la siguiente: una sociedad filial desea obtener un crédito y, sin embargo, su capacidad financiera no se lo permite. La solución pudiera obtenerse entonces solicitando a la sociedad matriz que se constituya en fiadora o en codeudora solidaria de las obligaciones de la filial. Sin embargo, puede ocurrir que la matriz no desee constituir esa garantía, sea porque limita su propia capacidad de crédito, al figurar dicha obligación eventual en sus estados financieros, o bien porque requiere formalidades especiales (v. gr., junta de accionistas) que no está dispuesta a otorgar²⁰. En ese contexto, surgieron las cartas de intención, en que la sociedad madre se obliga a prestar su apoyo a la filial, a vigilarla, a caucelar el manejo de los negocios de ésta, pero sin que dicha obligación constituya una fianza o una codeuda solidaria.

Es por eso que, como lo dispone el artículo 2322 CCFr., arriba transcrito, de esta caución surge una obligación de hacer (prestar apoyo) o de no hacer (no enajenar sus acciones o derechos en la filial, no exigirle el pago de los créditos que tenga en su contra antes de que se pague el acreedor). Por lo mismo, en caso de incumplimiento por parte del deudor garantizado, la sanción no puede ser la de obligar al emisor de la carta de intención a cumplir en su lugar, sino simplemente la de indemnizar al acreedor de los perjuicios que pudieran resultarle en caso de incumplimiento de esas obligaciones de hacer o no hacer²¹⁻²². Por lo mismo, el objeto de la obligación del garante

¹⁹ Cfr. ANTES - CROCO, cit. (n. 1), núm. 360, p. 151.

²⁰ Dado que la reforma introdujo la regulación de la carta de intención en el artículo 2322, calificándola expresamente como una garantía personal, se ha sostenido que es dudoso que la sociedad garante pueda escapar hoy día a las formalidades especiales que la ley prescribe para la constitución de garantías (v. gr., artículos L. 225-35 y 225-68 C. Comercio francés), pese a que sólo genere una obligación de indemnizar, lo que priva a esta caución de una de sus principales ventajas. Cfr. SIMONE, Philippe, cit. (n. 1), núm. 24, p. 10.

²¹ En Francia se ha discutido si las cartas de intención generan una obligación de medio o de resultado, lo que reviste enorme importancia dada la relevancia que ese sistema atribuye a esa clasificación. Cfr. ANTES - CROCO, cit. (n. 1), núm. 361, p. 152.

²² En nuestro medio, ALCALDÍNG SILVA, Jaime, cit. (n. 18), pp. 48 y ss., analiza la distinción entre "comfort letter" vinculante ("binding comfort letter") y no vinculante.

permite diferenciar claramente esta caución de la fianza y de la garantía autónoma²³.

c) La verdad es que no creemos que esta garantía pueda importarse en Chile con resultados eficaces; si con dificultad se logra que pague el fiador o el codeudor solidario, será prácticamente imposible obtener satisfacción a través de un juicio ordinario de indemnización de perjuicios por incumplimiento de una carta de intención. Aun cuando su ámbito de aplicación sea muy reducido, quizá más que una caución, se trata de una ilusión de la misma, que depende exclusivamente de la voluntad del garante de honrar su palabra.

Hemos concluido esta visión sinóptica de las garantías personales; aborremos ahora someramente la reforma en cuanto a las garantías reales.

II. LAS GARANTÍAS REALES SOBRE COSAS MUEBLES

Al igual que para las garantías personales, la Ordenanza de 23 de marzo de 2006 no recogió la definición de caución real que había propuesto el anteproyecto de la Comisión Grimaldi, cuyo artículo 2288 disponía:

"La caución real es la afectación de un bien al pago preferente de un acreedor".

El título 2º del nuevo libro IV, destinado a las cauciones reales, se divide en tres grandes subítulos: el primero contiene disposiciones generales relativas a las causales de preferencia, que no revisten especial relevancia para nuestro análisis; el segundo está destinado a las cauciones que recaen sobre cosas muebles; y el último a las cauciones sobre cosas inmuebles. En este capítulo nos referiremos a las cauciones sobre muebles, y a aquellas sobre inmuebles en el siguiente.

1. Generalidades en torno a las cauciones reales sobre cosas muebles

a) El artículo 2329 del *Code* dispone:

"Las garantías sobre los bienes muebles son: 1º Los privilegios mobiliarios; 2º La prenda de muebles corporales; 3º La prenda (nantissement) de bienes muebles incorpóreos; 4º La propiedad retenida a título de garantía".

La nueva sistematización importa una sensible modificación en cuanto al criterio para clasificar las cauciones mobiliarias y la nomenclatura de éstas.

²³ La carta de intención se distingue claramente de la garantía autónoma no sólo por el objeto de la obligación del garante (indemnizar en la primera, pagar en la segunda), sino también en razón del rigor y autonomía de la obligación. En la fianza, si bien obligación principal garantizada puede ser de dar, hacer o no hacer, la obligación del fiador es siempre de dar y, aún más, de dar una suma de dinero (artículo 2343 inciso final).

En efecto, el *Code* de 1804 ordenaba las garantías según si importaban o no desasimiento del constituyente. Aquellas en que se requería la entrega de la cosa al acreedor se designaban como "nantissement"²⁴ que podía ser "gage" (prenda) si se trataba de una cosa mueble y anticresis si recaía en un inmueble. La caución sin desasimiento era la hipoteca, que carecía de equivalente para los muebles.

Se ha dicho que "El Derecho contemporáneo multiplicó las garantías mobiliarias en las que el desasimiento es reemplazado por la publicidad"²⁵. La reforma de 23 de marzo de 2006 reservó el término "gage" para la caución que recaía sobre cosas corporales muebles, la que a su vez puede ser con o sin desasimiento, y destinó la expresión "nantissement" para la caución que recaía sobre cosas incorpóreas: dinero ("monnaie scripturale"), créditos, o instrumentos financieros.

Nótese que "el proyecto no retuvo el principio de una garantía mobiliaria única, sin desasimiento y sometida a publicidad, sobre el modelo del "security interest" del *Uniform Commercial Code* (UCC.) de los EE.UU."²⁶. La comisión Grimaldi optó por mantener la prenda con desasimiento (la del *Código Civil*) y regular —en el *Código*— aquella sin desasimiento, para la cual se exige un sistema de publicidad en un registro personal que la misma reforma ordenó crear. Finalmente, la reforma no logró la unificación de todas las garantías mobiliarias ni su regulación en el *Código*; algunas cauciones mobiliarias previstas en el *Código de Comercio* o en leyes especiales permanecen vigentes ("nantissement" de un fondo de comercio; de programas computacionales; o de derechos de propiedad industrial)²⁷.

²⁴ El término "nantissement" era definido, antes de la reforma de 23 de marzo de 2006, como "Contrato real de garantía por el cual un deudor (o un tercero por él) entrega a un acreedor, para seguridad de su crédito, la posesión material de un bien inmueble (el 'nantissement' se llama entonces anticresis) o mueble (el 'nantissement' se llama prenda) y le concede sobre ese bien un derecho real". Véase: CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique* (Paris, PUF, 2000). La nomenclatura no tiene una traducción equivalente en español.

²⁵ AYNES - CROCO, cit. (n. 1), núm. 498, p. 203.

²⁶ GRIMALDI, Michel, Conferencia dictada en Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, septiembre 2005, inédita.

²⁷ AYNES - CROCO, cit. (n. 1), núm. 498, p. 204: "El Derecho francés, a diferencia del derecho americano y canadiense, es el de la publicidad especial: en ausencia de una regla legal especial, la publicidad no es necesaria". Esto permite que ciertas garantías mobiliarias permanezcan ocultas (v. gr., la reserva de dominio, en que la cosa se encuentra en poder del adquirente pero la propiedad pertenece al vendedor hasta el pago). El Derecho chileno ha seguido a su modelo francés. La Ley N° 20.190, conocida como "Ley de mercado de capitales II", dictó normas sobre la prenda sin desasimiento y creó el Registro de Prendas sin Desasimiento (artículo 14) y avanzó en el sentido de crear un estatuto único para las prendas sin desasimiento y sujetarlas a un sistema eficaz y unificado de publicidad, estatuto que coexiste con el del contrato real de prenda del *Código Civil* y del *Código de Comercio*.

b) De acuerdo a lo expuesto, la reforma de 2006 optó por clasificar las cauciones según la naturaleza de la cosa dada en garantía, según si es mueble o inmueble, criterio que es también seguido por el *Código Civil* chileno. No debemos olvidar que la opción no es para nada evidente. En efecto, también pudo optarse por distinguir según si la caución importa o no desasimiento. De hecho, el desplazamiento de la cosa (según si está o no en poder del acreedor) es determinante en la seguridad o eficacia que brinda la garantía y en el régimen legal que le resulta aplicable, esto es, en los derechos del acreedor (v. gr., derecho de retención) y en la forma de ejecución de la misma. Las diferencias que impone la naturaleza mueble o inmueble en el momento de la constitución (formalidades de inscripción, publicación, etc.) pueden ser de segundo orden ante las primeras. De hecho, se observan también inconsistencias, ya que existen por una parte hipotecas sobre cosas muebles (naves, aeronaves, etc.) y, por otra, el sistema de ejecución forzada de las prendas sin desplazamiento se aproxima al de las hipotecas, por la sencilla razón de que en ambas la cosa permanece en poder del deudor (v. gr., artículo 27 Ley N° 18.112).

Los límites de este trabajo nos impiden realizar una revisión global de las garantías mobiliarias, de modo que en las líneas que siguen nos limitaremos a subrayar los aspectos que nos parecen de mayor trascendencia para el jurista chileno.

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

a) La prenda deja de ser un contrato real y deviene un contrato solemne, en que la solemnidad consiste en la escritura²⁸. Sin embargo, la oponibilidad de la garantía a los terceros dependerá de la entrega al acreedor o a un tercero convenido²⁹, en el caso de la prenda con desasimiento, o mediante la inscripción en un registro especial cuya creación dispuso la misma ley (artículo 2337 y 2338 CCFr.). Si adaptamos lo anterior a nuestro sistema de efecto personal

²⁸ El nuevo artículo 2333 CCFr. define la prenda, abandonando el carácter real que le atribuían los antiguos artículos 2071 y 2076. El artículo 2333 CCFr. prescribe que: [1] "La prenda es una convención por la cual el constituyente otorga a un acreedor el derecho de hacerse pagar con preferencia a sus otros acreedores sobre un bien mueble o un conjunto de bienes muebles corporales, presentes o futuros, [2] Los créditos garantizados pueden ser presentes o futuros; en este último caso, ellos deben ser determinables".

