



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO**

HIPOTECA Y SUBROGACIÓN EN CHILE

**Memoria para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en
Derecho privado**

MARIO ANDRÉS BUSTOS PONCE

Profesor guía: Gabriel Hernández Paulsen

Santiago de Chile

2022

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	01
I. LA PURGA DE LA HIPOTECA EN GENERAL	08
1. La hipoteca como derecho real y como contrato	08
2. Concepto, caracteres extintivos y fundamento de la purga de la hipoteca	13
2.1. Concepto de purga de la hipoteca	13
2.2. Caracteres extintivos de la purga de la hipoteca	13
2.3. Fundamento de la purga de la hipoteca	15
3. Efectos de la purga de la hipoteca	18
II. PANORÁMICA GENERAL DE LA NO CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 2428 DEL CÓDIGO CIVIL	19
4. Improcedencia de la purga de la hipoteca	19
5. Posición en que queda el adquirente de la finca en pública subasta	20
5.1. El adquirente como tercero interesado en la extinción de la deuda garantizada con la hipoteca que grava su finca	20
5.2. El adquirente como tercer poseedor de la finca hipotecada	22
5.3. El derecho de persecución contra el tercer poseedor	23
6. Acción de desposeimiento: concepto y actitudes que puede adoptar el tercer poseedor frente a su interposición	25
6.1. Acción de desposeimiento	25
6.2. Actitudes que puede adoptar el tercer poseedor frente a la acción de desposeimiento deducida en su contra	27
7. Efectos ante el ejercicio de la acción de desposeimiento: el tercer poseedor abandona la finca o no hace nada	28

7.1.	Saneamiento de la evicción. Posturas sobre su procedencia	28
7.2.	Indemnización de perjuicios	31
7.3.	Procedencia del saneamiento de la evicción en caso de desposeimiento: opinión	32
8.	Efectos ante el ejercicio de la acción de desposeimiento: pago de las obligaciones garantizadas con hipoteca	36
III. SUBROGACIÓN Y RANGO HIPOTECARIO		38
9.	Subrogación y pago con subrogación	38
9.1.	Conceptos	38
9.2.	La subrogación legal como protección que opera a favor de los terceros interesados que pagan una deuda ajena	42
9.3.	La subrogación como forma de hacer efectiva la responsabilidad en la persona que tiene el deber de cumplir	44
9.4.	La subrogación como forma de evitar el enriquecimiento injustificado	48
9.5.	La subrogación como forma de adquirir el derecho real de hipoteca	50
9.6.	Requisitos generales de la subrogación legal	50
9.7.	Efectos de la subrogación	52
10.	Rango de la hipoteca	55
10.1.	Concepto de rango o grado de la hipoteca	55
10.2.	Sistemas de ordenación de las hipotecas	57
10.3.	El sistema de ordenación de las hipotecas en el Derecho chileno	61
10.4.	Mecanismos para mantener la posición del rango hipotecario en los sistemas de rangos progresivos o latinos	62
10.5.	Modificación de la preferencia hipotecaria en el Código Civil	66

IV. SUBROGACIÓN DEL ARTÍCULO 1610 N°2 DEL CÓDIGO CIVIL	69
11. Nociones generales	69
11.1. Funcionamiento de esta subrogación	69
11.2. Del alcance de esta subrogación	72
12. Fundamentación de esta subrogación	74
13. Requisitos del artículo 1610 N°2 del Código Civil	77
13.1. El tercero que paga debe ser comprador de la finca hipotecada	77
13.2. El comprador debe estar obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble esté hipotecado	78
13.3. El pago debe aplicarse a la extinción de las hipotecas preferentes	80
13.4. Necesidad de constancia registral para que opere la subrogación.	
Discusión	84
14. Si el acreedor hipotecario se adjudica la finca a falta de posturas admisibles a la pública subasta, ¿opera la subrogación?	85
14.1. Procedencia de la purga de las hipotecas ante la adjudicación del acreedor hipotecario a falta de posturas admisibles	86
14.2. Procedencia de la subrogación ante la adjudicación por el acreedor preferente a falta de posturas admisibles	91
14.3. Funcionamiento de la subrogación en caso de adjudicación del acreedor hipotecario a falta de posturas admisibles en la pública subasta	94
15. La subrogación del artículo 1610 N°2 del Código Civil y la titularidad del derecho real de hipoteca sobre bienes propios	96
15.1. El presupuesto de la ajenidad de la cosa hipotecada en la operatividad de la hipoteca como caución y derecho real	96
15.2. Subrogación del artículo 1610 N°2 del Código Civil como forma de hipoteca sobre bien propio	99

V. SUBROGACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1610 N°1 Y 2429 DEL CÓDIGO CIVIL	102
16. Subrogación del artículo 1610 N°1 del Código Civil	102
16.1. Requisitos de procedencia	102
16.2. Utilidad de esta subrogación	104
16.3. Efectos de esta subrogación	105
16.4. No es necesaria constancia registral para que opere esta subrogación	106
17. Subrogación del artículo 2429 del Código Civil	108
17.1. Generalidades	108
17.2. Concurrencia de acciones subrogatorias	110
17.3. Alcance de esta subrogación	112
VI. EL ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL	114
18. Coordinación entre los artículos 2428 del Código Civil y 492 del Código de Procedimiento Civil	114
18.1. Generalidades	114
18.2. Correspondencia entre el artículo 2428 del Código Civil y el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil	115
19. Opciones que concede el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil al acreedor hipotecario de grado preferente	118
20. Requisitos para que opere la opción del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil	119
20.1. Solo puede invocar el derecho de opción el acreedor hipotecario de grado preferente al ejecutante	119
20.2. El crédito del acreedor hipotecario preferente no debe encontrarse devengado	119
20.3. Debe perseguir la finca un acreedor hipotecario de grado posterior	121

20.4.	Debe realizarse la finca en pública subasta ordenada por el juez	123
20.5.	El acreedor hipotecario de la finca debe perseguirla en contra del deudor personal que la posea	124
20.6.	El acreedor de grado preferente debe alegar que se reservará su hipoteca	125
20.7.	El remate debe haber producido lo suficiente para solventar el crédito del acreedor que invoca el derecho	125
CONCLUSIONES		127
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA		135
NORMATIVA CITADA		151
JURISPRUDENCIA CITADA		152

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es efectuar un estudio sistemático de las principales acciones subrogatorias establecidas en el Código Civil que se generan cuando las hipotecas no se extinguen por la no concurrencia de los requisitos del artículo 2428 del Código Civil, esto es, cuando gravado un bien con varias hipotecas, estas subsisten no obstante haberse rematado la finca, es decir, cuando no ha operado su extinción por «purga o caducidad de las hipotecas».

En primer lugar, se revisan las nociones generales relativas a la «purga de la hipoteca», como también las formas de extinción del contrato y del derecho real de hipoteca, concluyendo que la purga extingue el derecho real.

En segundo lugar, se ofrece una panorámica general de las diversas acciones con que cuenta el tercer poseedor de la finca hipotecada frente a la acción ejecutiva incoada en su contra para, posteriormente, abordar los conceptos de subrogación y rango hipotecario.

En tercer lugar, se efectúa un estudio de las principales figuras subrogatorias, a saber, aquellas establecidas en los N°1 y N°2 del artículo 1610 y en el artículo 2429, ambos del Código Civil, con especial atención a la del artículo 1610 N°2.

Por último, dada su vinculación con el artículo 2428 del Código Civil, se reserva un capítulo para el estudio del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil.

INTRODUCCIÓN

La hipoteca es una de las garantías tradicionales más útiles y de mayor aplicación en el tráfico jurídico inmobiliario, ya que permite a una parte proveerse de un crédito de, generalmente, elevado valor y, a la otra, resguardar de manera eficiente sus derechos como acreedor, sin que el bien gravado salga del poder de su dueño; por ello, ha sido catalogada como «la reina de las cauciones». En ese sentido, la hipoteca constituye una institución determinante en el desenvolvimiento del régimen económico, tanto para el acceso al crédito como para el aseguramiento del pago de este.

Por lo señalado se considera pertinente y necesario efectuar un estudio sobre la hipoteca, toda vez que se estima que será un aporte a la literatura jurídica nacional y, además, será de especial interés para aquellas personas que se valen de la hipoteca en sus transacciones económicas.

Desde la perspectiva de la ciencia jurídica, atendida su utilidad y vasta aplicación, la hipoteca ha tenido un rol histórico preponderante en la administración y transferencia de la propiedad raíz, razón por la cual, sus características y efectos han sido estudiados desde antiguo.

En la legislación nacional, ya en el siglo XIX, el Código Civil recogió y reguló la hipoteca, a partir de su artículo 2407, constituyendo, hasta la actualidad, la regulación sustantiva de la institución en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que ha sido complementada con regulaciones procesales y sectoriales a lo largo de los años (por ejemplo, en el Derecho del consumo o en el Derecho bancario).

Por consiguiente, la estructura hipotecaria establecida en el Código Civil ha sido explicada y estudiada por la doctrina y la jurisprudencia desde antaño, convirtiéndose en una institución ya asentada en la tradición jurídica nacional.

Sin embargo, hay ciertos aspectos de la regulación de la hipoteca en el Código Civil que merecen un tratamiento sistemático, no obstante, la tradición jurídica ya asentada en los términos referidos. En efecto, si bien la conceptualización de la hipoteca como contrato y derecho real, sus características, las facultades que otorga y su extinción han sido abordadas por la doctrina y jurisprudencia desde inicios del siglo XX, no es menos cierto que existen otros elementos que solo han sido explicados de modo referencial a propósito del tratamiento general de la institución sin un abordaje específico y sistémico.

En ese sentido, uno de los aspectos que merece una revisión pormenorizada y sistémica es aquel relativo a los efectos de la no concurrencia de los requisitos del artículo 2428 del Código Civil, esto es, cuando subsisten las hipotecas por no cumplirse uno o más requisitos para su purga o caducidad.

Al efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han abordado exhaustivamente los requisitos de procedencia de la purga o caducidad de la hipoteca de conformidad al artículo 2428 del Código Civil, pero normalmente las principales obras jurídicas sobre la materia no se extienden en demasía respecto a qué efectos civiles se producen cuando no concurren, en la especie, uno o más de los requisitos de la norma en comento.

La falta de un abordaje exhaustivo y sistemático respecto a los efectos de la no concurrencia de los requisitos del artículo 2428 del Código Civil, pudiere tener como explicación que ellos son abordados, por regla general, en el tratamiento de la parte general del Derecho de obligaciones, como también en el estudio de contratos específicos. Así, el estudio de los mencionados efectos descansa en las reglas generales del pago con subrogación, de la prelación de créditos, de las nociones generales de los derechos reales y de algunas cuestiones reguladas a propósito del contrato de compraventa (especialmente a propósito de la obligación de saneamiento por evicción).

Como se advierte, las materias civiles que se ven involucradas en los casos de purga o caducidad de la hipoteca exceden de las materias específicas tradicionalmente abordadas por el Derecho hipotecario, razón por la cual, las principales obras que abordan la hipoteca tampoco se detienen a explicarlas exhaustivamente, sino que efectúan las pertinentes remisiones a la parte general del Derecho de obligaciones o al estudio especial de otros contratos.

De esta forma, hace falta un trabajo que aborde sistemáticamente la no concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 2428 del Código Civil, tanto desde la perspectiva del Derecho hipotecario como también desde aquella del Derecho de obligaciones y del Derecho de los contratos.

El esfuerzo de sistematización ya referido permitirá coordinar y explicar elementos de la parte general del Derecho de obligaciones cuando ellos deben ser aplicados en el ámbito del Derecho hipotecario, revisando conjuntamente el artículo 2428 del Código

Civil con las reglas de preferencia hipotecaria, las del pago con subrogación, las de la acción de desposeimiento, entre otras.

En dicho contexto, el presente trabajo tiene por objeto ofrecer una mirada sistemática de los fenómenos subrogatorios contenidos en el Código Civil que ocurren cuando, transferida la finca hipotecada a un tercero, no se purgan las hipotecas que ella soportaba por no concurrir los requisitos del artículo 2428 del Código Civil.

Ahora bien, primeramente, se revisarán las nociones generales del derecho real de hipoteca y del contrato hipotecario, como también qué se entiende por purga o caducidad de la hipoteca. A continuación, se ofrecerá una panorámica general en torno a las principales acciones que tendría el tercer poseedor de la finca hipotecada en caso de que sea perseguido por el acreedor cuya hipoteca no se ha purgado, revisando las principales posturas en relación a la procedencia y aplicación de dichas acciones.

Luego se pasará a estudiar el objeto principal de este trabajo, esto es, la aplicación del pago con subrogación cuando hubiere hipotecas no purgadas sobre la finca gravada. En relación con este punto, podrían resultar aplicables diversas figuras subrogatorias, todas las cuales se expondrán de forma sistémica y con especial énfasis en sus características en el ámbito hipotecario.

Sobre el particular, se ofrecerán los conceptos generales de subrogación y sus requisitos, como también la necesidad de su existencia cuando un tercero hubiere extinguido la obligación caucionada por una hipoteca preferente, pero luego es ejecutado por un acreedor posterior cuya hipoteca no se ha purgado.

Asimismo, se referirán las reglas generales de ordenación de las preferencias hipotecarias (rangos o grados de la hipoteca), como también los principales sistemas de ordenación de las hipotecas, a fin de explicar que la subrogación es un mecanismo que permite mantener el lugar de la preferencia hipotecaria en determinados casos, evitando que los acreedores de hipotecas posteriores «mejoren» su preferencia. En este punto, también se esbozarán algunas herramientas de Derecho comparado que tienden a mantener las preferencias hipotecarias y que, para dichos efectos, tienen una utilidad similar a la subrogación establecida en el Código Civil.

A continuación, se estudiarán las principales formas en que el pago con subrogación se puede manifestar cuando, no obstante, pagadas las hipotecas preferentes, el tercer poseedor es requerido para el pago por un acreedor posterior cuya hipoteca no se ha purgado.

Se iniciará el estudio particular, con la revisión de la subrogación establecida en el artículo 1610 N°2 del Código Civil, la cual se aplica precisamente cuando no concurre la purga o caducidad de las hipotecas, razón por la cual, se le dedica un capítulo en particular.

Luego se abordarán las subrogaciones que pudieren concurrir a favor de un acreedor de grado preferente —de conformidad al artículo 1610 N°1 del Código Civil— y a favor del tercer poseedor que le paga al acreedor hipotecario ejecutante, de conformidad al artículo 2429 del Código Civil.

Así también, se ofrece un estudio del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, habida cuenta de que modifica tangencialmente el artículo 2428 del Código Civil, por lo cual, se estima pertinente su revisión y estudio.

En cuanto a la metodología, este trabajo expone de forma sistemática las principales posturas doctrinarias y jurisprudenciales relativas a cada uno de los aspectos abordados. Al efecto, se hace uso de las principales obras clásicas del Derecho civil en el ámbito hipotecario, destacando aquellas de los profesores Alessandri (Fernando), Somarriva, Mery y Diez, como también de las obras más relevantes en materia del Derecho de obligaciones, destacando aquellas de los profesores Alessandri (Arturo), Claro Solar, Somarriva y Vodanovic, como también de los profesores Abeliuk y Barros Errázuriz. Ello se complementa con referencias a fallos de los tribunales superiores de justicia sobre cada materia, refiriendo si ellos son coincidentes o disidentes con las posturas doctrinarias, como también señalando una opinión en caso de estimarse necesario.

Además de la exposición de las principales posturas de la doctrina más «clásica» y de la jurisprudencia en las materias abordadas, también se utilizan obras más contemporáneas en atención a su pertinencia y especificidad, disponibles en línea, o bien, en las principales revistas jurídicas del país, como también de obras extranjeras cuando se revisan algunos aspectos, en especial aquellos relativos a nociones de Derecho comparado. Con ello, se ofrece no solo una mirada sistémica de la materia en estudio, sino que, además, se procura ofrecer explicaciones acordes con las principales nociones del Derecho civil contemporáneo.

Una vez terminada la revisión de las materias expuestas, se espera concluir que los fenómenos subrogatorios vinculados con el artículo 2428 del Código Civil tienen por propósito que los grados de las hipotecas que no se hubieren purgado no mejoren en perjuicio de los intereses de aquellos que han pagado hipotecas preferentes. Asimismo, se espera concluir que la subrogación, en los términos expuestos, es la principal herramienta que establece el ordenamiento jurídico nacional para conservar la posición de los grados hipotecarios a favor de quien ha pagado un crédito hipotecario preferente del que no era su deudor personal.

I

LA HIPOTECA Y SU PURGA EN GENERAL

1. LA HIPOTECA COMO DERECHO REAL Y COMO CONTRATO

El artículo 2407 del Código Civil dispone que «La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor». Se ha señalado que esta definición es errónea¹, incompleta² y deficiente³, constituyendo un resabio de la unidad de la hipoteca y la prenda⁴, razón por la cual, es necesario ensayar una mejor⁵.

Por ello, la hipoteca ha sido definida por la doctrina de variadas formas⁶, a fin de entregar un concepto más completo. A la luz de las diversas definiciones ensayadas por la doctrina, se puede decir que la hipoteca es un derecho real que grava un inmueble que

¹ BARCIA, L., R. 2007. Lecciones de Derecho civil chileno, De las fuentes de las obligaciones, tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 191p.

² BARCIA, L., R. 2007. Lecciones de Derecho civil chileno, De las fuentes de las obligaciones, tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 191p.

³ BARCIA, L., R. 2007. Lecciones de Derecho civil chileno, De las fuentes de las obligaciones, tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 191p.; ALESSANDRI, R., F. 1919. La hipoteca en la legislación chilena. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.1p.; VODANOVIC, H., A. 2021. Tratado de Derecho civil, fuentes de las obligaciones, parte especial: de los contratos principales en particular, vol. 2. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 678p.

⁴ GUZMÁN, B., A. 2021. Tratado de la prenda sin desplazamiento según el Derecho chileno. 2ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 61p.

⁵ MEZA, B., R. 2006. Manual de Derecho civil, de las fuentes de las obligaciones, vol. II. 10ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 154p.

⁶ ALESSANDRI, R., F. 1919. La hipoteca en la legislación chilena. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.1p.; SOMARRIVA, U., M. 1943. Tratado de las cauciones. Santiago, Editorial Nascimento. 309p.; MEZA, B., R. 2006. Manual de Derecho civil, de las fuentes de las obligaciones, vol. II. 10º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 155p.; MERY, B., R. 1958. Derecho hipotecario: estudio de Derecho civil y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 26p.

permanece en poder de quien lo constituye, asegurando el cumplimiento de una obligación principal y que faculta al acreedor para que, en caso de incumplimiento, pueda perseguir el inmueble, rematarlo y pagarse preferentemente con el producto de la subasta. Si bien es cierto que la hipoteca también puede ser definida como un contrato⁷, se prefiere conceptualizarla como derecho real pues, como explican los principales autores sobre la materia, la hipoteca no tiene necesariamente un origen contractual⁸, razón por la cual, la existencia de un contrato no es esencial para la existencia del derecho real⁹. En otras palabras, la doctrina tiende a reservar la expresión «hipoteca» al derecho real ya que es este el que refleja la esencia de la institución, siendo el contrato solo una fuente. En efecto, la hipoteca no necesariamente nace de un contrato, pues también puede ser de origen judicial o legal, empero en el Código Civil la hipoteca solo tiene origen convencional¹⁰, no contemplando hipotecas legales y judiciales¹¹.

Como todo derecho real, la hipoteca requiere para su nacimiento de un modo de adquirir¹². Así, el derecho real de hipoteca puede adquirirse por tradición, prescripción,

⁷ DIEZ, D., R. 1991. La hipoteca en el Código Civil chileno. Santiago, PACSED. 30p.; LECAROS, S., J. 2009. Cauciones reales, prenda e hipoteca. 2ª ed. Santiago, Editorial Metropolitana. 259p.

⁸ BARROS, E., A. 1932. Curso de Derecho civil, segundo año, 2ª parte, vol. III. 4ª ed. Santiago, Editorial Nascimento. 396p.

⁹ MEZA, B., R. 2006. Manual de Derecho civil, de las fuentes de las obligaciones, vol. II. 10º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 155p.

¹⁰ MERY, B., R. 1958. Derecho hipotecario: estudio de Derecho civil y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 259p.; LECAROS, S., J. 2009. Cauciones reales, prenda e hipoteca. 2ª ed. Santiago, Editorial Metropolitana. 263p.

¹¹ SOMARRIVA, U., M. 1943. Tratado de las cauciones. Santiago, Editorial Nascimento. 333p.

¹² PEÑAILILLO, A., D. 2007. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. 4º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 85p.

sucesión por causa de muerte, por cesión del crédito garantido¹³ y por subrogación del crédito hipotecario¹⁴. Con todo, de los modos de adquirir, el más relevante es la tradición¹⁵, pues siempre deberá haber existido tradición inicial, aun cuando con posterioridad opere otro modo de adquirir¹⁶.

Ahora bien, para que opere tradición es necesario que exista un título traslativo¹⁷, cual es, el contrato de hipoteca¹⁸. La doctrina ha definido de diversas formas dicho contrato¹⁹, destacándose que es una convención en que una de las partes —el deudor hipotecario— se obliga a transferir a la otra —el acreedor hipotecario— el derecho real de hipoteca. El contrato hipotecario es de suma relevancia, toda vez que, como se dijo, el Código Civil solo conoce hipotecas convencionales, por lo que es la fuente del derecho real²⁰; aunque es de destacar que el Código de Procedimiento Civil introduce una

¹³ PEÑAILILLO, A., D. 2007. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. 4° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 141p.

¹⁴ NAVARRO, A., R. 2005. Teoría general del contrato & contratos en particular. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 293 y 294pp.

¹⁵ LECAROS, S., J. 2009. Caucciones reales, prenda e hipoteca. 2ª ed. Santiago, Editorial Metropolitana. 267p.

¹⁶ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 334p.

¹⁷ PEÑAILILLO, A., D. 2007, óp. cit., 98p.

¹⁸ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 338p.

¹⁹ MERY, B., R. 1958. Derecho hipotecario: estudio de Derecho civil y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 137p.; ALESSANDRI, R., F., 1919. La hipoteca en la legislación chilena. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho 33p.; DIEZ, D., R. 1991. La hipoteca en el Código Civil chileno. Santiago, PACSED. 8p.

²⁰ GUZMÁN, B., A. 2021. Tratado de la prenda sin desplazamiento según el Derecho chileno. 2ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 15p.

calificada excepción, al establecer un caso de hipoteca legal²¹, la cual, empero, salvo por su origen, se rige por las disposiciones de las hipotecas convencionales²².

Precisando lo dicho sobre el contrato de hipoteca, se debe destacar que es generalmente unilateral²³ porque solo resulta obligada una de las partes²⁴, pero pudiere ser bilateral²⁵ cuando el acreedor, a su turno, contraiga obligación correlativa como, por ejemplo, si se obliga a remunerar a su contraparte para constituir hipoteca a su favor²⁶. La obligación que esencialmente genera el contrato de hipoteca consiste en la transferencia del derecho real de hipoteca²⁷, lo que se traduce en que el deudor²⁸ se obliga a celebrar otro acto jurídico bilateral, esto es, la tradición del derecho real de hipoteca²⁹.

Efectuada la tradición, el deudor del contrato hipotecario queda liberado de su obligación por cuanto con la tradición se extinguen obligaciones contraídas en el título

²¹ LECAROS, óp. cit., 260p.

²² ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 80p.; MEZA, 2006, óp. cit., 166p.; BARROS, E., A. 1932. Curso de Derecho civil, segundo año, 2ª parte, vol. III. 4ª ed. Santiago, Editorial Nascimento. 397p.; DIEZ, D., R., óp. cit., 44p.

²³ WESTERMEIER, T., G. 2017. La hipoteca, una dualidad entre un contrato y un derecho real. Santiago, Ediciones jurídicas El Jurista. 457p.

²⁴ DIEZ, D., R., óp. cit., 54p.

²⁵ BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 195p.

²⁶ LECAROS, óp. cit. 268p.

²⁷ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 340p.

²⁸ Nota aclaratoria: en este caso, entiéndase por deudor a aquel sujeto que debe cumplir la obligación que se genera del contrato de hipoteca, el cual puede identificarse con el deudor de la obligación principal que se pretende garantizar con el derecho real de hipoteca, aunque ello no necesariamente será así, por ejemplo, en el caso de constitución de hipoteca sobre un bien ajeno (artículos 2412 y 2430, ambos del Código Civil).

²⁹ DIEZ, óp. cit., 57p.

que le antecede³⁰, esto es, paga la obligación contraída³¹. Dado que el contrato de hipoteca es generalmente unilateral, tradido el derecho real de hipoteca, el contrato quedará, a su vez, naturalmente extinguido³².

Dicha tradición debe efectuarse con la pertinente inscripción conservatoria, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 686 del Código Civil³³, atendida la naturaleza inmueble del derecho real de hipoteca³⁴. Por tanto, por regla general, la inscripción conservatoria producirá dos efectos: extinguir el contrato de hipoteca y constituir tradición del derecho real de hipoteca.

Con todo, conviene anotar que la doctrina de inicios del siglo pasado entendía que la inscripción conservatoria no tenía el rol que se ha referido, sino que constituía una solemnidad del contrato de hipoteca³⁵; así también lo entendía la jurisprudencia³⁶. Sin embargo, la postura de que la inscripción constituye solemnidad del contrato hipotecario ha sido rechazada por la doctrina posterior en favor del rol que se ha expuesto³⁷.

³⁰ PEÑAILILLO, A., D. 2007, óp. cit., 94p.

³¹ Ibid.

³² NAVARRO, A., R. 2005. Teoría general del contrato & contratos en particular. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 87p.

³³ LECAROS, óp. cit. 312p.

³⁴ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 311p.

³⁵ BARROS, E., A. 1932, vol. III, óp. cit., 413p.; ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 42p.

³⁶ JURISPRUDENCIA. 1934. Del momento en que nace el derecho real hipotecario [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción. N° 8-9.
<http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=1>. [consulta: 15 noviembre 2021]. 119p. y ss.

³⁷ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 343p.; ALESSANDRI, B., A. 2020. La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno, vol. I, 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 302p.; DIEZ, óp. cit., 55p.; MERY, óp. cit., 149p.; GUZMÁN, B., A. 2006. Las cosas incorporales en la doctrina y en el Derecho positivo. 2ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 203p.; BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 195p.

2. CONCEPTO, CARACTERES EXTINTIVOS Y FUNDAMENTO DE LA PURGA DE LA HIPOTECA

2.1. CONCEPTO DE PURGA DE LA HIPOTECA

La purga de la hipoteca está establecida en el artículo 2428 del Código Civil y ocurre cuando el acreedor hipotecario no puede perseguir la finca hipotecada contra el tercero que la haya adquirido en pública subasta ordenada por el juez³⁸. Esta se produce cuando un inmueble, sacado a remate, no da un precio suficiente para pagar a todos los acreedores hipotecarios, por lo cual, aquellos que no alcanzaron a pagarse verán extinguidas sus hipotecas conservando solo sus acciones personales contra el deudor³⁹. La jurisprudencia ha definido a la purga de la hipoteca como «la extinción del derecho del acreedor hipotecario de persecución, cuando la finca se vende en pública subasta y en las condiciones que señala el artículo 2428 del Código Civil, en sus incisos segundo y tercero, pública subasta ordenada por el juez en juicio ejecutivo»⁴⁰.

2.2. CARACTERES EXTINTIVOS DE LA PURGA DE LA HIPOTECA

La purga de la hipoteca es un modo de extinguir el derecho real de hipoteca que opera cuando, en la realización de la finca hipotecada en pública subasta ordenada por el juez, se obtiene un dinero que no alcanza para pagar el valor garantido por dicho derecho

³⁸ NAVARRO, *óp. cit.*, 305p.

³⁹ LECAROS, *óp. cit.*, 417p.; SOMARRIVA, 1943, *óp. cit.*, 486p.; DIEZ, *óp. cit.*, 200p.

⁴⁰ C. Concepción, 11 febrero 2008. L.P. N°38376 (C. 2°). [Citado por ARANCIBIA, R., B. 2016. Hipoteca. Proyecto de Actualización del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil, tomo I. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 99p.]

real, concurriendo los requisitos establecidos en el artículo 2428 del Código Civil. De la lectura de la mencionada disposición, se aprecia que los requisitos de procedencia de la purga o caducidad de la hipoteca no están vinculados con la obligación principal que dicha garantía está asegurando; por ello, extingue la hipoteca por vía principal⁴¹.

Conviene precisar que la purga de la hipoteca no extingue el contrato hipotecario, pues opera cuando la hipoteca no ha sido suficiente garantía para caucionar la obligación principal⁴² y está configurada positivamente en el artículo 2428 del Código Civil como una importante limitación al derecho de persecución del cual goza el acreedor hipotecario⁴³, el cual es generado solo por el derecho real⁴⁴. En efecto, se ha fallado que «Por ser la hipoteca un derecho real se ejerce sobre el bien gravado sin respecto a determinada persona (artículo 577 CC). De este carácter se deduce que el acreedor goza del derecho de persecución expresamente reconocido en el artículo 2428, que le permite perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que lo posea, y a cualquier título que la haya adquirido»⁴⁵.

En efecto, el derecho de persecución emana del derecho real⁴⁶ y no del contrato hipotecario toda vez que, atendida la naturaleza contractual de este último, produce solo

⁴¹ MERY, óp. cit., 403p.; SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 486p.; BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 205p.

⁴² SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 486p.

⁴³ MERY, óp. cit., 414p.; BARROS, E., A. 1932, vol. III, óp. cit., 408p.

⁴⁴ RIGAUD, L. 2020. El derecho real, historia y teorías, su origen institucional. Santiago, Ediciones Olejnik. 78p.

⁴⁵ C. Suprema. 4-XII-2014, cons.12º, LegalPublishing: CL/JUR/9728/2014, Rol N°23682-2014.

⁴⁶ LECAROS, óp. cit., 380p.; FIGUEROA, Y., G. 2011. Curso de Derecho civil. Tomo I. 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 222p.

efectos entre las partes⁴⁷, lo cual no es compatible con la existencia del derecho de persecución⁴⁸. En otras palabras, el derecho de persecución es una prerrogativa propia de los derechos reales, pero no de los derechos personales⁴⁹.

2.3. FUNDAMENTO DE LA PURGA DE HIPOTECA

La purga de la hipoteca se fundamenta en que la hipoteca es un derecho real de garantía que se concretiza —idealmente— en vender la finca hipotecada en pública subasta⁵⁰.

Como señala el artículo 2428 del Código Civil, para que opere la purga de la hipoteca es necesario que la finca se realice en una pública subasta ordenada por el juez. En ese sentido la exigencia de una pública subasta es que ella subentiende la presencia de postores extraños⁵¹, de manera tal que se genere una competencia entre los postores⁵² para que el inmueble se adjudique a quien presente la mejor oferta, aquel ganador de la

⁴⁷ LÓPEZ, S., J. 2005. Los contratos, parte general, vol. I. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 241p.

⁴⁸ MERY, óp. cit., 359p.; PEÑAILILLO, A., D. 2007, óp. cit., 20p.

⁴⁹ ALESSANDRI, R., A.; SOMARRIVA, U., M.; y VODANOVICH, A. 2016. Tratado de las obligaciones, vol. 1. 3ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 21p.

⁵⁰ PEÑAILILLO, A., D. 2003. Obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 185p.

⁵¹ DIEZ, óp. cit., 200p.

⁵² Ibid.

subasta⁵³, es decir, quien ofrezca el mayor precio⁵⁴. Por consiguiente, se ha considerado viciada la subasta en que no se vende a quien formuló la mayor oferta⁵⁵.

