

ALGUNAS REFLEXIONES A PARTIR DEL ENIGMÁTICO ARTÍCULO 2339 DEL CÓDIGO CIVIL

SOME REFLECTIONS FROM THE ENIGMATIC ARTICLE 2339 OF THE CIVIL CODE

*Cristián Fernández Lama**

PALABRAS CLAVES: Fianza - Obligaciones futuras - Retracto - Caucciones - Accesoriedad - Hipoteca de garantía general.

KEYWORDS: Bond - Future obligations - Retract - Cautions - Accessoriety - General Guarantee mortgage.

I. INTRODUCCIÓN

“...Podrá también afianzarse una obligación futura; y en este caso podrá el fiador retractarse mientras la obligación principal no exista...”, reza el artículo 2339 del *Código Civil*.

Esta norma, al conferir al fiador de obligaciones futuras el derecho de retractarse en tanto no exista la obligación principal, ha sido objeto de acerbadas críticas. Dice Manuel Somarriva:

“Este derecho de retractación, ...constituye una inconsecuencia, pues el legislador al otorgarlo, está negando implícitamente eficacia a la fianza de obligaciones futuras, ya que el fiador puede desligarse por su propia voluntad de la obligación, quiere decir que no hay vínculo jurídico”¹.

El juicio apuntado –y hasta la perplejidad que ha causado la regla– resultan fáciles de comprender. *Prima facie*, parece absurdo que, permitida por el legislador la celebración de fianza respecto de obligaciones futuras, el fia-

* Profesor del curso Teoría de la ley y sujetos de derecho, Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo, sede Concepción.

¹ SOMARRIVA (1943), pto. 111, p. 112.

dor de ellas no quede obligado desde ya, sino que, contando con la facultad de retractarse, sea voluntario para él llevar o no adelante el contrato.

Desde esta perspectiva, la regla consagrada en el artículo 2339 es un oxímoron, que no puede ser comprendido, sino como una rareza dentro de la arquitectura del sistema y que, por lo mismo, no es susceptible de interpretación extensiva ni, mucho menos, de aplicación analógica.

Pero ¿es efectivamente cierta esta primera idea (y las consecuencias que se derivan de ella) o se trata de una mera apariencia? En términos más simples, el artículo 2339, ¿es, en verdad, en este punto una norma excepcional y, en su caso, en qué sentido lo es?

II. JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO DE RETRACTACIÓN EN LA FIANZA DE OBLIGACIONES FUTURAS

El derecho de retractación en la fianza fue preconizado por Robert Pothier, y sería el criterio que habría inspirado a Andrés Bello para establecerlo en forma expresa en el artículo 2339.

En efecto, en su *Tratado de las obligaciones*, Robert Pothier, refiriéndose a las clases de obligación que pueden ser objeto de fianza, señala:

“En fin, se puede dar como caución, no tan sólo por una obligación que ya se haya contratado, sino por una obligación que deba contratarse, aunque en aquel momento no lo esté...; de manera, sin embargo, que la obligación que resulte de esta fianza, no empieza a correr más que del día que se contratara la obligación principal, puesto que es de su esencia el que no pueda subsistir sin una obligación principal. Según esos principios, deseo yo desde hoy darne para con vos como garante por una suma de mil escudos que vos proponéis prestar a Pedro; mas la obligación que resultara de esa fianza no principiará a tener efecto sino a contar del día en que vos habréis efectivamente hecho dicho préstamo a Pedro; en tanto que vos no se lo habéis hecho, y que la cosa quede entera, yo podré cambiar de voluntad, haciendo constar que vos no hacéis el préstamo a Pedro, y que yo no entiendo ya ser su fiador...”².

Como puede apreciarse, para este autor el derecho de retracto en la fianza nace del carácter accesorio de la misma, esto es, del hecho que, al igual que toda caución, ella tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella.

² POTHIER (1961), pp. 257-258.

El carácter accesorio de las cauciones es reconocido por nuestro *Código Civil* en su artículo 1442, según el cual

“el contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal de manera que no pueda subsistir sin ella”;

y de manera particular, en el artículo 2335 para la fianza y en el artículo 2385 para la prenda, norma, esta última, importante para nuestros efectos, pues también resulta aplicable a la hipoteca en virtud de su propia definición legal.

Ahora bien, aun cuando no hay divergencias en la doctrina nacional en torno a la definición de obligación accesorio –que, construida a partir de lo preceptuado en el citado artículo 1442, concibe por tal a aquella que tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de otra, de manera que no puede *subsistir* sin ella³– no existe igual concordia en torno a cómo es entendida la misma.

Para la mayoría de los autores, y conforme se enseña tradicionalmente en la cátedra, el contrato accesorio puede celebrarse y producir efectos antes de que exista una obligación principal, salvo que la ley disponga lo contrario⁴. Para esta opinión, la accesoriedad solo miraría a la extinción, pero no al nacimiento del contrato accesorio.

Otros, en tanto, sostienen que es necesario que la obligación principal preexista o, a lo menos, nazca simultáneamente a la obligación accesorio que le garantizará. Explicando esta posición, que es la suya, el profesor José Joaquín Ugarte señala:

“el verbo subsistir, en el artículo 1442, está tomado en su sentido de existir algo en sí mismo, sin necesidad de otro ser para existir él. Subsistir en sí mismo es lo propio de la substancia, subsistir en otro, lo propio del accidente, que no tiene consistencia para ser en sí y se refiere completa y omnímodamente a un ser distinto, en el cual subsiste como en su sujeto (Aristóteles, *Categorías*, cap. v)”

³ Cabe señalar que Daniel Peñailillo objeta la clasificación por considerar incorrectos los términos en que tradicionalmente se ha expuesto, estimando que, por razones de sistema, es preferible reorganizarla, distinguiendo, según su autonomía, en obligaciones principales (que son las que pueden subsistir por sí mismas) y accesorias (la que depende de otra a la que se subordina), subdistinguiendo dentro de estas últimas, y atendida su función o finalidad, aquellas que son complementarias de las que tienen finalidad aseguradora. Sobre este punto, véase PEÑAILILLO (2003), p. 182.