²⁹ Nótese que el carácter real de la prenda no se opone a que la misma cosa pueda servir de garantía a varios acreedores, en la medida en que la entrega se efectúe a un tercero que la entregue por todos los acreedores prendarios. La preferencia entre los varios acreedores prendarios dependerá de la fecha de constitución de la garantía, conforme al adagio *prior in tempore potior in iure*. El artículo 2076 CCFr., anterior a la reforma, permitía expresamente la entrega a un tercero convenido y la misma solución puede aplicarse en el derecho chileno, aun a falta de regla expresa que lo consagre.

del contrato, diríamos que el contrato de prenda es solemne y que la entrega no es sino la forma de efectuar la tradición del derecho real de prenda.

La Ordenanza de 23 de marzo de 2006 modificó también los requisitos de constitución de la prenda sobre créditos. Hasta antes de la reforma, en el Derecho francés (artículo 2075 CCFr.), al igual que ocurre hoy día en el Derecho chileno (artículo 2389 CCCh.), la notificación o aceptación por parte del deudor era un requisito de validez de la prenda sobre créditos. Mientras no se practicara dicha notificación o aceptación, faltaba el desasimiento, elemento esencial de la prenda, por lo que ésta es nula. Después de la reforma de marzo de 2006, en Francia, las prendas ("nantissement") sobre créditos "producen efectos entre las partes y devienen oponibles a terceros desde la fecha del acto" (artículo 2361). Sin embargo, existen naturalmente reglas especiales para el deudor del crédito empeñado, para quien la prenda sólo deviene oponible a partir de la notificación o aceptación (artículos 2362 y 2363 CCFr.).

b) Se trata de una reforma que debe aplaudirse puesto que, tal como afirma un sector autorizado de la doctrina, la categoría de contratos reales no es sino la pervivencia en el Derecho moderno de un anacronismo³⁰. Esa categoría se justificaba en el Derecho romano en que la fuerza obligatoria del contrato emanaba del cumplimiento de una forma (en este caso la entrega) pero ya no en el Derecho moderno, en que su fuerza obligatoria emana del poder creador de reglas que se reconoce a la voluntad. La categoría de contratos reales no sólo genera reparos doctrinarios, sino también inconvenientes prácticos para los operadores jurídicos.

En efecto, en los contratos reales el obligado a la restitución no dispone de ninguna acción para obtener el cumplimiento forzado de la entrega de la cosa, ya que el contrato no se ha perfeccionado y, por lo mismo, no existe tal obligación. Eventualmente pudiera obtener la reparación de los perjuicios sufridos por la negativa a efectuar la entrega, pero jamás el cumplimiento forzado³¹.

c) En Francia, ya antes de la reforma de marzo de 2006, se había abandonado la calificación de contrato real para el mutuo conferido por bancos e instituciones financieras³². En Chile, la jurisprudencia también ha resuelto

³⁰ Cfr. LARROUMET, Christian, *Droit civil. Les obligations. Le contrat* (4ª edición, París, Economica, 1998), III, núm. 223, p. 196. En contra, LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los contratos. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986), núm. 24, pp. 94-95.

³¹ La reparación de los perjuicios deberá solicitarse invocando la responsabilidad precontractual, que se rige por las normas de la responsabilidad extracontractual. La responsabilidad contractual es inaplicable toda vez que, como se dijo, mientras no se verifique la entrega no existe contrato.

³² RÍOS LABRÉ, Sebastián, cit. (n. 1), N° 41, pp. 105 y 106: "Sólo quedan como tales -contratos reales- en Derecho francés el depósito, el préstamo de uso (comodato), el préstamo de consumo otorgado por personas distintas a un organismo de crédito (en cuyo caso el contrato pasa a ser solemne) y la donación manual (reconocida por la jurisprudencia como un contrato real, a diferencia de la solemnidad como regla general)".

que el contrato de mutuo, cuando está regido por la Ley N° 18.010, sobre operaciones de crédito de dinero, es un contrato consensual³³. La afirmación se funda en el artículo 1° de la Ley N° 18.010, sobre operaciones de crédito de dinero, que las define como:

"aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebró la convención".

Naturalmente, si una de las partes "se obliga a entregar", la regla puede interpretarse en el sentido que la obligación existe aun antes de la entrega, lo que es incompatible con la calificación de contrato real.

De esa forma se han evitado los inconvenientes que genera la calificación de contrato real para los contratos de apertura de línea de crédito, particularmente en los casos en que una institución bancaria haya comprometido el financiamiento de un proyecto y luego retire intempestivamente su consentimiento³⁴. La calificación de contrato real deja al cliente en la indefensión; en cambio, catalogado como contrato consensual, puede probarse que éste ya se había perfeccionado y, por lo mismo, la responsabilidad contractual del Banco queda comprometida³⁵.

La modificación es también de enorme importancia, pues permite empujar cosas futuras. El carácter real de la prenda lo impedía, pues no es posible entregar cosas que no existen³⁶.

d) Finalmente, subrayemos que otra de las innovaciones aportadas por la reforma de 2006 es que permite la constitución de prenda sobre "stocks" de mercaderías (artículo 2342 CCCFr.)³⁷. En nuestro medio, esa posibilidad está

³³ C. Concepción, 27 de diciembre de 1990, rol N° 668-90, inédito. DOTARCAVAL CASSE, Solange, *Naturaleza jurídica del mutuo: contrato real, consensual o solemne*, en *Revista de Derecho U. Católica de Valparaíso* 19 (Valparaíso, 1998), p. 199; GUZMÁN BURTO, Alejandro, *El justo título translativo de dominio de la tradición en el pago y en las operaciones crediticias*, en *Estudios de Derecho Civil*, II: "Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Olmué, 2006 (Santiago, LexisNexis, 2006), pp. 695 y ss. Los mutuos hipotecarios regidos por la *Ley General de Bancos* tienen también un carácter solemne, por la normativa que los rige.

³⁴ En Francia se sostuvo que, antes de la entrega, podía entenderse que se había perfeccionado una promesa de prenda. Sin embargo, la jurisprudencia gala ha resuelto que la promesa de prenda, al igual que en promesa de mutuo, no permite obtener la ejecución forzada, es decir, la celebración del contrato prometido, sino tan sólo la indemnización de perjuicios. Véase: *ANNE - CROCOQ*, cit. (n. 1), núm. 507, p. 215.

³⁵ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho Comercial* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), II, núm. 444, p. 467; PUELMA ACCORU, Álvaro, *Estudio jurídico sobre operaciones bancarias* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971), núms. 145 a 153, especialmente núm. 147.

³⁶ En contra, MESTRE, Jacques, *Le gage de choses futures* (Dalloz, 1982), pp. 141 y ss.

³⁷ Artículo 2342 CCCFr.: "Cuando la prenda sin desplazamiento tiene por objeto cosas fungibles, el constituyente puede alienarlas si la convención lo prevé, con la carga de reemplazarlas por la misma cantidad de cosas equivalentes".

admitida desde el año 1982 por la Ley N° 18.112: *Sobre prenda sin desplazamiento*, permitiéndose expresamente la subrogación de nuevas mercaderías, materias primas o productos elaborados. La Ley N° 20.190, llamada de "Mercado de capitales II", confirmó esa regla (artículo 11 del artículo 14), regla que también se encuentra en otras de las prendas especiales (v. gr., artículos 26 a 29 de la Ley N° 18.690: *Sobre almacenes generales de depósito*).

3. Se suprime la prohibición del pacto comisorio

La Ordenanza de 23 de marzo de 2006 introdujo importantes reformas en cuanto a la ejecución de las garantías, al conceder al acreedor el derecho a adjudicarse la cosa empeñada o hipotecada (antes se permitía sólo para la prenda) y al suprimir la proscripción del pacto comisorio (tanto para la prenda como para la hipoteca). Pese a que este aspecto de la reforma afecta tanto a las garantías muebles como a las inmuebles, hemos optado por analizarlo en este acápite, toda vez que en el Derecho chileno el artículo 2424 CCCCh. hace aplicable a la hipoteca las reglas dadas para la prenda.

a) De acuerdo al nuevo artículo 2347 CCCFr., el acreedor puede no sólo hacer ordenar que la cosa empeñada se venda judicialmente, sino también que la propiedad del bien empeñado le sea atribuida en pago, regla que se aplica también a la prenda para las cosas incorporales (artículo 2355 inciso 5° CCCFr.), que se repite para la hipoteca (artículo 2458 CCCFr.) y es aplicable también a la anticresis (artículo 2388 inciso 2° CCCFr.). Nótese que este último procedimiento en Francia es distinto de aquel que conduce a la ejecución y remate del bien dado en garantía, en circunstancias que en Chile ambos se confunden en el procedimiento ejecutivo, como tendremos ocasión de verlo más adelante³⁸.

El acreedor está investido de este derecho aun sin pacto expreso; se trata de una facultad que la ley le concede de tal suerte que, una vez invocada, el juez está obligado a ordenar la atribución en propiedad.

El valor de los bienes empeñados será determinado por peritos, designados de común acuerdo o judicialmente, salvo que se trate de bienes que tengan acotación oficial en un mercado público, en el sentido que se prescribe en el *Código monetario y financiero* francés. Si el valor del bien excede el monto de la obligación garantizada, la diferencia será enterada al deudor, salvo el caso en que existan otros acreedores prendarios o hipotecarios, en cuyo caso el adjudicatario deberá consignarla³⁹. La atribución en propiedad

³⁸ Véase, más abajo, II, 3, a) in fine.

³⁹ La atribución en propiedad confiere ventajas al acreedor principalmente en caso de un procedimiento colectivo de ejecución, ya que le permite realizar la cosa empeñada sin correr el riesgo de ser preferido por otros acreedores privilegiados. Véase: *ANNE - CROCOQ*, cit. (n. 1), núm. 514, p. 220.

mediante este procedimiento ha sido calificada como una dación en pago judicial⁴⁰.

El nuevo artículo 2348 CCFr. valida el pacto comisorio, al prescribir que:

"Podrá acordarse, durante la constitución de prenda o posteriormente a ésta, que en caso de no ejecución de la obligación garantizada el acreedor se convierta en el propietario del bien dado en prenda. [2] El valor del bien, en ausencia de una tasación oficial del mismo en un mercado regulado en el sentido del Código Monetario Financiero, será determinado el día de su transferencia por un perito tasador designado de forma amistosa o judicial. Toda cláusula en contrario se considerará no escrita. [3] Cuando este valor sea superior al del importe de la deuda garantizada, la cantidad correspondiente a la diferencia será abonada al deudor o, en el caso de haber otros acreedores pignoratícios, será consignada".