La lógica inmanente de la pública subasta es sacar el mayor provecho al valor de cambio del inmueble, de manera tal que, a través de la competencia entre los postores, se obtenga el mayor precio posible. En efecto, la pública subasta debiere conllevar a la extinción de todos los gravámenes hipotecarios que soportaba el bien que se trate⁵⁶, pues el precio pagado representa el valor de garantía a la cual se extendía la misma.

En ese orden de ideas, la purga de la hipoteca opera cuando, aun realizada la finca en pública subasta, la mejor oferta no tiene el valor suficiente para cubrir todos los créditos hipotecarios. En dicho escenario, dado que la hipoteca, como derecho real de garantía⁵⁷ recae en el valor de cambio del inmueble⁵⁸, si este, una vez realizado, no alcanza a cubrir todas las hipotecas, significa que su valor de cambio era el que pagó el subastador, lo que implica que las hipotecas purgadas nunca fueron suficiente garantía para satisfacer aquellas obligaciones que aseguraban, agotándose su valor al pagar a los acreedores

⁵³ GUZMÁN, B., A. 2021. Tratado de la prenda sin desplazamiento según el Derecho chileno. 2ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 359p.

⁵⁴ ANDRACA, S., V. 2014. La nulidad de los actos jurídicos y la nulidad de la subasta. Análisis, diferencias y semejanza [en línea] <<https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=68126&print=2>> [consulta: 03 septiembre 2020].

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ HEDEMANN, J., W. 2020. Derechos reales. Santiago, Ediciones Olejnik. 314p.

⁵⁷ PEÑAILILLO, A., D. 2007, óp. cit., 20p. Véase también BARCIA, L., R. 2007. Lecciones de Derecho civil chileno, Del acto jurídico, tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 26p.

⁵⁸ MERY, óp. cit., 349p.; HEDEMANN, J., W. 2020. Derechos reales. Santiago, Ediciones Olejnik. 98p.

preferentes con el precio obtenido en la subasta⁵⁹. Es decir, las hipotecas que no alcanzaron a pagarse (y que, por tanto, debieren purgarse) eran solo teóricas, ficticias⁶⁰. Al efecto, la purga de la hipoteca concretiza una «limpieza de folio», extinguiendo las hipotecas que no alcanzaron a pagarse⁶¹ a fin de eliminar la sobresaturación de gravámenes hipotecarios sobre un mismo bien, situación que debe ser repelida por el ordenamiento jurídico, toda vez que deja a su propietario muy limitado en su libertad económica, quedando reducido a un mero administrador de su finca⁶².

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha señalado que «El instituto de la purga de la hipoteca tiene por objeto liberar del gravamen al bien hipotecado (...), pues debe entenderse que el principio de la indivisibilidad de la hipoteca exige que esta resulte liberada solo cuando el acreedor hipotecario es pagado en su crédito con el total del precio de esa venta forzada, aunque ese precio no resulte suficiente para pagar íntegramente su crédito personal»⁶³. A ello se puede agregar que «la liberación del gravamen se produce en la medida que el precio de venta del bien subastado se aplique y agote en la solución de tales acreencias, aun cuando no las cubra en su totalidad»⁶⁴.

⁵⁹ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 486p.

⁶⁰ ABELIUK, A., R. 1983. Las obligaciones. 2ª ed. Santiago, Ediar Editores Ltda.426p.

⁶¹ HEDEMANN, 2020, óp. cit., 99p.

⁶² HEDEMANN, 2020, óp. cit., 287p.

⁶³ C. Suprema, 9 julio 2001. G.J. N°253, 57p. (C. 5°, 65p.). L.P. N°19099 (C. 5°). [Citado por ARANCIBIA, R., B. 2016. Hipoteca. Proyecto de Actualización del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil, tomo I. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho., 99p.]

⁶⁴ C. Suprema, 22 noviembre 2000. L.P. N°25288 (C. 8°). [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 99p.]

3. EFECTOS DE LA PURGA DE LA HIPOTECA

Cumplidos los requisitos del artículo 2428 del Código Civil, se extinguen las hipotecas constituidas sobre la finca que no alcanzaron a pagarse con el producto del remate; es decir, se extingue el derecho de persecución de los titulares de las hipotecas que no alcanzaron a pagarse con el producto de la subasta⁶⁵. Por ello, el acreedor conservará solo su acción personal contra el deudor⁶⁶, perdiendo los derechos de venta, persecución y preferencia que la hipoteca le concedía en su calidad de derecho real⁶⁷. Así también lo entiende la jurisprudencia⁶⁸.

Con todo, es menester señalar que, cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 2428 del Código Civil, se produce la extinción de todas las hipotecas constituidas sobre la finca subastada, fueran estas de rango superior o inferior a la del acreedor ejecutante⁶⁹ lo que genera dificultades e injusticias para los acreedores preferentes a dicho ejecutante⁷⁰. Para dar solución a ello, el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil modificó tangencialmente el artículo 2428 del Código Civil⁷¹, lo que se revisará en el último capítulo de este trabajo.

⁶⁵ C. Valdivia, 7 enero 1933. R., t. 32, sec. 2ª, 70p. [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 98p.]

⁶⁶ LECAROS, óp. cit., 417p.

⁶⁷ MEZA, 2006, óp. cit., 193p.; BARROS, E., A. 1932, vol. III, óp. cit., 406p.; LECAROS, óp. cit., 396p.

⁶⁸ C. Suprema, 23 junio 1942. G. 1942, 1er. sem., N°19, 154p. R., t. 40, sec. 1ª, 61p.

⁶⁹ MERY, óp. cit., 419p.; RIGAUD, L. 2020. El derecho real, historia y teorías, su origen institucional. Santiago, Ediciones Olejnik. 78p.

⁷⁰ MERY, óp. cit., 419p.

⁷¹ DIEZ, óp. cit., 200p.; ESPINOZA, F., R. 1949. Manual de Procedimiento Civil (El juicio ejecutivo). 11ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 177p.

II

PANORÁMICA GENERAL DE LA NO CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 2428 DEL CÓDIGO CIVIL

4. IMPROCEDENCIA DE LA PURGA DE LA HIPOTECA

Si no se cumplen los requisitos del artículo 2428 del Código Civil, no se extinguen las hipotecas que no se pagaron con el producto del remate⁷². Por ello, las hipotecas se mantienen vigentes y sus titulares podrán solicitar que se restablezca su inscripción hipotecaria, si hubiere sido cancelada, y perseguir la finca⁷³. En efecto, si se hubiere procedido a una cancelación de la inscripción, esta carece de valor, pudiendo exigirse su nulidad⁷⁴.

⁷² ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 158p.; BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 206p.; C. Suprema, 29 septiembre 1928. G. 1928, 2º sem., N°46, 277p. (C. 6º, 283p.). R., t. 26, sec. 1ª, 616p.; C. Talca, 31 mayo 1930. R., t. 28, sec. 1ª, 195p.; C. Suprema, 25 agosto 1930. R., t. 28, sec. 1ª, 195p.; C. Suprema, 8 octubre 1941. G. 1941, 2º sem., N°34, 135p. R., t. 39, sec. 1ª, 270p.; C. Suprema, 20 julio 1942. R., t. 40, sec. 1ª, 117p.; C. Chillán, 21 octubre 1971. R., t. 68, sec. 2ª, 71p.; C. Santiago, 31 agosto 1905. R., t. 3, sec. 1ª, 253p. [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 107p.]; C. Suprema, 20 junio 1922. R., t. 21, sec. 1ª, 739p. [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 101p.]; C. Santiago, 31 agosto 1905. R., t. 3, sec. 1ª, 253p. C. Santiago, 7 agosto 2008. G.J. N°338, 145p. (C. 3º, 146p). L.P. N°39600 (C. 3º). [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 99p.]

⁷³ VODANOVIC, H., A. 2021. Tratado de Derecho civil, fuentes de las obligaciones, parte especial: de los contratos principales en particular, vol. 2. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 715p.; C. Suprema, 25 agosto 1930. R., t. 28, sec. 1ª, 195p.; C. Talca, 31 mayo 1930. R., t. 28, sec. 1ª, 195p. [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 107p.]; Casación 22 de noviembre de 1905. Rev., t. 3º, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 153. [Citado por SOMARRIVA, U., M. 1939. Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia. Santiago, Editorial Nascimento. 251p.]

⁷⁴ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 158p.; Casación 25. de agosto de 1939. Rev., t. 28, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 195. [Citado por SOMARRIVA, U., M. 1939. Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia. Santiago, Editorial Nascimento. 253p.]

Conviene destacar que, atendida la subsistencia de la hipoteca, su titular no puede exigir la nulidad de la subasta por cuanto no tiene interés en incoar dicha nulidad⁷⁵. En efecto, la subsistencia de las hipotecas por no cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 2428 del Código Civil, se traduce en que los efectos de la subasta les son inoponibles a los titulares de las hipotecas que no fueron purgadas⁷⁶.

Con todo, lo anterior en caso alguno significa que el acreedor hipotecario cuya hipoteca no se hubiere purgado mejore su posición en relación a otros acreedores⁷⁷, como se verá más adelante.

5. POSICIÓN EN QUE QUEDA EL ADQUIRENTE DE LA FINCA EN PÚBLICA SUBASTA

5.1. EL ADQUIRENTE COMO TERCERO INTERESADO EN LA EXTINCIÓN DE LA DEUDA GARANTIZADA CON LA HIPOTECA QUE GRAVA SU FINCA

En caso de que no concurrieren los requisitos señalados en el artículo 2428 del Código Civil, aquel que compró la finca la adquiere con las hipotecas que subsisten⁷⁸, de manera tal que el acreedor hipotecario podrá perseguirla en su contra⁷⁹, una vez que entrare en su posesión⁸⁰. Es decir, el adquirente puede tenerse por responsable de una

⁷⁵ ALESSANDRI, B., A. 2020. La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno, vol. I, 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 529p.; DIEZ, óp. cit., 202p.

⁷⁶ MERY, óp. cit., 425p.

⁷⁷ BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 206p.

⁷⁸ BARROS, E., A. 1932, vol. III., óp. cit., 406p. Así también RODRÍGUEZ, G., P. 2006. Extinción convencional de las obligaciones, vol. I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 136p.

⁷⁹ NAVARRO, óp. cit., 305p.; ABELIUK, A., R. 1983. Las obligaciones. 2ª ed. Santiago, Ediar Editores Ltda. 382p.

⁸⁰ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 118p.

obligación ajena, lo cual le generaría un perjuicio⁸¹ —concretizado en la venta del inmueble en una nueva subasta con el riesgo de perderlo a manos de un nuevo comprador⁸²—, razón por la cual, le interesa su extinción, pues con ello se liberaría del acoso de las acciones del acreedor⁸³. En otras palabras, el adquirente es un tercero interesado en el pago de la obligación hipotecaria⁸⁴.

Conviene tener presente que el adquirente de la finca hipotecada no puede excusarse de pagar pretendiendo que el acreedor persiga preferentemente a sus deudores directos o personales pues, atendido el carácter real e indivisible de la hipoteca, concretizada en su facultad persecutoria, el adquirente no goza de beneficio de excusión⁸⁵. Sin embargo, en su calidad de tercero interesado en el pago de la deuda hipotecaria, el adquirente goza del derecho a subrogarse en los derechos del acreedor una vez efectuado el pago⁸⁶, según lo que se expondrá en los capítulos siguientes.

⁸¹ CLARO, S., L. 2021. Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, vol. VI, tomo XII. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 46p.

⁸² RAMOS, P., R. 2008. De las obligaciones. 3ª ed. Santiago, Editorial LexisNexis. 346p.

⁸³ ALESSANDRI, R., A.; SOMARRIVA, U., M.; y VODANOVICH, A. 2016. Tratado de las obligaciones, vol. 2. 3ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 17p.

⁸⁴ FUEYO, L., F. 2015. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 65p. Así también BARCIA, L., R. 2007. Lecciones de Derecho civil chileno, De la teoría de las obligaciones, tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 150p.

⁸⁵ FUEYO, L., F. 2015. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 67p.

⁸⁶ ABELIUK, A., R. 1983. Las obligaciones. 2ª ed. Santiago, Ediar Editores Ltda. 382p.

5.2. EL ADQUIRENTE COMO TERCER POSEEDOR DE LA FINCA HIPOTECADA

Para que el acreedor hipotecario pueda dirigirse en contra del adquirente, es menester que este sea un tercer poseedor de la finca hipotecada⁸⁷. En ese sentido, se entiende, para estos efectos, como tercer poseedor a aquel que adquiere la finca gravada con hipoteca, después de constituida esta, no encontrándose obligado personalmente al pago de la deuda garantida⁸⁸, ni asumiendo personalmente su cumplimiento⁸⁹. En similar sentido, la jurisprudencia ha referido que tercer poseedor es «quien, siendo dueño del inmueble gravado, no está obligado personalmente al pago de la deuda, sea porque inicialmente constituyó hipoteca sobre su finca para garantizar la deuda de un tercero, sea porque la finca que ya estaba hipotecada pasó luego a su dominio»⁹⁰.

El tercer poseedor es perseguido por el acreedor por ser dueño de la finca hipotecada (o presumírsele como tal⁹¹), ya que no existe vinculación alguna entre la obligación principal garantizada por la hipoteca y la persona del poseedor⁹². En ese

⁸⁷ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 118p.; BARROS, E., A. 1932, vol. III, óp. cit., 407p.

⁸⁸ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 441p.; CASARINO, V., M. 2005. Manual de Derecho procesal (Derecho procesal civil), vol. IV, 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 91p.; BARROS, E., A. 1932, vol. III, óp. cit., 408p.; LECAROS, óp. cit. 380p.

⁸⁹ MERY, óp. cit., 425p.

⁹⁰ DOMÍNGUEZ, A., R. 1999. Comentario de jurisprudencia: Acción de desposeimiento. Tercer poseedor y deudor personal. Ausencia de título ejecutivo. Alcance del carácter de sentencia que tiene el mandamiento al no oponerse excepciones. Cosa juzgada [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción. N° 206. <http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=19> [consulta: 15 agosto 2020]. 176p.; C. Suprema. 4-XII-2014, cons.12°, LegalPublishing: CL/Jur/9728/2014, Rol N°23682-2014.

⁹¹ Artículo 700, inciso 2° del Código Civil.

⁹² ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 119p.

sentido, el inmueble está afecto a un gravamen real, estando obligado su titular *propter rem et occasione rei*»⁹³.

5.3. EL DERECHO DE PERSECUCIÓN CONTRA EL TERCER POSEEDOR

El acreedor cuya hipoteca no se ha purgado se dirigirá en contra del tercer poseedor en virtud del derecho de persecución que le concede la acción real hipotecaria⁹⁴. En dicho contexto, se puede definir al derecho de persecución como la prerrogativa del titular del derecho real para, como dice su nombre, perseguir su ejercicio en la cosa en que recae dicho derecho contra toda persona⁹⁵.

Sobre el particular, se hace necesario distinguir entre la acción personal y la acción real de que goza el acreedor. Por un lado, la acción personal emana del crédito contra el deudor y tiene por objeto exigir el cumplimiento de la obligación, dirigiéndose en contra del patrimonio embargable del deudor (derecho de prenda general); por otro, la acción real emana del derecho real de hipoteca y se dirige en contra de todo tercer poseedor, recayendo en el inmueble gravado⁹⁶. En ese sentido, mientras el inmueble hipotecado permanezca en poder del deudor de la obligación caucionada, ambas acciones, en los

⁹³ MEZA, 2006, óp. cit., 196p. En igual sentido, BARCIA, L., R. 2007. Lecciones de Derecho civil chileno, De la teoría de las obligaciones, tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 151p.

⁹⁴ CERDA, M., M. 1944. Semejanzas y diferencias del derecho de persecución con otras instituciones. [en línea]. Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°47, ene-mar 1944 <http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=4> [consulta: 15 agosto 2020]. 51p.

⁹⁵ ALESSANDRI, R., A.; SOMARRIVA, U., M.; y VODANOVIC H. A. 2016. Tratado de las obligaciones, vol. 1. 3ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 22p.; BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 202p.

⁹⁶ C. La Serena, 31 diciembre 2007. L.P. N°38071 (C. 6º). [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 85p.]

hechos, se confunden⁹⁷; en cambio, cuando el inmueble hipotecado pasa a manos de un tercero distinto al deudor es cuando dichas acciones son jurídicamente distinguibles como mecanismos autónomos para obtener el cumplimiento de la obligación⁹⁸. Es decir, solo mediante el traspaso del bien hipotecado a un tercero, la acción real hipotecaria desplegará sus efectos, dotando al acreedor de la prerrogativa de perseguir el inmueble en manos de quien quiera que lo posea⁹⁹.

Íntimamente ligado con lo anterior, conviene anotar que, al igual que el derecho de persecución, la preferencia hipotecaria es inherente a la acción real¹⁰⁰, por lo que, en caso de que el acreedor ejerza contra el deudor su acción personal, su crédito no gozará de dicha preferencia¹⁰¹.

⁹⁷ LECAROS, óp. cit. 343p.; MEZA, 2006, óp. cit.,196p. C. Suprema, 16 agosto 1973. R., t. 70, sec. 1ª, 49p. [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 80p.]

⁹⁸ VODANOVIC, H., A. 2021. Tratado de Derecho civil, fuentes de las obligaciones, parte especial: de los contratos principales en particular, vol. 2. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 704p.; LECAROS, óp. cit. 343p.; BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 202p.

⁹⁹ C. Punta Arenas, 1º junio 1993. R., t. 90, sec. 2ª, 76p. Así también DIEZ, óp. cit., 248p.

¹⁰⁰ PEÑAILILLO, A., D. 2003. Obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 18p.

¹⁰¹ ALESSANDRI, R., A. 1949. La prelación de créditos, explicaciones de clases. Santiago, Editorial Nascimento. 77p.

6. ACCIÓN DE DESPOSEIMIENTO: CONCEPTO Y ACTITUDES QUE PUEDE ADOPTAR EL TERCER POSEEDOR FRENTE A SU INTERPOSICIÓN

6.1. ACCIÓN DE DESPOSEIMIENTO

Desde la perspectiva del Derecho positivo, la acción de desposeimiento se encuentra regulada en el Título XVIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, denominado «De la acción de desposeimiento contra terceros poseedores de la finca hipotecada o acensuada» (artículos 758 a 763). Estas disposiciones son meras reglas procedimentales que se limitan a regular el ejercicio de los derechos que tiene el acreedor hipotecario en contra del tercer poseedor¹⁰².

Ahora bien, pasando al estudio del Derecho sustantivo, es menester señalar que el derecho de persecución se concretiza a través del ejercicio de la acción de desposeimiento¹⁰³, la cual consiste en el derecho de persecución puesto en ejercicio¹⁰⁴, esto es, la facultad que la ley concede al acreedor hipotecario para obtener la realización de la finca hipotecada en manos de quien la posea, para pagarse con el producto de su realización¹⁰⁵. La acción de desposeimiento solo puede ejercerse contra el tercer

¹⁰² C. Suprema, 12 de enero de 2007. N° LegalPublishing: 35751. Rol N° 4377-2005.

¹⁰³ C. Suprema, 5 noviembre 1992. R., t. 89, sec. 1ª.,178 p. [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 88p.]

¹⁰⁴ COLOMBO, C., J. 2004. La competencia. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 272p.

¹⁰⁵ C. Concepción, 9 junio 1986. J. N° 36, 33 p. (C. 6º, 34 p., 1ª inst. confirmada).; CASARINO, V., M. 2005. Manual de Derecho procesal (Derecho procesal civil), vol. IV, 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 91 p.; MERY, óp. cit., 364p.

poseedor¹⁰⁶ y no en contra del deudor de la obligación principal¹⁰⁷; al contrario, contra dicho deudor el acreedor hipotecario solo puede intentar su acción personal y no la de desposeimiento¹⁰⁸.

Conviene destacar que la petición concreta que el acreedor presenta al tribunal a través de la acción de desposeimiento es exigir solo la aprehensión de la finca¹⁰⁹, la que se practica a través del embargo, el que debe inscribirse para que surta efectos frente a terceros¹¹⁰. Por ello, en el procedimiento de desposeimiento, el acreedor no puede exigir que se condene al tercer poseedor al pago de la obligación principal¹¹¹.

¹⁰⁶ BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 202p.

¹⁰⁷ DOMÍNGUEZ, A., R. 1999. Comentarios de jurisprudencia, 3. Acción de desposeimiento. Tercer poseedor y deudor personal. Ausencia de título ejecutivo. Alcance del carácter de sentencia que tiene el mandamiento al no oponerse excepciones. Cosa juzgada [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°206, jul-dic. 1999.
<http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=19> [consulta: 15 agosto 2020].

¹⁰⁸ C. Santiago, 22 octubre 1917. R., t. 15, sec. 2ª, 41p. [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 90p.]; C. Talca, 28 diciembre 1934. G. 1934, 2º sem., N°97, 393p. (C. 2º, 4º y 5º, 395-396 pp.). [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 81p.]

¹⁰⁹ DIEZ, óp. cit., 214p.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Ibid.

6.2. ACTITUDES QUE PUEDE ADOPTAR EL TERCER POSEEDOR FRENTE A LA ACCIÓN DE DESPOSEIMIENTO DEDUCIDA EN SU CONTRA

En general, el procedimiento de la acción de desposeimiento puede resumirse de la siguiente forma: se inicia con la gestión preparatoria de notificación de la demanda al tercer poseedor para que, en un plazo de diez días, pague la deuda o abandone la finca¹¹². Este plazo es una espera para conocer qué actitud va a asumir el tercer poseedor, por lo que propiamente no hay juicio¹¹³ y, por tanto, no pueden deducirse excepciones¹¹⁴.

Si el tercero paga la deuda termina el procedimiento; si opta por abandonar la finca, se procede a la realización del bien para hacer pago al acreedor¹¹⁵. Conviene precisar que dicho abandono es solo fáctico¹¹⁶ y no implica una desvinculación jurídica de la posesión o dominio del inmueble, ni tampoco reconocer algún derecho sobre la cosa a favor del acreedor; solo significa que el tercero pone el inmueble a disposición del tribunal, renunciando a su tenencia material¹¹⁷.

¹¹² MERY, óp. cit., 364p.; DIEZ, óp. cit., 248p.; SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 446p. Así también la jurisprudencia: C. Suprema. 4-XII-2014, cons.13°, LegalPublishing: CL/Jur/9728/2014, Rol N°23682-2014.

¹¹³ LECAROS, óp. cit. 386p.

¹¹⁴ MERY, óp. cit., 365p.; VODANOVIC, H., A. 2021. Tratado de Derecho civil, fuentes de las obligaciones, parte especial: de los contratos principales en particular, vol. 2. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 706p.

¹¹⁵ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 446p.

¹¹⁶ BARROS, E., A. 1932, vol. III, óp. cit., 409p.; LECAROS, óp. cit., 387p.

¹¹⁷ CASARINO, V., M. 2005. Manual de Derecho procesal (Derecho procesal civil), vol. IV, 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 93p.

Ahora bien, si el tercero no hace nada dentro del plazo señalado, se dirige en su contra la acción de desposeimiento para despojarlo de la finca y después realizarla para obtener el pago del crédito¹¹⁸. En ese sentido, la inconcurrencia de voluntad del tercer poseedor de la finca hipotecada lo coloca en la posición de que se pueda rematar su finca, es decir, desposeerlo, para hacer pago al acreedor con el precio del remate¹¹⁹. En otras palabras, el procedimiento de desposeimiento tiene por objeto hacer salir de la propiedad al tercero para que ella quede a disposición del juez y que con su valor o con ella se pague al acreedor¹²⁰.

7. EFECTOS ANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DESPOSEIMIENTO: EL TERCER POSEEDOR ABANDONA LA FINCA O NO HACE NADA

7.1. SANEAMIENTO DE LA EVICCIÓN. POSTURAS SOBRE SU PROCEDENCIA

Si el tercero hubiere adquirido la finca en una pública subasta, una vez despojado de la finca, sufrirá evicción¹²¹. En efecto, dicho comprador adquirió la finca en pública subasta, la cual es compraventa¹²² estando, en consecuencia, el vendedor obligado al

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ COLOMBO, C., J. 1997. Los actos procesales, tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 218p.

¹²⁰ C. Santiago, 22 octubre 1917. R., t. 15, sec. 2ª, 41p.

¹²¹ MEZA, B., R. 1995. Manual de Derecho civil, de las fuentes de las obligaciones, vol. I. 8ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 74p.; ALESSANDRI, R., A. 1930. De los contratos. Santiago, Editorial Bellas Artes. 133p. Además, véase POTHIER, R., J. 2019. Tratado de los contratos. Santiago, Ediciones Olejnik. 66p.

¹²² MEZA, B., R. 1995. Manual de Derecho civil, de las fuentes de las obligaciones, vol. I. 8ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 74p.

saneamiento (artículo 1837 y siguientes del Código Civil)¹²³, el cual, en caso de las ventas forzadas —como las públicas subastas¹²⁴— se limita a la restitución del precio (artículo 1851 del Código Civil)¹²⁵, lo que se justifica en la equidad, ya que el vendedor pudo haberse visto obligado a vender sus bienes contra su voluntad, considerándose justo limitar su responsabilidad¹²⁶.

Ahora bien, la procedencia del saneamiento de la evicción en un juicio de desposeimiento es discutida¹²⁷. Ello por cuanto el artículo 2429 del Código Civil le concede al tercer poseedor acción indemnizatoria en caso de que fuere desposeído de la finca o la abandonare.

Por un lado, una primera postura afirma que, en caso de que el tercer poseedor es a la vez comprador, por especialidad, procede solo la obligación de saneamiento de la evicción, la que excluye a la indemnización de perjuicios establecida en el artículo 2429 del Código Civil¹²⁸. Se señala que el artículo 1838 del Código Civil no distingue cuál es la causa de la evicción, razón por la cual, no importa si el demandante pretende dominio sobre la cosa o realizarla para obtener el pago de una obligación, por lo que el saneamiento

¹²³ ALESSANDRI, R., A. 2003. De la compraventa y de la promesa de venta, tomo II, vol. 1. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 73p. Así también BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 79p.

¹²⁴ MEZA, B., R. 1995. Manual de Derecho civil, de las fuentes de las obligaciones, vol. I. 8ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 74p.

¹²⁵ BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 80p.

¹²⁶ ALESSANDRI, R., A. 1930. De los contratos. Santiago, Editorial Bellas Artes. 133p.

¹²⁷ LECAROS, óp. cit. 392p.

¹²⁸ ALESSANDRI, R., A. 1930. De los contratos. Santiago, Editorial Bellas Artes. 133p.

de evicción es plenamente aplicable al caso en estudio¹²⁹; pensar lo contrario, llevaría a concluir que el saneamiento de la evicción solo procede ante una acción reivindicatoria, restringiendo sustancialmente su utilidad ¹³⁰ . Así lo sostiene también cierta jurisprudencia¹³¹.

Por otro lado, una segunda postura niega la procedencia del saneamiento de la evicción en el procedimiento de desposeimiento, siendo solo procedente la indemnización de perjuicios. Se señala que, si bien es efectivo que el artículo 1838 no atiende a la causa jurídica de la privación de la cosa comprada, no es menos cierto que del contexto de las disposiciones del Párrafo 7° del Título XXIII del Libro IV del Código Civil se desprende que la citación de evicción y el saneamiento de ella solo procede en los juicios en que se persigue la cosa misma por alguien que pretende que es suya; el profesor Mery, para sustentar esta postura, trae a colación los artículos 1846, 1847 y 1852, todos del Código Civil, los que no resultan aplicables sino en el caso de que el comprador sea despojado de la propiedad por quien se pretende dueño, lo que, a su juicio, demuestra que el saneamiento de evicción está diseñado solo para dicho caso¹³². Así también opina cierta

¹²⁹ «En ese sentido es que se dice que el vendedor está obligado a defender y garantizar al comprador de *toda evicción* con respecto a la cosa vendida; es decir, que está en el caso de defenderle de cualquier demanda, ya sea de reivindicación, ya sea de acción hipotecaria y de cualquiera otra que pueda establecerse contra él». POTHIER, R., J. 2019. Tratado de los contratos. Santiago, Ediciones Olejnik. 66p.

¹³⁰ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 457p.

¹³¹ C. Santiago, 18 julio 1927. G. 1927, 2° sem., N°157, 686 p. 2.; C. Valdivia, 14 abril 1928. G. 1928, 1er. sem., N°202, 855 p. 3.; C. La Serena, 1° abril 1931. G. 1931, 1er. sem., N° 49, 223 p. 4.; C. Santiago, 28 julio 1948. R., t. 46, sec. 2ª, 255 p.; C. Santiago, 31 agosto 1949. R., t. 47, sec. 2ª, 1p.

¹³² MERY, óp. cit., 375p.; DIEZ, óp. cit., 331p.

jurisprudencia¹³³. Además, se agrega que el comprador de un bien gravado con hipoteca tiene conocimiento de la caución, por lo que acepta el riesgo de ser desposeído del bien¹³⁴.

7.2. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

El inciso final del artículo 2429 del Código Civil, concede al adquirente, una vez despojado de la propiedad de la finca, acción de indemnización de perjuicios en contra del deudor de la obligación principal, con inclusión de las mejoras efectuadas¹³⁵. Nótese que esta norma tiene una aplicación general y no exige que el adquirente tenga una calidad especial (como, por ejemplo, la de comprador en el saneamiento de la evicción). Ello reviste especial importancia en relación con si se acepta o no el saneamiento por evicción en el juicio de desposeimiento.

Debe destacarse que para aquella postura que sostiene la procedencia del saneamiento por evicción en el juicio de desposeimiento, no procede la indemnización establecida en el artículo 2429 del Código Civil¹³⁶. Al contrario, para aquellos que sostienen que lo que procede es la indemnización señalada en el artículo 2429 del Código Civil, no procede el saneamiento por evicción¹³⁷.

¹³³ C. Temuco, 29 octubre 1934. G. 1934, 2º sem., Nº 131, 525p.; C. Talca, 10 mayo 1937. G. 1937, 1er sem., Nº 131, 591p. R., t. 33, sec. 2ª, 33p.; JURISPRUDENCIA. 1934. De la citación de evicción en los juicios de desposeimiento [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción. Nº 10. <http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=1>. [consulta: 15 noviembre 2021].134p. y ss.

¹³⁴ MERY, óp. cit., 375p.

¹³⁵ Es de destacar que a esta acción se le ha catalogado también «de reembolso». LECAROS, óp. cit., 388p.

¹³⁶ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 455p.

¹³⁷ MERY, óp. cit., 375p.

7.3. PROCEDENCIA DEL SANEAMIENTO DE LA EVICCIÓN EN CASO DE DESPOSEIMIENTO: OPINIÓN

Se coincide con la postura que acepta la procedencia del saneamiento de la evicción en caso de desposeimiento del inmueble, por cuanto, como se refirió, dentro de los requisitos para que concurra la evicción no se contemplan las causas de la privación de la cosa comprada. Además, en relación con los artículos referidos por el profesor Mery, todos ellos se refieren a indemnizaciones que no se aplican en caso de ventas forzadas, en las cuales, como se dijo, la obligación de saneamiento por evicción queda limitada a la restitución del precio. En ese sentido, ninguno de los artículos referidos por el profesor Mery para afianzar su postura resultan aplicables.

Con todo, si bien se estima correcta la admisión del saneamiento de la evicción en los juicios de desposeimiento, no se comparte la conclusión de que ello excluye la indemnización de perjuicios¹³⁸. Por el contrario, se estima que debe ser el comprador quien determine si es el saneamiento o la indemnización de perjuicios el remedio más idóneo para reparar su perjuicio, tanto por un moderno entendimiento de los remedios contractuales, como por el respeto al principio de la reparación integral del daño¹³⁹.

