

ESTUDIOS SOBRE GARANTIAS REALES Y PERSONALES

en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga

*Mauricio Tapia Rodríguez
José Alberto Gaitán Martínez
Daniel Juricic Cerda
María Agnes Salah Abuselme,
Fabricio Mantilla Espinosa*

Directores

*Antonio Pedrals García de Cortázar
Ramón Domínguez Águila
Leonardo F. Fernández
Betty Mercedes Martínez Cárdenas
Hernando Tapias Rocha
Reinaldo Cuadra Folle
Atilio Anibal Alterini
Cristián Banfi Del Río
Rémy Cabrillac
Gonzalo Ruz Lártiga
Rodrigo Barcia Lehmann
Jaime Alcalde Silva
María Inés de San Martín
Sergio Rodríguez Azuero
Francisco Ternera Barrios
José Ramón de Verda y Beamonte*

*Germán Eduardo Nieto Olivar
Nicolás Ignacio Carrasco Delgado
Jorge Oviedo Albán
Édgar Iván León Robayo
Christian Larroumet
Carlos A. Parellada
Andrés Mariño López
Enrique Díaz Ramírez
Noemia C. M. de Oliveira Novaes
Philippe Boutaud-Sanz
Marcela Castro de Cifuentes
Jaime Gallegos Zúñiga
Fernando Alfredo Castillo Mayorga
Pamela Prado López
Ulises Canosa Suárez
Juan Carlos Paredes López*

*Susan Turner Saelzer
Paula Oliva Mol
Macarena Olea Jonquera
Marcos M. Córdoba
Esther Haydeé Silvia Ferrer de Fernández
Juan Andrés Orrego Acuña
Sergio Endress Gómez
Hernán Darío Santana Ferrín
Gabriel Hernández Villarreal
María Marcos González
Luis Alfredo Barragán Arango
Mauricio Boretto
Carmen Gloria Pérez Villar
Rodrigo Gil Ljubetic
Héctor Mauricio Medina Casas
Francisco González de Cossío*



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO



Estudios sobre garantías reales y personales

en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga

Mauricio Tapia Rodríguez, José Alberto Gaitán Martínez,
Daniel Juricic Cerda, María Agnes Salah Abuselme,
Fabricio Mantilla Espinosa

—*Dirección*—



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2009 Editorial Universidad del Rosario

© 2009 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia

© 2009 Universidad de Chile, Departamento de derecho Privado, Facultad de Derecho

© 2009 Mauricio Tapia Rodríguez, José Alberto Gaitán Martínez, Daniel Juricic Cerda,

María Agnes Salah Abuselme, Fabricio Mantilla Espinosa, Roberto Nahum Anuch,
Alejandro Venegas Franco, Jaime Alcalde Silva, Atilio Aníbal Alterini, Cristián Banfi Del Río,

Luis Alfredo Barragán Arango, Rodrigo Barcia Lehmann, Mauricio Boretto, Philippe Boutaud-Sanz,
Rémy Cabrillac, Nicolás Ignacio Carrasco Delgado, Ulises Canosa Suárez,

Fernando Alfredo Castillo Mayorga, Marcos M. Córdoba, Marcela Castro de Cifuentes,

Reinaldo Cuadra Folle, Noemía C. M. de Oliveira Novaes, María Inés de San Martín,

José Ramón de Verda y Beamonte, Enrique Díaz Ramírez, Ramón Domínguez Águila,

Sergio Endress Gómez, Leonardo F. Fernández, Esther Haydeé Silvia Ferrer de Fernández,

Jaime Gallegos Zúñiga, Rodrigo Gil Ljubetic, Francisco González de Cossío,

Gabriel Hernández Villarreal, Christian Larroumet, Édgar Iván León Robayo, María Marcos González,

Andrés Mariño López, Betty Mercedes Martínez Cárdenas, Héctor Mauricio Medina Casas,

Paula Oliva Mol, Juan Andrés Orrego Acuña, Germán Eduardo Nieto Olivar, Macarena Olea Jorquera,

Jorge Oviedo Albán, Juan Carlos Paredes López, Carlos A. Parellada,

Antonio Pedrals García de Cortázar, Carmen Gloria Pérez Villar, Pamela Prado López,

Sergio Rodríguez Azuero, Gonzalo Ruz Lártiga, Hernán Darío Santana Ferrín, Hernando Tapias Rocha,

Francisco Ternera Barrios, Susan Turner Saelzer

ISBN: 978-958-8378-84-8

Primera edición: Bogotá, D.C., febrero de 2009

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario

Diagramación: Margoth C. de Olivos

Diseño de cubierta: Lucelly anaonas

Impresión: Xpress

Editorial Universidad del Rosario

Carrera 7 N° 13-41 Tels.: 297 0200 Ext. 7724

editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados.

Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito
de la Editorial Universidad del Rosario.

Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga / Mauricio Tapia Rodríguez...[et ál.] dirección.—Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

1054 p.—(Colección Textos de Jurisprudencia).

ISBN: 978-958-8378-84-8

Derecho comercial / Derecho civil / Derecho privado / Derecho comparado / Depósito de fianza / Hipotecas / Garantía / Garantía implícita / Seguros – Legislación / I. Somarriva Undurraga, Manuel, 1905-1988 / II. Gaitán Martínez, José Alberto / III. Juricic Cerda, Daniel / IV. Salah Abuselme, María Agnes / V. Mantilla Espinosa, Fabricio / VI. Título / VII. Serie.

343.08 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONTENIDO

Presentación	13
Roberto Nahum Anuch, Alejandro Venegas Franco	
Lista de abreviaciones.....	16
INTRODUCCIÓN. LAS GARANTÍAS: CONCEPTO Y REGULACIÓN	
Noción de garantía.....	18
Mauricio Tapia Rodríguez	
Las garantías en las operaciones jurídicas de la economía de la pobreza	27
Antonio Pedrals García de Cortázar	
El principio de lo accesorio y la prescripción de las acciones de garantía	39
Ramón Domínguez Águila	
1. LAS GARANTÍAS EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL	
A. GARANTÍAS PERSONALES	
La causa-fin en las garantías personales	67
Leonardo F. Fernández	
Fianza y obligación solidaria	102
José Alberto Gaitán Martínez	
La solidaridad como especie de garantía.....	128
Betty Mercedes Martínez Cárdenas, Hernando Tapias Rocha	
La solidaridad, la fianza, la fianza solidaria y la codeuda solidaria. Algunas cuestiones y sus límites	144
Reinaldo Cuadra Folle	

La cláusula penal flexible	159
Atilio Aníbal Alterini	
Notas sobre las <i>Negative Pledges</i>	188
Cristián Banfi Del Río	
Sobre la ley de substitución y algunas de sus aplicaciones en derecho privado	207
Rémy Cabrillac	
Las garantías autónomas: un análisis frente al incumplimiento	220
Gonzalo Ruz Lártiga, Rodrigo Barcia Lehmann	
Las cartas de patrocinio: situación en Chile y en el derecho comparado	248
Jaime Alcalde Silva	
Algunas consideraciones sobre la carta de crédito <i>standby</i>	292
María Inés de San Martín	
Cartas de crédito <i>standby</i>	319
Sergio Rodríguez Azuero	
B. GARANTÍAS REALES	
Propiedad como garantía	361
Francisco Ternera Barrios	
La oponibilidad del pacto de reserva de dominio en el derecho comunitario y en el derecho español	377
José Ramón de Verda y Beamonte	
La transferencia de la propiedad con funciones de garantía: el caso de la cesión de créditos	407
Germán Eduardo Nieto Olivar	

Hipoteca legal en la legislación chilena de quiebras, a propósito de la enajenación como unidad económica.....	424
Nicolás Ignacio Carrasco Delgado	
La prenda en el <i>Código de Comercio Colombiano</i>	451
Jorge Oviedo Albán	
La prenda sin tenencia del acreedor.....	468
Édgar Iván León Robayo	
La ley del 19 de febrero 2007 sobre el fideicomiso. Comentarios críticos.....	495
Christian Larroumet	
La responsabilidad civil del fiduciario por insolvencia del patrimonio fideicomitado en el derecho argentino.....	505
Carlos A. Parellada	
El fideicomiso de garantía en el derecho uruguayo.....	525
Andrés Mariño López	
La fiducia en garantía en Colombia.....	548
Enrique Díaz Ramírez	
Consideraciones generales acerca de las garantías en el derecho brasileño y breve análisis de la <i>alienação fiduciária em garantia</i> (enajenación fiduciaria en garantía).....	566
Noemia C. M. de Oliveira Novaes, Philippe Boutaud-Sanz	
El derecho de retención.....	579
Marcela Castro de Cifuentes	
C. ALGUNOS RÉGIMENES ESPECIALES DE GARANTÍAS DEL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL	
Algunas garantías en el derecho bancario latinoamericano.....	622
Jaime Gallegos Zúñiga	

