

---

# El concurso del constituyente de la hipoteca en garantía de deudas ajenas en la ley concursal chilena<sup>\*-\*\*</sup>

» JUAN LUIS GOLDENBERG SERRANO<sup>\*\*\*</sup>

RESUMEN. El presente trabajo explora la naturaleza jurídica de la hipoteca que se constituye para asegurar deudas ajenas; tras comprobar las dificultades dogmáticas de dicha figura, la proyecta en los diversos procedimientos concursales previstos en la Ley 20.720, que contiene la regulación de insolvencia en Chile. Todo ello con el fin de evidenciar múltiples vacíos y problemas prácticos que pueden terminar dificultando el logro de la finalidad de estos procedimientos, al menos en lo que respecta a la pretensión de maximización de las posibilidades de cobro de los acreedores.

PALABRAS CLAVE: hipoteca, deuda ajena, procedimientos concursales.

## The Participation of Mortgagees in Guaranteeing Third-Party Debts in Chilean Bankruptcy Law

ABSTRACT. This paper explores the legal nature of mortgages created to secure third-party debts. By analyzing the doctrinal challenges associated with this concept,

---

\* Fecha de recepción: 26 de diciembre de 2023. Fecha de aceptación: 27 de marzo de 2024.

Para citar el artículo: Goldenberg Serrano, J.L., “El concurso del constituyente de la hipoteca en garantía de deudas ajenas en la ley concursal chilena”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 47, julio-diciembre, 2024, 261-288. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.47.10>.

\*\* Este trabajo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1210374. El autor aprovecha para agradecer los comentarios efectuados por los evaluadores, que han enriquecido el discurso y aclarado el sentido y alcance de algunos pasajes.

\*\*\* Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, Chile; profesor asociado de los departamentos de Derecho Privado y de Derecho Económico, Comercial y Tributario. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca, Salamanca, España. Contacto: [jgoldenb@uc.cl](mailto:jgoldenb@uc.cl) Orcid: 0000-0003-4671-4730.

it explores its application within the different insolvency proceedings outlined in Act 20,720 (the Chilean insolvency law). We aim to highlight several gaps and practical problems that may ultimately hinder the achievement of the purpose of these proceedings, at least in terms of the goal of maximizing creditors' collection possibilities.

KEYWORDS: mortgage, third-party debts, insolvency proceedings.

SUMARIO. Introducción. I. Conceptualización general de la hipoteca constituida por un tercero en el Código Civil chileno. II. Elementos adicionales del régimen de las hipotecas constituidas por terceros y su proyección en el contexto concursal. Referencias. Conclusiones.

## Introducción

Aludiendo a una de las fábulas de La Fontaine, Ansault refiere las garantías reales constituidas para asegurar el cumplimiento de deudas ajenas como una comadreja que se cree, al mismo tiempo, pájaro y rata<sup>1</sup>. En esta alegoría, por una parte, parecería afirmarse su carácter de fianza, en la faz que se detiene en ser un contrato que pretende dar seguridad al cumplimiento de las obligaciones de otros, sin siquiera requerir de la participación del deudor principal<sup>2</sup>; y, por otra parte, se encuentra su fisonomía de garantía real, en la que observa particularmente la afectación preferente del valor de un bien al pago de la deuda. Aunque conocidas desde antiguo<sup>3</sup>, su tratamiento doctrinal tiende a ser bastante incidental<sup>4</sup>, sin abordar completamente

- 
- 1 Ansault, J.J., *Le cautionnement réel*, París, Defrénois, 2009, 1. Con respecto al tratamiento actual de esta clase de garantías en el derecho francés, se debe tener en cuenta el artículo 2325 del *Code civil* (modificado por la Ordenanza N° 2021-1192, de 15 de septiembre de 2021), que hace aplicable a la figura un conjunto de normas propias del contrato de fianza (arts. 2299, 2302 a 2305-1, 2308 a 2312 y 2314), incluyendo referencias a deberes de información, excusión y subrogación. En el contexto concursal, por aplicación de la regla del artículo 622-21, número 2, del *Code de commerce*, el impedimento para ejecutar los bienes dados en garantía se extiende ahora también a este supuesto, contradiciendo la jurisprudencia anterior de la Corte de Casación que había limitado los efectos del concurso por el hecho de constatar la ausencia de crédito (*Cour de cassation, civile, Chambre commerciale*, 17 de junio de 2020, 19-13.153).
  - 2 Carrasco Perera, A., Cordero Lobató, E. y Marín López, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, t. I, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2008, 720.
  - 3 Paradigmáticamente, Marciano, en D. 20.1.5.2: “*Dare autem quis hypothecam potest sive pro sua obligatione, sive pro aliena*”. Ildefonso, D. y García del Corral, L., *Cuerpo del derecho civil romano, Digesto*, t. II, Barcelona, Jaime Molinas, 1892, 8. Aquí el énfasis se encuentra en el poder del propietario de dar en hipoteca uno de sus bienes, ya sea para caucionar obligaciones propias o ajenas, pero no descendiende a su régimen jurídico.
  - 4 Carpi Martín, R., *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002, 27. Por ejemplo, Pothier, R.J., *Oeuvres de Pothier*, M. Dupin (ed.), t. VIII, París, Béchét Ainé, Libraire, 1825, 541, solo alude a ella al tratar del tipo de deudas que pueden ser garantizadas por medio de la hipoteca, anotando al texto romano recién citado. Sin embargo, se trata de una idea que retoma al definir la prenda (*nantissement*) (p. 603), desarrollándola como una relación tripartita, pero bifronte: primero, un contrato de prenda, entre el acreedor y el constituyente de la prenda; y,

su régimen jurídico y dejando incontestadas las múltiples dudas que provoca una lectura más detenida de las disposiciones que resultan aplicables<sup>5</sup>.

No es el momento de despejar todas esas inquietudes, pero sí de revisar cómo algunas de las dificultades que surgen de este diluido trasfondo normativo se proyectan en el sistema concursal chileno, un campo en el que el régimen jurídico de las garantías es puesto especialmente a prueba<sup>6</sup>. La cuestión no es baladí en la práctica, toda vez que el otorgamiento de este tipo de cauciones es bastante habitual, tanto en financiamientos a gran escala —así en el ámbito del *project finance*, por ejemplo, mediante la prenda de las acciones de la sociedad financiada, como parte usual del “paquete de garantías”—, como a niveles menores, *v.gr.*, la exigencia de cauciones para facilitar el acceso al crédito en el contexto de empresas de menor tamaño<sup>7</sup>. La cuestión también cobra importancia en la medida en que el ordenamiento chileno no admite la coordinación, ni menos la acumulación, de procedimientos concursales, donde el tratamiento conjunto de la insolvencia del deudor y el tercero garante podría aliviar varias de las dudas que destacaremos a continuación, de la manera recomendada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>8</sup>.

Para los efectos de este análisis nos centraremos particularmente en la hipoteca, puesto que allí encontramos un mayor número de reglas sobre la posibilidad de su constitución por terceros que en la prenda (donde la referencia se detiene en el artículo 2388 c. c. ch.)<sup>9</sup>, sin perjuicio de que varias de las observaciones que haremos son aplicables a ambos tipos de cauciones reales. La hipótesis con la que trabajamos

---

después, un contrato de mandato, entre este último y el deudor a cuyo ruego la ha otorgado (pp. 609-610). Esta noción de servicio a favor del deudor es la que sobrevive en el artículo 2388 c. c. ch. (art. 2413 c. c. co.), justificando que, en principio, tal hecho no constituya donación (art. 1397 c. c. ch., que corresponde al artículo 1454 c. c. co.). Sobre este particular, Guzmán Brito, A., *De las donaciones entre vivos. Conceptos y tipos*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, 82-84.

- 5 Como ya se ha observado en la nota anterior, en este trabajo aludimos preferentemente al Código Civil chileno (c. c. ch.), pero, dada la coincidencia con el Código colombiano (c. c. co.), en cada caso se hará la referencia al artículo de este último para mayor claridad en el discurso.
- 6 Carrasco Perera, A., *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, 44-47.
- 7 Tan usual es esta situación que, por ejemplo, con motivo de la pandemia de la Covid-19, la Comisión para el Mercado Financiero permitió el reconocimiento del excedente de las garantías hipotecarias constituidas sobre vivienda en el modelo estándar de provisiones de la carteta comercial grupal, con referencia a las obligaciones de empresas de menor tamaño, modificando el Capítulo B-1 del Compendio de Normas Contables (Circular N° 2.257, de 22 de mayo de 2020).
- 8 Ley modelo de la CNUDMI sobre insolvencia de grupos de empresas con la Guía para su incorporación al derecho interno [en línea], disponible en: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-11349\\_mloegi\\_es.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-11349_mloegi_es.pdf) Sobre la problemática de los grupos empresariales en el contexto concursal, cfr. Jequier Lehuédé, E., *Curso de derecho comercial*, 2.<sup>a</sup> ed., t. III, vol. 2, Santiago, Thomson Reuters, 2023, 219-275.
- 9 Art. 2413 c. c. co. En Chile, esta posibilidad se reitera en el régimen de la prenda sin desplazamiento, como se observa desde la definición contenida en el artículo 1.º, en el artículo 14 de la Ley N° 20.190, de 2007, y luego se regula en su artículo 18, para efectos de tratar sobre la tenencia, uso y goce de la cosa dada en prenda, y su artículo 37, en materia de purga.

es que en el derecho chileno no es posible abordar la figura a partir de la idea de una *fianza real*, en tanto el Código recalca la ausencia de una obligación de soporte asumida por el tercero constituyente, e, incluso en los casos en los que ella es evidente (como en la *fianza hipotecaria*), hay situaciones en que el aspecto personal queda completamente desdibujado, como ocurre de modo paradigmático con la ausencia del beneficio de excusión. Conforme a lo anterior, el sistema concursal solo se ocupa del tema con motivo de los efectos del acuerdo de reorganización (arts. 56, núm. 2, 95 y 286 R de la Ley N° 20.720, de reorganización y liquidación de activos de empresas y personas, o “LC”) y, con motivo de la reforma de la Ley N° 21.563, en el campo de la limitación de los efectos del descargo de la deuda al término del procedimiento concursal de liquidación (art. 255 LC)<sup>10</sup>. Pero, en ambos casos, siempre aludiendo al escenario en que es el deudor principal quien se encuentra en concurso, sin cubrir ni asumir todas las dificultades que se producen habida cuenta de la ausencia del crédito cuando estamos frente al concurso del garante.

Para efectos de ir dando cuenta de los principales problemas que genera esta construcción, el camino que proponemos seguir es el siguiente: primero, fijar los parámetros normativos que nos concede la regulación de la hipoteca constituida para asegurar deudas ajenas en el Código Civil, destacando la preocupación por distinguir las acciones (personales y reales) que surgen del supuesto en examen (I); y, luego, revisar las proyecciones concursales de dicha estructura jurídica (II), distinguiendo los casos en que no hay un soporte obligacional (A), de aquellas en que lo hay, por tratarse de una fianza hipotecaria (B). Todo ello, termina con las conclusiones de rigor.