¹³⁸ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 133p.

¹³⁹ En ese sentido PIZARRO, W., C. 2008. Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil III. Santiago, Legal Publishing, 399p.

En primer lugar, desde una moderna mirada del incumplimiento contractual, el contrato es un medio para que los particulares organicen sus propios intereses¹⁴⁰, lo que se traduce en que es una garantía de satisfacción¹⁴¹. En ese sentido, el incumplimiento contractual pasa a ser cualquier desviación del programa contractual, esto es, la insatisfacción del interés del acreedor según dicho programa¹⁴².

La concepción del contrato como garantía conlleva a que el sistema de remedios se debe articular en torno a proteger el interés del acreedor¹⁴³, brindándole diversas alternativas para enmendar, según su interés, su posición¹⁴⁴. Por ello, se estima que la especialidad del saneamiento de la evicción frente a la indemnización no es determinante para excluir esta última.

Ejemplo de ello son las acciones edilicias y la forma en que se coordinan con los remedios contractuales generales, desde la perspectiva del contrato como garantía¹⁴⁵. En ese sentido, se ha ido gestando la doctrina del *aliud pro alio*, la cual permite al perjudicado

¹⁴⁰ CÁRDENAS, V., H. y REVECO, U., R. 2018. Remedios contractuales. Santiago, Thomson Reuters. 61p.; PIZARRO, W., C. 2008. Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil III. Santiago, Legal Publishing, 396p.

¹⁴¹ CÁRDENAS, V., H. y REVECO, U., R. 2018. Remedios contractuales. Santiago, Thomson Reuters. 61p.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ PIZARRO, W., C. 2008. Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil III. Santiago, Legal Publishing, 396p.

¹⁴⁴ CÁRDENAS, V., H. y REVECO, U., R. 2018. Remedios contractuales. Santiago, Thomson Reuters. 67p.

¹⁴⁵ Véase CAPRILE B., B. 2008. Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (Ley de protección al consumidor, vicios redhibitorios, error sustancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad en el Derecho comparado. En: VARIOS AUTORES. Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet, Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri. 562p.

por la compra de un bien inhábil para su uso elegir el ejercicio de los remedios generales del incumplimiento en lugar de las acciones edilicias que debieren primar por especialidad¹⁴⁶.

Si bien los razonamientos esbozados han sido desarrollados en relación a la responsabilidad contractual, se estima que ello no es óbice para su aplicación en el caso en estudio, toda vez que la problemática, en lo sustantivo, es la misma.

En segundo lugar, la función correctiva de la responsabilidad civil¹⁴⁷ lleva también a sostener que es el comprador despojador de la finca quien debe determinar cuál es el remedio más idóneo para obtener su más efectiva e integral reparación. En efecto, en virtud de la reparación integral del daño, la víctima debe quedar en la posición más cercana posible a la que se encontraría si no hubiese ocurrido el daño¹⁴⁸. De esta forma, el principio de la reparación integral del daño¹⁴⁹ permite sostener que es el comprador quien debe elegir la acción más adecuada para cautelar sus intereses¹⁵⁰, a fin de obtener una reparación que, según su parecer, resarza íntegramente los perjuicios sufridos.

¹⁴⁶ CÁRDENAS, V., H. y REVECO, U., R. 2018. Remedios contractuales. Santiago, Thomson Reuters. 67p.

¹⁴⁷ BARROS, B., E. 2006. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 216p.

¹⁴⁸ ALESSANDRI, R., A. 2020. De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 394p.

¹⁴⁹ BARROS, B., E. 2006. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 216p.

¹⁵⁰ En similar sentido PIZARRO, W., C. 2008. Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil III. Santiago, Legal Publishing, 397p.

Sobre el particular, es necesario recordar que, en casos de ventas forzadas, el saneamiento de evicción se limita solo a la restitución del precio, en tanto que la indemnización establecida en el artículo 2429 del Código Civil es más amplia ya que, según su tenor literal, se extiende no solo a dicho precio, sino que también a todas las mejoras introducidas a la finca, de manera tal que la indemnización sea plena¹⁵¹.

Por tanto, la exclusión de la acción indemnizatoria del artículo 2429 del Código Civil constriñe a la reparación integral del daño, en el caso de que el comprador considere que sus perjuicios exceden del valor del precio pagado¹⁵². Por el contrario, atendida la reparación integral y que es la víctima quien está en mejor posición para velar por sus propios intereses¹⁵³ es que se estima que es el comprador quien debe elegir la acción más adecuada para cautelar sus intereses.

¹⁵¹ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 132p.; BARROS, B., E. 2008. Finalidad y alcance de las acciones y remedios contractuales. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil III. Santiago, LegalPublishing. 414p.

¹⁵² En ese sentido, véase ALESSANDRI, R., A. 2020. De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 399p.

¹⁵³ BARROS, B., E. 2006. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 216p.

8. EFECTOS ANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DESPOSEIMIENTO: PAGO DE LAS OBLIGACIONES GARANTIZADAS CON HIPOTECA

A. El tercer poseedor no le paga al acreedor ejecutante, pero previamente pagó a acreedores preferentes cuando adquirió la finca en la pública subasta ordenada por el juez.

Dado que el tercer poseedor no puede oponerse a la realización de la finca por el acreedor posterior, es que goza de la subrogación establecida en el artículo 1610 N° 2 del Código Civil para efectos de obtener el valor pagado en el primer remate¹⁵⁴.

B. El tercer poseedor paga al acreedor ejecutante, pero previamente no pagó a acreedores preferentes cuando adquirió la finca en la pública subasta ordenada por el juez.

El tercer poseedor se subroga en el crédito del acreedor ejecutante para dirigirse en contra del deudor principal¹⁵⁵ «en los mismos términos que el fiador», de conformidad al artículo 2429 inciso 2° del Código Civil¹⁵⁶. Asimismo, este nuevo adquirente, si adquirió la finca por una compraventa, también gozará de la acción de saneamiento por evicción, según lo dicho en el apartado anterior.

¹⁵⁴ ALESSANDRI, R., A.; SOMARRIVA, U., M.; y VODANOVIC H. A. 2016. Tratado de las obligaciones, vol. 2. 3ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 102p.

¹⁵⁵ BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 203p.

¹⁵⁶ FUEYO, óp. cit., 67p.

C. El tercer poseedor paga al acreedor ejecutante y previamente pagó a los acreedores preferentes cuando adquirió la finca en la pública subasta ordenada por el juez. Dado que no ha habido realización de la finca, no puede darse la subrogación del artículo 1610 N°2 del Código Civil¹⁵⁷ a menos que, en lo sucesivo, la finca se remate nuevamente. Además, debido a que el tercer poseedor le ha pagado al acreedor hipotecario posterior ejecutante, se subroga en sus derechos de conformidad al artículo 2429 inciso 2° del Código Civil¹⁵⁸ en contra del deudor principal.

D. Otro acreedor le paga al acreedor que le es preferente, en razón de un privilegio o hipoteca. Cuando el acreedor posterior ha pagado al ejecutante preferente, ha evitado que la finca se realice en pública subasta, pues este último ha sido satisfecho en su pretensión. Para este evento, está diseñada la subrogación establecida en el artículo 1610 N°1 del Código Civil¹⁵⁹.

¹⁵⁷ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2.óp. cit., 104p.

¹⁵⁸ FUEYO, óp. cit., 67p.

¹⁵⁹ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 99p.

III

SUBROGACIÓN Y RANGO HIPOTECARIO

9. SUBROGACIÓN Y PAGO CON SUBROGACIÓN

9.1. CONCEPTOS

La subrogación es una institución general del Derecho civil¹⁶⁰, cuya mayor regulación orgánica se encuentra en los artículos 1608 y siguientes del Código Civil, a propósito del pago con subrogación.

El artículo 1608 del Código Civil define a la subrogación como «la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga». Si bien se ha criticado la utilización de la palabra «transmisión» de la definición, pues es más bien un término propio de la sucesión por causa de muerte¹⁶¹, puede entenderse que lo que ha querido expresar el legislador es que, no obstante hecho el pago al acreedor, el crédito subiste en los mismos términos, pero en manos del tercero que paga¹⁶².

Con todo, es necesario ensayar un concepto de subrogación distinto al establecido por el legislador, por cuanto este no señala los elementos propios de la misma ni su naturaleza jurídica, sino que solo se remite a señalar vagamente sus efectos¹⁶³. Asimismo,

¹⁶⁰ BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 167p.

¹⁶¹ RAMOS, P., R. 2008. De las obligaciones. 3ª ed. Santiago, Editorial LexisNexis. 377p.; Así también CLARO, S., L. 2021. Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, vol. VI, tomo XII. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 201p.

¹⁶² ABELIUK, óp. cit., 419p.; ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 96p.

¹⁶³ RAMOS, P., R. 2008. De las obligaciones. 3ª ed. Santiago, Editorial LexisNexis. 377p.

el Código Civil tiende a confundir la subrogación propiamente tal con el pago por subrogación¹⁶⁴.

En general, la subrogación consiste en sustituir una persona o una cosa por otra persona o cosa, en términos tales que la nueva pase a ocupar a misma situación jurídica de la anterior¹⁶⁵. La subrogación en el primer caso es personal, y en el segundo, real¹⁶⁶. La jurisprudencia ha complementado ello señalando que la subrogación es una ficción legal¹⁶⁷ porque, siendo jurídicamente inexplicable, el legislador la ha establecido por razones de conveniencia¹⁶⁸. Así también lo entienden, entre otros, los profesores Claro Solar, Alessandri (Arturo) y Rodríguez¹⁶⁹.

¹⁶⁴ CLARO, S., L. 2021. Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, vol. VI, tomo XII. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 195p.

¹⁶⁵ ABELIUK, óp. cit., 418p.

¹⁶⁶ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 95p.; BARROS, E., A. 1932. Curso de Derecho civil, segundo año, 1ª parte, vol. II. 4ª ed. Santiago, Editorial Nascimento. 209p.; BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 167p.; WESTERMEIER, T., G. 2017. La hipoteca, una dualidad entre un contrato y un derecho real. Santiago, Ediciones jurídicas El Jurista. 155p.

¹⁶⁷ C. Talca, 22 junio 1917. G. 1919, 2º sem., N°64, 359p. (C. 7º, 1ª inst., 361p.). R., t. 17, sec. 1ª, 542p. (C. 7º, 1ª inst., 543p.).

¹⁶⁸ ABELIUK, óp. cit., 422p.; LEDERMANN, R., R. 1926. De la subrogación legal en beneficio del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado (El N.º 2º del art. 1610 del Código Civil, ante la doctrina y la jurisprudencia). [en línea]. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, N°1, tomo XXVI, 139-165pp. <https://doctrina.vlex.cl/vid/subrogacion-comprado-creedores-hipotecado_232632293> [consulta: 22 febrero 2021].; RODRÍGUEZ, G., P. 2006. Extinción convencional de las obligaciones, vol. 1. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 186p.

¹⁶⁹ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 201p.; ALESSANDRI, R., A. 1924. Del traspaso del derecho de hipoteca en el pago con subrogación. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Número 1º, tomo XXI.; RODRÍGUEZ, G., P. 2006. Extinción convencional de las obligaciones, vol. 1. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 210p.

Ahora bien, el pago con subrogación consiste en el pago de una deuda por una persona extraña a la obligación o coobligada con el deudor y que mediante dicho pago queda subrogada por la ley o la convención en los derechos y acciones del acreedor¹⁷⁰ o, en otros términos, es la substitución del acreedor en provecho de una tercera persona que ha pagado deuda ajena con sus propios bienes¹⁷¹ sin que esta se extinga¹⁷². Como se aprecia, en esta clase de pago opera una subrogación, pero esta última tiene una aplicación mucho más amplia¹⁷³.

Con todo, en el Derecho de obligaciones se tiende a referir al pago con subrogación solo como subrogación, pero la doctrina siempre hace la distinción ya explicada¹⁷⁴. Se procederá de igual forma, razón por la cual, cuando se haga alusión a la subrogación, debe entenderse efectuada al pago con subrogación, salvo que se señale expresamente lo contrario.

Volviendo al pago con subrogación, atendida su fuente, este puede ser legal o convencional¹⁷⁵, según lo dispone el artículo 1609 del Código Civil. La subrogación legal resulta útil al deudor pues le facilita procurarse fondos necesarios para la satisfacción de

¹⁷⁰ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 96p. En similar sentido, BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 167p.

¹⁷¹ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 195p. En similar sentido POTHIER, R., J. 2003. Tratado de las obligaciones. México D.F., Tribunal Superior de justicia del Distrito Federal. 275p.

¹⁷² BARROS, E., A. 1932. Curso de Derecho civil, segundo año, 1ª parte, vol. II. 4ª ed. Santiago, Editorial Nascimento. 209p. Así también KUNCAR, O., A. 2019. Algunas cuestiones teórico-prácticas del pago con subrogación y sus efectos. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil XIV. Santiago, Thomson Reuters, 501p.

¹⁷³ ABELIUK, óp. cit., 419p.

¹⁷⁴ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 194p.

¹⁷⁵ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 97p.

su deuda¹⁷⁶; al primitivo acreedor pues le permite encontrar un tercero que pague por el deudor; y al subrogado, en cuanto le proporciona un medio seguro y cómodo de servir al deudor, todo ello sin perjudicar a nadie¹⁷⁷. En cambio, la subrogación convencional ha sido desplazada por la cesión de créditos, razón por la cual, no tiene mayor trascendencia¹⁷⁸. Por ello, la subrogación convencional no se abordará en este trabajo.

La subrogación legal está expresamente establecida en la ley¹⁷⁹, principalmente en el artículo 1610 del Código Civil, aunque también existen casos en otras disposiciones¹⁸⁰, como el ya referido artículo 2429. Conviene anotar que la subrogación legal es una institución de excepción que requiere texto expreso¹⁸¹ y, por tanto, de interpretación restringida¹⁸², no extendiéndose por analogía¹⁸³. Asimismo, dado su origen legal, no

¹⁷⁶ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 193p.

¹⁷⁷ LEDERMANN, R., R. 1926. De la subrogación legal en beneficio del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado (El N° 2° del art. 1610 del Código Civil, ante la doctrina y la jurisprudencia). [en línea]. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, N°1, tomo XXVI, 139-165pp. <<https://doctrina.vlex.cl/vid/subrogacion-comprado-acreedores-hipotecado-232632293>> [consulta: 22 febrero 2021]. Así también BARROS, E., A. 1932, vol. II, óp. cit., 209p.

¹⁷⁸ ABELIUK, óp. cit., 420p. Así también RODRÍGUEZ, óp. cit., 190p.

¹⁷⁹ SERRANO H., C. 2011. La legitimación para el pago de un tercero. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°37, 2011. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S071868512011000200004&lng=es&nrm> [consulta: 21 julio 2020].

¹⁸⁰ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 211p.

¹⁸¹ BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 168p.

¹⁸² ABELIUK, óp. cit., 422p.

¹⁸³ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 98p.

requiere constancia escrita pues procede por el solo ministerio de la ley, salvo en los casos en que el mismo legislador ha establecido lo contrario¹⁸⁴.

9.2. LA SUBROGACIÓN LEGAL COMO PROTECCIÓN QUE OPERA A FAVOR DE LOS TERCEROS INTERESADOS QUE PAGAN UNA DEUDA AJENA

El tercer poseedor de la finca hipotecada es una especie de tercero interesado en el pago de una deuda ajena¹⁸⁵. La calidad de tercero interesado en la extinción de una deuda está íntimamente ligada a la figura del pago con subrogación, por cuanto el legislador le otorga derecho a subrogarse como una justa compensación por el pago efectuado en cumplimiento de una obligación a la que no estaba directamente vinculado¹⁸⁶. En efecto, en caso de la subrogación legal, es el legislador quien la ha establecido el interés general fundándose en la equidad natural¹⁸⁷, por cuanto estas personas se ven forzadas a pagar la deuda de otro¹⁸⁸.

En efecto, el pago con subrogación es una especie de protección dispuesta por la ley en favor de ciertas personas que se ven compelidas a pagar deudas ajenas, ya sea por haberse obligado a ello como codeudores solidarios, fiadores, tener la calidad de terceros poseedores del inmueble hipotecado, o por necesidad de evitarse un perjuicio mayor¹⁸⁹. A

¹⁸⁴ BARROS, E., A. 1932, vol. II, óp. cit., 210p.

¹⁸⁵ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 12p.

¹⁸⁶ FUEYO, óp. cit., 65p. En igual sentido CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 193p.

¹⁸⁷ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 208 p.

¹⁸⁸ BARROS, E., A. 1932, vol. II, óp. cit., 213p.

¹⁸⁹ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 46p.

fin de evitarles un daño a dichas personas es que la ley ha establecido que se subroguen en los derechos del acreedor a quien pagan¹⁹⁰. En otras palabras, la ley consagra el pago con subrogación a favor de terceros que merecen una protección especial por la situación peculiar en que se encuentran¹⁹¹.

Atendida la función protectora de la subrogación a favor de estos terceros interesados es que, en general, para su procedencia basta solo el hecho del pago del tercero al acreedor, aun cuando este último no consienta en ello¹⁹². En efecto, no se requiere la voluntad del acreedor primitivo, pues si este no se puede oponer a que le pague su propio deudor, tampoco podría negarse a que le pague un tercero ya que nada pierde con dicho pago¹⁹³. Con todo, se ha sostenido que el deudor debiere estar en conocimiento del pago efectuado por el tercero para que opere la subrogación¹⁹⁴.

¹⁹⁰ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 47p.

¹⁹¹ BARROS, E., A. 1932, vol. II, óp. cit., 210p.

¹⁹² ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 97p.

¹⁹³ ABELIUK, óp. cit., 421p.

¹⁹⁴ KUNCAR, O., A. 2019. Algunas cuestiones teórico-prácticas del pago con subrogación y sus efectos. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil XIV. Santiago, Thomson Reuters, 504p.

9.3. LA SUBROGACIÓN COMO FORMA DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD EN LA PERSONA QUE TIENE EL DEBER DE CUMPLIR

La subrogación puede ser entendida como una herramienta en virtud de la cual se procura que el pago de una obligación descansa, en última instancia, en aquellas personas que naturalmente debieren hacerse cargo de estas, sin perjuicio de que otras personas — como ciertos terceros extraños— las hubieren extinguido a través del pago.

Para comprender esta función, es menester esbozar brevemente la teoría alemana u objetiva de la obligación¹⁹⁵ que distingue, en su estructura, el débito y la responsabilidad¹⁹⁶. En ese sentido, la doctrina germana disocia el concepto de obligación, concibiendo dos elementos, el débito (*debitum, schuld*) y la responsabilidad (*obligatio, haftung*)¹⁹⁷, por lo que la obligación civil es una relación compuesta integrada por ambos elementos¹⁹⁸.

En primer lugar, el débito de una obligación consiste en la relación personal por la cual acreedor y deudor se encuentran vinculados a la prestación¹⁹⁹, el conlleva que el

¹⁹⁵ FUEYO, L., F. 1957. Algunas características modernas del Derecho de obligaciones [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°101, jul-sep. 1957. <http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=9> [consulta: 18 noviembre 2021]. 569p.; PEÑAILILLO, A., D. 2003, óp. cit., 82p.

¹⁹⁶ SILVA S., A. 2007. la relación obligatoria, I: requisitos e importancia del interés del acreedor que la origina en el Derecho español y comparado desde sus raíces romanas [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 28, 2007. 88p.

¹⁹⁷ PEÑAILILLO, A., D. 2003, óp. cit., 84p.

¹⁹⁸ MERY, óp. cit., 7p.

¹⁹⁹ SILVA S., A. 2007. La relación obligatoria, I: requisitos e importancia del interés del acreedor que la origina en el Derecho español y comparado desde sus raíces romanas [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 28, 2007. 97p.

deudor deba cumplir y que el acreedor tenga una expectativa de que cumpla²⁰⁰; esta relación importa desplegar el comportamiento que supone la prestación contraída, sujetándose a las normas generales de conducta²⁰¹, por lo que, si el deudor cumple exactamente lo comprometido, la relación se acaba y no se genera responsabilidad²⁰².

En segundo lugar, la responsabilidad da al débito su plena juridicidad al autorizar al acreedor a actuar coactivamente para obtener, si no el cumplimiento mismo, al menos, la indemnización correspondiente o el equivalente en dinero²⁰³. En ese sentido, una vez incumplido el deber²⁰⁴ se pasa a la responsabilidad, la que le permite al acreedor proyectar la prestación, permitiéndole agredir el patrimonio del deudor para obtener el cumplimiento y los perjuicios que se le hubieren generado²⁰⁵. La responsabilidad supera la sola indemnización pecuniaria, pues es además la general sanción al incumplimiento del deber, por lo que también puede adoptar formas tales como la ejecución forzada, la resolución, entre otras sanciones, según correspondiere²⁰⁶.

²⁰⁰ SILVA S., A. 2007. La relación obligatoria, I: requisitos e importancia del interés del acreedor que la origina en el Derecho español y comparado desde sus raíces romanas [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 28, 2007. 97p.

²⁰¹ PEÑAILILLO, A., D. 2003, óp. cit., 83p.

²⁰² ALESSANDRI, R., A.; SOMARRIVA, U., M.; y VODANOVIC H. A. 2016. Tratado de las obligaciones, vol. 1. 3ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 66p.

²⁰³ FUEYO, L., F. 1957. Algunas características modernas del Derecho de obligaciones [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°101, jul-sep. 1957.
<http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=9> [consulta: 18 noviembre 2021]. 570p.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 1. óp. cit., 66p.

²⁰⁶ PEÑAILILLO, A., D. 2003, óp. cit., 83p.

Ahora bien, por regla general, débito y responsabilidad integran la estructura de la obligación²⁰⁷, pero pueden darse de manera independiente²⁰⁸.

Cuando solo existe débito, se estaría en presencia, por ejemplo, de una obligación natural²⁰⁹; cuando solo hay responsabilidad, se estaría en presencia, entre otros casos, en el del fiador que responde de una deuda ajena; en quien constituye prenda o hipoteca en un bien propio para garantizar una deuda ajena²¹⁰; y en el caso del tercer poseedor de la finca hipotecada, en donde la propiedad sigue respondiendo de una deuda, no obstante que el tercero no es deudor de la obligación garantizada²¹¹. A la luz de la doctrina germana, la hipoteca puede ser entendida como la responsabilidad de una finca por una obligación que garantiza²¹².

En el contexto de la doctrina germana, si alguna de las personas que, teniendo responsabilidad sin débito, paga la deuda, justo es que este, a su vez, pueda exigirle al deudor principal, en quien sigue radicado el débito en los términos expuestos, que le pague lo que él ha desembolsado.

²⁰⁷ PEÑAILILLO, A., D. 2003, óp. cit., 84p.

²⁰⁸ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 1. óp. cit., 67p.

²⁰⁹ SILVA, óp. cit., 99p.

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ ABELIUK, óp. cit., 62p.; PEÑAILILLO, A., D. 2003, óp. cit., 85p.

²¹² HEDEMANN, 2020, óp. cit., 280p.

Efectuado el pago por algún responsable que no debe, desaparece el vínculo jurídico que existía entre el deudor primitivo y el acreedor, pero la obligación queda subsistente entre ese deudor y el tercero que paga subrogándose, por el ministerio de la ley, en los derechos, prendas, privilegios, hipotecas, etcétera, del acreedor²¹³. Es decir, en virtud de la subrogación, se les permite a estas personas que la *responsabilidad* pueda ser dirigida en contra de aquel en quien está radicado el *débito* de la obligación, esto es, el deudor.

Con todo, conviene anotar que la teoría germana que disocia débito y responsabilidad no ha logrado un convencimiento generalizado²¹⁴, aunque sirve como una proposición útil en tanto se le mantenga reducida a constituir una explicación racional de varias modalidades anómalas o extrañas que puede adoptar una relación obligatoria²¹⁵.

²¹³ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 18p.

²¹⁴ HEDEMANN, J., W. 2019. Derecho de obligaciones. Santiago, Ediciones Olejnik. 65p.

²¹⁵ PEÑAILILLO, A., D. 2003, óp. cit., 85p. También ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 100p.

9.4. LA SUBROGACIÓN COMO FORMA DE EVITAR EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

El pago que efectúa el tercero deja liberado al deudor de su compromiso con el acreedor a expensas del patrimonio del tercero que le ha pagado. En dicho contexto, se configura un enriquecimiento injustificado a favor del deudor y en perjuicio del tercero que paga, por cuanto existe un desplazamiento patrimonial que constriñe a la equidad²¹⁶.

En efecto, el patrimonio del deudor no se ha reducido cuando debía de hacerlo, pues dicha reducción la ha soportado un tercero. Dicho fenómeno puede constituir un enriquecimiento negativo, esto es, aquel que ocurre cuando el desplazamiento patrimonial ha evitado una disminución del patrimonio del enriquecido (*damnum cessans*) que debió haber disminuido; es decir, es la disminución patrimonial evitada por el deudor, la que equivale a un valor ingresado²¹⁷.

Por ello, la subrogación le permite al tercero rectificar dicha situación, permitiéndole que el desplazamiento patrimonial que ha realizado se radique, en definitiva, en la persona del deudor.

²¹⁶ GARCÍA, B., G. 1948. El enriquecimiento sin causa según la doctrina. [en línea]. Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°65, jul-sep. 1948.
<http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=5> [consulta: 15 agosto 2020].

²¹⁷ GARCÍA, B., G. 1948. El enriquecimiento sin causa según la doctrina. [en línea]. Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°66, oct-dic. 1948.
<http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=5> [consulta: 15 agosto 2020].

De esta forma, la subrogación le permite al tercero obtener del deudor la restitución de lo que le ha pagado al acreedor en su beneficio²¹⁸. Dicha restitución no tiene naturaleza indemnizatoria²¹⁹, por cuanto su fuente no es un hecho ilícito²²⁰, sino que, por el contrario, un hecho lícito²²¹ (el pago efectuado por un tercero), pero que genera un enriquecimiento injusto; en ese sentido, el enriquecimiento injusto da lugar a una obligación restitutoria²²², porque su objeto es recuperar aquello que el demandado injustamente ha recibido (que equivale a la evitación de una disminución patrimonial a costa de un tercero)²²³.

Conforme lo anterior, las acciones subrogatorias pueden ser estructuradas como «indemnizaciones por sacrificio», esto es, aquellas compensaciones que las leyes atribuyen a determinados sujetos como consecuencia de la pérdida, ablación o limitación forzosa de derechos subjetivos o como recompensa parcial del sacrificio que se exige a los titulares²²⁴.

²¹⁸ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 193p.

²¹⁹ PEÑAILILLO, A., D. 2003, óp. cit., 120p.

²²⁰ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 1. óp. cit., 36p.

²²¹ CÉSPEDES, M., C. 2018. El daño lícito reparable y su proyección en el sistema chileno: concepto y naturaleza [en línea] Revista Ius et Praxis, año 24, N°1, 2018.
<<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1079>> [consulta: 15 agosto 2020].

²²² PEÑAILILLO, A., D. 2003, óp. cit., 102p., y ss.

²²³ BARROS, B., E. 2006. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 23p.

²²⁴ CORRAL, T., H. 2003. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 63 y 123p. Sobre este tema véase CÉSPEDES, M., C. 2019. Identificando a las indemnizaciones por sacrificio en el sistema chileno. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil XIV. Santiago, Thomson Reuters, 1041-1055pp.

Desde esta perspectiva, las acciones subrogatorias pueden entenderse y orientarse como mecanismos de rechazo al enriquecimiento injustificado, el cual pasa a ser su fundamento en última instancia²²⁵. Por ejemplo, la subrogación establecida en el artículo 1610 N°2 del Código Civil permite a quien compra la finca hipotecada recuperar el precio que pagó pues, de lo contrario, habría un enriquecimiento sin causa que se concretaría en la injusticia de que el comprador se quede sin el precio y sin la cosa comprada.²²⁶

9.5. LA SUBROGACIÓN COMO FORMA DE ADQUIRIR EL DERECHO REAL DE HIPOTECA

Como se verá, en virtud del artículo 1612 del Código Civil, la subrogación traspa al subrogante todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo. Por ello, la subrogación permite al tercero que ha pagado adquirir el derecho real de hipoteca como accesorio del crédito al que se está subrogando²²⁷.

9.6. REQUISITOS GENERALES DE LA SUBROGACIÓN LEGAL

Los requisitos de procedencia de la subrogación legal son los siguientes:

A. Se debe estar pagando una deuda ajena: Por ello, si se cumple una obligación que en parte es propia y el resto ajena, el pago extingue la deuda en la porción que le es propia y se subroga en el saldo²²⁸.

²²⁵ LETELIER, C., P. 2018. Enriquecimiento injustificado y equidad. Los problemas que plantea la aplicación de un principio general. [en línea]. Revista Ius et Praxis, año 24, N°2, 2018. <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1162>> [consulta: 15 agosto 2020].

²²⁶ LEDERMANN, óp. cit.

²²⁷ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 121p.

²²⁸ ABELIUK, óp. cit., 420p.

B. El pago efectuado por el tercero debe haber sido voluntario: El tercero debe tener plena conciencia y ánimo de estar pagando la deuda ajena. Si paga dicha deuda ajena por error, se estará en presencia del cuasicontrato del pago de lo no debido, otorgándosele al tercero acción en contra del acreedor para que le restituya lo que ha pagado indebidamente²²⁹.

C. El tercero debe pagar la deuda ajena con fondos propios: Si paga la deuda ajena con fondos del deudor, la obligación ha quedado definitivamente extinguida²³⁰.

D. Que el tercero quede en la misma situación jurídica del antiguo acreedor²³¹: Si ello no es posible, no hay subrogación²³². En dicho contexto, la jurisprudencia sostiene que «Cuando el segundo acreedor entra a ocupar el lugar del primero en situación inferior, sufre un verdadero perjuicio y no un beneficio, lo cual no se conforma con el carácter de la subrogación que ha sido establecida en beneficio, y no para perjudicar al acreedor, según se desprende del N°1 del artículo 1610»²³³.

²²⁹ BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 167p.

²³⁰ ABELIUK, óp. cit., 419p.; ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 127p.; BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 167p. Así también C. Suprema, 13 enero 1936. G. 1936, 1er. sem., N°5, 64p. R., t. 33, sec. 1ª, 177p.; C. Talca, 24 agosto 1904. G. 1904, t. II, N°1.188, 158p. R., t. 3, sec. 2ª, 22p.; SOMARRIVA, U., M. 1939. Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia. Santiago, Editorial Nacimiento. 68p.

²³¹ POTHIER, R., J. 2003. Tratado de las obligaciones. México D.F., Tribunal Superior de justicia del Distrito Federal. 276p.; BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 167p.

²³² ABELIUK, óp. cit., 420p.

²³³ C. Suprema, 5 enero 1923. R., t. 22, sec. 1ª, 25p.

Con todo, es menester anotar que el subrogado puede renunciar a uno o más derechos en los que pudiere subrogarse ya que no existe un interés público comprometido²³⁴.

9.7. EFECTOS DE LA SUBROGACIÓN

En virtud del pago con subrogación el acreedor primitivo es satisfecho efectivamente, habiendo un pago propiamente tal; sin embargo, el deudor no se libera, pues el tercero sustituye al acreedor en la relación obligacional, quedando dicho deudor obligado para con el tercero que le pagó al primer acreedor²³⁵.