⁴ En este sentido, por ejemplo: MEZA BARROS (2011); PEÑAILILLO (2003), p. 184; VODANOVIC (1990), pto. 11, p. 12; etcétera.

y agrega

“Ahora bien, es claro que lo que en este sentido no puede subsistir sin otro, no puede sin eso otro no sólo seguir existiendo, sino tampoco comenzar a existir”⁵.

Adherimos también a esta última idea. Y es que, en efecto, el artículo 1442, estrictamente, se limita a señalar que el contrato accesorio no puede subsistir, esto es, seguir existiendo, permanecer, sin uno principal al que accede; pero nada dice acerca de si un contrato accesorio puede surgir a la existencia sin que, con anterioridad o coetáneamente con él, exista un contrato principal. Para responder a esta interrogante, y ante la falta de texto positivo que la resuelva derechamente, ha de recurrirse a la lógica y, desde esta perspectiva es claro que, como afirma José Joaquín Ugarte, lo que no puede subsistir sin otro, no puede sin eso otro tampoco comenzar a existir. De ahí que las cauciones no puedan concebirse aisladamente, sino en, por y para la obligación principal que garantizan.

Creemos que el principio de accesoriedad tiene fuerza bastante para, por sí solo, explicar y justificar que antes del surgimiento de la obligación futura no exista, en rigor, vínculo jurídico, no obstante haberse otorgado la caución, de tal suerte que no es necesario (ni correcto) recurrir al hecho de que la obligación futura se encuentre siempre sujeta a la *conditio iuris* de llegar a existir⁶ para explicar este fenómeno. La *conditio iuris*, por lo menos como es generalmente entendida, resulta impotente o insuficiente para explicar este fenómeno, pues ella obsta a la eficacia del acto, pero no a la existencia del vínculo jurídico, que es reconocido; y aquí, en cambio, es la existencia misma del contrato de fianza la que queda subordinada al evento de que la obligación futura llegue a existir y ello, reiteramos, por pura y simple aplicación del principio de accesoriedad.

Y es que, como bien dice José J. Ugarte, el carácter de accesorio de toda caución es algo de necesidad absoluta, desde que deriva de la naturaleza misma de las cosas y ningún progreso ni evolución puede hacer que las cauciones dejen de ser accesorias. Cosa distinta es que la ley pueda, en ciertos casos, prescindir o relajar de consecuencias que se deriven de la accesoriedad, cuando tales consecuencias resulten irrelevantes desde el punto de vista de la justicia, atentos los fines que el legislador persiga. El legislador no es ni debe ser esclavo de la lógica jurídica estricta, la que puede ceder ante requerimientos de conveniencia social, por ejemplo, en este caso, las necesidades del

⁵ UGARTE (1991), p. 84.

⁶ FERNÁNDEZ (2017), p. 145.

crédito, y se permita la celebración del acto, pero las excepciones respectivas, es evidente, habrá de hacerlas –cuando sean factibles– el propio legislador: si él no las establece, el principio de la accesoriedad regirá en todo su rigor⁷.

III. ¿CONSTITUYE EL ARTÍCULO 2339 UNA VERDADERA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD EN MATERIA DE CAUCIONES?

Si nos atenemos al tenor literal y análisis aislado del artículo 2339, la respuesta no puede ser otra que afirmativa. En efecto, esta norma podría ser calificada como doblemente excepcional, pues, por una parte, permite expresamente la fianza respecto de obligaciones futuras, las que presentan como nota característica, según se desprende del mismo artículo, su no existencia, cuestión esta que, por las razones ya dichas en este trabajo, repugnaría al principio de accesoriedad y, además, si entendemos que celebrada esta fianza debiera existir ya vínculo jurídico entre las partes, por que autoriza la retractación unilateral de fiador.

Pero también es posible otra mirada que, reparando en la posibilidad de retractarse que le asiste al deudor en tanto no haya nacido la obligación hasta entonces futura, y viendo en dicha opción que el legislador no ha querido abandonar ni por un momento siquiera el elemento accesoriedad propio de esta garantía, concluya que no existe en el artículo 2339 una real excepción al principio de accesoriedad, sino tan solo una *aparente*, que deja entrever que, en realidad, mientras la obligación garantizada no devenga en una obligación actual, no existe vínculo jurídico, por mucho que se haya otorgado el contrato de fianza (que, en estricto rigor, solo nacerá cuando la obligación futura deje tal condición y pase a ser actual). La norma en comento, desde esta perspectiva, no sería excepcional, sino se trataría de un corolario, de una manifestación particular de un principio más general, y que es que la caución, en virtud del principio de accesoriedad, no puede tener jamás existencia autónoma y debe estar siempre enfeudada a un crédito (existente). Demás está decir que el solo hecho de que el legislador formule en una regla especial lo que es, principio general, no autoriza para deducir, *a contrario sensu*, que lo deroga como regla común.

¿Cuál sería, entonces, la finalidad de esta disposición? Estimamos que no es otra que disipar toda duda que, habida cuenta del principio de accesoriedad y su aplicación rigurosa, pudiere surgir en torno a la validez de una estipulación en que se garantizan obligaciones no existentes.

⁷ UGARTE (1991), pto. 6, pp. 82 y 83.

La cuestión del carácter singular o no de la regla resulta importante, desde que se relaciona indisolublemente con la posibilidad de analogía o interpretación extensiva de la misma. Lo excepcional no puede aplicarse analógicamente y su posibilidad de interpretación extensiva es discutible, predominando, aunque quizá en retirada, la negativa. Para Manuel Somarriva, la excepcionalidad de la norma radica en la posibilidad de retractarse unilateralmente, pese a existir ya un contrato; para nosotros, en cambio, la norma no sería excepcional y, si lo fuera, lo sería únicamente en cuanto válida la estipulación o pacto de una fianza respecto de obligaciones que, por ser futuras, no existen al tiempo de su constitución; pero no lo es, en absoluto, cuando reconoce la posibilidad de retractarse, pues ello deriva simplemente del hecho de no existir aún vínculo jurídico entre las partes⁸.