Los artículos 2458 y 2459 CCFr. validan, en términos análogos, el pacto comisorio para la hipoteca, reglas que son también aplicables a la anticresis en virtud de la remisión del artículo 2388 inciso 2º CCFr.

Recordemos que el pacto comisorio puede conceptualizarse como una convención en virtud de la cual el constituyente y el acreedor prendario o hipotecario, en el acto de constitución de la garantía o en uno posterior, estipulan que el acreedor garantizado devendrá automáticamente, *ipso facto*, propietario de la cosa empeñada o hipotecada, por el solo hecho del incumplimiento del deudor, en pago de la obligación garantizada⁴¹.

Proscrito desde tiempos del emperador Constantino⁴², el *Code de 1804* lo sancionó en el artículo 2078, regla que inspiró el artículo 2397 CCCh. A favor de la prohibición se invocaron desde siempre consideraciones económicas y morales: evitar el perjuicio para el deudor al verse privado de la cosa dada en garantía por el monto de la deuda, que puede ser considerablemente inferior al valor comercial, lo que tacharía de usuraria la operación; la convicción de que, de admitirse, devendría una cláusula de estulo, que el deudor apremiado no estaría en condiciones de rehusar; la idea de que la cláusula

⁴⁰ AYNES - CROCO, cit. (n. 1), núm. 686, p. 304; DELBECQ, Philippe, *L'hypothèque*, cit. (n. 1), núm. 16, p. 30.

⁴¹ Según la definición de Pothier, citada por SOMABEIVA UNDURAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones*, cit. (n. 1), núm. 432, p. 432, nota al pie del núm. 348, el pacto comisorio es aquel "por el cual las partes convienen que si el deudor, dentro de cierto tiempo, no retira la cosa dada en prenda, cancelando la deuda, la cosa pasa transcurrido el plazo, de pleno derecho e irrevocablemente al dominio del acreedor en pago de la deuda".

⁴² GUZMAN BRITO, Alejandro: *Derecho privado romano* (1996, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión 2001), I, § 128, p. 651; SOMABEIVA UNDURAGA, Manuel, *Tratado de las Cauciones*, cit. (n. 1), núm. 432, p. 432.

redunda en un acto de justicia privada, en circunstancias que el Derecho moderno repudia la autotutela⁴³.

Esas consideraciones cedieron para los autores de la reforma ante el imperativo de agilizar los procedimientos de ejecución y reducir sus costos⁴⁴, lo que a su vez facilitaría el otorgamiento del crédito al consumo, uno de los principales objetivos de la reforma: no hay crédito sin un régimen eficaz de garantías⁴⁵. Se tuvo también en vista que la enajenación en pública subasta, concebida como una garantía para el deudor, no pasaba de ser una quimera, pues la realidad demuestra que en ellas se castiga considerablemente el valor de la cosa.

A fin de evitar excesos, el legislador galó introdujo también ciertos contrapesos a favor del deudor: la obligación de practicar un peritaje del valor de la cosa, manifestación del principio de que la garantía no puede ser fuente de enriquecimiento para el acreedor; la imposibilidad de recurrir a estos medios de ejecución simplificado cuando se trata del inmueble que sirve de residencia principal al deudor⁴⁶ y la mantención de la proscripción de la cláusula de vía parata, esto es, aquella mediante la cual se autoriza al acreedor para disponer de la prenda por medios distintos a los prescritos por la ley⁴⁷.

Sin embargo, esos contrapesos no han sido considerados suficientes y, como era de esperarse, la modificación ha generado serias reservas. Se han discutido los argumentos derivados de la rapidez del procedimiento de atribución y de su reducido costo; se ha afirmado también que "es curioso que el

⁴³ HEBERT, Sophie, *Le pacte comissaire après l'ordonnance du 23 mars 2006*, cit. (n. 1), núm. 2, p. 2052.

⁴⁴ La misma orientación se observa en la Ordenanza 2006-461, de 21 de abril de 2006, que moderniza el embargo inmobiliario, que junto con agilizar el procedimiento, permite que la ejecución termine en una venta amigable, con autorización judicial, o en una venta forzada en pública subasta.

⁴⁵ AYNES - CROCO, cit. (n. 1), núm. 1, p. 1: "Sin cauciones, no hay créditos: sin crédito, no hay economía moderna".

⁴⁶ El pacto comisorio tampoco puede operar con posterioridad a la resolución judicial que decreta la apertura de un procedimiento colectivo de ejecución contra el deudor (artículo 622-7 C. de C.).

⁴⁷ La doctrina francesa, a diferencia de la chilena, distingue claramente el pacto comisorio de la cláusula de vía parata. En esta última, se autoriza al acreedor para vender la cosa empeñada y pagarse con el producto, sin necesidad de recurrir a la venta judicial en pública subasta. El perjuicio que puede resultar para el deudor es evidente. Tal como se anunció, la Ordenanza Nº 2006-346, de 23 de marzo de 2006, suprimió la prohibición del pacto comisorio pero mantuvo la interdicción de la cláusula de vía parata (artículos 2346 y 2458 CCFr.); la Ordenanza 2006-461, de 21 de abril de 2006, que moderniza el embargo inmobiliario, confirmó la interdicción (artículo 2201 inciso 2º CCFr.). En el Derecho chileno, el artículo 2397 CCCh. proscribió tanto la cláusula de vía parata como el pacto comisorio, al disponer que: "Nunca podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda -cláusula de vía parata- o de apropiársela -pacto comisorio- por otros medios que los aquí señalados". El artículo 1 inciso 3º del D.L. Nº 776, de 19 de diciembre de 1925, sobre realización de la prenda, también la proscribió.

legislador haya cedido aquí a ciertas sirenas de la flexibilidad y de un pretendido liberalismo⁴⁸, lo que no sería sino una manifestación de una tendencia más general a incrementar la fuerza de la autonomía contractual en el ámbito de las garantías⁴⁹; se ha manifestado el temor que las nuevas reglas favorezcan las reventas, por los acreedores institucionales, de bienes inmobiliarios en mercados paralelos⁵⁰, algo que en Chile, sin esa regla, ha generado ya ciertos escándalos noticiosos⁵¹; se ha denunciado que el pacto comisorio será impuesto por los acreedores como condición sine qua non para el otorgamiento de créditos, lo que permitirá tachar la cláusula de abusiva; todo lo anterior sin contar los "problemas técnicos difíciles"⁵² que plantea y "las numerosas imprecisiones que tornan el régimen del pacto comisorio perfectible"⁵³.

Para percibir el real alcance de la supresión de la proscripción del pacto comisorio es necesario tener presente que para parte de la doctrina francesa se trata más bien de una evolución antes que una revolución. En efecto, si bien durante mucho tiempo la prohibición se aplicó en forma estricta, la jurisprudencia gala contemporánea limitaba su ámbito de aplicación. Así, se discutía acaloradamente su aplicación a la hipoteca⁵⁴ (en Chile no cabe duda que está proscrito, atendida la clara remisión del artículo 2424 al artículo 2397 CCCh.). Se sostenía que no podía aplicarse en las garantías fiduciarias ni a las prendas de dinero⁵⁵, no sólo porque las reglas de la prenda le son extrañas, sino también puesto que aquellas suponen por definición que la cosa ya es de do-

⁴⁸ DELEBECQUE, Philippe, *L'hypothèque*, cit. (n. 1), núms. 10 y 11, p. 30.

⁴⁹ HÉBERT, Sophie, *Le pacte commissaire après l'ordonnance du 23 mars 2006*, cit. (n. 1), núm. 3, p. 2053; DUPICOT, Philippe, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés* (Paris, Ed. Pantheon Assas, 2005).

⁵⁰ DELEBECQUE, Philippe, *L'hypothèque*, cit. (n. 1), núm. 9, p. 30.

⁵¹ Recuérdese el tristemente célebre caso de la financiera Eurolatina, acusada de conceder créditos de difícil recupero a fin de obtener beneficios con la adjudicación en remate a su favor y posterior realización de los inmuebles hipotecados.

⁵² DELEBECQUE, Philippe, *L'hypothèque*, cit. (n. 1), núm. 39, p. 32.

⁵³ HÉBERT, Sophie, *Le pacte commissaire après l'ordonnance du 23 mars 2006*, cit. (n. 1), núm. 36, p. 2058.

⁵⁴ Mientras para AYNES - CROCO, cit. (n. 1), núm. 687, p. 305, el artículo 2078 CCCh. prohíbe el pacto comisorio para la prenda, pero "no estuvo jamás prohibido en materia hipotecaria", para DELEBECQUE, *L'hypothèque*, cit. (n. 1), nota al pie del núm. 6, p. 31, "sería inexacto decir que el texto de la Ordenanza no hizo más que consagrar la jurisprudencia: ninguna decisión, a nuestro conocimiento, reconoció abiertamente la validez del pacto comisorio en materia hipotecaria. Los fallos generalmente citados son antiguos y bastante oscuros [...]"; y para LECHEAS, *Sûretés et garanties du crédit*, cit. (n. 1), núm. 587, p. 428: "aun cuando el Code no prohibía el pacto comisorio —en materia hipotecaria—, la doctrina se mostraba reticente".

⁵⁵ Puede consultarse CAPRILE, Bruno, *La boleta bancaria de garantía*, cit. (n. 11), núm. 79, p. 73.

minio del acreedor, lo que fue confirmado tanto por la Ley N° 2007-211, de 19 de febrero de 2007, que instituyó la fiducia en el Derecho francés y por la directiva europea de 6 de junio de 2002 sobre los contratos de garantías financieras celebrados entre establecimientos financieros. Tampoco se aplicaba a las prendas sobre créditos consistentes en el pago de una cantidad de dinero, en que el modo de realización de la garantía consistía precisamente en que el acreedor prendario obtuviera directamente el pago del deudor del crédito empeñado (Cfr. artículo 12 del D.L. N° 776, de 19 de diciembre de 1925: *Sobre realización de la prenda*, que dispone la misma solución). Se había resuelto incluso que la prohibición no era aplicable al pacto celebrado después de la constitución de la prenda, solución inaplicable en el Derecho chileno⁵⁶.