En el Derecho chileno, los efectos de la subrogación están establecidos en el artículo 1612 del Código Civil, los cuales son amplios y no distinguen si la subrogación tiene origen legal o convencional²³⁶. Al efecto, la jurisprudencia ha señalado que «La subrogación permite subsistir en favor del tercero la obligación que ha debido extinguirse por el pago hecho al acreedor; este y aquel son jurídicamente una sola e idéntica persona: el tercero toma el lugar del acreedor y por eso sus derechos y privilegios son los mismos del subrogante»²³⁷. Es decir, el subrogado adquiere los mismos derechos y privilegios que

²³⁴ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 262p. Así también WESTERMEIER, T., G. 2017. La hipoteca, una dualidad entre un contrato y un derecho real. Santiago, Ediciones jurídicas El Jurista. 346p.

²³⁵ ALTERINI, A., A.; AMEAL, J., O.; y LÓPEZ, C., R. 1995. Derecho de obligaciones civiles y comerciales. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot. 560p.

²³⁶ ABELIUK, óp. cit., 430p.

²³⁷ C. Santiago, 6 diciembre 1934. G. 1936, 1er. sem., N°5, 64p. (C. 1°, 68p.). R., t. 33, sec. 1°, 177p. (C. 1°, 182p.).

tenía el acreedor²³⁸, quien ya no los necesita y que, en cambio, son muy útiles al tercero para obtener del deudor lo que ha pagado²³⁹.

Precisando los efectos de la subrogación, la doctrina ha referido que se traspasan al tercero que paga los derechos y acciones del acreedor primitivo²⁴⁰, y los privilegios y las cauciones del crédito subrogado²⁴¹, como también la calidad de contratante²⁴². Empero, solo se traspasan los beneficios o ventajas inherentes al crédito y no los que son únicamente personales del acreedor antiguo²⁴³.

Es de destacar que los efectos de la subrogación se limitan solo al monto pagado al acreedor²⁴⁴, ya que está diseñada para asegurar el reembolso de la suma pagada²⁴⁵. En efecto, para el subrogado la subrogación no es especulación, pues no pretende adquirir el crédito, sino solo asegurar el reembolso de lo que ha pagado al acreedor²⁴⁶.

²³⁸ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 246p.

²³⁹ LEDERMANN, óp. cit.

²⁴⁰ ABELIUK, óp. cit., 430p.

²⁴¹ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 247p.

²⁴² ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 120p.

²⁴³ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 118p.; ABELIUK, óp. cit., 431p.; BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 171p.

²⁴⁴ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 263p. En igual sentido KUNCAR, O., A. 2019. Algunas cuestiones teórico-prácticas del pago con subrogación y sus efectos. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil XIV. Santiago, Thomson Reuters, 505p.

²⁴⁵ POTHIER, R., J. 2003. Tratado de las obligaciones. México D.F., Tribunal Superior de justicia del Distrito Federal. 276p.

²⁴⁶ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 202p.

La jurisprudencia señala que «A diferencia de la novación, es de la esencia de la subrogación que no extinga ni altere las obligaciones del deudor, ni los privilegios y garantías constituidos en resguardo de los derechos del primitivo acreedor, todos los cuales, sin excepción, se traspasan al tercero que paga»²⁴⁷.

Con relación a si en el traspaso de hipotecas se requiere una nueva inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, se ha señalado que no es necesario, por cuanto los artículos 1610 y 1612 del Código Civil no lo exigen²⁴⁸. Sin embargo, por razones de conveniencia práctica, se recomienda que se practique una anotación al margen de la inscripción hipotecaria²⁴⁹.

Por último, en virtud de la subrogación, el subrogado tiene derecho para exigir al acreedor a quien pagó que le entregue el título²⁵⁰.

²⁴⁷ C. Temuco, 10 enero 1936. G. 1936, 1er. sem., N.º 103, 443p. R., t. 35, sec. 2ª, 68p.

²⁴⁸ DIEZ, óp. cit., 225p.; CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 252p.; BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 173p.

²⁴⁹ LEDERMANN, óp. cit.

²⁵⁰ ABELIUK, óp. cit., 433p.; ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 121p.

10. RANGO DE LA HIPOTECA

10.1. CONCEPTO DE RANGO O GRADO DE LA HIPOTECA

El rango o grado de la hipoteca está reglado a propósito de la prelación de créditos en el Título XLI del Libro IV del Código Civil y consiste en el orden en que se inscriben las diversas hipotecas que gravan un mismo bien²⁵¹. En Derecho comparado se ha señalado que el rango hipotecario es el lugar de privilegio que ocupa el derecho real de hipoteca con relación a otros de la misma especie y sobre el mismo inmueble, y que determinará la preferencia para el cobro que tendrá ese derecho en caso de ejecución del bien²⁵². Nótese que el rango lo ostenta el derecho real, no el crédito garantido²⁵³.

El rango o grado de la hipoteca es importante cuando, realizada la finca gravada, el valor obtenido no alcanza para pagar todas las hipotecas, pues las que no alcanzan a satisfacerse se purgan y los créditos que garantizaban quedan desprovistos de preferencia²⁵⁴. Es decir, el rango hipotecario permite determinar qué hipotecas se pagarán y qué hipotecas se purgarán.

²⁵¹ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 426p.

²⁵² ROSA P., M., POSTERARO S., L. y DE LOS ÁNGELES F., E. 2005. Hipotecas abiertas. Hipotecas y dominio desmembrado. Rango hipotecario. [en línea] Revista Notarial N°951, 2005. <<http://www.escribaniaposteraro.com.ar/Trabajos-Academicos/TRABAJO-PREMIADO-JORNADA-NOTARIAL-ARG-HIPOTECAS-ABIERTAS-Y-RANGO-HIP.pdf>> [consulta: 21 julio 2020].

²⁵³ DIEZ, G., H. 2012. Recargas hipotecarias e hipotecas recargables. Madrid, Editorial Reus. 193p.

²⁵⁴ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 426p.; ABELIUK, óp. cit., 640p.; BARROS, E., A. 1932, óp. cit., 410p.

Al tenor del artículo 2477 del Código Civil, las hipotecas se prefieren entre sí según el orden de sus fechas y si fueren de la misma fecha, según el orden en que materialmente²⁵⁵ se hayan practicado sus inscripciones²⁵⁶. De esta forma, el artículo 2477 del Código Civil concretiza el principio general de que el primero en el tiempo es mejor en el derecho²⁵⁷ (*prior in tempore, potior in iure*)²⁵⁸. La jurisprudencia, complementando lo anterior, ha señalado que «El artículo 2477 dicta una regla de prelación que debe regir cada vez que se trate de una finca hipotecada a varios acreedores y no en el supuesto de que haya más de una hipoteca para un solo acreedor»²⁵⁹.

De la lectura del artículo 2477 del Código Civil, se extraen las siguientes reglas:

En primer lugar, las hipotecas se prefieren entre ellas según sus fechas de inscripción, por lo cual es irrelevante la fecha en que se han otorgado los contratos hipotecarios respectivos²⁶⁰. Así también se ha fallado²⁶¹.

²⁵⁵ MEZA, B., R. 2007. Manual de Derecho civil, de las obligaciones. 10ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 114p.

²⁵⁶ BARROS, E., A. 1932, vol. III, óp. cit., 411p.; LECAROS, óp. cit., 396p.; BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 203p.; RAMOS, óp. cit., 511p.

²⁵⁷ RIGAUD, L. 2020. El derecho real, historia y teorías, su origen institucional. Santiago, Ediciones Olejnik. 79p.

²⁵⁸ MERY, óp. cit., 382p. En igual sentido, BARROS, E., A. 1932, vol. III, óp. cit., 467p.

²⁵⁹ C. Suprema, 27 julio 1927. G. 1927, 2º sem., Nº13, 51p. (C. 10 a 12, 62p.). R., t. 25, sec. 1ª, 276p. [Citado por ABARZÚA, C., M. 2017. Transacción y prelación de créditos. Proyecto de actualización del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil y sus leyes complementarias. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 212p.]

²⁶⁰ MERY, óp. cit., 382p.; ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 425p.; BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 204p.

²⁶¹ C. Santiago, 22 septiembre 1868. G. 1868, Nº1.839, 796p. (C. único, 1ª inst. 796p.). [Citado por ABARZÚA, C., M. 2017. Transacción y prelación de créditos. Proyecto de actualización del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil y sus leyes complementarias. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 212p.]

En segundo lugar, si varias hipotecas tuvieran una misma fecha, se prefieren entre sí según el orden en que fueron inscritas en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces respectivo²⁶². El momento de ingreso al sistema de Registro determina el orden prelativo, pues convertida la anotación del Repertorio en inscripción, surte esta todos los efectos desde la fecha de la anotación (artículo 17 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces)²⁶³.

10.2. SISTEMAS DE ORDENACIÓN DE LAS HIPOTECAS

Las hipotecas preferentes tendrán mayor valor en el mercado inmobiliario pues se pagarán con antelación a las posteriores; el valor de la primera hipoteca es superior al de la segunda y así sucesivamente²⁶⁴, lo cual hace que las instituciones de crédito suelen exigir que este se garantice con una hipoteca de primer rango²⁶⁵.

Dado que el valor del rango hipotecario tiene gran importancia inmobiliaria, es fundamental establecer si estos rangos hipotecarios pueden modificarse por causa sobreviniente. Por ello es menester hacer una sucinta relación de los dos grandes sistemas de determinación de los rangos hipotecarios para conocer su eventual movilidad, a saber, el sistema romano o latino y el sistema germánico.

²⁶² C. Santiago, 22 septiembre 1868. G. 1868, N°1.839, 796p. (C. único, 1ª inst., 796p.).

²⁶³ MERY, óp. cit., 382p.

²⁶⁴ MERY, óp. cit., 383p.

²⁶⁵ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 426p.; ABELIUK, óp. cit., 640p.

A. Sistema romano o latino de avance de puestos: En ese sistema cada uno de los titulares de los diferentes derechos de hipoteca constituidos sobre un mismo inmueble tiene derecho a que se le pague el importe íntegro de la suma garantizada sobre la totalidad del valor del inmueble (*pignoris causa indivisa est*). En el momento de la realización del bien la clasificación entre acreedores hipotecarios se hace por orden de prioridad temporal²⁶⁶. La fecha de inscripción en el Registro de las diferentes hipotecas determina el rango existente entre ellas²⁶⁷, por lo que la primera hipoteca comprime la potencial expansión de la segunda y ulteriores, de tal suerte que la desaparición de una hipoteca aprovecha a los acreedores hipotecarios posteriores, pues su derecho avanza automáticamente y mejora de rango²⁶⁸. Es decir, la garantía del acreedor podrá mejorar su ubicación de privilegio cubriendo los lugares vacantes anteriores que vayan liberándose por la extinción de hipotecas que estén en un grado preferente²⁶⁹.

²⁶⁶ CLARO, S., L. 2021. Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, vol. III, tomo VI. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 34p.

²⁶⁷ DIEZ, G., H. 2012. Recargas hipotecarias e hipotecas recargables. Madrid, Editorial Reus. 196p.

²⁶⁸ DIEZ, N., L. 2005. El rango registral. Análisis crítico de los sistemas de determinación de rango. [en línea]. <<https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=22514&print=2>> [consulta: 21 julio 2020].

²⁶⁹ ROSA P., M., POSTERARO S., L. y DE LOS ÁNGELES F., E. 2005. Hipotecas abiertas. Hipotecas y dominio desmembrado. Rango hipotecario. [en línea] Revista Notarial N°951, 2005. <<http://www.escribaniaposteraro.com.ar/Trabajos-Academicos/TRABAJO-PREMIADO-JORNADA-NOTARIAL-ARG-HIPOTECAS-ABIERTAS-Y-RANGO-HIP>.pdf> [consulta: 21 julio 2020].

B. Sistema germánico o de rango fijo: En este sistema los diferentes derechos reales de garantía que gravan un mismo inmueble determinan su rango por los puestos que ocupan en el Registro, el cual depende del acuerdo entre deudores y acreedores²⁷⁰, y no por la fecha de su inscripción. Si un derecho real de garantía de rango preferente desaparece, el propietario puede disponer del puesto que ha quedado libre, pudiendo utilizarlo para constituir un nuevo derecho real de garantía, por lo que los posteriores no pueden avanzar y mejorar su rango²⁷¹; con ello, este puesto libre en manos del dueño del bien —que constituye una hipoteca de propietario— cierra el paso al avance de los acreedores posteriores²⁷² manteniendo estas sus puestos originales²⁷³. En el fondo se trata de una reserva del rango de la hipoteca²⁷⁴.

En el sistema germánico, el puesto que ocupa el derecho de hipoteca continúa igual desde su constitución hasta su extinción, sin poder avanzar ni retroceder; es decir, el rango es fijo, determinado e invariable²⁷⁵. De esta forma, en el sistema germánico el propietario puede constituir hipotecas de distinto rango, disponiendo de los puestos que se vayan desocupando²⁷⁶ sin beneficio para los acreedores posteriores, por lo que la hipoteca no es

²⁷⁰ Ibid.

²⁷¹ Ibid.

²⁷² HEDEMANN, 2020, óp. cit.,330p.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ SÁNCHEZ-PALACIOS P., M. 2007. El título de crédito hipotecario negociable [en línea] Revista Oficial Del Poder Judicial del Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República Del Perú, N°1, 2007. 47-66pp. <<https://doi.org/10.35292/ropj.v1i1.92>> [consulta: 01 de marzo 2021].

²⁷⁵ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 324p.

²⁷⁶ DIEZ, G., H., óp. cit.,104p.

accesoria, ya que puede existir sin necesidad de acceder a algún crédito, en tanto que el dueño no la utilice para la obtención de nuevos créditos²⁷⁷.

Este sistema entiende que la progresividad de los rangos hipotecarios, propia del sistema romano o latino, es injusta porque permite al acreedor de grado inferior mejorar su rango sin hacer ni sacrificar nada, beneficio que es todavía menos merecido si se toma en consideración que, por lo general, al facilitar dinero en segunda o tercera hipoteca, el acreedor lo hace en condiciones más gravosas para el deudor que quien es titular de la primera hipoteca²⁷⁸. Asimismo, la progresividad del sistema romano o latino hace que se produzca una desproporción entre las gravosas condiciones fijadas por el acreedor de grado posterior y el avance de puesto de la hipoteca, pues dichas condiciones permanecen inalteradas, en tanto que la garantía inmobiliaria se aumenta y se refuerza. Además, los acreedores subsiguientes se benefician de un mejor rango mientras que, si el propietario desea concertar un nuevo préstamo, se ve obligado a hacerlo en condiciones más gravosas y desventajosas para él²⁷⁹.

²⁷⁷ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 324p. Así también MEZA, 2006, óp. cit., 160p.

²⁷⁸ AZOFRA, F., V. 2015. La hipoteca flotante. Tesis doctoral. Madrid, España. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. 76p.; HEDEMANN, 2020, óp. cit., 330p.

²⁷⁹ DIEZ, N., L. 2005. El rango registral. Análisis crítico de los sistemas de determinación de rango. [en línea]. <<https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=22514&print=2>> [consulta: 21 julio 2020].

10.3. EL SISTEMA DE ORDENACIÓN DE LAS HIPOTECAS EN EL DERECHO CHILENO

En el Derecho nacional opera el principio de primero en el tiempo, primero en el derecho, lo cual es una concreción del sistema romano o latino²⁸⁰. Por ello, en Chile los rangos hipotecarios son progresivos de manera tal que si se extinguen las hipotecas de grado superior las de grado inferior mejoran de rango, pues pasan a ocupar el lugar de las que se han extinguido²⁸¹.

En efecto, a pesar de las críticas germanas a la progresión de rangos, se debe destacar que el sistema romano o latino es el de mayor aplicación, siendo escasísimos los ordenamientos que adscriben al sistema germánico²⁸², quedando solo el ordenamiento suizo como único exponente, habida cuenta de las modificaciones operadas en otros ordenamientos que lo representaban más fielmente, esto es, el austríaco y el alemán²⁸³.

La mayor difusión del sistema romano o latino se explica porque el acceso al crédito es más fácil cuando se permite la movilidad de rangos, toda vez que los que no

²⁸⁰ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 324p.

²⁸¹ MEZA, 2006, óp. cit., 160p.

²⁸² REINA, T., G. 2008. El sistema de rango progresivo frente a la recepción de la hipoteca recargable. [en línea]. Revista del Notariado, enero-marzo 2008, año 111. N°891. <<https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/52534.pdf>>. [consulta: 21 julio 2020]. También RÍOS, L., S. 2006. La reforma del derecho de garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto. [en línea]. Revista Chilena de Derecho Privado N°7. Diciembre, 2006. <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838866004>> [consulta: 23 julio 2020].

²⁸³ REINA, T., G. 2008. El sistema de rango progresivo frente a la recepción de la hipoteca recargable. [en línea]. Revista del Notariado, enero-marzo 2008, año 111. N°891. <<https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/52534.pdf>>. [consulta: 21 julio 2020].

tienen la primera hipoteca tienen la expectativa de que una vez pagada la hipoteca preferente, la suya pasará a tomar su lugar²⁸⁴.

Además, atendida la ausencia de hipotecas de propietario, el sistema romano o latino ofrece mayor efectividad a los acreedores, pues el producto de la subasta del bien hipotecado se reparte solo entre los acreedores, no resultado perjudicados porque una parte de dicho producto deba ir en favor del propio dueño de la finca en virtud de su hipoteca; en otras palabras, la hipoteca del propietario, propia de los sistemas de rango fijo, va en detrimento de los acreedores del deudor ya que el propietario también participa del producto de la subasta²⁸⁵.

10.4. MECANISMOS PARA MANTENER LA POSICIÓN DEL RANGO HIPOTECARIO EN LOS SISTEMAS DE RANGOS PROGRESIVOS O LATINOS

A pesar de las ventajas que ofrece el sistema romano o latino, no es menos cierto que la modificación de los rangos hipotecarios, en determinados casos, puede resultar inconveniente, razón por la cual, las legislaciones que adoptan este sistema han generado o permitido mecanismos para modificar la progresión de los rangos²⁸⁶. Con todo, estas legislaciones prescinden de figuras como la de la hipoteca del propietario, razón por la

²⁸⁴ DIEZ, N., L., óp. cit.

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ RIGAUD, L. 2020. El derecho real, historia y teorías, su origen institucional. Santiago, Ediciones Olejnik. 79p.

cual, este no es un mecanismo aplicable. En ese sentido, en el Derecho chileno, dado que la hipoteca siempre tiene un carácter accesorio²⁸⁷ la solución germánica no tiene cabida²⁸⁸.

Al efecto, en Derecho comparado se han acogido algunos mecanismos de modificación de rangos, pues se sostiene que el contenido estructural de la hipoteca no se altera cualquiera que sea el rango que tenga²⁸⁹, por lo que dichos mecanismos resultan muy útiles al dar mayor flexibilidad a las transacciones inmobiliarias y, sobre todo, al facilitar las operaciones crediticias, en especial, en el ámbito del acceso a la vivienda²⁹⁰.

En dicho contexto, se han generado, por ejemplo, figuras como las de la hipoteca recargable²⁹¹, la admisión de mecanismos convencionales de alteración de rango, tales como la reserva de rango²⁹², la permuta de rango²⁹³, la coparticipación del rango²⁹⁴ o la posposición de rango²⁹⁵, entre otros. Conviene destacar que los mecanismos

²⁸⁷ MERY, óp. cit., 38p.; BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 192p. En Derecho comparado DIEZ, G., H., óp. cit., 128p.

²⁸⁸ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 324p.

²⁸⁹ FALBO, N., M. 1985. El principio de prioridad registral en Argentina. [en línea] Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero, Centro de Estudios Hipotecarios, 715-746pp. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=2521>> [consulta: 01 marzo 2021].

²⁹⁰ FALBO, N., M. 1985. El principio de prioridad registral en Argentina. [en línea] Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero, Centro de Estudios Hipotecarios, 715-746pp. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=2521>> [consulta: 01 marzo 2021].

²⁹¹ REINA, T., G. 2008. El sistema de rango progresivo frente a la recepción de la hipoteca recargable. [en línea]. Revista del Notariado, enero-marzo 2008, año 111. N°891. <<https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/52534.pdf>>. [consulta: 21 julio 2020]. También RÍOS, L., S. 2006. La reforma del derecho de garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto. [en línea]. Revista Chilena de Derecho Privado N°7. Diciembre, 2006. <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838866004>> [consulta: 23 julio 2020].

²⁹² WESTERMEIER, óp. cit. 341p. Véase ROSA, P., M., óp. cit.

²⁹³ WESTERMEIER, óp. cit. 343p. Véase ROSA, P., M., óp. cit.

²⁹⁴ Véase para estos efectos ROSA, P., M., óp. cit.

²⁹⁵ WESTERMEIER, óp. cit. 342p. Véase ROSA, P., M., óp. cit.

convencionales muchas veces no han sido recogidos expresamente por las legislaciones, pero ello no ha sido óbice para su aplicación; así, por ejemplo, ocurre en el Derecho peruano²⁹⁶.

En primer lugar, es de destacar la hipoteca recargable, existente, por ejemplo, en Francia²⁹⁷, Argentina²⁹⁸ y España²⁹⁹, la cual consiste en aquella hipoteca que puede ser reutilizada por el constituyente en garantía de nuevos créditos³⁰⁰, conservando su rango. Esta figura está diseñada a favor del deudor y del acreedor de la obligación caucionada con el fin de aminorar los costos por la constitución de hipotecas sucesivas³⁰¹.

²⁹⁶ BIGIO C., J. 1991. Reflexiones en relación a la hipoteca en el Código Civil de 1984. [en línea] Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 45. 111-129pp. <<https://doi.org/10.18800/derechopucp.199101.003>> [consulta: 01 de marzo 2021].

²⁹⁷ RÍOS, L., S. 2006. La reforma del derecho de garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto. [en línea]. Revista Chilena de Derecho Privado N°7. Diciembre, 2006. <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838866004>> [consulta: 23 julio 2020].; CAPRILE B., B. 2008. La reforma al Derecho de las cauciones en Francia: Perspectivas para un devenir en Chile. EN: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil III, Santiago, Thomson Reuters. 557p.

²⁹⁸ REINA, T., G. 2008. El sistema de rango progresivo frente a la recepción de la hipoteca recargable. [en línea]. Revista del Notariado, enero-marzo 2008, año 111. N°891. <<https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/52534.pdf>>. [consulta: 21 julio 2020]. También RÍOS, L., S. 2006. La reforma del derecho de garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto. [en línea]. Revista Chilena de Derecho Privado N°7. Diciembre, 2006. <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838866004>> [consulta: 23 julio 2020].

²⁹⁹ DIEZ, G., H., óp. cit., 105p. y ss.

³⁰⁰ GOÑI R., M. 2013. Un estudio sobre la hipoteca recargable, perspectiva actual y su reconversión en instrumento de refinanciación junto con la hipoteca flotante: sus diferencias [en línea] Anuario de Derecho civil, Ministerio de Justicia de España, vol. 66, N.º 3, 2013, 1109-1161pp, 2013.

³⁰¹ RÍOS, óp. cit.; DIEZ, G., H., óp. cit., 106p.; CAPRILE B., B. 2008. La reforma al Derecho de las cauciones en Francia: Perspectivas para un devenir en Chile. EN: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil III, Santiago, Thomson Reuters. 558p.

En igual sentido, en Colombia se han complementado las hipotecas universales³⁰² con las recargables³⁰³, pues con estas últimas se termina con la posición dominante del banco que otorga el primer crédito ya que se reducen los costos de transacción estimulando el otorgamiento de nuevos créditos en distintos bancos³⁰⁴. A su turno, en España se ha referido que las ventajas de las hipotecas recargables se aprecian en relación a que no es necesaria la constitución de nuevas hipotecas (con un rango inferior a las ya constituidas) para acceder a nuevos créditos³⁰⁵.

En segundo lugar, se debe mencionar la reserva de rango, entendida como la anotación registral de una hipoteca sobre una obligación futura³⁰⁶, o bien, como la

³⁰² Las cláusulas universales o generales son aquellas que, constituyendo un «elemento accidental del contrato hipotecario, que integrando la posibilidad de caucionar obligaciones futuras e indeterminadas, permite al deudor garantizar con hipoteca todas las obligaciones que contraiga y vaya a contraer en el futuro para con su acreedor, cualquiera sea el monto o la naturaleza de ellas, siempre y cuando quepan dentro de los términos del pacto». MILÉS, C., S. 2010. La cláusula de garantía general hipotecaria. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 40p. Véase también CAPRILE B., B. 2008. La reforma al Derecho de las cauciones en Francia: Perspectivas para un devenir en Chile. EN: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil III, Santiago, Thomson Reuters. 560p.

³⁰³ MERCEDES, M., B. y TERNERA, B., F. 2011. De las garantías tradicionales a las garantías derivadas. [en línea]. Opinión jurídica, vol.10, N°19. <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S169225302011000100011&lng=es&nrm=i so> [consulta: 07 octubre 2020].

³⁰⁴ MERCEDES, M., B. y TERNERA, B., F. 2011. De las garantías tradicionales a las garantías derivadas. [en línea]. Opinión jurídica, vol.10, N°19. <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S169225302011000100011&lng=es&nrm=i so> [consulta: 07 octubre 2020].

³⁰⁵ GOÑI R., M. 2013. Un estudio sobre la hipoteca recargable, perspectiva actual y su reconversión en instrumento de refinanciación junto con la hipoteca flotante: sus diferencias [en línea] Anuario de Derecho civil, Ministerio de Justicia de España, vol. 66, N.º 3, 2013, 1109-1161pp, 2013. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4550779>> [consulta: 01 marzo 2021].; DIEZ, G., H., óp. cit., 106p.

³⁰⁶ Véase USINSKAITE, A. 2011. Garantía hipotecaria de obligaciones futuras: Principios clásicos y formas contractuales modernas. Trabajo final de máster. Madrid, España. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. 21p y ss.

atribución de un puesto registral de prioridad para la constitución de una hipoteca futura³⁰⁷. En virtud de esta figura, el acreedor puede autorizar al titular del dominio para que constituya hipotecas de grado preferente expresando el monto³⁰⁸.

Por último, es menester consignar la existencia de la cláusula *negative pledge*, en virtud de la cual el prestatario asume el compromiso de no constituir un derecho real de garantía sobre los bienes que constituyen su patrimonio al momento de ser concedido el crédito, a menos que expresamente lo autorice la entidad prestamista³⁰⁹. Sin embargo, en el Derecho hipotecario esta cláusula no ha estado exenta de críticas ya que entraba la libre circulación de los bienes³¹⁰.

10.5. MODIFICACIÓN DE LA PREFERENCIA HIPOTECARIA EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil desconoce la figura de la hipoteca recargable y las formas convencionales de alteración de los rangos no han sido utilizadas de forma amplia. En efecto, el Código Civil no establece expresamente la posibilidad de que el acreedor hipotecario convenga que la hipoteca que se le otorga sea colocada en un grado inferior a

³⁰⁷ MERY, óp. cit., 384p.

³⁰⁸ ROSA, P., M., óp. cit.

³⁰⁹ GALLEGOS, Z., J. 2009. Algunas garantías en el Derecho bancario latinoamericano. En: VARIOS AUTORES. Estudios sobre garantías reales y personales. Homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga, vol. II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile / Editorial de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. pp. 585-600. 597p.

³¹⁰ Ibid.

aquel que le correspondería de acuerdo con el Registro³¹¹ lo cual, si bien no está prohibido, ha impedido que, por ejemplo, la reserva de rango sea una cláusula de uso corriente³¹².

En el Derecho chileno, la reserva de rango es válida³¹³ y lo mismo se puede decir a los demás actos o pactos sobre el rango, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad³¹⁴. También la jurisprudencia ha reconocido la existencia de estos pactos al señalar que «Es válido el acuerdo por el cual el titular de los créditos hipotecarios conviene con los acreedores valistas ser pagado después que estos, máxime si el convenio se hizo con el objeto de evitar el juicio de impugnación que los valistas trataban de promover contra los acreedores hipotecarios»³¹⁵.

Asimismo, también se ha validado la posposición de la hipoteca³¹⁶, la cual, si bien normalmente se ha estudiado como mecanismo de renuncia parcial o relativa de la

³¹¹ Ibid.

³¹² Ibid.

³¹³ MERY, óp. cit., 384p.

³¹⁴ LÓPEZ, S., J. 2005. Los contratos, parte general, vol. I. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 165p.

³¹⁵ C. Santiago, 12 agosto 1875. G. 1875, N°1.890, 851p. (C. 1º, 852p.). [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 213p.]

³¹⁶ Ello por cuanto la posposición de la hipoteca ha sido recogida por la legislación nacional. En efecto, el artículo 25 del DFL N°31, publicado en el D.O., el 18 de abril de 1953, que «Fija Ley Orgánica por la que se regirá la Caja de Previsión de la Defensa Nacional» del Ministerio de Defensa Nacional.

«Artículo 25. El Consejo solo podrá autorizar la posposición de la hipoteca preferente de la Caja, cuando la tasación de la propiedad hipotecada resulte superior al monto de las deudas hipotecarias en favor de la Caja y las de grado preferente.

Las Instituciones de Previsión, los organismos fiscales y semifiscales de administración autónoma, y las Cajas Nacional de Ahorros y de Crédito Hipotecario, estarán obligadas a posponerse recíprocamente sus hipotecas preferentes, en favor de la Institución que hubiere facilitado el crédito mayor.

Para que sea exigible la posposición indicada en este artículo será necesario que el valor comercial de la propiedad, en el momento de ser solicitado, resulte superior en un tercio, por lo menos, al monto de las hipotecas.

preferencia hipotecaria³¹⁷, es también una herramienta que altera el rango hipotecario³¹⁸, ya que consiste en un acto por el cual un acreedor hipotecario acepta que sobre su finca hipotecada se constituya otra hipoteca de grado preferente a la suya³¹⁹. Asimismo, la jurisprudencia ha sostenido que «Si un acreedor hipotecario cede su derecho preferente en favor de otro de grado posterior (...) no es el derecho de hipoteca el que se cede, sino la simple preferencia»³²⁰.

A nivel legal, el legislador nacional procura resguardar la posición de los rangos hipotecarios en ciertos casos, estableciendo mecanismos tendientes a evitar las inequidades resultantes de su movilidad; dichos mecanismos se concretizan a través de diversas figuras de pago con subrogación, entendido este último como una forma de protección que opera a favor de los terceros interesados que pagan una deuda ajena, según lo ya revisado en otros apartados de este capítulo. En ese sentido, el legislador solo interviene la progresión de rangos cuando lo ha estimado necesario para proteger a dichos interesados que pagan deudas ajenas.

La tasación será practicada por los organismos técnicos de las Instituciones interesadas, resolviendo las divergencias la Dirección General de Impuestos Internos, sin costo alguno».

³¹⁷ MEZA, 2006, óp. cit., 204p.; DIEZ, óp. cit., 98p.; LECAROS, óp. cit., 429p.; WESTERMEIER, óp. cit. 346p.

³¹⁸ El profesor Gonzalo Figueroa Yañez estimaba que el contrato de posposición de hipoteca era un contrato dependiente, consistiendo en «aquel en virtud del cual un acreedor hipotecario se obliga a dejar que otra hipoteca, de un tercer acreedor, ocupe un lugar preferente a la suya.» FIGUEROA, Y., G. 2011. Curso de Derecho civil. Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 125p.

³¹⁹ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 484p.; BARROS, E., A. 1932, vol. III, óp. cit., 418p.

³²⁰ C. Santiago, 18 marzo 1898. G. 1898, N°159, 92p.; SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 463p.

IV

SUBROGACIÓN DEL ARTÍCULO 1610 N°2 DEL CÓDIGO CIVIL

11. NOCIONES GENERALES

11.1. FUNCIONAMIENTO DE ESTA SUBROGACIÓN

Señala el artículo 1610 N° 2 del Código Civil: «Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio, (...) 2°. Del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado».