## **I. Conceptualización general de la hipoteca constituida por un tercero en el Código Civil chileno**

En el sistema jurídico chileno, la posibilidad de que la hipoteca sea otorgada por una persona distinta del deudor se encuentra reconocida expresamente en el artículo 2414, inciso 2.º, c. c. ch.<sup>11</sup>. La norma llama la atención pues se ubica inmediatamente después de los requisitos de validez de la hipoteca, aunque no puede vislumbrarse un punto de contacto evidente entre las dos reglas, si no es porque, independientemente de quien sea el constituyente –el deudor o un tercero–, siempre se exige contar con

---

10 Sobre este tema, aun antes de la reforma, Caballero Germain, G. y Goldenberg Serrano, J.L., “Los efectos de la extinción de los saldos insolutos en el concurso sobre las garantías otorgadas por terceros”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fueyo, n.º 36, 2021, 41-77. La regla del artículo 255, inciso 3.º, LC ahora dispone expresamente que la extinción de las obligaciones no afectará el derecho de los acreedores frente a los garantes, incluyendo entre ellos al “tercero constituyente de garantías reales para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del deudor”, a quienes, además, priva de toda posibilidad de subrogación o reembolso.

11 Art. 2439 c. c. co. La primera frase del artículo 2414, inciso 2.º, c. c. ch. recién aparece en el proyecto de 1853 (entonces, art. 2603, inc. 2.º).

facultad de enajenación<sup>12</sup>. Adicionalmente, tal formulación se aleja de otras normas que parecieran dar a entender que el constituyente debe ser el deudor, como se aprecia ya desde su definición (art. 2407 c. c. ch.)<sup>13</sup>, de la factibilidad de la hipoteca sobre bienes futuros (art. 2419 c. c. ch.)<sup>14</sup>, en el caso de la denominada “hipoteca de máximo” (art. 2431 c. c. ch.)<sup>15</sup> y respecto de las menciones de la inscripción hipotecaria (art. 2432, núm. 1, c. c. ch.)<sup>16</sup>. Una cuestión que, por cierto, no es consistente en todo el párrafo, dado que en este también encontramos otras alusiones al “dueño” del bien hipotecado, sin indicación de que debe tratarse necesariamente del deudor (arts. 2415, 2416, 2418, 2426, 2434 c. c. ch.)<sup>17</sup>, lo que da cuenta de que ninguna de las reglas parece plantearse en términos restrictivos sobre la identificación del constituyente<sup>18</sup>.

El referido artículo 2414 c. c. ch. no solo es indicativo de la posibilidad de otorgamiento de hipoteca para la seguridad de una deuda ajena, sino que tiene por objeto aclarar el desdoblamiento de las acciones que tendrá el acreedor en caso de incumplimiento de la obligación principal<sup>19</sup>. Esta dualidad es lo que constituye el

12 Sobre la comprensión de este precepto, debe tenerse a la vista la sentencia de la Corte Suprema del 8 de noviembre de 2016, rol 85-2016, que, sobre la base del mentado artículo, cuestionó la validez de la hipoteca de cosa ajena. Para un estudio sobre la materia, cfr. Rubio Varas, F., “Artículo 2414”, en *Comentario histórico-dogmático al Libro IV del Código Civil de Chile*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2064-2065.

13 Art. 2432 c. c. co. En el proyecto de Código Civil de 1847, el artículo 635 no hacía referencia a la posición del deudor como dueño de los bienes hipotecados, en tanto aquel la conceptualizaba como “un contrato accesorio por el cual se obligan una o más cosas a la seguridad de un crédito, constituyéndose al acreedor un derecho real sobre dicha cosa o cosas”. En el proyecto de 1853, donde sí aparece una alusión indirecta sobre el punto (“la hipoteca es un derecho real, constituido por la lei o por una convención, sobre todos los bienes del deudor o sobre una o más fincas, para la seguridad de una obligación civil”: art. 2573), se hizo referencia marginal al artículo 2114 del *Code civil* francés (que no trata este aspecto, sino que se centra en el carácter de derecho real e indivisible de la hipoteca), y, en el llamado “proyecto inédito” (que contiene la definición actual del artículo 2407 c. c. ch.), al Código prusiano (Parte 1, título 20, art. 390), que solo alude al tipo de bienes sobre los cuales puede recaer (inmuebles por naturaleza) y a la necesidad de registro público.

14 Art. 2444 c. c. co.

15 Art. 2455 c. c. co.

16 En igual sentido, véase el artículo 81, número 1, del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces.

17 Arts. 2440, 2441, 2443, 2450 y 2457 c. c. co.

18 Complementariamente, obsérvese también el tratamiento de la acción de desposeimiento prevista a partir del artículo 758 del Código de Procedimiento Civil chileno (CPC), aludiendo a la necesidad de proceder conforme a tal regulación “[p]ara hacer efectivo el pago de la hipoteca, cuando la finca gravada se posea por otro que el deudor personal”.

19 Así lo ha reseñado la Corte Suprema, indicando que “[e]n la misma línea de razonamientos cabe agregar que el acreedor de un derecho caucionado con hipoteca dispone, para lograr la satisfacción de su derecho, de dos acciones: una[,] de carácter personal, en contra del deudor directo; y otra, de índole real, en contra del tercer poseedor del predio hipotecado. Mientras el inmueble gravado permanece en el patrimonio del deudor, la acción hipotecaria se confunde con la acción personal, pudiendo entonces el acreedor demandar en juicio ordinario o ejecutivo, según sea la calidad del título de que disponga el pago de su crédito, solicitando, en su oportunidad, el embargo de la finca gravada y su posterior subasta. Sin embargo, cuando el predio gravado se transfiera a un tercero co-

centro de atención por parte del legislador civil, como se advierte también en las reglas contenidas en los artículos 2425 y 2430 c. c. ch.<sup>20</sup>, a los que luego habremos de referir<sup>21</sup>. A partir de la primera norma citada, se deduce que el acreedor normalmente tendrá una acción personal en contra del deudor principal, a menos que se trate de una obligación natural (arts. 1470 y 1472 c. c. ch.)<sup>22</sup>, pero, por regla general, no gozará de este tipo de acción en contra del tercero constituyente<sup>23</sup>. Lo anterior, a menos que el dueño “se haya sometido expresamente a ella”, noción que se reitera en el artículo 2430 c. c. ch., aunque con una redacción un tanto diversa, cuando indica que “no se entenderá obligado personalmente, si no se hubiere estipulado”<sup>24</sup>. Tal sometimiento no debe entenderse como directamente alusivo a la acción, a pesar de la mayor proximidad gramatical que se ofrece en el dictado de la regla del artículo 2414 c. c. ch., sino a la obligación ajena, como resulta aclarado en el tenor del ya citado artículo 2430 c. c. ch.; ello porque la acción solo hace referencia al medio de protección judicial del derecho subjetivo<sup>25</sup>, por lo que no podría concluirse una sujeción a tal acción sin el soporte sustantivo que ella requiere, bajo la configuración aludida en las oraciones finales de los artículos 577 y 578 c. c. ch.<sup>26</sup>.

En este sentido, la posibilidad de que el acreedor cuente con una acción personal para dirigirse en contra del tercero constituyente requiere que este se haya obligado personalmente a la deuda, como ocurre en caso de que se trate de un fiador<sup>27</sup>. De ello

bra transcendencia la acción de desposeimiento, porque en contra de aquél no puede el acreedor proponer una acción personal, sino sólo aquélla, de carácter real, que tiene su origen en el mencionado derecho de persecución inherente a la hipoteca” (Corte Suprema, sentencia de 17 de abril de 2023, rol 67.643-2022). En similar sentido, también encontramos las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1 de diciembre de 2022, rol 89-2020, y de la Corte Suprema de 8 de septiembre de 2021, rol 76.694-2020.

- 20 Arts. 2449 (en la parte no modificada en referencia a los herederos del deudor difunto) y 2454 c. c. co.
- 21 Estas ideas ya quedaban expresadas en Pothier, R.J., *Oeuvres*, cit., 545, quien señalaba: “*l’action hypothécaire n’est point une action personnelle, mais une action réelle, puisqu’elle ne naît d’aucune obligation que le défendeur ait contractée envers le demandeur, ces parties n’ayant jamais eu aucune affaire ensemble; mais elle naît du droit d’hypothèque, que le demandeur a dans la chose hypothéquée, et cette action contient la poursuite de ce droit contre le possesseur de la chose*”.
- 22 Arts. 1524 y 1529 c. c. co.
- 23 En este sentido, véase Corte Suprema, sentencia de 28 de agosto de 1990, Fallos del Mes n.º 381.
- 24 El texto fue incorporado parcialmente en el Proyecto Inédito (art. 2605), en lo referente a la necesidad de desposeimiento. Los demás efectos eran tratados coincidentemente con el caso de los terceros poseedores que habían adquirido la finca hipotecada, refiriéndola, en general, como el régimen de los terceros obligados, aun cuando hayan querido obligarse personal o subsidiariamente a la deuda.
- 25 Romero Seguel, A., *Curso de derecho procesal civil*, t. I, *La acción y la protección*, Santiago, Thomson Reuters, 2017, 7-13.
- 26 Arts. 665 y 666 c. c. co.
- 27 Obsérvese, sin embargo, que no se alude aquí al codeudor solidario ni al deudor mancomunado, dado que no se trataría de la seguridad de una obligación ajena, como exige la primera parte del artículo 2414 c. c. ch., sino de una obligación propia. Lo anterior se coherente con la idea prevista en el artículo 1512 c. c. ch. (art. 1569 c. c. co.), que admite que, a pesar de la necesaria identidad

se sigue que la referencia está dada a la fianza, como se reafirma en la alusión a la “fianza hipotecaria” en el artículo 2430, inciso 3.º, c. c. ch., entendida esta como el supuesto en que, además de la hipoteca para garantizar la obligación ajena, el tercero constituyente de la hipoteca se ha hecho también fiador –que es un supuesto distinto al de revestir la obligación fideiusoria (como obligación propia) con la seguridad adicional de la hipoteca (art. 2344, inc. 2.º, c. c. ch.)–<sup>28</sup>. Así las cosas, para entender que junto a la constitución de la hipoteca el tercero se ha comprometido como fiador, es necesario que ello se haya expresado inequívocamente en el texto contractual<sup>29</sup>, y solo en tal caso se entiende que el acreedor goza de una acción personal adicional contra el tercero<sup>30</sup>.