La regulación del pacto comisorio en Francia ha sido lacónica. Por lo mismo, se ha sugerido que las partes debieran regular con detalle el modo de realización (constatación del incumplimiento, momento de la transferencia del dominio, posibilidad para el acreedor de renunciar y de proceder a la venta forzada)⁵⁷. La insuficiencia de las reglas se torna patente y refuerza las críticas de los contrarios a la supresión de la prohibición, como tuvimos ocasión de mencionarlo, puesto que deja abiertas interrogantes en materias de enorme importancia. Así, en cuanto a la aplicación del pacto comisorio en caso de pluralidad de acreedores hipotecarios o prendarios: ¿puede involucro sólo el acreedor preferente o también los de grado posterior? ¿si opera el pacto comisorio se produce la purga de los demás gravámenes hipotecarios o prendarios que afectan la misma cosa? ¿en caso afirmativo, significa que los restantes acreedores reales deben resignarse a la avaluación pericial del valor de la cosa y que sólo conservan un derecho personal a pagarse del eventual excedente? En cuanto a la tasación pericial del valor de la cosa empeñada o hipotecada, se discute su carácter: ¿el perito obra como mandatario de las partes (en los términos de los artículos 1592 CCCh. y 1809 CCCh.), como elemento vinculante para el juez o sólo como antecedente que este último debe considerar antes de decidir? En cuanto a la oponibilidad del pacto a los terceros adquirentes de la cosa: dado que el constituyente de la prenda no queda privado de su facultad de disponer de la misma, ¿el acreedor prendario o hipoteca-

⁵⁶ Cass. Civ. 1^a, 17 de noviembre de 1959, en *Bull. Civ. I*, N° 480, citado por AYNES - CROCO, cit. (n. 1), núm. 515, nota 78, p. 222. Esta jurisprudencia no tendría cabida en Chile, toda vez que el artículo 1° del D.L. N° 776, de 19 de diciembre de 1925, sobre realización de la prenda, prescribe que: "Tampoco podrá estipularse, así a la fecha del contrato principal como en ningún momento posterior, que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda, de apropiársela o de realizarla en otra forma que la prescrita en esta ley". Cfr. SOMARRIVA UGUEBAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones*, cit. (n. 1), núm. 433 y nota 350, p. 433.

⁵⁷ AYNES - CROCO, cit. (n. 1), núm. 515, p. 223.

rio puede hacer efectivo el pacto comisorio después que la cosa empeñada o hipotecada pertenece a un tercero?

No vemos la necesidad ni la conveniencia de seguir en Chile, al menos en esta materia, la reforma francesa. Desde luego, en el Derecho chileno, la proscripción del pacto comisorio se aplica no sólo a la prenda, sino también a la hipoteca, para la cual existe texto legal expreso (artículos 2424 y 2397 CCCh.), a diferencia de lo que ocurre en Francia. La prohibición puede alcanzar también al pacto de retroventa, cuando encubre una operación de crédito⁵⁸.

b) El artículo 2397 CCCh.⁵⁹, inspirado en el texto original del 2078 CCFr. y en las enseñanzas de Pothier⁶⁰, prescribe que:

"El acreedor prendatario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito".

⁵⁸ El pacto de retroventa (regulado en los artículos 1881 y ss. CCCh. y en los artículos 1659 y ss.) ha servido, desde antiguo, como subterfugio para encubrir una operación de crédito, con frecuencia usuraria. El vendedor (en realidad, mutuuario) transfiere el dominio de una cosa mueble o inmueble al comprador (en realidad, prestamista), por un precio determinado (en realidad capital prestado), reservándose el primero la facultad de recobrar la cosa vendida reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare (capital más intereses), en el plazo que se estipule, que no puede pasar de cuatro años, contados desde la fecha del contrato (artículos 1881 y 1885 CCCh.). Si el mutuuario reembolsa, la venta se resuelve; de lo contrario, el prestamista retendrá definitivamente el dominio de la cosa. El artículo 1º del D.L. N° 776, de 19 de diciembre de 1925, sobre realización de la prenda, proscribió esa operación, al disponer que: "[1] El acreedor de una obligación constituida con prenda podrá pedir, vencido el crédito principal a que accede, que dicha prenda sea realizada con arreglo al procedimiento establecido en la presente ley. [2] Se comprende en las disposiciones de la presente ley toda clase de garantías sobre bienes muebles que se entreguen a un acreedor, sea bajo la forma de una venta condicional, de un pacto de retroventa o de otra manera, sin que valga estipulación alguna en contrario".

⁵⁹ Artículo 2397 CCCh.: "El acreedor prendatario tendrá derecho de pedir que la prenda del deudor moroso se venda en pública subasta para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudique en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios. [2] Tampoco podrá estipularse que el acreedor tenga la facultad de disponer de la prenda o de apropiársela por otros medios que los aquí señalados".

⁶⁰ El artículo 2078 CCFr., en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ordenanza de 23 de marzo de 2006, prescribía que: "El acreedor no puede, a falta de pago, disponer de la prenda, sin perjuicio de poder solicitar a la justicia que la prenda se le adjudique en pago hasta concurrencia de lo debido, conforme a una estipulación hecha por peritos, o que se venda en pública subasta. [2] Toda cláusula que autorice al acreedor para apropiarse la prenda, o para disponer de ella sin las formalidades antes dichas, es nula".

En las notas de don Andrés Bello al artículo 2564 (actual artículo 2397), contenidas en el "Proyecto de 1853", se cita lo siguiente: Al inciso 1.º: "Pot., N° 18, 19". Al inciso 2.º: "Pot., 18, 19". Al artículo 2566: "Pot., 41". Para la historia del artículo 2397, véase: Bello, Andrés, *Obras Completas* (Caracas, La Casa de Bello, 1882), XIII: *Código Civil de la República de Chile*, II, pp. 954-955; y BÉCAR LABRANA, Emilio, *La proscripción del pacto comisorio en los contratos de prenda e hipoteca en el derecho chileno: evolución histórica*, cit. (n. 1), núm. 10.

A primera vista, tanto en el Derecho galo (artículo 2078 anterior a la reforma y artículos 2347 y 2458 posteriores a la Ordenanza del 23 de marzo de 2006) como en el Derecho chileno, se permite al acreedor prendatario adjudicarse la cosa en pago, previa tasación pericial. Sin embargo, se sostiene que ese derecho quedó tácitamente derogado en Chile con la emisión del D.L. N° 776, de 19 de diciembre de 1925, sobre realización de la prenda, que no lo menciona entre las potestades del acreedor; el acreedor hipotecario también habría quedado privado del mismo, por la remisión del artículo 2424 CCCh. a las reglas de la prenda⁶¹.

A decir verdad, la regla arriba transcrita que permite al acreedor prendatario e hipotecario, falta de posturas admisibles, adjudicarse la cosa en pago, previa tasación pericial, no tiene hoy día en Chile ninguna importancia práctica. En efecto, en nuestro sistema siempre se ha permitido al acreedor participar en la subasta y hacer pujas para adjudicarse la cosa, con cargo a su crédito. Es más, el D.L. N° 776, de 19 de diciembre de 1925: *Sobre realización de la prenda*, no establece la exigencia de un mínimo para la subasta; y los artículos 499 y 500 CPC, aplicables a la realización de la hipoteca en el juicio ejecutivo, le permiten, a falta de otros postores, adjudicarse el inmueble por los dos tercios de la tasación⁶². Por lo mismo, no tiene ningún interés para el acreedor pedir que la cosa empeñada o hipotecada le sea adjudicada previa tasación pericial, por el valor de esa tasación, que desconoce, si es que el legislador le permite participar en la subasta, con cargo a su crédito, por el valor que él desee ofrecer y, a falta de otros postores, adjudicarse por el valor que estime, en el caso de la prenda, o por los dos tercios de la tasación, en el caso de la hipoteca.

Por lo demás, la proscripción del pacto comisorio jamás ha impedido en Chile que el deudor enajene la cosa empeñada o hipotecada al acreedor, sea a través de una venta directa o de una dación en pago convencional⁶³.

⁶¹ Así lo sostiene SOMARRIVA UNDUERRAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones*, cit. (n. 1), núms. 290 y 431, pp. 270 y 431 y nota 346. La derogación tácita puede ser controvertida, en el caso de la prenda y, con mayores argumentos, para la hipoteca, ya que la abrogación —tácita— de una norma no importa necesariamente la derogación de las reglas que se remitan a ella.

⁶² La tasación de los bienes raíces, en el juicio ejecutivo, está dada por el avalúo de los inmuebles para los efectos del pago del impuesto territorial (artículo 486 CPD). Existen reglas especiales para el procedimiento de realización que regula el D.F.L. N° 3, de 1997: *Ley General de Bancos* (artículos 103 y ss.).

⁶³ Para la explicación de la validez de estos actos, puede consultarse: SOMARRIVA UNDUERRAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones*, cit. (n. 1), núm. 435, p. 438; SOMARRIVA UNDUERRAGA, Manuel: *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia* [actualización de Ramón Domínguez Benavente] (2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1984), núm. 430, p. 326; VODANOVIC HASLICKA, Antonio, *Curso de Derecho Civil. Fuentes de las obligaciones* (Santiago, Editorial Nascimento, 1942), IV, núm. 1005, p. 667.

b) El principal aporte de la Ordenanza N° 2006-346, de 23 de marzo de 2006, consiste en introducir la regulación de la cláusula de reserva de dominio en el *Código Civil*⁶⁶.

El nuevo artículo 2367 CCFr. prescribe que:

*"La propiedad de un bien puede ser retenida en garantía por efecto de una cláusula de reserva de propiedad que suspende el efecto translativo de un contrato hasta el completo pago de la obligación que constituye la contrapartida. [2] La propiedad así reservada es accesoria del crédito del cual garantiza el pago"*⁶⁷.

Pese a que la Comisión Grimaldi había propuesto ciertas modificaciones de fondo⁶⁸, éstas no fueron acogidas debido a las limitaciones de la Ley N° 2005-842, de 26 de julio de 2005, mediante la cual el Poder Legislativo había delegado en el ejecutivo la potestad de dictar las normas tendientes a introducir la reforma. Por lo mismo, "la reforma en materia de reserva de propiedad se limitó, entonces, en lo esencial, a la consagración de soluciones jurisprudenciales preexistentes"⁶⁹.

c) Considerando la escasa (por no decir nula) aplicación de la reserva de propiedad en Chile y los limitados alcances de la reforma en Francia, silenciaremos las reglas relativas al régimen de la garantía y nos limitaremos a destacar dos aspectos.