Esta subrogación opera cuando el adquirente ha comprado la finca en pública subasta y las hipotecas preferentes se han extinguido con el precio que ha pagado en dicha subasta³²¹. En dicho evento, el comprador se subroga en los derechos de los acreedores hipotecarios que han sido pagados con el precio del remate, por lo que, si la finca se subasta nuevamente a petición de uno de los acreedores posteriores, dicho comprador ocupará el lugar de los acreedores hipotecarios en cuyos derechos se subrogó, debiendo ser pagado en la cantidad que invirtió en adquirir la finca, con preferencia, al acreedor ejecutante³²². Esta especie de subrogación encuentra su mayor importancia en el caso de hipotecas que no se hubieren purgado³²³.

³²¹ RAMOS, óp. cit., 382p.

³²² ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 159p.

³²³ ABELIUK, óp. cit., 426p.

La subrogación establecida en el artículo 1610 N°2 del Código Civil conlleva a que el adquirente del inmueble hipotecado tendrá una hipoteca sobre un bien propio³²⁴, para que, si este se vuelve a sacar a remate, sea pagado con preferencia al acreedor hipotecario posterior ejecutante³²⁵; es decir, el adquirente pasa a tomar el lugar de los acreedores hipotecarios que se pagaron con el precio de la subasta ³²⁶.

Se ha ejemplificado esta situación de la siguiente manera: A compra en \$150.000 un bien gravado con tres hipotecas por \$100.000 a favor de B, por \$50.000 a favor de C y por \$100.000 a favor de D. Aplicado el precio al pago de las hipotecas, solo se satisfacen B y C; subsistirá la hipoteca de D, pues el valor del precio no alcanza para pagarla, a menos que se purgue de conformidad al artículo 2428 del Código Civil³²⁷. Ahora bien, A se subroga en los derechos de B y C, pues se extinguieron al pagarse con su precio los créditos caucionados, para el evento de que D le persiga para hacer efectiva la hipoteca que garantiza su crédito impago. La utilidad de la subrogación solo se manifestará cuando la finca sea sacada nuevamente a remate, en cuyo evento deberá ser pagado en los valores que desembolsó en pagarles a B y C y solo si hubiere exceso procederá a pagarse D³²⁸. En otras palabras, esta subrogación le permite, a quien paga hipotecas preferentes, ser

³²⁴ RODRÍGUEZ, óp. cit., 195p.

³²⁵ LEDERMANN, óp. cit.

³²⁶ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 496p.

³²⁷ MEZA, B., R. 2007. Manual de Derecho civil, de las obligaciones. 10ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 192p.

³²⁸ Ibid.

reembolsado en el valor que desembolsó en extinguir dichas hipotecas cuando se saca nuevamente la finca a remate por un acreedor hipotecario posterior³²⁹.

La jurisprudencia ha explicado subrogación del artículo 1610 N° 2 del Código Civil señalando que esta «parte de la base de que se haya perfeccionado una compraventa en subasta pública con motivo de acción ejercitada por un acreedor hipotecario y, con posterioridad, el comprador se vea amenazado por uno o más acreedores hipotecarios de inferior derecho que no fueron citados al remate. Ante la acción de esos acreedores hipotecarios no citados para conservar su propiedad, el que compró el inmueble se ve obligado, compelido, a pagar a esos acreedores. En este caso el artículo 1610 N°2, dispone que se efectúa una subrogación por ministerio de la ley, pasando el dueño del bien raíz a ocupar el lugar del primer acreedor hipotecario a cuya solicitud dicho inmueble se subastó»³³⁰.

Asimismo, se ha fallado que «La subrogación opera contra el deudor y no contra el adquirente del inmueble hipotecado. El que compra un inmueble y paga las hipotecas que pesan sobre él, se subroga en los derechos del acreedor contra el deudor y no contra terceros como sería el adquirente del inmueble»³³¹. Se discrepa de esta opinión pues esta subrogación opera solo a nivel de acreedores hipotecarios y no alcanza al deudor principal,

³²⁹ SERRANO, H., C. 2011. La legitimación para el pago de un tercero. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°37, 2011. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S071868512011000200004&lng=es&nrm=i so> [consulta: 21 julio 2020].

³³⁰ C. Suprema, 29 diciembre 1942. G. 1942, 2° sem., N°27, 123p. (C. 7°, letra d) 128p.). R., t. 42, sec. 1ª, 153p.

³³¹ C. Valdivia, 8 noviembre 1913. G. 1913, 2° sem., N°1.129, 3258p. (C. 8°, 1ª inst., 3259p.).

ya que el adquirente se subroga en la hipoteca extinguida no para hacerla efectiva contra el deudor, sino que contra los acreedores de grado posterior cuyas hipotecas no se han extinguido cuando estos saquen la finca a remate³³². En consecuencia, cuando opera esta subrogación, el adquirente se dirige, no contra el deudor, sino que contra los acreedores hipotecarios ejecutantes para que, con el producto de la subasta, se le pague con preferencia. En ese sentido, otra jurisprudencia ha señalado que el tercero que se subroga «tiene derecho a pagarse íntegramente y con preferencia a dichos acreedores, con el precio de la nueva subasta que se decreta a petición de estos, en el juicio dirigido contra aquel para perseguir la finca hipotecada»³³³.

11.2. DEL ALCANCE DE ESTA SUBROGACIÓN

Se ha discutido si la subrogación del artículo 1610 N°2 del Código Civil le permite al comprador pagarse con preferencia del valor total de los créditos garantidos con las hipotecas en que se subrogó o solo respecto al precio que pagó como precio en la subasta.

La jurisprudencia ha señalado que el comprador «debe pagarse preferentemente de la totalidad del crédito y no solamente hasta concurrencia del valor de la primera adjudicación»³³⁴. En cambio, el profesor Alessandri (Fernando) discrepa de ello, pues

³³² CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 220p.

³³³ C. Suprema, 29 septiembre 1928. G. 1928, 2º sem., N° 46, 267p. (C. 4º, 7º a 12, 282 a 284 pp.). R., t. 26, sec. 1ª, 616p.

³³⁴ Ibid.

entiende que esta subrogación tiene por objetivo solamente que el comprador recupere el precio que invirtió en la adquisición de la finca cuando sea privado de su dominio³³⁵.

Sin perjuicio de los términos amplios del artículo 1612 del Código Civil, se considera que la opinión del profesor Alessandri se aviene de mejor forma con el fundamento de la subrogación en estudio.

Si esta subrogación tiene por objeto resguardar los rangos hipotecarios y que las hipotecas posteriores debieren irse extinguiendo por no ser suficiente garantía de las obligaciones que caucionaban, el valor pagado por el subastador es aquel correspondiente al valor en garantía de la finca hipotecada, razón por la cual, el remanente no pagado nunca fue garantizado por la hipoteca al exceder de su valor de cambio. En ese sentido, en virtud de esta subrogación se busca que el comprador que pierde el inmueble no pierda el dinero que pagó³³⁶ y no más pues, de lo contrario, se podrían propiciar negocios o especulaciones en relación con el alcance del monto subrogado³³⁷; como se refirió en el capítulo anterior, la subrogación no es una especulación, es un pago y el subrogado no puede reclamar sino lo que ha pagado³³⁸. Además, debe tenerse presente que la parte no satisfecha de los créditos de tercera clase pasa a ser un crédito común o valista³³⁹, por lo que no se atisba

³³⁵ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 159p.

³³⁶ MEZA, 2007, óp. cit., 192p.; ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 96p.

³³⁷ BARROS, E., A. 1932, vol. II, óp. cit., 218p.

³³⁸ LEDERMANN, óp. cit.; CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 203p.

³³⁹ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 424p.; ABELIUK, óp. cit., 649p.; C. La Serena, 4 julio 1921. R., t. 25, sec. 1ª, 555p. [Citado por ABARZÚA, C., M. 2017. Transacción y prelación de créditos. Proyecto de actualización del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código

razón alguna para que el saldo insoluto, en caso de subrogación, siga revestido de preferencia hipotecaria, pero no cuando el acreedor primitivo persiga dicho saldo; ello sería asumir que la preferencia del subrogado se extiende más allá del valor de cambio de la finca, lo que contradice la función de garantía hipotecaria, toda vez que esta recae en dicho valor, independientemente del monto del crédito caucionado³⁴⁰.

Por lo demás, el saldo insoluto puede perseguirse por el acreedor primitivo antes de una nueva realización de la finca (es decir, antes de que el comprador pueda oponer la subrogación del artículo 1610 N° 2 del Código Civil) por lo que, si dicho saldo resultare extinguido el comprador en nada podría subrogar. De ello se concluye que el saldo insoluto sigue constituyendo un crédito en manos del acreedor primitivo que podrá perseguirlo como valista.

12. FUNDAMENTACIÓN DE ESTA SUBROGACIÓN

Como se dijo, en el Código Civil los rangos hipotecarios se rigen por el sistema romano o latino por lo que, extinguida la hipoteca de grado preferente, la hipoteca posterior mejora su rango ya que la reemplaza en su puesto.

Sin embargo, la progresión de rangos resulta injusta cuando la hipoteca posterior mejora su rango al extinguirse la preferente por pago del crédito por quien adquirió el bien ya que, ante un nuevo remate, el comprador perderá la finca y el precio pagado. Esto es lo

Civil y sus leyes complementarias. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 214p.]

³⁴⁰ ALESSANDRI, R., A. 1949. La prelación de créditos, explicaciones de clases. Santiago, Editorial Nascimento. 46p. Así también BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 141p.

que evita la subrogación del artículo 1610 N°2 del Código Civil³⁴¹ que le permite al comprador, en caso de un nuevo remate, ocupar el rango de la hipoteca preferente a fin de recuperar el valor que invirtió en pagarle al acreedor preferente, antes de que se paguen los acreedores posteriores ejecutantes³⁴²; es decir, los rangos hipotecarios no mejoran a fin de que el comprador recupere su inversión y solo en caso de existir un remanente, sean pagados los acreedores posteriores, conforme a sus rangos.

Acertadamente la jurisprudencia asevera que «La justicia moral del precepto señalado es ostensible. Merced a él se conservan las hipotecas establecidas en las propiedades que se enajenan, en beneficio de los que las han comprado, a objeto de resguardar el capital que se ha invertido en ellas de los perjuicios que puedan sobrevenir a consecuencia de las posibles evicciones futuras que, por ausencia del amparo legal de dicho N°2, daría margen a que la fortuna de los que ejercitaran las acciones encaminadas a aquel fin prosperara a expensas del respectivo adquirente, sin la concurrencia de ninguna causa que contribuyera a legitimar semejante resultado»³⁴³.

³⁴¹ Ibid.

³⁴² SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 496p.; CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 220p.

³⁴³ C. Suprema, 31 marzo 1936. G. 1936, 1er. sem., N°12, 102p. (C. 9º, 112p.). R., t. 33, sec. 1ª, 245p. (C. 9º, 254p.). Así también C. Suprema, 29 septiembre 1928. G. 1928, 2º sem., N°46, 277p. (C. 8º y 9º, 283p.). R., t. 26, sec. 1ª, 616p.

En dicho contexto, el objetivo fundamental de esta subrogación es proteger al comprador del inmueble hipotecado que ha pagado y posteriormente se ve privado del inmueble; así también lo entiende la doctrina³⁴⁴. El profesor Somarriva asevera que la conveniencia práctica y de equidad de esta subrogación parece inobjetable, pues evita a un acreedor de una hipoteca posterior una ganancia ilegítima (el mejoramiento de rango en perjuicio de terceros) y una pérdida ilegítima para quien compró el inmueble (verse privado del precio y la cosa)³⁴⁵; esta opinión es también compartida por el profesor Barros Errázuriz³⁴⁶. Gracias a esta subrogación el comprador del inmueble recupera el precio de la adquisición que ha invertido en pagar los créditos preferentes en la pública subasta³⁴⁷.

³⁴⁴ ABELIUK, *óp. cit.*, 425p.; ALESSANDRI, R., A., “et. al”, *Tratado de las obligaciones*, vol. 2. *óp. cit.*, 103p.; RODRÍGUEZ, *óp. cit.*, 198p.; BARCIA, L., R., tomo III, *óp. cit.*, 169p.

³⁴⁵ SOMARRIVA, 1943, *óp. cit.*, 496p.

³⁴⁶ BARROS, E., A. 1932, vol. II, *óp. cit.*, 214p.

³⁴⁷ *Ibid.*

13. REQUISITOS DEL ARTÍCULO 1610 N°2 DEL CÓDIGO CIVIL

Además de los requisitos generales para que opere la subrogación referidos en el capítulo anterior, para que se produzca la subrogación contemplada en el artículo 1610 N°2 del Código Civil deben, además, concurrir los siguientes:

13.1. EL TERCERO QUE PAGA DEBE SER COMPRADOR DE LA FINCA HIPOTECADA

Esto significa que el título de adquisición debe ser de compraventa; el adjudicatario debe estar comprando la finca hipotecada, pudiendo dicha compraventa ser voluntaria o forzosa³⁴⁸; como también celebrarse de forma privada o en pública subasta con motivo de un procedimiento ejecutivo³⁴⁹. Conviene precisar que, atendido lo limitativo de la norma, el caso contemplado en el artículo 1610 N°2 del Código Civil no puede extenderse por analogía a otros títulos traslaticios³⁵⁰, salvo al contrato de permutación por aplicársele supletoriamente las reglas de la compraventa³⁵¹.

Se ha sostenido que, dado que el artículo 1610 N° 2 del Código Civil solo exige la calidad de comprador, bastaría con que se haya perfeccionado el contrato de compraventa, aunque no que se haya efectuado la tradición³⁵². En ese sentido, el comprador gozaría de esta subrogación no obstante no ser dueño del bien, razón por la cual, si lo perdiera por causas distintas a la ejecución de un acreedor posterior (por ejemplo, por reivindicación,

³⁴⁸ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 160p.; BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 169p.

³⁴⁹ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 104p.

³⁵⁰ ABELIUK, óp. cit., 425p.

³⁵¹ DIEZ, óp. cit., 224p.

³⁵² CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 221p.

resolución o nulidad), podría recuperar el valor que ha invertido en extinguir las hipotecas preferentes mediante el precio pagado³⁵³. Sin embargo, no se comparte esta interpretación teniendo presente el tenor literal de la norma que dispone esta subrogación, la que exige que el comprador esté obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado, como se explicará enseguida.

13.2. EL COMPRADOR DEBE ESTAR OBLIGADO A PAGAR A LOS ACREEDORES A QUIENES EL INMUEBLE ESTÉ HIPOTECADO

El tenor literal del artículo 1610 N° 2 del Código Civil exige que el comprador esté obligado a pagarle a quienes el inmueble esté hipotecado³⁵⁴. En ese sentido, debe recordarse que el derecho real de hipoteca permite perseguir la finca contra el tercer poseedor de esta, pero la compraventa por sí sola no convierte al comprador en su poseedor³⁵⁵, calidad necesaria para que pueda ser perseguido por un acreedor hipotecario³⁵⁶. En efecto, en tanto el comprador no se convierta en poseedor de la finca, los acreedores hipotecarios no tienen acción alguna en contra de aquél, razón por la cual, este no está obligado a pagarles³⁵⁷. Dicha calidad la adquirirá el comprador cuando se le

³⁵³ SERRANO, H., C. 2011. La legitimación para el pago de un tercero. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°37, 2011.
<https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S071868512011000200004&lng=es&nrm=iso> [consulta: 21 julio 2020].

³⁵⁴ BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 169p.

³⁵⁵ LEDERMANN, óp. cit.

³⁵⁶ Ibid.

³⁵⁷ Ibid.

efectúe la tradición de la finca gravada³⁵⁸ y solo desde que adquiera tal calidad estará obligado al pago de los créditos garantizados con hipoteca, pudiendo, en consecuencia, los titulares de dichas acreencias dirigirse en su contra³⁵⁹.

Se estima que, a pesar de que el N°2 del artículo 1610 del Código Civil solo exige la calidad de comprador, el hecho de que este deba quedar obligado al pago, conforme el tenor literal de la misma norma permite concluir que la calidad de comprador no basta, debiendo, además, reunir la calidad de poseedor de la finca; solo en ese caso podrá ser perseguido por los acreedores hipotecarios posteriores. Por ello, aquel comprador a quien no se le haya transferido el inmueble deberá ejercer las acciones personales que emanan del contrato de compraventa a fin de que el vendedor cumpla su obligación de dejarlo en la posesión tranquila y pacífica de la finca conforme a las reglas generales³⁶⁰.

³⁵⁸ ALESSANDRI, R., A.; SOMARRIVA, U., M.; y VODANOVIC H. A. 2016. Tratado de los Derechos reales, Bienes, vol.1. 7ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 213p.

³⁵⁹ LEDERMANN, óp. cit.

³⁶⁰ Véase ALESSANDRI, R., A. 2003. De la compraventa y de la promesa de venta, tomo I, vol. 2. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 573p y ss.

13.3. EL PAGO DEBE APLICARSE A LA EXTINCIÓN DE LAS HIPOTECAS PREFERENTES.

DISCUSIÓN

A) DE SI EL PRECIO DE LA COMPRAVENTA DEBE APLICARSE AL PAGO DE LAS HIPOTECAS PREFERENTES. POSTURA A FAVOR

Para una primera postura, el precio pagado en la compra debe invertirse en la extinción de las hipotecas que gravaban la finca³⁶¹, es decir, el comprador debe pagar con el precio directamente a los acreedores hipotecarios³⁶² pues es dicha inversión la que le permite invocar esta subrogación en caso de perder el inmueble³⁶³. Sobre el particular, el profesor Alessandri (Fernando) agrega un argumento histórico, al referir que el precepto del artículo 1610 N°2 del Código Civil fue tomado del artículo 1231 del Código Civil francés³⁶⁴ el cual exige que, para dar lugar a esta subrogación, es necesario que el adquirente emplee el precio de la adquisición de la finca en el pago a los acreedores a quienes estaba hipotecada³⁶⁵. Continúa el referido profesor señalando que, si bien el Código Civil chileno no es tan explícito como el codificador francés, resulta insoslayable que reproduce dos ideas propias de la regla francesa: en primer lugar, que esta subrogación

³⁶¹ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 113p.

³⁶² ALESSANDRI, R., A. y SOMARRIVA, U., M. 1942. Curso de Derecho civil, de las obligaciones, vol. III. Santiago, Editorial Nascimento. 340p.

³⁶³ ABELIUK, óp. cit., 426p.; ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 147p.

³⁶⁴ Conviene advertir que la referencia hecha al Código Civil francés, en esta parte, está hecha a su antigua redacción, pues en virtud de la ordenanza N°2016-131, de 10 de febrero de 2016, que «Reforma el derecho contractual, el régimen general y la prueba de obligaciones», el pago por subrogación actualmente está tratado entre los artículos 1346 a 1346-5, sin que se conserve el texto que previamente contenía el pretérito artículo 1251, ni en el artículo 1231, como señala el tipeo del texto citado.

³⁶⁵ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 159p.

opera a favor de quien ha comprado un inmueble y, en segundo lugar, que esa persona esté obligada a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado. De lo anterior, concluye el profesor Alessandri (Fernando), es claro que la segunda de las ideas inmanentes del artículo 1610 N° 2 del Código Civil debe entenderse en el sentido de que el comprador debe proceder a un pago real y efectivo de las hipotecas que gravaban la finca comprada; es por ello por lo que la regla habla expresamente del comprador del inmueble y no de su dueño³⁶⁶.

Concluye el profesor Alessandri (Arturo) que, si el precio no se invierte en pagar a los acreedores hipotecarios, no habrá lugar para la subrogación en los términos del artículo 1610 N° 2 del Código Civil³⁶⁷.

³⁶⁶ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 160p.

³⁶⁷ ALESSANDRI, R., A. 1988. Teoría de las obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur. 391p.

B) DE SI EL PRECIO DE LA COMPRAVENTA DEBE APLICARSE AL PAGO DE LAS HIPOTECAS PREFERENTES. POSTURA EN CONTRA

A lo anterior se ha contestado aduciendo que si el Código Civil hubiera pretendido que el precio fuera invertido en el pago al acreedor hipotecario, lo hubiera señalado expresamente³⁶⁸. Así lo hacía, entre otros, el Código Civil francés, por lo que, el codificador nacional, apartándose de esa forma de reglamentación, solo exige que, para que opere subrogación, el pago se haga por el comprador a los acreedores hipotecarios, resultando indiferente que dicho pago se efectúe con el precio o con otros dineros³⁶⁹.

Asimismo, existe jurisprudencia que sostiene que «No obsta a la subrogación del N°2 la circunstancia de que el crédito del primer acreedor hipotecario fuera pagado con el precio del remate de la finca hipotecada: los Nos 2° y 5° no distinguen si la cancelación se efectuó con ese precio o con otros fondos; basta que el pago efectuado por el tercero haya liberado al deudor de la deuda hipotecaria, a favor del acreedor, para que se efectúe de pleno derecho la subrogación»³⁷⁰. Incluso se ha fallado que «Para que proceda el caso del N°2 del artículo 1610 se requiere que el comprador sea obligado a pagar la deuda con fondos propios, distintos del precio de venta»³⁷¹.

³⁶⁸ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 219p.

³⁶⁹ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 105p.; MEZA, 2007, óp. cit., 192p.

³⁷⁰ C. Talca, 22 junio 1917. G. 1919, 2° sem., N°64, 359p. (C. 8°, 1ª inst., 361p.). R., t. 17, sec. 1ª, 542p. (C. 8°, 1ª inst., 544p.).

³⁷¹ C. Talca, 24 agosto 1904. G. 1904, t. II, N° 1.188, 158p. (C. 5°, p. 160). R., t. 3, sec. 2ª, 22p. (C. 5°, 25p.)

Se estima que esta postura es la que más se aviene con el espíritu de justicia subyacente a la subrogación consagrada en el artículo 1610 N°2 del Código Civil, por cuanto, independiente del origen de los dineros con los cuales se extinguen las hipotecas preferentes, por un lado, la falta de subrogación haría que los acreedores hipotecarios posteriores vieran mejorados sus rangos sin haber hecho nada para ello y, por otro, el adquirente conservaría su carácter de tercero interesado en el pago y, por tanto, no se entendería por qué, por el hecho de pagar las hipotecas preferentes con dineros distintos a los del precio, perdería la protección que el legislador ha ofrecido para estos casos. En similar sentido, el profesor Claro Solar agrega que esta subrogación cobra aún más sentido para el caso en que el comprador haya extinguido las hipotecas con dineros distintos al precio de la compraventa pues, en ese caso, no solo ha desembolsado dicho precio, sino que lo ha aumentado³⁷².

Por último, respecto al alcance de la expresión de estar el comprador «obligado al pago» es menester referir que se está en desacuerdo con la opinión del profesor Alessandri (Fernando); se estima que ello no puede entenderse como que el precio se debe invertir en el pago a los acreedores preferentes, sino que en el sentido de que el comprador debe encontrarse en posición de ser compelido al pago por acreedores posteriores como se ha referido³⁷³.

³⁷² CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 219p.

³⁷³ LEDERMANN, óp. cit.

13.4. NECESIDAD DE CONSTANCIA REGISTRAL PARA QUE OPERE LA SUBROGACIÓN.

DISCUSIÓN

Adjudicada la finca normalmente se cancelarán las inscripciones hipotecarias que pesaban sobre ella por lo que se podría pensar que, al no existir inscripción vigente, no se podría alegar la vigencia de las hipotecas a efectos de beneficiarse de la subrogación establecida en el artículo 1610 N°2 del Código Civil³⁷⁴. Sin embargo, se ha fallado que «No es atendible la alegación de que, cancelada la inscripción hipotecaria a favor del acreedor al cual se ha subrogado el comprador (caso del N°2 del art. 1610) que ahora deduce tercería de prelación contra acreedores hipotecarios de grado posterior (respecto de quienes no se cumplieron las formalidades del art. 2428), no es procedente la preferencia alegada por el comprador como subrogado»³⁷⁵. En efecto, el hecho de la cancelación registral de las hipotecas no es óbice para que proceda la subrogación en estudio³⁷⁶ y dicha cancelación será lo más usual, pues el comprador la solicitará rápidamente en cuanto haya pagado³⁷⁷ ya que, de esa forma, el bien dejará de soportar gravámenes inexistentes que afectan su valor. Por lo demás, la exigencia de inscripción haría impracticable la procedencia de esta subrogación³⁷⁸.

³⁷⁴ ALESSANDRI, R., A. 1924. Del traspaso del derecho de hipoteca en el pago con subrogación. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Número 1º, tomo XXI.; Casación, 28 de septiembre de 1921. Rev., t. 21, 2ª parte, sec. 1ª, pág. 146. [Citado por SOMARRIVA, U., M. 1939., óp., cit., 71p.]. En ese sentido, RODRÍGUEZ, óp. cit., 196p.

³⁷⁵ C. Talca, 22 junio 1917. G. 1919, 2º sem., N°64, 359p. R., t. 17, sec. 1ª, 542p.

³⁷⁶ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 253p.

³⁷⁷ Ibid.

³⁷⁸ ALESSANDRI, R., A. 1924. Del traspaso del derecho de hipoteca en el pago con subrogación. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Número 1º, tomo XXI.

Conviene recordar que ni el artículo 1610 N°2 ni el artículo 1612, ambos del Código Civil, exigen que la inscripción hipotecaria esté vigente para que la subrogación proceda y despliegue sus efectos, razón por la cual, dicha exigencia desnaturaliza el texto legal y su espíritu, introduciendo requisitos no creados por el legislador³⁷⁹, violando en definitiva los artículos referidos³⁸⁰.

Con todo, aconseja el profesor Alessandri (Fernando), hacer que el Conservador de Bienes Raíces respectivo tome nota de la cesión o de la subrogación por medio de una subinscripción marginal con el objeto de evitar que el acreedor primitivo pueda cancelar la inscripción hipotecaria³⁸¹.

14. SI EL ACREEDOR HIPOTECARIO SE ADJUDICA LA FINCA A FALTA DE POSTURAS ADMISIBLES A LA PÚBLICA SUBASTA, ¿OPERA LA SUBROGACIÓN?

En atención a lo dispuesto en los artículos 2424 y 2397, ambos del Código Civil, si el acreedor ejerce su acción hipotecaria y en la pública subasta no hay posturas admisibles se puede adjudicar la finca por dos tercios de la tasación.

A partir de ello se ha discutido si este acto de adjudicación hace que se extingan las demás hipotecas constituidas en la finca, lo cual es relevante para determinar si podría haber aplicación de la subrogación del artículo 1610 N°2 del Código Civil³⁸².

³⁷⁹ Ibid.

³⁸⁰ CLARO, S., H. 1911. Un caso de pago con subrogación. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. N°1, tomo VIII.

³⁸¹ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 182p. En similar sentido RODRÍGUEZ, óp. cit., 196p.

³⁸² MERY, óp. cit., 418p.

14.1 PROCEDENCIA DE LA PURGA DE LAS HIPOTECAS ANTE LA ADJUDICACIÓN DEL
ACREEDOR HIPOTECARIO A FALTA DE POSTURAS ADMISIBLES

A. Postura en contra de la purga de la hipoteca

La jurisprudencia ha distinguido claramente entre pública subasta y el acto de adjudicación, señalando que «no solo el sentido natural y obvio de las palabras pública subasta y adjudicación al acreedor, conforme al uso general de las mismas palabras, manifiesta que ellas son distintas y no sinónimas, sino que ante el lenguaje jurídico son igualmente diversas, ya que el derecho del acreedor para que se adjudiquen los bienes embargados nace del hecho de que la pública subasta no se haya realizado por falta de postores»³⁸³. Así, la Corte Suprema ha sostenido que «La adjudicación de los bienes embargados que se hace al ejecutante a falta de posturas admisibles, realizada sin citación de los acreedores, no produce la cancelación de las hipotecas, aunque se les haya citado a la subasta»³⁸⁴.

En efecto, la adjudicación en pública subasta a que se refiere el artículo 2428 del Código Civil es una actuación judicial diferente, en su esencia, de la simple adjudicación, pues esta no exige pública subasta, requisito indispensable para que se produzca la purga de la hipoteca³⁸⁵. A continuación, se precisa que la adjudicación del bien embargado es efectuada por el juez de la causa interviniendo solo la petición del acreedor, sin publicidad

³⁸³ C. Suprema, 27 diciembre 1929, R., t. 17, sec. 1ª, 319p. Así también C. Suprema, 20 de junio 1922, R., t. 21, sec. 1ª, 737p.

³⁸⁴ C. Suprema, 27 diciembre 1918. R., t. 16 sec. 1ª, 319p. [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 101p.]

³⁸⁵ C. Suprema, 31 agosto 1992. G. J. N°146, sent. 7ª, 38p. (C. 15, 16 y 17). R., t. 89, sec. 1ª, 136p.

y por un valor determinado: los dos tercios de la tasación del bien embargado. En cambio, en la pública subasta el bien pasa a manos de otro, postulando a ella no solo el acreedor, sino que cualquier otro interesado y el precio a pagar no está determinado de antemano, sino que será aquel que ofrezca el mejor postor³⁸⁶.

A la luz de lo anterior, para esta jurisprudencia, la adjudicación al acreedor no permite la purga de las hipotecas posteriores a las del ejecutante, aun cuando se cumplan los demás requisitos del artículo 2428 del Código Civil, toda vez que dicho acto conceptualmente no constituye una compraventa realizada en pública subasta, tal y como mandata el artículo ya referido³⁸⁷. En palabras del profesor Somarriva, esta postura parte del supuesto de que el artículo 2428 del Código Civil se refiere al caso en que se adquiere la finca hipotecada en pública subasta, siendo ello un acto del todo distinto a la adjudicación en pago, por lo que no es posible que se extingan las hipotecas posteriores en virtud de dicho artículo³⁸⁸. En ese sentido, las hipotecas se mantienen, razón por la cual, es factible plantear el escenario en que opera la subrogación del artículo 1610 N°2 del Código Civil.

Con todo, la Corte Suprema también ha afirmado la tesis contraria³⁸⁹, como se comentará enseguida.

³⁸⁶ Ibid.

³⁸⁷ DIEZ, óp. cit., 206p.

³⁸⁸ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 487p.

³⁸⁹ C. Suprema, 31 marzo 1936. G. 1936, 1er. sem., N°12, 102p. R., t. 33, sec. 1ª, 245p.

B. Postura a favor de la purga de la hipoteca

Una postura contraria sustenta cierta doctrina, la cual, reconociendo que los fallos referidos, si bien se ajustan al texto de la ley, no están conformes con su espíritu³⁹⁰. En ese sentido, el profesor Somarriva señala que la purga de las hipotecas se produce porque el precio del inmueble no alcanzó para satisfacer a todos los acreedores hipotecarios, es decir, porque los de grado preferente agotaron la garantía que significaba el inmueble, lo cual puede ocurrir tanto si el inmueble se adjudica al acreedor a falta de postores, como si se adquiere en pública subasta³⁹¹. Es decir, si la función de purga de la hipoteca es eliminar hipotecas que no son suficiente garantía, resulta indiferente determinar cómo se extinguieron las hipotecas preferentes.

Agrega el profesor Somarriva que si el acreedor recurre al expediente de la adjudicación en pago es porque no ha habido interesados por el mínimo; luego el real valor de cambio del inmueble es el de adjudicación y si con él no se alcanzan a pagar todos los acreedores hipotecarios, las hipotecas de estos últimos deben extinguirse porque nunca fueron garantía suficiente³⁹².

Dicho lo anterior, el profesor Alessandri (Fernando) explica que, dado que adjudicación y venta en pública subasta son equivalentes para las finalidades de la purga de la hipoteca, en la adjudicación la obligación de pagar el precio se compensa con el

³⁹⁰ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 488p.

³⁹¹ Ibid.