Es por ello que nos parecen inadmisibles en el derecho chileno las conclusiones a las que se ha llegado en otros ordenamientos sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca otorgada por un tercero<sup>31</sup>. Por ejemplo, en España, Díez-Picazo y Gullón afirman la existencia de una especie de *fianza real*, pero entendida en el sentido de que el tercero se ha obligado conjuntamente como fiador del deudor principal y como tercero constituyente de la hipoteca. Ellos estiman que, tratándose necesariamente de un deudor, el hecho de la constitución de la fianza no privaría al acreedor de la posibilidad de dirigirse en contra del resto del patrimonio del tercero, pero con la particularidad de la limitación al valor del inmueble hipotecado<sup>32</sup>. Ello supondría que esta clase de garantía desdoblara sus efectos en dos negocios jurídicos diversos: la fianza, configurando al tercero como deudor, e hipoteca, constituyendo el gravamen real<sup>33</sup>. Esta lectura, sin embargo, resulta controvertida por Carrasco Perera, precisamente en el ámbito de la insolvencia, para quien “este garante por deuda ajena, como el tercer poseedor de bienes hipotecados, no es deudor, sino responsable

---

de la cosa debida en el marco de la solidaridad, ella puede deberse de distintos modos, incluyendo la posibilidad de que solo algunos de los codeudores hayan constituido hipoteca para asegurar el cumplimiento de la obligación.

- 28 Art. 2370 c. c. co. Sin mayor diferencia entre uno y otro supuesto, el artículo 72 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces dispone: “Pero si resultare de un título que muchos deudores o fiadores hubiesen hipotecado los inmuebles que singularmente les corresponden, se verificarán tantas inscripciones cuantos los inmuebles sean”.
- 29 Corte Suprema, sentencia de 3 de enero de 2011, rol 6100-2009.
- 30 Como expresan Caballero Germain, G. y Goldenberg Serrano, J.L., “Los efectos de la extinción de los saldos insolutos en el concurso sobre las garantías otorgadas por terceros”, cit., 65, esta regla se coordina con la idea de que la fianza no se presume (art. 2347 c. c. ch.), de modo que la sola constitución de la garantía real no asegura la creación de una obligación fideiusoria.
- 31 Carpi Marín, R., *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, cit., 59-103.
- 32 Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de derecho civil*, vol. III, *Derecho de las cosas y derecho inmobiliario registral*, Madrid, Tecnos, 1995, 502. En similar sentido, Puig Peña, F., *Compendio de derecho civil español*, t. II, *Derechos reales*, Barcelona, Nauta, 1966, 731, y Camy Sánchez-Cañete, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, Aranzadi, 1972, 70.
- 33 Carpi Marín, R., *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, cit., 75.

del pago de la deuda, responsabilidad que no es suficiente para convertir al acreedor beneficiario en acreedor concursal”<sup>34</sup>.

A nuestro juicio, la lectura de los artículos 2414 y 2430 c. c. ch. da cuenta de la general ausencia de crédito de soporte a la caución real (salvo que así se haya manifestado), de modo que, por regla general, el acreedor no cuenta con una acción personal en contra del tercero garante. Por este motivo, cuando Somarriva Undurraga advierte que el supuesto del que tratamos constituye una “verdadera fianza, porque en ella el tercero, al igual que el fiador, no tiene interés en la deuda garantizada”<sup>35</sup>, tal idea debe tomarse con cierta cautela. Si bien el autor utiliza el concepto de *fianza real*, la adopta como expresión del caso en que no hay acción personal contra el tercero, de modo que el acreedor puede perseguir únicamente el inmueble hipotecado<sup>36</sup>. Por ello se ha indicado que esta asimilación a la fianza solo permitiría efectuar algunas aplicaciones analógicas de su régimen jurídico al caso que tratamos, pero deteniéndose en todo cuanto se aleje de su naturaleza real y sujetándose a la idea de que, a fin de cuentas, soportaría las consecuencias del incumplimiento ajeno (en parte) de su patrimonio<sup>37</sup>. Ejemplo de lo anterior, agrega Somarriva Undurraga, es que debe reconocerse al tercero la posibilidad de ejercicio de la excepción de subrogación<sup>38</sup>, al tiempo que también, si extingue la deuda y existen fiadores de ella, podría repetir contra estos de acuerdo con las reglas establecidas para los fiadores<sup>39</sup>.

Lo que no se podrá negar es que, respecto de este tercero constituyente, el acreedor siempre gozará de la acción real que tutela el derecho real de hipoteca (art. 577 c. c. ch.). Conforme a lo anterior, es aplicable el artículo 2425 c. c. ch., en el sentido de que la acción hipotecaria no perjudica la acción personal que se tiene respecto al deudor principal, aun cuando la regla aún repose sobre la idea de que el constituyente de la hipoteca es el propio deudor<sup>40</sup>. Por ello indica que podrá pagarse sobre

34 Carrasco Perera, A., *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, cit., 99.

35 Somarriva Undurraga, M., *Tratado de las cauciones*, Santiago, Nascimento, 1943, 340.

36 *Ibid.*

37 Carpi Marín, R., *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, cit., 85-86; Carrasco Perera, A.; Cordero Lobatón, E. y Marín López, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, cit., 716-717; Caballero Germain, G. y Goldenberg Serrano, J.L., “Los efectos de la extinción de los saldos insolutos en el concurso sobre las garantías otorgadas por terceros”, cit., 66.

38 En este sentido, expresamente el artículo 2869 del *codice civile* italiano de 1942, y el artículo 717.1 c. c. portugués.

39 Somarriva Undurraga, M., *Tratado de las cauciones*, cit., 340.

40 La Corte Suprema, en sentencia de 18 de mayo de 2020, rol 11546-2019, señaló “[q]ue, así las cosas, resulta evidente que el acreedor de un derecho caucionado con hipoteca dispone, para lograr la satisfacción de su derecho, de dos acciones: una de carácter personal, contra el deudor directo; y otra, de índole real, contra el tercer poseedor del predio hipotecado. Mientras el inmueble gravado permanece en el patrimonio del deudor, la acción hipotecaria se confunde con la acción personal, pudiendo entonces el acreedor demandar en juicio ordinario o ejecutivo, según sea la calidad del título de que disponga el pago de su crédito, solicitando, en su oportunidad, el embargo de la finca gravada y su posterior subasta. Sin embargo, cuando el predio gravado se transfiere a un tercero cobra trascendencia la acción de desposeimiento, porque en contra de este no puede el acreedor pro-

los bienes de este que no le hayan sido hipotecados. La conclusión se mantiene al observar las diversas fuentes de las acciones, personal y real, emanadas respectivamente del derecho de crédito y del derecho real de hipoteca; y, de conformidad con ello, se llega a la misma conclusión a la que arriba el texto normativo cuando enuncia que la acción hipotecaria no comunica su derecho de preferencia a la acción personal. Según esto, puede entenderse que la acción personal dirigida en contra del deudor principal conserva su carácter quirografario o privilegiado, según sea el caso, permitiéndole dirigirse en contra de todo su patrimonio (art. 2465 c. c. ch.)<sup>41</sup>, pero tal derecho jamás podrá entenderse como revestido de la preferencia que confiere la hipoteca.

## **II. Elementos adicionales del régimen de las hipotecas constituidas por terceros y su proyección en el contexto concursal**

Para los efectos del análisis que sigue diferenciaremos los dos supuestos que plantean los artículos 2414, inciso 2.º, y 2430 c. c. ch., a efectos de verificar cómo se comporta cada uno de ellos en caso de que el constituyente se encuentre sometido a un procedimiento concursal. El primero se refiere al de la hipoteca constituida para asegurar deudas ajenas, en las que, como ha quedado dicho, no existe una obligación de soporte, y donde la problemática se refiere a la ausencia de un crédito y a las dificultades que ello proyecta en la justificación de la preferencia (A); el segundo se refiere a los casos de la denominada *fianza hipotecaria*, en que se debe agregar la particularidad de la necesaria distinción del destino de la obligación fideiusoria y de la garantía real constituida para asegurar el cumplimiento de la deuda del tercero (B).

### **A. Problemas concernientes al caso del tercero simplemente hipotecante**

#### ***1. Un primer problema: la ausencia de crédito***

Luego de concluir que la figura de la hipoteca en garantía de deuda ajena no se sustenta en la noción de una obligación por parte del hipotecante, la primera duda que surge es si el titular del derecho real de hipoteca tiene algún grado de participación en el concurso de aquel. La ausencia de crédito nos conduce a sostener que este no forma parte de la masa pasiva del concurso y, en consecuencia, no debe ser considerado en las nóminas de créditos reconocidos formadas en los procedimientos de reorganización ordinaria (arts. 70 y 71 LC) o simplificada (arts. 286 G y 286 H LC);

ponerse una acción personal, sino sólo aquella de carácter real que tiene su origen en el mencionado derecho de persecución inherente a la hipoteca". Si bien este caso es diverso, pues refiere al tercero poseedor de la finca hipotecada, comparte la idea de que se produce un desengarce de las acciones personales y reales en lo que se refiere a su legitimación pasiva.

41 Art. 2488 c. c. co.

de liquidación ordinaria (arts. 174 y 175 LC) o simplificada (arts. 277 D y 277 E LC); ni de renegociación (art. 265 LC). Tampoco se verá afectado por los términos del acuerdo de reorganización (arts. 66 y 286 F LC), no se le considerará para efectos del pago del pasivo (arts. 241 ss. LC) ni se verá vinculado por los términos de un acuerdo de renegociación o de ejecución (art. 268 LC).

El titular del derecho real de hipoteca es, en consecuencia, un extraño al concurso, aun cuando la hipoteca deba ser considerada como una carga que afecta a uno de los inmuebles del deudor concursado. De lo anterior se sigue que su existencia deberá quedar de alguna manera expresada en estos procedimientos, especialmente para fines de identificar los gravámenes que recaen sobre la masa activa del concurso. Lo anterior, tomando como base que, en principio, el beneficiario de la hipoteca conserva todos los derechos que le concede esta garantía, salvo que exista una norma que, ajena a la consideración de la inexistencia del crédito, le sea igualmente aplicable. Revisemos, entonces, la forma en que ella se despliega en cada uno de los procedimientos concursales y las dificultades que en ellos se producen.

En el caso de la reorganización concursal, sea ordinaria o simplificada, la existencia de la hipoteca deberá quedar reflejada en la relación de los bienes del deudor (art. 56, núm. 1, LC), aunque, dada la inexistencia del crédito, los derechos del titular de la hipoteca no se vean afectados por los términos del acuerdo (art. 66 y 286 F LC) ni este forme parte de alguna de las clases de acreedores (art. 61 LC). Esto último, ni siquiera en caso de que ellos fuesen esenciales para el giro del hipotecante, dado que los artículos 95 y 286 R LC se refieren expresamente a las “obligaciones del [d]eudor” garantizadas con prenda o hipoteca. De este modo, el único efecto relevante es el que se produce en el contexto de la protección financiera concursal (art. 57, núm. 1, letras a, b y c, LC), en la medida en que se limitará el inicio y la continuación de los juicios ejecutivos y no se podrán hacer efectivas cláusulas que permitan la ejecución de las garantías fundadas en el inicio del procedimiento concursal de reorganización<sup>42</sup>. Sobre este último punto, obsérvese que la obligación caucionada podría no ser actualmente exigible, y, en consecuencia, no admitir la ejecución de la hipoteca, puesto que la situación de insolvencia (aún remontable) que pesa sobre el hipotecante no necesariamente afecta al deudor principal. De tal forma, la aplicación de estas limitaciones solo podrá tener lugar en la medida en que la obligación principal esté incumplida, que es el único escenario que admite la pretensión de ejecución de la garantía.