En primer término, si bien la reforma reglamenta exclusivamente la cláusula de reserva de propiedad para los bienes muebles (artículos 2329 N° 4 y 2367 a 2372 CCFr.), en el artículo 2373 CCFr. enuncia el postulado según el cual "la propiedad del inmueble puede también ser retenida en garantía",

⁶⁶ En Francia, la validez de la cláusula no había sido jamás cuestionada; no obstante, la oponibilidad a los terceros acreedores en caso de quiebra al comprador fue objeto de una interesante evolución, que derivó en la dictación de leyes especiales: la ley de 12 de mayo de 1980, que modificó los artículos 65 y ss. de la *Ley de quiebras* de 13 de julio de 1967; y la ley de 25 de enero de 1985, sobre recuperación y liquidación judicial ("redressement et liquidation judiciaire"). Para mayor detalle, consúltese: CAPRILLE, Bruno, *La Réserve de propriété, garantie efficace en el Derecho chileno*, cit. (n. 65), p. 42 nota 61.

⁶⁷ La Ordenanza N° 2006-346, de 23 de marzo de 2006, modificó también los artículos 624-16 y ss. del *Código de Comercio*, que regulan el procedimiento colectivo o concursal, a fin de ponerlo en armonía con la nueva regulación de la garantía.

⁶⁸ Estas concernían el establecimiento de un régimen de publicidad obligatorio de la cláusula para que ésta fuera oponible a terceros acreedores y la regulación de los efectos de la garantía en los casos de modificación del objeto sobre el cual recae, en concreto, la confusión o mezcla con otro bien. Cfr. CHOCQ, Pierre, *La réserve de propriété*, cit. (n. 12), núm. 12 y ss., pp. 24 y ss.

⁶⁹ CHOCQ, Pierre, *La réserve de propriété*, cit. (n. 1), núm. 3, p. 23. El mismo autor concluye: "del examen del nuevo régimen de la reserva de propiedad, aparece que, dejando de lado el símbolo de su importancia que constituye su introducción en el Código Civil, los aportes de la Ordenanza de 23 de marzo de 2006 son bastante pobres y que, debido a acontecimientos conjunturales, las propiedades-garantías comparten con la fianza la triste suerte de ser los parientes pobres de una reforma que, en sus inicios, pretendía ser global" (ibid., núm. 19, p. 25).

En el Derecho chileno, el acreedor prendario e hipotecario gozan de mecanismos eficaces de realización de la garantía, que no justifican la supresión de la proscripción del pacto comisorio.

4. La regulación de la propiedad como garantía: la cláusula de reserva de propiedad

a) La cláusula de reserva de propiedad es aquella por la cual se suspende transferencia del dominio, con una finalidad de garantía, hasta la ejecución de la contraprestación debida⁶⁴. Aun cuando en principio puede insertarse en toda clase de títulos translativos de dominio, la sede natural para su aplicación es la compraventa, donde procura suspender la transferencia de la propiedad de la cosa vendida hasta el pago de la totalidad del precio. En concreto, el vendedor entrega desde ya la cosa al comprador, pero se estipula que el dominio no se transfiere al comprador con la entrega o tradición, sino que se posterga hasta el pago del precio.

Esta garantía ha tenido un enorme desarrollo en los países europeos y, en particular, en Alemania, Francia, Italia y España, en circunstancias que en nuestro medio es absolutamente ignorada: la contradicción entre dos reglas del *Código Civil* chileno, contenidas en los artículos 680 y 1874, ha llevado a la mayoría de la doctrina nacional a negarle eficacia. En efecto, mientras la primera de las disposiciones citadas le confiere plena eficacia a la cláusula, esto es, la suspensión de la transferencia del dominio hasta el pago de la totalidad del precio, dominio que continúa radicado en el patrimonio del vendedor pese a haberse efectuado la tradición al comprador, el artículo 1874 CCCh., en cambio, pareciera disponer que la reserva de propiedad no produce el efecto que persigue, y que en caso de no pago del precio el vendedor sólo podría accionar para obtener el cumplimiento o la resolución de la venta. En un trabajo anterior planteamos la admisibilidad de la cláusula en el Derecho chileno, con su efecto característico, esto es, suspender la transferencia del dominio, y las ventajas que otorgaría, particularmente en caso de quiebra del comprador, puesto que el vendedor podría entonces escapar al concurso con los demás acreedores y retirar administrativamente la cosa, en calidad de propietario⁶⁵.

⁶⁴ PÉROCHON, François, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels* (Paris, Litec, 1988), núm. 13.

⁶⁵ Pueden consultarse: CAPRILLE, Bruno, *La réserve de propriété, garantie efficace en el Derecho chileno*, en *Revista Chilena de Derecho* 27 (Santiago, 2000) 1, pp. 29 y ss.; y *Les nouvelles fonctions de la propriété: la propriété retenue à titre de garantie*, "Rapport chilien", en *Travaux de l'Association Henri Capitant, Société de Législation Comparée*, LIII: *Journées Vietnamiennes. La Propriété* (Paris, 2006), pp. 403 y ss.

con lo que deja abierta la puerta para un desarrollo jurisprudencial posterior, en caso que la utilización de esta garantía en el ámbito inmobiliario, hasta ahora escaso, se incrementara. No debemos perder de vista que la utilización de la propiedad como garantía se ha incrementado considerablemente en los últimos decenios; el desarrollo del leasing no es sino una de sus manifestaciones. En lo que aquí nos ocupa, debe considerarse también que la directiva europea 2000/35/CE, de 29 de junio de 2000, por la que se establecieron medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, tiende a reforzar la cláusula de reserva de dominio como mecanismo de garantía de los créditos surgidos de los contratos de compraventa⁷⁰. La fiduciaria es también una manifestación del mismo fenómeno: ésta no fue regulada por la Ordenanza N° 2006-346, de 23 de marzo de 2006, puesto que en la época se tramitaba un proyecto paralelo, que dio origen a la Ley N° 2007-211, de 19 de febrero de 2007, que instituyó la fiducia en el Derecho francés.

En segunda, la Ordenanza de 23 de marzo de 2006 califica expresamente como caución a la reserva de dominio (artículo 2329 CCFr.), con lo que pone término a una discusión que había hecho correr ríos de tinta doctrinaria. La consecuencia más marcada es que, tal como lo prescribe el artículo 2367 inciso 2 CCFr., arriba trascrito, la propiedad reservada es accesoria del crédito cuyo pago garantiza y, por lo mismo, la cesión de dicho crédito trae aparejada la transferencia de la propiedad que le sirve de garantía⁷¹.

Confiamos en que, más temprano que tarde, la reserva de dominio ingresará en el catálogo de cauciones de que se sirve el forense chileno y, entonces, la regulación de esta garantía en Francia guiará su aplicación, dada la cercanía de las reglas de nuestro *Código* con las que regían en Francia y cuyo desarrollo jurisprudencial se plasmó en la Ordenanza de 23 de marzo de 2006.

⁷⁰ El artículo 4 inciso 11 de la Directiva prescribe que: "Los Estados miembros dispondrán, de conformidad con la normativa nacional aplicable de conformidad con el Derecho internacional privado, que el vendedor conserve la propiedad de los bienes hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la entrega de los bienes". En el considerando 23 de la misma Directiva se lee: "Es deseable garantizar que los acreedores puedan hacer uso de la cláusula de reserva de dominio con carácter no discriminatorio en toda la Comunidad, si la cláusula de reserva de dominio es válida con arreglo a las disposiciones nacionales aplicables de conformidad con el Derecho internacional privado". Cfr. DE VIERBA Y BEAMONTE, José Ramón, El punto de reserva de dominio en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/35/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000 (a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de octubre de 2006), en *Noticias de la Unión Europea* (Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, en prensa).

⁷¹ Para mayor información, consúltese CAPRILE, BRUNO, La reserva de propiedad, garantía eficaz en el Derecho chileno, cit. (n. 65), pp. 39 y ss.

III. CAUCIONES REALES SOBRE COSAS INMUEBLES

El nuevo artículo 2373 CCFr. prescribe que:

"Las garantías sobre los bienes inmuebles son los privilegios, la anticresis y las hipotecas. [2] La propiedad del inmueble podrá igualmente ser retenida en garantía".

Limitaremos nuestro análisis a algunos aspectos de la reforma, a saber, la anticresis-arrendamiento (1°), la hipoteca para garantizar obligaciones futuras y la hipoteca recargable, dada la estrecha vinculación con la hipoteca con cláusula de garantía general chilena (2°) y el préstamo vitalicio hipotecario (3°).

1. La anticresis-arrendamiento ("antichrèse-bail")

a) Institución olvidada durante mucho tiempo en el baúl de los arcaísmos jurídicos⁷², la anticresis ha resurgido recientemente en Francia, a raíz de eficacia relativa de la hipoteca en caso que el constituyente cayera en un procedimiento colectivo de ejecución, en circunstancias que el titular de una anticresis gozaba de un derecho de retención inextinguible (artículo 2087 CCFr. antiguo y artículo 2391 nuevo; relacionar con artículo 2444 CCCh. y artículo 505 CPC.).

La práctica generó entonces un montaje contractual que fue primero validado por la Corte de Casación⁷⁴ y luego refrendado por la Ordenanza de 23 de marzo de 2006, conocido como anticresis-arrendamiento ("antichrèse-bail"). La figura se caracteriza pues el deudor da la cosa en anticresis al acreedor, quien luego la entrega en arrendamiento al mismo deudor o a un tercero⁷⁵. Para su admisión hubo que adaptar la forma de concebir el desahucio o desposesión, elemento esencial de la anticresis (Cfr. artículos 2435 y 2437 CCCh.), para entender que la entrega al acreedor podía ser no sólo

⁷² En cuanto a los privilegios, la reforma conserva los privilegios generales, pero disminuye su número. Los privilegios especiales inmobiliarios, a los cuales se reprochaba su carácter oculto, devienen hipotecas legales, cuya preferencia sólo se cuenta desde la inscripción (artículos 2377 y 2378). Se trata de una materia extraña al derecho chileno. Cfr. SOMARRIVA UNOIRBACA, Manuel, *Título de los ciudadanos*, cit. (n. 1), núms. 359 a 363, pp. 330 a 334. Nótese que el inciso segundo admite expresamente la validez de la cláusula de reserva de dominio de bienes raíces.