IV. POSIBILIDAD DE RETRACTO UNILATERAL EN LA HIPOTECA DE OBLIGACIONES FUTURAS

Establecido entonces que la posibilidad de retracto unilateral que contempla el artículo 2339 no constituye, en verdad, una regla excepcional, sino que es pura y simple consecuencia de la aplicación del principio de accesoriedad, cabe preguntarse si, ora por vía de su interpretación extensiva, ora por analogía integradora, puede también aplicarse a la hipoteca de obligaciones futuras, única otra caución en que existe explícita permisión legal para constituirse respecto de esta clase de obligaciones⁹.

⁸ No se trataría del único caso en que una estipulación entre partes, que ya se designa con el nombre del contrato que se trate, precede al (efectivo) surgimiento mismo. Tal es el caso, por ejemplo, de la *venta al gusto o a prueba* a que se refiere al artículo 1823, y que puede definirse como aquella el que el comprador se reserva la facultad de probar la cosa vendida, de manera que la existencia del contrato queda subordinada a su mera voluntad. Mientras el comprador no declare que le agrada la cosa, “se entiende no haber contrato” pues, como decía Portalis en su “Exposición de motivos”, “hasta ese momento no hay un verdadero consentimiento de su parte”, es decir, falta un elemento esencial del acto. A nuestro entender, en figuras como la venta a prueba o la fianza de obligaciones futuras, el legislador, sabiendo que aborda cuestiones que tensan el lenguaje casi hasta su punto de quiebre, prefiere por razones de claridad expresarse de un modo más gráfico que exacto o científico, y de ahí que ocupe expresiones que suponen ha nacido el contrato, en circunstancias que solo existe una contrato en formación. Lo mismo ocurre con los artículos 1802 y 1921 del *Código Civil*.

⁹ El hecho de que solo exista explícita permisión legal para garantizar obligaciones futuras respecto de la fianza y de la hipoteca, ¿Qué significa concretamente?, ¿Es posible atribuir algún significado al silencio que mantiene el legislador respecto de las demás cauciones?

Para la respuesta de las cuestiones planteadas, puede resultar de utilidad pasar breve revista a lo que se ha dicho respecto de la posibilidad de garantizar obligaciones futuras con

Como cuestión previa, forzoso es reconocer que la (eventual) aceptación de la validez o procedencia del retracto del garante hipotecario de obligaciones futuras mientras estas no se contraigan, ha perdido mucha de su importancia práctica a partir de la dictación de la ley n.º 20555 y, más claramente aún, luego de la entrada en vigencia de la ley n.º 20855, pues, por lo menos para la gran mayoría de los casos, están normas arbitran un procedimiento expedito para lograr el alzamiento del gravamen.

En efecto, en 2011, con la dictación de la ley n.º 20555 se incluyó en la ley n.º 19496, sobre Protección de Derechos de los Consumidores, una norma que establecía la obligación del proveedor de créditos hipotecarios de proceder al alzamiento de las hipotecas, que era del siguiente tenor: *“Extinguidas totalmente las obligaciones caucionadas con hipotecas, el proveedor del crédito procederá a otorgar la escritura de cancelación de la o las hipotecas,*

cauciones distintas a la fianza y la hipoteca, es decir, donde la cuestión no ha sido resuelta explícitamente por la ley.

- En el caso de la prenda predomina la idea que no es posible otorgar esta clase de garantía respecto de obligaciones futuras. Manuel Somarriva, reconociendo lo discutible del problema, se pronuncia por la negativa, argumentando que, al tratar de la prenda el *Código*, ha guardado silencio respecto a la posibilidad de garantizar obligaciones futuras, en circunstancias que al ocuparse de la fianza y la hipoteca la permite expresamente en los artículos 2339 y 2413, silencio que resultaría aún más sugestivo si se toma en cuenta que la prenda se encuentra precisamente ubicada entre la fianza y la hipoteca. Corroborando lo anterior, además, el que el artículo 2385 señale que la prenda supone *siempre* una obligación principal a la cual accede. Véase SOMARRIVA (1943), pto. 230, p. 216.
- En cuanto a la anticresis, también prima la idea que ella no es posible tratándose de obligaciones futuras.
- Tratándose de la cláusula penal, y a partir de su definición legal contenida en el artículo 1535, podría pensarse que la obligación debe existir previa o simultáneamente a la celebración de la cláusula penal. Sin embargo, Hernán Corral Talciani señala que ella puede establecerse para garantizar obligaciones futuras, pero su aserto se funda exclusivamente en la idea –no compartida por nosotros, por las razones ya expresadas– de que es posible la existencia de la obligación accesoria con anterioridad a la obligación principal a que accede. CORRAL (2012), pp. 66-67.

El hecho que solo exista expresa permisión legal para garantizar obligaciones futuras con fianza (y reservarse expresamente al constituyente el derecho a retractarse) y con hipoteca, ¿Qué significa concretamente?, ¿tiene algún significado el silencio que mantiene el legislador respecto de las demás cauciones? A nuestro entender, y dado que al principio de accesoriedad, por lo menos en su estado puro, repugna la posibilidad de que la caución pueda tener eficacia –e incluso, pueda ser constituida– con anterioridad al surgimiento de la obligación principal a que accede, dicho silencio es elocuente, siendo clara manifestación que la regla general es que no procede la garantía de obligaciones futuras sin una regla especial que lo autorice y, más aún, deja en evidencia el falaz razonamiento de quienes sostienen la existencia de una permisión general a partir de lo dispuesto en el artículo 1442.

dentro del plazo de quince días hábiles" (artículo 17 D inc. 5°). Dicha regulación, al parecer, resultó insuficiente, pues menos de cuatro años después el legislador dicta la ley n.° 20855, que modifica al artículo 17 D de la ley n.° 19496 y regula ahora minuciosamente la obligación del proveedor de créditos hipotecarios de proceder al alzamiento de las hipotecas una vez extinguidos las obligaciones que ella garantizaba.