¿Pero qué sentido tiene esta restricción si, terminada la protección financiera concursal y alcanzado un acuerdo de reorganización, el titular del derecho real de hipoteca puede ejecutar igualmente el bien, incluso si este tiene un carácter esencial para el hipotecante? La normativa concursal no expresa una solución para este asunto, de lo que resulta que es un riesgo que deberá ser observado por los acreedores

---

42 Goldenberg Serrano, J.L., *La protección financiera concursal*, Santiago, Thomson Reuters, 2020, 61-104.

que forman parte del concurso al tiempo de manifestar su voluntad en la junta de acreedores (art. 79 LC) o mediante la emisión de su voto escrito (arts. 80 y 286 N LC). Ello quiere decir que, no existiendo forma de limitar los derechos del beneficiario de la hipoteca, es el propio acuerdo el que deberá formular los mecanismos necesarios para que, en caso de que aquel intente su ejecución, el bien esencial no salga de las manos de la *empresa deudora*. Por ejemplo, mediante la reserva de fondos para proveer al pago de la deuda al tiempo del ejercicio previo de la acción de desposeimiento (art. 758 CPC)<sup>43</sup>, para luego promover la correspondiente acción de reembolso (art. 2429 c. c. ch.)<sup>44</sup>.

En el procedimiento concursal de renegociación ocurre algo similar. La existencia del gravamen debe identificarse en la declaración jurada que contiene el listado completo de los bienes del solicitante (art. 261, letra c, LC)<sup>45</sup>, pero los efectos que se producen se restringen a las limitaciones de las ejecuciones durante el curso del procedimiento (art. 264 LC)<sup>46</sup>. En lo que respecta al acuerdo de renegociación, las reglas aplicables suponen la existencia de un crédito, que aquí no se presenta (arts. 266 y 268 LC), de modo que la situación es parecida a la que existe en un escenario de reorganización, aunque con distancias en torno a la ausencia de discusión relativa a la esencialidad del bien (al no existir unidades económicas relevantes) ni ser previsible que la *persona deudora* pueda efectivamente reservar fondos para el pago de una eventual deuda ajena. Un problema diverso se presenta en el caso del acuerdo de ejecución (art. 267 LC), puesto que ello supone resolver la cuestión de las preferencias a la que aludiremos en el apartado siguiente.

Finalmente, el mayor desajuste se produce en el contexto del procedimiento concursal de liquidación. Al igual que en los casos anteriores, la existencia del gravamen deberá quedar reflejada al inicio del procedimiento (arts. 115, núm. 1, y 273 A, núm. 1, LC), si se trata de una liquidación voluntaria, o por medio de la constancia de derechos formulados por el tercero en la práctica de la incautación de bienes (art. 164, núm. 4 LC), la que, sin embargo, podrá no existir en el caso del procedimiento concursal de liquidación simplificada (art. 275 LC)<sup>47</sup>. No obstante, el régimen jurídico parece enturbiarse en el momento en que las normas alusivas a los derechos del titular de la hipoteca asumen que se trata de un acreedor hipotecario (arts. 135,

43 Aunque al no estar obligado al pago de la deuda, esto es, no siendo un deudor personal, no puede ser requerido de pago en el marco del desposeimiento de la finca hipotecada. Véase Díez Duarte, R., *La hipoteca*, Santiago, Jurídica Conosur, 1997, 223.

44 Art. 2453 c. c. co.

45 Complementado por el artículo 12 de la Norma de Carácter General N° 21, de 11 de agosto de 2023, de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento.

46 Goldenberg Serrano, J.L., *La protección financiera concursal*, cit., 173-185.

47 En este caso, particularmente para la liquidación forzosa simplificada, la identificación podría provenir de la exigencia prevista en el artículo 285, inciso 2.º, LC, en la medida en que el tribunal debe ordenar al deudor acompañar uno o más de los antecedentes exigidos en el artículo 273 A LC, entre los cuales se incluye la singularización de los bienes del deudor y los gravámenes que les afecten (núm. 1).

218, 219, 233, 239, 243 y 279 A LC), lo que, en este caso, no se presenta. Lo anterior supondría que la dictación de la resolución de liquidación del constituyente no hace exigible las obligaciones del deudor principal (art. 136 LC), pero, si la deuda principal se incumple, el concurso no impide la ejecución de las garantías, aunque radica su competencia ante el tribunal que conoce de la liquidación concursal (art. 142 LC), y debe notificarse de la demanda al liquidador (art. 130, núm. 3, LC). En este punto se presenta el problema de la preferencia del crédito, al que haremos referencia en el apartado siguiente, aunque adelantamos que la cuestión se genera también porque el artículo 135, inciso 2.º, LC prevé el reconocimiento del privilegio de primera clase por sobre la posibilidad de cobro de los acreedores hipotecarios y prendarios, cuando alude al supuesto de la existencia de un crédito en contra del deudor en concurso.

El mayor conflicto se evidencia porque el carácter universal del procedimiento implica que el inmueble hipotecado pase a formar parte de la masa activa y, en consecuencia, podría ser enajenado por el liquidador bajo cualquiera de las fórmulas previstas en la ley o en la que determinen los acreedores en los términos de los artículos 206 y 207 LC, aplicables estos últimos solo a las liquidaciones ordinarias. En principio, destacamos que, en esta circunstancia, el inmueble será realizado con el gravamen hipotecario, reduciendo el valor de enajenación del bien, si es que existe un mercado real dispuesto a su adquisición en estas condiciones.

Lo anterior lleva a reflexionar sobre si es posible efectuar alguna suerte de *purga de la hipoteca* en sede concursal para evitar este efecto. Con el objeto de analizar lo anterior debemos recordar que los derechos reales se distinguen de los derechos personales precisamente debido a su carácter *erga omnes*, de manera que recaen sobre la cosa sin respecto a determinada persona (art. 577, inc. 1.º, c. c. ch.). La conceptualización de la hipoteca como derecho real (arts. 577, inc. 2.º, c. c. ch. y 2407 c. c. ch.) no hace sino reafirmar la esencia de este tipo de derecho que, funcionalmente, se traduce en la posibilidad de que el acreedor hipotecario pueda perseguir el bien en manos de quien se encuentre, con independencia del título que el tercero reclame para justificar su tenencia<sup>48</sup>. Como ha indicado la jurisprudencia en Chile,

... el derecho de persecución de la finca consagrado en el artículo 2428 del Código Civil, de acuerdo con el cual “la hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido”, se instrumentaliza por medio de la acción de desposeimiento, la que, de esta manera, viene a constituir una manifestación de aquel derecho concretado en el ámbito procesal<sup>49</sup>.

---

48 Corte Suprema, sentencia de 22 de noviembre de 2001, rol 3599-2000.

49 Corte Suprema, sentencia de 18 de mayo de 2020, rol 11546-2019.

En consecuencia, este derecho de persecución se integra en el derecho real de hipoteca a fin de asegurar el correcto cumplimiento y la estabilidad de la garantía<sup>50</sup>. Pero una aplicación estricta del precepto puede producir un estancamiento de los derechos de los demás acreedores, que, de conformidad con la regla de responsabilidad universal (art. 2465 c. c. ch.), pueden dirigirse en contra de todos los bienes raíces o muebles, presentes y futuros, del deudor, a efectos de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. De este modo, a fin de conciliar los intereses de los diversos acreedores, es que el ordenamiento jurídico chileno ha previsto una forma de cese del derecho de persecución, bajo el concepto de *purga de la hipoteca*. Díaz Duarte la define como “la extinción del derecho del acreedor hipotecario de persecución, cuando la finca se vende en pública subasta y en las condiciones que nos señala el artículo 2428 del Código Civil, en sus incisos segundo y tercero, pública subasta ordenada por el juez en juicio ejecutivo”<sup>51</sup>.

Entonces, la purga de la hipoteca es una figura que no se presenta en el contexto del derecho de venta ni de preferencia de los cuales goza el acreedor hipotecario, sino particularmente en el derecho de persecución<sup>52</sup>. Por tanto, aun cuando la purga se logre en virtud del cumplimiento de las normas establecidas al efecto, no produce una extinción de todas las facultades que integran el derecho de hipoteca, sino solo de una de ellas, como es la posibilidad de perseguir su ejecución en manos de quien se encuentre. Sin embargo, dado que se trata de una privación de derechos ya constituidos, la Corte Suprema ha indicado que la posibilidad de la purga de la hipoteca debe interpretarse y aplicarse de manera restrictiva. A juicio de este tribunal,

... por la trascendencia que reviste este instituto para el régimen de garantías y la protección constitucional [de] que goza el derecho de dominio, la institución de la purga de la hipoteca opera de forma excepcional, de conformidad al inciso segundo del artículo 2428 del Código Civil, esto es, cuando un tercero adquiere la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el juez, ya que de esta forma se logra enervar el derecho a ejercer la persecución preferente que la hipoteca trae consigo y que ampara hasta ese momento al titular del derecho real de hipoteca, frente a aquel tercero que adquiere la finca en la subasta judicial<sup>53</sup>.

50 Lecaros Sánchez, J.M., *Las cauciones reales. Prenda e hipoteca*, 2.ª ed., Santiago, Metropolitana, 2009, 380.

51 Díaz Duarte, R., *La hipoteca en el Código Civil chileno*, Santiago, Paced, 1991, 199. En este sentido, también Corte Suprema, sentencia de 14 de mayo de 2018, rol 37.262-2017.

52 Conforme a ello, no concordamos con la idea de que la purga tenga por efecto la extinción del derecho real de hipoteca, sino solo de la facultad persecutoria, porque de otro modo no se entendería cómo podría el acreedor hipotecario pagarse con preferencia sobre el producto de la realización. En sentido contrario, sin embargo, la sentencia de la Corte Suprema de 7 de marzo de 2022, rol 129451-2020, que incorpora a la purga en el listado de causales de extinción.

53 Corte Suprema, sentencia de 10 de junio de 2014, rol 13982-2013.

En principio, la posibilidad de ejecución forzada supone que un acreedor diverso al titular de la hipoteca haya solicitado la realización de la finca a efectos de lograr que se le pague con el producto de la enajenación. En este sentido, el artículo 2428 c. c. ch. establece un beneficio para el tercero adquirente del bien inmueble, en la medida en que se cumpla con los requisitos previstos en la norma. Es así como la Corte Suprema ha indicado:

... el instituto de la purga de la hipoteca está establecido en beneficio del tercero que adquiere un bien raíz hipotecado en pública subasta, realizada por orden judicial como consecuencia de un procedimiento ejecutivo o una quiebra, concurriendo los demás requisitos legales, lo que en ningún caso afecta o hace perder la preferencia de que el acreedor hipotecario se encuentra dotado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2477 del Código Civil, para exigir el pago de su crédito sobre el precio del remate, en el procedimiento a que fue citado<sup>54</sup>.