El <i>leasing</i> en el derecho colombiano: <i>ensamblaje contractual</i> con fines de garantía.....	640
Fabricio Mantilla Espinosa, Fernando Alfredo Castillo Mayorga	
Sobre la solidaridad y la subsidiariedad en el trabajo en régimen de subcontratación y suministro	696
Pamela Prado López	
El pacto comisorio.....	708
Ulises Canosa Suárez	
La prohibición del pacto comisorio: el inicio de una nueva generación de garantías autoliquidables.....	731
Juan Carlos Paredes López	
2. LAS GARANTÍAS EN LAS OTRAS RAMAS DEL DERECHO	
A. GARANTÍAS EN EL DERECHO DE FAMILIA Y SUCESORIO	
Cauciones en el derecho de alimentos y en el derecho del matrimonio chilenos.....	753
Susan Turner Saelzer	
Las garantías en el derecho de familia	767
Paula Oliva Mol, Macarena Olea Jorquera	
El fideicomiso de garantía y su habilidad para garantizar deudas de naturaleza alimentaria.....	780
Marcos M. Córdoba, Esther Haydeé Silvia Ferrer de Fernández	
La obligación de garantía en la partición.....	791
Juan Andrés Orrego Acuña	
B. GARANTÍAS EN EL DERECHO TRIBUTARIO	
Garantías personales en el derecho tributario chileno: notas para su estudio	817
Sergio Endress Gómez	

C. GARANTÍAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Breves comentarios sobre las garantías en la contratación estatal según el derecho colombiano	829
Hernán Darío Santana Ferrín	

D. GARANTÍAS EN EL DERECHO PROCESAL Y CONCURSAL

Tratamiento procesal del pacto comisorio expreso previsto en el artículo 1937 del <i>Código Civil colombiano</i> : ¿una garantía inane?.....	849
Gabriel Hernández Villarreal	

La ejecución de las garantías reales en la Ley Concursal Española	869
María Marcos González	

Las garantías en los procesos de insolvencia.....	892
Luis Alfredo Barragán Arango	

Aproximación al estudio de las garantías con autoliquidación. Aporte del derecho argentino	919
Mauricio Boretto	

E. GARANTÍAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Ley modelo Interamericana sobre garantías mobiliarias. Algunos aspectos a considerar	941
Carmen Gloria Pérez Villar	

Medidas provisionales en Arbitrajes CIADI. De CSOB a Occidental Petroleum..	959
Rodrigo Gil Ljubetic	

La ley aplicable a las garantías internacionales.....	1006
Héctor Mauricio Medina Casas	

Las medidas precautorias como garantía de efectividad del arbitraje	1018
Francisco González de Cossío	

Anexo.....	1048
------------	------

Esta obra contó con el valioso trabajo de edición de Judith Streff, ayudante coordinadora del Departamento de Derecho Privado, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Asimismo, colaboraron en la edición los siguientes ayudantes del mismo Departamento: Néstor Venegas Torrealba, Luis Quintana Valdovinos, Lieta Vivaldi Macho, Óscar Fuentes Márquez, Jorge Beamín Rosas, Macarena Olea Jorquera y Nader Mufdi Guerra.

Los directores de esta obra les agradecen sinceramente su trabajo.

Presentación

Como bien dijo Stephen Toulmin,¹ los libros son como los hijos: dejan el hogar y se les pierde el rastro, tienen amistades nuevas y hacen su propia vida. Un día, por pura casualidad, recibimos noticias tuyas, por cuenta de sus nuevos amigos, y comenzamos a ser identificados como “el padre de...”.

Esto, precisamente, sucedió con la obra de don Manuel Somarriva en Latinoamérica. Sus múltiples libros, inicialmente escritos para sus estudiantes de la Universidad de Chile, viajaron por todo el continente y llegaron a convertirse en textos guía de profesores que imparten sus cursos de derecho civil en los principales establecimientos educativos de la nada despreciable franja que va desde México hasta la Patagonia.

El hecho de que colombianos y chilenos compartamos el Código de Bello ha permitido que la más selecta doctrina civilista del país austral sea conocida y estudiada por universitarios y abogados de Colombia. Las ideas del profesor Somarriva han tenido una influencia particular a través del célebre *Tratado de derecho civil* que escribió con Arturo Alessandri y Antonio Vodavonic y, más recientemente, por conducto de los manuales elaborados por el profesor René Abeliuk.

Hoy en día, es perfectamente normal ver el nombre de don Manuel Somarriva citado en los libros de doctrina o en los fallos de las Cortes Superiores de Justicia. Es más, resultaría difícil encontrar alguno de nuestros estudiantes que no hubiese tenido que consultar su obra para preparar sus cursos de obligaciones, contratos o derecho de familia.

Su célebre *Tratado de las cauciones*, al igual que un hijo grato, vuelve a casa a rendir tributo a su padre. Muchos han sido los amigos de distintas nacionalidades que ha conquistado durante su largo periplo, quienes ahora, aglutinados alrededor de los profesores de las Universidades de Chile y del Rosario, le hacen este sencillo homenaje a don Manuel, jurista universal.