De acuerdo con el actual texto de la ley n.° 19496, el proveedor debe comunicar al deudor, en el plazo de veinte días corridos, que se han pagado íntegramente las deudas garantizadas por la hipoteca general, tanto en su calidad de deudor principal o accesorio (avalista, fiador o codeudor solidario). Informado el deudor, este tiene el derecho de pedir que el proveedor proceda a otorgar la escritura pública de alzamiento y requerir su subinscripción en el Conservador respectivo, trámites que deben llevarse a cabo en el plazo de cuarenta cinco días contados desde la solicitud del deudor.

Asimismo, el artículo 17 D inc. 8° permite sea el propio deudor quien tome la iniciativa y proceda a solicitar al proveedor el alzamiento de la hipoteca general en cuanto no existan obligaciones pendientes caucionadas por esta garantía, sin que el proveedor lo pueda objetar, alegando que el deudor podría obtener nuevos créditos en el futuro y utilizar esa garantía general.

Como puede apreciarse, esta nueva regulación, en el fondo, constituye un reconocimiento al derecho a retracto del garante hipotecario de obligaciones futuras.

De acuerdo con lo dicho, entonces, la posibilidad de que quien hipoteca un bien en garantía de obligaciones futuras, propias o ajenas, pueda retractarse conservará importancia en todos aquellos casos que no quedan comprendidos en alguna las hipótesis que establece la ley n.° 19496 y que facultan al deudor para exigir el alzamiento. En otras palabras, esta opción resultará relevante cuando:

- a) El acreedor hipotecario no sea un proveedor de servicios financieros pactados mediante contratos de adhesión¹⁰;
- b) Sea el tercero poseedor de la finca hipoteca quien pretenda la liberación de esta y

¹⁰ Solo a estos acreedores hipotecarios se refiere el encabezamiento del artículo 17 D, donde se insertan las nuevas reglas. Sin embargo, y dado los términos del nuevo inciso 12° de la norma, estimamos que también se comprende dentro de esta categoría al cesionario del crédito, aunque no sea proveedor de servicios financieros.

Cabe recordar que la ley n.° 19496, en su artículo 1° N° 2, define para sus efectos a los "proveedores" como "las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa".

- c) En todos los casos que exista ya al menos una obligación pendiente caucionada con la hipoteca constituida, en su origen, para garantizar obligaciones futuras.

Para resolver la cuestión planteada, y particularmente dado que la inteligencia del artículo 2413 no ha estado exenta de polémicas, es necesario indagar en cuanto al modo en que se ha entendido en nuestro medio la naturaleza jurídica de la hipoteca de obligaciones futuras y, especialmente, lo relativo a la situación en que se encuentra la garantía en cuanto a sus efectos prácticos antes de que se contraiga la obligación principal.

Para Rafael Mery Berisso, la hipoteca en garantía de obligaciones futuras existe como tal desde que se inscribe; pero su subsistencia y efectos están condicionados al nacimiento de la obligación futura.

Mientras la obligación garantizada permanece como futura, el gravamen real existe y afecta no solo a las partes, sino a los terceros, pues no se trata –a su juicio– de una mera expectativa hipotecaria, sino de un derecho de garantía actual, que adquiere rango desde su inscripción. En esta situación, la hipoteca conserva su energía latente o potencial; y contraída la obligación principal, la hipoteca de garantía se transforma en una hipoteca normal, *condensándose* el gravamen real. Así las cosas, Rafael Mery concluye que, dados los términos del artículo 2413, no cabe hablar de retroacción o retroactividad de la garantía, pues el derecho real existe desde el momento de su inscripción constitutiva. Si la obligación, por último, no llega a contraerse, la hipoteca deviene en ineficaz¹¹.

Alfredo Barros Errázuriz, luego de reconocer la posibilidad de que la hipoteca, a pesar de su carácter accesorio, pueda concebirse separada del crédito u obligación principal, se limita a señalar que cuando la hipoteca se establece para un “derecho eventual” puede ella inscribirse antes de que exista realmente la deuda, dando a entender que dicha hipoteca existirá desde el momento de la inscripción¹².

José Joaquín Ugarte postula que esta clase de hipoteca lleva envuelta la condición esencial de llegar a existir las obligaciones que se trata de garantizar, por lo que concluye: “si el constituyente quiere, puede desistirse del contrato de hipoteca, que aún no existe sino como germen, sin fuerza vinculante”¹³. Remata diciendo:

“la hipoteca por obligaciones futuras podrá escriturarse e inscribirse, pero no será hipoteca ni producirá efectos de tal sino una vez nacidas

¹¹ MERY (1958), pto. 39, pp. 86 y ss.

¹² BARROS (1932), p. 398.

¹³ UGARTE (1991), pto. 8, p. 83.

las obligaciones principales. La retrotracción de sus efectos a la fecha de inscripción es sólo una relajación del principio de la accesoriedad que el legislador ha establecido especialmente”¹⁴.

En suma, entonces, para el profesor José Ugarte la hipoteca de obligaciones futuras no será tal ni producirá sus efectos propios mientras no nazcan obligaciones principales, estimando que, surgidas estas, tendrá lugar la retrotracción de sus efectos a la fecha de inscripción, fenómeno que explica como una simple temperación o relajación al rigor del principio de la accesoriedad; en cambio, para Rafael Mery Berisso la hipoteca por obligaciones futuras existe como gravamen real desde que se inscribe, afectando tanto a las partes como a terceros, por lo que niega se produzca una retroacción o retroactividad de la garantía al tiempo de la inscripción cuando nazca la obligación futura.

Si analizamos bien ambas posiciones, veremos que, en último término, se diferencian en cuanto al modo en que comprenden el papel que cumple la inscripción hipotecaria que el artículo 2413 permite hacer pendiente el nacimiento de la obligación garantizada. Para la posición que defiende Rafael Mery, que llamaremos por economía –aunque tal vez con algo de impropiedad– “teoría de la hipoteca plenamente constituida”, dicha inscripción constituye la tradición del derecho real de hipoteca; mientras que para el profesor José Ugarte, dicha inscripción no parece ser sino una mera reserva de rango hipotecario (pues la hipoteca, al adquirir fecha, adquiere también preferencia) a favor de una hipoteca que, aunque formalmente ya se encuentre constituida, realmente nacerá simultáneamente con el crédito garantizado, surtiendo efectos retroactivos desde que haya sido inscrita.