La cesación del derecho de persecución que envuelve a la hipoteca, en consecuencia, requiere del estricto cumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 2428 c. c. ch., como son la realización del bien en pública subasta, la citación al titular de la hipoteca y el transcurso del término de emplazamiento, además de la posterior consignación del producto de la ejecución en manos del tribunal. Ninguno de los referidos requisitos hace excepción en el caso de un procedimiento concursal<sup>55</sup>, con el matiz de que aquí la realización no es solicitada directamente por un acreedor, sino que forma parte del procedimiento de realización del activo en el marco de la liquidación (arts. 203 ss. LC)<sup>56</sup>. Al efecto, como señala Vergara Bezanilla:

No cabe duda [de] que si los acreedores hipotecarios se pagan con el producto de la subasta conforme al principio antes citado, las hipotecas se extinguen. Pero la cuestión en debate no es ésta, sino otra. Consiste en determinar si es oponible a los acreedores hipotecarios la subasta a la que no han sido legalmente citados. La respuesta ya está dada en este comentario: la venta forzada hecha en esas condiciones es inoponible al acreedor hipotecario, no lo obliga y carece de la fuerza legal necesaria para producir la purga de la hipoteca. El acreedor hipotecario puede, pues, ejercer la acción de desposeimiento en contra del adquirente, a menos que decida ratificar la

---

54 Corte Suprema, sentencia de 16 de octubre de 2008, rol 3632-2007.

55 Sobre el particular, Vergara Bezanilla, J.P., “La purga de la hipoteca en el juicio de quiebra. Comentario a la sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 21 de noviembre de 1985 en el Recurso de Queja N° 696, deducido contra la Corte de Apelaciones de Chillán”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 82, t. 1, Sección Derecho, 1985, 77-80.

56 En cualquier caso, la jurisprudencia ha aceptado una amplitud de quienes pueden activar el procedimiento de purga de la hipoteca, no solo radicándolo en acreedores hipotecarios, sino también en quirografarios, ordinarios o comunes. Véase Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 4 de mayo de 2018, rol 7849-2017.

venta, lo que puede hacer aun tácitamente allanándose al pago que le haga el síndico: pero si no lo hace, no está obligado a aceptar que su crédito sea extinguido con el precio obtenido en una subasta a la que no fue legalmente citado para el debido resguardo de sus intereses<sup>57</sup>.

Ya hemos advertido que la posibilidad de la purga de la hipoteca impone el cumplimiento de ciertos requisitos para hacer cesar el derecho de persecución, y es aquí donde encontramos un obstáculo en la LC. La expresión “pública subasta ordenada por el juez”, utilizada por el artículo 2428 c. c. ch., ha sido interpretada de manera restrictiva por la doctrina aludiendo a una particular forma de ejecución, sea que ella se produzca como consecuencia “de un juicio ejecutivo, del juicio de quiebras, o del concurso particular de hipotecarios”<sup>58</sup>. En efecto, conforme al antiguo artículo 122, inciso 2.º, del Libro IV del Código de Comercio<sup>59</sup>, la forma ordinaria de realización de los bienes era la “pública subasta ante el juez que conoce de la quiebra, en conformidad a los trámites del juicio ejecutivo, o en licitación pública cuyas bases deberán ser aprobadas en la junta de acreedores”<sup>60</sup>. Por ello, Contreras Strauch sostenía que “si hay acreedores hipotecarios, el síndico, en las mismas bases, deberá incluir la notificación judicial a dichos acreedores, a objeto de que se pronuncien sobre si conservan su garantía o aceptan ser pagados con el producto del remate”<sup>61</sup>, circunstancia que, evidentemente, aludía a la figura de la purga en comento.

Sobre este punto, alguna referencia adicional debemos hacer a lo previsto en el artículo 492 CPC, que trata el caso en que el acreedor de grado preferente es citado en los términos del artículo 2428 c. c. ch. De acuerdo con la mentada norma, se le concede un derecho de opción entre exigir el pago sobre el precio del remate o conservar la hipoteca sobre la finca subastada, pero, en este segundo caso, siempre que el crédito no esté devengado. Ahora bien, se ha dicho que este último supuesto no puede tener lugar en el caso de la liquidación concursal, dado que, tanto en virtud del artículo 1496, núm. 1 c. c. ch., como del artículo 136 LC, resultará que las obliga-

57 Vergara Bezanilla, J.P., “La purga de la hipoteca en el juicio de quiebra”, cit., 80.

58 Somarriva Undurraga, M., *Tratado de las cauciones*, cit., 486.

59 Norma que contenía la legislación concursal en Chile hasta el año 2014, cuando entró en vigor la LC.

60 Sobre las diferencias existentes entre la pública subasta y la licitación pública, se debía tener presente el Instructivo N° 3, de 20 de agosto de 2010, de la Superintendencia de Quiebras, que señalaba lo siguiente: “La junta de acreedores legalmente constituida puede acordar válidamente que el o los bienes raíces de propiedad de la fallida sean enajenados mediante licitación pública, entendiendo este último concepto precisamente como una vía que excluye la alternativa inmediatamente anterior descrita en el artículo 122 del Libro IV del Código de Comercio, a saber, pública subasta ante el juez que conoce de la quiebra, tramitada según las reglas del juicio ejecutivo”. La diferencia entre ambos sistemas de realización de los activos del fallido era puesta de manifiesto por el mismo instructivo, indicando que “la fórmula de licitación pública, al constituir una vía distinta a la subasta pública o remate, importa excluir los aspectos propios de esta última forma de ejecución, en el supuesto [de] que, de estimarse similares, no se mostraría lógica la diferenciación que el legislador evidentemente consagró entre ambas vías de licitación”.

61 Contreras Strauch, O., *Insolvencia y quiebra*, Santiago, Jurídica de Chile, 2010, 228-229.

ciones son exigibles, de lo que se deduce que siempre se deberían pagar los créditos con el producto del remate<sup>62</sup>. No obstante, cabe recordar que en el caso de que nos ocupamos no hay crédito en contra del concursado, por lo que las reglas aludidas no tienen aplicación si no se ha abierto una liquidación concursal en contra del deudor principal o si no se ha pactado una aceleración convencional de la deuda por el hecho de la liquidación del tercero hipotecante.

A mayor abundamiento, el artículo 492 CPC se pone en el escenario concursal, disponiendo que “si se ha dictado la resolución de reorganización que incluya los bienes del poseedor de la finca perseguida, o ha sido sometido a un procedimiento concursal de liquidación, se estará a lo prescrito en el artículo 2477 c. c. ch.”, aludiendo a la apertura de un concurso particular en supuestos de concurrencia de varios acreedores hipotecarios. Vinculado con el artículo 135, número 2, LC, ello tendrá lugar cuando cualquiera de los acreedores hipotecarios haya optado por la ejecución del bien en el mismo procedimiento concursal de liquidación. En este caso, se suspenderá el derecho de ejecución separada por parte de los demás acreedores hipotecarios, resolviéndose todo en el marco del concurso, procediéndose a la ejecución de la garantía y distribuyéndose el producto atendiendo a la fecha de las hipotecas, conforme a la máxima *prior in tempore, potior in iure*.

Sin embargo, en todo este marco normativo se ha olvidado que la LC ya no establece la “pública subasta” como procedimiento base, sino la “venta al martillo”, como se aprecia en los artículos 204, 208 y 279 LC. Tampoco parece admisible que los particulares puedan encomendar al tribunal su realización si ella no se encuentra prevista expresamente por el legislador, puesto que aquí estamos en la órbita del derecho público y, en consecuencia, las atribuciones judiciales deben estar reconocidas por ley<sup>63</sup>. El único caso en el que ella es posible se presenta cuando exista un acreedor hipotecario del concurso (titular de un crédito en contra del deudor cubierto por hipoteca sobre el mismo inmueble), que haya optado por deducir o continuar sus acciones sobre la prenda o hipoteca separadamente, y no en el mismo procedimiento concursal de liquidación, ni conforme a un concurso particular, en los términos permitidos en el artículo 135, inciso 2.º, LC al que recién hicimos referencia. Salvo dicho caso, parece que esta inadvertencia legislativa, así como la lectura estricta que los tribunales han dado a las reglas de los artículos 2428 c. c. ch. y 492 CPC, harían que el bien sea realizado sin permitir el cese del derecho de persecución por parte del

62 Somarriva Undurraga, M., *Tratado de las cauciones*, cit., 495.

63 Considérese que, cuando el artículo 892 CPC se refiere a la “venta voluntaria en pública subasta”, se refiere a los casos en los que ella ha sido ordenada por la ley (por ejemplo, el artículo 88 c. c. ch., respecto a la venta de los bienes del desaparecido, y el artículo 394 c. c. ch., en lo referente a la venta de los bienes del pupilo), lo que no se evidencia en la LC. E, incluso ampliándola a estos supuestos, se entiende que ella no satisface el requisito de la purga previsto en el artículo 2428 c. c. ch., puesto que este supone que ella ha sido ordenada por el tribunal. Sobre este particular, Somarriva Undurraga, M., *Tratado de las cauciones*, cit., 486.

titular del derecho de hipoteca y, como hemos señalado, reduciendo el mercado o, al menos, el valor de ejecución del bien.

En línea similar, otro inconveniente se presenta porque tampoco es posible la adscripción del bien para una continuación definitiva de las actividades del deudor; aun cuando el artículo 233 LC admite que ella contenga bienes hipotecados, todo esto requiere del voto favorable por parte del acreedor hipotecario en la junta que apruebe tal continuación. Ello supone, nuevamente, que se trate de un acreedor, puesto que solo ellos obtienen derecho a voto en las juntas (art. 189 LC), lo que en este caso no se presenta. Algo similar ocurre en el caso de la venta como unidad económica, puesto que, si bien ella no requiere del voto favorable del titular de la hipoteca, el artículo 218 LC dispone que el acuerdo suspende el derecho de los “acreedores hipotecarios” para iniciar o proseguir de forma separada las acciones dirigidas a obtener la realización de la finca hipotecada y que esté comprendida en la unidad económica, decantando nuevamente por la necesidad de estar frente a un acreedor del concurso<sup>64</sup>. Aquí el problema se produce porque el artículo 221 LC dispone que la escritura pública en que conste la venta como unidad económica deberá ser aprobada por el tribunal, el cual ordenará el alzamiento y cancelación de todos los gravámenes y prohibiciones que pesen sobre los bienes que integran la unidad económica, lo que tiene sentido respecto a los acreedores hipotecarios (que, conforme al artículo 219 LC, se pagarán del valor, con la preferencia correspondiente), pero carece del mismo respecto al titular del derecho de hipoteca que no tiene el carácter de acreedor en este concurso. En suma, todo este silencio legislativo resulta confuso y puede terminar entorpeciendo la búsqueda de la maximización de las posibilidades de cobro del conjunto de acreedores, pilar sobre el cual se construye el derecho concursal chileno<sup>65</sup>.