Por ello no ha de sorprender que dos instituciones de la tradición y solvencia de las Universidades de Chile y del Rosario, que entre las dos alcanzan edad cercana a los setecientos años y que han estado siempre en la avanzada de la construcción y difusión de pensamiento jurídico, con comunidad de propósitos, con concurrencia de empeños, acometan este homenaje de un tema siempre presente en el derecho, como lo

¹ Toulmin, Stephen, *Los usos de la argumentación*, traducción María Morrás y Victoria Pineda, Barcelona, Ed. Península, 2003, p. 9.

es el de garantías y que lo hagan en homenaje a un jurista como don Manuel Somarriva Undurraga, quien con su clásico *Tratado de las cauciones* obtuvo lauro merecido en 1944 y luego el reconocimiento de la comunidad jurídica de Latinoamérica.

En ese espíritu, no puede iniciarse este trabajo sin repasar algunos aspectos relevantes de la vida y obra del profesor que homenajeamos.

Manuel Somarriva nació el 28 de agosto de 1905 en Santiago de Chile. Egresado de la Universidad de Chile, en 1932, a los 27 años de edad, fue designado profesor titular de la cátedra de Derecho Civil en esa casa de estudios. Se le recuerda como un profesor que preparaba en forma muy rigurosa sus clases, las que desarrollaba con un lenguaje simple, pero profundo.

El profesor Somarriva tuvo también una importante trayectoria en el exterior. Entre otras actividades, destaca su designación, en 1947, como miembro del *Instituto de Derecho Comparado de París*. Sobresale, asimismo, su participación en 1959 como profesor del curso sobre *Transformación de los Elementos de la Obligación*.

Su obra fue abundante, variada, y de reconocida calidad. Así, el profesor Somarriva escribió en los ámbitos del derecho de familia, sucesorio y de obligaciones, entre otros. Entre sus trabajos más destacados, cabe sin duda mencionar su memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, titulada *De la administración, disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, de 1928. También resalta *La filiación*, de 1931, y su célebre *Derecho de familia*, de 1946. En el ámbito del derecho sucesorio, se distingue *De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos*, de 1928, y *Derecho sucesorio*, de 1954. Por otra parte, en el derecho de obligaciones destacan, ante todo, su *Tratado de las cauciones*, de 1943, pero también fueron un aporte importante obras como *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, de 1939, e *Indivisión y partición*, de 1956.

Quizás un común denominador de toda la obra de don Manuel Somarriva fue su inclinación a explorar ámbitos del derecho civil novedosos en sus respectivos tiempos. Así sucedió con sus incursiones en el derecho de familia y, sin ir más lejos, en el derecho de obligaciones y, en especial, el de las cauciones. La vigencia de su obra es prueba contundente de la oportunidad y éxito que tuvo su pluma en dicho cometido.

En fin, Manuel Somarriva fallece en Santiago el 7 de mayo de 1998.

Es incontestable que los cambios que ha experimentado el desarrollo de los mercados desde la época de la dictación del Código Civil de Andrés Bello han producido una importante transformación en las garantías. Las formas que adopta la contratación en la actualidad son más heterogéneas, por lo que los riesgos de que una obligación sea

incumplida se han incrementado. Basta considerar, al efecto, la masificación del acceso al crédito, la inmaterialización de los bienes, la globalización de los mercados, etcétera, como antecedentes de esta nueva época del derecho de las cauciones.

Con todo, la relevancia que las garantías revisten en la economía moderna no se refleja en las aulas ni en las publicaciones académicas. Por eso hoy, que se cumplen más de 100 años desde el natalicio de don Manuel Somarriva, se desarrolla este esfuerzo común por recordar su obra mediante esta convocatoria abierta que ha reunido trabajos de distintas latitudes con mira a rendir un modesto homenaje a este gran maestro del derecho civil.

Octubre de 2008

Roberto Nahum Anuch

Decano

Facultad de Derecho

Universidad de Chile

Alejandro Venegas Franco

Decano

Facultad de Jurisprudencia

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario



Con motivo del reciente cumplimiento del centésimo aniversario del natalicio del prestigioso jurista y profesor chileno don Manuel Somarriva Undurraga, el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Colombia, proyectan la publicación de la obra colectiva *Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga*, que reúne artículos inéditos en Chile y Colombia y traducciones de estudios comparados relativos a las garantías.

El profesor Manuel Somarriva, ilustre académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, dedicó una parte importante de sus actividades de investigación al estudio de las garantías. En 1940 dictó en la Universidad de Chile la cátedra de “Derecho Civil Comparado y Profundizado”, sobre el tema de las cauciones. Así como ocurrió con otras célebres obras del derecho chileno, esa cátedra dio origen a una investigación del profesor Manuel Somarriva que finalizó con la redacción del conocido Tratado de las Cauciones (Santiago, Editorial Nascimento, 1943).

La obra del profesor Somarriva trascendió las fronteras chilenas y desplegó su influencia en diversos países de Latinoamérica.