Pese a lo que pudiera creerse, los efectos que se seguirían de estas diametralmente distintas concepciones no son, a fin de cuentas y en lo general, significativamente distintos. No debe perderse de vista que, incluso, si sostenemos que la hipoteca se entiende plenamente constituida mientras la obligación garantizada permanece como futura, no significa igualmente que plenos sean sus efectos prácticos¹⁵.

¹⁴ UGARTE (1991), pto. 13, p. 84.

¹⁵ Los efectos que se siguen de una hipoteca plenamente constituida y los que se siguen de estimar la inscripción como una simple reserva de rango son, en principio, notables. A modo meramente ejemplar podemos señalar las siguientes:

- a) Tratándose de una mera reserva de rango, esta quedaría inoperante tras la expropiación del inmueble. La hipoteca, en cambio, se transformaría en una garantía sobre la indemnización y podría hacerse efectiva por el acreedor una vez que quede acreditado el nacimiento de la obligación garantizada (artículo 2422).
- b) En relación con los siniestros que eventualmente pudiera sufrir el inmueble dado en garantía, si la hipoteca de obligaciones futuras se concibe como simple reserva de rango,

No obstante, existe un punto donde la diferencia entre estas doctrinas resulta muy notable. Aun cuando no lo señala expresamente, se deduce que para el profesor José Ugarte mientras no nazca una obligación, el acreedor en cuyo favor se ha constituido la hipoteca de obligaciones futuras solo tiene una mera expectativa, pues reconoce que el constituyente conserva la facultad de retractarse antes del nacimiento de la obligación principal. Para Rafael Mery, simplemente no existiría la posibilidad de desistimiento.

¿Cuán cierto es que pueda retractarse quien constituyó una hipoteca en garantía de obligaciones futuras? ¿Se trata de una consecuencia necesaria de la tesis de la reserva de rango hipotecario?

Si bien la solución planteada por el profesor José Ugarte nos parece más conforme al principio de accesoriedad, lo que desde ya nos inclina a ella, estimamos que su aceptación sin reservas requiere, de modo previo, se despeje un extremo que puede exponerla a refutaciones.

En abstracto, descartada la “teoría de la hipoteca plenamente constituida”, la aplicación, ya por vía de analogía, ya por vía de interpretación extensiva, de la regla contenida en materia de fianza en el artículo 2339 a la hipoteca de obligaciones futuras se torna posible, desde que, como se ha señalado en este trabajo, ella no puede calificarse de excepcional, sino de mera aplicación del principio de accesoriedad que impera en materia de cauciones.

las indemnizaciones corresponderán al propietario; si, por el contrario el inmueble se encuentra efectivamente hipotecado, el acreedor hipotecario podrá reclamar la indemnización (artículo 2422).

- c) La hipoteca se extiende a todos los aumentos y mejoras que reciba la cosa hipotecada (artículo 2421); en tanto que si estamos frente a una mera reserva de rango, aquellas posteriores a la inscripción de la hipoteca no se entenderían hipotecadas.
- d) En el caso de los muebles por destinación que se introduzcan en el inmueble, en el supuesto de una autentica hipoteca, quedan afectados (artículo 2420); mientras que si solo constituye una reserva de grado, mientras no se constituya como gravamen hipotecario, ellos no quedarán afectados.
- e) Frente a la pérdida o deterioros que experimente el bien hipotecado, el acreedor hipotecario puede ejercer los derechos que le otorga el artículo 2427; mientras que si solo se trata de una reserva de rango, ello aunque muy discutible, no parece posible.

Sin embargo, estas diferencias finalmente terminan diluyéndose. No puede olvidarse que la hipoteca de obligaciones futuras, por muy constituida que se considere desde su inscripción, no es una hipoteca “normal”, pues sus efectos solo se consolidarán una vez que surja la obligación garantizada y, por la misma razón, resulta difícil de concebir que, pendiente el nacimiento de la obligación, el acreedor hipotecario pueda ejercer en plenitud los derechos que en su carácter de tal le asisten, salvo, quizá, las acciones que le corresponderían en caso de pérdida o deterioro del inmueble. Por otro lado, y dado que para la posición de la reserva de rango una vez ocurrido el nacimiento de la obligación, la hipoteca producirá efectos retroactivos, a la fecha de la inscripción, estas originarias diferencias terminarán borrándose o a lo menos difuminándose.

Sin embargo, la claridad de este razonamiento resultará opacada si, analizada la situación del acreedor hipotecario pendiente el nacimiento de la obligación futura garantizada, se concluyera que existe ya en él un derecho eventual y no una mera expectativa hipotecaria.

En efecto, si entendemos por derecho eventual, conforme la doctrina de la noción genérica del mismo, un

“derecho futuro cuya adquisición está desde ya protegida por el otorgamiento de un derecho subjetivo encaminado a esa finalidad protectora”¹⁶;

y consideramos que, a lo menos, se reconoce al acreedor hipotecario de una obligación futura la posibilidad de obtener la inscripción del gravamen pendiente el nacimiento de la obligación garantizada, inscripción que dará fecha y, por consiguiente, grado de preferencia a la hipoteca, a la cual se retrotraerán los efectos en el evento de surgir las obligaciones¹⁷, parece claro que lo que dicho acreedor tiene no es una mera expectativa hipotecaria, sino derechamente un derecho eventual, protegido desde ya por el otorgamiento de un derecho puro y simple, de tal suerte que no resultaría posible, en este particular caso y a diferencia de lo que ocurre en la fianza, el retracto.