64 Puga Vial, J.E., *Derecho concursal. Del procedimiento concursal de liquidación*, Santiago, Jurídica de Chile, 2014, 624, entiende que, para este caso preciso, “la misma disposición del artículo 219 de la ley viene a reemplazar el artículo 2428 del Código Civil en el sentido de que producida la enajenación de los bienes hipotecados –o prendados– insertos en la unidad económica, se extingue la hipoteca y la preferencia sólo se mantiene por los valores indicados en las bases de enajenación. Pero si no se produce dicha enajenación por falta de postores o porque simplemente se decide no llevarla a efecto, subsisten las hipotecas y/o prendas y se levanta, por ese solo hecho, la suspensión de ejecuciones separadas”. En sentido contrario, Ruz Lártiga, G., *Nuevo derecho concursal chileno*, t. I, Santiago, Thomson Reuters, 2017, 1088, advierte que “la LNPC eliminó la exigencia que se contenía en la derogada LQ en orden a que la venta fuera necesariamente en subasta pública, al mejor postor y ante el juez del concurso, lo que deja en entredicho la interpretación que se había asentado bajo el estatuto anterior, según el cual esta regla se homologaba a una ejecución forzada decretada por el ministerio de la justicia, lo que traía como consecuencia la purga de los gravámenes que afectaban los bienes que conformaban la VUE [venta como unidad económica]”.

65 Goldenberg Serrano, J.L., *La visión privatista del derecho concursal*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, *passim*.

## 2. Un segundo problema: la preferencia sin crédito

Somarriva Undurraga era de la opinión de que el acreedor podía alegar la preferencia emanada de la hipoteca, entre otras, en la *quiebra* del tercero poseedor<sup>66</sup>. Lo anterior se sustentaría en la idea de que la preferencia puede ser invocada por el acreedor hipotecario con independencia de la persona que se encuentra en poder del inmueble, habida cuenta del carácter real del derecho de hipoteca y la posibilidad de persecución<sup>67</sup>. Sin embargo, en atención a lo indicado en el apartado anterior, podrá observarse que aquí encontramos un nuevo problema dogmático, ya que la preferencia es una calidad que se asigna a un crédito<sup>68</sup>, y, en este caso, no existe crédito alguno con respecto al tercero constituyente, a menos que, conforme a los artículos 2414 y 2430 c. c. ch., se haya sometido expresamente al mismo en los términos antes analizados<sup>69</sup>. E, incluso en tal caso, nuevamente habrá de distinguirse que, estando frente a una fianza hipotecaria, deberán desdoblarse las acciones que se tienen respecto del tercero, en una acción personal (emanada de la obligación fideiusoria) y en otra real (emanada del derecho real de hipoteca). Así, la pregunta estará en la forma en la que se construye el derecho de preferencia, puesto que este no reposa directamente en un crédito, sino únicamente en una acción real.

Negada la existencia de una obligación personal subyacente a la hipoteca en garantía de deuda ajena, se ha planteado el punto a partir de la idea de la “responsabilidad real”<sup>70</sup>, o, en otras palabras, la noción de que en la escisión de los elementos de la obligación en deuda (*Schuld*) y responsabilidad (*Haftung*) esta clase de ga-

66 Somarriva Undurraga, M., *Tratado de las cauciones*, cit., 460. Obsérvese que, para este autor, todo tercero hipotecante que no se ha obligado personalmente es un tercero poseedor (441), al parecer, aludiendo a la identidad de régimen prevista en los artículos 2429 y 2430 c. c. ch. entre el caso que tratamos y el tercero poseedor de la finca hipotecada, que ha adquirido el inmueble con el gravamen.

67 Díez Duarte, R., *La hipoteca*, cit. 39. Así también lo reseña la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 13 de septiembre de 2022, rol 425-2022, al indicar que “[a]sí lo ha resuelto la doctrina en la materia, que ha dicho que si la preferencia la puede invocar el acreedor hipotecario aun cuando el inmueble se halle en manos de un tercero, no es porque el derecho de preferencia en sí sea un derecho real, sino porque tal carácter tiene la hipoteca, lo que trae consigo que el acreedor goce del derecho de persecución”.

68 En efecto, Garrido, J.M., *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, Civitas, 2000, 37-38, la define como un derecho reconocido por la ley a un acreedor, cuyo contenido es el de otorgar una satisfacción prioritaria al crédito de este, frente a los créditos de otro u otros acreedores en el reparto del producto de la ejecución de los bienes del deudor común.

69 Lo anterior no significa afirmar la inexistencia de una relación crediticia subyacente, sino que esta se dará únicamente respecto al deudor principal cuyas obligaciones se hayan caucionado. De ahí que, con estos matices, el beneficiario de la garantía aún pueda ser denominado como “acreedor hipotecario” en la medida en que, al tiempo de ejercer la acción real destinada a obtener la posterior ejecución de la hipoteca, está pretendiendo el pago del crédito subyacente. Y ello es lo que permite que, una vez ejecutada la garantía y pagado el mencionado crédito, el tercero constituyente se subrogue en la posición del acreedor primitivo para obtener el correspondiente recupero del valor del inmueble perdido (art. 1610 c. c. ch., correspondiente al artículo 1668 c. c. co.).

70 Palumbo, F., *La concessione d'ipoteca da parte del terzo. Contributo alla teoria del debito e della responsabilità*, Padua, Cedam, 1937, 35.

rantía evidenciaría un caso de responsabilidad sin deuda<sup>71</sup>. Conforme a ello, dicha responsabilidad se vería reforzada por una mejor posición en la escala de prelación, haciendo excepción a las reglas de proporcionalidad, en la manera admitida en los artículos 2469 y 2470 c. c. ch. Esta formulación, sin embargo, como señalan Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill, tiene el problema de que la única responsabilidad propiamente dicha es la *responsabilidad patrimonial universal*, de modo que la idea de responsabilidad real es “tan sólo tolerable como cómoda y sucedánea expresión terminológica de la hipoteca como vinculación o adscripción del valor de una cosa al pago de un crédito dinerario”<sup>72</sup>. Por ello, en el Derecho chileno tal construcción choca con el pilar base del artículo 2465 c. c. ch., que inaugura el Título XLI del Libro IV del Código Civil, el cual supone que la responsabilidad se configura una vez constatada la existencia de una *obligación personal*<sup>73</sup>.

Retrocedamos un par de pasos: la idea del tratamiento preferente se inserta en las lógicas protectoras del crédito, pero no frente al deudor (como ocurre respecto a los remedios derivados del incumplimiento), sino en caso de concurrencia con otros acreedores. De ahí que se le denomine también como *tutela conflictual* o *tutela concurrencial*, dando lugar a la idea de que la incapacidad general de pago del deudor da cuenta de la necesidad de coordinar las posiciones de todos quienes gozan del derecho de agredir su patrimonio en los términos previstos en los artículos 2465 y 2469 c. c. ch. La preferencia se entiende, en consecuencia, como un cierto beneficio concedido por la ley a un acreedor, que, frente a otros concurrentes, obtiene una satisfacción prioritaria de su crédito al ejercerse una acción ejecutiva, sea en el plano de procedimientos singulares (juicio ejecutivo) o colectivos (procedimientos concursales). De tal suerte, el beneficio reviste al crédito de un nuevo derecho que se ejerce, no respecto del deudor, sino respecto de otros acreedores, de manera que el resultado de la realización de los bienes sea destinado a su pago antes que a otras obligaciones<sup>74</sup>. Para su operatividad será necesario, en consecuencia, que estemos

---

71 Así parece expresarse el artículo 2199 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina, al disponer que “[e]l propietario no deudor, sea un tercero que constituye la garantía o quien adquiere el bien gravado, sin obligarse en forma expresa al pago del crédito asegurado, responde únicamente con el bien objeto del gravamen y hasta el máximo del gravamen”.

72 Roca Sastre, R.M. y Roca-Sastre Muncunill, L., *Derecho hipotecario*, t. IV, vol. I, Barcelona, Bosch, 1979, 347-348.

73 Bahamondez Prieto, L.F., *La prelación de créditos*, Santiago, Jurídica de Chile, 1993, 15-16.

74 En este sentido, en sentencia de la Corte Suprema de 31 de mayo de 2017, rol 1612-2017, se ha indicado lo siguiente: “Que, por otra parte, debe considerarse también que la interposición de una tercera de prelación supone siempre el ejercicio de dos acciones que tienen como destinatarios sujetos pasivos diferentes, fundamentos diversos y objetivos distintos. De este modo el *petitum* frente al ejecutado se concreta en la exigencia de pago de un crédito cierto, vencido y exigible, mientras que respecto del ejecutante se traduce en la alegación de pago preferente, invocando un mejor derecho para la satisfacción de su crédito. Se trata de una facultad que le otorga la ley y que le permite reclamar del juez el pago con antelación al ejecutante. [...] La demanda de tercera de prelación como tal, como pretensión de mejor derecho para concurrir en el pago con exclusión, en todo o parte, del ejecutante, se dirige contra él, siendo su objetivo inmediato y específico el de anteponer el crédito

en el ámbito de una ejecución en que se manifieste la insuficiencia del patrimonio del deudor, la concurrencia de una pluralidad de acreedores que pretenden ejercer sus derechos en el mismo y una norma legal que ordene los créditos, prefiriendo el pago de unos sobre otros<sup>75</sup>.

De la lectura del artículo 2470 c. c. ch., lo primero que cabe advertir es que el legislador chileno ha obviado el otorgamiento de una definición sobre la materia, dejando el trabajo delimitativo a la doctrina y la jurisprudencia. El Código napoleónico, en cambio, sí se había aventurado a conceptualizar el “privilegio” (no así la “preferencia”, a la que se alude solo en su carácter de género), como el derecho que, por la cualidad del crédito, se otorga a un acreedor de ser preferido a otros acreedores, aun los hipotecarios (art. 2095); idea que parece coincidente con el perfil con que se le entiende en el ordenamiento chileno, como se observaba con mayor claridad en la caracterización del artículo 4.º de la Ley de prelación de créditos de 1845 (“el privilegio depende únicamente de la naturaleza del crédito, sin relación a su fecha; i prefiere a todas las hipotecas i escrituras, aun las que sean anteriores a la causa del privilegio”) y en la definición otorgada en el artículo 7.º de la Ley de 1854 sobre la misma materia (“el privilegio consiste en el derecho de ser pagado con preferencia a cualquiera otra clase de acreedores, en razón de la naturaleza del crédito i sin consideracion a su fecha”).

De dichas aproximaciones preliminares podrá colegirse que la preferencia crediticia resulta comprensible desde dos perspectivas complementarias: *primero*, como género de los créditos privilegiados y de aquellos garantizados con prenda o hipoteca<sup>76</sup>, donde el criterio de distinción se ha ubicado en aspectos tales como el papel que desempeña la ley en su reconocimiento (mediatez o immediatez), la configuración o no de un derecho real como justificación, y para explicar los criterios de coordinación subyacentes, sea en la causa del crédito o en cuestiones puramente cronológicas, como se advertía de las definiciones de privilegio en las leyes de prelación antes citadas. *Segundo*, como efecto, esto es, que el acreedor correspondiente tendrá un derecho prioritario dentro de la escala que supone la prelación de créditos, satisfaciendo el propio, previo al pago de otros con los que entra en conflicto.