³⁹² Ibid.

crédito del acreedor hipotecario ejecutante y si el valor de la adjudicación fuera superior al crédito de dicho acreedor, este debe consignar el exceso³⁹³.

En general la doctrina tiende a aceptar las argumentaciones del profesor Somarriva y las explicaciones del profesor Alessandri (Fernando), pues resulta ser la solución que más se compadece con los principios que informan el sistema hipotecario nacional³⁹⁴ y porque la opinión literal de la jurisprudencia no se ajusta al espíritu de la ley ya que si el valor de cambio real del bien es aquel por el cual se ha adjudicado, las hipotecas posteriores debieran extinguirse por no ser suficiente garantía³⁹⁵.

A la luz de lo anterior, solo queda añadir que la hipoteca, como derecho real de garantía, recae en el valor de cambio de la finca y si sacada a remate en pública subasta, a esta no se presentan postores, significa que los acreedores posteriores sobreestimaron el verdadero valor de cambio de la finca y, por tanto, sus hipotecas debieren extinguirse.

Con todo, lo dicho solo es válido para la adjudicación que se efectúa a falta de posturas admisibles en la pública subasta, como facultad subsidiaria del acreedor. Por ello, los demás actos de adjudicación no purgan hipoteca alguna, lo cual se extiende también al pacto comisorio *ex intervallo* y al pacto marciano³⁹⁶, en caso de ser aceptados³⁹⁷.

³⁹³ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 156p.

³⁹⁴ MERY, óp. cit., 424p.; ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 156p.

³⁹⁵ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 488p.

³⁹⁶ WESTERMEIER, óp. cit. 261p.

³⁹⁷ WEGMANN, S., A. 2009. Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano. [en línea]. Revista Chilena de Derecho Privado, N°13, dic. 2009. <<http://www.rchdp.cl/index.php/rchdp/article/view/256>> [consulta: 15 agosto 2020].; LECAROS, óp. cit., 355p. Véase también CAPRILE B., B. 2008. La reforma al Derecho de las cauciones en Francia:

Si la adjudicación purga las hipotecas posteriores, en la forma en que se ha venido exponiendo, no tendrá aplicación la subrogación del artículo 1610 N°2 del Código Civil, toda vez que dichos acreedores no reunirán la calidad de «acreedores hipotecarios», tal como exige dicha norma.

C. Efectos de la purga de la hipoteca en caso de adjudicación por parte del acreedor ejecutante a falta de posturas admisibles

Aceptada la postura que sostiene que la adjudicación al acreedor ejecutante por falta de posturas admisibles purga las hipotecas, la doctrina distingue si existen hipotecas preferentes y posteriores a las del ejecutante.

Siguiendo al profesor Alessandri (Fernando), si el adjudicatario es el acreedor hipotecario de grado preferente, se extinguen las posteriores. En efecto, las hipotecas posteriores deben purgarse porque el precio de la finca (que se compensa con el valor de la adjudicación) no alcanza a satisfacer a los acreedores posteriores³⁹⁸.

Sin embargo, surge el problema de determinar si dicha extinción también ocurre cuando el adjudicatario es un acreedor hipotecario de grado posterior. Sobre el particular, el profesor Alessandri (Fernando) estima que no se pueden extinguir las hipotecas preferentes a la del ejecutante, pues si se extinguiesen no se respetarían los rangos hipotecarios, lo que resulta contrario al espíritu del artículo 2428 del Código Civil, que

Perspectivas para un devenir en Chile. EN: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil III, Santiago, Thomson Reuters. 546p.

³⁹⁸ MERY, óp. cit., 424p.

dispone que la finca hipotecada es reemplazada por el precio del remate para el ejercicio de los derechos de los acreedores hipotecarios³⁹⁹. Por tanto, si la adjudicación se hace a un acreedor de rango posterior, no se extinguen las hipotecas de los acreedores de grado preferente a la del ejecutante, pero sí las inferiores⁴⁰⁰.

Así también lo ha entendido la jurisprudencia al sostener que «El procedimiento que elimina el derecho de persecución y extingue las hipotecas consultado en los incisos 2º y 3º del artículo 2428 del Código Civil no se aplica en el caso en que el subastador no es un tercero sino el segundo acreedor hipotecario que actúa como parte en la ejecución. En este caso subsiste, pues, la hipoteca a favor del primer acreedor hipotecario y no procede ordenar su cancelación»⁴⁰¹.

14.2. PROCEDENCIA DE LA SUBROGACIÓN ANTE LA ADJUDICACIÓN POR EL ACREEDOR PREFERENTE A FALTA DE POSTURAS ADMISIBLES

Si frente a la adjudicación de la finca por un acreedor hipotecario preferente no se purgaren las hipotecas posteriores por no concurrir otro de los requisitos del artículo 2428 del Código Civil, los demás acreedores hipotecarios podrán accionar en su contra para obtener el pago de sus créditos, y, en consecuencia, ¿el acreedor adjudicatario se subroga en algún derecho?

³⁹⁹ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 156p.

⁴⁰⁰ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 487p.; LECAROS, óp. cit., 420p.

⁴⁰¹ C. Suprema, 20 abril 1929. R., t. 27, sec. 1ª, 262p.

Según algunos, existiría subrogación pues el adjudicatario reúne las calidades de acreedor y adjudicatario, y, para estos efectos, la adjudicación hace las veces de compraventa⁴⁰².

Contrariamente, se ha sostenido que no habría subrogación, ya que, en primer lugar, en el pago con subrogación hay tres personas: acreedor, deudor y tercero que paga, mientras que en la adjudicación solo hay dos: acreedor y deudor; en segundo lugar, que el pago con subrogación, como su nombre lo indica, supone la existencia de un pago, lo que no ocurre en la adjudicación; y, finalmente, que el artículo 1610 N°2 del Código Civil establece que la subrogación opera en favor del que compra el inmueble, no en favor de quien se adjudica el inmueble⁴⁰³.

Como réplica a la anterior postura, el profesor Somarriva señala que en esta adjudicación sí existen tres las personas, solo que en el acreedor hipotecario se confunden dos de ellas: la de acreedor hipotecario y la del tercero que paga; también que hay pago y prueba de ello, es que el juez, en representación del deudor, da por extinguida la deuda mediante la adjudicación⁴⁰⁴. También sostiene que el artículo 1610 N°2 del Código Civil habla solo de comprador sin distinguir si este es un tercero o un acreedor⁴⁰⁵, contrariando

⁴⁰² ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 160p.

⁴⁰³ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 497p. Véase también BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 206p.

⁴⁰⁴ LECAROS, óp. cit., 429p.

⁴⁰⁵ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 497p.

la equidad el que la subrogación operase a favor de un tercero extraño y no del acreedor hipotecario adjudicatario⁴⁰⁶.

Además, negarle al acreedor adjudicatario el derecho a la subrogación equivaldría a consumir la injusticia de que los acreedores hipotecarios de grado posterior mejoraran su rango por la sola circunstancia de no haberse purgado su hipoteca, pagándose (en un nuevo procedimiento de ejecución) con preferencia incluso del acreedor hipotecario preferente que se adjudicó la propiedad. En definitiva, se le atribuiría a la falta de uno o más requisitos del artículo 2428 del Código Civil el efecto de alterar los rangos hipotecarios, lo que resulta contrario al espíritu de la ley⁴⁰⁷. En otros términos, negar la subrogación al acreedor adjudicatario del inmueble, conllevaría a un enriquecimiento injustificado en beneficio de los acreedores de grado posterior, los cuales mejorarían su rango con evidente perjuicio del acreedor preferente que se adjudicó la finca⁴⁰⁸.

Por los argumentos referidos, se estima que debe operar la subrogación a favor del adjudicatario a falta de posturas admisibles en la pública subasta⁴⁰⁹. En efecto, si no hubiese subrogación a favor del adjudicatario, no habría incentivo para que un acreedor de grado preferente utilizara el derecho a adjudicarse la finca a falta de posturas admisibles pues se vería expuesto a perder la finca a favor de acreedores hipotecarios de grado

⁴⁰⁶ MERY, óp. cit., 426p. Véase BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 206p.

⁴⁰⁷ LEDERMANN, óp. cit.

⁴⁰⁸ Ibid.

⁴⁰⁹ Corte Suprema, en sentencia de 31 de mayo de 1936. Rev., t. 33, 2ª parte, sec.1ª, pág. 245, que casó y con razón la sentencia dictada por la Corte de Valparaíso en 7 de enero de 1933. Rev., t. 32, 2ª parte, sec.2ª, pág. 70. [Citado por SOMARRIVA, U., M. 1939., óp. cit., 67p.]

posterior cuyas hipotecas no se hubieren purgado. En ese sentido, si se admite la subrogación cuando el adquirente es un tercero y se la niega cuando es el propio acreedor, ello equivaldría a admitir que la ley, sin mayor fundamento, favorece al tercero adquirente y no a los acreedores hipotecarios en caso de que llegue alguno de ellos a adjudicarse en pago la finca gravada⁴¹⁰.

14.3. FUNCIONAMIENTO DE LA SUBROGACIÓN EN CASO DE ADJUDICACIÓN DEL ACREEDOR HIPOTECARIO A FALTA DE POSTURAS ADMISIBLES EN LA PÚBLICA SUBASTA

La subrogación en comento permite al adjudicatario que, cuando los acreedores hipotecarios de grado posterior saquen a remate la finca, el producto de esta subasta se reparta de la siguiente forma: en primer lugar, se pagará al acreedor de grado preferente adjudicatario en el valor de la finca que se adjudicó y, si hubiere excedente, se pagarán los acreedores hipotecarios posteriores en el orden de sus preferencias hipotecarias⁴¹¹. Así lo ha entendido la Corte Suprema⁴¹².

El caso de adjudicación de la finca por un acreedor hipotecario posterior es rechazado por la doctrina cuando no se han pagado los créditos garantidos con las hipotecas preferentes. En efecto, para que haya adjudicación en pago se requiere que el crédito del acreedor ejecutante se extinga, aunque sea en parte, lo cual no ocurrirá si

⁴¹⁰ LEDERMANN, óp. cit.

⁴¹¹ WESTERMEIER, óp. cit. 396p.

⁴¹² C. Suprema, 31 marzo 1936. G. 1936, 1er. sem., N°12, 102p. R., t. 33, sec. 1ª, 245p.

existen hipotecas preferentes, pues estas se mantendrán⁴¹³. Por ello, un acreedor posterior solo podrá pedir la adjudicación de la finca en pago de su crédito cuando el precio de la adjudicación exceda al valor de los créditos hipotecarios preferentes; por el contrario, si el precio de la adjudicación es inferior al monto de las hipotecas preferentes, dicho precio debería aplicarse íntegramente al pago de esas hipotecas, por lo que el crédito del ejecutante no se pagaría y no podría adjudicarse el bien⁴¹⁴.

En ese sentido, se ha fallado que «si el ejecutante, acreedor hipotecario posterior, por falta de postores se adjudica la finca por los dos tercios de la tasación, no puede pretender que la hipoteca del acreedor superior se cancele con el valor de la adjudicación, aunque este acreedor haya expresado su voluntad de ser pagado con el precio del remate»⁴¹⁵.

⁴¹³ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 157p.

⁴¹⁴ ESPINOZA, F., R. 1949. Manual de Procedimiento Civil (El juicio ejecutivo). 11ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 177p.; WESTERMEIER, óp. cit. 396p.

⁴¹⁵ C. Suprema, 20 junio 1922. R., t. 21, sec. 1ª, 739p.

15. LA SUBROGACIÓN DEL ARTÍCULO 1610 N°2 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA TITULARIDAD DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA SOBRE BIENES PROPIOS

15.1. EL PRESUPUESTO DE LA AJENIDAD DE LA COSA HIPOTECADA EN LA OPERATIVIDAD DE LA HIPOTECA COMO CAUCIÓN Y DERECHO REAL

La hipoteca como derecho real mejora la posición del acreedor con miras a obtener el pago de su crédito pues, como caución real, refuerza los mecanismos generales de tutela del crédito, concretizando la responsabilidad sobre un bien determinado⁴¹⁶.

Ahora bien, para que la hipoteca tenga operatividad como derecho real se debe partir del supuesto de que la cosa hipotecada no se encuentra en el patrimonio del acreedor. En efecto, la hipoteca mejora la posición del acreedor al poder exigir a la justicia que se desposea al deudor de la cosa gravada para que esta sea vendida y así pagar el crédito con el precio de la venta⁴¹⁷ por lo que, si el bien hipotecado ya se encuentra en el patrimonio del acreedor, nada obtendrá, pues el bien ya es de su propiedad. Por ello, los derechos reales de garantía, como la hipoteca, necesitan afectar un bien del patrimonio del deudor o de un tercero⁴¹⁸.

⁴¹⁶ FIGUEROA, Y., G. 2021. El patrimonio. 4ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 137p.; LECAROS, óp. cit., 7p.; BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 191p.

⁴¹⁷ ALESSANDRI, R., A.; SOMARRIVA, U., M.; y VODANOVIC H. A. 2016. Tratado de los Derechos reales, Bienes, vol.2. 7ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 83p.

⁴¹⁸ MERY, óp. cit., 11p.

Asimismo, se debe tener presente que los derechos reales distintos al dominio — como el de hipoteca—, según la concepción clásica analítica de la propiedad⁴¹⁹ seguida por el Código Civil⁴²⁰, son desmembraciones del dominio⁴²¹, siendo, además, derechos reales limitados⁴²² y dependientes⁴²³. En efecto, los derechos reales implican un poder o señorío sobre una cosa, el cual, cuando es completo y total será el derecho real máximo, el dominio⁴²⁴; pero cuando es parcial e incompleto, se estará en presencia de otros derechos reales, tales como el usufructo, prenda y la hipoteca⁴²⁵.

En relación a lo anterior, el dominio presenta un carácter de elasticidad, que le permite ampliarse y reducirse por la concurrencia de otros derechos⁴²⁶, razón por la cual, cuando la hipoteca es adquirida por el propietario de la finca gravada, el derecho real de dominio se amplía retomando su mayor plenitud, extinguiéndose, en consecuencia, el derecho de hipoteca por consolidación del dominio en manos del acreedor⁴²⁷.

⁴¹⁹ PEÑAILILLO, A., D. 2007, óp. cit., 42p.

⁴²⁰ ALESSANDRI, R., A.; SOMARRIVA, U., M.; y VODANOVIC H. A. 2016. Tratado de los Derechos reales, Bienes, vol.2. 7ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 84p.

⁴²¹ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de los Derechos reales, vol. 2. óp. cit., 83p.

⁴²² ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de los Derechos reales, vol. 2. óp. cit., 79p.

⁴²³ ALESSANDRI, R., A.; SOMARRIVA, U., M.; y VODANOVIC H. A. 2016. Tratado de los Derechos reales, Bienes, vol.1. 7ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 40p.

⁴²⁴ LECAROS, óp. cit., 312p.

⁴²⁵ PEÑAILILLO, A., D. 2007, óp. cit., 20p.

⁴²⁶ ALESSANDRI, R., A.; SOMARRIVA, U., M.; y VODANOVIC H. A. 2016. Tratado de los Derechos reales, Bienes, vol.1. 7ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 42p.

⁴²⁷ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 481p.

La doctrina está conteste en que extingue el derecho real de hipoteca la reunión en una misma persona de las calidades de acreedor hipotecario y dueño de la cosa hipotecada⁴²⁸, por lo que no concibe la existencia de una hipoteca sobre cosa propia⁴²⁹. La jurisprudencia también está conteste en la extinción del derecho real de hipoteca por consolidación en manos del dueño de la finca, sosteniendo que el artículo 2406 del Código Civil establece que la prenda se extingue por el hecho de pasar la propiedad de la cosa empeñada al acreedor por cualquier título y, siendo la hipoteca un derecho de prenda constituido sobre inmuebles, es evidente que la hipoteca se extingue por la confusión de las calidades de propietario de la finca hipotecada y de acreedor hipotecario⁴³⁰.

Conviene destacar que, si bien la hipoteca sobre bien propio es extraña a la tradición jurídica nacional⁴³¹, ello no obsta a que sea conceptualmente factible en otros ordenamientos⁴³², particularmente el alemán, en donde se conocen figuras de «hipoteca de propietario»⁴³³.

En conclusión, en el Derecho nacional no es admisible una hipoteca sobre bien propio, razón por la cual, si el dominio de la finca pasa a manos del titular del derecho real de hipoteca, este último debe extinguirse⁴³⁴.

⁴²⁸ BARROS, E., A. 1932, vol. III, óp. cit., 419p.

⁴²⁹ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 108p.; BARROS, E., A. 1932, vol. III, óp. cit., 421p.

⁴³⁰ C. Suprema, 25 abril 1989. R., t. 86, sec. 1ª, 53p. (C. 7º, 57p.). [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 139p.]

⁴³¹ DIEZ, G., H., óp. cit., 102p.

⁴³² DIEZ, G., H., óp. cit., 139p.

⁴³³ HEDEMANN, 2020, óp. cit., 329p.

⁴³⁴ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 481p.; MERY, óp. cit., 411p. En Derecho comparado SÁNCHEZ-PALACIOS P., M. 2007. El título de crédito hipotecario negociable [en línea] Revista Oficial Del Poder

15.2. SUBROGACIÓN DEL ARTÍCULO 1610 N°2 DEL CÓDIGO CIVIL COMO FORMA DE HIPOTECA SOBRE BIEN PROPIO

Si bien es cierto que en el Derecho chileno la consolidación del dominio en manos del acreedor hipotecario extingue el derecho de hipoteca⁴³⁵, no es menos cierto que la subrogación establecida en el artículo 1610 N°2 del Código Civil es una importante excepción⁴³⁶. En efecto, para alcanzar los beneficios que genera esta subrogación, los que descansan en la equidad natural⁴³⁷, el legislador ha debido romper el principio general de que la hipoteca se extingue por la consolidación del dominio⁴³⁸. Así también lo entiende la jurisprudencia⁴³⁹.

Sobre el particular, si bien el caso de esta subrogación es anormal al configurar hipoteca sobre un bien propio, no es menos cierto que el adquirente no pasa a ser un acreedor hipotecario ordinario ni tiene interés en serlo mientras el inmueble pertenece en su poder⁴⁴⁰; la calidad de acreedor hipotecario mediante esta subrogación cobra interés y ofrece utilidad cuando el adquirente es desposeído del inmueble ya que es entonces

Judicial del Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República Del Perú, N°1, 2007. 47-66pp. <<https://doi.org/10.35292/ropj.v1i1.92>> [consulta: 01 de marzo 2021].

⁴³⁵ BARROS, E., A. 1932, vol. III, óp. cit., 419p.; LECAROS, óp. cit., 403p.

⁴³⁶ MERY, óp. cit., 411p.; BARROS, E., A. 1932, vol. III, óp. cit., 421p.; CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 220p.; CORRAL, T., H. 2020. Hipoteca sobre bien propio del acreedor. El pago con subrogación del art. 1610 N°2 del Código Civil y el principio *nemini res sua pignori esse potest*. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil XV, Santiago, Thomson Reuters. 277p.

⁴³⁷ ABELIUK, óp. cit., 427p.

⁴³⁸ LEDERMANN, óp. cit.

⁴³⁹ C. Suprema, 31 marzo 1936. G. 1936, 1er. sem., N.º 12, 102p. R., t. 33, sec. 1ª, 245p.

⁴⁴⁰ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 220p.

cuando las hipotecas que estaban en estado latente se «actualizan»⁴⁴¹; el adquirente, invocando los créditos hipotecarios en que se subrogó, se paga del valor que invirtió en extinguirlos en el orden de las respectivas preferencias con el producto que se obtenga en el remate de la finca⁴⁴²; en otros términos, esta subrogación mantiene en estado latente los gravámenes hipotecarios, los cuales despliegan sus efectos desde el momento en que otros acreedores pretendan hacer efectiva sus hipotecas sobre el inmueble⁴⁴³. Así también se ha fallado⁴⁴⁴.

Ahora bien, tratando de encuadrar la subrogación en comentario en los principios generales del sistema hipotecario nacional, la hipoteca en estado latente solo presta su utilidad al comprador cuando la finca ya no está en su poder, razón por la cual, no puede decirse que recae sobre algo de su propiedad, toda vez que opera cuando el comprador ha sido privado del inmueble⁴⁴⁵. Así, esta subrogación no está pensada para generar una situación inalterable en el tiempo sino únicamente para que el adquirente pueda gozar del carácter real de la garantía en el caso de que pierda la posesión de la finca⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ RAMOS, óp. cit., 383p.: CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 220p.

⁴⁴² ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit.,103p.

⁴⁴³ MERY, óp. cit., 411p.; CORRAL, T., H. 2020. Hipoteca sobre bien propio del acreedor. El pago con subrogación del art. 1610 N°2 del Código Civil y el principio *nemini res sua pignori esse potest*. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil XV, Santiago, Thomson Reuters. 277p.

⁴⁴⁴ C. Suprema, 26 octubre 1931. G. 1931, 2º sem., N.º 37, 199p. (C. 10, 207 p.). R., t. 29, sec. 1ª, 453p.

⁴⁴⁵ LEDERMANN, óp. cit.

⁴⁴⁶ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 218p.

En el Derecho comparado el fenómeno subrogatorio que en Chile se produce por el artículo 1610 N°2 del Código Civil, se ha explicado, por ejemplo, a través de la figura de derecho de rescate, en cuya virtud el crédito pagado al primitivo acreedor «resucita» gracias a la supervivencia de la calidad de acreedor hipotecario —no obstante la extinción del crédito garantizado— en el adquirente de la finca, sin que la consolidación de la hipoteca en propiedad provoque la extinción de aquella⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷AZOFRA, F., V. 2015. La hipoteca flotante. Tesis doctoral. Madrid, España. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho. 25p.

V

SUBROGACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1610 N°1 Y 2429 DEL CÓDIGO CIVIL

16. SUBROGACIÓN DEL ARTÍCULO 1610 N°1 DEL CÓDIGO CIVIL

16.1. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

El artículo 1610 N°1 del Código Civil señala: «Se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los casos señalados por las leyes, y especialmente a beneficio, 1° Del acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca (...)».

Esta subrogación opera de pleno derecho⁴⁴⁸, requiriendo que haya dos o más acreedores de un mismo deudor⁴⁴⁹ y que uno de estos le pague a otro de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca⁴⁵⁰. Atendido al carácter legal de esta subrogación opera aun contra la voluntad del acreedor⁴⁵¹.

Como se aprecia, la subrogación del artículo 1610 N°1 del Código Civil exige que el tercero que paga tenga una cualificación especial⁴⁵², esto es, que sea otro acreedor del mismo deudor y no cualquier tercero extraño⁴⁵³, ya que busca proteger a los acreedores

⁴⁴⁸ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 211p.

⁴⁴⁹ BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 168p.

⁴⁵⁰ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit.,99p.

⁴⁵¹ ALESSANDRI, R., A. 1988. Teoría de las obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur. 390p.

⁴⁵² RAMOS, óp. cit., 379p.

⁴⁵³ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 99p.

de grado posterior⁴⁵⁴. En ese sentido, debe pagársele a un acreedor preferente y su preferencia debe ser mayor a la que tiene quien paga, por lo que operará siempre a favor del acreedor valista, quien no tiene preferencia alguna, y paga cualquier crédito que goce de ella⁴⁵⁵. Asimismo, tendrá lugar esta subrogación cuando un acreedor hipotecario le paga a otro de grado preferente⁴⁵⁶.

De lo anterior se colige que en caso de que un acreedor preferente le pague a otro de grado inferior o entre dos acreedores valistas, no existe subrogación por el N°1 del artículo 1610 del Código Civil⁴⁵⁷; esta exige que el pago se haga a otro acreedor de mejor derecho⁴⁵⁸. Con todo, en estas situaciones nada obsta a que el primitivo acreedor le permita subrogarse voluntariamente en su crédito a quien le paga⁴⁵⁹.

Asimismo, es menester destacar que el «mejor derecho» a que se refiere el artículo 1610 N°1 del Código Civil debe fundarse únicamente en alguna causal de preferencia⁴⁶⁰.

⁴⁵⁴ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 100p.

⁴⁵⁵ ABELIUK, óp. cit., 424p.

⁴⁵⁶ MEZA, 2007, óp. cit., 191p.

⁴⁵⁷ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 214p.

⁴⁵⁸ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 101p.; BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 168p.

⁴⁵⁹ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 101p.

⁴⁶⁰ ABELIUK, óp. cit., 424p.; ALESSANDRI, R., A. 1988. Teoría de las obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur. 390p.; CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 213p.

16.2. UTILIDAD DE ESTA SUBROGACIÓN

La subrogación del artículo 1610 N°1 del Código Civil le permite al acreedor que paga evitar que el acreedor de mejor derecho haga efectivo su crédito, pues ello podría perjudicarlo si, rematado el bien, el producto de la realización no alcanzare para satisfacer ambos créditos⁴⁶¹. En otras palabras, esta subrogación permite que el acreedor de grado posterior evite la realización del bien a petición del acreedor preferente, ya que ello, por razones de mercado o de otra índole, no le es comercialmente apropiado⁴⁶². Como se aprecia, esta subrogación no está construida en beneficio del deudor, sino que a favor de acreedores⁴⁶³.

La subrogación del artículo 1610 N°1 del Código Civil persigue mejorar el rango del acreedor posterior que le paga al preferente, a fin de no perjudicar su crédito propio y así poder esperar un mejor momento para ejecutar el bien, evitando una ejecución intempestiva y disminuyendo, de paso, los gastos del pago por la reducción de partes interesadas⁴⁶⁴. Es decir, esta subrogación le permite al acreedor posterior ponerse a cubierto del riesgo de que lo obtenido en la subasta efectuada a expensas del acreedor

⁴⁶¹ RAMOS, óp. cit., 377p.; ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 99p.; RODRÍGUEZ, óp. cit., 192p.

⁴⁶² ABELIUK, óp. cit., 424p.

⁴⁶³ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 211p.

⁴⁶⁴ SERRANO, óp. cit.

preferente no alcance para pagar su crédito⁴⁶⁵, como también de que vea su hipoteca purgada si se dan los requisitos del artículo 2428 del Código Civil⁴⁶⁶.

En ese contexto, cuando el acreedor posterior opta por pagarle al preferente, subrogándose en el crédito de este último, esperará un mejor momento para la realización del inmueble, en términos tales que le permita cobrar ambos créditos⁴⁶⁷: el de primer grado que ha adquirido, y el de segundo grado, propio de él⁴⁶⁸.

Conviene anotar que esta subrogación no perjudica a nadie: ni al acreedor primitivo, quien es pagado en su crédito, ni al deudor a quien, incluso, podría beneficiarle al eliminársele un acreedor⁴⁶⁹.

16.3. EFECTOS DE ESTA SUBROGACIÓN

La subrogación del artículo 1610 N°1 del Código Civil produce los efectos señalados en el capítulo III, por lo que el nuevo acreedor se subroga en el crédito del acreedor primitivo. De esta manera, al pagar, el acreedor posterior tendrá dos acciones en contra del deudor: su acción propia y la acción que tenía el acreedor de grado preferente⁴⁷⁰. En otras palabras, el acreedor posterior que le paga al preferente conserva su derecho en

⁴⁶⁵ RAMOS, óp. cit., 378p.

⁴⁶⁶ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 100p.

⁴⁶⁷ BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 169p.

⁴⁶⁸ BARROS, E., A. 1932, vol. II, óp. cit., 213p.

⁴⁶⁹ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 213p.

⁴⁷⁰ ABELIUK, óp. cit., 424p.; BARCIA, L., R., tomo III, óp. cit., 168p.

las mismas condiciones que antes del pago, incorporando a su patrimonio, además, el crédito que ha pagado, con lo cual refuerza sus expectativas de satisfacción⁴⁷¹.

16.4. NO ES NECESARIA CONSTANCIA REGISTRAL PARA QUE OPERE ESTA SUBROGACIÓN

Tal como se refirió en el capítulo III, la subrogación legal, como la establecida en el artículo 1610 N°1 del Código Civil, opera por el solo ministerio de la ley, razón por la cual, aun cuando intervengan acreedores hipotecarios, no es necesaria constancia registral alguna⁴⁷². Lo anterior no obsta a que, como se señaló en su oportunidad, es conveniente efectuar las pertinentes anotaciones registrales, a fin de conservar la historia de la propiedad raíz⁴⁷³.

Sin embargo, cierta jurisprudencia ha señalado que esta subrogación solo traspasa la hipoteca cuando se efectúa la pertinente anotación en el Registro del Conservador de Bienes Raíces⁴⁷⁴. Luego, agrega la misma jurisprudencia, que «si un acreedor hipotecario de grado posterior paga al hipotecario de grado preferente parte de la deuda subrogándose en sus derechos y no inscribe la escritura que al efecto se otorga, no adquiere el derecho real de hipoteca y no puede más tarde, cancelada la hipoteca por el primer acreedor,

⁴⁷¹ SERRANO, óp. cit.; CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 212p.

⁴⁷² CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 215p. Así también RODRÍGUEZ, óp. cit., 191p.

⁴⁷³ SERRANO, óp. cit.

⁴⁷⁴ C. Suprema, 28 septiembre 1921. G. 1921, 2º sem., N°54, 218p. R., t. 21, sec. 1ª, 146p.

deducir la acción de desposeimiento en contra del poseedor del inmueble antes hipotecado»⁴⁷⁵.

Es preciso rechazar lo expuesto anteriormente, pues esta subrogación no constituye ni requiere tradición⁴⁷⁶ y, al ser de origen legal, por sí sola traspassa el crédito y todos sus accesorios⁴⁷⁷. Por consiguiente, al no ser necesaria tradición del derecho de hipoteca —el pago con subrogación no constituye un título traslativo de dominio— y que la ley solo exige inscripción para la tradición del derecho real de hipoteca⁴⁷⁸, se estima que no es necesaria nueva inscripción; en otros términos, la inscripción es tradición y esta supone un título traslativo de dominio, todo lo cual no se divide en el pago con subrogación. Por lo demás, la tradición supone el concurso de voluntades, el que no existe en el caso de pago con subrogación, el cual prescinde de la voluntad del acreedor para su concurrencia⁴⁷⁹.

Por último, una nueva inscripción implicaría que la hipoteca ya no sería la misma que se pretende subrogar sino otra nueva, que necesariamente sería de menor rango⁴⁸⁰, lo que es contrario a los efectos de la subrogación en conformidad al artículo 1612 del Código Civil⁴⁸¹. En ese sentido, es menester recordar que la hipoteca es un accesorio de

⁴⁷⁵ Ibid.

⁴⁷⁶ ALESSANDRI, R., A. 1924. Del traspasso del derecho de hipoteca en el pago con subrogación. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Número 1º, tomo XXI.

⁴⁷⁷ SERRANO, óp. cit.

⁴⁷⁸ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 216p.

⁴⁷⁹ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 102p.

⁴⁸⁰ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 216p.

⁴⁸¹ RAMOS, óp. cit., 378p.

la obligación principal que, en virtud de la subrogación legal, pasa al nuevo acreedor con todos los privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, sin que sea menester formalidad alguna, según el ya mencionado artículo 1612⁴⁸².

17. SUBROGACIÓN DEL ARTÍCULO 2429 DEL CÓDIGO CIVIL

17.1. GENERALIDADES

El artículo 2429 del Código Civil establece un conjunto de reglas aplicables para el caso de que el tercer poseedor de la finca hipotecada fuere reconvenido para el pago por un acreedor hipotecario. En dicho contexto, el inciso 2º de la referida norma establece una subrogación distinta a aquellas establecidas en el artículo 1610 del Código Civil. Sin embargo, atendida su fuente legal, la subrogación del artículo 2429 del Código Civil es una subrogación legal, razón por la cual, opera ipso jure⁴⁸³ y aun en contra de la voluntad del acreedor a quien se le paga⁴⁸⁴.