La objeción planteada es correcta en lo general, esto es, en cuanto estima al o los derechos que asisten al acreedor hipotecario pendiente el surgimiento de la obligación garantizada como derechos eventuales; pero no lo es, creemos, en cuanto concluye necesariamente de ello la imposibilidad del retracto. El carácter de deuda en embrión o potencia que tiene toda obligación futura, unido –y muy fundamentalmente por esta razón– al carácter accesorio que tiene toda caución, inevitablemente han de impactar precarizando el o los derechos que se reconozcan al acreedor hipotecario mientras pende el nacimiento de la obligación garantizada, por lo menos hasta el punto de descartar que la sola consideración de aquellos obste y lleve a descartar la posibilidad de retractación por parte del constituyente.

Fuera del argumento de la aplicación analógica de la regla contenida en el artículo 2339, también militan a favor de la procedencia del retracto unilateral razones de conveniencia y justicia.

Como cuestión general, no debemos olvidar que la hipoteca, aún considerada como derecho real, no tiene vocación de perpetuidad. Siendo un derecho accesorio, su existencia solo se justifica en la medida que también exista la obligación personal que garantiza y a cuyo servicio está; y toda obli-

¹⁶ VODANOVIC (1990), pto. 459, p. 309.

¹⁷ Y quizá podría citarse otro: el derecho a implorar las medidas conservativas que el caso admita, si la finca se perdiere o deteriorare en términos de no ser suficiente para la seguridad de la deuda (artículo 2427). Con todo, lo creemos muy discutible. Véase el pie de página n.º 15.

gación personal es eminentemente temporal. Claro es que la cooperación social exige que los hombres sacrifiquen, en beneficio mutuo, su plena libertad, pero únicamente hasta donde esta no sufra un menoscabo destructor y es por esta razón que la ley no tolera vínculos personales perpetuos y da medios para poner término a los que se establecen sin límite de tiempo a través de distintas vías, entre los que se encuentra, precisamente, la retractación. Lo dicho cobra particular importancia si se piensa que sola constitución de la hipoteca menoscaba el crédito territorial del propietario y perturba el tráfico inmobiliario¹⁸ y que, por el contrario, la retractación, en la medida que esté sujeta –como de hecho lo está– a ciertas medidas de publicidad para resultar oponible¹⁹, no produce perjuicio al acreedor: se trata de obligaciones que no tienen existencia actual, de manera que, producida la retractación y conocida por el acreedor, este podrá adaptar su conducta para con el deudor a las nuevas circunstancias.

Dicho lo anterior y supuesto –para el solo beneficio del análisis– la imposibilidad de retractarse, cabe preguntarse qué alternativas brindaría el ordenamiento al deudor o constituyente de esta clase de garantía que, no encontrándose en alguna de las hipótesis que hoy establece la ley n.º 19496, desea liberar el bien afecto y evitar que este quede eternamente gravado, a la espera del (eventual) nacimiento de la obligación garantizada.

La Corte Suprema, en sentencia invalidatoria de 23 de marzo de 2012 dictada en autos rol 6742-2011, y teniendo como presupuesto de su raciocinio que la hipoteca que cauciona obligaciones futuras está subordinada a una condición suspensiva e indeterminada, consistente en que dichas obligaciones futuras se contraigan, ha resuelto que si la obligación se contrae pasado el plazo de caducidad de las condiciones contado desde la celebración del

¹⁸ Lo cual se ve agravado si se aceptara un concepto amplio de obligación futura, que comprenda aún las meramente eventuales, pues en estas últimas no existiría un interés actual suficiente que justifique la garantía.

¹⁹ El artículo 2339 protege en caso de retracto unilateral tanto al acreedor como a terceros de buena fe, pues el fiador de obligaciones futuras que se ha retractado queda responsable ante estos “como el mandante en el caso del artículo 2173”. Esto quiere decir, en otros términos, que la retractación del fiador es inoponible al acreedor y a los terceros que la ignoran, para quienes subsistirá la fianza otorgada y, en consecuencia, las obligaciones que surjan en el tiempo que media entre la retractación y el conocimiento que tome de ella el acreedor y/o los terceros obligan al fiador, el cual no podrá excusarse de cumplirlos, alegando que se retractó de la fianza.

Toda vez que la buena fe se presume (artículo 707), incumbirá al fiador probar que el acreedor o los terceros conocían de su retractación, pudiendo valerse para este efecto de todos los medios que franquea la ley, incluso por testigos. Sin embargo, en este punto ha de tenerse en cuenta que el legislador ha sido menos riguroso con el fiador que se retracta, al facultar al juez para que, en su prudencia, pueda absolverlo cuando la retractación haya sido notificada al público por periódicos o no pareciere probable la ignorancia del tercero (artículo 2173, inciso final)

contrato de hipoteca- plazo este que, en general, se estima es de diez años, ha de entenderse fallida la condición y, por ende, extinguida la hipoteca general constituida en garantía de obligaciones futuras que no tuvieron lugar. Doctrinariamente, esta tesis ha sido sostenida por José Miguel Lecaros Sánchez²⁰.

Otra vía –indirecta eso sí– que podría llevar mismo fin la constituiría que el deudor²¹ ejerciera la facultad que le reconoce el artículo 2331 inc. 2° para que se limite su responsabilidad hipotecaria. De acuerdo se desprende de lo dicho por Manuel Somarriva²² al comentar la citada norma, el ejercicio de este derecho por el deudor producirá que la hipoteca no cubrirá obligaciones futuras, pues, en su concepto, la reducción ha de hacerse según el monto de lo que efectivamente se adeude al tiempo en que la reducción se solicite.

Atentos a la consideración general expresada en el numeral 27 precedente, no advertimos justificación suficiente para que se obligue al deudor hipotecario de obligaciones futuras a esperar transcurra el entero plazo de caducidad de las condiciones para poder, recién ahí, obtener la liberación del bien hipotecado y, por ende, no nos parece del todo acertada la solución que adoptara la Excma. Corte Suprema en el caso antes comentado.