⁷³ Recuérdese que la anticresis está regulada en Chile en los artículos 2435 y ss. CCCh., normas que deben complementarse con las reglas especiales de la anticresis judicial o prenda pretoria, contenidas en los artículos 500 a 507 CPC y en el artículo 104 del D.F.L. N° 3, de 1997; *Ley General de Bancos*.

⁷⁴ Cass. Civ. 3ª, 18.12.2002, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (2003), pp. 327 y ss., obs. Crocq.

⁷⁵ El nuevo artículo 2390 CCFr. prescribe que: "El acreedor puede, sin perder la posesión, dar el inmueble en arrendamiento, sea a un tercero, sea al mismo deudor".

material sino también jurídica. En esta última, el deudor-arrendatario la detenta *corpore alieno*, es decir, por el acreedor-arrendador. Naturalmente, para el acreedor la tenencia de la cosa es un estorbo, pues sólo le interesa el negocio financiero, algo similar a lo que ocurre en el leasing.

b) La nueva noción de la anticresis del artículo 2386 CCFr., según el cual

*"la anticresis es la afectación de un inmueble en garantía de una obligación; ella conlleva disposición del que la constituye", "parece coronar una larga evolución: de un simple derecho a los frutos hacia una caución real de plena capacidad que confiere un derecho de preferencia sobre el inmueble"*⁷⁶.

En efecto, hasta antes de la reforma, la anticresis no confería derecho real sobre la cosa (como de hecho ocurre hasta hoy día en Chile, según el artículo 2438 CCCh.); desde la Ordenanza de 23 de marzo de 2006 puede ser calificada como una caución real, que conserva la ventaja del derecho de retención, pero además otorga un derecho de preferencia. Es más, la Ordenanza citada hizo aplicables a la anticresis los modos de realización de la hipoteca, permitiendo al acreedor obtener la atribución en propiedad y estipular un pacto comisorio (artículo 2388 inciso 2º en relación con los artículos 2458 a 2460 CCFr.).

Creemos que la misma exigencia del desasimiento impide acoger en Chile la figura de la anticresis-arrendamiento. En efecto, la anticresis es un contrato real, que se perfecciona por la entrega de la cosa, la que debe permanecer en manos del acreedor para la eficacia de esta institución (artículos 1443, 2435 y 2437 CCCh.)⁷⁷.

2. La hipoteca para garantizar obligaciones futuras y la hipoteca recargable ("hypothèque rechargeable") examinadas a la luz de la hipoteca con cláusula de garantía general utilizada en Chile

He aquí un aspecto de la reforma de las garantías francesas del cual sin lugar a dudas podríamos extraer algunos elementos para una mejor comprensión de nuestro sistema y para perfeccionar el régimen hipotecario chileno, especialmente respecto a la hipoteca con cláusula de garantía general. La Ordenanza de 23 de marzo de 2006 modificó el régimen de la hipoteca para garantizar obligaciones futuras e introdujo la denominada hipoteca

⁷⁶ DUPICHOY, Philippe, *L'anticresse*, cit. (n. 1), núm. 1, p. 26.

⁷⁷ Compartimos plenamente la conclusión anticipada por Ríos LARIBÉ, Sebastián, cit. (n. 1), núm. 23, p. 99, nota 36, aun cuando con distinto fundamento. Para dicho autor "En nuestro derecho la anticresis arrendamiento no existe", fundado en el artículo 508 CPC., que "en ningún caso permite que esos bienes sean dados en arrendamiento a un tercero".

recargable ("hypothèque rechargeable")⁷⁸. Conviene tener a la vista las reglas fundamentales introducidas por la Ordenanza con relación a ambas instituciones.

Artículo 2421 CCFr.: "La hipoteca podrá constituirse para caucionar uno o varios créditos, presentes o futuros. Si son futuros, éstos deben ser determinables. [2] La causa deberá determinarse en la escritura".

Artículo 2422 CCFr.: "La hipoteca puede ser ulteriormente afectada a la garantía de créditos distintos de los mencionados en el acto constitutivo, siempre que éste lo prevenga expresamente. [2] El constituyente puede entonces ofrecerlo en garantía, dentro del límite de la cantidad prevista en el acto constitutivo y mencionado en el artículo 2423, no sólo al acreedor originario, sino también a un nuevo acreedor, aun cuando el primero no haya sido pagado. [3] La convención de recarga celebrada por el constituyente, sea con el acreedor originario, sea con el nuevo acreedor, reviste la forma notarial. [4] Ésta se publicará bajo la forma prevista en el artículo 2430, bajo pena de inoponibilidad a terceros. [5] Su publicación determinará, entre ellos, el orden de prelación entre los acreedores inscritos sobre la hipoteca recargable. [6] Lo dispuesto en el presente artículo es de orden público y cualquier cláusula en contrario se considerará no escrita".

Artículo 2423 CCFr.: "La hipoteca es siempre consentida, en lo relativo al capital, hasta el límite de una cantidad determinada que el acto notarial determina, so pena de nulidad. Llegado el caso, las partes evaluarán con este fin las rentas, prestaciones y derechos indeterminados, eventuales o condicionales. Si el crédito estuviera provisto de una cláusula de renovación, la garantía se extenderá al crédito reevaluado, siempre y cuando la escritura notarial lo mencione. [2] La hipoteca se extiende de pleno derecho a los intereses y demás accesorios. [3] Cuando la hipoteca se constituya para garantizar uno o varios créditos futuros y por un plazo indeterminado, el constituyente podrá en cualquier momento resciliarla, respetando un preaviso de tres meses. Una vez resciliada, sólo perdura para garantizar los créditos nacidos con anterioridad".

3. La hipoteca para garantizar obligaciones futuras

Hasta la reforma de 23 de marzo de 2006, el Derecho francés se había mostrado reacio a la admisión de la hipoteca para garantizar obligaciones futuras. El principio de especialidad de la hipoteca en relación con la obligación garantizada así como la accesoriidad de la garantía se oponían. En la práctica, el obstáculo se salvaba recurriendo a la apertura de una cuenta corriente entre el acreedor y el deudor, cuyo saldo quedaba garantizado por la hipoteca; así, el crédito ya existía al momento de la constitución de la garan-

⁷⁸ Existen naturalmente otros múltiples aspectos de la reforma, relativos también al régimen hipotecario, que por los límites de este trabajo no podemos analizar en profundidad, tales como: la hipoteca sobre un bien indiviso (artículo 2414); la subrogación de la hipoteca (artículo 2424 inciso 1); la cesión de anterioridad (artículo 2424 inciso 2) y la purga convencional de hipotecas (artículo 2475). Consulte el excelente trabajo de Ríos LARIBÉ, Sebastián, cit. (n. 1), N.ºs. 25 y 26, pp. 100 y 102.

tía⁷⁹. El nuevo artículo 2421 CCFr., arriba transcrito, permitió expresamente la hipoteca para garantizar obligaciones futuras; también se incorpora una regla análoga para la prenda⁸⁰.

En Chile, en cambio, se ha admitido desde antiguo la hipoteca para garantizar obligaciones futuras, fundado en el artículo 2413 CCCh., que permite otorgar la hipoteca "en cualquier tiempo, antes o después de los contratos a que acceda" y en el artículo 1442 CCCh., del cual se deduce que el contrato accesorio puede existir mas no "subsistir" sin el contrato principal.

El legislador galo aceptó morigerar la aplicación del principio de especialidad de la garantía real introduciendo ciertos contrapesos en resguardo del constituyente. Así, por aplicación de las reglas generales, que rigen también para las hipotecas que garantizan una obligación presente, la causa del crédito debe estar precisada en el acto constitutivo (artículo 2421 CCFr.) y la hipoteca debe limitarse a una "cantidad determinada, que el acto notarial debe mencionar, bajo pena de nulidad" (artículo 2423 CCFr.). Pero se establecen también resguardos especiales para las hipotecas que aseguran obligaciones futuras: los créditos garantizados deben ser "determinables"⁸¹ (artículo 2421 CCFr.) y el constituyente está investido del derecho de resciliación unilateral, con un preaviso de tres meses (artículo 2423 inciso final CCFr.). Este último derecho, sobre el cual volveremos más adelante⁸², le permite al constituyente de una hipoteca que garantiza obligaciones futuras por un período indeterminado (es decir, sin que se haya fijado un límite temporal durante el cual deben contraerse las obligaciones garantizadas), transformar la hipoteca en una que asegure obligaciones presentes: una vez resciliada unilateralmente por el deudor, las obligaciones contraídas hasta ese entonces quedarán cubiertas por la hipoteca, mas no las que se contraigan con posterioridad.

4. La hipoteca recargable

La introducción de esta variedad de la hipoteca en el Derecho francés tiene por finalidad "estimular el crédito hipotecario disminuyendo su cos-

⁷⁹ AYNES - CROCCO, cit. (n. 1), núm. 663, p. 284.

⁸⁰ El artículo 2333 inciso 2º CCFr. prescribe que: "Les crédits garantis par une hypothèque ou une nantissement, en ce dernier cas, doivent être déterminables".

⁸¹ AYNES - CROCCO, cit. (n. 1), núm. 663 p. 284: "Aun cuando la ley no precisa cuáles son los elementos que permiten la determinación, se puede pensar que se trata de la designación del acreedor, de la del deudor, de la naturaleza de la operación de la cual nacerá el crédito. El objetivo es evitar que, llegado el momento (especialmente cuando el acreedor pretenda ejercer su derecho hipotecario), puedan plantearse dudas acerca de si tal crédito está garantizado".

⁸² Cfr. más abajo, III, 5, c)

to"⁸³. Describamos cómo opera: al constituirse la hipoteca, se inserta una cláusula⁸⁴ en la cual se estipula expresamente que aquella "pueda ser ulteriormente afectada para garantizar créditos distintos de aquel que se asegura mediante el acto constitutivo" (artículo 2422). En ese mismo acto se precisa la suma determinada hasta la cual se extenderá la garantía, bajo pena de nulidad, cantidad que puede ser superior a la del crédito garantizado, a fin de dejar un margen mayor para futuras recargas, siempre dentro del límite del valor del inmueble hipotecado⁸⁵. La hipoteca debe naturalmente inscribirse, con mención de su carácter recargable. Si con posterioridad el constituyente desea utilizar el mismo inmueble para garantizar el cumplimiento de otras obligaciones, a favor del mismo acreedor o de otro diverso, puede celebrar con dicho acreedor una convención de recarga, dentro del límite del monto máximo fijado (y deducido naturalmente el saldo insoluto del crédito primitivo), a fin de que la hipoteca asegure también el pago de la nueva obligación. La convención de recarga no requiere inscribirse, sino que basta una subinscripción o anotación al margen de la inscripción primitiva, lo que reduce su costo. El crédito garantizado con la hipoteca recargable goza de la preferencia que ésta otorga, según la fecha de la inscripción primitiva (no de la subinscripción), lo que motiva el interés del nuevo acreedor por preferir una convención de recarga antes que la constitución de una nueva hipoteca.