Ahora bien, hasta donde llegan nuestras noticias, los tribunales chilenos no se han pronunciado sobre este problema de forma directa. Solo tangencialmente se

---

del tercerista al suyo y, en definitiva, enervar la facultad procesal que aquel había adquirido por medio del embargo”.

75 Citando a Lorenzo de la Maza, en la sentencia de la Corte Suprema de 17 de julio de 2017, rol 87880-2016, se expresa que “[l]a prelación de créditos tiene, entonces, por objeto determinar cómo se pagan los distintos acreedores cuando concurren conjuntamente para el cobro de aquéllos y, por eso, ha sido definida como ‘el conjunto de reglas que determinan las causales de preferencia de ciertos créditos respecto de otros y la concurrencia de dichos créditos entre sí, en caso [de] que los bienes del deudor no sean suficientes para hacer pago de todas las deudas’”.

76 Aunque ofreciendo, del mismo modo que el artículo 2094 del *Code civil* francés, una clasificación de las causas de las preferencias en el privilegio y en la hipoteca.

abordó, en un caso en que el constituyente de la hipoteca enajenó el bien a un tercero, y, al tiempo en que el titular del derecho real intentó la tercería de prelación, los tribunales de instancia resolvieron que, no siendo acreedor del ejecutado, ella no era procedente. Sobre el particular, la Corte Suprema acogió la casación interpuesta por el beneficiario de la hipoteca, resolviendo:

... el artículo 2470 del Código Civil refiere la hipoteca como causa de preferencia inherente “a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ello a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera”, que en el caso sublite es el aporte en dominio a una sociedad –Renacer–, un inmueble con hipoteca vigente a favor del Banco de Crédito e Inversiones. Es decir, la preferencia pasa contra terceros como efecto de la naturaleza y calidad del crédito, y el artículo 2477 dispone que la tercera clase de crédito comprende los hipotecarios. Se trata de una preferencia de pago a los demás créditos que se apoya en el carácter excepcional de la hipoteca como limitación al derecho de dominio protegido constitucionalmente, por lo que si no se le reconociera no se respetarían las reglas de preferencia de los créditos establecidos por las leyes sustantivas<sup>77</sup>.

De la observación de dicha sentencia se advierte que existe una confusión sobre el sentido que debe darse al artículo 2470, inciso 2.º, c. c. ch. Esta disposición no se refiere al caso de la enajenación del bien hipotecado, sino a la transferencia del crédito, repitiendo las reglas que ya había previsto para el pago con subrogación (art. 1612 c. c. ch.) y cesión (art. 1906 c. c. ch.). Pero deja de resolver el caso en que la acción envuelta no tenga un carácter personal, sino real, y que se ejerza contra el dueño del predio hipotecado, que no ha asumido una obligación frente al ejecutante. Se produce aquí el mismo problema que evidenciamos en sede concursal; el artículo 527 CPC supone que estamos frente a dos acreedores, al hacer alusión a los “créditos del ejecutante y del tercerista”, y, en este ámbito, refiere a la justificación del “derecho preferente para el pago”.

De lo anterior surge la idea de tratar la preferencia no como un instituto civil, sino como un medio de reforzamiento de la acción ejecutiva, como sugiere Carnelutti<sup>78</sup>. Si bien ello puede ser objeto de discusión en el plano general<sup>79</sup>, al menos en el supuesto que estudiamos, en que la hipoteca constituida por terceros no confiere un crédito en contra de este, solo queda por concluir que es la acción hipotecaria la que debe ser calificada como preferente (art. 2425 c. c. ch.), y, en su mérito, aplicar

77 Corte Suprema, sentencia de 20 de enero de 2014, rol 572-2013.

78 Carnelutti, F., “Diritto e proceso nella teoria delle obbligazioni”, en *Diritto sostanziale e processo*, Milán, Giuffrè, 2006, p. 314.

79 En efecto, Carnelutti, F., “La natura giuridica dell’ipoteca”, *Rivista di diritto processuale civile*, vol. 16, n.º 1, 3 ss., sostenía que el derecho de preferencia no podía emanar del derecho real, puesto que se trata de derechos que funcionan en planos completamente diversos. Conforme a ello, plantea una tesis procesal de la hipoteca, situando la observación en los caracteres de la acción ejecutiva.

las lógicas de la temporalidad (*prior in tempore, potior in iure*) y de la preferencia causal, según sea el caso.

## B. Particularidades del concurso del fiador hipotecario

En lo atinente a otras reglas directamente relacionadas con la disciplina aplicable al tercero constituyente, en el artículo 2430, inciso 2.º, c. c. ch. encontramos la remisión al régimen del tercero poseedor de la finca hipotecada –esto es, quien adquirió la finca con el gravamen–, en lo relativo a sus derechos en caso de reconvención al pago de la deuda. Así, dada la referencia expresa al artículo 2429 c. c. ch., se le priva del beneficio de excusión<sup>80</sup>. Entonces, si la acción ejercida es la acción hipotecaria, resulta claro que el tercero no podrá exigir que “se persiga primero a los deudores personalmente obligados” (inc. 1.º), puesto que este no es un derecho conferido en el contexto de la hipoteca.

El problema se encuentra cuando estamos frente a una *fianza hipotecaria*, esto es, en los casos en los que el tercero haya aceptado la constitución de una obligación fideiusoria. En este supuesto, la lógica haría suponer que, al menos ejercida la acción personal, aquel sí debería contar con dicho beneficio de excusión, salvo las excepciones dispuestas en el artículo 2358 c. c. ch., dando sentido al artículo 2430, inciso 4.º, c. c. ch. que previene que “la fianza hipotecaria está sujeta en cuanto a la acción personal a las reglas de la simple fianza”. Pero tal conclusión no parece posible si se aprecia en conjunto con el artículo 2430, inciso 2.º, c. c. ch., que dispone que, “sea que se haya obligado personalmente o no, se le aplicará la disposición del artículo precedente”; negando, en consecuencia, la posibilidad de que se persiga primero a los deudores personalmente obligados, como señala el artículo 2429 c. c. ch.

De lo anterior se deduce que el hecho de pactarse una fianza hipotecaria priva al fiador del beneficio de excusión, incluso si lo que se está ejerciendo es la acción personal y no la real derivada de la hipoteca, lo que lo suma a los supuestos previstos en el artículo 2358 c. c. ch.<sup>81</sup>. Una explicación posible respecto a este giro en la historia de la regla es que, considerando que en la fianza hipotecaria se puede terminar

---

80 Una solución inversa a la que se establecía para los terceros poseedores en el proyecto de Código Civil de 1847, en que el artículo 657 concedía el beneficio de excusión, regido por las reglas de la fianza, a menos que se hubiese renunciado al tiempo de la constitución de la hipoteca. Así también se estableció en el artículo 2611 del proyecto de 1853, al expresar que los terceros poseedores y los que hayan hipotecado una finca propia en favor de una deuda ajena tendrían los beneficios de orden y excusión que la ley concede a los acreedores. En el *Code Napoléon* se seguía igual idea, aunque la situación fue sujeta a debate posterior, como se aprecia en el *codice civile* italiano de 1942, en que la ausencia del beneficio es la regla general, aunque pueda concederse por pacto entre el acreedor y el constituyente (art. 2868). Persiste, por ejemplo, en el artículo 2200 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina, al disponer que la ejecución de la garantía otorgada por el propietario no deudor solo puede realizarse una vez reclamado el pago al obligado.

81 Respecto a la evolución de estas normas en los diversos proyectos del Código Civil chileno, que inicialmente concedían dicho beneficio, cfr. Rubio Varas, F., “Artículo 2429”, en *Comentario histórico-dogmático al Libro IV del Código Civil de Chile*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2094-2097.

por confundir el ejercicio de la acción real y personal, el Código parecería querer privilegiar la primera de ellas, y de ahí la carencia del beneficio de excusión que la caracteriza.

Imaginemos ahora cómo se comporta este supuesto en los procedimientos concursales del fiador hipotecario. En todos estos escenarios, el problema se produce porque, a pesar de la confluencia de cauciones (personal y real), la obligación garantizada es la del deudor principal y no la obligación fideiusoria, como admite el artículo 2344, inciso 2.º, c. c. ch., de modo que, en todos los procedimientos concursales, el acreedor que verifica su crédito en contra del fiador calificará como valista. Ello implica que, en principio, se replicarán todas las observaciones indicadas *supra*, II.B.1, para el caso del tercero simplemente hipotecante.

Sin embargo, la diferencia se producirá por lo siguiente: dada la existencia de una obligación personal valista, el acuerdo de reorganización aprobado será oponible a este fiador, de modo tal que los términos de la fianza se verán alterados, aunque no lo sea la obligación principal<sup>82</sup>. Aquí el punto estará en observar que el acuerdo no puede implicar que la obligación fideiusoria termine siendo más gravosa que la principal, porque, en tal caso, operará el artículo 2344 c. c. ch.<sup>83</sup>, reduciendo dichos términos para reinstaurar el ajuste. Ahora bien, si el acreedor quisiera hacer efectivo el cumplimiento de la obligación fideiusoria, como hemos señalado, no procederá el beneficio de excusión porque el artículo 2430, inciso 2.º, c. c. ch. le priva de tal derecho. Ello significa que, incumplida que sea la obligación por parte del deudor principal, el acreedor podrá hacer valer sus derechos respecto al fiador, pero en los términos acordados en la reorganización o renegociación, según corresponda. Nada de ello incide, sin embargo, en la acción real que emana de la hipoteca constituida para asegurar las obligaciones del deudor principal, que, no afectada por los términos del acuerdo (por las razones indicadas *supra*, II.B.1), implica que en su ejecución no debe atenderse al tenor de la obligación fideiusoria (originales o reestructurados), sino a los que emanan del crédito garantizado y de los términos mismos de la hipoteca.

En el caso del procedimiento concursal de renegociación, alcanzado un acuerdo de tal tipo, debería llegarse a iguales conclusiones. Sin embargo, la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento ha resuelto que las “obligaciones en que el/ la solicitante del referido procedimiento tenga la calidad de fiador/a, codeudor/a o avalista”<sup>84</sup> no formen parte de la renegociación concursal. Este organismo parece

---

82 Recuérdese que, como indica Somarriva Undurraga, M., *Tratado de las cauciones*, cit., 97, la fianza no es un contrato condicional, entendiéndose que la condición consistiría en que el deudor no cumpliera lo pactado. Conforme a ello, en la fianza constituida antes del inicio del concurso, la obligación fideiusoria ni siquiera tiene el carácter de contingente, y, en consecuencia, queda sujeta a los destinos del concurso.

83 Art. 2370 c. c. co.

84 Artículo 3.º de la Norma de Carácter General N° 21, de 11 de agosto de 2023, de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento.

entender que se encuentra autorizado para establecer esta clase de objeciones fundado en la habilitación dada por el nuevo inciso 3.º del artículo 260 LC, en cuanto, luego de enunciar ciertas exclusiones legales, permite extenderla a “aquellas de carácter especial que la Superintendencia determine mediante norma de carácter general”, pero donde la entidad no explica en qué sentido la obligación fideiusoria tendría el mentado carácter.