Más reparos nos merece, se pretenda, como solución, que el deudor recurra al expediente de solicitar la limitación de su responsabilidad hipotecaria. Al margen de los arduos problemas que la interpretación de la regla contenida en el artículo 2431 ha suscitado, que incluso hacen dudosa su procedencia en este caso²³, y del hecho que ella supone aceptar previamente que la hipoteca en garantía de obligaciones futura se encuentra plenamente constituida desde su otorgamiento, cuestión que tampoco es pacífica, esta vía –por lo menos tal como la plantea Manuel Somarriva– no llevaría a la reducción de la responsabilidad, sino derechamente a la cancelación registral de la caución²⁴. La regla del artículo 2431 inc. 2° es una herramienta para el

²⁰ LECAROS (2001), p. 249 y ss.

²¹ Y solo él, pues este derecho no se reconoce a favor del tercero poseedor de la finca hipotecada.

²² LECAROS (2001), p. 320.

²³ No toda la doctrina se encuentra conteste en cuanto al alcance de la regla que permite al deudor limitar su responsabilidad hipotecaria. Así, por ejemplo, para Rafael Mery, la norma del artículo 2431 inc. 2° se aplica, única y exclusivamente, a la hipoteca de máximo, es decir, a aquella que se encuentra limitada a una determinada suma; en tanto que, para José Ugarte, la regla resulta sencillamente inaplicable respecto de obligaciones absolutamente indeterminadas, de lo que concluye, incluso, un argumento en contra de la validez de la cláusula de garantía general hipotecaria. Véase MERY (1958), p. 311; UGARTE (1991), p. 98 y ss.

²⁴ Y decimos cancelación de la inscripción y no extinción de la caución, por ser la primera expresión acorde con la postura que asumiéramos en orden a que la hipoteca de obligaciones futuras no se constituye realmente, sino cuando dichas obligaciones cobran existencia, es decir, son contraídas.

deudor, quien podrá impetrarla en el caso que desee (únicamente) limitar su responsabilidad, pero conservando la hipoteca, lo cual también puede tener lugar cuando se está frente a obligaciones futuras. En efecto, las obligaciones futuras, para ser tales y no obligaciones meramente eventuales (y, por lo mismo, sin aptitud para ser garantizadas), han de cumplir con los requisitos de determinación del objeto que prescribe el artículo 1461 y, por tanto, han de contener (a lo menos) los datos que permitan presumirla, calcular su importe, siquiera sea por aproximación, no se advirtiéndose entonces razón para que el juez no pueda, cumpliendo el mandato que le impone el artículo 2431, reducirlas al duplo del importe presunto que ellas tengan.

Súmese a los inconvenientes ya mencionados que la reducción no es un camino expedito –obliga a recurrir a la justicia si el acreedor no se aviene buenamente a ella– y, por lo mismo, resultará las más de la veces dispendioso.

Las deficiencias apuntadas tanto respecto de una y otra de estas posibles soluciones terminan sirviendo precisamente de argumentos a favor de la admisibilidad del retracto unilateral del constituyente de la hipoteca de obligaciones futuras. Siendo de absoluta necesidad, tanto por razones sistemáticas como de justicia, que el ordenamiento arbitre un medio que impida que las hipotecas en garantía de obligaciones futuras se transformen en perpetuas, en un gravamen irredimible; y resultando el retracto unilateral la solución más simple y satisfactoria de cuantas se han planteado, cuya aceptación es justificable desde una perspectiva dogmática, terminan inclinándonos por ella.

La aplicación analógica de la regla establecida en el artículo 2339 a la hipoteca que garantiza obligaciones futuras cuenta con confirmación jurisprudencial. Habiéndose discutido si el tercero poseedor de la finca hipotecada que ha otorgado hipoteca a favor del deudor con cláusula de garantía general puede demandar su alzamiento si no existe deuda pendiente, la I. Corte de Concepción, en sentencia de 22 de enero de 2009, dictada en autos rol 1962-2007, reconoce ampliamente el derecho a pedir la liberación del predio hipotecado en tal caso, fundando su parecer, en primer término, en la aplicación supletoria del estatuto de la fianza y especialmente lo dispuesto en el artículo 2339.

En cuanto a la doctrina, además del profesor José Ugarte, cuya posición ya ha sido ampliamente comentada lo largo de este trabajo, se manifiesta a favor de la aplicación analógica de la regla del artículo 2339 a la hipoteca el profesor Bruno Caprile Biermann²⁵.

²⁵ CAPRILE (2008), pp. 560-565. El profesor Bruno Caprile funda su parecer “en virtud del principio según el cual el derecho repudia las obligaciones contraídas a perpetuidad” y agrega: “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 general”.

Necesario es, antes de proseguir, una prevención: No faltará quien, sobre la base de la regulación contenida en la Ley del Consumidor, sostenga que, *a contrario sensu*, fuera de los casos que dicha ley consulta no resulta posible al deudor, y mucho menos al tercero poseedor de la finca hipotecada, solicitar el alzamiento de la garantía; mas tal argumento, a nuestro juicio, no es correcto.

La recta utilización del argumento de contradicción supone previamente se haya distinguido si el silencio de la norma es producto de falta de expresa mención o, bien, obedece a falta de regulación. El argumento solo puede operar válidamente en el primer caso, pues frente a una laguna legal nada aporta a su colmado ni se opone, por sí, a la analogía.

Ahora bien, como afirma Georges Kalinowski, el argumento a contrario

“es un raciocinio que explicita el sentido de la expresión cuantificadora «solamente» o de uno de sus sinónimos, tales como ‘únicamente’, ‘exclusivamente’, ‘... sólo... que’, etcétera, empleados expressis verbis por el legislador, o que permanecen sobreentendidos”²⁶;

pero que

“difícilmente se puede hablar aquí de interpretación del derecho. Porque la verdadera interpretación comienza solamente cuando se plantea la cuestión de saber si es necesario o no sobreentender en el texto interpretado el cuantificador ‘solamente’, que hace posible la aplicación de la regla arriba mencionada”²⁷.