La jurisprudencia ha precisado que esta subrogación «está referida a aquella que beneficia al tercer poseedor una vez que ha pagado la obligación a que se encontraba afecto el inmueble de su dominio»⁴⁸⁵.

⁴⁸² CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 216p.

⁴⁸³ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 98p.

⁴⁸⁴ ABELIUK, óp. cit., 422p.

⁴⁸⁵ C. Santiago, 18 agosto 1997. R., t. 94, sec. 2ª, 111p. (C. 3º, 112p.). [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 115p.]

La subrogación establecida en el artículo 2429 del Código Civil supone que, reconvenido para el pago, el tercer poseedor paga la deuda, teniendo la expectativa de obtener posteriormente del deudor el reembolso de lo que haya pagado⁴⁸⁶.

Es decir, esta subrogación aplica para el caso de que el tercer poseedor adquiera la finca con un gravamen hipotecario al cual no estaba personalmente obligado y, perseguido por el acreedor, le paga⁴⁸⁷. En ese sentido, este tercer poseedor no responde personalmente de la deuda garantizada con hipoteca, pero lo hace por el carácter real de esta⁴⁸⁸.

Es de destacar que el interés del tercer poseedor radica en querer conservar la posesión del inmueble evitando, mediante el pago, la subasta de este⁴⁸⁹. De esta forma, este tercero se asegura la libre posesión del inmueble⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 124p.; LECAROS, óp. cit. 389p.

⁴⁸⁷ Conviene destacar que «En principio, no debieran existir inconvenientes prácticos para que pudiera operar la subrogación si la deuda es extinguida por el tercero por otros modos equivalentes. Si el tercer poseedor de la finca hipotecada extingue la deuda por novación, compensación o dación en pago, habrá “pagado” deuda ajena y debiera operar a su respecto la subrogación.» KUNCAR, O., A. 2019. Algunas cuestiones teórico-prácticas del pago con subrogación y sus efectos. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil XIV. Santiago, Thomson Reuters, 503p.

⁴⁸⁸ ABELIUK, óp. cit., 425p.

⁴⁸⁹ SERRANO, óp. cit.

⁴⁹⁰ Ibid.

17.2. CONCURRENCIA DE ACCIONES SUBROGATORIAS

Se ha sostenido que, en ciertos casos, podrían darse dos efectos subrogatorios, esto es, aquel dispuesto en el artículo 1610 N°2 y el del artículo 2429, ambos del Código Civil⁴⁹¹. Es más, el profesor Claro Solar deja entrever que ambas subrogaciones son equivalentes y operan en iguales casos⁴⁹². Por ello, es necesario anotar dos diferencias entre ambas subrogaciones que permiten concluir que no son equivalentes.

En primer lugar, como ya se señaló, la subrogación del artículo 1610 N°2 del Código Civil está restringida a aquel que ha comprado⁴⁹³ la finca, estando obligado a pagarle a los acreedores hipotecarios. En cambio, la subrogación que se está revisando es amplia, pues no se aplica a algún acto o contrato específico, exigiendo únicamente que el tercer poseedor pague la deuda⁴⁹⁴.

En segundo lugar, la subrogación del artículo 1610 N°2 del Código Civil no busca evitar que la finca salga a remate; al contrario, requiere que la finca se realice para que, quien se ha subrogado en los créditos hipotecarios, se pague en conformidad a las preferencias de dichos créditos en el producto que ha dado la subasta⁴⁹⁵. Por ello, la subrogación del artículo 1610 N°2 del Código Civil opera cuando el adquirente es

⁴⁹¹ ABELIUK, óp. cit., 425p.

⁴⁹² CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 219p.

⁴⁹³ ABELIUK, óp. cit., 425p.

⁴⁹⁴ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 448p.

⁴⁹⁵ ABELIUK, óp. cit., 426p.

desposeído del inmueble o sufre evicción⁴⁹⁶ para que recupere el dinero invertido al pagarse preferentemente con el precio logrado en el remate⁴⁹⁷.

En cambio, la subrogación del artículo 2429 del Código Civil supone que el tercer poseedor ha satisfecho el crédito del acreedor posterior ejecutante, por lo cual, ha evitado el remate de la finca pues, producido dicho pago, concluye la gestión judicial y se procede a cancelar la inscripción hipotecaria⁴⁹⁸.

Esta es la diferencia más importante entre ambas subrogaciones, por cuanto, atendido a sus supuestos de aplicación, no podrían concurrir en un mismo escenario: reconvenido el tercero para el pago, en tanto la finca no se realice, este tercero puede pagar subrogándose en virtud del artículo 2429 del Código Civil; en cambio, solo si la finca se realiza podría entrar en aplicación la subrogación del artículo 1610 N°2 del Código Civil, en donde el comprador, subrogándose en la preferencia de los acreedores preferentes, se paga con el producto del remate. Es decir, procesalmente la primera subrogación supone que aún no se haya realizado la finca, en tanto que la segunda supone que ha existido realización del bien; por tanto, ambas son incompatibles, operando en estadios procesales distintos.

⁴⁹⁶ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 103p.

⁴⁹⁷ RAMOS, óp. cit., 379p.

⁴⁹⁸ MERY, óp. cit., 366p.

17.3. ALCANCE DE ESTA SUBROGACIÓN

Se ha discutido el alcance del inciso 2° del artículo 2429 del Código Civil en cuanto a la expresión «se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador», pues surge la duda de si se está remitiendo al artículo 2370 o al artículo 1610 N°3, ambos del Código Civil⁴⁹⁹.

Una primera postura sostiene que el artículo 2429 del Código Civil se está remitiendo al artículo 2370 del Código Civil pues así lo establecía el proyecto de Código de 1853 en su artículo 2163⁵⁰⁰ y porque el tercero que paga según el artículo 2429 del Código Civil no se encuentra ni solidaria ni subsidiariamente obligado al pago de la deuda, razón por la cual, no es aplicable el N°3 del artículo 1610 del Código Civil⁵⁰¹.

Una segunda postura señala que el artículo 2370 del Código Civil establece la acción de reembolso, acción personal que nace del contrato de fianza y que tiene el fiador por derecho propio⁵⁰²; en cambio, este fiador, cuando se subroga en las acciones del acreedor a quien paga, lo hace en virtud del artículo 1610 N°3 del Código Civil pues sería equívoco aseverar que el fiador se subroga en una acción que, desde siempre, le ha

⁴⁹⁹ WESTERMEIER, óp. cit., 295p.

⁵⁰⁰ MERY, óp. cit., 367p.

⁵⁰¹ Ibid.

⁵⁰² MEZA, 2006, óp. cit., 98p.

pertenecido por su sola calidad de fiador⁵⁰³. Así también lo estima el profesor Claro Solar⁵⁰⁴.

Se estima que la segunda postura referida es la que más se aviene con el espíritu del legislador, razón por la cual, el tercer poseedor que paga la deuda se subroga en los derechos del acreedor a quien le pagó, en conformidad al artículo 1610 N°3 del Código Civil. Ello porque es dicha norma la fuente de la acción subrogatoria que se le concede al fiador⁵⁰⁵, pues el artículo 2370 del Código Civil se refiere a la acción personal de reembolso con la que dicho fiador cuenta por su calidad de tal.

En efecto, el artículo 2429 del Código Civil refiere que quien paga la deuda se subroga «en los mismos términos que el fiador», no que se convierte en fiador. En efecto, la subrogación con la que cuenta el fiador es la establecida en el artículo 1610 N°3 del Código Civil⁵⁰⁶. Es más, si se entiende ampliamente que son obligadas subsidiariamente aquellas personas que responden con sus propios bienes de una deuda ajena⁵⁰⁷, el adquirente de una finca gravada con hipoteca que le paga al acreedor hipotecario es un claro ejemplo de ello⁵⁰⁸.

⁵⁰³ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 448p.; LECAROS, óp. cit. 387p.; WESTERMEIER, óp. cit. 295p.

⁵⁰⁴ CLARO, vol. VI, tomo XII, óp. cit., 226p.

⁵⁰⁵ MEZA, 2006, óp. cit., 105p.

⁵⁰⁶ ALESSANDRI, R., A., “et. al”, Tratado de las obligaciones, vol. 2. óp. cit., 106p.

⁵⁰⁷ Ibid.

⁵⁰⁸ Ibid.

VI

EL ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

18. COORDINACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 2428 DEL CÓDIGO CIVIL Y 492 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

18.1. GENERALIDADES

Cuando se cumplen todos los requisitos del artículo 2428 del Código Civil las hipotecas no pagadas se purgan, indistintamente si son de rango superior o inferior a la del acreedor ejecutante⁵⁰⁹. Ello generó dificultades prácticas en relación a las hipotecas preferentes a las del ejecutante, lo cual se tuvo en consideración al tiempo de la regulación de la materia en el Código de Procedimiento Civil⁵¹⁰.

En efecto, la purga de todas las hipotecas bajo la sola aplicación del artículo 2428 del Código Civil, conlleva a que, citados al juicio iniciado por el acreedor hipotecario posterior, los acreedores preferentes se vean obligados, con perjuicio de sus intereses, a hacerse parte y pagarse conforme a sus preferencias, renunciando a condiciones más ventajosas que pudieron haber tenido a la vista al contratar⁵¹¹.

⁵⁰⁹ MERY, óp. cit., 419p.

⁵¹⁰ Ibid.

⁵¹¹ MERY, óp. cit., 420p.

Por ello, en virtud del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, los acreedores de rango superior al ejecutante tienen un derecho de opción cuando sus créditos no se encuentran devengados, para pagarse de inmediato sobre el precio del remate, o bien, para conservar sus hipotecas⁵¹².

18.2. CORRESPONDENCIA ENTRE EL ARTÍCULO 2428 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

En una primera aproximación se aseveró que el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil dejó sin efecto al artículo 2428 del Código Civil, pues ya no sería necesario citar a todos los acreedores hipotecarios para proceder a la subasta, sino que la citación solo debía hacerse a los acreedores de grado preferente cuando la subasta sea pedida por un acreedor de grado posterior⁵¹³. Sin embargo, el profesor Alessandri (Fernando) discrepa de dicha postura, pues el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil regula una situación diversa de la contemplada en el artículo 2428 del Código Civil, razón por la cual, este último sigue plenamente vigente⁵¹⁴. En efecto, la norma procedimental referida dejó en vigor en todas sus partes al artículo 2428 del Código Civil en lo que se refiere a la citación de los acreedores hipotecarios, limitándose a modificar⁵¹⁵, en ciertos casos, sus efectos⁵¹⁶. Por ello, el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil

⁵¹² ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 151p.

⁵¹³ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 150p.

⁵¹⁴ Ibid.

⁵¹⁵ BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 1206p.

⁵¹⁶ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 150p.

no ha alterado el requisito de citar a todos los acreedores hipotecarios, indistintamente de su preferencia, en conformidad al artículo 2428 ya referido⁵¹⁷.

En cambio, lo que hace el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil es permitir que los acreedores hipotecarios de grado preferente al acreedor ejecutante tengan la facultad, una vez citados, de optar entre pagarse de sus créditos con el producto de la subasta o de conservar sus hipotecas⁵¹⁸. A la luz de ello, los artículos 2428 del Código Civil y 492 del Código de Procedimiento Civil deben interpretarse armónicamente; el primero estableciendo, entre otros requisitos, la regla general de que la citación de todos los acreedores hipotecarios produce la extinción de las hipotecas y el segundo, un caso excepcional, por el cual los acreedores preferentes al ejecutante, citados al procedimiento iniciado por el acreedor posterior, pueden optar entre mantener sus hipotecas o ser inmediatamente pagados de sus créditos con el producto de la realización⁵¹⁹. En efecto, ambos artículos tratan cuestiones distintas; el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil establece un derecho de opción al acreedor de grado preferente cuyo crédito no se encuentre devengado, en tanto que el artículo 2428 del Código Civil establece la necesidad de poner en conocimiento de la subasta a cualquier acreedor, a fin de permitirle defender

⁵¹⁷ MERY, óp. cit., 420p.

⁵¹⁸ DIEZ, óp. cit., 204p. En el mismo sentido MEZA, 2006, óp. cit., 210p.

⁵¹⁹ ESPINOZA, F., R. 1949. Manual de Procedimiento Civil (El juicio ejecutivo). 11ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 176p.

sus derechos⁵²⁰. Por tanto, el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil solo ha alterado mínimamente lo dispuesto en el artículo 2428 del Código Civil⁵²¹.

A nivel jurisprudencial, se sostiene que la regla general del artículo 2428 del Código Civil fue ligeramente modificada por el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a que, si la subasta es solicitada por un acreedor de grado posterior, los de grado preferente tienen derecho a optar entre la subsistencia de sus hipotecas o el pago de sus créditos, siempre que estos últimos no se encuentren devengados⁵²². En ese sentido, se ha referido⁵²³ que «Si el remate es promovido por un acreedor hipotecario de grado posterior, los de grado preferente, cuyos créditos no estén devengados, tienen la posibilidad de optar entre mantener sus cauciones o pagarse con el producto de la venta»⁵²⁴.

A la luz de lo anterior, la jurisprudencia ha entendido que el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil permite la subsistencia del derecho de persecución, aun cuando se hayan cumplido los requisitos necesarios para que opere la purga o caducidad de la hipoteca, es decir, es una contra excepción a los presupuestos para extinguir la hipoteca de conformidad al artículo 2428 del Código Civil⁵²⁵.

⁵²⁰ VODANOVIC, H., A. 2021. Tratado de Derecho civil, fuentes de las obligaciones, parte especial: de los contratos principales en particular, vol. 2. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 714p.

⁵²¹ LECAROS, óp. cit., 417p.

⁵²² C. Valparaíso, 27 agosto 1986. J. N°39, 41p.; C. Antofagasta, 15 enero 1993. R., t. 90, sec. 2ª, 9p. [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 30p.]

⁵²³ ARANCIBIA, óp. cit., 30p.

⁵²⁴ C. Suprema, 22 noviembre 2000. L.P. N°25288 (C. 7°); ARANCIBIA, óp. cit., 30p.

⁵²⁵ ARANCIBIA, óp. cit., 37p.

19. OPCIONES QUE CONCEDE EL ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL AL ACREEDOR HIPOTECARIO DE GRADO PREFERENTE

El artículo 492 del Código de Procedimiento Civil establece un derecho de opción⁵²⁶ a favor de los acreedores de grado preferente en el evento de que la finca sea realizada por un acreedor hipotecario de grado inferior, ya sea de pagarse de sus créditos con el producto de la subasta o de conservar sus hipotecas⁵²⁷.

En dicho contexto, el profesor Alessandri (Fernando) sostiene que, gracias al artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, la extinción de las hipotecas queda entregada a la voluntad de los acreedores de grado preferente, superándose así la problemática subsecuente de la aplicación irrestricta del artículo 2428 del Código Civil⁵²⁸.

Con todo, la regla del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil no impide que los acreedores preferentes al ejecutante intervengan en el pleito y ejerciten sus derechos en la forma que estimen conveniente⁵²⁹.

⁵²⁶ C. de Apelaciones de Antofagasta, 3 de agosto de 2000. N° LegalPublishing: 19479, Rol N° 13233.

⁵²⁷ DIEZ, óp. cit., 204p.

⁵²⁸ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 150p.

⁵²⁹ C. Suprema, 22 marzo 1952. R., t.49, sec.1ª, 102p.

20. REQUISITOS PARA QUE OPERE LA OPCIÓN DEL ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

20.1. SOLO PUEDE INVOCAR EL DERECHO DE OPCIÓN EL ACREEDOR HIPOTECARIO DE GRADO PREFERENTE AL EJECUTANTE

Del tenor literal del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, el derecho de opción no corresponde a los acreedores hipotecarios de grado posterior, a quienes solo les cabe pagarse con el precio del remate o subasta, si fuere suficiente para ello⁵³⁰; en caso contrario, y cumpliéndose los requisitos legales, sus hipotecas se purgarán. De esta forma, los acreedores hipotecarios posteriores quedan, en lo que se refiere al pago de sus créditos, condicionados en forma absoluta al resultado de la subasta⁵³¹.

20.2. EL CRÉDITO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO PREFERENTE NO DEBE ENCONTRARSE DEVENGADO

El tenor literal del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil es claro en la exigencia de que el crédito del acreedor preferente no se encuentre devengado. Así también lo entiende la doctrina⁵³², por lo que, si el crédito se encuentra devengado, el acreedor preferente queda condicionado en forma absoluta al resultado de la subasta, al igual que los de los acreedores posteriores al ejecutante⁵³³. Es decir, el acreedor

⁵³⁰ DIEZ, óp. cit., 204p.

⁵³¹ MERY, óp. cit., 420p.

⁵³² LECAROS, óp. cit., 426p.; BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 206p.

⁵³³ MERY, óp. cit., 420p.; BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 206p.

hipotecario cuyo crédito es actualmente exigible solo puede pedir el pago con el producto del remate⁵³⁴.

Con todo, la Corte Suprema ha aseverado que, si el crédito no está devengado, el acreedor preferente necesariamente debe conservar su hipoteca, no pudiendo exigir el pago en el producto del remate obtenido en el juicio iniciado por el acreedor ejecutante posterior⁵³⁵. Esta es una opinión aislada de la jurisprudencia, puesto que es una clara contradicción al tenor literal del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil⁵³⁶, ya que si el crédito no se encontrare devengado, es facultativo para el acreedor preferente ejercer la reserva o no, por cuanto es un derecho establecido en su propio interés, razón por la cual, si decide no reservarse su hipoteca, está, en cambio, optando por pagarse con preferencia en el remate provocado a instancias del acreedor ejecutante posterior.

⁵³⁴ DIEZ, óp. cit., 204p.; MEZA, 2006, óp. cit., 211p.; SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 494p.

⁵³⁵ C. Suprema, 27 marzo 2007. L.P. N°36199 (C. 4°). [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 31p.]. En similar sentido, GUZMÁN, B., A. 2021. Tratado de la prenda sin desplazamiento según el Derecho chileno. 2ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 364p.

⁵³⁶ ARANCIBIA, óp. cit., 31p.

20.3. DEBE PERSEGUIR LA FINCA UN ACREEDOR HIPOTECARIO DE GRADO POSTERIOR

El inciso 1° del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil señala su ámbito de aplicación al iniciar con la siguiente expresión: «Si por un acreedor hipotecario de grado posterior se persigue una finca hipotecada (...)».

A la luz del tenor literal de la norma transcrita es que la jurisprudencia ha complementado que «En la historia fidedigna de la ley no quedó establecido que el precepto en cuestión sería también aplicable tratándose de un acreedor valista que pide la citación de los acreedores hipotecarios»⁵³⁷. Por ello, continúa la misma jurisprudencia, el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil solo es aplicable cuando las personas que intervienen tienen la calidad de acreedores hipotecarios; si el ejecutante que solicita la citación del acreedor hipotecario es, por ejemplo, titular de un crédito valista, dicho acreedor hipotecario no puede reservar su hipoteca⁵³⁸.

Sin embargo, la sentencia referida consigna un voto en contra⁵³⁹, por cuanto lo resuelto por la Corte llevaría a concluir forzosamente que los acreedores valistas estarían en superiores condiciones en relación a los acreedores hipotecarios, lo cual es absurdo⁵⁴⁰.

⁵³⁷ C. Valparaíso, 27 agosto 1986. J. N°39, 41p. (C. 8° a 11 y parte resol., 41-42pp.). [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 102p.].

⁵³⁸ C. Valparaíso, 27 agosto 1986. J. N°39, 41p. (C. 8° a 11 y parte resol., 41-42pp). Esta sentencia se dictó con un voto en contra, por considerarse que, de ser así, los acreedores valistas quedarían en mejor posición que los acreedores de grado posterior. [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 30p.]; LECAROS, óp. cit., 418p.

⁵³⁹ C. Valparaíso, 27 agosto 1986. J. N°39, p. 41. (42-44pp.). Voto en contra del fiscal señor Arturo Armando Carvajal Cortés. A su juicio, el art. 492 del Código de Procedimiento Civil presenta una laguna al no contemplar a los acreedores valistas que concurren al juicio con otros acreedores, pero hipotecarios. [Citado por ARANCIBIA, óp. cit., 15p.].

⁵⁴⁰ ARANCIBIA, óp. cit., 15p.

En efecto, el voto disidente en comentario sostiene que, en este caso, existe una laguna legal, la cual puede llenarse por analogía (artículo 24 del Código Civil) para hacer aplicable el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil también al caso en que quien ejecuta sea un acreedor valista; si no se colmara así dicha laguna, resultaría que, ante la ejecución de un acreedor hipotecario posterior, aquel preferente cuyo crédito no se encuentre devengado, podrá reservarse su hipoteca, pero no tendrá dicha opción, en cambio, cuando quien ejecuta es un acreedor que no tiene causal de preferencia⁵⁴¹. El profesor Somarriva opina de igual forma, pues no habría razón para que los acreedores preferentes carecieran del derecho de opción si quien ejecuta no es un acreedor hipotecario y, en cambio, sí cuando el ejecutante tenga dicha calidad⁵⁴².

En atención al voto disidente ya señalado, como también al parecer del profesor Somarriva, se estima que el derecho de opción del acreedor hipotecario preferente debe existir no solo cuando el remate es provocado a solicitud de otro acreedor hipotecario, sino que también de un acreedor valista. En efecto, para mantener la debida coherencia en el sistema de prelación de créditos, sin vulnerar los derechos de los acreedores preferentes, el derecho de opción no solo debiese aplicarse cuando el procedimiento de ejecución sea iniciado por un acreedor hipotecario de grado posterior, sino que también cuando este sea iniciado por cualquier otro acreedor, cumpliéndose con los demás requisitos legales. De no ser así, los intereses del acreedor hipotecario preferente quedarían supeditados a la

⁵⁴¹ ARANCIBIA, óp. cit., 102p. [Nota al pie].

⁵⁴² SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 494p.

ejecución incoada por un acreedor valista, toda vez que se vería compelido a participar en ella —incluso en perjuicio de sus intereses— o verse expuesto a la purga de su hipoteca.

20.4. DEBE REALIZARSE LA FINCA EN PÚBLICA SUBASTA ORDENADA POR EL JUEZ

Ello porque esta norma debe ser interpretada en relación con el artículo 2428 del Código Civil, la cual exige pública subasta. Por ello, se ha fallado que «Este precepto, al igual que la norma contenida en el artículo 2428 del Código Civil, tienen aplicación cuando se trata de una venta forzada, ordenada por el juez; y no cuando ha sido autorizada por un juez árbitro de derecho que conoce de un juicio particional»⁵⁴³.

El profesor Somarriva refiere que el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil tampoco se aplicaría, siguiendo el razonamiento de la jurisprudencia, en caso de que el acreedor preferente se adjudique la finca a falta de posturas admisibles en la subasta pública⁵⁴⁴. Sobre el particular se está a lo referido en el capítulo IV, recordando que, por vía de adjudicación, no pueden extinguirse las hipotecas de grado preferente⁵⁴⁵.

Por último, es menester referirse brevemente al caso del concurso especial de acreedores hipotecarios, cuestión reglada en el inciso 2º del artículo 2477 del Código Civil. En dicho procedimiento no existe derecho de opción para el acreedor preferente por

⁵⁴³ C. Chillán, 21 octubre 1974. R., t.68, sec.2ª, 71p.

⁵⁴⁴ Sentencia de 23 de abril de 1934, Gaceta de los Tribunales de 1934, 1er. semestre, sentencia N°95, 496p. [Citado por SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 494p.]; BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 207p. En similar sentido C. Suprema, 20 junio 1922. R., t.21, sec.1ª, 739p.

⁵⁴⁵ ALESSANDRI, R., F., óp. cit., 156p.; MERY, óp. cit., 424p.

cuanto el inciso 3° del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil⁵⁴⁶ señala que, en dicho evento, se está a lo prescrito en el artículo 2477 del Código Civil. Ahora bien, en virtud del referido artículo 2477, todos los créditos quedan exigibles para que se les pague inmediatamente, según el orden de sus hipotecas, por lo que no resulta coherente el permitir la reserva de las hipotecas; al contrario, dicha norma tiene por propósito hacer el pago de todas las hipotecas en un mismo procedimiento⁵⁴⁷.

20.5. EL ACREEDOR HIPOTECARIO DE LA FINCA DEBE PERSEGUIRLA EN CONTRA DEL DEUDOR PERSONAL QUE LA POSEA

Se ha dicho que no hay opción si se persigue la finca contra un tercer poseedor⁵⁴⁸. Sin embargo, el artículo 762 del Código de Procedimiento Civil hace extensivo expresamente el derecho de opción del artículo 492 de dicho Código al acreedor hipotecario de grado preferente en los juicios de desposeimiento de la finca hipotecada en contra de terceros poseedores⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Inciso reemplazado por el número 3) del artículo 348 de la Ley N°20.720, publicada en el D.O., el 09 de enero de 2014.

⁵⁴⁷ MERY, óp. cit., 422p.; SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 494p.

⁵⁴⁸ MEZA, 2006, óp. cit., 211p.; DIEZ, óp. cit., 204p.

⁵⁴⁹ «Esto quiere decir que si el acreedor que persigue la finca hipotecada es de grado posterior, deberá citar a los de grado preferente al juicio, para los fines señalados en el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil, con anterioridad a la subasta.». HERNÁNDEZ, DE L., D. y FUCHS, N., A. 2016. Código de Procedimiento Civil. 4ª ed. Santiago, Thomson Reuters. 553p.; SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 493p.

20.6. EL ACREEDOR DE GRADO PREFERENTE DEBE ALEGAR QUE SE RESERVARÁ SU HIPOTECA

Si el acreedor que pretende conservar su hipoteca nada dice en el juicio, se entiende que opta por ser pagado sobre el precio de la subasta⁵⁵⁰; así lo prescribe el inciso 2° del artículo 492 del Código de Procedimiento Civil. Por ello, se está en presencia de uno de los pocos casos en que el legislador considera el silencio como manifestación de voluntad⁵⁵¹, aceptando el principio de «quien calla otorga»⁵⁵². Así también, se ha aseverado que el acreedor preferente debe manifestar que se reservará su hipoteca con anterioridad a la realización de la subasta.⁵⁵³

20.7. EL REMATE DEBE HABER PRODUCIDO LO SUFICIENTE PARA SOLVENTAR EL CRÉDITO DEL ACREEDOR QUE INVOCA EL DERECHO

Este es un requisito que, si bien no está en la ley, es agregado por parte de la doctrina. El profesor Somarriva sostiene que se requiere que el remate haya producido lo suficiente para solventar el crédito del acreedor que invoca el derecho; en caso contrario la hipoteca debe extinguirse definitivamente⁵⁵⁴.

⁵⁵⁰ COLOMBO, C., J. 1997. Los actos procesales, tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 218p.; BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 206p.

⁵⁵¹ COLOMBO, C., J. 1997. Los actos procesales, tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 219p.

⁵⁵² C. Antofagasta, 15 enero 1993. R., t.90, sec.2ª, 9p.

⁵⁵³ MERY, óp. cit., 422p.

⁵⁵⁴ SOMARRIVA, 1943, óp. cit., 494p.; BARCIA, L., R., tomo II, óp. cit., 207p.; LECAROS, óp. cit., 427p.

Sin embargo, este requisito ha sido rebatido pues el derecho que puede ejercitar el titular de un crédito no devengado consiste simplemente en reservarse su hipoteca para el futuro, no oponiéndose, en consecuencia, a la actual realización del bien. En ese sentido, el derecho a reservarse la hipoteca no debe estar de modo alguno condicionado al resultado de la subasta, en el cual ni siquiera tiene interés; pensar lo contrario conllevaría a sostener que el derecho a reserva, que debe ser ejercitado con anterioridad a la realización de la finca, está sujeto a una condición no establecida en la ley, esto es, que la realización dé lo suficiente para cubrir su crédito⁵⁵⁵.

Se comparte la postura que prescinde de este requisito, pues hace mucho sentido el que el derecho de reserva del acreedor preferente no puede quedar supeditado a las resultas de una subasta en la que no tiene interés alguno; en efecto, este no se pagará con el valor obtenido en dicha subasta, por lo que en nada afecta a sus derechos que se paguen los acreedores posteriores en tanto él conserve su preferencia.

⁵⁵⁵ MERY, óp. cit., 421p.

CONCLUSIONES

Una vez terminado el estudio de las principales acciones subrogatorias vinculadas a la no extinción del derecho real de hipoteca por «purga o caducidad», se ha llegado a las conclusiones que a continuación se expresan.

La más compleja de las subrogaciones vinculadas a la purga de la hipoteca es aquella establecida en el artículo 1610 N°2 del Código Civil. Ello por cuanto no responde a las características generales del pago con subrogación, como las contempladas en los demás numerales de dicho artículo. En efecto, el beneficiario de esta subrogación no queda en igual posición que el acreedor a quien le paga, acorde a lo mandado en el artículo 1612 del Código Civil.

Al contrario, aquel que compra la finca hipotecada goza de un derecho para pagarse del valor por el cual la adquirió si un acreedor hipotecario cuya hipoteca no se ha purgado la sacare a remate. Es decir, el comprador no se dirigirá en contra del deudor, ni tampoco ejercerá acción alguna, sino que esperará a que la finca volviere a ser realizada, para ser restituido del precio que invirtió en comprarla al extinguir las hipotecas preferentes.

Al efecto, la acción subrogatoria que emana del artículo 1610 N°2 del Código Civil parece más bien una acción de repetición o reembolso, distanciándose, en consecuencia, de la naturaleza inherente a las demás acciones subrogatorias. Sin embargo, ello no quiere decir que la acción en comento no comparta algunos de los efectos de las demás acciones subrogatorias, por cuanto el comprador adquiere la preferencia hipotecaria para hacerse

pago si la finca vuelve a sacarse a remate por un acreedor hipotecario posterior cuya hipoteca no se ha purgado, de manera tal que le es «traspasada» dicha preferencia para recuperar el valor invertido en la extinción de su crédito.

Debe destacarse que la acción del artículo 1610 N°2 del Código Civil se enmarca en el sistema romano o latino de ordenación de los rangos hipotecarios en que, extinguida la hipoteca preferente, la posterior se ve mejorada al tomar su lugar. Se estima que este sistema tiene como objetivo liberar a la finca de gravámenes que ya han cumplido sus fines para no desmejorar el valor de garantía de esta.

Empero, existen ocasiones en que el legislador ha estimado que no es conveniente mejorar el rango de la hipoteca posterior por haberse extinguido la preferente, toda vez que ello pudiere derivar en una situación injusta a través de un enriquecimiento injustificado. En efecto, cuando es un tercero quien compra la finca, extinguiendo las hipotecas preferentes, las hipotecas posteriores debieren mejorar de rango y, si hicieren valer sus preferencias, el tercero se vería expuesto a pagarles para no perder la finca que ha adquirido (y el precio por el que la ha comprado); en ese escenario, conviene notar que el deudor ha visto extinguidas sus deudas hipotecarias sin haber desembolsado ni sacrificado nada.

La situación descrita, de conformidad a la progresión de rangos, expone al comprador a perder el precio pagado y la finca comprada, viéndose compelido a pagarle a los acreedores posteriores para evitar dichas pérdidas. Ello no es tolerado por el legislador que, a través de la acción subrogatoria del artículo 1610 N°2 del Código Civil,

le permite al comprador recuperar los dineros que invirtió cuando adquirió la finca, si esta fuere perseguida por acreedores posteriores cuyas hipotecas no se hubieren purgado. De esta forma, se evita que aquella persona que ha pagado deudas ajenas (garantidas con hipoteca) deba finalmente soportarlas, concediéndole una garantía sobre su propia finca para cuando ella sea nuevamente sacada a remate.