Subrayamos que la convención de recarga puede celebrarse con el mismo acreedor o con otro diverso. Es por ello que se destaca que la institución tiene el mérito de evitar que el constituyente quede prisionero de su banco (acreedor hipotecario), pues cuando requiera un nuevo préstamo tendrá la libertad de recurrir al mismo acreedor o a otro diverso: característica enconmiante si se piensa en la situación en que queda en nuestro país el constituyente de una hipoteca con cláusula de garantía general. En el fondo, la hipoteca recargable francesa tiene por finalidad fundamental favorecer al constituyente, mientras que la hipoteca con cláusula de garantía general chilena está concebida como una ventaja para el acreedor.

La hipoteca recargable no se extingue por el pago del crédito que se garantizó al momento de su constitución: el constituyente podrá entonces utilizarla para garantizar un nuevo préstamo. Se ha subrayado que se trata de

⁸³ GRIMALDI, Michel, *L'hypothèque recargable et le prêt viager hypothécaire*, cit. (n. 1), núm. 1, p. 33.

⁸⁴ Se ha sostenido que puede discutirse la necesidad de un acuerdo entre el acreedor hipotecario y el constituyente para dar a una hipoteca el carácter recargable. Aul. AYNES - CROCCO, cit. (n. 1), núm. 664, p. 286: "A decir verdad, la necesidad del acuerdo del acreedor inscrito puede ser contestada, puesto que tal facultad le es indiferente y no interesa sino al constituyente".

⁸⁵ Cfr. GRIMALDI, Michel, *L'hypothèque recargable et le prêt viager hypothécaire*, cit. (n. 1), núm. 4, p. 34 y AYNES - CROCCO, cit. (n. 1), núm. 664, p. 285.

una importante excepción al carácter accesorio de la hipoteca, pues ésta subsiste aun después de la extinción de la obligación garantizada. Esta característica no causa asombro al jurista chileno, pues la misma situación se presenta en la hipoteca con cláusula de garantía general, que conserva vigencia y permite garantizar créditos futuros y eventuales aun sin deuda actual⁸⁶.

La hipoteca recargable no afecta el derecho de prenda general de los demás acreedores, quienes podrán embargar y subastar el inmueble afecto a la hipoteca recargable, respetando la preferencia de las hipotecas y convenciones de recarga, lo que no es sino la aplicación de las reglas generales. En suma, la hipoteca recargable en nada los perjudica.

Las reglas del artículo 2422 CCFr. que la regulan son de orden público y toda cláusula en contrario se reputa no escrita.

5. Orientaciones para la hipoteca con cláusula de garantía general en Chile

a) En Chile se ha admitido desde antiguo por la doctrina y la jurisprudencia⁸⁷ la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria, cuya aplicación se encuentra ampliamente difundida, en términos tales que en la época actual parece difícil concebir el mercado crediticio y el Derecho de las cauciones sin ella. En su apoyo se ha invocado, entre otros argumentos, que el *Código Civil* chileno acepta la constitución de la hipoteca para garantizar obligaciones futuras, como se dijo⁸⁸. Sin embargo, una cosa es admitir la validez de la hipoteca constituida para garantizar créditos futuros, que sean determinables al momento de la constitución, y otra muy distinta es aceptar la validez de la hipoteca que garantiza obligaciones indeterminadas e incluso eventuales, pues ni siquiera se sabe si llegarán a existir, como ocurre en la hipoteca con cláusula de garantía general⁸⁹. Sinceremos las cosas: para la

⁸⁶ El constituyente puede también renunciarla, liberando al inmueble de la hipoteca recargable, sin perjudicar naturalmente a los acreedores hipotecarios inscritos. La afirmación se funda en la transposición de la regla del artículo 2423 inciso 3. Cfr. GRIMALDI, Michel. *L'hypothèque recargable et le prêt à usage hypothécaire*, cit. (n. 1), núm. 7, p. 35.

⁸⁷ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones*, cit. (n. 1), núm. 349, p. 315; DIEZ DUARTE, Raúl, cit. (n. 1), núm. 112 y ss., pp. 131 y ss.; HINZPETER KREBERG, Rodrigo, cit. (n. 1), pp. 73 y ss.; UGARTE G., José Joaquín, *La nulidad de la cláusula de garantía general hipotecaria*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 98, 1ª parte, pp. 81 y ss.

⁸⁸ Cfr., más arriba, III, 3.

⁸⁹ Los rétinimos contractuales a los cuales usualmente se recurre expresan que el propietario "constituye hipoteca con cláusula de garantía general a favor de acreedor, con el objeto de garantizarle, el fiel, exacto, íntegro y oportuno cumplimiento de todas las obligaciones presentes y futuras, directas e indirectas que por cualquier motivo o título le adeude, derivadas de [...]"; a continuación se expresa una larga enumeración de posibles fuentes, que cubre todas las posibilidades. Esa fórmula demuestra que se trata no sólo de garantizar obligaciones futuras, determinables al momento de la convención,

hipoteca con cláusula de garantía general no rige ni el principio de especialidad en cuanto al crédito garantizado, ni tampoco la accesoriidad que caracteriza a las cauciones. Prueba de esto último es que la hipoteca con cláusula de garantía general conserva su vigencia aun en ausencia de créditos u obligaciones pendientes, no fuera sino por la eventualidad de que el deudor pueda requerirlos en el futuro. El paso ya está dado y no hay marcha atrás⁹⁰. Cuestionar hoy día la validez de la hipoteca con cláusula de garantía general generaría un maremoto de proporciones en el mercado de capitales y en la economía en general, de tal suerte que no creemos que un tribunal consciente del alcance de sus resoluciones esté dispuesto a retornar a una aplicación estricta de la especialidad hipotecaria, poniendo en entredicho una institución que ha operado eficientemente y que ha servido con utilidad como mecanismo de garantía. Lo anterior no se opone a que, reconociendo la validez y eficacia de la hipoteca con cláusula de garantía general, se admitan resguardos a favor del deudor, a fin de evitar abusos. Así, reconociendo que la hipoteca con cláusula de garantía general ha sido concebida principalmente en interés del acreedor, se puede al menos equilibrar la balanza en resguardo del deudor.

b) No hace falta ser un observador avezado ni tener una vasta experiencia para saber que, en los hechos, el constituyente de una hipoteca con cláusula de garantía general queda prisionero de su acreedor, generalmente una institución financiera. En efecto, la regla es que la hipoteca se constituya sin un monto máximo en cuanto a las obligaciones que garantiza (artículo 2431 CCCh.). Por lo mismo, cuando el constituyente o deudor requiere un nuevo préstamo, muchas veces queda condenado a aceptar las condiciones comerciales (tasa de interés, etc.) que le ofrece el acreedor hipotecario (banco A), pues ninguna otra institución crediticia (banco B) aceptará como garantía una se-

Continuación de la nota ⁸⁹

sino más bien obligaciones eventuales, que ni siquiera se sabe si llegarán a nacer. En la doctrina nacional, es ilustrativa la opinión de SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de las cauciones*, cit. (n. 1), núm. 348, p. 314, quien afirma que: "Y si el legislador expresamente permite que la hipoteca se otorgue antes del contrato a que accede, es porque acepta que esta hipoteca pueda garantizar obligaciones indeterminadas, futuras, ya que no se sabe cuáles y de qué naturaleza van a ser esas obligaciones". El contrapunto con la doctrina francesa es evidente: "La regla de la especialidad en cuanto al crédito garantizado [...] prohíbe la hipoteca totalmente 'flotante', que permitiría afectar el inmueble a cualquier crédito futuro y por cualquier monto [...]"; como dicen AVINÉS Y CROCQ, cit. n. 1, N.º 662, p. 283.

⁹⁰ Con motivo de la reforma introducida por la Ley N.º 18.802, de 1989, que confirió plena capacidad de ejercicio a la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, se requirió que la autorización de la mujer para hipotecar bienes raíces sociales fuera "específica". Esa exigencia generó reparos a la validez de la hipoteca con cláusula de garantía general respecto de tales bienes, pues la autorización no cumpliría el requisito de la especificidad. El profesor Fernando Rozas Vial, uno de los principales artífices de esa reforma, negó que por esa modificación se alterara el estado de la doctrina y jurisprudencia existente a ese momento. Para la discusión puede consultarse RAMOS PAZOS, René: *Derecho de familia* (3ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001), I, núm. 243, pp. 195-198.

gunda hipoteca, si la primera fue constituida con cláusula de garantía general. La alternativa de pedir un préstamo mayor al banco B, que permita pagar anticipadamente al banco A la totalidad de las deudas vigentes, a fin de que éste alce la hipoteca y se constituya una nueva a favor del banco B, es más bien nominal que real: el costo (impuesto al mutuo, gastos notariales y registrales) así como el tiempo requerido (los plazos de los abramientos son, extrañamente, considerablemente mayores a los requeridos para otorgar un préstamo) hacen preferible resignarse a aceptar el crédito del banco A (y éste lo sabe).

c) El "escape" no es fácil de idear. En la hipoteca con cláusula de garantía general rara vez se estipula un monto máximo hasta el cual queden cubiertas las obligaciones garantizadas (artículo 2431 CCCh.). No creemos que la solución sea establecer, *de lege ferenda*, la obligación de consignar un tope, so pena de nulidad, como ocurre en Francia (artículo 2423 CCFr.). El acreedor hipotecario, con el beneplácito del deudor, tenderá a fijar dicho tope en un monto cercano (si no superior) al valor de la finca hipotecada, a fin de no limitar la posibilidad de financiar futuros créditos.

El derecho del constituyente a reducir la hipoteca al "duplo del importe conocido o presunto de la obligación principal" (artículos 2431 y 2432 N° 4 CCCh.) tampoco sirve al efecto, pues está concebido para una hipoteca específica, mas no para la hipoteca con cláusula de garantía general. ¿Cuál es el duplo si la obligación principal es indeterminada o eventual? Por otra parte, el constituyente no puede esperar la tramitación de un juicio ordinario destinado a reducir la hipoteca.⁹¹

d) Las autoridades con potestades normativas han procurado establecer mecanismos que permitan al deudor liberarse, favoreciendo de esa forma en el ámbito macroeconómico una adecuada competencia en el mercado financiero. Lamentablemente, los resultados no han sido alentadores.