Así pues, el aforismo *a contrario* no es en realidad ni un argumento interpretativo, ya que estos deben ser usados con anterioridad a que sea posible auxiliarse del argumento a contrario, ni es un argumento creativo, pues no produce una norma nueva, sino que saca las consecuencias de la norma preexistente interpretada. El resultado de su utilización es dependiente de esa interpretación anterior, por lo que tal resultado se verá condicionado por la doctrina o concepción de la interpretación que el exégeta maneje.

Hechas estas aclaraciones, estimamos que no hay nada que permita afirmar que la Ley del Consumidor, en este aspecto preciso, establezca que únicamente en los casos a que ella se refiere sea posible obtener el alzamiento del gravamen. El silencio que guarda respecto de todas las demás hipótesis concebibles proviene de la falta de mención, pero no de regulación, toda vez

²⁶ KALINOWSKI (1973), p. 176.

²⁷ *Op. cit.*, p. 178.

que el derecho común, en virtud de la aplicación del principio de accesorieidad y, más inmediatamente, de la interpretación extensiva que corresponde dar a la facultad de retractación que el artículo 2339 reconoce al fiador, consagra, autorizaría la retractación del garante hipotecario de obligaciones futuras. En este punto el legislador de la ley n.º 20855, y antes, el de la ley n.º 20555, en lo sustancial no innova, sino tan solo reglamenta con detalle como ha de proceder el consumidor para obtener la liberación de sus inmuebles en las hipótesis que ella señala, casos que, por diferentes razones, entre las cuales ciertamente se encuentra su masividad y frecuencia, así como también la estimación de existir gran desigualdad de entre las partes intervinientes (por un lado, un proveedor de servicios financieros, que usualmente es un banco y, por otro, un consumidor), adquieren una trascendencia social que los hace merecedores de la regulación específica del derecho del consumidor. Así lo confirma la historia fidedigna del establecimiento de las citadas leyes.

¿Subsiste en el garante hipotecario la posibilidad de retractarse una vez que la hipoteca, constituida originariamente para garantizar obligaciones futuras, cauciona ya créditos devenidos a la existencia con posterioridad a su otorgamiento?

Si se acepta como presupuesto que la hipoteca por obligaciones futuras no existe ni vale mientras ellas no se contraigan, es decir, no dejen su condición de futuras, aun cuando sus efectos se retrotraigan a la época de la inscripción, parece fuera de toda duda que dicha facultad subsistirá en el garante hipotecario no obstante ya haber surgido una o más obligaciones, pero los efectos de su retractación serán más limitados. Desde esta perspectiva, el acto de contraer obligaciones con garantía de la cosa hipotecada es hipotecar, es dar vida a la hipoteca previa, que hasta entonces solo existía en potencia, larvariamente podríamos decir y, en consecuencia, la existencia ya de obligaciones no obsta a la retractación, pero si limitará sus efectos, pues, naturalmente, solo operará respecto de aquellas que permanezcan como futuras al tiempo de la retractación y, tratándose de las ya contraídas, no producirá efecto alguno: ellas continuarán garantizadas con la hipoteca, de manera que no podrá en este caso darse lugar al alzamiento registral del gravamen.

Por último, réstenos señalar que, si bien en un plano entitativo la retractación del garante hipotecario necesariamente ha de anteceder a su solicitud de cancelación del gravamen, desde que esta solo será procedente a consecuencia de aquella, tal exigencia no se extiende al plano cronológico, donde ambas pueden ser coetáneas.

Por lo anterior y, además, no exigiendo la ley que la voluntad de retractarse deba necesariamente manifestarse en forma expresa, estimamos que en los casos que no ha precedido retractación explícita, la demanda

del garante solicitando la cancelación y alzamiento judicial de la hipoteca establecida en garantía de obligaciones futuras, fundado en la inexistencia de deudas actualmente garantizadas, no pudiendo interpretarse de otro modo, ha de estimarse constituye su retracto tácito para todos los efectos a que haya lugar²⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS ERRAZURIZ, Alfredo (1932): *Curso de derecho civil. Segundo año, parte segunda* (4ª ed., Santiago, Editorial Nascimento).
- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2011): "El desistimiento unilateral o renuncia: una especial forma de extinción de los contratos", en *Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, (Santiago, Abeledo Perrot Legalpublishing), pp. 271-296.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2012): *La "cláusula penal". Función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile)
- FERNÁNDEZ LAMA, Cristián (2017): "El concepto de obligaciones futuras en el Código Civil Chileno", en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 36: pp. 141-153.
- KALINOWSKI, Georges (1973): *Introducción a la lógica jurídica* (trad J. A. Casaubón) (Buenos Aires, Editorial Eudeba).
- LECAROS SÁNCHEZ, José Miguel (2001): *Las cauciones reales, prenda e hipoteca* (Santiago, Metropolitana Ediciones).
- MEZA BARROS, Ramón (2011): *Manual de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones*, (9ª ed., actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) tomo I.
- MERY BERISSO, Rafael (1958): *Derecho hipotecario. Estudio de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003): *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- POTHIER, Robert. J. (1961): *Tratado de las obligaciones* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina).
- SOMARRIVA, Manuel (1943): *Tratado de las cauciones* (Santiago, Editorial Nascimento).
- UGARTE GODOY, José Joaquín (1991): "La nulidad de la cláusula de garantía general hipotecaria", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVIII, n.º 3: p. 81 y ss.

²⁸ Lo anterior, naturalmente, sin perjuicio de la carga de darle publicidad a su retracto para ser eficaz. Respecto del acreedor, esta exigencia quedará satisfecha con la notificación que se le practique; pero respecto de terceros ha de tenerse en cuenta lo expresado en el pie de página 19.

USINSKAITE, Alvyda (2011): *Garantía hipotecaria de obligaciones futuras: Principios clásicos y formas contractuales modernas*, trabajo fin de máster en Derecho Privado (Madrid, Universidad Complutense de Madrid).

VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (1990): *Derecho Civil. Parte preliminar y parte general* [basado en las explicaciones de clases de Arturo Alessandri y Manuel Somarriva] (Santiago, Ediar Conosur Ltda), tomo I.