En un procedimiento concursal de liquidación ocurrirá algo similar. El acreedor principal calificará como valista para los fines del reparto y la hipoteca gravará el inmueble en los mismos términos indicados *supra*, II.B.1. Pero otra vez la limitación del artículo 2430, inciso 2.º, c. c. ch. implicará que, verificado el crédito por parte del acreedor, ni el fiador, ni el liquidador u otros acreedores podrán objetarlo invocando el beneficio de excusión<sup>85</sup>. Y, aunque la obligación fideiusoria podrá verse extinguida en virtud del *discharge* (art. 255 LC), ello no afectará a la hipoteca, puesto que el efecto extintivo solo se refiere a obligaciones (y, por tanto, a derechos personales), pero no a derechos reales. Ello significa que, si el bien inmueble logra ser enajenado en el marco del procedimiento concursal, no operando la purga de la hipoteca en los términos antes indicados, el adquirente del bien deberá responder de la obligación principal, comportándose como un tercero poseedor de la finca hipotecada. Y, de ejercerse en su momento la acción real en su contra, y pagado que sea el crédito, o subastado que sea el bien, la acción subrogatoria deberá ejercerse en contra del deudor principal y no del fiador. Por ello, en esta medida no tiene aplicación el inciso 3.º del artículo 255 LC, pues este tiene un ámbito de acción diverso, que supone la extinción de la obligación garantizada por medio del *discharge*, y aquí lo que se ha extinguido es la obligación fideiusoria.

## Conclusiones

El ordenamiento reconoce la posibilidad de que una persona constituya una hipoteca para asegurar las obligaciones de terceros, aun cuando tal caución no encuentre soporte en una obligación asumida personalmente por aquella. Sin embargo, más allá de aislar las acciones (real y personal) que surgen de tal supuesto, las normas aplicables no detallan un régimen jurídico integral y sistemático, de lo que resulta la necesidad de efectuar varios ejercicios conceptuales para completar sus efectos en el plano civil.

Sin embargo, de la lectura de la regulación civil se revela un aspecto clave que permitirá ir construyendo su régimen jurídico, aunque estas conclusiones tensionen la comprensión de la preferencia crediticia y otras figuras anexas. Así, para el caso

---

85 Sin embargo, se debe tener presente que, conforme al artículo 117, número 1, LC, no podrá invocarse este título a efectos de demandar la liquidación forzosa por haber cesado en el pago de la obligación fideiusoria, aunque conste en título ejecutivo. Sobre este particular, véase Caballero Germain, G., “El presupuesto objetivo del concurso”, en *Estudios de derecho comercial. Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Comercial*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, 143-156.

en que el tercero garante no se haya obligado personalmente al cumplimiento de la obligación (sea mancomunada, solidaria o subsidiariamente), se deberá concluir que en lo que a él respecta solo existe una acción real y, por tanto, únicamente ha admitido la posibilidad de que el acreedor pueda dirigirse al bien gravado a efectos de obtener la ejecución y pago de la obligación garantizada. Pero, precisamente debido a la carencia de acción personal, se deberá concluir la inexistencia de un crédito en relación con el tercero constituyente, que, por tanto, no tiene el carácter de deudor frente al beneficiario de la garantía. Afirmado lo anterior, no cabe hablar en el derecho chileno de una *fianza real* para describir este supuesto y solo limitadamente podría admitirse una aplicación analógica de las reglas aplicables a la fianza, siempre limitadas a la constatación de que en el caso en estudio nos hallamos frente a una caución real.

El problema antes enunciado se torna más complejo en el escenario en que las garantías son puestas bajo mayor tensión, como en los procedimientos concursales. Aquí, si bien la Ley N° 20.720 reconoce de nuevo la posibilidad de la garantía real concedida por el tercero, lo hace bajo el supuesto de que quien está sometido al concurso es el deudor principal y no el garante, especialmente en el contexto de los procedimientos concursales de reorganización y renegociación. El escenario inverso es completamente omitido, lo que produce quiebres en torno a la evidencia de estar frente a titulares de derechos reales que no son acreedores (por lo que no reciben carta de invitación al foro concursal) y a la concesión de una preferencia, derivada de la hipoteca, pero que no se adscribe a un crédito. De ahí que el titular de la garantía no forme parte de la masa pasiva del concurso y, como consecuencia, no le afecten sus términos, sea en lo que se refiere a aquellos dispuestos en el marco de un acuerdo de renegociación o reorganización, sea en lo que respecta a las limitaciones a la ejecución previstas en el contexto de la liquidación. No obstante, ello no quita que el gravamen existe, afecta a uno de los bienes que integran la masa activa del concurso y, por tanto, debe estar destinado a su realización para el pago de las acreencias, de donde surgen otros tantos problemas. El principal de ellos es que una lectura estricta de los artículos 2424 c. c. ch. y 492 CPC da a entender que la purga de la hipoteca sería imposible de obtener en este contexto dado que, en la actualidad, los procedimientos concursales no previenen la venta en pública subasta como una forma de realización de los bienes, concluyéndose que el bien inmueble sería siempre adquirido con el gravamen, reduciendo el mercado interesado en su eventual adjudicación.

Un segundo problema aparece como consecuencia de lo anterior: dada la ausencia de crédito respecto al constituyente de la garantía, parecen existir pocas herramientas para hacer aplicables las nociones clásicas que soportan las reglas de prelación, que, entre otras materias, asumen a la preferencia como una cualidad del crédito (aquí, inexistente). De ahí que la solución parece plantearse en el plano procesal, y no sustantivo, entendiendo la preferencia como un reforzamiento de la acción (en este caso, la acción real), que permite asegurar una mayor potencia en la afectación del patrimonio del deudor en caso de concurrencia de intereses, y que, en

el supuesto de que nos ocupamos, tratándose de una preferencia especial, se centrará únicamente en el bien objeto de la garantía.

Todo lo anterior no solo produce ciertos problemas de incerteza jurídica, tan opuestos a la pretensión que persigue el propio derecho de garantías, sino que provoca sendos desajustes que terminan alterando su valor como forma de seguridad del crédito. Las dificultades que supone no poder cumplir con los requisitos de la purga de la hipoteca o la imposibilidad de limitar la enajenación de bienes hipotecados que sean esenciales para el giro del garante alejan la figura de las lógicas concursales, que pretenden maximizar el valor de la masa activa de modo de ofrecer mejores condiciones de pago a la totalidad de los acreedores. De ahí la necesidad de revisar estas normas, en modo tal de lograr que el tratamiento que se conceda a los beneficiarios de la garantía se ajuste también a los fines del concurso.

## Referencias

Ansault, J.J., *Le cautionnement réel*, París, Defrénois, 2009.

Bahamóndez Prieto, L.F., *La prelación de créditos*, Santiago, Jurídica de Chile, 1993.

Caballero Germain, G., “El presupuesto objetivo del concurso”, en *Estudios de derecho comercial. Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Comercial*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, 143-156.

Caballero Germain, G. y Goldenberg Serrano, J.L., “Los efectos de la extinción de los saldos insolutos en el concurso sobre las garantías otorgadas por terceros”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 36, 2021, 41-77.

Camy Sánchez-Cañete, B., *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, Aranzadi, 1972.

Carnelutti, F., “Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni”, en *Diritto sostanziale e processo*, Milán, Giuffrè, 2006.

Carnelutti, F., “La natura giuridica dell’ipoteca”, *Rivista di diritto processuale civile*, vol. 16, n.º 1, 1939, 3-21.

Carpi Martín, R., *La hipoteca en garantía de deuda ajena*, Madrid, Centro de Estudios Registrales.

Carrasco Perera, Á., *Los derechos de garantía en la Ley concursal*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008.

- Carrasco Perera, Á., Cordero Lobató, E. y Marín López, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, t. I, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2008.
- Contreras Strauch, O., *Insolvencia y quiebra*, Santiago, Jurídica de Chile, 2010.
- Díez Duarte, R., *La hipoteca*, Santiago, Jurídica Conosur, 1997.
- Díez Duarte, R., *La hipoteca en el Código Civil chileno*, Santiago, Paced, 1991.
- Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de derecho civil*, vol. III, *Derecho de las cosas y derecho inmobiliario registral*, Madrid, Tecnos, 1995.
- Garrido, J.M., *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, Civitas, 2000.
- Goldenberg Serrano, J.L., *La protección financiera concursal*, Santiago, Thomson Reuters, 2020.
- Goldenberg Serrano, J.L., *La visión privatista del derecho concursal*, Santiago, Thomson Reuters, 2015.
- Guzmán Brito, A., *De las donaciones entre vivos. Conceptos y tipos*, Santiago, Lexis Nexis, 2005.
- Ildelfonso, D. y García del Corral, L., *Cuerpo del derecho civil romano, Digesto*, t. II, Barcelona, Jaime Molinas, 1892.
- Jequier Lehuedé, E., *Curso de derecho comercial*, t. III, vol. 1, Santiago, Thomson Reuters, 2023.
- Lecaros Sánchez, J.M., *Las cauciones reales. Prenda e hipoteca*, 2.<sup>a</sup> ed., Santiago, Metropolitana, 2009.
- Palumbo, F., *La concessione d'ipoteca da parte del terzo. Contributo alla teoria del debito e della responsabilità*, Padua, Cedam, 1937.
- Pothier, R.J., *Oeuvres de Pothier*, M. Dupin (ed.), t. VIII, París, Béchét Ainé, Libraire, 1825.
- Puga Vial, J.E., *Derecho concursal. Del procedimiento concursal de liquidación*, Santiago, Jurídica de Chile, 2014.

- Puig Peña, F., *Compendio de derecho civil español*, t. II, *Derechos reales*, Barcelona, Nauta, 1966.
- Roca Sastre, R.M. y Roca-Sastre Muncunill, L., *Derecho hipotecario*, t. IV, vol. I, Barcelona, Bosch, 1979.
- Romero Seguel, A., *Curso de derecho procesal civil*, t. I, *La acción y la protección de los derechos*, Santiago, Thomson Reuters, 2017.
- Rubio Varas, F., “Artículo 2414”, en *Comentario histórico-dogmático al Libro IV del Código Civil de Chile*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 2064-2065.
- Rubio Varas, F., “Artículo 2429”, en *Comentario histórico-dogmático al Libro IV del Código Civil de Chile*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2094-2097.
- Ruz Lártiga, G., *Nuevo derecho concursal chileno*, t. I, Santiago, Thomson Reuters, 2017.
- Somarriva Undurraga, M., *Tratado de las cauciones*, Santiago, Nascimento, 1943.
- Vergara Bezanilla, J.P., “La purga de la hipoteca en el juicio de quiebra. Comentario a la sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 21 de noviembre de 1985 en el Recurso de Queja n.º 696, deducido contra la Corte de Apelaciones de Chillán”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 82, n.º 1, Sección Derecho, 1985, 75-80.