El capítulo 8-12 de la *Recopilación de Normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras*, sobre "Cartas de garantía y cargas de resguardo interfinancieras. Movilidad de garantías", que fuera introducido mediante la Circular N° 3.199, de 21 de octubre de 2002 establecía entre las posibles aplicaciones de ese instrumento, el siguiente: "Garantizar a otro banco la obligación de un cliente que le ha otorgado garantías reales. Ejemplo: Un cliente del banco A ha constituido hipoteca a su favor sobre una propiedad que está tasada en \$ 100.000.000 y le ha otorgado una línea de crédito de \$ 25.000.000. El cliente quiere obtener otro crédito en el banco B pero no dispone de otra garantía. Le pide entonces al banco A que le otorgue una carta de garantía interbancaria por \$ 20.000.000, a favor del banco B, amparada en la hipoteca que tiene constituida en el primero de

⁹¹ Los artículos 2444 y 2445 CCFr. regulan expresamente la reducción de la hipoteca.

ellos⁹². Con posterioridad, mediante la Circular N° 3.224, de 27 de mayo de 2003, se modificó el capítulo 8-12 de la *Recopilación*, suprimiendo la referencia explícita al caso transcrito, pero sin alterar la sustancia, en cuanto a que el instrumento citado todavía puede aplicarse a dicho caso⁹³. Lamentablemente, la institución ha tenido una aplicación escasa, por no decir nula.

La Ley N° 20.179, de 20 de junio de 2007, que establece un marco legal para la constitución y operación de sociedades de garantía recíproca, constituye una iniciativa que apunta en la misma dirección, pues permite que ese tipo de sociedades afiancen las obligaciones del accionista o socio beneficiario para con terceros (v. gr., un banco), mediante la entrega de un certificado de fianza, que emite la sociedad de garantía recíproca. Ésta exigirá al accionista o socio beneficiario una contragarantía, que bien puede ser una hipoteca con cláusula de garantía general.

En ambas instituciones se obtiene la movilización de una garantía real, como es la hipoteca, que sirve de base para el otorgamiento de una garantía personal, como lo son la carta de garantía interbancaria y el certificado de fianza. La expresión "movilidad de garantías", utilizada en el título del capítulo 8-12 de la *Recopilación*, es gráfica en tal sentido.

e) Creemos que el ejercicio del derecho de resciliación unilateral o retractación puede ofrecer una salida, sin necesidad de esperar una reforma legislativa. En efecto, si la hipoteca con cláusula de garantía general asegura el cumplimiento de obligaciones futuras y no se ha establecido un plazo de vigencia de la misma, como es lo habitual, entonces, en virtud del principio según el cual el derecho repudia las obligaciones contraídas a perpetuidad⁹⁴, el

⁹² Puede consultarse nuestro trabajo *Boleta bancaria de garantía y carta de garantía interbancaria: incidencias de las modificaciones recientes a la recopilación de normas de la superintendencia de bancos en la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación de la institución*, cit. (n. 12), pp. 95 y ss. En todo caso, dicho trabajo es anterior a la modificación introducida mediante la Circular N° 3.224, de 27.05.03.

⁹³ Hoy día, en lo pertinente, el capítulo 8-12 de la *Recopilación* prescribe, en lo pertinente, que: "La carta de garantía interfinanciera es un documento que, como una variante de la boleta bancaria de garantía, se reconoce como un instrumento válido para caucionar obligaciones que un deudor tenga en una institución financiera distinta de aquella que la otorga. [...] La aplicación de este instrumento estará limitada a garantizar a otra entidad financiera la obligación que un cliente mantenga con ella. [...] Las entidades financieras podrán emitir estas cartas de garantía, sea que se encuentren respaldadas o no con garantías reales o personales del cliente por carena de quien son emitidas".

⁹⁴ En el Derecho francés, la jurisprudencia ha reconocido como principio fundamental, que el Consejo de Estado ha elevado al rango constitucional, de libertad fundamental (decisión sobre el PACS de 9 de noviembre de 1999), la prohibición de las obligaciones contraídas a perpetuidad. La consecuencia no es la nulidad de los contratos de duración indeterminada, sino la facultad de cada una de las partes de ponerles término o resciliarlos unilateralmente, respetando un plazo de preaviso. Véase: BÉNABENT, Alain, *Droit civil. Les obligations* (10ª edición, Paris, Montchrestien, 2005), núms. 312 y ss., pp. 237 y ss. En la generalidad de los contratos de tracto sucesivo la ley regula expresamente este derecho (ejemplo: contrato de arrendamiento, de trabajo); el principio cobra especial aplicación en los contratos inominados (ejemplo: contrato de conceción exclusiva, franquicia).

constituyente tiene el derecho de ponerle término o resciliar, unilateralmente, la caución. El artículo 2339 CCCh. concede ese derecho al fiador, cuando la fianza se ha constituido para asegurar obligaciones futuras, regla que podemos aplicar analógicamente a la hipoteca. Si el codificador no dictó expresamente una regla similar para la hipoteca fue única y exclusivamente pues jamás tuvo en mente la hipoteca con cláusula de garantía general⁹⁵.

Si se acepta este postulado, al constituyente le bastará manifestar su voluntad en tal sentido, declaración que convendrá efectuar por escritura pública, a fin de poder anotarla al margen de la inscripción hipotecaria, y comunicarla al acreedor hipotecario. Con el mérito de la referida anotación y comunicación, y de un certificado del acreedor hipotecario que acredite el monto de las obligaciones a esa fecha, el constituyente debiera quedar habilitado para pedir un nuevo préstamo a otro acreedor, garantizándolo con una segunda hipoteca. Estamos conscientes de que un acreedor institucional será en principio renuente a conceder un préstamo con cargo a una segunda hipoteca en tales circunstancias. Desde ese punto de vista, la resciliación unilateral permite limitar las obligaciones garantizadas frente al acreedor hipotecario que es titular de la hipoteca con cláusula de garantía general, pero no necesariamente permitirá obtener crédito de otra institución financiera, con cargo a una segunda hipoteca. Por lo mismo, de *lege ferenda*, una mención expresa de este derecho de resciliación unilateral y de sus efectos contribuiría a dar certeza a los acreedores hipotecarios de grado posterior.

Naturalmente, quedarán cubiertas por la hipoteca las obligaciones contraídas por el deudor hasta el momento de la notificación de la resciliación unilateral al acreedor hipotecario, mas no las posteriores. La distinción que se formula en la doctrina gala entre obligación de cobertura y obligación de pago es ilustrativa⁹⁶.

El reconocimiento de este derecho de resciliación unilateral favorece también al tercer poseedor finca hipotecada gravada con una hipoteca con cláusula de garantía general que ve crecer peligrosamente el monto de las obligaciones del deudor garantizado: al ejercerlo limita la afectación del inmueble

⁹⁵ Otra regla cuya aplicación resulta incompatible con la hipoteca con cláusula de garantía general constituida por un tercer poseedor de la finca hipotecada es el artículo 1649 del CCCh.: si el deudor puede pedir un nuevo préstamo que quedará garantizado con la hipoteca resulta evidente que la próroga de un crédito ya existente no puede liberarlo de su calidad de garante.

⁹⁶ En el derecho gala, para las cauciones de obligaciones futuras de duración indeterminada (por ejemplo la fianza) se distingue entre la obligación de cobertura (*coverture*) que permite determinar cuáles son las obligaciones garantizadas, es decir, lo que debe el garante y la obligación de pago (*réglément*), que es la que tiene el garante de pagar lo que debe el deudor. Cfr. CARBELLAC, Michel - MOUTY, Christian, cit. (n. 1), núm. 167, p. 146. La distinción se aplica no sólo en los casos en que el garante es un tercero sino también cuando lo es el propio deudor.

a las obligaciones contraídas por éste para con el acreedor hipotecario hasta la fecha de la notificación de la resciliación, excluyendo las posteriores.

6. El préstamo vitalicio hipotecario (*"prêt viager hypothécaire"*)

Esta institución, regulada en el artículo 314-1 del *Código de Consumo* francés, está inspirada en el "reverse mortgage" anglosajón y procura resolver una situación frecuente en nuestras sociedades, producto del aumento de las expectativas de vida de la población. La situación es la del jubilado que requiere dinero para vivir y cuyo único bien de importancia es la vivienda en que mora. Si obtiene un préstamo para solventar sus necesidades, debe servir la deuda en vida, lo que puede resultar imposible. Si vende el inmueble, quedará privado del lugar en que quiere terminar sus días.

La figura en estudio permite que un establecimiento financiero otorgue un préstamo a una persona natural, garantizado con una hipoteca sobre un inmueble destinado a la habitación, pagadero tanto en capital como en intereses al deceso del deudor o al momento de la enajenación del inmueble hipotecado. Se establece que la deuda del mutuario o de sus herederos no podrá exceder jamás del valor del inmueble, determinado por peritos.

Nótese que la originalidad de la operación se encuentra en la forma en que se otorga y reembolsa el crédito, mas no en la caución que asegura su pago. El artículo 314-2 del *Código del Consumo* francés sanciona con pena de nulidad el préstamo vitalicio hipotecario destinado a financiar una actividad profesional.

La eficacia de las garantías es, sin lugar a dudas, un requisito indispensable para el adecuado funcionamiento del crédito, a su vez esencial en una economía de mercado, como la que impera en nuestro país y también en Francia. Desde ese punto de vista, es natural que el legislador, la doctrina y la jurisprudencia procuren poner a disposición del acreedor cauciones que sean efectivas, de rápida ejecución y que lo pongan al abrigo de la insolvencia del deudor. Sin embargo, tampoco podemos perder de vista que es misión fundamental del legislador, pues a él toca establecer reglas generales y obligatorias, y evitar los excesos que, lamentablemente, no son ajenos a nuestro medio. El margen de maniobra de la jurisprudencia es, en este sentido, más limitado. Pensamos que la reforma francesa que hemos expuesto sinópticamente puede servirnos para inspirar futuras reformas en Chile, que permitan por una parte ampliar nuestro sistema de garantías como, por otra, establecer límites que protejan al constituyente en pro de un sistema más diversificado y equilibrado, que cautele los intereses del constituyente, del acreedor y de la sociedad en general.