A la luz de lo anterior, es dable aseverar que el legislador nacional permite el mejoramiento de los rangos hipotecarios en virtud del sistema romano o latino siempre que el dicho mejoramiento no se haga a expensas de un tercero que es compelido a pagar una deuda ajena; en ese sentido, no parece justo que quien ha extinguido una hipoteca preferente comprando la finca gravada la pierda por el mejoramiento consecencial de las hipotecas posteriores que pasan a ocupar el lugar que dejó libre la hipoteca preferente. Es allí en donde se protegen los intereses de dicho tercero a través de la subrogación establecida en el artículo 1610 N°2 del Código Civil.

El mecanismo establecido por el legislador es más eficaz que concederle al comprador el derecho a perseguir personalmente al deudor (como sucede, en general, con las demás acciones generadas en virtud del pago con subrogación) por cuanto, en dicho evento, el recuperar el valor invertido dependerá de la solvencia actual del deudor. Por el contrario, manteniendo la preferencia hipotecaria en un bien propio, esperando a que este sea sacado a remate por los acreedores posteriores, el comprador tiene mejores posibilidades de recuperar el monto pagado, toda vez que ello no dependerá de la solvencia del deudor, sino que del valor de la finca.

La subrogación establecida en el artículo 1610 N°2 del Código Civil está construida en favor del comprador de la finca para evitar un enriquecimiento ilícito a favor de los acreedores posteriores quienes, sin esta subrogación, verían mejoradas sus garantías a expensas de un tercero no interesado (el comprador). Por ello, es una acción de orden privado y, por tanto, renunciable.

En efecto, el artículo 1610 N°2 del Código Civil no hace excepción al sistema romano o latino de progresividad de los rangos hipotecarios, toda vez que, frente a terceros, las inscripciones de hipotecas preferentes ya extinguidas pudieren estar canceladas, lo cual no es óbice para el ejercicio de la subrogación en comento. Es decir, frente a terceros, las hipotecas posteriores pudieren haber mejorado su grado, pero no así frente al comprador de la finca, quien puede hacer valer las preferencias hipotecarias de las cauciones extinguidas para el evento en que se realizare dicha finca.

Por tanto, lo dispuesto en el artículo 1610 N°2 del Código Civil no modifica los rangos hipotecarios que constan en los registros conservatorios, sino que, más bien, ofrece a aquel tercero que ha extinguido las hipotecas preferentes el derecho a «rescatar» los fondos que invirtió en la compra de la finca. En ese sentido, esta subrogación opera en beneficio del comprador, por lo que se aleja de los fundamentos que han tenido a la vista otras legislaciones para evitar la movilidad de los rangos hipotecarios como, por ejemplo, la hipoteca recargable o la hipoteca con reserva de rango, toda vez que las mencionadas instituciones se fundamentan en impulsar el mercado inmobiliario, facilitando el acceso al crédito y aminorando los costos de negociación, es decir, intereses públicos. Al contrario, la subrogación del artículo 1610 N°2 del Código Civil solo está diseñada a favor

de aquel que hubiere comprado la finca gravada, para que sea restituido en el valor que invirtió en la compra de la finca. Por ello, si la finca pasare a manos de otros terceros, estos no gozan de la subrogación del artículo 1610 N°2 del Código Civil.

Ahora bien, aquel tercer poseedor distinto al comprador de la finca que extinguió las hipotecas preferentes, reconvenido para el pago ante la ejecución incoada por un acreedor cuya hipoteca no se ha purgado, igualmente cuenta con una acción subrogatoria, esto es, aquella establecida en el artículo 2429 del Código Civil, pudiendo dirigirse contra el deudor para obtener el pago del crédito que le extinguió en su favor, «en los mismos términos del fiador».

La subrogación señalada en el artículo 2429 del Código Civil adopta los caracteres generales de toda acción subrogatoria, pero deben efectuarse algunas precisiones.

El derecho real de hipoteca ha quedado definitivamente extinguido al haberse hecho el pago de la obligación que garantizaba; es decir, se extingue por vía consecencial. Sin embargo, dado que quien paga es un tercero interesado (pues paga una deuda ajena para evitar el perjuicio de perder la finca), este se subroga en la acción personal del acreedor para dirigirse en contra del deudor. Se estima que es conceptualmente imposible la subrogación de la acción real, toda vez que, como se recordará, la hipoteca concede derecho de venta, persecución y preferencia, siendo siempre especial en relación al bien gravado; es decir, solo recae en el valor de garantía de dicho bien.

Al efecto, en el caso del artículo 2429 del Código Civil, el bien está en manos de su dueño, razón por la cual, no podría tener aplicación conceptual el perseguir un bien que está dentro su esfera de resguardo, teniendo presente la inadmisibilidad en el sistema chileno de la hipoteca del propietario. En efecto, en cuanto al derecho de venta, no es admisible que el dueño pretenda vender un bien de su propiedad para recuperar el monto invertido en extinguir el crédito del acreedor hipotecario posterior ejecutante pues ello no mejora sus expectativas de pago y, al contrario, perjudica sus intereses (perjuicio que justamente evitó pagándole al acreedor ejecutante para conservar la finca).

Con todo, podría pensarse que este tercer poseedor conserva la preferencia hipotecaria frente a terceros, tal como así lo hace el artículo 1610 N°2 del Código Civil. Sin embargo, el caso de esta última disposición es totalmente diverso al del artículo 2429. En efecto, en caso del artículo 2429 se presenta la siguiente interrogante ¿a qué valor queda limitada la preferencia «hipotecaria»? En el artículo 1610 N°2 del Código Civil — el cual es el único caso anómalo, reconocido por la doctrina y la jurisprudencia de hipoteca sobre un bien propio— esta preferencia hipotecaria queda limitada al producto del remate de la finca, remate que es imprescindible para que dicha subrogación tenga lugar, por cuanto la garantía hipotecaria solo se extiende al monto pagado en el remate por el comprador, que representa el valor de cambio de la finca; ahora bien, en el caso del referido artículo 2429, la finca no se realizará, gracias al pago del tercer poseedor al acreedor ejecutante, razón por la cual, una eventual hipoteca no podría desplegar sus efectos por cuanto, a falta de realización, no puede determinarse el valor de cambio de la finca gravada en el cual recae en definitiva el derecho real. A mayor abundamiento,

conviene recordar que la preferencia hipotecaria no es universal, razón por la cual, para su operatividad, es indispensable la especificación del bien gravado, como también su realización, para determinar el valor al que alcanza dicha garantía.

Atendido, en consecuencia, que la subrogación establecida en el artículo 2429 del Código Civil traspasa solo acciones personales, es que esta no tiene injerencia alguna en los rangos hipotecarios, mejorándose estos por haber desaparecido la hipoteca preferente.

Por su parte, la subrogación establecida en el artículo 1610 N°1 del Código Civil está diseñada como una regla general que no solo tiene aplicación en el caso de subsistencia de las hipotecas posteriores.

Dado que el caso del artículo 1610 N°1 del Código Civil no conlleva que un acreedor posterior compre la finca, aquel que se subroga en su virtud mantiene sus acciones hipotecarias intactas, pudiendo hacer valer los derechos de venta, persecución y pago preferente, acorde a las reglas generales. En ese sentido, esta subrogación no afecta el orden de los rangos hipotecarios, ya que, a través de ella, solo cambia el titular de los créditos, los cuales se mantienen plenamente vigentes en manos de un solo acreedor. Ello necesariamente conlleva a que la ordenación de las hipotecas se mantenga incólume, cambiando solo el propietario de los puestos registrales de cada una de ellas.

Por último, el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil no altera todo lo ya señalado, teniendo dos funciones principales: en primer lugar, permitir que los acreedores preferentes, cuyos créditos no han sido devengados, se puedan pagar en el procedimiento incoado por un acreedor hipotecario posterior; y, en segundo lugar, facultar a dichos

acreedores preferentes a conservar sus créditos hasta cuando se volviesen naturalmente exigibles, a fin de que no pierdan su derecho a exigir, con su acción hipotecaria, los intereses y demás frutos civiles a que tuvieren derecho por sobre el capital adeudado, como también los demás derechos y ventajas que hubieren pactado para la fecha en que la obligación caucionada se hiciere actualmente exigible.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ABARZÚA, C., M. 2017. Transacción y prelación de créditos. Proyecto de actualización del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil y sus leyes complementarias. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- ABELIUK, A., R. 1983. Las obligaciones. 2ª ed. Santiago, Ediar Editores Ltda.
- ALESSANDRI, B., A. 2020. La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno, vol. I, 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, R., A. 1924. Del traspaso del derecho de hipoteca en el pago con subrogación. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Número 1º, tomo XXI.
- ALESSANDRI, R., A. 1930. De los contratos. Santiago, Editorial Bellas Artes.
- ALESSANDRI, R., A. 1949. La prelación de créditos, explicaciones de clases. Santiago, Editorial Nascimento.
- ALESSANDRI, R., A. 1994. De los contratos. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, R., A. 1988. Teoría de las obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur.
- ALESSANDRI, R., A. 2003. De la compraventa y de la promesa de venta, tomo II, vol. 1. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- ALESSANDRI, R., A. 2020. De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, R., A. y SOMARRIVA, U., M. 1942. Curso de Derecho civil, de las obligaciones, vol. III. Santiago, Editorial Nascimento.
- ALESSANDRI, R., A.; SOMARRIVA, U., M.; y VODANOVIC H. A. 2015. Tratado de Derecho civil, Partes preliminar y general, vol. 1. 8ª ed. Ediciones Jurídicas de Santiago.
- ALESSANDRI, R., A.; SOMARRIVA, U., M.; y VODANOVIC H. A. 2016. Tratado de los Derechos reales, Bienes, vol.1. 7ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago.
- ALESSANDRI, R., A.; SOMARRIVA, U., M.; y VODANOVIC H. A. 2016. Tratado de los Derechos reales, Bienes, vol.2. 7ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago.
- ALESSANDRI, R., A.; SOMARRIVA, U., M.; y VODANOVIC H. A. 2016. Tratado de las obligaciones, vol. 1. 3ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago.
- ALESSANDRI, R., A.; SOMARRIVA, U., M.; y VODANOVIC H. A. 2016. Tratado de las obligaciones, vol. 2. 3ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago.

- ALESSANDRI, R., F. 1919. La hipoteca en la legislación chilena. Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- ANDRACA, S., V.2014. La nulidad de los actos jurídicos y la nulidad de la subasta. Análisis, diferencias y semejanza [en línea] <<https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=68126&print=2>> [consulta: 03 septiembre 2020].
- ARANCIBIA, R., B. 2016. Hipoteca. Proyecto de Actualización del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil, tomo I. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- ARELLANO, A., J. 1956. La propiedad [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°98, oct-dic. 1956. <http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=9> [consulta: 15 agosto 2020].
- ALTERINI, A., A.; AMEAL, J., O.; y LÓPEZ, C., R. 1995. Derecho de obligaciones civiles y comerciales. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot.
- AZOFRA, F., V. 2015. La hipoteca flotante. Tesis doctoral. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.

- BARCIA, L., R. 2007. Lecciones de Derecho civil chileno, Del acto jurídico, tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BARCIA, L., R. 2007. Lecciones de Derecho civil chileno, De las fuentes de las obligaciones, tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BARCIA, L., R. 2007. Lecciones de Derecho civil chileno, De la teoría de las obligaciones, tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BARCIA, L., R. 2008. Lecciones de Derecho civil chileno, De los bienes, tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BARRIENTOS, G., J. 2016. El Código Civil. Su jurisprudencia e historia, edición crítica, concordada, comentada y anotada, tomo II. Santiago, Thomson Reuters.
- BARRIENTOS, G., J. 2016. Derecho civil no codificado. Edición crítica de sus textos, concordados, comentados y anotados. Santiago, Thomson Reuters.
- BARROS, B., E. 2006. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BARROS, B., E. 2008. Finalidad y alcance de las acciones y remedios contractuales. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil III. Santiago, LegalPublishing. 403-428pp.
- BARROS, E., A. 1932. Curso de Derecho civil, segundo año, 1ª parte, vol. II. 4ª ed. Santiago, Editorial Nascimento.

- BARROS, E., A. 1932. Curso de Derecho civil, segundo año, 2ª parte, vol. III. 4ª ed. Santiago, Editorial Nascimento.
- BIGIO C., J. 1991. Reflexiones en relación a la hipoteca en el Código Civil de 1984. [en línea] Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 45. 111-129pp.
<<https://doi.org/10.18800/derechopucp.199101.003>> [consulta: 01 de marzo 2021].
- BUSTOS P., M. 2015. La cláusula de garantía general hipotecaria a la luz de la Ley N° 20.555. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- CAPRILE B., B. 2008. La reforma al Derecho de las cauciones en Francia: Perspectivas para un devenir en Chile. EN: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil III, Santiago, Thomson Reuters. 532-565pp.
- CAPRILE B., B. 2008. Las acciones del comprador insatisfecho: el cúmulo actual (Ley de protección al consumidor, vicios redhibitorios, error sustancial, resolución por incumplimiento) y la tendencia al deber de conformidad en el Derecho comparado. En: VARIOS AUTORES. Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet, Santiago, Fundación Fernando Fueyo Laneri. 561-602pp.
- CÁRDENAS, V., H. y REVECO, U., R. 2018. Remedios contractuales. Santiago, Thomson Reuters.

- CASARINO, V., M. 2005. Manual de Derecho procesal (Derecho procesal civil), vol. IV, 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CERDA, M., M. 1944. Semejanzas y diferencias del derecho de persecución con otras instituciones [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°47, ene-mar. 1944.
<http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=4> [consulta: 15 agosto 2020].
- CÉSPEDES, M., C. 2018. El daño lícito reparable y su proyección en el sistema chileno: concepto y naturaleza [en línea] Revista Ius et Praxis, año 24, N°1, 2018.
<<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1079>> [consulta: 15 agosto 2020].
- CÉSPEDES, M., C. 2019. Identificando a las indemnizaciones por sacrificio en el sistema chileno. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil XIV. Santiago, Thomson Reuters, 1041-1055pp.
- CLARO, S., H. 1911. Un caso de pago con subrogación. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. N°1, tomo VIII.
- CLARO, S., L. 2021. Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, vol. III, tomo VI. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CLARO, S., L. 2021. Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, vol. III, tomo VII. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- CLARO, S., L. 2021. Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, vol. V, tomo X. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CLARO, S., L. 2021. Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, vol. V, tomo XI. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CLARO, S., L. 2021. Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado, vol. VI, tomo XII. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- COLOMBO, C., J. 1997. Los actos procesales, tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- COLOMBO, C., J. 2004. La competencia. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CORRAL, T., H. 2003. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CORRAL, T., H. 2020. Hipoteca sobre bien propio del acreedor. El pago con subrogación del art. 1610 N°2 del Código Civil y el principio *nemini res sua pignori esse potest*. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil XV, Santiago, Thomson Reuters. 269-283pp.
- DIEZ, D., R. 1991. La hipoteca en el Código Civil chileno. Santiago, PACSED.
- DIEZ, G., H. 2012. Recargas hipotecarias e hipotecas recargables. Madrid, Editorial Reus.

- DIEZ, N., L. 2005. El rango registral. Análisis crítico de los sistemas de determinación de rango [en línea]

<<https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=22514&print=2>> [consulta: 21 julio 2020].
- DOMÍNGUEZ, A., R. 1999. Comentarios de jurisprudencia, 3. Acción de desposeimiento. Tercer poseedor y deudor personal. Ausencia de título ejecutivo. Alcance del carácter de sentencia que tiene el mandamiento al no oponerse excepciones. Cosa juzgada [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°206, jul-dic. 1999.

<http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=19> [consulta: 15 agosto 2020].
- DUCCI, C., C. 2005. Derecho civil, parte general. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ESPINOZA, F., R. 1949. Manual de Procedimiento Civil (El juicio ejecutivo). 11ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- FALBO, N., M. 1985. El principio de prioridad registral en Argentina. [en línea] Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero, Centro de Estudios Hipotecarios, 715-746pp. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=2521>> [consulta: 01 marzo 2021].
- FIGUEROA, Y., G. 2011. Curso de Derecho civil. Tomo I. 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- FIGUEROA, Y., G. 2011. Curso de Derecho civil. Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- FIGUEROA, Y., G. 2011. Curso de Derecho civil. Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- FIGUEROA, Y., G. 2021. El patrimonio. 4ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago.
- FUEYO, L., F. 1957. Algunas características modernas del Derecho de obligaciones [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°101, jul-sep. 1957. <http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=9> [consulta: 18 noviembre 2021].
- FUEYO, L., F. 2015. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GALLEGOS, Z., J. 2009. Algunas garantías en el Derecho bancario latinoamericano. En: VARIOS AUTORES. Estudios sobre garantías reales y personales. Homenaje al profesor Manuel Somarriva Undurraga, vol. II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile / Editorial de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 585-600pp.

- GARCÍA, B., G. 1948. El enriquecimiento sin causa según la doctrina [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°65, jul-sep. 1948. <http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=5> [consulta: 15 agosto 2020].
- GARCÍA, B., G. 1948. El enriquecimiento sin causa según la doctrina [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°66, oct-dic. 1948. <http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=5> [consulta: 15 agosto 2020].
- GOÑI R., M. 2013. Un estudio sobre la hipoteca recargable, perspectiva actual y su reconversión en instrumento de refinanciación junto con la hipoteca flotante: sus diferencias [en línea] Anuario de Derecho civil, Ministerio de Justicia de España, vol. 66, N.º 3, 2013, 1109-1161pp, 2013. <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4550779>> [consulta: 01 marzo 2021].
- GUZMÁN, B., A. 2006. Las cosas incorporales en la doctrina y en el Derecho positivo. 2ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago.
- GUZMÁN, B., A. 2021. Tratado de la prenda sin desplazamiento según el Derecho chileno. 2ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago.
- HEDEMANN, J., W. 2019. Derecho de obligaciones. Santiago, Ediciones Olejnik.
- HEDEMANN, J., W. 2020. Derechos reales. Santiago, Ediciones Olejnik.

- HERNÁNDEZ, DE L., D. y FUCHS, N., A. 2016. Código de Procedimiento Civil. 4ª ed. Santiago, Thomson Reuters.
- KUNCAR, O., A. 2019. Algunas cuestiones teórico-prácticas del pago con subrogación y sus efectos. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil XIV. Santiago, Thomson Reuters, 499-514pp.
- LAMARCA, M., A. 2013. Código civil alemán. Madrid, Marcial Pons.
- LECAROS, S., J. 2009. Cauciones reales, prenda e hipoteca. 2ª ed. Santiago, Editorial Metropolitana.
- LEDERMANN, R., R. 1926. De la subrogación legal en beneficio del que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado (El N.º 2º del art. 1610 del Código Civil, ante la doctrina y la jurisprudencia). [en línea]. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Nº1, tomo XXVI, 139-165pp.
<<https://doctrina.vlex.cl/vid/subrogacion-comprado-acreedores-hipotecado-232632293>> [consulta: 22 febrero 2021].
- LETELIER, C., P. 2020. ¿Dos diferencias entre las aproximaciones del Derecho chileno y francés al enriquecimiento injustificado? [en línea] Revista Chilena de Derecho privado, Nº34, jul. 2020.
<<http://www.rchdp.cl/index.php/rchdp/article/view/465>> [consulta: 15 agosto 2020].

- LETELIER, C., P. 2018. Enriquecimiento injustificado y equidad. Los problemas que plantea la aplicación de un principio general [en línea] Revista Ius et Praxis, año 24, N°2, 2018.

<<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1162>> [consulta: 15 agosto 2020].
- LÓPEZ, S., J. 2005. Los contratos, parte general, vol. I. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- MERCEDES, M., B. y TERNERA, B., F. 2011. De las garantías tradicionales a las garantías derivadas [en línea] Opinión Jurídica, vol.10, N°19.

<http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S169225302011000100011&lng=es&nrm=iso> [consulta: 07 octubre 2020].
- MERY, B., R. 1958. Derecho hipotecario: estudio de Derecho civil y comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- MEZA, B., R. 1995. Manual de Derecho civil, de las fuentes de las obligaciones, vol. I. 8ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- MEZA, B., R. 2006. Manual de Derecho civil, de las fuentes de las obligaciones, vol. II. 10ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- MEZA, B., R. 2007. Manual de Derecho civil, de las obligaciones. 10ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- MILÉS C., S. 2010. La cláusula de garantía general hipotecaria. Memoria de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- NAVARRO, A., R. 2005. Teoría general del contrato & contratos en particular. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago.
- PEÑAILILLO, A., D. 1981. La finca hipotecada es reemplazada por su precio [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°169, ene-jun. 1981. <http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=15> [consulta: 15 agosto 2020].
- PEÑAILILLO, A., D. 2003. Obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- PEÑAILILLO, A., D. 2007. Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- PIZARRO, W., C. 2008. Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual. En: VARIOS AUTORES. Estudios de Derecho Civil III. Santiago, Legal Publishing, 395-402pp.
- POTHIER, R., J. 2003. Tratado de las obligaciones. México D.F., Tribunal Superior de justicia del Distrito Federal.
- POTHIER, R., J. 2019. Tratado de los contratos. Santiago, Ediciones Olejnik.
- RAMOS, P., R. 2008. De las obligaciones. 3ª ed. Santiago, Editorial LexisNexis.

- REINA, T., G. 2008. El sistema de rango progresivo frente a la recepción de la hipoteca recargable [en línea] Revista del Notariado, enero-marzo 2008, año 111, N°891.
<<https://www.colegioescribanos.org.ar/biblioteca/cgibin/ESCRI/ARTICULOS/52534.pdf>>. [consulta: 21 julio 2020].
- RIGAUD, L. 2020. El derecho real, historia y teorías, su origen institucional. Santiago, Ediciones Olejnik.
- RÍOS, L., S. 2006. La reforma del derecho de garantías en Francia. Puesta al día necesaria y fracaso parcial de una reforma de conjunto [en línea] Revista Chilena de Derecho privado, N°7, diciembre, 2006.
<<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838866004>> [consulta: 23 julio 2020].
- RODRÍGUEZ, G., P. 2006. Extinción convencional de las obligaciones, vol. 1. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ROSA P., M., POSTERARO S., L. y DE LOS ÁNGELES F. E. 2005. Hipotecas abiertas. Hipotecas y dominio desmembrado. Rango hipotecario [en línea] Revista Notarial N°951, 2005. <<http://www.escribaniaposteraro.com.ar/Trabajos-Academicos/TRABAJO-PREMIADO-JORNADA-NOTARIAL-ARG-HIPOTECAS-ABIERTAS-Y-RANGO-HIP.pdf>> [consulta: 21 julio 2020].

- SÁNCHEZ-PALACIOS P., M. 2007. El título de crédito hipotecario negociable [en línea] Revista Oficial del Poder Judicial del Órgano de Investigación de la Corte Suprema de Justicia de la República Del Perú, N°1, 2007. 47-66pp. <<https://doi.org/10.35292/ropj.v1i1.92>> [consulta: 01 de marzo 2021].
- SERRANO H., C. 2011. La legitimación para el pago de un tercero [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°37, 2011. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S071868512011000200004&lng=es&nrm=iso> [consulta: 21 julio 2020].
- SILVA S., A. 2007. La relación obligatoria, I: requisitos e importancia del interés del acreedor que la origina en el Derecho español y comparado desde sus raíces romanas [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 28, 2007. <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/638/602>> [consulta: 17 noviembre 2021].
- SOMARRIVA, U., M. 1939. Las Obligaciones y los Contratos ante la Jurisprudencia. Santiago, Editorial Nascimento.
- SOMARRIVA, U., M. 1943. Tratado de las cauciones. Santiago, Editorial Nascimento.

- TRONCOSO, L., H. 1968. El principio de la propiedad privada en el Código Civil y sus transformaciones [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N°143, en-mar. 1968.

<http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=13> [consulta: 15 agosto 2020].
- USINSKAITE, A. 2011. Garantía hipotecaria de obligaciones futuras: Principios clásicos y formas contractuales modernas. Trabajo final de máster. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho.
- VODANOVIC, H., A. 2019. Tratado de Derecho civil, fuentes de las obligaciones, parte general, vol.1. 2ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago.
- VODANOVIC, H., A. 2021. Tratado de Derecho civil, fuentes de las obligaciones, parte especial: de los contratos principales en particular, vol. 2. 2ª ed. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago.
- WEGMANN, S., A. 2009. Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio y el pacto marciano [en línea] Revista Chilena de Derecho privado, N°13, dic. 2009.

<<http://www.rchdp.cl/index.php/rchdp/article/view/256>> [consulta: 15 agosto 2020].
- WESTERMEIER, T., G. 2017. La hipoteca, una dualidad entre un contrato y un derecho real. Santiago, Ediciones jurídicas El Jurista.

NORMATIVA CITADA

- Código Civil.
- Código de Procedimiento Civil.
- Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.
- DFL N°31, publicado en el D.O., el 18 de abril de 1953, que «Fija Ley Orgánica por la que se regirá la Caja de Previsión de la Defensa Nacional» del Ministerio de Defensa Nacional».
- Ley N° 20.720, publicada en el D.O., el 09 de enero de 2014, que «Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo».

JURISPRUDENCIA CITADA

Además de la jurisprudencia citada de las memorias de licenciatura correspondientes a Proyectos de Actualización del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil, individualizadas con antelación, a continuación, se expone jurisprudencia citada en este trabajo en orden de aparición y conforme aparece referenciada en las fuentes de información de las cuales se ha extraído.

- JURISPRUDENCIA. 1934. Del momento en que nace el derecho real hipotecario [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción. N° 8-9. <http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=1>. [consulta: 15 noviembre 2021]. 119p. y ss.
- C. Suprema. 4-XII-2014, cons. 12° y 13°, LegalPublishing: CL/JUR/9728/2014, Rol N°23682-2014.
- C. Suprema, 23 junio 1942. G. 1942, 1er. sem., N°19, 154p. R., t. 40, sec. 1ª, 61p.
- C. Punta Arenas, 1° junio 1993. R., t. 90, sec. 2ª, 76p.
- C. Suprema, 12 de enero de 2007. N° LegalPublishing: 35751. Rol N° 4377-2005.
- C. Concepción, 9 junio 1986. J. N° 36, 33 p. (C. 6°, 34 p., 1ª inst. confirmada).
- C. Santiago, 22 octubre 1917. R., t. 15, sec. 2ª, 41p.
- C. Santiago, 18 julio 1927. G. 1927, 2° sem., N°157, 686 p. 2.
- C. Valdivia, 14 abril 1928. G. 1928, 1er. sem., N°202, 855 p. 3.

- C. La Serena, 1º abril 1931. G. 1931, 1er. sem., N° 49, 223 p. 4.
- C. Santiago, 28 julio 1948. R., t. 46, sec. 2ª, 255 p.
- C. Santiago, 31 agosto 1949. R., t. 47, sec. 2ª, 1p.
- C. Temuco, 29 octubre 1934. G. 1934, 2º sem., N° 131, 525p.
- JURISPRUDENCIA. 1934. De la citación de evicción en los juicios de desposeimiento [en línea] Revista de Derecho, Universidad de Concepción. N° 10. <http://www.revistadederecho.com/indice_revista.php?id=1>. [consulta: 15 noviembre 2021].
- C. Talca, 10 mayo 1937. G. 1937, 1er sem., N° 131, 591p. R., t. 33, sec. 2ª, 33p.
- C. Talca, 22 junio 1917. G. 1919, 2º sem., N°64, 359p. (C. 7º, 1ª inst., 361p.). R., t. 17, sec. 1ª, 542p. (C. 7º, 1ª inst., 543p.).
- C. Suprema, 13 enero 1936. G. 1936, 1er. sem., N°5, 64p. R., t. 33, sec. 1ª, 177p.
- C. Talca, 24 agosto 1904. G. 1904, t. II, N°1.188, 158p. R., t. 3, sec. 2ª, 22p.
- C. Suprema, 5 enero 1923. R., t. 22, sec. 1ª, 25p.
- C. Santiago, 6 diciembre 1934. G. 1936, 1er. sem., N°5, 64p. (C. 1º, 68p.). R., t. 33, sec. 1ª, 177p. (C. 1º, 182p.).
- C. Temuco, 10 enero 1936. G. 1936, 1er. sem., N° 103, 443p. R., t. 35, sec. 2ª, 68p.
- C. Santiago, 22 septiembre 1868. G. 1868, N°1.839, 796p. (C. único, 1ª inst., 796p.).

- C. Suprema, 29 diciembre 1942. G. 1942, 2º sem., N°27, 123p. (C. 7º, letra d) 128p.). R., t. 42, sec. 1ª, 153p.
- C. Valdivia, 8 noviembre 1913. G. 1913, 2º sem., N°1.129, 3258p. (C. 8º, 1ª inst., 3259p.).
- C. Suprema, 29 septiembre 1928. G. 1928, 2º sem., N° 46, 267p. (C. 4º, 7º a 12, 282 a 284 pp.). R., t. 26, sec. 1ª, 616p.
- C. Suprema, 31 marzo 1936. G. 1936, 1er. sem., N°12, 102p. (C. 9º, 112p.). R., t. 33, sec. 1ª, 245p. (C. 9º, 254p.).
- C. Suprema, 29 septiembre 1928. G. 1928, 2º sem., N°46, 277p. (C. 8º y 9º, 283p.). R., t. 26, sec. 1ª, 616p.
- C. Talca, 22 junio 1917. G. 1919, 2º sem., N°64, 359p. (C. 8º, 1ª inst., 361p.). R., t. 17, sec. 1ª, 542p. (C. 8º, 1ª inst., 544p.).
- C. Talca, 24 agosto 1904. G. 1904, t. II, N° 1.188, 158p. (C. 5º, p. 160). R., t. 3, sec. 2ª, 22p. (C. 5º, 25p.)
- C. Talca, 22 junio 1917. G. 1919, 2º sem., N°64, 359p. R., t. 17, sec. 1ª, 542p.
- C. Suprema, 27 diciembre 1929, R., t. 17, sec. 1ª, 319p.
- C. Suprema, 20 de junio 1922, R., t. 21, sec. 1ª, 737p.
- C. Suprema, 31 agosto 1992. G. J. N°146, sent. 7ª, 38p. (C. 15, 16 y 17). R., t. 89, sec. 1ª, 136p.

- C. Suprema, 31 marzo 1936. G. 1936, 1er. sem., N°12, 102p. R., t. 33, sec. 1ª, 245p.
- C. Suprema, 20 abril 1929. R., t. 27, sec. 1ª, 262p.
- C. Suprema, 31 marzo 1936. G. 1936, 1er. sem., N°12, 102p. R., t. 33, sec. 1ª, 245p.
- C. Suprema, 20 junio 1922. R., t. 21, sec. 1ª, 739p.
- C. Suprema, 31 marzo 1936. G. 1936, 1er. sem., N° 12, 102p. R., t. 33, sec. 1ª, 245p.
- C. Suprema, 26 octubre 1931. G. 1931, 2º sem., N°37, 199p. (C. 10, 207 p.). R., t. 29, sec. 1ª, 453p.
- C. Suprema, 28 septiembre 1921. G. 1921, 2º sem., N°54, 218p. R., t. 21, sec. 1ª, 146p.
- C. Suprema, 22 noviembre 2000. L.P. N°25288 (C. 7º).
- C. de Apelaciones de Antofagasta, 3 de agosto de 2000. N° LegalPublishing: 19479, Rol N°13233.
- C. Suprema, 22 marzo 1952. R., t.49, sec.1ª, 102p.
- C. Chillán, 21 octubre 1974. R., t.68, sec.2ª, 71p.
- C. Suprema, 20 junio 1922. R., t.21, sec.1ª, 739p.
- C. Antofagasta, 15 enero 1993. R., t.90, sec.2ª, 9p.